

STEFAN HANLOSER

# DSK-Orientierungshilfe Telemedien: Vereinbarkeit mit § 327e BGB

## Funktionsumfang eines mangelfreien Telemediendienstes

TTDSG  
ePrivacy  
Cookies  
Telemedien  
IoT

■ § 25 TTDSG setzt seit dem 1.12.2021 die EU-rechtlichen Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL (RL 2002/58/EG) idF der Cookie-RL (RL 2009/136/EG) im deutschen Recht um. Das Speichern von Informationen auf vernetzten Endeinrichtungen und der Zugriff auf bereits gespeicherte Informationen unterliegt seither demselben Verbot mit Erlaubnisvorbehalt wie in den anderen Mitgliedstaaten der EU. Die Datenschutzkonferenz (DSK) hat sich am 20.12.2021 mit einem Update ihrer Orientierungshilfe Telemedien (OH TM) vom März 2019 zu Wort gemeldet und in der begleitenden Pressemitteilung ein öffentliches Konsultationsverfahren angekündigt. Zum Zeitpunkt der Konsultation werden die neuen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 327 ff. BGB über die Bereitstellung digitaler Produkte bereits in Kraft getreten sein, die die Konsultationsversion der OH TM v. 20.12.2021 unberücksichtigt ließ. Insbesondere muss die gesetzliche Zugriffsbefugnis für die Erbringung eines Telemediendienstes nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG mit den subjektiven und objektiven Funktionsanforderungen des § 327e BGB in Einklang gebracht werden.

Lesedauer: 17 Minuten

■ As of 1 December 2021, Sec. 25 German Telecommunication Telemedia Data Protection Act (TTDSG) implements the EU legal requirements of Art. 5(3) ePrivacy Directive (Directive 2002/58), as amended by the Cookie Directive (Directive 2009/136), in German law. Since then, the storing of information, or the gaining of access to information already stored, in connected terminal equipment is subject to the same ban with reservation of authorisation as in the other EU Member States. On 20 December 2021, the German Data Protection Conference (DSK) published an update of its March 2019 Orientation Guideline Telemedia Services (Orientierungshilfe Telemedien), and announced a public consultation procedure in the accompanying press release. At the time of the consultation, the new civil law provisions of Sec. 327 et seq. German Civil Code (BGB) on the provision of digital products, which the consultation version of the Orientation Guideline Telemedia Services of 20 December 2021 did not take into account, will have already entered into force. In particular, the statutory powers of access for the provision of a telemedia service under Sec. 25(2) no. 2 TTDSG must be aligned with the subjective and objective functional requirements for conformity under Sec. 327e BGB.

### I. Hintergrund

Der digitale Regulierungseifer auf europäischer und nationaler Ebene wirft vermehrt Fragen zum kollisionsfreien Zusammenspiel der verschiedenen Regelwerke auf. § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG erlaubt das einwilligungsfreie Speichern und Auslesen von Informationen auf Endeinrichtungen, damit der Anbieter einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst – man wird hier ergänzen müssen: mangelfrei – zur Verfügung stellen kann. Handelt es sich bei dem Telemediendienst um ein digitales Produkt, das iRe Verbrauchervertrags entgeltlich erbracht wird, bestimmt § 327e BGB<sup>1</sup> seit dem 1.1.2022 die Qua-

litätsanforderungen an eine mangelfreie Bereitstellung.<sup>2</sup> Um die Verbraucher optimal zu schützen, definiert § 327e BGB die Funktionsanforderungen an mangelfreie digitale Produkte möglichst weitreichend. Der Unternehmer kann den vollen Funktionsumfang digitaler Produkte allerdings nur in dem Umfang rechtssicher leisten, in dem § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG ihm das Speichern oder Auslesen von Informationen auf der Endeinrichtung des Nutzers erlaubt. Verbraucherschutz und Privatsphärenschutz für vernetzte Endeinrichtungen müssen an dieser Stelle zum Ausgleich gebracht werden.

### II. Telemediendienste und Verbraucher- verträge über digitale Produkte

§ 25 Abs. 1 TTDSG verbietet jedermann und nicht nur Anbietern von Telemediendiensten den Zugriff auf vernetzte Endeinrichtungen ohne die Einwilligung des Endnutzers.<sup>3</sup> Der Tatbestand ist mit den Begriffen „Speicherung“ und „Zugriff“ rein verhaltensbezogen formuliert und enthält keine personellen Einschränkungen. Lediglich die privilegierende Ausnahme vom Einwilligungsvorbehalt in Absatz 2 Nr. 2 stellt einen Bezug zu Telemediendiensten her.

#### 1. Telemediendienste

Telemedien sind alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste mit Ausnahme von TK-Diensten und Rund-

<sup>1</sup> In Umsetzung von Art. 6 ff. RL (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 20.5.2019 (DID-RL).

<sup>2</sup> Nach § 327a Abs. 3 BGB gilt allerdings die kaufvertragliche Mangelhaftung (Gewährleistung) der §§ 475b, 434 BGB für digitale Produkte, die in Waren iSd § 241a Abs. 1 BGB enthalten oder mit ihnen verbunden sind und ohne die die Waren ihre Funktionen nicht erfüllen können. Solche Waren mit digitalen Elementen sind zB Connected Cars, Smart Meters, Smart TVs; bei Smartphones unterscheiden die Erwägungsgründe 21 f. RL 2019/770 zwischen Apps, ohne die das Smartphone nicht bestimmungsgemäß funktionieren würde (Alarm-App, Kamera-App) und die idR vorinstalliert sind, und sonstigen Apps aus dem App Store (Spiele-Apps), für die nur die DID-RL gilt.

<sup>3</sup> Für Betreiber von Werbenetzwerken beispielhaft festgestellt von der Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting = WP 171 v. 22.6.2010, S. 13.

funk.<sup>4</sup> Der Begriff ist nicht deckungsgleich mit den Diensten der Informationsgesellschaft<sup>5</sup>, auf die sich der umzusetzende Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL bezieht.<sup>6</sup> Durch richtlinienkonforme Auslegung ist deshalb festzustellen, ob sich ein Telemediendienst überhaupt auf den Erlaubnistatbestand des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG berufen kann.<sup>7</sup>

Gegenstand des Online-Angebots muss zunächst eine Dienstleistung sein, also in Abgrenzung zur Ware eine nicht-körperliche Leistung. Eine Begleit-App zu einer Ware, zB eine Softwareanwendung auf einer Endeinrichtung zur Fernsteuerung vernetzter Geräte (Connected Devices des Internet of Things – IoT) ist als integraler Bestandteil der Ware keine Dienstleistung; anders hingegen Dienste mit eigenem Leistungscharakter, die Informationen aus der Gerätenutzung für eine selbstständige Dienstleistung auswerten.<sup>8</sup>

Die Dienstleistung muss iRe entgeltlichen Fernabsatzvertrags erbracht werden. Hinsichtlich eines vertraglichen Schuldverhältnisses stellt der EuGH in seinen Auslegungsentscheidungen<sup>9</sup> keine Anforderungen an den Rechtsbindungswillen der Parteien und grenzt die Dienste der Informationsgesellschaft nicht zu bloßen Gefälligkeitsverhältnissen ab. Die Entgeltlichkeit des Dienstes setzt keinen vom Leistungsempfänger zu zahlenden Preis voraus. Drittfinanzierte Dienste<sup>10</sup> sind für den Nutzer ebenso entgeltlich wie werbefinanzierte Online-Angebote<sup>11</sup>, bei denen der Nutzer statt einer monetären Gegenleistung personenbezogene Daten zur Verfügung stellt. Und selbst unentgeltliche Dienste, die zu Werbezwecken für vom Anbieter verkaufte Güter oder angebotene Dienstleistungen erbracht werden, haben einen hinreichend kommerziellen Hintergrund.<sup>12</sup> Anders dürfte es sich bei erwiesenen nicht-kommerziellen Online-Angeboten verhalten, die § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG bei unionskonformer Auslegung nicht privilegiert.

## 2. Telemediendienste als digitale Produkte

Als elektronische Informations- und Kommunikationsdienste stellen Telemediendienste digitale Inhalte iSd § 327 Abs. 2 S. 1 BGB<sup>13</sup> oder digitale Dienstleistungen iSd § 327 Abs. 2 S. 2 BGB<sup>14</sup> bereit und sind damit zivilrechtlich digitale Produkte iSd § 327 Abs. 1 BGB. Die §§ 327–327u BGB gelten allerdings nur für entgeltliche Verträge über digitale Produkte. Reine Gefälligkeitsverhältnisse ohne Rechtsbindungswillen der Parteien fallen nicht in den Anwendungsbereich. Statt einer vereinbarten Geldleistung (Preis) kann ein Verbraucher nach § 327 Abs. 3 BGB als Entgelt eigene oder fremde personenbezogene Daten<sup>15</sup> tatsächlich bereitstellen oder aber sich hierzu vertraglich verpflichten<sup>16</sup>. Der Entgeltcharakter hängt nach § 312 Abs. 1 lit. a S. 2 BGB allerdings von den Zwecken ab, für die der Unternehmer die bereitgestellten personenbezogenen Daten sodann tatsächlich verarbeitet<sup>17</sup> – den bereitgestellten Daten sieht man die Entgeltlichkeit der Bereitstellung nicht an. Verarbeitungen des Unternehmers zur Vertragserfüllung auf der Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO oder zur Erfüllung von Rechtspflichten nach Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO bewirken keine Entgeltlichkeit der bereitgestellten Daten. Der Unternehmer führt die Entgeltlichkeit nur herbei, wenn er die bereitgestellten Daten für andere Zwecke tatsächlich verarbeitet, sei es auf der Rechtsgrundlage einer Einwilligung des Verbrauchers und ggf. weiterer Betroffener nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO; sei es in Ausübung eines überwiegenden berechtigten Verarbeitungseresses iSd Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO. Beendet der Unternehmer diese überschüssige Verarbeitung, endet die Entgeltlichkeit, nicht aber der Verbrauchervertrag. Selbst wenn der Unternehmer die bereitgestellten personenbezogenen Daten nach Art. 17 Abs. 1 lit. b bzw. lit. c DS-GVO gelöscht hat, nachdem der Verbraucher eine Einwilligung widerrufen oder einen Widerspruch nach Art. 20 f. DS-GVO erklärt hat, besteht der Verbrau-

chervertrag bis zur Kündigung unter den Bedingungen des § 327q BGB fort.<sup>18</sup>

## 3. Zwischenergebnis

Telemediendienste können zivilrechtlich Gegenstand eines entgeltlichen Verbrauchervertrags über digitale Produkte sein, wenn ein Rechtsbindungswille beider Parteien feststellbar ist. Entgeltlich ist der Telemediendienst auch dann, wenn der Unternehmer bereitgestellte personenbezogene Daten für andere Zwecke als zur Vertragserfüllung oder zur Erfüllung von Rechtspflichten vereinbarungsgemäß verarbeitet.

## III. Qualitätsanforderungen des § 327e BGB

§ 327e BGB kumuliert subjektive und objektive Qualitätsanforderungen, um eine objektive Mindestbeschaffenheit und Mindestverwendungseignung digitaler Produkte sicherzustellen. Digitale Produkte müssen neben der vereinbarten mindestens auch die produktübliche Beschaffenheit aufweisen und neben der vertraglich vorausgesetzten mindestens auch die gewöhnliche Verwendungseignung besitzen. Das digitale Produkt ist mangelhaft, wenn subjektive Qualitätsmerkmale fehlen oder die objektiven Qualitätsmerkmale nicht erreicht werden. In der Praxis wird man zunächst prüfen, ob das digitale Produkt den subjektiven Qualitätsanforderungen, falls vereinbart, entspricht und anschließend feststellen, ob der objektive Qualitätsstandard nicht unterschritten ist. Ist eine negative Abweichung von der objektiven Mindestbeschaffenheit festgestellt, aber nicht nach § 327h BGB vereinbart, ist das digitale Produkt mangelhaft und die Mangelhaftung (Gewährleistung) des § 327i BGB greift ein.

Die Qualitätsanforderungen des § 327e BGB beziehen sich zunächst auf die Beschaffenheit des digitalen Produkts. Die Be-

<sup>4</sup> § 2 Abs. 1 TTDSG iVm § 1 Abs. 1 S. 1 TMG bzw. § 2 Abs. 1 S. 3 MStV.

<sup>5</sup> Definiert in Art. 1 Abs. 1 lit. b RL 2015/1535 v. 9.9.2015.

<sup>6</sup> Ebenso Art. 4 Nr. 25 DS-GVO.

<sup>7</sup> Andere Normen, die europarechtliche Richtlinienvorgaben für Dienste der Informationsgesellschaft umsetzen, schärfen den Begriff des Telemediums richtlinienkonform nach, zB betrifft die Impressumspflicht nach § 5 TMG nur „in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien“. Das hat der Gesetzgeber bei § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG versäumt.

<sup>8</sup> Grünwald/Nüßing MMR 2015, 378 (381), mit Bezug auf intelligente Fahrtenbücher, Fahrstilanalysen sowie Ortungsdienste; Blum DSRITB 2021, 585 (586), mit der Unterscheidung zwischen Fahrzeug- und Servicefunktionen.

<sup>9</sup> EuGH MMR 2021, 309 (310) – Star Taxi App.

<sup>10</sup> Online-Marktplätze: EuGH MMR 2011, 596 Rn. 109 mAnm Hoeren – L’Oréal SA; Vermittlungsplattformen: EuGH MMR 2020, 171 Rn. 69 – Airbnb Ireland.

<sup>11</sup> EuGH NJW 1989, 2189 Rn. 16 – Bond van Advverteerders; MMR 2016, 63 Rn. 30 – Papasavvas.

<sup>12</sup> EuGH MMR 2016, 760 Rn. 42 mAnm Hoeren – Mc Fadden, mit dem Hinweis, dass die Kosten dieser Tätigkeit dann in den Verkaufspreis dieser Güter oder Dienstleistungen einbezogen werden.

<sup>13</sup> Erwägungsgrund 19 RL 2019/770 nennt hier beispielhaft Computerprogramme, Video- und Audiodateien, digitale Spiele, elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen.

<sup>14</sup> Erwägungsgrund 19 RL 2019/770 nennt hier beispielhaft die gemeinsame Nutzung von Video- oder Audioinhalten und andere Formen des Datei-Hosting, Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung angeboten werden, und soziale Medien.

<sup>15</sup> Metadaten wie Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder zum Browserverlauf, die zB mittels Cookies erhoben werden, stellen nur bei festgestelltem Rechtsbindungswillen der Parteien ein Entgelt dar. Die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 19/27653 v. 17.3.2021, 36, verweist auf Erwägungsgrund 25 DID-RL zurück (Verweisungszirkel), ohne die Entgeltlichkeit positiv zu regeln; ebenso im Ergebnis Spindler MMR 2021, 451 (452 f.); Klink-Straub NJW 2021, 3217 (3219).

<sup>16</sup> Eine datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung des Verbrauchers ist keine stillschweigende vertragliche Bereitstellungsvereinbarung, weil die jederzeitige Widerrufbarkeit nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO einen Rechtsbindungswillen beider Parteien ausschließt.

<sup>17</sup> Datenschutzinformationen des Unternehmers nach Art. 13 DS-GVO können zivilrechtlich lediglich ein Indiz für die tatsächliche Verarbeitung sein.

<sup>18</sup> Zu den Kündigungsvoraussetzungen und -folgen Buchmüller/Roos ZD 2022, 8 (10 f.).

schaffenheit ist dabei ebenso wie im Kaufvertragsrecht weit zu verstehen als jegliche Merkmale eines digitalen Produkts, die dem Produkt selbst anhaften oder sich aus seiner Beziehung zur Umwelt ergeben.<sup>19</sup> Zu den Qualitätsmerkmalen gehört nach § 327e Abs. 2 S. 2 BGB auch die Fähigkeit eines digitalen Produkts, seine Funktionen seinem Zweck entsprechend zu erfüllen. Dabei kommt es nach § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1.a BGB vorrangig auf den subjektiv vereinbarten Funktionsumfang an; hilfsweise müssen dem Verbraucher nach § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB die objektiv produktüblichen Funktionen bereitstehen. Die Funktionalitäten des digitalen Produkts können auch auf verschiedenen Hardware- oder Softwareumgebungen bereitgestellt sein (Cross-Device-Funktionalität).<sup>20</sup>

Der Funktionsumfang eines digitalen Produkts bestimmt auch seine Verwendungseignung. So muss das digitale Produkt nach § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1.b BGB diejenigen Funktionen aufweisen, damit es sich vereinbarungsgemäß für einen bestimmten, vom Verbraucher angestrebten Zweck eignet. Jedenfalls ist der Funktionsumfang für eine gewöhnliche Verwendung nach § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB geschuldet.

## IV. Auslegung des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG gemäß den Qualitätsanforderungen des § 327e BGB

Die Bereitstellung der für ein mangelfreies digitales Produkt geschuldeten Funktionen kann technisch voraussetzen, dass Informationen auf einer Endeinrichtung gespeichert werden oder auf gespeicherte Informationen zugegriffen wird. § 25 TTDSG setzt hierfür grundsätzlich die Einwilligung des verfügungsberechtigten Endnutzers voraus. Es ist dann vertragliche Nebenpflicht oder zumindest Obliegenheit des Verbrauchers, als verfügungsberechtigter Endnutzer die Einwilligung zu erteilen oder – zB bei Nutzung eines Fremdgeräts – die Einwilligung des personenverschiedenen verfügungsberechtigten Endnutzers beizubringen. Nimmt der verfügungsberechtigte Endnutzer<sup>21</sup> das digitale Produkt auf seiner Endeinrichtung in Anspruch, kommt allerdings ein einwilligungsfreier Zugriff auf die Endeinrichtung nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG in Betracht. Dies setzt voraus, dass der Zugriff für einen ausdrücklich gewünschten Telemediendienst unbedingt erforderlich ist.

### 1. Funktionsumfang eines ausdrücklich gewünschten Telemediendienstes

Der Funktionsumfang eines ausdrücklich gewünschten Telemediendienstes lässt sich im Wesentlichen auf zwei Arten bestimmen:

■ Der Funktionsumfang eines gewünschten Telemediendienstes könnte die Summe der Funktionen sein, die ein Anbieter tat-

sächlich nach Aufruf der Webseite, Starten der App, Inbetriebnahme des Connected Device etc. zur Verfügung stellt.

■ Denkbar wäre auch eine nutzerindividuelle Einzelfunktionsbetrachtung, die für jede angebotene Funktion auf den erklärten Nutzerwunsch bzw. das Nutzerinteresse abstellt. Dieser zergliedernde Ansatz würde den Anbieter zu einem modularen Aufbau seines Telemediendienstes zwingen, damit die Nutzer die gewünschten Funktionen dann individuell aus- und abwählen können (Baukasten-Prinzip oder Chinese-Menue-Prinzip).

Die Konsultationsversion der OH TM (im Folgenden: KonsultationsV) kombiniert beide Konzepte und führt zur Unterscheidung die Begriffe „Basisfunktionen“ und „Zusatzfunktionen“ ein.

#### a) Basisfunktionen

Die KonsultationsV fordert zunächst zutreffend für einen ausdrücklichen Nutzerwunsch keine ausdrückliche textliche Erklärung in Schrift oder Wort. „Ausdrücklich“ ist im Kontext des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG als „spezifisch“ zu verstehen.<sup>22</sup>

Die KonsultationsV stellt auch zutreffend fest, dass jeder Telemediendienst übliche Basisfunktionen aufweist, die untrennbar für das gesamte Angebot von Bedeutung sind.<sup>23</sup> Mit seinem Aufruf der Webseite, Starten der App, Inbetriebnahme des Connected Device etc. wünscht der Nutzer diese Basisfunktionen ausdrücklich iSd § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG. Die konkret gewünschten Basisfunktionen sollen sich regelmäßig aus der Kategorie des Telemediendienstes ableiten lassen. Als beispielhafte Kategorien nennt die KonsultationsV Web-Shops, Suchmaschinen, Informationsseiten von Unternehmen oder öffentlichen Einrichtungen, Behördenportale, Online-Banking, Blogs, soziale Netzwerke und Übersetzungsdienste.<sup>24</sup>

Will man den zivilrechtlichen Verbraucherschutz nach §§ 327 ff. BGB und den Privatsphärenschutz von Endeinrichtungen des § 25 TTDSG in Einklang bringen, spricht viel dafür, als Basisfunktionen iSd § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG den objektiv geschuldeten Funktionsumfang zu verstehen. Der objektive Beschaffenheitsmaßstab des § 327e Abs. 3 BGB schützt – in Übereinstimmung mit Art. 8 DID-RL – die berechnete Verbrauchererwartung, dass ein digitales Produkt die produktüblichen Funktionen aufweist und sich für die produktüblichen Zwecke eignet.<sup>25</sup> Soweit § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG auf den vom Nutzer gewünschten Funktionsumfang iSe Basisdienstes abstellt, sind es bei entgeltlichen Verbraucherverträgen über digitale Produkte die objektiven Funktionsmerkmale, die bei typisierender Betrachtung geschuldet und auch gewünscht sind.

Bestünde kein Gleichlauf zwischen produktüblichen Mindestfunktionen nach § 327e Abs. 3 BGB und von den Nutzern iSd § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG gewünschten Funktionen, müsste der Unternehmer eine Einwilligung für das Speichern und den Zugriff auf die Endeinrichtung des Nutzers abfragen. Wegen des Kopplungsverbots müsste er den Einwilligungsverweigerern ein nach dem Maßstab des § 327e Abs. 3 BGB objektiv minderwertiges Produkt bereitstellen. Um dann die Mangelhaftung nach §§ 327i, 327l ff. BGB zu vermeiden, müsste er mit den Einwilligungsverweigerern nach § 327h BGB eine ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung über die negative Abweichung des digitalen Produkts von der Mindestbeschaffenheit treffen. Da Erwägungsgrund 49 DID-RL die abweichende Vereinbarung analog zur datenschutzrechtlichen Einwilligung konstruiert, stellt sich dann die Frage, ob die Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG und die abweichende Vereinbarung nach § 327h BGB überhaupt verknüpft werden können.

Richtigerweise wünscht der Nutzer eines Telemediendienstes, der iRe Verbrauchervertrags über digitale Produkte erbracht wird, deshalb zumindest den objektiv nach § 327e Abs. 3 BGB geschuldeten Funktionsumfang.

<sup>19</sup> BT-Drs. 19/27653, 54.

<sup>20</sup> Kompatibilität nach § 327e Abs. 2 S. 3 BGB.

<sup>21</sup> § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG unterscheidet – abweichend von Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL – zwischen dem Endnutzer der Endeinrichtung und dem Nutzer des Telemediendienstes, als ob diese personenverschieden sein könnten. Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL setzt jedoch Personenidentität voraus: „Dienst... der Informationsgesellschaft, der vom Teilnehmer oder Nutzer [iSd Art. 2 Abs. 2 lit. a ePrivacy-RL] ausdrücklich gewünscht wurde“.

<sup>22</sup> Bereinigt in den Entwürfen für den künftigen Art. 8 Abs. 1 lit. c ePrivacy-VO (ParlE v. 20.10.2017 und RatsE v. 10.2.2021: „specifically [statt „explicitly“] requested by the enduser“; der KommE v. 10.1.2017 ließ es sogar mit einem „requested by the end-user“ bewenden; dazu Schumacher/Sydow/von Schönfeld MMR 2021, 603 (606).

<sup>23</sup> S. 21 KonsultationsV.

<sup>24</sup> S. 21 KonsultationsV mit dem ergänzenden Hinweis, dass Basisfunktionen durch Annexfunktionen zur nutzerorientierten Betrugsprävention und IT-Sicherheit flankiert werden, damit sie sicher, schnell und stabil zur Verfügung gestellt werden können.

<sup>25</sup> Erwägungsgrund 45 DID-RL; BT-Drs. 19/27653, 53.

## b) Zusatzfunktionen

Von den Basisfunktionen grenzt die KonsultationsV Zusatzfunktionen ab, die für manche Nutzer gar nicht oder nicht über den gesamten Zeitraum der Nutzung des Angebots zum Tragen kommen.<sup>26</sup> Spracheinstellungen, Chatboxen, Kontaktformulare, Push-Nachrichten, Kartendienste, Wetterdienste, Videos und Audios<sup>27</sup>, Log-in-Bereiche inkl. Authentifizierung, Werbung, Verwaltung von Einwilligungen mittels Consent-Management-Tools, Merklisten und Favoritenlisten klassifiziert die KonsultationsV kategorisch als Zusatzfunktionen – unabhängig vom gewünschten Telemediendienst.<sup>28</sup> Der Nutzer wünsche solche Zusatzfunktionen iSd § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG erst, wenn er sie explizit in Anspruch nimmt.<sup>29</sup> Der ausdrückliche Wunsch, eine Zusatzfunktion zu nutzen, müsse sich in weiteren Handlungen äußern, bevor für die Zusatzfunktion ein Cookie einwilligungsfrei gesetzt oder sonst wie auf die Endeinrichtung einwilligungsfrei zugegriffen werden könnte.<sup>30</sup>

### Abgrenzung zu Basisfunktionen unklar

Die KonsultationsV erkennt im Kern zutreffend an, dass Zusatzfunktionen – ebenso wie die Basisfunktionen – das einwilligungsfreie Speichern und Auslesen von Informationen auf Endeinrichtungen nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG erlauben. Eine praktikable Unterscheidung zwischen Basis- und Zusatzfunktionen bleibt die KonsultationsV allerdings schuldig. Soll für einen Zusatzdienst entscheidend sein, dass der Nutzer ihn durch einen separaten Initialisierungsakt in Anspruch nimmt? Dann hinge die Unterscheidung zwischen Basis- und Zusatzfunktion von der technischen Ausgestaltung des Telemediendienstes ab: Integrierte Chat-, Karten-, Audio-/Video- und Favoritenfunktionen, die sich bei Aufruf des Telemediendienstes automatisch initialisieren, wären Basisfunktionen; wäre eine separate Initialisierungshandlung des Nutzers erforderlich, würden die Basisfunktionen zu Zusatzfunktionen. Oder soll der Nutzer vor überraschenden Zusatzfunktionen geschützt werden, mit denen er bei dem Aufruf des Online-Angebots nicht zu rechnen brauchte, also die er im Wortsinn des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG nicht „gewünscht“ hatte? Von einer überraschenden Funktion kann aber – unabhängig von der Unterscheidung zwischen Basis- oder Zusatzfunktion – keine Rede mehr sein, wenn der Nutzer den Telemediendienst in Kenntnis der Funktion nutzt. Vereinbaren Verbraucher und Unternehmer bei einem Verbrauchervertrag über digitale Produkte eine Funktion eines Telemediendienstes als Qualitätsmerkmal nach § 327e Abs. 2 BGB, ist die Funktion jedenfalls nicht mehr überraschend.<sup>31</sup> Als ungewünschte Zusatzfunktionen bleiben dann allenfalls Funktionen, die weder nach § 327e Abs. 3 BGB üblich sind noch nach § 327e Abs. 2 BGB zwischen Verbraucher und Unternehmer vereinbart wurden.

### Weitere Kritikpunkte

Die zergliedernde Einzelfunktionsbetrachtung der KonsultationsV ist für den Privatsphärenschutz von Endeinrichtungen kontraproduktiv. Ziel des § 25 TTDSG ist es ja gerade, die Anzahl der verwendeten Cookies zu reduzieren. Aus der Schutzperspektive des § 25 TTDSG wäre es optimal, wenn der Anbieter eines Telemediendienstes nur einen zentralen Anker-Cookie setzt und darüber den gesamten geschuldeten Funktionsumfang abwickelt. Nach der KonsultationsV muss der Anbieter nun aber eine Vielzahl funktionspezifischer Cookies setzen bzw. auslesen, wann immer eine Zusatzfunktion in Anspruch genommen wird. Dies treibt die unerwünschten Speicher- und Zugriffsaktivitäten in die Höhe.

Auch findet das DSK-Konzept keinen Anhaltspunkt im Gesetz: Bezugspunkt ist nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG der gewünschte Telemediendienst in toto bzw. nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL der Dienst der Informationsgesellschaft. Maßgeblich ist die

Nutzung eines einheitlichen Telemediendienstes durch einen Aufruf der Webseite, das Starten der App, die Inbetriebnahme des Connected Device etc., nicht der subjektive Nutzerwunsch hinsichtlich einzelner Funktionen.<sup>32</sup> Anders als vom KonsultationsE impliziert, gewährt § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG keinen Anspruch, sich die Funktionen seines individuellen Telemediendienstes nach dem Baukastenprinzip zusammenzustellen.

## c) Zwischenergebnis

Die KonsultationsV will den Nutzer vor überraschenden und iSd § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG nicht gewünschten Funktionen schützen. Funktionen, die nach § 327e Abs. 3 BGB üblich sind oder nach § 327e Abs. 2 BGB zwischen Verbraucher und Unternehmer vereinbart wurden, sind nicht überraschend und iSd § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG gewünscht.

## 2. Unbedingte Erforderlichkeit des Zugriffs

Die unbedingte Erforderlichkeit des Endgerätezugriffs spaltet die KonsultationsV in eine zeitliche, inhaltliche und personelle Dimension auf.

### a) Zeitliche Erforderlichkeit

Für die Erbringung der Basisfunktionen soll das Speichern oder der Zugriff zeitlich bereits beim Aufruf des Telemediendienstes erlaubt sein. Für die Zusatzfunktionen hingegen erst, wenn eine Zusatzfunktion tatsächlich in Anspruch genommen wird.<sup>33</sup> Diese Forderung unterstellt, dass Zusatzfunktionen erst durch die Nutzerinteraktion initialisiert werden und nicht bereits vorher mit der Endeinrichtung kommuniziert haben, zB um gespeicherte Nutzerpräferenzen oder sonstige Werte aus vorherigen Sessions abzurufen. Informationen aus vorherigen Sessions dürften nach der KonsultationsV allerdings gar nicht verfügbar sein, da grundsätzlich nur Session Storage erforderlich sei, sodass alle gespeicherten Nutzerpräferenzen und Werte beim Schließen eines Browserfensters verfallen.<sup>34</sup> Als Ausweg erwähnt die KonsultationsV die Möglichkeit, den Telemediendienst registrierungsbasiert und anmeldepflichtig auszugestalten.<sup>35</sup> Anhand der Nutzer-IDs der angemeldeten, dh eingeloggten Nutzer könnten Nutzerpräferenzen und sonstige Werte dann in der Tat serverseitig weggespeichert und sessionübergreifend genutzt werden. Das mag ein strategischer Fingerzeig in Richtung Diensteanbieter sein.<sup>36</sup>

<sup>26</sup> S. 21 KonsultationsV.

<sup>27</sup> AA Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht = WP 194 v. 7.6.2012, S. 8, zu Multimedia-Player-Sitzungscookies.

<sup>28</sup> S. 21 KonsultationsV; zu den einzelnen Cookie-Funktionen bereits Golland NJW 2021, 2238 (2240).

<sup>29</sup> S. 21 f. KonsultationsV.

<sup>30</sup> Der ausdrückliche Nutzerwunsch bezöge sich auf die Zusatzfunktion und nicht auf den impliziten Gerätezugriff; das unterscheidet den Nutzerwunsch nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG von der Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG.

<sup>31</sup> Das Argument wird man auf unentgeltliche Telemediendienste erweitern können: Wird dem Nutzer der Funktionsumfang transparent, zB in den Nutzungs- oder Datenschutzhinweisen, zur Kenntnis gebracht und entscheidet sich der Nutzer für eine Weiternutzung des Telemediendienstes, ist die Funktion nicht überraschend.

<sup>32</sup> Der irreleitende Begriff „gewünscht“ taucht nur in der deutschen Sprachfassung des Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL auf, während zB die engl. und frz. Sprachfassungen rein objektiv auf die technische Anforderung des Telemediendienstes abstellen („information society service explicitly requested“, „service de la société de l'information expressément demandé“).

<sup>33</sup> S. 23 KonsultationsV; zur Unterscheidung bereits Piltz/Kühner ZD 2021, 123 (127).

<sup>34</sup> S. 23 KonsultationsV.

<sup>35</sup> S. 23 KonsultationsV.

<sup>36</sup> Zur Privilegierung registrierungsbasierter Dienste bereits Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht = WP 194 v. 7.6.2012, S. 7.: „Wenn sich ein Nutzer anmeldet, fordert er ausdrücklich Zugriff auf Inhalte oder Funktionen, für die er eine Zugriffsberechtigung besitzt.“

## b) Inhaltliche Erforderlichkeit

Die inhaltliche Dimension betrifft eindeutige Identifikationskennzeichen (Cookie-IDs)<sup>37</sup>, die auf den Endeinrichtungen gespeichert und wieder ausgelesen werden. Diese alphanumerischen Marker erlauben es, eine Endeinrichtung wiederzuerkennen. Für Cookie-IDs und andere Online-Identifizierer<sup>38</sup> sieht die KonsultationsV nur in wenigen Fällen eine unbedingte Erforderlichkeit.<sup>39</sup> Informationen, einschließlich personenbezogener Daten, sollen vielmehr clientseitig auf den Endeinrichtungen gespeichert und zum Abruf vorgehalten werden. Eine serverseitige Speicherung der Informationen in einer Datenbank des Telemedienanbieters oder der eingebundenen Drittdienstleister, die dann mittels Cookie-IDs oder anderer Online-Identifizierer mit der Endeinrichtung verknüpft sind, sei als Technikgestaltung nicht erforderlich. Mit der Aussage, dass personenbezogene Daten der Nutzer eines Telemediendienstes, zB ihre Einwilligungsentscheidungen,<sup>40</sup> besser in einem Cookie oder im Local Storage auf den Endeinrichtungen aufgehoben seien, begibt sich die KonsultationsV auf dünnes Eis.

## c) Personelle Erforderlichkeit

Die gesetzliche Zugriffsberechtigung nach Absatz 2 Nr. 2 ist eine Ausnahme vom grundsätzlichen Speicher- und Zugriffsverbot des Absatz 1. Der Verbotsadressat des Absatz 1 ist spiegelbildlich gesetzlich Zugriffsberechtigter des Absatz 2 Nr. 2, falls seine Speicher- bzw. Zugriffshandlung unbedingt erforderlich ist, damit ein Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann.<sup>41</sup> Sowohl das grundsätzliche Verbot in Absatz 1 als auch die ausnahmsweise Zugriffsbefugnis nach Absatz 2 Nr. 2 sind mit den Begriffen „Speicherung“ und „Zugriff“ rein verhaltensbezogen formuliert und enthalten keine personellen Einschränkungen, zB auf Anbieter von Telemediendiensten. Der nach Absatz 2 Nr. 2 gesetzlich Zugriffsberechtigte braucht somit nicht selbst Anbieter des Telemediendienstes zu sein, sondern kann einen fremden Telemediendienst technisch ermöglichen oder unterstützen.

**37** Die gerätebezogenen Device-IDs (zB Cookie-IDs) sind nicht mit den nutzerbezogenen User-IDs, die an registrierte Nutzer individuell vergeben werden, zu verwechseln.

**38** Zu Online-Identifizierern Hanloser ZD 2018, 213 f.; Schwartmann/Benedikt/Reif MMR 2021, 99.

**39** S. 23 KonsultationsV.

**40** Ausdrücklich S. 23 f. und S. 30 KonsultationsV.

**41** Insgesamt besteht ein personeller Dreiklang: Der Verbotsadressat iSd Absatz 1 ist der richtige Einwilligungsempfänger iSd Absatz 1 bzw. der gesetzlich Zugriffsberechtigte unter den Voraussetzungen des Absatz 2 Nr. 2.

**42** S. 27 KonsultationsV OH TM.

Nach der KonsultationsV dürfen „eingebundene Drittdienstleister“, die zB Third-Party-Cookies setzen, die ausgelesenen Informationen grundsätzlich ausschließlich für die vom Nutzer aufgerufenen Webseiten einwilligungsfrei nach Absatz 2 Nr. 2 verwenden.<sup>42</sup> Positiv formuliert dürften Drittdienstleister Informationen angebotsübergreifend speichern und auslesen, wenn sie eine gewünschte Funktion für mehrere aufgerufene Webseiten zur Verfügung stellen, zB einen Single-Sign-On-Dienst für mehrere anmeldepflichtige Telemediendienste. Das gibt etwas Flexibilität.

## d) Ergebnis

Die KonsultationsV stellt für die zeitliche, inhaltliche und personelle Erforderlichkeit des Gerätezugriffs grob gesprochen drei Maximen auf:

- Speicherdauer auf den jeweiligen Nutzungsvorgang durch Session Storage befristen;
- Informationen clientseitig statt mittels Cookie-ID serverseitig speichern;
- Drittdienstleister speichern und lesen Informationen allenfalls angebotsübergreifend aus, wenn sie gewünschte Funktionen auf mehreren aufgerufenen Webseiten zur Verfügung stellen.

## Schnell gelesen ...

- Telemediendienste können zivilrechtlich Gegenstand eines entgeltlichen Verbrauchervertrags über digitale Produkte sein. Diese Telemediendienste müssen den produktüblichen und den vereinbarten Funktionsumfang aufweisen, um mangelfrei zu sein.
- Die mangelfreie Bereitstellung eines digitalen Produkts kann das Speichern und Auslesen von Informationen auf Endeinrichtungen technisch voraussetzen. Handelt es sich bei dem digitalen Produkt um einen Telemediendienst, müssen § 25 Abs. 2 TTDSG und § 327e BGB zum Ausgleich gebracht werden, damit der Unternehmen rechtskonform und mangelfrei leisten kann.
- Entsprechend müsste die Unterscheidung zwischen Basis- und Zusatzfunktionen in der Konsultationsversion der OH TM mit dem objektiv und subjektiv geschuldeten Funktionsumfang des § 327e BGB harmonisiert werden.



**Dr. Stefan Hanloser**

ist Rechtsanwalt in München und Mitglied des Wissenschaftsbeirats der ZD.