

Einwilligungspflicht nach § 25 TTDSG

Wo beginnt der „Zugriff“ auf die Endeinrichtung und was ist „unbedingt erforderlich“?

Dipl.-Jur. Philipp Guttman, LL.B.

ISiCO Datenschutz GmbH

Herbstakademie 2022

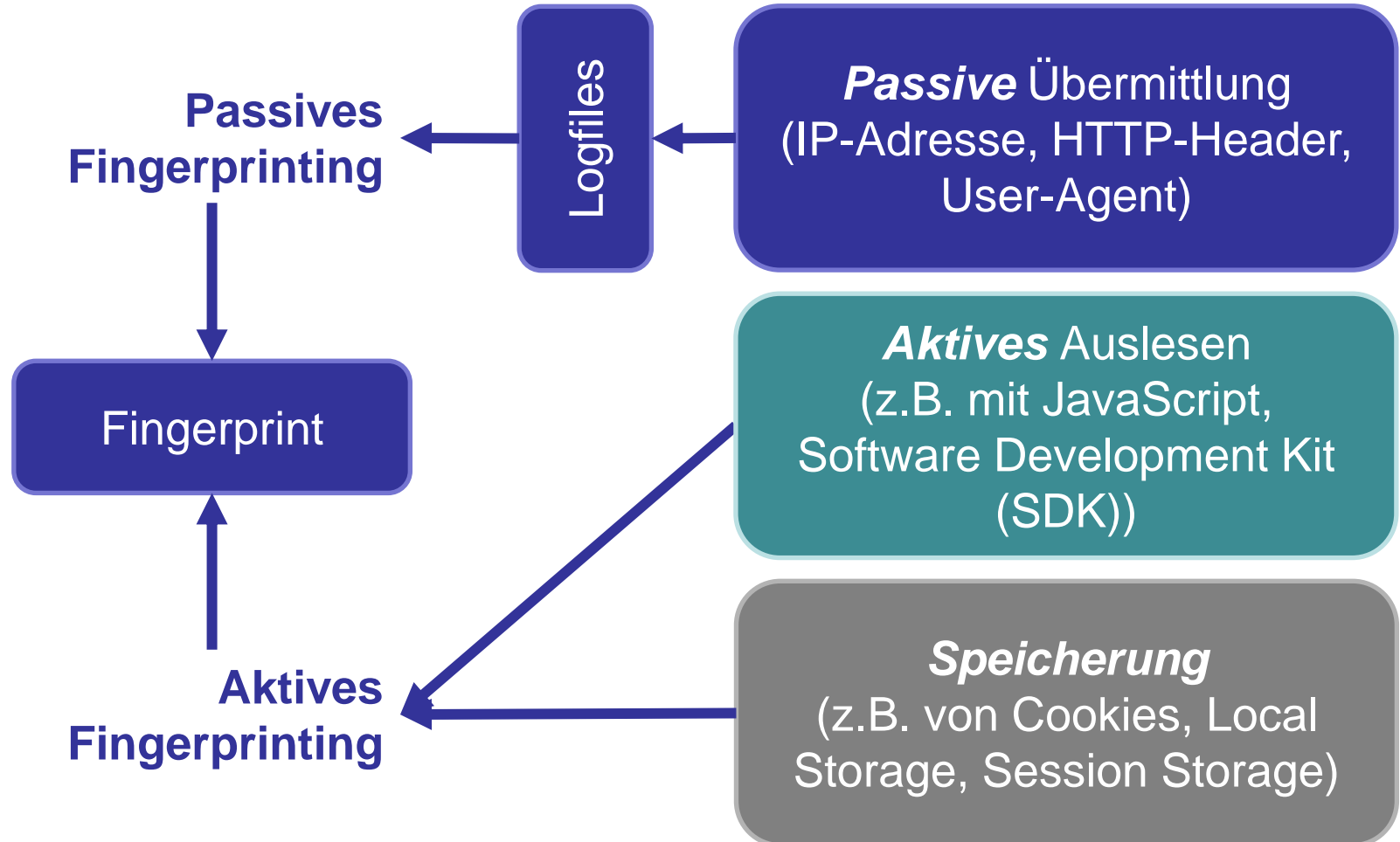
§ 25 Abs. 1 TTDSG

- ▶ § 25 TTDSG setzt **Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL** in deutsches Recht um
- ▶ Abs. 1 normiert dabei eine **Einwilligungspflicht** für den **Zugriff** auf oder die **Speicherung** von Informationen in der **Endeinrichtung**
- ▶ Beim **Anwendungsbereich** ist insbesondere die **Auslegung** des Begriffs **„Zugriff“** umstritten

Abs. 1 S. 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.**“

Wo beginnt der „Zugriff“ auf die Endeinrichtung?

Technische Betrachtung



Wo beginnt der „Zugriff“ auf die Endeinrichtung?

Rechtliche Betrachtung

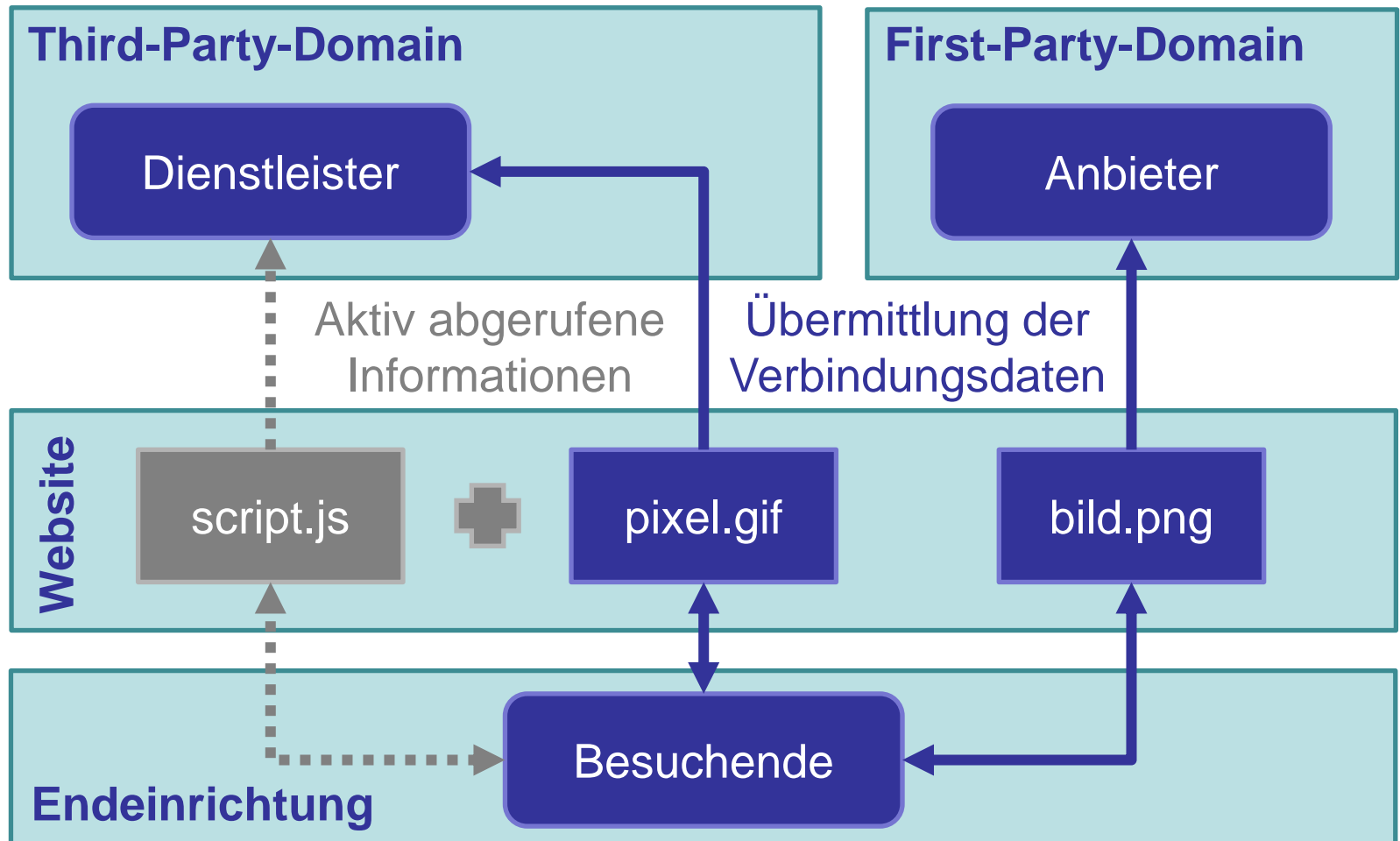
- ▶ **Gesetzesbegründung** zum § 25 TTDSG und **Erwägungsgründe** zur ePrivacy-RL: Vorrangig Verweis auf Cookies, keine Definition des „Zugriffs“
- ▶ **WP 224: Fingerprinting** liege im Anwendungsbereich der ePrivacy-RL und sei grundsätzlich einwilligungspflichtig
- ▶ **DSK, OH Telemedien 2021**: Zugriff sei die (1) „**gezielte**“ und (2) „*nicht durch die Nutzenden veranlasste*“ Übermittlung, wie etwa beim **aktiven** Auslesen mittels JavaScript
 - ▶ Allerdings wird die Auswertung von **Logfiles** von der DSK bei den Ausnahmen der Einwilligungspflicht besprochen
 - ▶ Anders dagegen: **LfDI Baden-Württemberg, FAQ: Cookies und Tracking**: die Logfile-Analyse liege nicht im Anwendungsbereich des TTDSG

Wo beginnt der „Zugriff“ auf die Endeinrichtung?

Rechtliche Betrachtung, Kritik und Vorschlag

- ▶ Literatur: **keine herrschende Meinung**
 - ▶ A: Fingerprinting sei grundsätzlich einwilligungsbedürftig
 - ▶ B: Fingerprinting sei umfasst, soweit damit auf Informationen zugegriffen werden (= Verweis auf den Wortlaut)
 - ▶ C: Es komme auf die **konkrete Funktionsweise** an, weshalb **passives Fingerprinting** nicht in den Anwendungsbereich falle
- ▶ **Kritik:** Teilweise wird sich zu wenig mit den technischen Details auseinandergesetzt oder der Anwendungsbereich wird mit den Ausnahmen in § 25 Abs. 2 TTDSG vermischt
- ▶ **Vorschlag:** Zugriff = **aktives Auslesen** von Informationen
 - ▶ **Nicht** umfasst: automatische Übermittlung (Aufruf einer Internetadresse, Laden einer Datei), nachträgliche Auswertung (passives Fingerprinting, Logfile-Analyse)
 - ▶ (Weiterverarbeitungs-) **Zwecke** müssen beim Anwendungsbereich **unberücksichtigt** bleiben

Wo beginnt der „Zugriff“ auf die Endeinrichtung? *Tracking-Pixel*



Wo beginnt der „Zugriff“ auf die Endeinrichtung? *Tracking-Pixel*

Einsatz von Tracking-Pixel ohne JavaScript

- ▶ Verbindungsdaten werden automatisch übermittelt
- ▶ Fungiert faktisch nur als 1x1 Pixel kleines Bild
- ▶ **Technisch derselbe Vorgang** wie beim Aufruf einer Internetadresse oder dem Laden von Dateien
- ▶ **Rechtliche Gleichbehandlung** nötig
→ Liegt **nicht** im Anwendungsbereich

Einsatz von Tracking-Pixel zusammen mit JavaScript

- ▶ Neben Verbindungsdaten werden auch Informationen **aktiv** von der Endeinrichtung **ausgelesen**
- ▶ z.B.: Tracking-Pixel wird dynamisch generiert oder mit aktiv abgerufenen Informationen angereichert
- ▶ Konkrete Betrachtung im **Einzelfall** nötig
→ **Kann** im Anwendungsbereich liegen

§ 25 Abs. 2 TTDSG

- ▶ Abs. 2 Nr. 2 der **Ausnahmen von der Einwilligungspflicht** ist in der Praxis besonders relevant
- ▶ Die Einwilligung kann nach diesem entfallen, wenn die Speicherung oder der Zugriff für einen (1) **ausdrücklich gewünschten** Dienst (2) **unbedingt erforderlich** ist
- ▶ Beide Anforderungen müssen **gleichzeitig vorliegen** und sind **auslegungsbedürftig**

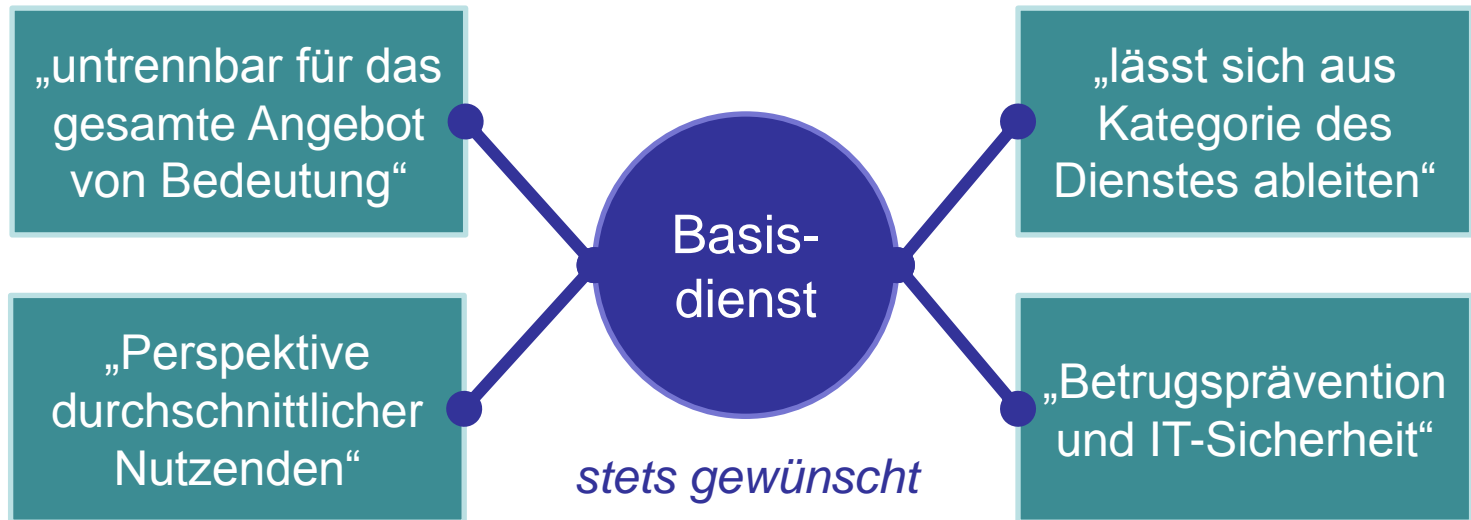
Abs. 2 Nr. 2: „Die Einwilligung nach Absatz 1 ist nicht erforderlich, wenn die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeicherte Informationen **unbedingt erforderlich** ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer **ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann.**“

Wann entfällt die Einwilligung? *Ausdrücklich gewünschter Dienst*

- ▶ **WP 194** und **DSK, OH Telemedien 2021**: Dienst sei „*Summe verschiedener Funktionen*“ und weise je nach geforderter Funktion einen unterschiedlichen Umfang auf
- ▶ **Literatur: keine herrschende Meinung**
 - ▶ A: Wunsch müsse sich auf die **einzelne Funktion** beziehen
 - ▶ B: Wunsch beziehe sich auf den Dienst **in seiner konkreten Darbietungsform als Ganzes**
 - ▶ C: Es komme auf die Auslegung des Umfangs durch den Anbieter und die **vernünftigen Erwartungen der Nutzenden** an
- ▶ **DSK, OH Telemedien 2021**:
 - ▶ grundsätzlich sei die **explizite Inanspruchnahme** und das **bewusste Nutzen** einer Funktion nötig
 - ▶ Wunsch richte sich nach „*innerer, persönlicher Einstellung*“ der Nutzenden anhand „*objektiver Kriterien*“

Wann entfällt die Einwilligung?

Kategorisierung der Dienste nach der DSK



„nutzerorientierte Zusatzfunktionen“
(z.B. Warenkorb)

„Zusatzdienste und Funktionen“
(z.B. Karten, Videos)

„Zusätzliche allgemeine Funktionen“
(z.B. Nutzungsanalyse)

*aktive Inanspruchnahme,
bewusstes Nutzen*

Einzelfallabwägung

Wann entfällt die Einwilligung?

Unbedingte Erforderlichkeit

- ▶ **Erwägungsgründe zur ePrivacy-RL:** technische Speicherung oder Zugriff sei „*unverzichtbar*“
- ▶ **Gesetzesbegründung zum TTDSG und DSK, OH Telemedien 2021:** „*technische*“ Erforderlichkeit sei nötig
- ▶ **WP 194:** Funktion dürfe ohne Speicherung oder Zugriff „*nicht funktionieren*“; Aufzählung eng begrenzter Anwendungsfälle
- ▶ **DSK, OH Telemedien 2021:**
 - ▶ **wirtschaftliche Aspekte** müssten **unberücksichtigt** bleiben
 - ▶ Zugriff sei in zeitlicher, inhaltlicher und personeller Hinsicht auf das **erforderliche Minimum** zu reduzieren
- ▶ **Literatur:**
 - ▶ Rechtliche, wirtschaftliche, betriebliche und vertraglich vereinbarte Erforderlichkeit müsse berücksichtigt werden
 - ▶ Aggregierte statistische Auswertung ohne Einwilligung umstritten

Wann entfällt die Einwilligung?

Kritik und Vorschlag

▶ **Kritik:**

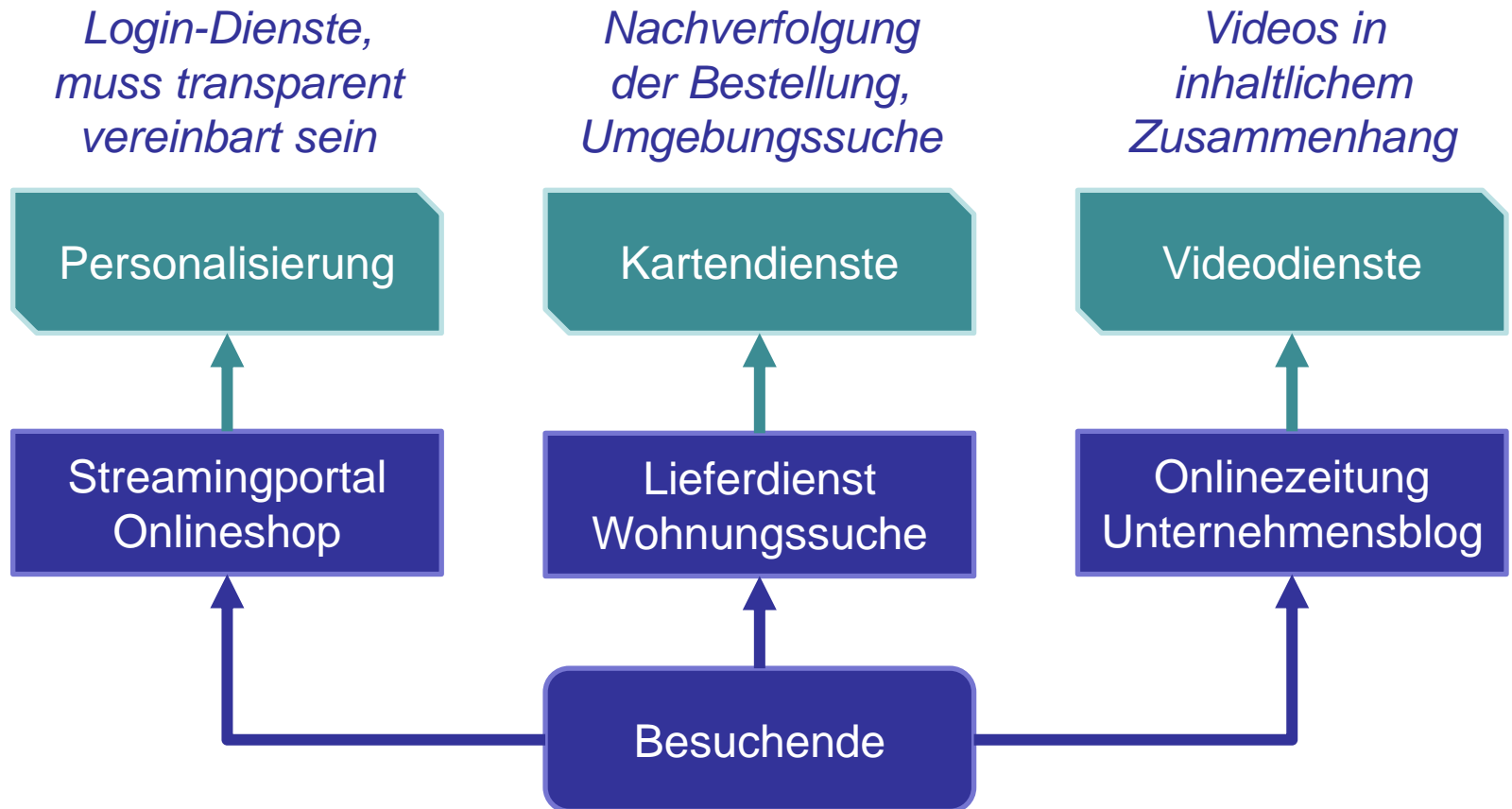
- ▶ Bisherige Auslegung der Aufsichtsbehörden erweist sich häufig als **wenig praxistauglich** und **entspricht** mitunter auch **nicht** den **Interessen** und **Erwartungen** der Nutzenden
- ▶ **Nicht überzeugend** ist insbesondere eine **Beschränkung auf eine „technische Erforderlichkeit“**, weil diese von rechtlichen, wirtschaftlichen oder vertraglichen Erwägungen abhängig ist
- ▶ Nutzenden sollte **nicht pauschal unterstellt werden**, sie würden keine Zusatzdienste oder Funktionen verwenden wollen

▶ **Vorschlag:** ganzheitliche Betrachtung unter Berücksichtigung

- ▶ des **konkreten** Dienstes,
- ▶ der **Erwartungen** der Nutzenden,
- ▶ des Stands der **Technik** und
- ▶ transparenter **vertraglicher** Vereinbarungen

Wann entfällt die Einwilligung?

Ausgewählte Anwendungsfälle



Fazit

- ▶ Bei der Auslegung des § 25 TTDSG (bzw. des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL) wird der Anwendungsbereich des „Zugriffs“ oft **nicht klar genug technisch abgegrenzt**
- ▶ Auch die Ausnahme von der Einwilligungspflicht wird häufig **zu eng und nicht praxistauglich** ausgelegt
- ▶ Notwendig wären jedoch **individuelle Abwägungen**, die sowohl den **Interessen** der Nutzenden als auch der Diensteanbieter entsprechen
- ▶ Deshalb ist der § 25 TTDSG **zeitgemäß auszulegen**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Für Rückfragen
stehe ich Ihnen
gerne zur
Verfügung:

Dipl.-Jur. Philipp Guttman, LL.B.

Digital Privacy Law Specialist

ISiCO Datenschutz GmbH

E-Mail: guttman@isico-datenschutz.de