

Cookies 2.0 – TTDSG und nun?

Bestandsaufnahme und Ausblick

Köln, 28.10.2021

RA und FA IT-Recht Dr. Sascha Vander, LL.M.

Überblick

I. Hintergrund

1. „Cookie-Urteile“ von EuGH und BGH
2. Neues Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG)

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

1. Überblick: Anwendungsbereich und Verhältnis zur DS-GVO
2. Neue Cookie-Regeln gemäß den §§ 25, 26 TTDSG

III. Auswirkungen für die Praxis

I. Hintergrund

1. „Cookie-Urteile“ von EuGH und BGH

– Sachverhalt

- Planet49 veranstaltet zu Werbezwecken Gewinnspiele
- Um teilzunehmen, mussten User personenbezogenen Daten angeben
- Ankreuzkästchen mit voreingestelltem Häkchen, durch das eine Einwilligung in Cookies und Tracking zu Werbezwecken erteilt werden sollte (opt out-Konzept)
- Dagegen Klage der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv)
- LG Frankfurt gibt der Klage statt, OLG Frankfurt hält sie für unbegründet
- Dagegen Revision zum BGH, der Zweifel an der Wirksamkeit einer opt out-Einwilligung hat → Vorlage an den EuGH

I. Hintergrund

1. „Cookie-Urteile“ von EuGH und BGH

– Entscheidung des EuGH (Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17)

- Mittels opt out-Konzept eingeholte Einwilligung genügt nicht den Anforderungen von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL (RL 2002/58/EG in der durch RL 2009/136/EG geänderten Fassung)

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines (...) Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende (...) Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen (...) seine Einwilligung gegeben hat.“

- Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm (geändert in die Formulierung „Einwilligung gegeben hat“) erfordern **aktives Tätigwerden** des Nutzers
- Gestützt durch ErwG Nr. 32 DS-GVO (VO [EU] 2016/679): „Stillschweigen, **bereits angekreuzte Kästchen** oder Untätigkeit sind **keine** Einwilligung.“
- Keine Unterscheidung danach, ob personenbezogene Daten betroffen sind oder nicht, da Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL neutral von „Informationen“ spricht
- Reichweite der Informationspflichten: Nutzer muss die **Funktionsweise** und **Funktionsdauer** der eingesetzten Cookies verstehen können

I. Hintergrund

1. „Cookie-Urteile“ von EuGH und BGH

- Entscheidung des BGH (Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 7/16)
 - BGH stellt erstinstanzliche Verurteilung von Planet49 wieder her
 - Einholung einer Einwilligung mittels vorangekreuztem Kästchen sei mit wesentlichen Grundgedanken von § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG unvereinbar:

„Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht.“

- Problem: Wortlaut lässt eine Widerspruchslösung mittels opt out ausdrücklich genügen
- Rechtstechnische „Lösung“ des BGH: § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG ist im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 ePrivacy-RL **europarechtskonform** dahin **auszulegen**, dass der Einsatz von Cookies eine Einwilligung des Nutzers erfordert
 - » Fehlt eine wirksame Einwilligung, stelle dies einen „Widerspruch“ iS von § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG dar
- Schmeichelhafte Auslegung des BGH (contra legem?!) – „**rettete**“ den bis dato umsetzungsunwilligen deutschen Gesetzgeber

I. Hintergrund

2. Neues Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG)

- BGH-Entscheidung „Cookie-Einwilligung“ zeigt, dass deutsches Recht nur mit viel Phantasie mit der ePrivacy-RL vereinbar ist
 - Bis dato außerdem eine **Regelungslücke in Bezug auf nicht personenbezogene Daten**
 - Art. 5 Abs. 3 Satz 1 ePrivacy-RL erfasst zwar auch Daten ohne Personenbezug
 - Der vom BGH unionsrechtskonform ausgelegte § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG ist aber nicht anwendbar, weil die Norm tatbestandlich „Pseudonyme“ voraussetzt, also die Verarbeitung personenbezogener Daten
- Außerdem müssen die Datenschutzbestimmungen des TKG und des TMG an die 2018 in Kraft getretene DS-GVO angepasst werden



- 20. Mai 2021: Bundestag verabschiedet mit den Stimmen der großen Koalition das „*Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien*“ (**TTDSG**)
- 28. Juni 2021: Verkündung im Bundesgesetzblatt (BGBl. I Nr. 35 S. 1982 ff.)
- **01. Dezember 2021**: Inkrafttreten (zeitgleich mit der Neufassung des TKG)

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

1. Überblick: Anwendungsbereich und Verhältnis zur DS-GVO

– Anwendungsbereich:

- § 1 Abs. 3 Satz 1 TTDSG:

*„Diesem Gesetz unterliegen **alle Unternehmen und Personen**, die **im Geltungsbereich dieses Gesetzes** eine Niederlassung haben oder Dienstleistungen erbringen oder daran mitwirken oder Waren auf dem Markt bereitstellen.“*

- Personell: Sowohl natürliche als auch juristische Personen erfasst
 - Zu den juristischen Personen zählen auch **öffentliche Stellen** (Umkehrschluss aus § 29 Abs. 2 TTDSG, der Bundesbehörden nennt) [vgl. *Hanloser* ZD 2021, 399 (400)]

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

1. Überblick: Anwendungsbereich und Verhältnis zur DS-GVO

– Anwendungsbereich:

- § 1 Abs. 3 Satz 1 TTDSG:

*„Diesem Gesetz unterliegen alle Unternehmen und Personen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes eine Niederlassung haben oder Dienstleistungen erbringen oder **daran mitwirken** oder Waren auf dem Markt bereitstellen.“*

- Was ist denn Mitwirkung? Auslegung wie im TKG? Dann wären auch Subunternehmer und Mitarbeiter des Diensteanbieters erfasst, auch wenn diese keinen Einfluss auf die Gestaltung haben (z.B. Host Provider)
- Personeller Anwendungsbereich droht auszuufern!
- Lösungsvorschlag von *Golland*, NJW 2021, 2238: **Teleologische Reduktion** anhand der jeweils betroffenen „Sachpflicht“ des TTDSG

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

1. Überblick: Anwendungsbereich und Verhältnis zur DS-GVO

– Anwendungsbereich:

- § 1 Abs. 3 Satz 1 TTDSG:

„Diesem Gesetz unterliegen alle Unternehmen und Personen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes eine Niederlassung haben oder Dienstleistungen erbringen oder daran mitwirken oder Waren auf dem Markt bereitstellen.“

- Räumlich: Kombination von **Herkunftsland-** und **Marktortprinzip** sorgt für weitreichenden Anwendungsbereich
 - Gesetzesbegründung widersprüchlich, aber wohl Marktortprinzip
 - **Problem**: Wie soll der Vollzug gegenüber Diensteanbietern ohne Niederlassung in Deutschland erfolgen? TTDSG sieht keinen Mechanismus wie z.B. Art. 27 DS-GVO (Benennung eines Vertreters) vor

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

1. Überblick: Anwendungsbereich und Verhältnis zur DS-GVO

– Konkurrenzverhältnis zur DS-GVO:

- Grundsatz: In ihrem Anwendungsbereich geht die DS-GVO als unionsrechtliche Verordnung i.S.v. Art. 288 Abs. 2 AEUV mitgliedersstaatlichen Rechtsvorschriften vor
- Besonderheit: Das TTDSG setzt seinerseits die europarechtliche ePrivacy-RL um (insb. dessen Art. 5 Abs. 3) → Konkurrenzverhältnis wird unterschiedlich beurteilt:
 - Ansatz 1: Im Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL verdrängt das TTDSG die DS-GVO als „bereichsspezifisches Datenschutzrecht“
 - Dagegen *Hanloser* ZD 2021, 399: Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL und dessen Pendant in § 25 TTDSG erfassen nicht nur personenbezogene Daten und dienen daher nicht primär dem Datenschutz, sondern dem **Schutz der Integrität von Endeinrichtungen vor unbefugtem Speichern und Auslesen**
 - Ansatz 2: Beide Regelungsregime sind nebeneinander anwendbar

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

1. Überblick: Anwendungsbereich und Verhältnis zur DS-GVO

– Konkurrenzverhältnis zur DS-GVO:

- Praktische Auswirkungen der Frage für Telemediendienste gering
- Selbst wenn das TTDSG die DS-GVO im Moment des Auslesens/Speicherns als *lex specialis* verdrängen würde, beurteilt sich eine **anschließende Datenverarbeitung** nach der DS-GVO

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- § 25 Abs. 1 TTDSG

„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.“

- § 25 Abs. 1 Satz 1 TTDSG postuliert für das Speichern und Auslesen von Informationen auf Endgeräten ein **Verbot mit Einwilligungsvorbehalt**
- § 25 Abs. 1 Satz 2 TTDSG stellt klar, dass die Einwilligung nur wirksam ist, wenn sie **sämtlichen Anforderungen der DS-GVO** genügt:
 - Willensbekundung in Form einer bestätigenden Handlung, die freiwillig und ohne Zwang erfolgt (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO)
 - Einwilligung muss aufwandsgleich widerruflich sein (Art. 7 Abs. 3 Satz 4 DS-GVO)
 - Fraglich: „klare und umfassende Informationen“???

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- § 25 Abs. 1 TTDSG

„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.“

- Sachlicher Anwendungsbereich
 - Endeinrichtung ist nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 2 Nr. 6 TTDSG „jede direkt oder indirekt an die Schnittstelle eines öffentlichen TK-Netzwerks angeschlossene Einrichtung zum Aussenden, Verarbeiten oder Empfangen von Nachrichten.“
 - **Laptops, Tablets & Smartphones**, aber auch Smart TVs, Sprachassistenten und **Connected Devices** des Internet of Things (z.B. Connected Cars)

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- § 25 Abs. 1 TTDSG

„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.“

- Sachlicher Anwendungsbereich
 - Endnutzer ist nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 13 TKG n.F. jede natürliche oder juristische Person, die einen öffentlichen **Telekommunikationsdienst** in Anspruch nimmt, ohne ihn bereitzustellen
 - **Bindeglied zwischen „Endeinrichtung“ und „Endnutzer“?** *Hanloser* schlägt in ZD 2021, 399 (400) eine Anknüpfung an die BVerfG-Rspr. zum sog. Online-Grundrecht vor: Endnutzer ist demnach, wer über die fragliche Endeinrichtung selbstbestimmt verfügt und eine anzuerkennende Vertraulichkeits- und Integritätserwartung hat

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- § 25 Abs. 1 TTDSG

*„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.“*

- Sachlicher Anwendungsbereich:
 - § 25 Abs. 1 TTDSG erfasst nicht nur Speicherungen und Zugriffe mittels unterschiedlicher Formen von Cookies, sondern – **streitig** (Problem: „Zugreifen“?) – auch **andere Techniken** wie z.B. das Browser Fingerprinting
 - Nochmals: Die Norm greift unabhängig davon, ob die ausgelesenen bzw. gespeicherten Informationen Personenbezug aufweisen!

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- Gesetzliche Zugriffsermächtigungen nach § 25 Abs. 2 TTDSG

„Die Einwilligung nach Absatz 1 ist nicht erforderlich,

1. *wenn der **alleinige Zweck** (...) die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein öffentliches Telekommunikationsnetzwerk ist oder*
2. *wenn die Speicherung (...) oder der Zugriff (...) **unbedingt erforderlich** ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann.“*

- „Unbedingt erforderlich“ → **Problem: Erforderlichkeit im technischen oder auch im rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Sinne?**
 - Laut Gesetzesbegründung kommt es auf technische Erforderlichkeit an
 - Unproblematisch erfasst sind demnach sog. Load-Balancing-Cookies zur störungsfreien Auslieferung der Website
 - Unproblematisch nicht erfasst sind reine Marketing-Cookies

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- Gesetzliche Zugriffsermächtigungen nach § 25 Abs. 2 TTDSG
 - Aber: Oft bedingen erst wirtschaftliche oder rechtliche Faktoren eine technische Erforderlichkeit!
 - Beispiel nach *Hanloser*, ZD 2021, 399 (401): Man könnte Authentifizierungscookies für registrierungsbasierte Telemediendienste für technisch erforderlich halten, um die erneute Authentifizierung bei jedem Seitenwechsel zu vermeiden
 - Erforderlichkeit folgt aber hier vielmehr aus rechtlichen (z.B. Kunden-Authentifizierung durch Zahlungsdienstleister nach § 55 Abs. 1 ZAG) oder wirtschaftlichen (bessere *User Experience*) Gründen
 - Beispiel lässt sich auf andere Cookie-Varianten übertragen, mit denen Seiteneinstellungen gespeichert werden (z.B. der Inhalt eines Warenkorbs)

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- Gesetzliche Zugriffsermächtigungen nach § 25 Abs. 2 TTDSG
 - Ggf. Orientierung an aufsichtsbehördlichen Positionen zur ePrivacyRL?
 - Irische Datenschutzbehörde: Load-Balancing-Cookies, Sprach- und Länderpräferenzen, Chatbots bei aktiver Nutzung (+), Cookies für Werbezwecke (-)
 - Spanische Datenschutzbehörde: Kontrolle des Datenverkehrs, Identifizierung einer Sitzung, Warenkorb, Abschluss Zahlungsvorgang, Verwaltung Zahlung, Kontrolle Betrugsfälle, Zählung Besuche für Abrechnungszwecke (Nutzung von Software durch den Betreiber selbst bei Pay-per-use-Modellen), Ermöglichung dynamischer Inhalte (z.B. eingebundene Videos, etc.), Festlegung von „Rahmenbedingungen“ (z.B. Sprache) (+), gleichzeitige Nutzung betroffener Cookies für Werbezwecke (-)
 - Französische und italienische Datenschutzbehörden: Leistungsmessung, Erkennung von Navigationsproblemen, Schätzung erforderlicher Serverkapazitäten, Analyse abgerufener Inhalte (+)

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- Gesetzliche Zugriffsermächtigungen nach § 25 Abs. 2 TTDSG
 - Auswahl argumentativ vertretbarer (!) (nicht rechtlich eindeutiger und klar zulässiger) Nutzungszwecke ohne Einwilligung (vgl. Dürschmied, DSB 2021, 224)
 - Integritäts- und Sicherheitsüberprüfung
 - Betrugsbekämpfung
 - Erfüllung gesetzlicher und vertraglicher Pflichten (z.B. eCall und Datenzugriff)
 - Reichweitenmessung (ohne Profilbildung)
 - Speicherung gewählter Voreinstellungen (z.B. Sprache, Land, etc.)
 - Authentifizierung
 - Einsatz von Content-Management-Tools
 - Prüfung Webseitengestaltung und Werbung (A/B-Testing)

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- Gesetzliche Zugriffsermächtigungen nach § 25 Abs. 2 TTDSG
 - Insgesamt immer noch **große Rechtsunsicherheit**, welche Cookies genau von der Zugriffsermächtigung des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG erfasst sind
 - Bei **multifunktionalen Cookies** sollte technisch sichergestellt werden, dass deren Einsatzzwecke entsprechend erteilter oder verweigerter Einwilligung dynamisch-granular bestimmt werden

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- Gesetzliche Zugriffsermächtigungen nach § 25 Abs. 2 TTDSG

„Die Einwilligung nach Absatz 1 ist nicht erforderlich,

1. wenn der alleinige Zweck (...) die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein öffentliches Telekommunikationsnetzwerk ist oder
2. wenn die Speicherung (...) oder der Zugriff (...) **unbedingt erforderlich** ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen **vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann.**“

- „Ausdrücklich gewünschter Telemediendienst“:
 - (+), wenn der Nutzer ihn bewusst und gewollt abrufen oder anderweitig in Anspruch nimmt (z.B. Aufruf einer URL, Öffnen einer mobilen App)
 - Pflicht des Anbieters, jede einzelne Komponente (z.B. Text-, Audio- und Videofunktionen) **separat aktivierbar** zu gestalten (str.)?

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- PIMS nach § 26 TTDSG

(1) Dienste zur Verwaltung von nach § 25 Absatz 1 erteilten Einwilligungen (...) können von einer unabhängigen Stelle nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach Absatz 2 anerkannt werden.

(2) Die Bundesregierung bestimmt durch Rechtsverordnung (...) die Anforderungen (...).“

- § 26 Abs. 1 TTDSG bereitet den Boden für die Schaffung von sog. **PIMS-Diensten** (**p**ersonal **i**nformation **m**anagement **s**ystems)
 - Zweck: Nutzerfreundliche Möglichkeit, die betroffenen personenbezogenen Daten und entsprechende Einwilligungen in einem Dashboard einzusehen und zu verwalten
- Eigentliche Regelung folgt erst durch Rechtsverordnung, d.h. der Ball liegt im Winter bei der künftigen Bundesregierung (mit ganz anderen Sorgen)

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- PIMS nach § 26 TTDSG
 - Dienste, die
 - **nutzerfreundliche und wettbewerbskonforme Verfahren** und technische Anwendungen zur Einholung und Verwaltung der Einwilligung haben,
 - **kein wirtschaftliches Eigeninteresse** an der Erteilung der Einwilligung und an den verwalteten Daten haben und unabhängig von Unternehmen sind, die ein solches Interesse haben können,
 - die personenbezogenen Daten und die Informationen über die Einwilligungsentscheidungen für **keine anderen Zwecke** als die Einwilligungsverwaltung verarbeiten und
 - ein **Sicherheitskonzept** vorlegen, das eine Bewertung der Qualität und Zuverlässigkeit des Dienstes und der technischen Anwendungen ermöglicht

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- PIMS nach § 26 TTDSG
 - Was ist denn jetzt die Rechtsfolge?
 - **Aktuell keine, da Gegenstand der Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG**
 - Rahmen künftiger Rechtsverordnung allerdings vorgegeben:
 - » nutzerfreundliche und wettbewerbskonforme Verfahren für EWE
 - » Verfahren der Anerkennung als PIMS
 - » **Technisch-organisatorische Maßnahmen** (Sicherstellung Beachtung durch Software zum Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet)

II. Anforderungen an Cookies & Co nach TTDSG

2. Neue Cookie-Regeln

- Flankierend: Bußgeldandrohung gemäß § 28 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 13 TTDSG:

*(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig
 (...)*

*Nr. 13: entgegen § 25 Abs. 1 Satz 1 eine Information speichert oder auf eine
 Information zugreift.*

*(2) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nummer (...) 13 mit
 einer **Geldbuße bis zu dreihunderttausend Euro** geahndet werden.*

- Vermeintliches Redaktionsversehen: Bei § 28 Abs. 1 Nr. 13 TTDSG wird man hinzulesen müssen: „...**es sei denn, eine Einwilligung ist nach § 25 Abs. 2 TTDSG nicht erforderlich.**“ (vgl. *Hanloser* ZD 2021, 399 [403])
- „**Geburtsfehler**“ (*Golland* NJW 2021, 2238 [2242]) des TTDSG: Kein OWi-Tatbestand für die Nichtberücksichtigung von mittels PIMS getroffenen Einstellungen → Verstoß hiergegen sanktionslos möglich?!

III. Auswirkungen auf die Praxis

1. Was ändert sich durch § 25 TTDSG?

- Cookie-Regelung gemäß ePrivacyRL wird endlich mehr oder weniger 1:1 ins deutsche Recht übertragen; dogmatische Unklarheiten und Anwendungsfragen werden entschärft
- Spezialregelung gemäß § 25 TTDSG geht wohl formal über Art. 95 DS-GVO für das Auslesen und Speichern von Informationen der DS-GVO vor
- Jede weitere Nutzung nach dem Auslesen und Speichern ist stets nach den Maßstäben der DS-GVO zu bewerten
- Rechtliche Auslegungsprobleme werden leider in keiner Weise gelöst, zumal der Gesetzgeber von gesetzlichen Regelbeispielen abgesehen hat
 - Konkretere Vorgaben für die Realisierung von Einwilligungen werden nicht vorgesehen; Browservoreinstellungen werden nicht „abgesegnet“
 - Der Gegenstand der „unbedingten Erforderlichkeit“ ist nach wie vor ein völlig offenes Feld, wobei eine reine „technische Erforderlichkeit“ im engeren Sinne nicht ernsthaft gemeint sein dürfte

III. Auswirkungen auf die Praxis

1. Was ändert sich durch § 25 TTDSG?

- Faktisch wird § 25 TTDSG nur eine Art Zwischenlösung sein, bis ePrivacyVO vorrangige Regelungen treffen wird
 - Schwebezustand wird noch lange dauern (2 Jahre Übergangsfrist)
 - Endgültige Fassung noch in der Schwebe (Trilog)
 - Tendenziell ist eher mit einer Aufweichung zu rechnen (Google & Co. haben viel erreicht)
 - Ggf. mittelfristige Auslegung von § 25 TTDSG an künftige ePrivacyVO

III. Auswirkungen auf die Praxis

2. Was ändert sich durch § 26 TTDSG?

- Auf der Basis des aktuellen Standes **(zunächst) gar nichts!**
 - Verordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG hat zwar Konturen (Rahmenvorgaben)
 - Verabschiedung ist völlig offen (Schicksal analog § 9a BDSG a.F.?)
- Wenn (!) brauchbare Verordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG kommt, kann verlässliche Grundlage für Einwilligungen geschaffen werden
 - Bindung Softwarehersteller bzw. Browserhersteller zentral
 - Problem: Keine Bußgeldbewehrung für Verstöße gegen § 26 TTDSG vorgesehen
- Prognose: Das gibt nix oder wird von ePrivacyVO überholt.

III. Auswirkungen auf die Praxis

3. Was tun?

- Art. 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG und **einwilligungsfreie Konstellationen** nutzen
 - Orientierung Aufsicht zu Cookie-Regelung ePrivacyVO
 - Schauen was als vertretbar angesehen wird und Risikoabwägung treffen (vgl. etwa Dürschmied, DSB 2021, 224)
- Wenn schon Einwilligung (Art. 25 Abs. 1 TTDSG), dann bitte **richtig**
 - Ablehnung im Vergleich zur Zustimmung nicht erschweren!
 - Keine DarkPattern-Konstruktionen mit Täuschungsrelevant (UWG!)
 - Vorsicht bei Paywalls – gleichwertige Zugangsmöglichkeit sollte bestehen

III. Auswirkungen auf die Praxis

3. Was tun?

- Mögliche **Positionen eruieren** und nutzbar machen (Risikoabwägung, wobei hier in besonderem Maße „no risk no (conversion) fun“ gilt)
- Es wird viel geschrieben, also ist **wenig klar und sehr viel argumentativ vertretbar** (Auswahl)
 - Nebel, Werbe-Tracking nach Inkrafttreten des TTDSG, CR 2021, 666
 - Schumacher, Cookie-Compliance, quo vadis?, MMR 2021, 603
 - Selsing, Cookie-Banner – Hilfe, das Internet ist kaputt, MMR 2021, 544
 - Golland, TTDSG – Cookies und PIMS als Herausforderung, NJW 2021, 2238
 - Piltz, Das neue TTDSG aus Sicht der Telemedien, CR 2021, 555
 - Dürschmied, Ausnahme von der Einwilligungspflicht und PIMS im TTDSG, DSB 2021, 224
 - Hanloser, Schutz der Geräteintegrität durch § 25 TTDSG, ZR 2021, 399



RA und FA IT-Recht Dr. Sascha Vander, LL.M.

CBH Rechtsanwälte

Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner PartG mbB

Bismarckstraße 11 - 13, D-50672 Köln

Fon +49.221.951 90-60

Fax +49.221.951 90-96

E-Mail: s.vander@cbh.de

www.cbh.de