

**EMPFEHLUNGEN ZUM EINSATZ VON COOKIES
UND LOCAL STORAGE-ELEMENTEN
IN ONLINE-ANGEBOTEN DER RUNDFUNKANSTALTEN**
Juli 2022

§ 25 Abs. 1 TTDSG macht die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder den Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind (im Folgenden: Cookies und Local Storage-Elemente), von der ausdrücklichen Einwilligung des jeweiligen Endnutzers abhängig. Die Einwilligung muss den Anforderungen des Art. 7 DSGVO und dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 1. Oktober 2019 - C 673/17 - entsprechen. Sie ist nur in den in § 25 Abs. 2 TTDSG genannten Ausnahmefällen entbehrlich. Soweit der Einsatz von Cookies und Local Storage-Elementen auch zur Verarbeitung personenbezogener Daten führt, ist dies darüber hinaus nur unter den Voraussetzungen des Art. 6 DSGVO zulässig.

Daraus ergeben sich die folgenden Konsequenzen und Empfehlungen für den Einsatz von Cookies und Local Storage-Elementen in den Onlineangeboten der Rundfunkanstalten, insbesondere soweit es um die Nutzungsmessung zu publizistischen Zwecken geht.

I. GRUNDSÄTZLICHES

1. In welchen Fällen ist eine Einwilligung einzuholen

a) § 25 Abs. 1 TTDSG

Diese Vorschrift setzt Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie in deutsches Recht um und schützt die Privatsphäre. Daher verbietet sie grundsätzlich jede Speicherung einer Information auf einem Endgerät sowie jeden Zugriff auf eine dort bereits gespeicherte Information, unabhängig davon, ob es sich dabei um personenbezogene Daten handelt oder nicht. Anderes gilt, wenn der Gerätenutzer dem vorher ausdrücklich zugestimmt hat. Eine solche Einwilligung ist nur in den beiden Fällen entbehrlich, die § 25 Abs. 2 TTDSG nennt.

b) Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO

Nach der Systematik des Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO benötigt der Verantwortliche auch für die Verarbeitung personenbezogener Daten immer dann die Einwilligung des Betroffenen (lit. a), wenn er sich nicht auf einen der gesetzlichen Erlaubnistatbestände stützen kann, die Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) bis f) DSGVO nennt.

2. Unter welchen Voraussetzungen ist eine Einwilligung entbehrlich

a) Unbedingt erforderliche Cookies und Local Storage-Elemente

Nach § 25 Abs. 2 TTDSG ist eine Einwilligung nur in zwei Fällen entbehrlich, von denen für die Rundfunkanstalten nur der in Nr. 2 genannte relevant ist: die Speicherung oder der Zugriff auf die entsprechenden Informationen muss unbedingt erforderlich sein, um „einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst“ zur Verfügung stellen zu können.

Danach bedürfen jedenfalls sogenannte ‚funktionale Cookies‘ keiner Einwilligung, die beispielsweise erforderlich sind, um

- dem Verantwortlichen eine (technische) Fehleranalyse zu ermöglichen,
- die technische Sicherheit des Angebots zu gewährleisten,
- die Login-Daten seiner Nutzer zu speichern,
- Transaktionen zu ermöglichen (Warenkorbfunktion) oder
- Webseiteninhalte zu individualisieren.

Zur Frage, ob zu den „unbedingt erforderlichen Cookies“ auch solche gehören, mithilfe derer die Rundfunkanstalten auswerten, wie ihre Onlineangebote genutzt werden, um sie redaktionell zu optimieren, siehe unten II.

b) Personenbezogene Daten

Neben § 25 TTDSG ist auch Art. 6 DSGVO anwendbar, wenn und soweit der Verantwortliche (darüber hinaus) auch personenbezogene Daten verarbeitet. In diesem Fall benötigt er unter den in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) bis f) DSGVO genannten Voraussetzungen keine Einwilligung. Diese Erlaubnistatbestände betreffen jeweils sehr spezifische Sachverhalte und kommen deshalb für den Einsatz von Cookies nur in besonders gelagerten Fällen in Betracht.

3. Wann ist eine Einwilligung wirksam

Auf eine Einwilligung kann sich der Verantwortliche berufen, wenn die betroffene Person die entsprechende Erklärung zweifelsfrei aktiv, freiwillig und in Kenntnis aller für die Datenverarbeitung relevanten Umstände abgegeben hat. Diese Voraussetzungen sind grundsätzlich nur dann erfüllt, wenn der Verantwortliche die Person über die von ihm veranlasste Datenverarbeitung umfassend informiert hat. Außerdem muss er ihr die Möglichkeit geben, das Einverständnis durch eigenes Handeln bzw. eine eigene Willenserklärung zu erteilen, etwa durch Ankreuzen eines entsprechenden Kästchens. Wenn sich die Person gegen die Einwilligung entscheidet, darf sich das für sie weder nachteilig auswirken noch mit höherem Aufwand verbunden sein.

Die Person muss leicht erkennen können, dass sie zu einer Einwilligung aufgefordert wird. Das schließt zwar nicht aus, dass der Verantwortliche die Einwilligungserklärung mit weiteren Willensbekundungen verbindet. Dann muss sie aber von den anderen Sachverhalten klar unterscheidbar sein. Eine Einwilligung kann sich auch auf mehrere Cookies beziehen, wenn diese jeweils denselben Zweck verfolgen.

II. COOKIES UND LOCAL STORAGE-ELEMENTE ZUR ANONYMISIERTEN NUTZUNGSMESSUNG

1. Datenverarbeitung zur Nutzungsmessung redaktioneller Telemedien

Wie Medienangebote wirken und rezipiert werden, hängt zu einem wesentlichen Teil davon ab, wie sie gestaltet sind und wann sie in welcher Form erscheinen. Unterschiedlichste Mittel der Nutzungsmessung (wie etwa die halbjährliche Marktanalyse - MA - im linearen Hörfunk oder die tägliche GfK-Marktanteilmessung im linearen Fernsehen) gehören daher seit jeher zu den Mitteln der Positionierung gegenüber den publizistischen Wettbewerbern. Der Einfluss der für den publizisti-

schen Erfolg, also die Relevanz redaktioneller Angebote maßgeblichen Mechanismen hat sich im Wettbewerb der redaktionellen Telemedien noch einmal deutlich erhöht. In der nahezu unüberschaubaren Umgebung des Internets sind Wahrnehmbarkeit, Präsenz, Aktualität und Nutzerfreundlichkeit für den Erfolg eines Angebots besonders bedeutsam. Diese wiederum hängen von unterschiedlichsten Faktoren der Konfiguration, Gestaltung, Platzierung und Formulierung der einzelnen Inhalte eines Gesamtangebots ab, die je für sich erfasst und ausgewertet werden müssen. Vergleichbar statistisch belastbare Methoden wie im linearen Rundfunk stehen dafür im Online-Bereich allerdings bislang nicht zur Verfügung. Die Online-Nutzungsmessung ist bislang ohne eine Speicherung von Informationen auf den genutzten Endgeräten bzw. ohne Erhebung der IP-Adresse und damit eines personenbezogenen Datums nicht möglich.

Die Rundfunkanstalten beteiligen sich am publizistischen Wettbewerb der elektronischen Medien im Internet nicht aus wirtschaftlichen oder sonstigen privatnützigen Gründen, sondern weil sie ihren verfassungsrechtlich verankerten, in § 30 MStV konkretisierten Funktionsauftrag wahrnehmen. Danach darf (und muss) der öffentlich-rechtliche Rundfunk sein von den Beitragszahlern finanziertes Angebot im gesellschaftlichen Interesse auf allen publizistisch relevanten Plattformen zugänglich machen. Er soll allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft ermöglichen und Orientierungshilfe geben. Dies setze die Kenntnis des jeweiligen Rezeptionsverhaltens und damit die Möglichkeit voraus, auf veränderte publizistische Anforderungen rasch und effektiv reagieren zu können.

2. Zulässigkeit der Nutzungsmessung ohne Einwilligung der Nutzer

a) § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG

Die Speicherung von Informationen auf dem Endgerät der Nutzer öffentlich-rechtlicher Telemediangebote bzw. der Zugriff auf dort gespeicherte Informationen zum Zweck der Nutzungsmessung ist unter den unter 1. beschriebenen Voraussetzungen zulässig, weil die Datenverarbeitung unbedingt erforderlich ist, damit die Rundfunkanstalten „einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst“ zur Verfügung stellen können.

Die Vorschrift ist nicht so zu verstehen, dass der jeweilige Nutzer sich ausdrücklich positiv zur betreffenden Datenverarbeitung verhalten haben muss, denn dies entspräche letztlich dem Einwilligungserfordernis, das § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG hier gerade ausschließen will. Vielmehr soll sich der Wunsch des Nutzers gleichsam objektiv auf das Telemediangebot als solches beziehen. Das Telemediangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks finanziert die Allgemeinheit mit ihrem Rundfunkbeitrag. Die Beitragszahler haben allein deshalb zwar keinen individualisierbaren Anspruch auf ein Angebot, das ihre Interessen und Präferenzen vollständig berücksichtigt und bedient. Wohl aber können sie erwarten, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk mit den ihm zur Verfügung stehenden Beitragseinnahmen ein im publizistischen Wettbewerb bestmöglich konkurrenzfähiges Angebot zur Verfügung stellt, das die Anforderungen des § 30 Abs. 3 MStV in vollem Umfang erfüllt. Dazu gehört notwendigerweise, alle Erkenntnismöglichkeiten zur Wirkung, Reichweite und Akzeptanz der einzelnen Inhalte auszuschöpfen und das Angebot im publizistischen Wettbewerb stetig weiterzuentwickeln. In diesem Sinne - nämlich auf einer gleichsam aggregierten und damit objektivierten Ebene der individuellen Interessenlage aller Nutzer von Telemediangeboten der Rundfunkanstalten - ist die zu Zwecken der Nutzungsmessung durchgeführte Da-

tenverarbeitung für die Rundfunkanstalten unbedingt erforderlich, um einen vom Nutzer - letztlich von der Gesamtheit aller Nutzer - ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung zu stellen.

b) Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO

Die Rundfunkanstalten setzen unterschiedliche Verfahren zur Nutzungsmessung ihrer Onlineangebote ein. Sie erfassen jeweils die IP-Adresse der jeweiligen Nutzer und verarbeiten damit auch personenbezogene Daten. Diese Datenerhebung ist allerdings nur der technisch unvermeidbare Auslöser des eigentlichen Auswertungsvorgangs. Die IP-Adresse selbst wird auf unterschiedliche Weise jeweils zum frühestmöglichen Zeitpunkt unmittelbar nach Erfassung und vor weiteren Verarbeitungsvorgängen gekürzt und anonymisiert. Die eigentliche Auswertung zur Nutzungsmessung stützt sich dann ausschließlich auf statistische, also nicht personenbezogene oder -beziehbare Daten. Sie ermöglicht keine wie auch immer gearteten personalisierbaren Nutzungsprofile, sondern lediglich eine ausschließlich inhalte- bzw. angebotsbezogene statistische Auswertung der Gesamtnutzung des Telemedienangebots. Weder führen die Rundfunkanstalten diese Daten mit sonstigen Datenbeständen zusammen, noch stellen sie sie Dritten zur Verfügung oder verwerten sie gar kommerziell. Die Datenverarbeitung dient ausschließlich ihren eigenen publizistischen Zwecken. Wenn sie jeweils von der Einwilligung des Nutzers abhinge, wäre den Rundfunkanstalten mit hoher Wahrscheinlichkeit eine gewissermaßen objektive, nämlich repräsentative und damit hinreichend aussagekräftige Nutzungsmessung für ihre publizistisch immer bedeutsamer werdenden Telemedienangebote nicht mehr möglich.

Angesichts der ausschließlich publizistischen Zielsetzung dieser Nutzungsmessung spricht einiges dafür, dass eine Einwilligung der Nutzer in die mit ihr verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten (in Gestalt der IP-Adresse) schon deshalb entbehrlich ist, weil diese „zu journalistischen Zwecken“ im Sinne von Art. 85 Abs. 1 und 2 DSGVO, § 23 Abs. 1 MStV stattfindet. Auch der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass das TTDSG wie schon die Vorgängerregelungen im TKG und TMG die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken nicht erfasst (Nr. 11 der Stellungnahme des Bundesrates vom 26.3.2021 zum Entwurf des TTDSG). Danach ist Art. 6 DSGVO insofern gar nicht anwendbar („Medienprivileg“). Die Rundfunkanstalten können die anonymisierte Nutzungsmessung aber unter den hier genannten Voraussetzungen darauf stützen, dass sie nur mit ihrer Hilfe die ihnen durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, § 30 MStV übertragene Aufgabe und ihren verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag optimal wahrnehmen können, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO.

III. EMPFEHLUNGEN FÜR DIE RUNDFUNKANSTALTEN

Rechtsgrundlage prüfen

Die Rundfunkanstalten müssen jedes von ihnen eingesetzte Cookie und Local Storage-Element darauf überprüfen, ob sie es auf einen Erlaubnistatbestand stützen können. Dies kann einer der in § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) - f) DSGVO genannten Tatbestände und muss ansonsten stets eine Einwilligung der betroffenen Person sein.

Wirksamkeit der Einwilligungserklärung sichern

Die Rundfunkanstalten sollten die von ihnen eingesetzten Tools, mithilfe derer sie die im Regelfall erforderliche Einwilligung der betroffenen Person einholen, daraufhin überprüfen, ob sie die Anforderungen erfüllen, die sich aus Art. 4 Nr. 11, Art. 7 und ggf. Art. 8 DSGVO sowie der Rechtsprechung des EuGH ergeben.

Datenschutzerklärung/Cookie-Hinweis anpassen

Die Datenschutzerklärung muss Hinweise zur Funktion des jeweiligen Cookies mit mindestens allen Angaben enthalten, die Art. 13 DSGVO fordert.

Spezifische Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erklären

Zurecht erwarten die Nutzer vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk einen besonders hohen Datenschutzstandard. Da im allgemeinen gerade Cookies, die das Nutzungsverhalten erfassen und auswerten, nur mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person eingesetzt werden dürfen, entsteht erhöhter Aufklärungs- und Beratungsbedarf, wenn die Rundfunkanstalten weiterhin für einzelne Cookies keine Einwilligung einholen. Sie sollten daher ihre Datenschutzerklärungen bzw. Cookie-Hinweise besonders sorgfältig und verständlich formulieren. Allgemeinplätze wie etwa das Bestreben, mithilfe eines Cookies „den Nutzern ein bestmögliches Angebot zur Verfügung zu stellen“, werden dem nicht gerecht. Insbesondere sollten die Rundfunkanstalten daher die spezifische Aufgabe und Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erläutern und die sich daraus ergebende Rechtsgrundlage für den Einsatz des betreffenden Cookies nennen.

Opt-Out ermöglichen

Die Rundfunkanstalten sollten es den Nutzern ihrer Telemedienangebote ermöglichen, die Datenverarbeitung zur Nutzungsmessung zu unterbinden (Opt-Out), und auf diese Möglichkeit in ihrer Datenschutzerklärung hinweisen.