



Der Bayerische Landesbeauftragte
für den Datenschutz

Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien

Erläuterungen zum neuen
Telekommunikation-Telemedien-
Datenschutz-Gesetz (TTDSG)

Orientierungshilfe

Herausgeber:

Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz
80538 München | Wagnmüllerstraße 18
Telefon: +49 89 21 26 72-0
E-Mail: poststelle@datenschutz-bayern.de
<https://www.datenschutz-bayern.de>

Bearbeiterin:

Angelika Lewinski

Version 1.0 | Stand: 1. Dezember 2021

Diese Orientierungshilfe wird ausschließlich in elektronischer Form bereitgestellt.
Sie kann im Internet auf <https://www.datenschutz-bayern.de> in der Rubrik
„Datenschutzreform 2018“ abgerufen werden.

Die PDF-Datei ist für den doppelseitigen Ausdruck optimiert.

Vorwort

Zum 1. Dezember 2021 tritt das Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz – TTDSG) in Kraft. Es soll mehr Klarheit im Gefüge der europäischen und nationalen telekommunikations-, telemedien- und datenschutzrechtlichen Vorschriften bringen. Insbesondere soll mit den Regelungen zu „Telemediendatenschutz, Endeinrichtungen“ im dritten Teil des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes der Flut von Einwilligungsbannern und der damit einhergehenden Ermüdung der Nutzerinnen und Nutzer von Online-Angeboten entgegengewirkt werden. Sie sollen wieder mehr Kontrolle über ihre Daten erlangen.

Hierzu stellt der Gesetzgeber teils neue Vorgaben auf, teils konkretisiert er die bereits bestehenden Anforderungen an die Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter. Dies stellt Anwenderinnen und Anwender des Gesetzes – mitunter auch bayerische öffentliche Stellen, die bereits mit der Inbetriebnahme einer Webseite zu Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbietern werden – vor neue Herausforderungen. Doch bereits vor Inkrafttreten des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes erfüllten viele Einwilligungsbanner nicht die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung.

Viele Anwenderinnen und Anwender können nicht richtig einschätzen, ob und wann eine Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer eingeholt werden muss und wie die Einwilligungsbanner auszugestalten sind, damit sie rechtskonform und nutzerfreundlich sind. Um dies zu erleichtern, bietet diese Orientierungshilfe Auslegungs- und Anwendungshilfen für die Praxis der bayerischen öffentlichen Stellen. Sie gibt zudem einen Überblick über den Anwendungsbereich, den Regelungsinhalt und über Sanktionsmöglichkeiten des neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes für den Bereich der Telemedien.

Bitte beachten Sie folgende **Benutzungshinweise**:

- Um den Gebrauch der Orientierungshilfe zu erleichtern, sind die einschlägigen Normtexte vorangestellt. Merkmale oder Merkmalsgruppen in den Vorschriften sind mit Verweisen auf die Randnummern der Erläuterungen versehen.
- Einige in der Orientierungshilfe verwendete fachspezifische Begriffe werden im Glossar erläutert; sie sind mit Verweispfeilen (→) gekennzeichnet.
- In der Orientierungshilfe zitierte Veröffentlichungen des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz sind – soweit nicht anders angegeben – auf der Homepage <https://www.datenschutz-bayern.de> in der Rubrik „Datenschutzreform 2018“ abrufbar.
- Wenn Sie Rückfragen oder Verbesserungsvorschläge haben, nutzen Sie bitte das dafür eingerichtete Postfach orientierungshilfen@datenschutz-bayern.de.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	3
Inhaltsverzeichnis	5
Normtexte und Erwägungsgründe.....	7
Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz.....	7
Datenschutz-Grundverordnung	9
I. Allgemeines	11
1. Hintergrund der Neuregelung	11
2. Wesentliche Neuerungen	12
3. Aufsichtliche Zuständigkeiten.....	12
II. Anwendungsbereich	14
1. Was sind Telemedien?	14
2. Wer ist Anbieterin oder Anbieter von Telemedien?	14
III. Einzelregelungen.....	17
1. Technische und organisatorische Vorkehrungen, § 19 TTDSG.....	17
2. „Cookie“-Regelung, § 25 TTDSG	17
a) Normadressat	18
b) Anwendungsbereich	19
aa) Cookies und andere Technologien.....	19
bb) Endeinrichtung.....	19
cc) Endnutzer	20
dd) Informationen	20
c) Grundsatz der Einwilligungsbedürftigkeit, § 25 Abs. 1 TTDSG.....	20
d) Einwilligungsfreiheit, § 25 Abs. 2 TTDSG	20
aa) § 25 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG: Durchführung der Nachrichtenübertragung.....	21
bb) § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG: Notwendige Cookies	21
e) Verhältnis zur Datenschutz-Grundverordnung	25
aa) Speichern von und Zugriff auf Informationen: Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (1. Stufe)	26
bb) Verarbeitung personenbezogener Daten: Datenschutz-Grundverordnung (2. Stufe).....	26
f) Anforderungen an die Einwilligung.....	28
aa) Aktive Handlung vor der Datenverarbeitung	29
bb) Freiwillig	30
cc) Für den bestimmten Fall.....	32
dd) In informierter Weise	33
ee) Widerruf	34

Inhaltsverzeichnis

g) Informationspflichten	35
h) Nachweispflichten	36
3. PIMS und Endnutzereinstellungen, § 26 TTDSG	36
a) PIMS, § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b Var. 1 TTDSG	37
b) Einstellungen, § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b Var. 2 TTDSG	38
c) Softwareanforderungen, § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a TTDSG	39
d) Kollisionen	39
aa) Kollision der Einstellungen	39
bb) Kollision der Einwilligungen	40
4. Sanktionen, § 28 TTDSG	40
IV. Praxishinweise zum Einsatz von Cookies	42
V. Checkliste vor dem Einsatz der Einwilligungsbanner	44
VI. Checkliste für die Ausgestaltung der Einwilligungsbanner	45
VII. Glossar	46

Normtexte und Erwägungsgründe

Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz

§ 1

Begriffsbestimmungen

(1) Die Begriffsbestimmungen des Telekommunikationsgesetzes, des Telemediengesetzes und der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) gelten auch für dieses Gesetz, soweit in Absatz 2 keine abweichende Begriffsbestimmung getroffen wird.

(2) Im Sinne dieses Gesetzes ist oder sind

1. „Anbieter von Telemedien“ jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien erbringt, an der Erbringung mitwirkt oder den Zugang zur Nutzung von eigenen oder fremden Telemedien vermittelt, [Rn. 15 ff.](#)

[...]

6. „Endeinrichtung“ jede direkt oder indirekt an die Schnittstelle eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes angeschlossene Einrichtung zum Aussenden, Verarbeiten oder Empfangen von Nachrichten; sowohl bei direkten als auch bei indirekten Anschlüssen kann die Verbindung über Draht, optische Faser oder elektromagnetisch hergestellt werden; bei einem indirekten Anschluss ist zwischen der Endeinrichtung und der Schnittstelle des öffentlichen Netzes ein Gerät geschaltet. [Rn. 28 ff.](#)

[...].

§ 25

Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen

(1) Die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, sind nur zulässig, wenn der Endnutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen eingewilligt hat. Die Information des Endnutzers und die Einwilligung haben gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 zu erfolgen. [Rn. 22 ff.](#)

(2) Die Einwilligung nach Absatz 1 ist nicht erforderlich, [Rn. 35 ff.](#)

1. wenn der alleinige Zweck der Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der alleinige Zweck des Zugriffs auf bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeicherte Informationen die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein öffentliches Telekommunikationsnetz ist [Rn. 38 ff.](#) oder

Normtexte und Erwägungsgründe

2. wenn die 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. [Rn. 39 ff.](#)

§ 26

Anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung, Endnutzereinstellungen [Rn. 84 ff.](#)

[...]

(2) Die Bundesregierung bestimmt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates

[...]

3. die technischen und organisatorischen Maßnahmen, dass
 - a) Software zum Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet, [Rn. 93 ff.](#)
 - aa) Einstellungen der Endnutzer hinsichtlich der Einwilligung nach § 25 Absatz 1 befolgt und
 - bb) die Einbindung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung berücksichtigt und
 - b) Anbieter von Telemedien bei der Verwaltung der von Endnutzern erteilten Einwilligung die Einbindung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung [Rn. 87 ff.](#) und Einstellungen durch die Endnutzer [Rn. 91 ff.](#) berücksichtigen.

[...]

Datenschutz-Grundverordnung

Art. 4

Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

[...]

11. „Einwilligung“ der betroffenen Person jede freiwillig ^{Rn. 62 ff.} für den bestimmten Fall ^{Rn. 67 ff.} in informierter Weise ^{Rn. 70 ff.} und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung ^{Rn. 58 ff.}, der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist;

[...].

Art. 6

Rechtmäßigkeit der Verarbeitung ^{Rn. 51 ff.}

(1) Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:

- a) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;
- b) die Verarbeitung ist für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;
- c) die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt;

[...]

- e) die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde;

[...].

Art. 7

Bedingungen für die Einwilligung

(1) Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat. ^{Rn. 83 ff.}

(2) Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Teile der Erklärung sind dann nicht verbindlich, wenn sie einen Verstoß gegen diese Verordnung darstellen.

Normtexte und Erwägungsgründe

(3) Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person wird vor Abgabe der Einwilligung hiervon in Kenntnis gesetzt. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein. **Rn. 73 ff.**

(4) Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind. **Rn. 63 ff.**

Erwägungsgrund 32 **Rn. 59 ff.**

Die Einwilligung sollte durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist, etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung. Dies könnte etwa durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert. Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen. Die Einwilligung sollte sich auf alle zu demselben Zweck oder denselben Zwecken vorgenommenen Verarbeitungsvorgänge beziehen. Wenn die Verarbeitung mehreren Zwecken dient, sollte für alle diese Verarbeitungszwecke eine Einwilligung gegeben werden. Wird die betroffene Person auf elektronischem Weg zur Einwilligung aufgefordert, so muss die Aufforderung in klarer und knapper Form und ohne unnötige Unterbrechung des Dienstes, für den die Einwilligung gegeben wird, erfolgen.

Erwägungsgrund 42 **Rn. 62, 70 ff.**

Erfolgt die Verarbeitung mit Einwilligung der betroffenen Person, sollte der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu dem Verarbeitungsvorgang gegeben hat. Insbesondere bei Abgabe einer schriftlichen Erklärung in anderer Sache sollten Garantien sicherstellen, dass die betroffene Person weiß, dass und in welchem Umfang sie ihre Einwilligung erteilt. Gemäß der Richtlinie 93/13/EWG des Rates¹ sollte eine vom Verantwortlichen vorformulierte Einwilligungserklärung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung gestellt werden, und sie sollte keine missbräuchlichen Klauseln beinhalten. Damit sie in Kenntnis der Sachlage ihre Einwilligung geben kann, sollte die betroffene Person mindestens wissen, wer der Verantwortliche ist und für welche Zwecke ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen. Es sollte nur dann davon ausgegangen werden, dass sie ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.

I. Allgemeines

1. Hintergrund der Neuregelung

Die Vorschriften des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes (TTDSG) sollen für mehr Rechtssicherheit bei der Anwendung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und der ePrivacy-Richtlinie¹ sowie des nationalen Rechts, des Telemediengesetzes (TMG) und des Telekommunikationsgesetzes (TKG), sorgen.

1

Bis zum Inkrafttreten des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes bestand eine große Unsicherheit darüber, ob der deutsche Gesetzgeber die ePrivacy-Richtlinie mit den Vorschriften des Telemediengesetzes-alt überhaupt vollständig umgesetzt hat und ob die Vorschriften (neben der Datenschutz-Grundverordnung) anwendbar waren. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Mai 2020² zur europarechtskonformen Auslegung des § 15 Abs. 3 Telemediengesetz in der bis zum 30. November 2021 geltenden Fassung (TMG-alt) verstärkte den Handlungsbedarf. Zugleich war der deutsche Gesetzgeber aber verpflichtet, die Regelungen der Richtlinie (EU) 2018/1972³ bis zum 21. Dezember 2020 umzusetzen und etwa den Begriff der Telekommunikationsdienste des Telekommunikationsgesetzes-alt den technischen Entwicklungen anzupassen. Dies tat er mit dem Telekommunikationsmodernisierungsgesetz (TKMoG).⁴

2

Im Rahmen der Novellierung wurde das Telekommunikationsgesetz-alt außer Kraft gesetzt und ein neues Telekommunikationsgesetz erlassen, Art. 1, 61 TKMoG. Einige der Vorschriften des Telemediengesetzes-alt wurden durch solche des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes ersetzt (siehe im Einzelnen Rn. 6).

3

Die Anwenderinnen und Anwender des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes müssen daher ab dem 1. Dezember 2021 neben dessen Regelungen zugleich die gegebenenfalls anwendbaren neuen Regelungen des Telekommunikationsgesetzes und des Telemediengesetzes sowie der Datenschutz-Grundverordnung beachten. Dies gilt auch hinsichtlich der durch Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter vor diesem Datum zur Verfügung gestellten Online-Angebote, soweit sie auch nach dem 1. Dezember 2021 nutzbar sind.

4

¹ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und zum Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37, ber. ABl. L 241 vom 10. September 2013, S. 9, und ABl. L 162 vom 23. Juni 2017, S. 56) in der Fassung der Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 (ABl. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 11).

² Bundesgerichtshof, Urteil vom 28. Mai 2020, I ZR 7/16, NJW 2020, 2540, Rn. 47 ff.

³ Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (ABl. L 321 vom 17. Dezember 2018, S. 36).

⁴ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts.

I. Allgemeines

- 5 **Ausblick:** Zukünftig soll die ePrivacy-Richtlinie auf europäischer Ebene durch eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation (sogenannte ePrivacy-Verordnung) ersetzt werden, welche dann (wie die Datenschutz-Grundverordnung) unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten beansprucht. Dies könnte zur Folge haben, dass (einige) Regelungen des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes obsolet werden. Es zeichnet sich aber derzeit nicht ab, dass das bereits seit Januar 2017 laufende Gesetzgebungsverfahren bald abgeschlossen wird.

2. Wesentliche Neuerungen

- 6 Mit dem Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien vom 23. Juni 2021 regelte der Gesetzgeber die Vorschriften des Datenschutzes für Telekommunikations- und Telemediendienste neu in einem Gesetz. Die mit der Neuordnung überflüssig gewordenen datenschutzrechtlichen Bestimmungen in §§ 11 bis 15g TMG-alt inklusive der Regelung zur Verarbeitung von Nutzungsdaten nach § 15 TMG-alt wurden zugleich aufgehoben, vgl. Art. 3 Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien. So wurde etwa die Regelung zur Verarbeitung von Nutzungsdaten nach § 15 TMG-alt durch § 25 TTDSG, die Regelung des § 13 Abs. 5 bis 7 TMG-alt durch § 19 TTDSG ersetzt. Im Übrigen hat das Telemediengesetz redaktionelle Anpassungen erfahren (vgl. Art. 39 TKMoG).
- 7 Im Bereich der Telemedien sind aus Sicht der bayerischen öffentlichen Stellen die Neuregelungen zum Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen (§ 25 TTDSG) und zu anerkannten Dienste zur Einwilligungsverwaltung sowie Endnutzereinstellungen (§ 26 TTDSG) von besonderer Relevanz (siehe im Einzelnen: Abschnitt III der Orientierungshilfe, Rn. 20 ff.).

3. Aufsichtliche Zuständigkeiten

- 8 Die Aufsicht über die Einhaltung des den Telemediendatenschutz regelnden Teils 3 des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes durch öffentliche Stellen der Länder ist im Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz nicht explizit geregelt. § 29 Abs. 2 TTDSG weist ausdrücklich nur die Aufsicht über die Einhaltung von § 25 TTDSG durch öffentliche Stellen des Bundes der oder dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zu.
- 9 Die Ausführung des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz obliegt grundsätzlich den Ländern (vgl. Art. 83 Grundgesetz – GG). Daher stellt § 1 Abs. 1 Nr. 8 Halbsatz 2 TTDSG klar, dass die Aufsicht für Telemedien (unverändert) bei den durch das Landesrecht als zuständig festgelegten Behörden bleibt. So besagt Art. 15 Abs. 1 Satz 1 Bayerisches Datenschutzgesetz (BayDSG), dass der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz die Einhaltung des Bayerischen Datenschutzgesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz bei den öffentlichen Stellen überwacht.

3. Aufsichtliche Zuständigkeiten

Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz kann daher gegen datenschutzrechtliche Verstöße – wie bisher – nach Maßgabe von Art. 15, 16 BayDSG, Art. 58 DSGVO vorgehen. Insoweit ergeben sich nach dem Inkrafttreten des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes in der Praxis für die bayerischen öffentlichen Stellen als Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter keine Änderungen.

10

II. Anwendungsbereich

- 11** Gegenstand des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes sind unter anderem „besondere Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten bei der Nutzung von Telekommunikationsdiensten und Telemedien“, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 TTDSG. Für die Anbieterinnen und Anbieter von Telemedien sieht das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz insbesondere technische und organisatorische Vorkehrungen (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 5 TTDSG) sowie Anforderungen zum Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen der Endnutzer vor (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 TTDSG).

1. Was sind Telemedien?

- 12** Der Begriff „Telemedien“ wird in § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG negativ abgegrenzt. Demnach sind Telemedien alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste, telekommunikationsgestützte Dienste oder Rundfunk sind.
- 13** Abgrenzungsschwierigkeiten dürften sich insbesondere im Verhältnis zu den Telekommunikationsdiensten ergeben. Gemäß § 3 Nr. 61 TKG zählen zu den Telekommunikationsdiensten Internetzugangsdienste, interpersonelle Telekommunikationsdienste (vgl. auch § 3 Nr. 24 TKG) und Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen, wie Übertragungsdienste, die für Maschine-Maschine-Kommunikation und für den Rundfunk genutzt werden.

Beispiele für Telekommunikationsdienste: Neben „herkömmlichen“ Sprachtelefon-, Textmitteilungs- und E-Mail-Diensten auch neue Internetdienste⁵: Internettelefonie, webgestützte E-Mail-Dienste, sogenannte OTT-Dienste wie Messenger, Chatfunktionen eines Online-Angebots, Telekommunikationsfunktionen der Videokonferenzsysteme.

- 14** Soweit dagegen nicht der direkte interpersonelle und interaktive Informationsaustausch im Vordergrund steht, sondern sonstige Datenverarbeitungen, dürfte ein Telemediendienst anzunehmen sein.

Beispiele für Telemedien: Online-Angebote mit Bestellmöglichkeiten von Waren- oder Dienstleistungen, Internetsuchmaschinen, Video-Streaming, aber auch „einfache“ Webseiten zur Information der Bürgerinnen und Bürger und Applikationen (Apps) öffentlicher Stellen.

2. Wer ist Anbieterin oder Anbieter von Telemedien?

- 15** Anbieterin oder Anbieter von Telemedien ist nach der Definition des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien erbringt, an der

⁵ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/27441, S. 33.

2. Wer ist Anbieterin oder Anbieter von Telemedien?

Erbringung mitwirkt oder den Zugang zur Nutzung von eigenen oder fremden Telemedien vermittelt.

Die Legaldefinition des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes umfasst neben den Erbringern der Telemediendienste auch „die daran Mitwirkenden“ und geht damit über die in § 2 Nr. 1 TMG geregelte Definition des Telemedien-Diensteanbieters hinaus. Bei Anbieterinnen und Anbietern von Telekommunikationsdiensten im Sinne des § 3 Nr. 6 Telekommunikationsgesetz in der bis zum 30. November 2021 geltenden Fassung (TKG-alt) wurde das Merkmal des „Mitwirkens“ weit ausgelegt. Umfasst waren dort etwa Subunternehmer und Beschäftigte der Diensteanbieterinnen und Diensteanbieter oder auch Betreiber von Hotspots.⁶ So stellt(e) das Eröffnen der Nutzungsmöglichkeit eines eigenen, vorhandenen Telekommunikationsanschlusses in der Regel kein eigenständiges Erbringen, sondern lediglich eine Mitwirkung dar.

16

Hinweis: Der neue § 3 Nr. 1 TKG verzichtet zwar auf das Merkmal „Mitwirken“ in der Definition des Anbieters von Telekommunikationsdiensten, erweitert aber den Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses gemäß § 3 TTDSG dahingehend.

17

Würde diese weite Auslegung auch auf den Begriff „Anbieter von Telemedien“ in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG übertragen, so wären auch rein technische Dienstleisterinnen und Dienstleister der Diensteanbieterin oder des Diensteanbieters, wie Host Provider, als Anbieter von Telemedien anzusehen. Das Gleiche würde auch für Beschäftigte der Diensteanbieterin oder des Diensteanbieters gelten. Es ist allerdings nicht erkennbar, dass diese pauschale Ausweitung des Begriffs durch den Gesetzgeber beabsichtigt war. Daher sollte der Begriff eng dahin ausgelegt werden, dass er grundsätzlich nicht Akteure umfasst, die keine Möglichkeit zur Steuerung, Gestaltung oder Zielrichtung des Telemediums haben.⁷ Diese Auslegung entspricht auch dem Verständnis des Begriffs „Verantwortlicher“ im Datenschutzrecht. So sind der Auftragsverarbeiter und die Beschäftigten des Verantwortlichen auf Grund der bestehenden Weisungsrechte grundsätzlich keine eigenständigen Verantwortlichen.

18

Bei der Auslegung soll jedoch darauf geachtet werden, dass die Wirksamkeit der telemedienrechtlichen Vorschriften des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes gewahrt bleibt. Demnach kommt es hauptsächlich darauf an, ob eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereitgehalten werden oder der Zugang zur Nutzung vermittelt wird.

19

Beispiele für Anbieterinnen und Anbieter von Telemedien:

- Gemeinden, die eigene Webseiten betreiben;
- Gemeinden, die auf ihren Webseiten das Video-Streaming von Gemeinderatssitzungen ermöglichen;
- Kommunalunternehmen, die eine Online-Buchung und Abrechnung von Leistungen anbieten;
- Kommunalunternehmen, die „Park-Apps“ zur Verfügung stellen, welche den Kauf von Parkscheinen per Handy erlauben;

⁶ Lünenbürger/Stamm, in: Scheurle/Mayen/Lünenbürger/Stamm, TKG, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 12.

⁷ Golland, Das TTDSG, Cookies und PIMS als Herausforderung für Webseite-Betreiber, NJW 2021, 2238, Rn. 5–7.

II. Anwendungsbereich

- Gemeinden, die Online-Anmeldeportale für Kindertageseinrichtungen eingerichtet haben;
- Gemeinden, die in ihren Bibliotheken eine Online-Recherche oder die Ausleihe von Büchern und Medien anbieten.

III. Einzelregelungen

1. Technische und organisatorische Vorkehrungen, § 19 TTDSG

Die Vorschrift des § 19 TTDSG greift die bisherigen Regelungen des § 13 Abs. 5 bis 7 TMG-alt auf. Die Anbieterinnen und Anbieter von Telemedien haben durch technische und organisatorische Vorkehrungen unter anderem sicherzustellen, dass die Nutzerinnen und Nutzer von Telemedien diese gegen Kenntnisnahme Dritter geschützt in Anspruch nehmen sowie die Nutzung des Dienstes jederzeit beenden können, § 19 Abs. 1 TTDSG. Die Nutzung von Telemedien ist anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist, § 19 Abs. 2 TTDSG.

20

Für öffentliche Stellen (etwa als Webseitenbetreiber) ist insbesondere die Anzeigepflicht nach § 19 Abs. 3 TTDSG zu beachten. Danach ist die Weitervermittlung zu einer anderen Anbieterin oder einem anderen Anbieter von Telemedien den Nutzerinnen und Nutzern jeweils anzuzeigen.

21

Beispiel: Setzt die Gemeinde C. auf ihrer Webseite einen Link ein, der zu einer Webseite eines Drittanbieters mit dessen Videodienst führt, muss die Gemeinde die Webseitenbesucherin oder den Webseitenbesucher darauf hinweisen. – Diese Anzeigepflicht greift nicht ein, wenn die Nutzerin oder der Nutzer das Onlineangebot der Gemeinde nicht verlässt, weil die Gemeinde die Drittinhalte (etwa einen Karten- oder Videodienst) ohne Verlinkung auf ihrer Webseite eingebunden hat.⁸ In diesem Fall findet keine technische Weiterleitung statt. Bei der Einbindung der Drittdienste oder Drittinhalte ist aber zugleich darauf zu achten, dass diese häufig mit der Übermittlung von personenbezogenen Daten an Drittanbieter verbunden ist. Für den Fall bedarf es einer vorherigen Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer, sollte hierfür keine andere Rechtsgrundlage in Betracht kommen (siehe Rn. 43).

2. „Cookie“-Regelung, § 25 TTDSG

Nach § 25 TTDSG muss die Endnutzerin oder der Endnutzer in die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung oder den Zugriff auf die Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, grundsätzlich aktiv einwilligen. Die Datenverarbeitung ist andernfalls unzulässig, es sei denn, dass einer der Ausnahmetatbestände des § 25 Abs. 2 TTDSG vorliegt. Die Datenschutz-Grundverordnung folgt einem vergleichbaren Prinzip: Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist rechtfertigungsbedürftig; zulässig ist sie nur dann, wenn eine der in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 abschließend aufgezählten Rechtsgrundlagen eingreift.

22

⁸ Jandt/Schaar/Schulz, in: Roßnagel, Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, 2013, § 13 Rn. 118.

III. Einzelregelungen

- 23** Bislang enthielt der Wortlaut des § 15 Abs. 3 TMG-alt eine sogenannte „Opt-out“-Regelung zum Einsatz von Cookies und anderen ähnlichen Technologien. Danach war die Datenverarbeitung für bestimmte Zwecke zulässig, solange die Nutzerin oder der Nutzer nicht widersprochen hat (Widerspruchslösung). Mit § 25 TTDSG hat der Gesetzgeber nun – als Reaktion auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur richtlinienkonformen Auslegung des § 15 Abs. 3 TMG-alt⁹ – das sogenannte „Opt-in“-Prinzip entsprechend Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie umgesetzt.

Beispiel: Gemeinde A. setzt auf ihrer eigenen Webseite unter anderem Cookies zur Webseitenanalyse ein. Die Webseitenbesucherinnen und Webseitenbesucher erhalten mittels „eines Einwilligungsbanners“ die Information eingeblendet, dass diese Cookies eingesetzt werden und die Nutzerinnen und Nutzer diesem Einsatz widersprechen dürfen. – Die Vorgehensweise der Gemeinde A. entspricht zwar dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 TMG-alt, verstößt aber gegen den ab dem 1. Dezember 2021 geltenden § 25 Abs. 1 TTDSG, indem sie dem Verbot mit Einwilligungsvorbehalt zuwiderläuft. Danach dürfen Cookies grundsätzlich erst nach der erteilten Einwilligung gesetzt werden. Die Gemeinde muss die auf diese Weise eingesetzten Cookies löschen, für die Zukunft gänzlich auf den Einsatz nicht notwendiger Cookies verzichten oder das Einwilligungsbanner rechtskonform ausgestalten.

Spätestens ab dem 1. Dezember 2021 sind im Falle der Neueinrichtung von Webseiten – sofern erforderlich – Einwilligungsbanner ausschließlich mit einer Opt-in-Lösung vorzusehen. Die bestehenden Webseiten sind umgehend auf ihre rechtskonforme Ausgestaltung zu prüfen und entsprechend anzupassen, siehe auch Rn. 53 ff.

Das Opt-in-Verfahren gilt entsprechend bei Applikationen: Das Speichern von Informationen auf dem Endgerät der Nutzerinnen und Nutzer sowie ein Zugriff auf die Informationen des Endgeräts ist grundsätzlich erst erlaubt, wenn eine Einwilligung wirksam eingeholt wurde.

a) Normadressat

- 24** § 25 TTDSG schützt die Endnutzerinnen und Endnutzer davor, dass Dritte unbefugt auf ihren Endeinrichtungen Informationen speichern oder auslesen und dadurch ihre Privatsphäre verletzen.¹⁰ Der Schutz ist umfassend: Diese Verbotsnorm richtet sich gegen jedermann, ist also nicht auf die Anbieterinnen und Anbieter der Telemedien beschränkt, was durch ihre passive Formulierung deutlich wird. Dies ist auch sachgerecht, weil andernfalls Schutzlücken (wie im Falle durch Hackerinnen oder Hacker eingeschleuster Schadsoftware) entstehen würden. Folgerichtig ist auch der Adressatenkreis der durch die Endnutzerin oder den Endnutzer erteilten Einwilligungen beziehungsweise der Ausnahmen von der Einwilligungspflicht nach § 25 Abs. 2 TTDSG nicht auf die Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter beschränkt, deren Dienste die Endnutzerin oder der Endnutzer unmittelbar in Anspruch nimmt.
- 25** Faktisch sind aber die Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter (siehe Rn. 15 ff.) die Hauptadressaten der Norm. So ist § 25 TTDSG insbesondere durch öffentliche Stellen in ihrer Eigenschaft als Betreiber von Webseiten oder Anbieter von Applikationen anzuwenden.

⁹ Bundesgerichtshof, Urteil vom 28. Mai 2020, I ZR 7/16, NJW 2020, 2540, Rn. 47 ff.

¹⁰ Gesetzesbegründung zu § 24 TTDSG, BT-Drs. 19/27441, S. 37 f.

2. „Cookie“-Regelung

Schließlich können nur sie den Endnutzerinnen und Endnutzern im Vorfeld der Datenverarbeitungen die entscheidenden Informationen zur Verfügung stellen (siehe Rn. 70 ff., 77 ff.), deren Einwilligungen für eigene Datenverarbeitungen einholen und gegebenenfalls die erteilten Einwilligungen als Boten für weitere Einwilligungsempfänger abfragen.¹¹

Beispiel: Gemeinde A. setzt auf ihrer eigenen Webseite ein Webanalyse-Tool eines Drittanbieters C. ein, der die Daten der Endnutzerinnen und Endnutzer zur Webanalyse verarbeitet. Die Gemeinde A. erhebt weder die fraglichen Endnutzerdaten zu diesem Zwecke noch hat sie auf diese Daten Zugriff. – Die beim Besuch der Webseite der Gemeinde A. durch die Endnutzerin oder den Endnutzer (wirksam) erteilte Einwilligung wirkt hinsichtlich des eingesetzten Webanalyse-Tools zugunsten des die Daten verarbeitenden Drittanbieters C. Somit gibt die Gemeinde A. die „Einwilligung“ an C. weiter.

b) Anwendungsbereich

aa) Cookies und andere Technologien

Auch wenn sich die Bezeichnung „Cookie“-Regelung bereits etabliert hat, ist § 25 TTDSG technologieunabhängig auf die Speicherung von oder den Zugriff auf Informationen anwendbar. Umfasst sind danach – neben dem Hauptanwendungsfall → „Cookies“ – auch sämtliche andere Technologien, bei denen Informationen in der Endeinrichtung der Endnutzerin oder des Endnutzers gespeichert beziehungsweise ausgelesen werden können. Darunter kann auch etwa das sogenannte → Browser Fingerprinting fallen.

26

Hinweis: Aus Vereinfachungsgründen verwendet diese Orientierungshilfe ausschließlich den Begriff „Cookies“. Die Ausführungen sind aber auch auf andere Technologien im Sinne des § 25 TTDSG übertragbar.

27

bb) Endeinrichtung

§ 2 Abs. 2 Nr. 6 TTDSG definiert den Begriff der Endeinrichtung sehr weit, nahezu wortgleich mit der „Telekommunikationsendeinrichtung“ in § 3 Nr. 62 TKG. Danach ist die Endeinrichtung jede direkt oder indirekt an die Schnittstelle eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes angeschlossene Einrichtung zum Aussenden, Verarbeiten oder Empfangen von Nachrichten. Sowohl bei direkten als auch bei indirekten Anschlüssen kann die Verbindung über Draht, optische Faser oder elektromagnetisch hergestellt werden. Bei einem indirekten Anschluss ist zwischen der Endeinrichtung und der Schnittstelle des öffentlichen Netzes ein Gerät geschaltet.

28

Damit wird nicht nur Telefonie – sei es mobil oder über das Festnetz – oder Internetkommunikation mittels Laptops, Tablets, Smartphones, Smart TVs oder Smart-Speaker-Produkte (wie etwa „Alexa“) erfasst, sondern auch eine Vielzahl von Gegenständen im Internet der Dinge (sogenanntes Internet of Things, IoT), wie im Bereich der Smarthome-Anwendungen (z. B. Heizkörperthermostate, Alarmsysteme usw.). Dies gilt unabhängig davon, ob sie direkt oder über einen WLAN-Router an das öffentliche Kommunikationsnetz angeschlossen sind.

29

¹¹ Hanloser, Schutz der Geräteidentität durch § 25 TTDSG, ZD 2021, 400 m. w. N.

III. Einzelregelungen

cc) Endnutzer

- 30** Die Endnutzerin oder der Endnutzer ist über den Verweis des § 2 Abs. 1 TTDSG auf § 3 Nr. 13 TKG jede natürliche oder juristische Person, die einen öffentlichen Telekommunikationsdienst in Anspruch nimmt, ohne ihn bereitzustellen, mithin insbesondere jede Webseitenbesucherin und jeder Webseitenbesucher.

dd) Informationen

- 31** § 25 TTDSG schränkt den Kreis der betroffenen Informationen nicht ein. Entsprechend seinem Schutzzweck, die Endnutzerinnen und Endnutzer vor jedem Eingriff in ihre Privatsphäre zu schützen, erfasst § 25 TTDSG sowohl personenbezogene als auch nicht personenbezogene Daten,¹² die gespeichert werden oder auf welche zugegriffen wird.
- 32** Entsprechend den unterschiedlichen Zwecken der Cookies können diese Informationen über Endnutzerinnen und Endnutzer das Nutzerverhalten (etwa bei Log-in-Daten) oder individuelle Präferenzen betreffen (siehe Rn. 43 ff.). Auch Software-Updates sind davon umfasst, soweit hierfür Installationsdateien auf der Endeinrichtung der Endnutzerinnen und Endnutzer gespeichert werden.

c) Grundsatz der Einwilligungsbedürftigkeit, § 25 Abs. 1 TTDSG

- 33** Ist der Anwendungsbereich der Norm eröffnet, ist das Speichern von Informationen oder Zugriff auf diese grundsätzlich einwilligungsbedürftig. In der Praxis werden die Einwilligungen der Endnutzerinnen und Endnutzer mittels sogenannter → Einwilligungsbanner beziehungsweise → Consent-Management-Plattformen (CMPs) eingeholt.

- 34** **Hinweise:**
Möchte eine öffentliche Stelle einen (privaten) Anbieter zur Erstellung und Betreuung von Einwilligungsbannern beziehungsweise CMPs beauftragen, ist dies grundsätzlich zulässig. Soweit personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen (siehe Rn. 50 ff.), ist jedoch zu beachten, dass regelmäßig zumindest eine datenschutzrechtliche Mitverantwortlichkeit bei der öffentlichen Stelle verbleibt.

Als Verantwortlicher im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO unterliegt die öffentliche Stelle der Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO. Sie muss insbesondere die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitungen, mithin auch die Wirksamkeit der eingeholten Einwilligungen, selbst nachweisen können. Auf pauschale Zusicherungen externer Anbieterinnen und Anbieter, wonach „der Datenschutz eingehalten wird“, darf sich die öffentliche Stelle nicht verlassen. Das Risiko der Nichteinhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben trägt in diesen Fällen die verantwortliche öffentliche Stelle selbst.

d) Einwilligungsfreiheit, § 25 Abs. 2 TTDSG

- 35** Einer Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG bedarf es nicht, wenn das Speichern und Auslesen von Informationen in der Endeinrichtung der Endnutzerin oder des Endnutzers dem alleinigen

¹² Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 1. Oktober 2019, C-673/17, BeckRS 2019, 22831, Rn. 68–71.

Zweck der Durchführung der Übertragung einer Nachricht dient (§ 25 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG), oder dies zur Zurverfügungstellung eines von der Endnutzerin oder dem Endnutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienstes unbedingt erforderlich ist (§ 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG).

Greift einer der Fälle ein, ist auch – mangels Einwilligungsbedürftigkeit – der Einsatz von Einwilligungsbannern nach Maßgabe des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes nicht notwendig, in rechtlicher Hinsicht allerdings unschädlich. So sind beispielsweise die im Einwilligungsbanner enthaltenen Informationen über den Einsatz von notwendigen Cookies (siehe Rn. 39 ff.) als „freiwillige“ Angaben anzusehen. Das Einwilligungsbanner, das sich auf den Einsatz von notwendigen Cookies bezieht, ist nicht an den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Einwilligung (siehe Rn. 53 ff.) sowie den Informationspflichten nach Art. 12, 13, 14 DSGVO (siehe Rn. 77 ff.) zu messen.

36

Lässt sich das Speichern und Auslesen von Informationen auf eine andere Rechtsgrundlage als eine Einwilligung stützen (insbesondere § 25 Abs. 2 TTDSG), sollte im Sinne der Nutzerfreundlichkeit von Telemedien auf die Einholung von Einwilligungen „sicherheitshalber“ verzichtet werden. Denn eine Einwilligung ist in dem Falle gerade nicht erforderlich, das eingesezte Einwilligungsbanner ist entbehrlich.

37

Etwas anderes kann aber gelten, wenn durch Speichern und Auslesen von Cookies zugleich oder anschließend personenbezogene Daten verarbeitet werden. In dem Fall erfordert zwar nicht § 25 TTDSG eine Einwilligung, jedoch Art. 6 Abs. 1 DSGVO, wenn keine andere Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung in Betracht kommt (siehe Rn. 51 ff.).

aa) § 25 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG: Durchführung der Nachrichtenübertragung

Nach § 25 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG ist das Speichern und Auslesen von Informationen in der Endeinrichtung der Endnutzerin oder des Endnutzers zum alleinigen Zweck der Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein öffentliches Telekommunikationsnetz im Sinne des § 3 Nr. 42 TKG nach dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz einwilligungsfrei. Damit richtet sich diese Ausnahme vorrangig an die Anbieterinnen und Anbieter der Telekommunikationsdienste (siehe Rn. 13). So ist gemäß Erwägungsgrund 35 ePrivacy-Richtlinie etwa das Verarbeiten von Standortdaten hiervon umfasst.

38

bb) § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG: Notwendige Cookies

§ 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG erlaubt das einwilligungsfreie Speichern und den Zugriff auf Informationen in der Endeinrichtung der Endnutzerin oder des Endnutzers, wenn dies jeweils für die Zurverfügungstellung eines von ihr oder ihm ausdrücklich gewünschten Telemediendienstes (siehe Rn. 12 ff.) unbedingt erforderlich ist.

39

Ein Telemediendienst wird ausdrücklich durch die Endnutzerin oder den Endnutzer gewünscht, wenn diese oder dieser ihn bewusst und gewollt abrufen oder anderweitig in Anspruch

40

III. Einzelregelungen

nimmt. Die Beurteilung hängt davon ab, worauf sich der ausdrückliche Wunsch der Endnutzerin oder des Endnutzers genau bezieht, auf den Telemediendienst als gesamtes Online-Angebot oder auf dessen Einzelteile.

- 41 Stellt man hierbei auf das gesamte Online-Angebot (etwa ein Internetauftritt) ab, wäre ein Desinteresse der Endnutzerin oder des Endnutzers an einzelnen Komponenten oder Funktionen des Online-Angebots (etwa Abspielen eines Videos) bei grundsätzlichem Interesse an dem Aufrufen der Webseiten unschädlich für die Annahme des Merkmals „ausdrücklich gewünscht“. Es entspricht aber eher der engen Auslegung der Ausnahmegvorschrift und ihrem Schutzzweck, die einzelnen Funktionen des Online-Angebots, welche nicht dessen Kernbestandteile sind, separat zu betrachten. Der ausdrücklich gewünschte Telemediendienst ist anhand der zur Verfügung gestellten Funktionen zu definieren.¹³ Hierzu zählen unter anderem: Chats, Formulare, Kartendienste, Videodienste, Routenplaner, Wetterdienste oder Bezahlfunktionen einer Webseite.

Beispiele:

1. Ein Webseitenbesucher ruft Informations-Webseiten der Gemeinde G. auf. Diese umfassen unter anderem in der Rubrik „Kontakt“ einen Kartendienst und einen Routenplaner eines Drittanbieters. Diese Dienste sind nicht als Kernbestandteile eines zu Informationszwecken dienenden Internetauftritts anzusehen. Mit dem Aufrufen der Webseiten wünscht die Nutzerin oder der Nutzer nicht automatisch einen Kartendienst oder Routenplaner eines Drittanbieters. Dies wäre erst dann anzunehmen, wenn diese Funktion ausdrücklich (etwa durch einen Klick) angefordert wird.
2. Eine Webseitenbesucherin ruft einen für den Tourismusbereich angelegten Webseitensbereich der Gemeinde T. durch Eingabe einer URL-Adresse oder mittels eines Klicks auf einen Link auf. Dieser stellt neben touristischen Informationen in Textform auch einige Audio- und Videodateien zum Abruf bereit. Auch hier werden die einzelnen Videos erst mit ihrem Abspielen „ausdrücklich gewünscht“. Anders zu betrachten wäre der Fall, in dem die Webseite der Gemeinde T. einen Link zur Unterseite bereitstellt, über welche ein touristisches Video angesehen werden kann. Mit dem Anklicken auf den Link wird hier die Unterseite (mit dem Video) als Ganzes aufgerufen. Das (spätere) Desinteresse der Nutzerin oder des Nutzers an den Videos ist für das „bewusste und gewollte“ Abrufen unschädlich, da dieses zum Kernbestandteil der aufgerufenen Unterseite gehört.
3. Eine Nutzerin oder ein Nutzer öffnet eine mobile App oder nimmt eine Smart-Home-Anwendung in Kenntnis der Netzanbindung in Betrieb. Damit wünscht sie oder er ausdrücklich den Telemediendienst mit seinen Kernbestandteilen.

Da die Abgrenzung in der Praxis sich unter Umständen als schwierig erweisen kann, ist in Zweifelsfällen davon auszugehen, dass zur Annahme eines „ausdrücklichen Wunsches“ die einzelnen Funktionen des Online-Angebots durch die Nutzerin oder den Nutzer abgerufen werden müssen.

¹³ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht, Stand 4/2012, WP 194, S. 4, 8.

Um zur Einwilligungsfreiheit nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG zu gelangen, muss neben dem ausdrücklichen Wunsch der Endnutzerin oder des Endnutzers das Speichern oder Auslesen von Informationen objektiv „unbedingt erforderlich“ sein. Wann dies der Fall ist, erläutert das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz nicht. Entgegen einigen Stellungnahmen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens¹⁴ konkretisierte der Gesetzgeber die unbedingte Erforderlichkeit auch nicht durch die Aufnahme von Regelbeispielen in die Norm. Die Gesetzesbegründung zu § 25 TTDSG weist allein darauf hin, dass § 25 TTDSG sich eng am Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie orientiert, § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG im Sinne dieser Norm ausgelegt werden soll und demnach nur technisch erforderliche Tätigkeiten umfasst.¹⁵

Als technisch erforderlich sind Cookies dann anzusehen, wenn bei ihrem Entfallen bestimmte Komponenten oder Funktionen des Telemediendienstes nicht ausgeführt werden können. Dies muss im Einzelfall für den jeweiligen Cookie im Hinblick auf einen bestimmten Telemediendienst geprüft werden. Hierbei sind die nachfolgend dargestellten Kriterien zu beachten, wobei die Dauer „der Beobachtung“ der Endnutzerinnen und Endnutzer, beteiligte Akteure und der Umfang der Datenverarbeitung zu berücksichtigen sind:

- Grundsätzlich gilt, dass Cookies, die nach dem Schließen eines Browsers gelöscht werden (sogenannte Session-Cookies), tendenziell eher als technisch notwendige Cookies angesehen werden können als Cookies, die nach dem beendeten Besuch einer Webseite dauerhaft im Browser gespeichert werden (sogenannte dauerhafte Cookies).
- Cookies, die dem → Tracking zu Marketingzwecken dienen, sind generell als nicht technisch erforderlich anzusehen. Das Gleiche gilt auch für die eingebundenen → Drittdienste beziehungsweise Drittinhalte, welche → Third-Party-Cookies oder andere ähnliche Technologien verwenden. Sie stehen gewöhnlich mit einem Dienst im Zusammenhang, der sich von dem seitens der Nutzerin oder des Nutzers ausdrücklich gewünschten Dienst unterscheidet.¹⁶
- Bei der Prüfung der Erforderlichkeit ist auf die Sichtweise der Nutzerin oder des Nutzers abzustellen, nicht auf die der Telemedienanbieterin oder des Telemedienanbieters. Daher sind auch Cookies, die der statistischen Auswertung oder der Webseitenanalyse dienen – selbst wenn sie für die Verbesserung der Webseitenangebote nützlich sein können – als nicht erforderlich anzusehen. Denn sie wirken sich nicht (unmittelbar) auf die Funktionalität des durch die Nutzerin oder den Nutzer gewünschten Telemediendienstes aus.
- Die wirtschaftliche Erforderlichkeit von Cookies (häufig bei nichtöffentlichen Stellen: statistische Datenerhebung zur Abrechnung von Provisionen gegenüber Werbetreibenden) vermag die technische Erforderlichkeit des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG nicht zu begründen.

¹⁴ Golland, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages am 21. April 2021 zum Entwurf des TTDSG, BT-Drs. 19/27441, S. 4 f.; Schwartmann, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages am 21. April 2021 zum Entwurf des TTDSG, BT-Drs. 19/27441, S. 6.

¹⁵ Gesetzesbegründung zu § 25 TTDSG, BT-Drs. 17/27441, S. 38.

¹⁶ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht, Stand 4/2012, WP 194, S. 4.

III. Einzelregelungen

Dies betrifft sowohl die sogenannten Third-Party- als auch die First-Party-Cookies, auch wenn bei den Letztgenannten das Risiko für datenschutzrechtliche Verstöße deutlich geringer ausfällt. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Daten ausschließlich für aggregierte Statistiken der Erstanbieterin oder des Erstanbieters (über eine lokale Implementierung einer Analysesoftware) verwendet werden.

Beispiele für notwendige Cookies:¹⁷

- Load-Balancing-Cookies, die das störungsfreie Nutzen des Telemediums erst ermöglichen;
- Cookies im Zusammenhang mit dem Einsatz eines Einwilligungsbanners (aber regelmäßig nicht bei Einsatz von → Consent-Management-Plattformen der Drittanbieterinnen und Drittanbieter);
- Cookies zur Erfüllung der Sicherheitsanforderungen: Cookies, die wiederholte fehlgeschlagene Anmeldeversuche erkennen und so die Nutzerinnen und Nutzer vor Identitätsdiebstahl schützen;
- Cookies zur Speicherung von für die Nutzung wesentlichen Präferenzen der Nutzerinnen und Nutzer wie Sprache, Land; (dagegen nicht: Einsatz externer Schriftarten)
- Authentifizierungscookies: seitenübergreifende Identifikation der Nutzerinnen und Nutzer über Log-in-Daten, so dass sich diese nicht auf jeder einzelnen Seite desselben Telemediums erneut einloggen müssen;
- User-Input-Cookies: temporäres Speichern von Eingaben in mehrseitigen Formularen;
- Multimedia-Player-Cookies: Cookies zur Wiedergabe von nutzerseitig angeforderten Audio- oder Videoinhalten (soweit sie nicht über Drittdienste oder als Drittinhalte auf der Webseite der Telemedienanbieterin oder des Telemedienanbieters zur Verfügung gestellt werden).¹⁸

Beispiele für nicht notwendige Cookies:

- Tracking-Cookies: Cookies, die das Verhalten von Nutzerinnen und Nutzern im Internet zu Marketingzwecken (dauerhaft) verfolgen;
- Cookies zur Reichweitenmessung und Webseitenoptimierung: Cookies, die Statistiken über die Reichweite des Telemediums ermöglichen;
- Cookies zur Einbindung von Drittinhalten oder Drittdiensten.

Anwendungsbeispiele:

1. Gemeinde D. betreibt eine eigene Homepage und möchte wissen, ob diese von den Bürgerinnen und Bürgern gern angenommen wird und gegebenenfalls verbessert werden kann. Hierzu möchte die Gemeinde mittels Cookies folgende Informationen der Webseitenbesucherinnen und Webseitenbesucher erheben: deren Zahl in einem bestimmten Zeitraum, welche Geräte verwendet werden sowie welche Unterseiten häufiger und welche seltener besucht werden. Auch wenn diese Informationen zur Messung der Reich-

¹⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht, Stand 4/2012, WP 194, S. 7 ff.

¹⁸ Landgericht Köln, Beschluss vom 29. Oktober 2020, 31 O 194/20, Rn. 10.

weite und zur Optimierung der Webseiten geeignet sind, sind sie nicht technisch erforderlich, um den Telemediendienst (die Homepage) zur Verfügung zu stellen, und bedürfen einer Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG.

2. Umso mehr gilt dies, wenn die Gemeinde D. zwecks Erhebung der Informationen ein Analyse-Tool verwendet, welches Daten über das Nutzungsverhalten webseitenübergreifend an Dritte weitergibt (etwa mittels eines externen Analysedienstes).

e) Verhältnis zur Datenschutz-Grundverordnung

Das Setzen von Cookies (Speichern im Sinne des § 25 Abs. 1 TTDSG) und der Zugriff auf die mittels Cookies gespeicherten Informationen sind nicht (automatisch) mit der Verarbeitung personenbezogener Daten verbunden. Die von § 25 TTDSG umfassten Tätigkeiten können – müssen aber nicht – zugleich Verarbeitungen personenbezogener Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO sein (siehe Rn. 31). Es stellt sich daher die Frage, ob § 25 Abs. 2 TTDSG beziehungsweise die nach § 25 Abs. 1 TTDSG eingeholte Einwilligung als Rechtsgrundlage für die gegebenenfalls mit dem Setzen oder Auslesen von Cookies verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten ist. Das wäre dann der Fall, wenn § 25 TTDSG den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung vorgeht. Zum Verhältnis der Regelung des § 25 TTDSG zu den Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung äußert sich die Gesetzesbegründung allerdings nicht.

44

Für den Vorrang des § 25 TTDSG könnte Art. 95 DSGVO sprechen. Danach legt die Datenschutz-Grundverordnung natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen keine zusätzlichen Pflichten nach auf, soweit sie besonderen in der ePrivacy-Richtlinie festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen. Art. 95 DSGVO erstreckt sich auch auf das diese Richtlinie umsetzende nationale Recht.¹⁹

45

Der Vorrang der ePrivacy-Richtlinie (und damit des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes) gilt aber nicht für den Einsatz von Cookies. Zum einen ist der Vorrang auf „Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen“ beschränkt, zum anderen verfolgen die Regelung des § 25 TTDSG als Umsetzungsnorm des Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie einerseits und die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung andererseits jeweils unterschiedliche Ziele. Während die Datenschutz-Grundverordnung insbesondere dem Schutz personenbezogener Daten dient, bezweckt § 25 TTDSG den Schutz der Privatsphäre der Nutzerinnen und Nutzer.²⁰ Auch die Anwendungsbereiche der Regelungen sind unterschiedlich. So umfasst etwa § 25 TTDSG – im Gegensatz zur Datenschutz-Grundverordnung – auch die Verarbeitung anderer als personenbezogener Daten und wirkt auch zugunsten juristischer Personen.

46

¹⁹ Bundesgerichtshof, Urteil vom 28. Mai 2020, I ZR 7/16, NJW 2020, 2540, Rn. 62.

²⁰ Bundesgerichtshof, Urteil vom 28. Mai 2020, I ZR 7/16, NJW 2020, 2540, Rn. 61.

III. Einzelregelungen

- 47** Im Ergebnis werden die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung durch § 25 TTDSG nicht verdrängt. In der Praxis bedürfen Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Cookies daher einer zweistufigen-Prüfung:

aa) Speichern von und Zugriff auf Informationen: Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (1. Stufe)

- 48** Möchten Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter Informationen (mittels Cookies) auf der Endeinrichtung der Nutzerinnen und Nutzer speichern oder auf die so gespeicherten Informationen zugreifen, müssen sie im ersten Schritt die Vorgaben des § 25 TTDSG beachten. Ergebnis der Prüfung kann für das Setzen oder Auslesen von Cookies entweder die Einwilligungsbedürftigkeit nach § 25 Abs. 1 TTDSG oder die Einwilligungsfreiheit nach § 25 Abs. 2 TTDSG sein (siehe Rn. 33 ff.).

bb) Verarbeitung personenbezogener Daten: Datenschutz-Grundverordnung (2. Stufe)

- 49** Unabhängig vom Ergebnis auf der 1. Stufe ist im zweiten Schritt die Anwendbarkeit der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung und gegebenenfalls der dort geregelten Erlaubnistatbestände zu prüfen: Werden mit dem Speichern oder dem Zugriff auf die Informationen zugleich (und/oder anschließend) personenbezogene Daten verarbeitet, müssen diese Verarbeitungen den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung entsprechen.
- 50** Ob in den gespeicherten oder ausgelesenen Informationen personenbezogene Daten gesehen werden können, richtet sich nach der Art der Cookies: Speichert ein Cookie lediglich in anonymer Form Informationen auf dem Endgerät, die bei erneutem Besuch der Webseite anonym (ohne Zuordnung zu einem bestimmten Gerät) ausgelesen werden, dürfte es am Personenbezug fehlen.²¹ Etwas anderes gilt, wenn in dem gesetzten Cookie ein „Unique Identifier“ oder eine andere Cookie-Kennung²² hinterlegt wird. Diese erlaubt eine Zuordnung zu einem bestimmten Endgerät, was mittels Zusatzinformationen wiederum regelmäßig eine mittelbare Zuordnung zu einer bestimmten natürlichen Person erlaubt. Werden Cookies mit personenbezogenen Daten, etwa zur Erstellung von Nutzerprofilen, verknüpft und diese personenbezogenen Daten gegebenenfalls an Dritte übermittelt, so handelt es sich hierbei jeweils um Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO.
- 51** Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung nur dann rechtmäßig, wenn sie auf eine Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO gestützt werden kann. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen kommen grundsätzlich in Betracht: die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO), die Vertragserfüllung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. b DSGVO), die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. c DSGVO) sowie die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e DSGVO). Anders als nichtöffentliche Stellen können sich öffentliche Webseitenanbieterinnen und Webseitenanbieter, die Daten in Erfüllung ihrer

²¹ Haberer, Anforderungen an Cookie-Banner, MMR 2020, 810 (811).

²² Erwägungsgrund 30 DSGVO.

Aufgaben verarbeiten, wegen Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO nicht auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f DSGVO (berechtigtes Interesse) berufen.

Im Falle der Verarbeitung von personenbezogenen Daten mittels Einsatzes von Cookies dürften jedoch Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. b DSGVO und Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e DSGVO nur vereinzelt und Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. c DSGVO eher selten in Betracht kommen, so dass die Datenverarbeitungen vorrangig auf die Einwilligung der betroffenen Person, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO, gestützt werden.

52

Beispiele:

1. Die Stadtwerke A., ein Eigenbetrieb der Stadt A., bietet unter anderem die Lieferung von Strom an. Eine Bürgerin möchte von diesem Angebot Gebrauch machen. Um den Vertrag zu erfüllen, müssen die Stadtwerke A. die zu beliefernde Adresse und die Zahlungsinformationen der Bürgerin zu Liefer- und Abrechnungszwecken nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. b DSGVO verarbeiten. Diese Daten gibt die Bürgerin auf der Webseite der Stadtwerke A. in ein zweiseitiges Antragsformular ein. Damit die Eingaben der Seite 1 des Formulars auch während des Ausfüllens von Seite 2 gesichert werden, wird hierfür ein Cookie eingesetzt. Der Einsatz dieses Cookies ist nach § 25 Abs. 2 TTDSG einwilligungsfrei (1. Stufe). Auch die mit dem Einsatz in Zusammenhang stehende – rechtlich aber separat zu betrachtende – Verarbeitung personenbezogener Daten kann auf den Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. b DSGVO gestützt werden und bedarf daher keiner Einwilligung (2. Stufe).
2. Gemeinde D. setzt auf Ihren Webseiten ein Webanalyse-Tool ein, um zu erfahren, ob die Webseite von den Bürgerinnen und Bürgern angenommen wird und ob sie erforderlichenfalls verbessert werden muss/sollte. Hierzu werden entsprechende Daten der Nutzerinnen und Nutzer der Webseite mittels Cookies erhoben (etwa ihre Zahl in einem bestimmten Zeitraum, verwendete Geräte). In dem Fall ist sowohl eine Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG als auch für die Verarbeitung personenbezogener Daten eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO erforderlich. Insbesondere kann sich die Gemeinde nicht auf ein berechtigtes Interesse im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f DSGVO berufen, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO (siehe auch Beispiel unter Rn. 63).
3. Wie Beispiel 2, es werden aber beim Einsatz des Drittdienstes keine Cookies eingesetzt. Soweit keine anderen Technologien im Sinne des § 25 TTDSG eingesetzt werden, ist hier § 25 TTDSG nicht anwendbar (1. Stufe). Mit der Erhebung der vorgenannten Daten findet aber eine Verarbeitung personenbezogener Daten statt, welche eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO erfordert (2. Stufe).
4. Zur Vermeidung von robotergesteuerten Fake-Kommentaren auf der Webseite setzt die Gemeinde L. ein Captcha-Tool ein, das ein menschliches Verhalten feststellen soll. Hierzu werden mittels eines auf der Endeinrichtung der Nutzerinnen und Nutzer geladenen JavaScripts etwa IP-Adressen, Mausbewegungen, Tastaturschläge oder Einstellungen der Endeinrichtung analysiert. In diesem Fall wären Einwilligungen nach § 25 Abs. 1 TTDSG und nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO erforderlich. Insbesondere ist hier keine technische Erforderlichkeit zur Erbringung des von der Nutzerin oder dem Nutzer gewünschten Dienstes im Sinne des § 25 Abs. 2 TTDSG zu erkennen.

III. Einzelregelungen

f) Anforderungen an die Einwilligung

- 53** Wurden alle einwilligungsbedürftigen Cookies und ähnlichen Technologien ermittelt, muss geprüft werden, wie die Einwilligungen für ihren Einsatz wirksam eingeholt werden können. Welche Anforderungen hierbei zu beachten sind, regelt § 25 TTDSG selbst nicht abschließend; die Vorschrift besagt aber, dass die Endnutzerin oder der Endnutzer (im datenschutzrechtlichen Sinne: die betroffene Person) auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen einwilligen muss. Hinsichtlich der von Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbietern zu unterbreitenden Informationen und der Anforderungen an eine Einwilligung verweist § 25 Abs. 1 Satz 2 TTDSG auf die Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung.
- 54** Die Wirksamkeit der nach § 25 Abs. 1 TTDSG erforderlichen Einwilligung richtet sich daher insgesamt nach dem Einwilligungsregime der Datenschutz-Grundverordnung.²³ Dieses legt insbesondere in Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO Anforderungen an eine wirksame Einwilligungserklärung fest.²⁴ In der Praxis sind daher – unabhängig davon, ob die Datenverarbeitung nach Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz oder nach Datenschutz-Grundverordnung einwilligungspflichtig ist – dieselben Anforderungen an die einzuholende Einwilligung zu stellen.
- 55** Ist – entsprechend dem Ergebnis der zweistufigen Prüfung – sowohl eine Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG für das Setzen von Cookies als auch eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO für die Verarbeitung personenbezogener Daten erforderlich, erscheint es sachgerecht, die Einwilligungen mittels eines einheitlichen Einwilligungsbanners gemeinsam einzuholen. Die Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter müssen jedoch darauf achten, die Endnutzerinnen und Endnutzer etwa über die entsprechenden Zwecke der jeweiligen Datenverarbeitungen differenziert zu informieren.
- 56** Werden die Anforderungen an die einzelnen nachfolgend dargestellten Merkmale der Einwilligung nicht erfüllt, ist regelmäßig von der Unwirksamkeit der Einwilligung auszugehen. Das Risiko der rechtswidrigen Datenverarbeitung trägt der Verantwortliche.
- 57** Die einfachste Lösung, dieses Risiko zu vermeiden, liegt darin, keine (einwilligungsbedürftigen) Cookies zu verwenden. Bereits bei der Neugestaltung von Webseiten sollen die öffentlichen Stellen entsprechend dem Grundsatz der Datenminimierung (vgl. Art. 5 Abs. 1 Buchst. c DSGVO) kritisch prüfen, wie viele und welche Cookies und Drittdienste tatsächlich notwendig sind.

²³ Gesetzesbegründung zu § 24 TTDSG, BT-Drs. 19/27441, S. 38.

²⁴ Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Die Einwilligung nach der Datenschutz-Grundverordnung, Stand 9/2021, Internet: <https://www.datenschutz-bayern.de>, Rubrik „Datenschutzreform 2018 – Orientierungs- und Praxishilfen – Einwilligung“.

aa) Aktive Handlung vor der Datenverarbeitung

Art. 4 Nr. 11 DSGVO setzt für eine wirksame Einwilligung eine unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung voraus, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

58

Dies kann nach Erwägungsgrund 32 DSGVO etwa durch das Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Datenverarbeitung signalisiert.

59

Beispiele für aktive Handlung:

- Anklicken einer Schaltfläche des Einwilligungsbanners „Alle Cookies akzeptieren“ beim Besuch einer Webseite
- Auswahl der einzelnen technischen Einstellungen durch Betätigung eines „Schieberiegels“.

Beispiele für fehlende aktive Handlung:

- automatischer Einsatz von Cookies bei Inanspruchnahme der Telemediendienste durch die Nutzerinnen und Nutzer;
- Einsatz eines voreingestellten Ankreuzkästchens, das die Nutzerinnen und Nutzer zur Verweigerung der Einwilligung abwählen müssen (Opt-out),²⁵ siehe Rn. 23;
- bloßes Scrollen, Wischen oder Anklicken einer Schaltfläche in Kenntnis des Cookie-Einsatzes (etwa durch bereits angekreuztes Kästchen): keine konkludente Einwilligung; das Unterlassen eines Protests kann nicht mit einer Einwilligungserklärung gleichgesetzt werden.²⁶

Mitunter verfolgen Webseitenbetreiberinnen und Webseitenbetreiber „Ausweichstrategien“, bei denen (vermeintlich) berechnete Interessen (vgl. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f DSGVO, im öffentlichen Sektor wegen Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO von untergeordneter Bedeutung) „abgewählt“ werden können. Macht eine Webseitennutzerin oder ein Webseitennutzer von der Option keinen Gebrauch, kann daraus jedenfalls nicht der Schluss gezogen werden, sie oder er habe durch dieses Unterlassen eine Einwilligung erteilt. Wird eine Schaltfläche „Keine Cookies akzeptieren“ angeboten, muss diese auch tatsächlich zur vollständigen Abwahl führen.

60

In zeitlicher Hinsicht muss die Einwilligung vor dem Beginn der Datenverarbeitung eingeholt werden, für welche die Einwilligung benötigt wird.²⁷ Dies ist zwar keine Vorgabe des Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Es entspricht aber dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit des Art. 6 DSGVO, dass eine wirksame Rechtsgrundlage für die fragliche Datenverarbeitung bereits zu Beginn

61

²⁵ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 1. Oktober 2019, C-673/17, BeckRS 2019, 22831, Rn. 44–65.

²⁶ Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Die Einwilligung nach der Datenschutz-Grundverordnung, Stand 9/2021, Rn. 61 m. w. N., Internet: <https://www.datenschutz-bayern.de>, Rubrik „Datenschutzreform 2018 – Orientierungs- und Praxishilfen – Einwilligung“.

²⁷ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand 5/2020, Rn. 90.

III. Einzelregelungen

dieser Datenverarbeitung gegeben sein muss. Zudem ist rechtlich die Einwilligung als „vorherige Zustimmung“ definiert (im Gegensatz dazu: „Genehmigung“ als nachträgliche Zustimmung).

Beispiel: Bereits beim Aufruf der Webseite der Gemeinde M. werden einwilligungspflichtige Cookies eingesetzt. Der Umstand, dass die Nutzerinnen und Nutzer mittels des zugleich angezeigten Einwilligungsbanners der fraglichen Datenverarbeitung „zustimmen“ können, ändert nichts an der Rechtswidrigkeit der bisherigen und noch stattfindenden Datenverarbeitung. Diese kann nicht „nachträglich geheilt“ werden.

bb) Freiwillig

- 62** Die Einwilligung muss freiwillig sein. Dies setzt voraus, dass die Endnutzerin oder der Endnutzer eine echte oder freie Wahlmöglichkeit hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden, Erwägungsgrund 42 DSGVO.
- 63** Fehlt eine Möglichkeit für die pauschale Ablehnung des Einsatzes von Cookies auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners (erstes Fenster), liegt eine Freiwilligkeit der Einwilligung nicht vor. Eine solche Ablehnungsmöglichkeit kann unter Umständen auch durch eine gute sichtbare Schaltfläche „X“ gegeben sein, mit deren Betätigung das Einwilligungsbanner verschwindet, die Webseite jedoch nutzbar bleibt. Für die Nutzerinnen und Nutzer muss durch die entsprechende Ausgestaltung jedoch erkennbar sein, dass mit dem Ausschalten des Einwilligungsbanners keine Einwilligung zum Cookie-Einsatz und zu den damit verbundenen Datenverarbeitungen erteilt wird.

Beispiele für fehlende Freiwilligkeit:

1. Gemeinde N. verwendet auf ihrer Webseite ein Skript, das die Sichtbarkeit der Inhalte blockiert, solange die (einwilligungsbedürftigen) Cookies und die damit gespeicherten Informationen mittels einer Schaltfläche „Cookies akzeptieren“ nicht akzeptiert werden. Die Nutzerinnen und Nutzer haben keine Wahl: Möchten sie die Webseite nutzen, müssen sie Cookies akzeptieren. Diese Vorgehensweise (sogenannte → Cookie-Wall) begründet die Unfreiwilligkeit der Einwilligung und verstößt zugleich gegen das Koppelungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO.
2. Abwandlung Beispiel 1: Es gibt zwar Auswahlmöglichkeiten, die alternative Schaltfläche „Ablehnung“ ist aber funktionslos (das Einwilligungsbanner bleibt solange angezeigt, bis man auf „Cookies akzeptieren“ klickt, oder nach Schließung des Einwilligungsbanners werden Cookies – trotz der vorherigen Ablehnung der Nutzerinnen und Nutzer – tatsächlich eingesetzt).
3. Abwandlung Beispiel 2: Gemeinde N. stützt den Einsatz der Cookies auf ein berechtigtes Interesse (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f DSGVO). Das Einwilligungsbanner sieht eine Abwahlmöglichkeit für einzelne Cookies vor, weist aber zugleich darauf hin, dass die Webseite nicht richtig funktioniert, wenn keine Cookies zugelassen werden. Auch diese Vorgehensweise ist (aus mehreren Gründen) unzulässig. Der Hinweis setzt, ähnlich wie im Beispiel 1, die Nutzerinnen und Nutzer unter Druck und verleitet sie zu einer Entscheidung

für Cookies, um die volle Funktion der Webseite sicherzustellen. Ob der Hinweis tatsächlichen Verhältnissen entspricht (eingeschränkte Nutzbarkeit der Webseite im Falle des Abwählens), ist nicht mehr entscheidend. Unabhängig davon kann sich eine öffentliche Stelle beim Einsatz von Cookies nicht auf ein berechtigtes Interesse berufen, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO.

4. Das Einwilligungsbanner sieht generell keine Möglichkeit vor, dieses ohne Entscheidung (und damit ohne Erteilung der Einwilligung) zu schließen.

In der Praxis verwenden die Webseitenbetreiberinnen und Webseitenbetreiber häufig zwei Ebenen des Einwilligungsbanners: Auf der ersten Ebene wird die Möglichkeit der generellen Zustimmung zum Einsatz von Cookies erteilt, erst auf der zweiten Ebene wird über eine Schaltfläche (etwa: „Einstellungen“ oder „Details“) in einem weiteren Fenster die Möglichkeit zur Auswahl einzelner Cookies oder zu deren genereller Ablehnung gegeben. Dieses Vorgehen ist in Anbetracht der für die Wirksamkeit der Einwilligung erforderlichen Freiwilligkeit unzulässig. In diesen Fällen ist die Ablehnung der Einwilligung nämlich einen Klick weiter entfernt (zweites Fenster) als die Zustimmung (erstes Fenster). Auch wird diese Ausgestaltung nicht den Anforderungen an die Einwilligung „für einen bestimmten Fall“ gerecht, siehe Rn. 67 ff.

64

Auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners ist stets die Möglichkeit zum (generellen) Ablehnen von Cookies vorzusehen. (Nur) daneben können außer einem generellen „Ja“ als eine dritte Option – etwa über eine Schaltfläche „Details“ – differenzierte Einstellungsoptionen angeboten werden.

65

Die Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter sollten zudem darauf achten, dass die Nutzerinnen und Nutzer nicht unterschwellig zu einer Einwilligungserteilung verleitet werden (sogenanntes → Nudging). Daher ist die Schaltfläche zur Erteilung der Einwilligung nicht auffälliger zu gestalten als die Schaltfläche zur Ablehnung. Auch die Ausgestaltung des Einwilligungsbanners dahingehend, dass die Nutzerinnen und Nutzer aus Überforderung eine Einwilligung gegen ihre Interessen erteilen (sogenanntes → Dark Pattern), ist unzulässig.

66

Beispiel für unzulässige Ausgestaltung: Das Einwilligungsbanner sieht zwar eine Wahlmöglichkeit vor (eine grün markierte Schaltfläche für „Cookies zulassen“ und eine farblose Schaltfläche für „Cookies ablehnen“), die zweite Schaltfläche ist aber optisch nicht als anklickbare Schaltfläche zu erkennen. Sie tritt im Vergleich mit der farblich unterlegten und so als „vorbelegt“ erscheinenden Schaltfläche „Cookie zulassen“ in den Hintergrund. Dies wird von den Nutzerinnen und Nutzern nicht als gleichwertige Einwilligungsmöglichkeit wahrgenommen.²⁸

Beispiel für zulässige Ausgestaltung: Zulässig ist dagegen die farbliche Markierung der Schaltflächen in der Weise, dass Schaltflächen für „Cookies zulassen“ grün und Schaltfläche für „Cookies ablehnen“ rot ausgeführt sind.

²⁸ Landgericht Rostock, Urteil vom 11.08.2020, 3 O 762/19, GRUR-RS 2020, 32027, Rn. 54.

III. Einzelregelungen

cc) Für den bestimmten Fall

- 67** Die Einwilligung muss für einen konkreten Fall gegeben werden. Die einzusetzenden Cookies und die jeweiligen Zwecke der Datenverarbeitung müssen daher einzeln den Nutzerinnen und Nutzern vor der Erteilung ihrer Einwilligung mitgeteilt und zur Auswahl gestellt werden. Die Zweckbenennung kann nicht durch allgemeine Angaben wie „Verbesserung des Surferlebnisses“ oder „Werbezwecke“ erfüllt werden.

Beispiele:

1. Gemeinde K. setzt auf ihren Webseiten neben weiteren einwilligungsbedürftigen Cookies auch solche zur Reichweitenanalyse durch die Gemeinde selbst ein. Das Einwilligungsbanner, das beim erstmaligen Aufrufen der Webseite angezeigt wird, informiert darüber, dass „einwilligungspflichtige Cookies auf der Webseite eingesetzt werden sollen, um die Qualität der Webseite kontinuierlich zu verbessern“. Die Webseitenbesucherinnen und Webseitenbesucher haben die Möglichkeit, auf die Schaltflächen „Cookies zulassen“, „Cookies ablehnen“ oder „Einstellungen“ zu klicken. Die dem Einwilligungsbanner (auf der ersten Ebene) zu entnehmende Information, wonach die Cookies zur Verbesserung der Webseite eingesetzt werden, ist zu unbestimmt und daher für eine „für bestimmten Fall“ abgegebene Einwilligung unzureichend. Hinzu kommt, dass die Nutzerinnen und Nutzer keine Möglichkeit haben, auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners die einzelnen Cookies und Verarbeitungszwecke auszuwählen. Insoweit ist die Verwendung der Schaltfläche „Cookies zulassen“ im vorliegenden Fall als eine „Pauschaleinwilligung“ anzusehen und daher unzulässig.
 2. Wie im Beispiel 1, jedoch sollen auf der Webseite neben den notwendigen Cookies ausschließlich solche zur Reichweitenanalyse eingesetzt werden. Die Information des Einwilligungsbanners lautet: „Wir nutzen technisch notwendige Cookies auf unserer Internetpräsenz. Daneben setzen wir Cookies zur statistischen Erfassung der Daten darüber ein, wie die Besucherinnen und Besucher die Internetpräsenz nutzen. Weitere Informationen finden Sie in unseren Datenschutzinformationen.“ In dem Fall ist die Information über den Verarbeitungszweck hinreichend bestimmt. Die Schaltfläche „Cookies zulassen“ ist nicht als eine „Pauschaleinwilligung“ einzuordnen, da keine weiteren einwilligungsbedürftigen Cookies auf der Webseite eingesetzt werden.
- 68** Haben sich die Zwecke der Datenverarbeitung oder die eingebundenen Drittdienste, für die die Einwilligung erteilt wurde, geändert, muss die Telemedienanbieterin oder der Telemedienanbieter eine neue Einwilligung (für den neuen Zweck oder Dienst) einholen.
- 69** Die Einwilligung wird auch nicht für den bestimmten Fall erteilt, wenn die Gestaltung des Einwilligungsbanners darauf angelegt ist, die Nutzerinnen und Nutzer mit einem aufwändigen Verfahren zur Auswahl von aufgelisteten Drittanbieterinnen oder Drittanbietern und Datenverarbeitungszwecken zu konfrontieren, um sie zu veranlassen, von dieser Auswahl abzusehen. Zwar werden ihnen alle Drittanbieter in vermeintlich transparenter Weise (mittels einer Liste) offengelegt. Die Nutzerinnen und Nutzer werden aber aufgrund der Gestaltung des Auswahlvorgangs regelmäßig keine Kenntnis über den konkreten Inhalt haben können. Zugleich wäre eine solche Einwilligung unfreiwillig erteilt, siehe Rn. 62 ff.

dd) In informierter Weise

Die betroffene Person muss ihre Einwilligung „in informierter Weise“ treffen. Was ihr im Einzelnen bekannt sein muss, ergibt sich nicht ausdrücklich aus den Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung. Erwägungsgrund 42 DSGVO geht aber davon aus, dass für eine Einwilligung der betroffenen Person mindestens bekannt sein muss, wer der Verantwortliche ist und für welche Zwecke die Daten verarbeitet werden sollen.

70

Zur wirksamen Einwilligung „in informierter Weise“ muss die betroffene Person zudem über weitere Umstände informiert werden, die wesentlich für ihre Entscheidung sind. Dazu gehören die zu verarbeitenden personenbezogenen Daten, das Widerrufsrecht (siehe Rn. 73 ff.) sowie gegebenenfalls die Absicht des Verantwortlichen, eine ausschließlich automatisierte Entscheidung zu treffen oder eine Datenübermittlung in Drittländer vorzusehen.²⁹ Auch Informationen über die Speicherdauer und gegebenenfalls über mehrere (gemeinsame) Verantwortliche oder weitere Datenempfänger beziehungsweise Datenzugriffsberechtigte sollten der betroffenen Person zur Verfügung stehen.³⁰ So ist im Einwilligungsbanner auch über eingebundene Drittinhalte und Drittdienste zu informieren. Zudem sollten die Nutzerinnen und Nutzer über die Freiwilligkeit der abzugebenden Einwilligung und darüber, dass ihnen durch eine Ablehnung der Einwilligung keinerlei Nachteile entstehen, in Kenntnis gesetzt werden.

71

Die (detaillierten) Informationen dürfen auf verschiedenen Ebenen des Einwilligungsbanners dargestellt werden. Zulässig erscheint auch die Verwendung der nicht im Einwilligungsbanner angezeigten Datenschutzhinweise für einen Teil der Informationen. Dies setzt allerdings voraus, dass die Informationen insgesamt vollständig und zutreffend sowie die Datenschutzhinweise ordnungsgemäß verlinkt sind.

72

Beispiele für fehlerhafte Zurverfügungstellung von Informationen:

1. Gemeinde E. bindet eine Suchmaschine auf ihrer Webseite ein, setzt dabei selbst aber keine Cookies ein. Daher verzichtet sie auf das Einwilligungsbanner und die entsprechenden Informationen. Allerdings ist für die Einbindung von Drittdiensten – hier der Suchmaschine – auch ohne Einsatz von eigenen Cookies regelmäßig eine Einwilligung erforderlich (siehe Beispiel 3, Rn. 52). Wird nicht über die Einbindung solcher Drittdienste informiert, sind die erforderlichen Informationen unvollständig und die Datenverarbeitung rechtswidrig.
2. Das Einwilligungsbanner beschränkt sich auf den allgemeinen Hinweis, dass Cookies in datenschutzrechtlich zulässiger Weise verarbeitet werden. Diese Vorgehensweise verzichtet auf alle notwendigen Informationen und ist gleichzeitig für eine „aktive Handlung der betroffenen Person“ unzureichend.

²⁹ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand 5/2020, Rn. 64.

³⁰ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 1. Oktober 2019, C-673/17, BeckRS 2019, 22831, Rn. 77–81.

III. Einzelregelungen

ee) Widerruf

- 73** Gemäß Art. 7 Abs. 3 DSGVO kann die Einwilligung jederzeit widerrufen werden. Fehlt der Hinweis auf die Widerrufsmöglichkeit der betroffenen Person, ist die erteilte Einwilligung unwirksam. Von dem Widerrufsrecht muss der oder die Einwilligende vor Abgabe der Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 Satz 3 DSGVO in Kenntnis gesetzt werden.
- 74** Ist auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners eine Möglichkeit zur Zustimmung in die Datenverarbeitung vorgesehen, so muss auch der Hinweis auf das Widerrufsrecht bereits auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners erscheinen, damit die Nutzerinnen und Nutzer „vor“ der Erteilung der Einwilligung Kenntnis darüber erlangen können. In diesem Fall wäre eine Information über das Widerrufsrecht nur in den verlinkten Datenschutzhinweisen unzureichend.
- 75** Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein, Art. 7 Abs. 3 Satz 4 DSGVO. Wird die Einwilligung beim Besuch einer Webseite mittels eines Einwilligungsbanners eingeholt, muss der Widerruf auf demselben Kommunikationswege möglich und genauso einfach (etwa per Mausklick) auszuüben sein. Ansonsten wäre eine unangemessene Anstrengung der Endnutzerin oder des Endnutzers erforderlich.³¹ Der Weg zu dem Einwilligungsbanner muss gut sichtbar sein, etwa über eine stets auf der Webseite oder in den Datenschutzhinweisen sichtbare Schaltfläche oder Verlinkung zum Einwilligungsbanner.

Beispiele für erschwerte Ausübung des Widerrufsrechts:

1. Die eine Informationswebseite betreibende Gemeinde F. informiert die Webseitenbesucherinnen und Webseitenbesucher, dass sie die Möglichkeit haben, ihre mittels Einwilligungsbanners erteilten Einwilligungen zum Einsatz von Cookies zur Reichweitenanalyse per E-Mail oder schriftlich zu widerrufen. In diesem Fall verstößt die Gemeinde F. gegen Art. 7 Abs. 3 DSGVO. Sie fordert für den Widerruf eine E-Mail oder ein Schreiben der Webseitenbesucherinnen oder Webseitenbesucher, was aufwändiger ist als der Mausklick, mit dem die Einwilligung erteilt wurde.
 2. Das gleiche gilt auch für den etwaigen Verweis der Gemeinde F. auf Widerrufsmöglichkeiten bei einer Drittanbieterin oder einem Drittanbieter, wenn etwa eine Einwilligung zum Einsatz von Cookies für das Abspielen eines Videos des Drittanbieterin oder der Drittanbieters eingeholt wurde.
- 76** In der Praxis wird üblicherweise bei jedem Webseitenbesuch die Einwilligung mittels Einwilligungsbanners neu eingeholt. Zwar könnte in der so eingeholten neuen (geänderten) Einwilligung (etwa hinsichtlich des Umfangs der einzusetzenden Cookies) ein Widerruf der vorherigen Einwilligung gesehen werden. Dies entbindet jedoch die Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter nicht von der Verpflichtung, eine Widerrufsmöglichkeit „jederzeit“, also auch während der Sitzung, sicherzustellen.

³¹ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand 5/2020, Rn. 114.

g) Informationspflichten

Da auch hinsichtlich der Informationspflichten die Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung maßgeblich sind, obliegen den Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbietern – über die Anforderungen an die Informiertheit der Einwilligung hinaus – weitere Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO. Deren Nichterfüllung kann im Einzelfall auch die Unwirksamkeit der Einwilligung selbst zur Folge haben.³²

77

Während Art. 13 und 14 DSGVO die Frage beantworten, welche Informationen zur Verfügung zu stellen sind, gibt Art. 12 DSGVO die formalen Anforderungen an das „Wie“ der Bereitstellung von Informationen vor. Gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 1 DSGVO sind die Informationen in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln. In der Praxis werden diese Informationspflichten typischerweise durch Datenschutzhinweise auf den Webseiten umgesetzt, können aber auch (teilweise) in die Einwilligungsbanner integriert werden.

78

Im Kontext des Cookie-Einsatzes muss die Endnutzerin oder der Endnutzer insbesondere informiert werden über die Stelle, zu deren Gunsten die Einwilligung erteilt werden soll (Art. 13 Abs. 1 Buchst. a DSGVO), die verschiedenen Arten und Zweckbestimmungen von Cookies (Art. 13 Abs. 1 Buchst. c DSGVO), mögliche Cookies von Drittanbieterinnen oder Drittanbietern und deren Zugriffsmöglichkeiten auf die mittels Cookies erhobenen Daten (Art. 13 Abs. 1 Buchst. e DSGVO)³³ sowie die Speicherdauer, sog. Cookie Lifetime (Art. 13 Abs. 2 Buchst. a DSGVO).³⁴ Steht die Speicherdauer von Cookies bei Einholung der Einwilligung nicht fest, sind die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer klar und umfassend in die Informationen an die Endnutzerin oder den Endnutzer aufzunehmen.

79

Um den Anforderungen von Art. 12 DSGVO, insbesondere an eine transparente, verständliche und leicht zugängliche Form zu erfüllen, ist darauf zu achten, dass der Zugriff auf die Datenschutzhinweise bei geöffneten Einwilligungsbannern möglich bleibt, insbesondere der Link auf die Datenschutzhinweise nicht durch das Einwilligungsbanner verdeckt wird. Die Datenschutzhinweise müssen leicht auffindbar sein (klare Kennzeichnung und Abrufbarkeit von der Startseite). Zudem sollen überlange Datenschutzhinweise, die ein mehrfaches Scrollen der Endnutzerinnen und Endnutzer erfordern, vermieden werden. Für die Beurteilung der Verständlichkeit ist auf die typische Zielgruppe des Online-Angebots abzustellen.³⁵

80

³² Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Die Einwilligung nach der Datenschutz-Grundverordnung, Stand 9/2021, Rn. 97, Internet: <https://www.datenschutz-bayern.de>, Rubrik „Datenschutzreform 2018 – Orientierungs- und Praxishilfen – Einwilligung“.

³³ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 1. Oktober 2019, C-673/17, BeckRS 2019, 22831, Rn. 72–81.

³⁴ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitsunterlage mit Leitlinien für die Einholung der Einwilligung zur Verwendung von Cookies, Stand 2/2013, WP 208, S. 4; Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 1. Oktober 2019, C-673/17, BeckRS 2019, 22831, Rn. 72–81.

³⁵ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, Stand 4/2018, WP 260 rev.01, Rn. 1.

III. Einzelregelungen

h) Nachweispflichten

- 81** Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss die verantwortliche Telemedienanbieterin oder der verantwortliche Telemedienanbieter nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.
- 82** Hierfür ausreichend ist beispielsweise, dass die Telemedienanbieterin oder der Telemedienanbieter Informationen über die Sitzung speichert, in der die Einwilligung eingeholt wurde, sowie über Unterlagen verfügt, welche die Abläufe zur Einholung der Einwilligung und den Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung dokumentieren. Sie beziehungsweise er soll darüber hinaus über eine Kopie der Informationen verfügen, die dem oder der Einwilligenden vorgelegt wurden.³⁶
- Nicht ausreichend zur Erfüllung der Nachweispflicht ist der Hinweis der Telemedienanbieterin oder des Telemedienanbieters auf die „korrekte Konfiguration“ der Webseite.
- 83** Zur Erfüllung der Nachweispflichten des Art. 7 Abs. 1 DSGVO ist nicht erforderlich, dass die Nutzerinnen und Nutzer dazu direkt identifiziert werden.³⁷ Eine indirekte Identifizierung ist ausreichend. So kann der Nachweis einer vorliegenden Einwilligung dadurch erbracht werden, dass die Entscheidung der Nutzerin oder des Nutzers über den Einsatz von Cookies auf ihrem oder seinem Gerät ohne Verwendung einer Nutzer-Kennung gespeichert wird.

3. PIMS und Endnutzereinstellungen, § 26 TTDSG

- 84** Nahezu jede Webseite verwendet Cookies, die nicht als technisch notwendig anzusehen sind. Dies führt zu einer Flut von Einwilligungsbannern und in der Folge zu einer Ermüdung der Endnutzerinnen und Endnutzer, welche die Einwilligungsbanner nicht mehr durchlesen (wollen) und deshalb achtlos unzählige pauschale Einwilligungen erteilen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dies bedenklich, denn Datenverarbeitungen ohne (bewusst) erteilte Einwilligungen sind regelmäßig rechtswidrig, vgl. Art. 6 Abs. 1 DSGVO.
- 85** Um dieses Problem zu entschärfen, ermächtigt § 26 Abs. 2 TTDSG die Bundesregierung, mittels einer Rechtsverordnung die technischen und organisatorischen Maßnahmen festzulegen, dass die Anbieterinnen und Anbieter von Telemedien bei der Verwaltung der von Endnutzerinnen und Endnutzern erteilten Einwilligungen zum einen die Einbindung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung (sog. → PIMS, die telemedienübergreifende Einwilligungsentscheidungen und deren Verwaltung der Endnutzerin oder dem Endnutzer ermöglichen) und zum anderen sonstige (Browser-/App-/Betriebssystem-)Einstellungen berücksichtigen, § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b TTDSG.

³⁶ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand 5/2020, Rn. 108.

³⁷ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand 3/2019, S. 9.

Aktueller Stand: Die Rechtsverordnung nach § 26 Abs. 2 TTDSG wird als „technische Vorschrift“ gemäß der Richtlinie (EU) 2015/1535³⁸ das EU-Notifizierungsverfahren durchlaufen. Das Gesetzgebungsverfahren soll bis Ende 2022 abgeschlossen sein. Mit dem Inkrafttreten der Rechtsverordnung sind die Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter verpflichtet, die dort konkretisierten technischen und organisatorischen Maßnahmen einzuhalten. Für die bayerischen öffentlichen Stellen besteht insofern derzeit kein Handlungsbedarf. Die Konkretisierung der Pflichten durch die Bundesregierung muss abgewartet werden.

86

a) PIMS, § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b Var. 1 TTDSG

Die in § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b Var. 1 TTDSG genannten anerkannten Dienste zur Einwilligungsverwaltung werden auch kurz → „PIMS“ (Abkürzung für: Personal Information Management Systeme) genannt. Sie sollen den Endnutzerinnen und Endnutzern ermöglichen, ihre Einwilligungen an einer Stelle telemedienübergreifend zu verwalten.

87

Die hier normierte Pflicht zur Berücksichtigung der Dienste zur Einwilligungsverwaltung betrifft nur die Dienste im Sinne des § 26 Abs. 1 TTDSG, die nach Maßgabe der Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG durch eine unabhängige Stelle anerkannt werden. Hierfür werden etwa nach § 26 Abs. 1 TTDSG nutzerfreundliche und wettbewerbskonforme Verfahren und technische Anwendungen zur Einholung und Verwaltung der Einwilligung sowie ein fehlendes wirtschaftliches Eigeninteresse der Diensteanbieterinnen und Diensteanbieter vorausgesetzt.

88

Möchte in Zukunft eine öffentliche Stelle einen (eigenen) Dienst zur Einwilligungsverwaltung im Sinne von § 26 TTDSG anbieten, müsste sie diesen durch eine unabhängige (derzeit noch nicht weiter konkretisierte) Stelle anerkennen lassen. Alternativ könnte sie anerkannte Dienste Dritter auf ihrer Webseite einbinden. Die Anforderungen an das Anerkennungsverfahren müssen erst noch durch die Rechtsverordnung der Bundesregierung nach § 26 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG geregelt werden. Hierzu gehören neben der Bestimmung der anerkennenden Stelle der Inhalt des Antrags auf Anerkennung und der Inhalt des nach § 26 Abs. 1 Nr. 4 TTDSG erforderlichen Sicherheitskonzepts. Die Dienste zur Einwilligungsverwaltung haben daher derzeit noch keine praktische Relevanz.

Der Wortlaut des § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b Var. 1 TTDSG sieht als Rechtsfolge eine Pflicht zur „Berücksichtigung“ vor. Damit sind die in der Einwilligungsverwaltung vorgenommenen Einstellungen durch die Webseitenbetreiberinnen und Webseitenbetreiber sowie andere Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter grundsätzlich zu beachten. Einer gesetzlichen Formulierung, wonach sie die Einstellungen „zu befolgen haben“, bedarf es – anders als teilweise in der Literatur vertreten³⁹ – zur Begründung einer solchen Pflicht nicht.

89

Beispiel für praktische Umsetzung: Webseitenbesucher A. lehnt Datenverarbeitungen zu statistischen Zwecken generell ab. Dies soll er an einer Stelle (in der Einwilligungsverwaltung)

³⁸ Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (ABl. L 241 vom 17. September 2015, S. 1).

³⁹ Golland, Das TTDSG, Cookies und PIMS als Herausforderung für Webseite-Betreiber, NJW 2021, 2238, Rn. 23 f.

III. Einzelregelungen

festlegen können. Ruft A. eine Webseite der Gemeinde G. auf, soll die Webseite in der Einwilligungsverwaltung nachsehen oder von dieser informiert werden, ob A. bestimmte Vorgaben hinterlegt hat. Die (vorgenommene) Ablehnung des A. zur Datenverarbeitung zu statistischen Zwecken muss durch die Gemeinde G. berücksichtigt werden. Eine solche Datenverarbeitung muss daher unterbleiben. Im Idealfall hat die Endnutzerin oder der Endnutzer alle für die Webseite der Gemeinde G. relevanten Entscheidungen – hinsichtlich aller Cookies und Drittdienste – in der Einwilligungsverwaltung getroffen. Ein ansonsten notwendiges Einwilligungsbanner erscheint nicht mehr beim Aufruf der Webseite, sondern wird automatisch mit den Vorgaben des A. „ausgefüllt und bestätigt“. Dies setzt voraus, dass die Webseite der Gemeinde G. in technischer Hinsicht die in der Einwilligungsverwaltung getroffenen Entscheidungen der Endnutzerinnen und Endnutzer automatisch berücksichtigen kann.

Zu beachten ist zudem, dass sich die aus der Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO ergebende Verpflichtung der Gemeinde G., die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung – hier: das Vorliegen der wirksamen Einwilligung des A. – nachzuweisen, mit dem Einsatz der Einwilligungsverwaltung nicht entfällt, siehe Rn. 81 ff.).

- 90** Nach dem Gesetzeswortlaut beziehen sich die Dienste zur Einwilligungsverwaltung gemäß § 26 Abs. 1 TTDSG nur auf die nach § 25 Abs. 1 TTDSG erteilten Einwilligungen. Die Einwilligungen nach der Datenschutz-Grundverordnung – zumal für Weiterverarbeitungen – sind davon nicht umfasst und separat zu prüfen; ob und inwieweit Dienste zur Einwilligungsverwaltung so ausgestaltet werden können, dass auch solche Einwilligungen mit erteilt werden können, bleibt abzuwarten.

b) Einstellungen, § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b Var. 2 TTDSG

- 91** Die Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter werden zudem die (Browser-/App-/Betriebssystem-)Einstellungen der Endnutzerinnen und Endnutzer zu berücksichtigen haben. Eine datenschutzfreundliche Voreinstellung des Browsers, wie das in Art. 25 Abs. 2 DSGVO geregelte „privacy by default“, gebietet die Norm aber nicht. Gemäß Art. 25 Abs. 2 DSGVO müssen die Werkeinstellungen bereits standardmäßig möglichst datenschutzfreundlich ausgestaltet sein. So sollen schon auf technischer Ebene Nutzerinnen und Nutzer geschützt werden, die nicht sehr technikaffin sind und gegebenenfalls Schwierigkeiten hätten, selbst die Datenschutzeinstellungen nach ihren Wünschen zu verändern. Die Anwendung des „privacy by default“-Prinzips im Rahmen des § 26 TTDSG hätte etwa die Browservoreinstellung zur Folge, dass der Einsatz von technisch nicht notwendigen Cookies ohne vorherige aktive Einstellung durch die Endnutzerinnen und Endnutzer grundsätzlich blockiert werden soll.

Beispiele: Einstellung im Browser durch eine Webseitenbesucherin, dass keine Cookies eingesetzt werden sollen; Ablehnung (nur) der sogenannten Third-Party-Cookies von Drittanbieterinnen und Drittanbieter bereits im Browser.

- 92** Schon jetzt gibt es Einstellungsmöglichkeiten in den meisten Browsern (etwa die Do-Not-Track-Einstellung). Die Einstellungen werden von den Webseitenbetreiberinnen und Webseitenbetreiber derzeit oftmals nicht beachtet. Trotz der vorgenommenen Einstellung „Do-Not-Track“ werden die Endnutzerinnen und Endnutzer mittels Einwilligungsbannern nach ihren Einwilligungen gefragt. Abzuwarten bleibt in diesem Zusammenhang der Inhalt der Rechtsverordnung nach § 26 Abs. 2 TTDSG und ihre tatsächliche Wirkung.

c) Softwareanforderungen, § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a TTDSG

Damit die Webseite die in der Einwilligungsverwaltung hinterlegten Informationen erhalten kann, muss die Software zum Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet (Browser-Software) nachgerüstet werden. Hierzu soll die Rechtsverordnung nach § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a TTDSG Vorgaben an technische und organisatorische Maßnahmen machen, damit diese Software den aktuellen Einwilligungsstatus berücksichtigt und die Einstellungen der Endnutzerinnen und Endnutzer umsetzt. Die Softwarehersteller müssen dann entsprechende Schnittstellen zu den Einwilligungsbannern der Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter schaffen.

93

Die Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter müssen Schnittstellen zu akkreditierten Einwilligungsverwaltungen integrieren und durch technische und organisatorische Maßnahmen eine Berücksichtigung der getroffenen Einstellungen sicherstellen.

94

d) Kollisionen

aa) Kollision der Einstellungen

Unklar (und der Regelung durch Rechtsverordnung vorbehalten) bleibt derzeit, in welchem Verhältnis die durch die Endnutzerin oder den Endnutzer im Browser vorgenommenen Einstellungen zu den mittels Einwilligungsverwaltung getroffenen Entscheidungen stehen. Für Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter ist die Frage, welche (gegebenenfalls widersprüchlichen) Einstellungen sie als maßgeblich betrachten sollen – solche in der Einwilligungsverwaltung oder in den (Browser-)Einstellungen –, von nicht unerheblicher Bedeutung. Der Wortlaut des § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa und bb TTDSG („Einstellungen (...) befolgt“ gegenüber „Einbindung von anerkannten Diensten (...) berücksichtigt“) deutet zwar auf einen Vorrang der Browsereinstellungen gegenüber den Einstellungen in der Einwilligungsverwaltung hin.⁴⁰ Zwingend ist diese Auslegung jedoch nicht. Der sprachliche Unterschied („befolgt“ gegenüber „berücksichtigt“) resultiert nämlich daraus, dass § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb TTDSG sich auf ein anderes Objekt als § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa TTDSG („Einbindung“, nicht „Einstellungen“ der Dienste der Einwilligungsverwaltung) bezieht. Vielmehr dürfte die Einwilligungsverwaltung mit den individuellen Einstellungen zu den einzelnen Cookies speziellere Vorgaben als die Browsereinstellungen (hier: regelmäßig eine generelle Vorgabe, etwa „keine Third-Party-Cookies“) enthalten und daher aus datenschutzrechtlicher Sicht vorzuziehen sein. Entscheidend dürfte letztlich die Einstellung sein, welche in zeitlicher Hinsicht später getroffen wurde. Die modifizierte Einstellung stellt einen Widerruf der früheren Einstellung dar und tritt an deren Stelle.

95

Beispiel: Lehnt Webseitenbesucher A. in seinen Browser-Einstellungen den Einsatz von Third-Party-Cookies ab, stimmt er in der Einwilligungsverwaltung aber später den Datenverarbeitungen unter Einsatz von Cookies zum Abrufen der Kartendienste der Drittanbieterinnen und Drittanbieter zu, soll die letzte Einstellung maßgeblich sein. In solchen Fällen erscheint es

⁴⁰ Golland, Das TTDSG, Cookies und PIMS als Herausforderung für Webseite-Betreiber, NJW 2021, 2238, Rn. 23.

III. Einzelregelungen

zudem empfehlenswert (und grundrechtsfreundlich), die Endnutzerin oder den Endnutzer auf den Widerspruch hinzuweisen, damit sie oder er ihn selbst auflösen kann.

bb) Kollision der Einwilligungen

- 96** Da die Einwilligungsverwaltung nur die Einwilligungen des § 25 Abs. 1 TTDSG betrifft, muss die individuelle Nutzereinwilligung mittels Einwilligungsbanners, die (auch) die Einwilligungen nach der Datenschutz-Grundverordnung erlaubt, weiterhin möglich sein. Ist dieselbe Datenverarbeitung sowohl nach § 25 Abs. 1 TTDSG als auch nach der Datenschutz-Grundverordnung einwilligungsbedürftig, stellt sich die Frage, welche der erteilten Einwilligungen maßgeblich ist. Auch hier dürfte die individuelle Einwilligung (bei widersprüchlichen Vorgaben der Einwilligungsverwaltung und der Browser-Einstellungen) aufgrund der einzelfallbezogenen und aktuellsten Entscheidung der Endnutzerinnen und Endnutzer Vorrang gegenüber der Einwilligung der Einwilligungsverwaltung haben. Eine neue, modifizierte Einwilligung stellt einen Widerruf der alten Einwilligung dar und tritt an deren Stelle. Dies setzt aber voraus, dass die Einwilligungsbanner und die darüber erteilten Einwilligungen den Wirksamkeitsanforderungen des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes und der Datenschutz-Grundverordnung entsprechen.

Beispiel: Erteilte A. mittels Einwilligungsverwaltung seine Einwilligung nur zu Datenverarbeitungen zu statistischen Zwecken, stimmte er dagegen beim Besuch der Webseite der Gemeinde B. im Einwilligungsbanner allein der Datenverarbeitung im Zusammenhang mit einem Kartendienst eines Drittanbieters zu, so soll die letzte Einwilligung (mittels Einwilligungsbanners) maßgeblich sein. Die Datenverarbeitung zu statistischen Zwecken muss – falls keine andere Rechtsgrundlage einschlägig ist – unterbleiben.

4. Sanktionen, § 28 TTDSG

- 97** Mit § 28 TTDSG hat der Gesetzgeber einen Bußgeldtatbestand für Verstöße gegen die Vorschriften des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes geschaffen. Die dort geregelten Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße bis zu 300.000 Euro geahndet werden. Bei öffentlichen Stellen kommen insbesondere Verstöße gegen § 28 Abs. 1 Nr. 13 TTDSG in Verbindung mit § 25 Abs. 1 Satz 1 TTDSG in Betracht, wenn ihre Webseiten oder Apps nicht die dort geregelten Anforderungen erfüllen. Einen Ordnungswidrigkeitstatbestand bei Verstößen gegen die Berücksichtigungspflicht nach § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b TTDSG hat der Gesetzgeber – auch im Kontext der Verordnungsermächtigung nach § 26 Abs. 2 TTDSG – nicht vorgesehen.
- 98** § 28 Abs. 4 TTDSG in Verbindung mit § 2 Abs. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) nimmt allerdings öffentliche Stellen der Länder und des Bundes als mögliche Bußgeldadressaten aus. Nicht ausgenommen sind aber – mangels entsprechenden Verweises in § 28 Abs. 4 TTDSG – die in § 2 Abs. 3 BDSG genannten Vereinigungen, zu denen nach § 2 Abs. 3 Satz 2 BDSG auch Vereinigungen im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Satz 1 BayDSG zählen. Daher sind Geldbußen insbesondere gegen bayerische öffentliche Beteiligungsunternehmen nicht ausgeschlossen.

Wer über Geldbußen bei den von der Ausnahme nicht erfassten bayerischen öffentlichen Stellen entscheidet, richtet sich nach den (allgemeinen) Zuständigkeitsregelungen für die Durchführung der Ordnungswidrigkeitsverfahren: Für den Vollzug des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes durch bayerische öffentliche Stellen ist nach Art. 83 GG der Freistaat Bayern zuständig. Die Durchführung der Ordnungswidrigkeitsverfahren (und damit die Verhängung der Geldbuße) obliegt in Bayern grundsätzlich derjenigen Verwaltungsbehörde, die die Rechtsvorschrift vollzieht, gegen die sich die Zuwiderhandlung richtet, § 36 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a, Abs. 2 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in Verbindung mit § 87 Abs. 1 Zuständigkeitsverordnung.

IV. Praxishinweise zum Einsatz von Cookies

Richtige Reihenfolge

Einwilligungsbedürftige Cookies dürfen nicht bereits beim Öffnen der Webseite eingesetzt werden, sondern erst nach der positiven Einwilligungsabfrage bei den Endnutzerinnen und Endnutzern.

Vollständige und verständliche Information

Besonders zu achten ist auf eine vollständige und verständliche Information der Endnutzerinnen und Endnutzer über die einzusetzenden Cookies und die Verarbeitung personenbezogener Daten.

Einbindung von Diensten Dritter

Die Einbindung von Diensten Dritter sollte gut überlegt sein: Hier kommt es häufig zu einer Übermittlung personenbezogener Daten (nicht nur sonstiger Informationen). Die den Endnutzerinnen und Endnutzern im Zusammenhang mit dem (eigenen) Online-Angebot zur Verfügung gestellten Informationen wären um Informationen über Datenübermittlungen an Dritte und/oder Datenverarbeitungen durch Dritte zu erweitern. Es wäre zudem zu prüfen, ob ein Auftragsverarbeitungsvertrag oder eine Vereinbarung über die gemeinsame Verantwortlichkeit notwendig ist und ob eine Datenübermittlung in Drittländer erfolgt und rechtmäßig ist. Die Prüfungsergebnisse sind ebenfalls in den zur Verfügung gestellten Informationen entsprechend zu berücksichtigen.

Technische Umsetzung

Die technische Umsetzung muss sich nach den erteilten Einwilligungen richten: Entscheidet sich eine Endnutzerin oder ein Endnutzer dafür, den Einsatz einwilligungspflichtiger Cookies vollständig abzulehnen, dürfen diese auch tatsächlich nicht eingesetzt werden (oder gar aktiv bleiben). Die Webseite (insbesondere der Zugriff auf Impressum und Datenschutzerklärung) muss auch dann nutzbar sein.

Keine voreingestellte Einwilligung

Die Einwilligung darf nicht voreingestellt sein: Ein „Opt-in“ der Endnutzerinnen und Endnutzer ist erforderlich.

Einfache Wahlmöglichkeit

Eine einfache Wahlmöglichkeit der Endnutzerinnen und Endnutzer ist sicherzustellen: Ist auf der ersten Ebene der Schaltfläche des Einwilligungsbanners eine Möglichkeit genereller Zustimmung für sämtliche Cookies und Drittdienste vorgesehen, so muss ebenfalls auf dieser Ebene die Möglichkeit gegeben sein, alle Cookies und Drittdienste abzulehnen oder Einwilligungsbanner ohne Entscheidung zu schließen. Auch in diesem Falle muss die Webseite nutzbar sein.

Neutrale Ausgestaltung der Einwilligungsbanner

Die Endnutzerinnen und Endnutzer sollen nicht unterschwellig zu einer Einwilligungserteilung verleitet werden. So ist die Schaltfläche zur Erteilung der Einwilligung nicht auffälliger zu gestalten als die Schaltfläche zur Ablehnung. Auch ist die Wirkung der verwendeten Farben zu bedenken. Eine klare, nicht irreführende Überschrift des Einwilligungsbanners ist zu wählen.

Freiwilligkeit der Einwilligung

Die Freiwilligkeit der Einwilligung muss deutlich gemacht werden, auf das Widerrufsrecht ist hinzuweisen (zum Beispiel: „Die Einwilligung ist freiwillig, nicht für die Nutzung dieser Webseite erforderlich und kann jederzeit widerrufen werden“). Die Endnutzerin oder der Endnutzer muss den Widerruf jederzeit so einfach wie die Einwilligung erklären können.

V. Checkliste vor dem Einsatz der Einwilligungsbanner

1 Vorprüfung

Ist der Einsatz (aller) Cookies, Tracking-Maßnahmen oder Drittdienste tatsächlich notwendig? (Grundsatz der Datenminimierung)

2 Prüfung der Einwilligungsbedürftigkeit

Sind die einzusetzenden Cookies, Tracking-Maßnahmen oder Drittdienste oder der Zugriff auf die mittels Cookies gespeicherten Informationen einwilligungsbedürftig?

2.1 Prüfung nach § 25 TTDSG

Ist der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 1 TTDSG eröffnet?

Nein: Es besteht keine Einwilligungsbedürftigkeit nach dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz.

Ja: Es ist zu prüfen, ob die Ausnahmen des § 25 Abs. 2 TTDSG einschlägig sind.

Ja: Der Einsatz von Cookies ist nach dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz einwilligungsfrei.

Nein: Der Einsatz ist nach dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz einwilligungspflichtig.

Sodann (unabhängig vom Ergebnis der Prüfung nach dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz):

2.2 Prüfung nach der Datenschutz-Grundverordnung

Werden mit dem Einsatz oder aufgrund des Einsatzes von Cookies personenbezogene Daten verarbeitet?

Nein: Die Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung sind nicht anwendbar (es ist keine Einwilligung oder anderweitige Rechtsgrundlage erforderlich).

Ja: Es ist zu prüfen, ob eine andere datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage als die Einwilligung für diese Verarbeitung eingreift.

Ja: Eine Einwilligung nach der Datenschutz-Grundverordnung ist nicht erforderlich.

Nein: Die Datenverarbeitung bedarf einer Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO).

VI. Checkliste für die Ausgestaltung der Einwilligungsbanner

- (1) Vorfrage: Ist der Einsatz der einwilligungsbedürftigen Cookies, Tracking-Maßnahmen oder Drittdienste tatsächlich notwendig? (Grundsatz der Datenminimierung)
- (2) Erfolgt die Einwilligung mittels aktiver Handlung der betroffenen Person?
- (3) Bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte (insbesondere bei Minderjährigen): Ist die betroffene Person einwilligungsfähig?
- (4) Erfolgt die Einwilligung freiwillig (Wahlmöglichkeiten, Koppelungsverbot)?
- (5) Wurde die einwilligende Person nachweislich informiert und bezieht sich die Einwilligung auf den bestimmten Fall? Informiertheit/Bestimmtheit in Bezug auf
 - den Verantwortlichen (Art. 4 Nr. 7 DSGVO),
 - die zu verarbeitenden personenbezogenen Daten (Art. 4 Nr. 1 DSGVO),
 - die Art der Verarbeitung (Art. 4 Nr. 2 DSGVO),
 - den Verarbeitungszweck (jeweils) (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO),
 - das Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 DSGVO),
 - die Freiwilligkeit der Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DSGVO),
 - gegebenenfalls weitere Datenempfänger (vgl. Art. 4 Nr. 9 DSGVO),
 - gegebenenfalls eine Datenübermittlung in Drittländer (vgl. Art. 44 ff. DSGVO),
 - gegebenenfalls mehrere (gemeinsame) Verantwortliche (vgl. Art. 26 DSGVO).

VII. Glossar

Applikation (App) ■ Eine Anwendungssoftware, die auf den Endgeräten der Nutzerinnen und Nutzer installiert wird. Die hiervon zu unterscheidenden Web-Applikationen sind als Drittdienste im Sinne dieser Orientierungshilfe zu verstehen.

Browser Fingerprinting ■ Eine Nutzerverfolgungs-Technik zur eindeutigen Identifizierung der Nutzerinnen und Nutzer der Online-Angebote durch Erstellung eines digitalen Fingerabdrucks der Systemkonfiguration (ohne Verwendung von Cookies). Bei der Wiedererkennung von Webseitenbesucherinnen und Webseitenbesuchern wird derzeit schätzungsweise eine Erfolgsquote von circa 80 bis 95 Prozent erzielt.

Consent-Management-Plattform ■ Eine Software, mit der Webseitenbetreiberinnen und Webseitenbetreiber oder Anbieterinnen oder Anbieter von Drittdiensten über ein Banner oder ein Pop-Up eine datenschutzrechtliche Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer zur Erfassung von Nutzerdaten einholen, speichern und dokumentieren.

Cookies ■ Wird eine Webseite besucht, kann sie etwa diese Information im jeweils genutzten Browser in einer Zeichenkette (Cookie) speichern. Beim erneuten Besuch sendet der Browser den gespeicherten Inhalt zurück an die Webseite. Wurde beim ersten Besuch etwa eine eindeutige Nummer zugewiesen und in einem Cookie gespeichert, können Nutzerinnen und Nutzer mit Hilfe dieses Cookies wiedererkannt werden. Cookies können von der Betreiberin oder dem Betreiber des besuchten Online-Angebots (sogenannte **First-Party-Cookies**) oder von Dritten (sogenannte **Third-Party-Cookies**) gesetzt werden.

Cookie-Wall ■ Praktiken der Telemedienanbieterinnen und Telemedienanbieter, die den Zugang zu Diensten und Funktionen des Online-Angebots von der Einwilligung einer Nutzerin oder eines Nutzers in die Speicherung von Informationen in seinem Gerät oder in dem Zugang zu bereits darin gespeicherten Informationen abhängig machen (wie etwa sogenannte „Alles-oder-nichts“-Lösungen).

Dark Pattern ■ Maßnahmen, die darauf ausgelegt sind, die Möglichkeit der Nicht-Einwilligung zu verschleiern oder den Aufwand der Nicht-Einwilligung dermaßen zu erhöhen, dass die Nutzerinnen und Nutzer aus Überforderung ihre Einwilligung entgegen ihren Interessen erteilen.

Drittdienste ■ Technische Lösungen – insbesondere Software – von Drittdiensteanbieterinnen oder Drittdiensteanbietern, welche die Betreiberin oder der Betreiber eines Online-Angebots einbindet (zum Beispiel: Webanalysedienste, Kartendienste, Videodienste, Trackingdienste, EMPs, Tag Manager) und die geeignet sind, bei der Nutzung des Online-Angebots die Informationen über die Nutzerin oder den Nutzer zu erlangen und diese zu verarbeiten. Die Drittdiensteanbieterinnen und Drittdiensteanbieter können im Verhältnis zu der An-

bieterin oder dem Anbieter des Online-Angebots sowohl Auftragsverarbeiter als auch selbstständige oder gemeinsame Verantwortliche im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung sein.

Einwilligungsbanner ■ Ein dem Online-Angebot vorgeschaltetes Element, mit dem die Anbieterinnen und Anbieter eines Online-Angebots die Nutzerinnen und Nutzer – insbesondere beim erstmaligen Nutzen des Online-Angebots – nach ihren persönlichen Einstellungen (Einwilligungen) fragt. Diese können regelmäßig den Einsatz bestimmter Cookies und Dienste für das jeweilige Online-Angebot erlauben oder ablehnen.

First-Party-Cookies → Cookies

Nudging ■ Verfahren, die den Endnutzerinnen und Endnutzern eine bestimmte Entscheidung einfacher machen als andere, etwa durch Ausgestaltung des Einwilligungsbanners.

PIMS (Personal Information Management System, Dienste zur Einwilligungsverwaltung) ■ Dienste, die der Nutzerin oder dem Nutzer ermöglichen, ihre oder seine Einwilligungen telemedienübergreifend zu verwalten. Hierzu werden die erklärten Einwilligungen und Widerrufe jeweils für die genutzten Telemedien dokumentiert und können durch die Nutzerin oder den Nutzer angepasst werden.

Third-Party-Cookies → Cookies

Tracking ■ Datenverarbeitungen zur Nachverfolgung des Nutzerverhaltens mit oder ohne Einsatz von Cookies. Die im Rahmen von Tracking erhobenen Daten werden regelmäßig zur Erstellung bzw. Anpassung umfassender, webseitenübergreifender Persönlichkeitsprofile genutzt, welche sodann für das Onlinemarketing eingesetzt werden.