

KiKA-Player App

Sehr geehrter Herr Kuketz,

für Ihre Mails vom 22.11.2022 und 09.12.2022 darf ich Ihnen wiederholt danken. Sie haben mich als Rundfunkdatenschutzbeauftragter des MDR angeschrieben und bitten bezüglich der KiKA-Player App um eine Stellungnahme. Ausgangspunkt ist Ihre auf Ihrem Blog veröffentlichte Kritik an der KiKA-Player App für Android in der Version 1.5.8. (<https://www.kuketz-blog.de/kika-player-tracker-und-analysedienste-in-einer-kinder-app/>)

1. Ich darf zunächst auf die Funktion des Rundfunkdatenschutzbeauftragten eingehen, da Sie am Schluss Ihres Blogbeitrags die Unabhängigkeit der Rundfunkdatenschutzaufsicht in Frage gestellt haben.

Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte beim MDR ist auch für die Aufsicht über den Kinderkanal von ARD und ZDF zuständig, insoweit gilt hier das Federführungsprinzip.

Gemäß § 39 des MDR-Staatsvertrages ist der Rundfunkdatenschutzbeauftragte in Ausübung seines Amtes unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Nach § 40 MDR-Staatsvertrag überwacht er die Einhaltung der Datenschutzvorschriften bei der gesamten Tätigkeit des MDR und seiner Beteiligungsunternehmen. Er hat die Aufgaben und Befugnisse entsprechend den Artikeln 57 und 58 Abs. 1 bis 5 der DSGVO.

Bußgelder kann der Rundfunkdatenschutzbeauftragte nicht verhängen, jedoch Beanstandungen gegenüber dem Intendanten oder der Intendantin aussprechen.

Davon ausgehend bin ich in Ausübung meiner unabhängigen Position gehalten, Verstöße gegen das Datenschutzrecht anzumahnen und die Behebung solcher Mängel durchzusetzen.

2. Vorab erlaube ich mir überdies, einige wenige grundsätzliche Worte zur Verfasstheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu verlieren, da mir in Ansehung der auf Ihrem Blog geäußerten Kritik ein zumindest nicht ganz klares Verständnis von Funktion und Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vorzuliegen scheint.

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk erfüllt einen verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag. D.h., er agiert nicht frei am Markt, sondern ist bei der Erfüllung seiner Aufgaben an diesen Auftrag gebunden. Zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verdeutlichen dies¹. In § 26 Medienstaatsvertrag (MStV, SächsGVBl 2020, S. 381) ist dieser Auftrag gesetzlich festgeschrieben.

Daneben ist das Gebot der Staatsferne entscheidend.² Darunter ist zu verstehen, dass staatliche Stellen keinen Einfluss auf das Programm und die Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks haben dürfen. Daher muss sowohl sichergestellt sein, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk sowohl in wirtschaftlicher Hinsicht unabhängig bleibt (dafür sorgt die Beitragsfinanzierung), als auch, dass staatlicher Einfluss möglichst ausge-

¹ Z.B. BVerfGE 12, 205; 57, 295; 73, 118; 83, 238

² Siehe ausführlich Dürig/Herzog/Scholz/Grabenwarter GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Randnummern 830-841

geschlossen ist. Aus diesem Grund muss auch die Rundfunkdatenschutzaufsicht unabhängig ausgestaltet sein. Könnte durch staatliche Aufsichtsmaßnahmen das Programm und die Ausgestaltung desselben beeinflusst werden, wäre diese Unabhängigkeit zumindest gefährdet. Dies erläutere ich deshalb so ausführlich, weil sich im Lichte dieser Aufgaben und rechtlichen Rahmenbedingungen verschiedene von Ihnen vorgebrachte Kritikpunkte entkräften lassen.

Dies vorausgeschickt, darf ich auf die von Ihnen in Ihrer Blogbeitrag aufgeführten Aspekten und Kritikpunkte eingehen.

3. Zunächst nehme ich die Nutzungsmessung in den Blick. Sie vertreten die Auffassung, dass es bei der KiKA Player App keine Consent-Banner gibt, die eine Einwilligung in das Setzen von Cookies abfragt. Dies halten Sie für einen Verstoß gegen § 25 TTDSG.

Bereits in der von Ihnen veröffentlichten Stellungnahme des MDR wird ausführlich erläutert, warum die anonymisierte Nutzungsmessung auch nach Maßgabe des TTDSG ohne Einwilligung erlaubt ist. Dies darf ich an dieser Stelle wiederholen und präzisieren.

Bei der gegenständlichen App werden drei Messverfahren eingesetzt, bei denen die einzelnen gemessenen Nutzungsvorgänge anonym bleiben³. Wie bereits in den einleitenden Bemerkungen angeklungen, beteiligen sich die Rundfunkanstalten am publizistischen Wettbewerb der elektronischen Medien nicht aus wirtschaftlichen oder marktwirtschaftlichen Gründen, sondern weil sie ihren verfassungsrechtlich verankerten und in §§ 26, 30 Medienstaatsvertrag konkretisierten Funktionsauftrag wahrnehmen. Unter Beachtung dieser Vorgaben ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk gehalten, sein von den Beitragszahler:innen finanziertes Angebot auf publizistisch relevanten Plattformen zugänglich zu machen. Dies setzt die Kenntnis des jeweiligen Nutzungsverhalten und damit die Möglichkeit voraus, auf veränderte publizistische Anforderungen rasch und effektiv reagieren zu können. Also sind Wahrnehmbarkeit, Präsenz, Aktualität und Nut-

³ a) Nielsen

Ziel: Erfassen der Videosichtungen

Die Messsoftware von Nielsen verwendet Tags (einschließlich Pixel Tags) oder Wasserzeichen, um Daten zu erheben, die Rückschlüsse auf die konkrete Nutzung einzelner Videos zulassen (Identifikation des Beitrags, Nutzung über Website oder App, gerätebezogene Merkmale u.a.). Nielsen setzt dafür keine Cookies ein. Die jeweilige IP-Adresse wird unmittelbar nach Erfassung genutzt, um festzustellen, aus welchem Land der Abruf stammt, und anschließend noch auf dem Collection Server in Deutschland gehasht. Nielsen verarbeitet anschließend ohne Vergabe einer Zufalls-ID ausschließlich die anonymisierten Nutzungsdaten.

b) INFOnline

Ziel: Erfassen anderer Mediendiensteanbieter und vergleichbarer Visits und Page-Impressions und Abgleich über Portal [onlinereichweiten.de \(https://ivw.de/ivw/ziele-aufgaben\)](https://ivw.de/ivw/ziele-aufgaben).

INFOnline setzt Cookies ein. Die jeweilige IP-Adresse wird unmittelbar nach Erfassung auf dem Collection-Server um das letzte Oktett gekürzt (bzw. genullt). Weitere (personenbezogene) Daten werden nicht verarbeitet. Diese Nutzungsmessung wird im Übrigen zum 31.12.2022 eingestellt.

c) XiTi | AT-Internet

Ziel: redaktionelle Konfiguration des Angebots.

AT Internet setzt Cookies ein. Die jeweilige IP-Adresse wird unmittelbar nach Erfassung um die letzten drei Stellen gekürzt. Weitere (personenbezogene) Daten werden nicht verarbeitet.

zerfreundlichkeit für den Erfolg eines Angebots und damit für die pflichtgemäße Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages bedeutsam. Eine Online-Nutzungsmessung ist bislang ohne eine Speicherung von Informationen auf den genutzten Endgeräten bzw. der Zugriff auf solche Informationen nicht möglich.

Nun stellt sich die Frage, ob eine solche Nutzungsmessung tatsächlich auch ohne Einwilligung zulässig ist. Hierzu darf ich zunächst und flankierend auf die Empfehlungen der Rundfunkdatenschutzkonferenz (RDSK) zum Einsatz von Cookies und Local Storage Elementen in Online-Angeboten der Rundfunkanstalten vom Juli 2022 verweisen (dort unter II.)⁴.

Das Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (TTDSG) schützt die Privatsphäre und verbietet grundsätzlich jede Speicherung einer Information auf einem Endgerät sowie jeden Zugriff auf eine dort gespeicherte Information, unabhängig davon, ob es sich dabei um personenbezogene Daten handelt oder nicht. Dies ist nur zulässig, wenn der Gerätenutzer dem vorher ausdrücklich zugestimmt hat; es gibt jedoch nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG eine hier einschlägige Ausnahme. Danach ist die Einwilligung nach Abs. 1 des § 25 TTDSG nicht erforderlich, wenn die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf der in der Endeinrichtung der Nutzer:in gespeicherten Informationen unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes ein vom Nutzenden ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann.

Zunächst ist also die Frage zu beantworten, ob es sich um einen ausdrücklich gewünschten Telemediendienst handelt. Dabei ist zunächst zu bestimmen, auf welchen Nutzerwunsch beim Aufruf der Website oder App geschlossen werden kann⁵. Allerdings ist diese Vorgabe nicht so zu verstehen, dass die Nutzer:innen sich ausdrücklich zu betreffenden Datenverarbeitungen verhalten müssen, vielmehr muss sich der Wunsch des Nutzenden gleichsam auf das Telemedienangebot als solches beziehen. Wie bereits erläutert, finanziert sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch die Allgemeinheit mit ihrem Rundfunkbeitrag. Es besteht deshalb kein individualisierbarer Anspruch auf ein Angebot, das die jeweiligen Interessen und Präferenzen vollständig berücksichtigen könnte. Die Beitragszahler:innen können indes erwarten, dass mit den Beitragseinnahmen ein im publizistischen Wettbewerb bestmöglich konkurrenzfähiges Angebot zur Verfügung gestellt wird, das den Vorgaben des § 30 Medienstaatsvertrag vollumfänglich genügt.

Dies entspricht auch den Vorgaben der Orientierungshilfe der DSK für Anbieter:innen von Telemedien, nach der es für die Betrachtung und Bewertung darauf ankommt, ob die konkreten, sehr differenziert zu betrachtenden Zwecke der Funktionen nutzerorientiert erfolgen⁶. Zu dieser Nutzerorientiertheit gehört notwendigerweise auch, die Erkenntnismöglichkeiten zur Wirkung, Reichweite und Akzeptanz der einzelnen Inhalte auszuschöpfen und das Angebot im publizistischen Wettbewerb stetig weiter zu entwickeln. Es gilt also, dass die Nutzungsmessung auch nach Maßgabe des TTDSG ausschließlich im publizistischen Interesse vorgenommen wird, sodass eine Einwilligung an dieser Stelle entbehrlich ist. Auch die Orientierungshilfe der DSK⁷ kommt zu folgender Erkenntnis:

⁴ <https://www.rundfunkdatenschutzkonferenz.de/veroeffentlichungen/orientierungshilfen/empfehlungen-zum-einsatz-von-cookies-in-online-angeboten-der-rundfunkanstalten>

⁵ Vgl. Randnummer 72 der Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 01. Dezember 2021 Version 1.1. vom Dezember 2022

⁶ Ebd. Randnummer 75

⁷ Ebd. Randnummer 87

„Eine Festlegung, ob eine „Reichweitenmessung“ ohne Einwilligung rechtmäßig ist, kann allenfalls für eine genau definierte Konfiguration und Zweckbestimmung getroffen werden.“

Dies entspricht im Wesentlichen der Wertung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der zutreffenden Auslegung des verfassungsrechtlichen Auftrages.

Der Vollständigkeit halber darf ich darauf hinweisen, dass eine Nutzungsmessung, wie sie bei der KiKA-Player App vorgenommen wird, auch unter Maßgabe des Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e) DSGVO zulässig ist. Durch die Kürzung der IP-Adresse wird im Übrigen die eigentliche Auswertung zur Nutzungsmessung auf dann ausschließlich statistische, also nicht personenbezogene oder -beziehbare Daten gestützt. Es werden keine wie auch immer geartete personalisierbaren Nutzungsprofile, sondern lediglich inhalte- bzw. angebotsbezogene statistische Auswertungen des Telemedienangebotes vorgenommen.

Zudem gilt, dass angesichts der ausschließlich publizistischen Zielfestung der Nutzungsmessung vieles dafür spricht, dass eine Einwilligung der Nutzer:innen 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 Artikel 85 Abs. 1 und 2 DSGVO, § 23 Abs. 1 Medienstaatsvertrag stattfindet. Im Übrigen ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass das TTDSG die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken nicht erfasst (Nummer 11 der Stellungnahme des Bundesrates vom 26.03.2021 zum Entwurf des TTDSG⁸). Diesem Gedanken folgend können die Rundfunkanstalten die anonymisierte Nutzungsmessung unter den genannten Voraussetzungen darauf stützen, dass sie nur mit ihrer Hilfe die ihnen durch Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz, § 30 Medienstaatsvertrag übertragene Aufgabe und ihren verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag optimal wahrnehmen können.

Diese Ausführungen gelten für sämtliche Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, auch Kinderangebote. Auch mit diesen und in diesem speziellen Fall mit der KiKA-Player App wird der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks umgesetzt und realisiert. Gerade hier ist es wichtig zu wissen, wie die Kinder und Nutzenden insgesamt die Angebote wahrnehmen, um sie entsprechend auch pädagogischen und kindgerechten Anforderungen immer im Sinne des verfassungsrechtlichen Funktionsauftrages zu gestalten. Im Lichte dieser Erwägungen können Einwilligungen zur Nutzungsmessung unterbleiben.

Flankierend darf ich noch auf § 31 Medienstaatsvertrag hinweisen. Insbesondere sind die Rundfunkanstalten verpflichtet, über die Erfüllung des Auftrages zu berichten. Auch dafür ist die Nutzungsmessung unabdingbar, denn nur so kann den entsprechenden Qualitäts- und Reichweitenmessungen nachgekommen werden. Wie bereits erwähnt, sind andere Messungen der Nutzung der Angebote nicht möglich.

4. Weiterer Kritikpunkt von Ihnen ist, dass ebenso die Voraussetzung des § 25 TTDSG für das bei der KiKA-Player App eingesetzte Crashreporting nicht eingehalten wurden. Die auch mir vorliegende Stellungnahme des MDR lautet folgendermaßen:

„Es ist richtig, dass Informationen über Gerät und Betriebssystem an das App Center von Microsoft gelangen. Diese sind Grundvoraussetzung, um ein Crashreporting sowie ein

⁸ <https://dserver.bundestag.de/brd/2021/0163-21B.pdf> (abgerufen am 13.12.2022)

Analysetool (das bspw. auch Fehler beim Videodownload anzeigt) überhaupt erst anbieten zu können. Die unmittelbare Erhebung technischer Informationen, wie etwa Gerätehersteller und Softwareversion, wird vorgenommen, um technische Fehler durch die genannten Tools zu analysieren und die Stabilität des Angebots zu gewährleisten. Da bestimmte technische Probleme u.a. nur bei einzelnen Gerätetypen und/oder bestimmten Displaygrößen auftreten, werden die Daten zur Sicherheit und Fehlerbehebung verarbeitet. Nach Maßgabe des TTDSG sehen wir kein Erfordernis der Einholung von Einwilligungen, denn der KiKA-Player soll im Interesse der Nutzenden sicher, schnell und stabil zur Verfügung gestellt werden. Solche flankierenden Komponenten zum fehlerfreien und sicheren Aufruf des Angebots unterfallen § 25 Abs. 2 TTDSG und können daher insgesamt ohne Einwilligung vorgenommen werden. So werden Cookies zur Fehleranalyse und zu Sicherheitszwecken auch in der Kommentierung (Assion, TTDSG, § 25 Rn. 37 m.w.N.) als "unbedingt erforderlich" genannt."

Diese Einordnung halte ich für richtig und juristisch gut vertretbar. Die Erhebung technischer Informationen, der Gerätehersteller, Provider und Softwareversion wird wie ausgeführt genutzt, um die Stabilität und Sicherheit des Angebotes zu gewährleisten. Im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen des TTDSG ist zu fragen, ob dies für den ausdrücklich gewünschten Telemediendienst unbedingt erforderlich ist.

Auch hierzu verweise ich auf die Ausführungen der DSK in der bereits genannten Orientierungshilfe⁹. Bei Ihrer Bewertung der Absturzdienste stellen Sie darauf ab, dass diese unerlässlich für die Funktionsfähigkeit der KiKA-Player App sein müssten. Nach der hiesigen Auffassung kann daraus nicht folgen, dass diese Cookies oder Local Storage-Elemente aus technischer Sicht insofern unbedingt erforderlich sind, als dass der gesamte Dienst ohne dieses Element in keiner Weise mehr nutzbar wäre. Die Erforderlichkeit bezieht sich vielmehr auf einzelne Funktionen des Dienstes, hier die Absturzberichte¹⁰. Maßgeblich ist daher, ob der Endnutzer bei Anforderung der entsprechenden Funktion (hier bei Nutzung der App) berechtigterweise zu erwarten hat, dass hierbei Informationen auf seinem Endgerät gespeichert werden. Die Erforderlichkeit richtet sich demnach nicht allein nach technischen Kriterien (so verstehe ich aber Ihre Kritik), sondern auch nach den zu objektivierenden Erwartungen der Endnutzerinnen und -nutzer an ein solches Angebot. Nach dem Schrifttum können insbesondere Cookies zur Fehleranalyse und Sicherheitszwecken insoweit unbedingt erforderlich sein – der MDR hat in seiner Stellungnahme darauf hingewiesen.¹¹

Im konkreten Fall der KiKA-Player App darf ich wiederholt auf die besondere Funktion und den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks hinweisen. Der KiKA hat ein stabiles Angebot bereitzustellen, das sowohl den technischen als auch den inhaltlichen Anforderungen vollumfänglich entspricht. Dazu gehört auch gerade am Anfang der Veröffentlichung einer solchen App, dass unverzüglich und zielgenau ermittelt und geklärt werden kann, wo die technischen Fehler und Schwierigkeiten liegen, sodass schnell Abhilfe geschaffen werden kann. Gerade bei Angeboten für Kinder muss erwartet werden, dass das Angebot stabil funktioniert, damit die ohnehin noch nicht ausgeprägte Aufmerksamkeitsspanne der jungen Nutzerinnen und Nutzer nicht über Gebühr belastet wird.

⁹ Vergl. Randnummern 92 und 93 der Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 01. Dezember 2021 Version 1.1. vom Dezember 2022.

¹⁰ HK-TTDSG/Schneider, 1. Auflage 2022, § 25 Randnummer 39

¹¹ Ebd. Randnummer 37

Die DSK kommt in ihrer Orientierungshilfe zu dem Schluss, dass auch zu bestimmen ist, welchen primären Interessen die Funktion dient. Hier sei zu unterscheiden, zwischen dem eigenen Interessen der Anbieterinnen, den Interessen der Nutzenden der App oder den Interessen Dritter.¹²

Im vorliegenden Fall liegt klar auf der Hand, dass die Absturzberichte dem Zweck dienen, die App zu verbessern, technisch stabiler zu gestalten und insgesamt zu perfektionieren. Dies dient zuallererst – und dies folgt auch aus dem Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – den Interessen der Rezipient:innen, hier also den Nutzenden der App. Der KiKA kommt damit seinen Pflichten nach, so dass auch seinen Interessen gedient ist, allerdings lediglich im Rahmen der Auftragserfüllung. Im Ergebnis kann auch hier festgehalten werden, dass das Senden von Absturzberichten und die dafür vorgenommene Speicherung von Daten auf dem Endgerät und die Auslesung derselben erforderlich sind im Sinne des verfassungsrechtlichen Auftrages.

Diese Rechtsauffassung sowohl bezüglich der Nutzungsmessung als auch der Absturzberichte halte ich unter Maßgabe der Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für richtig und muss deshalb von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen absehen. Es darf nicht aus dem Blick geraten und vergessen werden, dass sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk zwar in einem Marktumfeld bewegt, aufgrund seines Auftrages aber andere Ziele und Interessen, insbesondere keine wirtschaftlichen verfolgt. Daher können und müssen andere Maßstäbe als bei sonstigen Marktteilnehmern angelegt werden.

Mit freundlichen Grüßen
Stephan Schwarze

¹² Vergl. Randnummer 92 der Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 01. Dezember 2021 Version 1.1. vom Dezember 2022