



RECHTSBERATUNG FÜR UNTERNEHMEN

**Beraten.
Begleiten.
Voranbringen.**

Was bringt das TTDSG?

Datenschutz am Mittag, 2.2.2022

Neues zu Cookies

Neues zu Cookies - Wann ist § 25 TTDSG relevant?

§ 1 Abs. 1 Nr. 7 TTDSG: *Dieses Gesetz regelt den Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen hinsichtlich der Anforderungen an die Speicherung von Informationen in Endeinrichtungen der Endnutzer und den Zugriff auf Informationen, die bereits in Endeinrichtungen der Endnutzer gespeichert sind*

- Klarer Fokus auf Umsetzung der ePrivacy Richtlinie (konkret: Art. 5 Abs. 3)
- „Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen“

Daher: es geht nicht um „PII“, „sensitive Data“ oder ähnliches!

Neues zu Cookies - was versteht das TTDSG unter „Cookies“?

- TTDSG kennt den Begriff nicht. Zu recht.
- § 25 TTDSG gilt gerade nicht nur für Cookies, sondern viel umfangreicher...
- Es geht nicht um personenbezogene Daten, sondern um „Informationen“ (= insbesondere auch technische Daten)
 - DSK: Zugriff auf Hardware-Gerätekennungen, Werbe-Identifikationsnummern, Telefonnummern, Seriennummern der SIM-Karten (IMSI), Kontakte, Anruflisten, Bluetooth-Beacons


Neues zu Cookies - was versteht das TTDSG unter „Cookies“?

- Für personenbezogene Daten gilt generell die DSGVO
 - Ausnahme: Art. 95 DSGVO. Wenn eine „Information“ auch Personenbezug aufweist (Bsp: IP-Adresse; User-ID), dann geht die Spezialregelung des § 25 TTDSG der DSGVO vor
- *„Mithin gelten die spezifischen Bestimmungen des § 25 TTDSG vorrangig vor den Bestimmungen der DS-GVO, soweit beim Speichern und Auslesen von Informationen in Endeinrichtungen personenbezogene Daten verarbeitet werden.“ (DSK, OH Entwurf, 2021)*
- Aber: Vorrang des TTDSG gilt nur, soweit sie eine Umsetzung der ePrivacy Richtlinie darstellt

Neues zu Cookies – Abgrenzung zur DSGVO

TTDSG

DSGVO



Speichern von / Zugriff auf
Informationen

Weiterverarbeitung
(Aufbewahrung,
Analyse, Weitergabe...)
personenbezogener
Daten

Neues zu Cookies - § 25 TTDSG

- Grundsatz nach Abs. 1: Einwilligung
 - 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
- Ausnahmen in Abs. 2
- Im Grunde: (fast) Copy & Paste der Vorgaben aus Art. 5 Abs. 3 ePrivacy Richtlinie (in der Fassung RL 2009/136/EG)

Neues zu Cookies - § 25 TTDSG

„Zugriff“

- DSK: *setzt eine gezielte und nicht durch die Endnutzer:innen veranlasste Übermittlung der Browser-Informationen voraus.*
- Kein Zugriff im Sinne des Abs. 1, wenn Browser-/Headerinformationen zwangsläufig übermittelt werden. Bsp:
 - öffentliche IP-Adresse der Endeinrichtung,
 - die Adresse der aufgerufenen Website (URL),
 - der User-Agent-String mit Browser- und Betriebssystem-Version und
 - die eingestellte Sprache.

Neues zu Cookies - § 25 TTDSG

- Ausnahme von der Einwilligung (Abs. 2 Nr. 2)
 - Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeicherte Informationen ist **unbedingt erforderlich**
 - damit der **Anbieter eines Telemediendienstes** einen vom Nutzer
 - ausdrücklich gewünschten
 - Telemediendienst
 - zur Verfügung stellen kann

Neues zu Cookies - § 25 TTDSG

ToDo: Prüfung des eigenen Tracking auf TTDSG-Vereinbarkeit.

Anwendbarkeit der Ausnahme Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacyRL							
Nummer	Zweck des Einsatzes des Cookies oder vergleichbarer Technologien	Art. 29-Gruppe Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht, WP194	CNIL (Frankreich) Délibération n° 2020-091 du 17 sept. 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à	GDPR (Italien) Guidelines on the use of cookies and other tracking tools (Published in the Official	AEPD (Spanien) A Guide on the use of cookies S. 9-11 f., Stand: 05. 11. 2019	DPC (Irland) Guidance Note: Cookies and other tracking technologies, Stand: April 2020, S. 6 ff.	APD (Belgien) Cookies et autres traceurs, Les sites web ou les applications mobiles qui utilisent des cookies
IV. Tracking zur Webseitenoptimierung / Werbezwecken							
1	Verwaltung von Werbeflächen ermöglichen, die vom Anbieter als Element des Designs oder				Ja		
2	First-Party-Analysecookies	Nein, da nicht ausdrücklich vom Nutzer gewünscht	Ja, wenn - strikt auf den alleinigen Zweck der Messung der Besucherzahlen	Ja, wenn - Die Möglichkeit, den Nutzer zu identifizieren, ist ausgeschlossen,			
3	Optimierung der Webseite						
4	Durchführung des Zahlungsvorgangs				Ja		
5	Erstellung von Nutzerprofilen anhand einer Geräte-ID zur Einschätzung der						
6	Third-Party-Cookies zu Werbezwecken	Nein, Third-Party-Cookies, die der verhaltensorientierten Werbung dienen, nicht					
V. Gesetzliche oder vertragliche Verpflichtungen							

Neues zu Cookies – Beispiele für Ausnahmen

- **Französische Behörde** (Ausnahme von der Einwilligung):
 - Cookies zur Berücksichtigung der von den Nutzern getroffenen Auswahl beim Setzen von Cookies
 - Cookies, die für die Authentifizierung bei einem Dienst bestimmt sind
 - Cookies zur Personalisierung der Benutzeroberfläche (z. B. für die Wahl der Sprache oder die Präsentation eines Dienstes)
- **Spanische Behörde** (Ausnahme von der Einwilligung):
 - Cookies zum Abschluss des Zahlungsvorgangs und der Verwaltung der Zahlung
 - Cookies zur Kontrolle von Betrug im Zusammenhang mit der Sicherheit des Dienstes
 - Cookies für die Verwendung von Sicherheitselementen beim Surfen, Speichern von Inhalten für Video- oder Audioübertragungen

Neues zu Cookies – Beispiele für Ausnahmen

Bezeichnung	Funktion Nach Bezeichnung / Informationen aus öffentlich zugänglichen Quellen	Beteiligte Dritte	Zweck (voraussichtlich)	Speicherdauer Cookie usw. Basierend auf dem Ablaufdatum des jew. Cookies	Risiko beim Einsatz ohne Einwilligung	Erläuterung
AAAA	Unbekannt	Unbekannt	Unbekannt	Session	B	Die Erforderlichkeit des Einsatzes des Cookies ist nicht bestimmbar. Insoweit ist fraglich, ob die Ausnahme aus § 25 Abs. 2 TTDSG Anwendung findet.
BBBB	Vorhalten der Displaygröße für optimierte Darstellung der Webseite	keine	Erleichterte Bedienung des Onlineshops und der Produktauswahl	Session	A	Nach Ansicht der Art. 29 Gruppe und der Aufsichtsbehörden in Frankreich, Spanien und Belgien können Cookies zur benutzerspez. Darstellung der Webseite ohne Einwilligung eingesetzt werden.
CCCC	Favorisieren von Artikeln durch den Kunden.	Unbekannt	Wird zum Merken von Artikeln verwendet	Speicherdauer 1 Jahr	B	Nach Ansicht der Art. 29-Gruppe müsste die Funktion vom Nutzer erst angefordert werden. Eine andere Rechtsansicht scheint aktuell noch vertretbar.
DDDD	Merken der zuletzt angesehenen Artikeln zum direkten Abruf durch den Nutzer	Unbekannt	Erleichterte Bedienung des Onlineshops und der Produktauswahl	Session	B	Nach Ansicht der Art. 29-Gruppe müsste die Funktion vom Nutzer erst angefordert werden. Eine andere Rechtsansicht scheint aktuell noch vertretbar.
EEEE	Anzeige vergleichbarer Produkte beim Aufruf von Angeboten	Unbekannt	Erleichterte Bedienung des Onlineshops und der Produktauswahl	Session	B	Nach Ansicht der Art. 29-Gruppe müsste die Funktion vom Nutzer erst angefordert werden. Eine andere Rechtsansicht scheint aktuell noch vertretbar.
FFFF	Unbekannt	keine	Produkte auf der Merkliste	Session	B	Die Erforderlichkeit des Einsatzes des Cookies ist nicht bestimmbar, da der angegebene Zweck im CMP nicht genau genug bestimmt ist. Insoweit ist fraglich, ob die Ausnahme aus § 25 Abs. 2 TTDSG Anwendung findet.
GGGG	Voraussichtlich Lastenverteilung	AWS	Unbekannt	7 Tage	A	Nach Ansicht der Art. 29 Gruppe und der Aufsichtsbehörden in Belgien und Spanien können Cookies zur Lastenverteilung ohne Einwilligung eingesetzt werden.
HHHH	Bereitstellung CMP Plattform, ggf. auch Analyse der Interaktion des Nutzers mit der CMP	XXX	Berücksichtigung der Userpräferenz zum Einsatz von Cookies	Unbekannt	B	Nach Ansicht der franz. Aufsichtsbehörde (CNIL) zulässig, hier auch klares Nutzerinteresse, bei erneutem Aufruf der Website nicht erneut gefragt zu werden. Speicherung von Daten zur Optimierung des CMP (analog zur Webseitenoptimierung) könnte kritisch gesehen werden.
IIIII	Erfasst Kundeninteraktion	XXX	Analyse und Beantwortung von Benutzeranfragen	Unbekannt	C	Die Erforderlichkeit des Einsatzes des Cookies ist nicht bestimmbar. Insoweit ist fraglich, ob die Ausnahme aus § 25 Abs. 2 TTDSG Anwendung findet. Es ist nicht nachvollziehbar, wann der Cookie gesetzt wird. Cookie wird nur bei jedem 4.-5. Seitenaufruf angezeigt. Nach Angaben im CPM erfolgt der Einsatz des Cookies auf Grundlage einer Einwilligung, obwohl der Einsatz

Neues zu Cookies – Gestaltung des CMP

Freiwilligkeit der Einwilligung als rechtlicher Anknüpfungspunkt

- ErwG 42 DSGVO: *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.*
- DSK:
 - Keine Freiwilligkeit, wenn die Erteilung der Ablehnung mit einem höheren Aufwand, z. B. an Klicks und Aufmerksamkeit, verbunden ist.
 - *„dringend darauf achten, die zur Auswahl gestellten Optionen gleichwertig zu gestalten“*

Neues zu Cookies – Gestaltung des CMP

Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung als ein weiterer rechtlicher Anknüpfungspunkt

– DSK:

- Reine weitere Nutzung einer Webseite oder App, z. B. durch Handlungen wie das Herunterscrollen, das Surfen durch Webseiteninhalte, das Anklicken von Inhalten oder ähnliche Aktionen, stellen keine wirksame Einwilligung dar.
- In die Bewertung fließt mit ein, wie die Schaltflächen für die Abgabe der Einwilligung und weitere Handlungsoptionen beschriftet und gestaltet sind.

Neues zu Cookies – Gestaltung des CMP

Eine Ablehnungsmöglichkeit ist nur im „Kleingedruckten“ erkennbar:



Das nennt man „Nudging“ und das ist unzulässig. Ich fordere Sie daher auf, einen Button zu implementieren, der die Ablehnung aller Einwilligungspflichtigen Dienste und Cookies ermöglicht und ebenso gut wahrnehmbar ist wie der „OK“-Button.

Neues zu Cookies – Datentransfer per Einwilligung?

Kann man sich im Cookie-Banner / CMP auch eine Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a) DSGVO einholen?

- DSK: „*Personenbezogene Daten, die im Zusammenhang mit der regelmäßigen Nachverfolgung von Nutzerverhalten auf Webseiten oder in Apps verarbeitet werden, können grundsätzlich nicht auf Grundlage einer Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO in ein Drittland übermittelt werden. Umfang und Regelmäßigkeit solcher Transfers widersprechen regelmäßig dem Charakter des Art. 49 DS-GVO als Ausnahmvorschrift und den Anforderungen aus Art. 44 S. 2 DS-GVO.*“
- Aber, ErwG 111 DSGVO: „*Datenübermittlungen sollten unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein, nämlich wenn die betroffene Person ihre ausdrückliche Einwilligung erteilt hat, wenn die Übermittlung gelegentlich erfolgt und im Rahmen eines Vertrags oder zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen,...*“
- DSGVO unterscheidet bei den Ausnahmen des Art. 49 DSGVO zwischen der Einwilligung und den anderen Varianten.

Fernmeldegeheimnis im beruflichen Kontext

Fernmeldegeheimnis im beruflichen Kontext

Orientierungshilfe der DSK (2016)

*Wenn der Arbeitgeber den Beschäftigten auch die private Nutzung von Internet und/oder des betrieblichen E-Mail-Postfaches erlaubt, ist zusätzlich das Telekommunikationsgesetz (TKG) bzw. das Telemediengesetz (TMG) zu beachten. Nach Auffassung der Aufsichtsbehörden **ist der Arbeitgeber in diesem Fall Telekommunikationsdienste- bzw. Telemediendienste-Anbieter.** Dies hat die Konsequenz, dass er an das Fernmeldegeheimnis des § 88 Abs. 2 S. 1 TKG gebunden ist und gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 1 TMG den Datenschutzvorschriften des TMG unterliegt. Zugleich bedeutet dies, dass sich der Arbeitgeber bei einer Verletzung des Fernmeldegeheimnisses gemäß § 206 Strafgesetzbuch (StGB) strafbar machen kann.*

Fernmeldegeheimnis im beruflichen Kontext

Referentenentwurf

§ 3 Abs. 2

Anbieter **öffentlicher Telekommunikationsdienste** und **Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze** sind zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet.

Gesetz(entwurf)

§ 3 Abs. 2

Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses sind verpflichtet

1. Anbieter von **öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten** sowie natürliche und juristische Personen, die an der Erbringung solcher Dienste mitwirken,
2. **Anbieter von ganz oder teilweise geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten** sowie natürliche und juristische Personen, die an der **Erbringung solcher Dienste mitwirken**,
3. **Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze** und
4. **Betreiber von Telekommunikationsanlagen**, mit denen geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbracht werden.

Fernmeldegeheimnis im beruflichen Kontext

Europarechtliche Vorgabe des Art. 5 Abs. 1 ePrivacy-Richtlinie

- Die Mitgliedstaaten stellen die Vertraulichkeit der mit öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten übertragenen Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch innerstaatliche Vorschriften sicher.
- Problem: der neue § 3 Abs. 2 TTDSG erstreckt das Fernmeldegeheimnis darüber hinausgehend auch auf Anbieter nicht-öffentlich zugänglicher TK-Dienste.
- Irritierend daher die Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 TTDSG: „*§ 3 enthält die derzeit in § 88 TKG enthaltene Regelung zum Fernmeldegeheimnis, die bis auf redaktionelle Anpassungen unverändert übernommen wird. Die Regelung setzt Artikel 5 Absatz 1 der E-Privacy-Richtlinie um*“.

Fernmeldegeheimnis im Arbeitsverhältnis?

Wille des Gesetzgebers – Arbeitgeber erfasst?

- Gesetzesbegründung: *„Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses sind wie bisher die öffentlich zugänglichen und **alle geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdienste verpflichtet.**“*
- Fernmeldegeheimnis soll wohl gelten, wenn man Arbeitgeber bei erlaubter / geduldeter Privatnutzung unter „geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdienste“ fasst.
- Diskussion wie auf der aktuell noch geltenden Rechtslage.

Fernmeldegeheimnis im Arbeitsverhältnis?

Was ist „geschäftsmäßig“?

- Keine Definition im TTDSG
- § 3 Nr. 10 TKG aF: das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht
- Das Dienstangebot muss gegenüber Dritten erfolgen. Nicht ausreichend ist damit ein rein innerbetriebliches Angebot oder geschlossenen Systemen im privaten Bereich.
- Ebenfalls ausgeschlossen sind konzerninterne Leistungen
- Beschäftigte?

Exkurs: nationale Diskussion zum Fernmeldegeheimnis im Arbeitsverhältnis

- LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.2. 2011 – 4 Sa 2132/10: Ein Arbeitgeber wird nicht allein dadurch zum Dienstanbieter im Sinne des Telekommunikationsgesetzes, dass er seinen Beschäftigten gestattet, einen dienstlichen E-Mail-Account auch privat zu nutzen.
- LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.1.2016 - 5 Sa 657/15: Es liegt kein geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne des § 3 Nr. 6 und § 3 Nr. 10 TKG vor, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die private Nutzung der Dienstrechner gestattet.
- LAG Hessen, Urt. v. 21.9.2018 – 10 Sa 601/18: Ist die private Internetnutzung und damit auch das Versenden privater E-Mails erlaubt, so ist der Arbeitgeber nach h. M. als Diensteanbieter iSd § 3 Nr. 6 TKG anzusehen. Damit ist die Einsichtnahme in die E-Mail-Korrespondenz im Grundsatz an dem Fernmeldegeheimnis nach § 88 Abs. 2 TKG zu messen.
- LG Krefeld, Urt. v. 7.2.2018 - 7 O 198/17: Selbst im Fall einer gestatteten Privatnutzung fehlt die Eigenschaft als Dienstanbieterin. *„Die Kammer verkennt nicht, dass die Datenschutzbehörden den Arbeitgeber als Telekommunikationsdiensteanbieter einordnen, wenn er seinen Mitarbeitern die private Nutzung des Internets oder des betrieblichen E-Mail-Postfachs erlaubt (...). Sie schließt sich gleichwohl der Gegenansicht an“.*
- LG Erfurt, Urt. v. 28.4.2021 - 1 HK O 43/20: Ein geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten setzt gemäß § 3 Nr. 10 TKG ein an Dritte gerichtetes Angebot voraus. Beschäftigte sind im Verhältnis zum Arbeitgeber aber nicht als Dritte anzusehen.

Fernmeldegeheimnis im Arbeitsverhältnis?

§ 3 Abs. 2 TTDSG als überschießenden Regelung

- Adressatenkreis des § 3 Abs. 2 TTDSG geht über die Vorgabe in Art. 5 Abs. 1 ePrivacy-Richtlinie hinaus.
- Überschießende Regelung im Vergleich zur ePrivacy-Richtlinie.
- Da § 3 Abs. 2 TTDSG keine Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie darstellt, greift auch nicht das in Art. 95 DSGVO geregelte Spezialitätsverhältnis.
- Folge (europarechtlich): Unternehmen, die ihren Arbeitnehmern die private Nutzung von E-Mail / Internet am Arbeitsplatz gestatten, unterfallen dem allgemeinen Datenschutzrecht, also der DSGVO (Kühling/Sauerborn, CR 2021, 271; Kiparski, CR 2021, 482)

Über mich



Rechtsanwalt
Partner
Zertifizierter Datenschutzbeauftragter
(TÜV®)
Certified Information Privacy
Professional/Europe (CIPP/E)
T > [+ 49 30 / 814 53 50 00](tel:+4930814535000)
E > carlo.piltz@piltz.legal

Dr. Carlo Piltz

Tätigkeit als externer Datenschutzbeauftragter

Beratung und Begleitung von Mandanten im Rahmen der Umsetzung datenschutzrechtlicher Anforderungen und von Projekten der Digitalisierung

Experte im Bereich Datenschutzrecht (u.a. als Sachverständiger zum Bundesdatenschutzgesetz sowie dem neuen Berliner Landesdatenschutzgesetz)

Durchführung von Seminaren und Workshops zur DSGVO

Vertretung von Mandanten in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten und Gerichtsverfahren

A decorative graphic consisting of several overlapping circles in shades of teal and blue, positioned on the left side of the slide.

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!

Piltz Rechtsanwälte PartGmbH
Mozartstraße 16, 12247 Berlin

Telefon +49 30 814 53 50 00

Fax +49 30 814 53 50 09

E-Mail: info@piltz.legal