

Effective regulation through design

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr „Verordnung über Dienste zur Einwilligungsverwaltung nach § 26 Abs. 2 TTDSG“

Veröffentlicht/version no.

31.07.23/1.1

Autor

RA Prof. Dr. Max von Grafenstein, LL.M.

Schlagworte

§ 26 Abs. 2 TTDSG, Datenschutz durch Technikgestaltung, Einwilligungsagent, Personal Information Management System (PIMS), Evidenzbasierte Regulierung, User-Centered Design



Wir empfehlen, den Entwurf an einigen Stellen zu überarbeiten, um ihn vereinbar mit höherrangigem Recht zu machen, insbesondere mit der Ratio und dem Wortlaut von § 26 TTDSG. Die folgende Stellungnahme beleuchtet den vorliegenden VO-Entwurf unter der Perspektive innovationsfördernder Regulierung.

Vorbemerkung: Während § 26 TTDSG das regelungsbedürftige Problem noch in der Einwilligungspraxis der Telemedienanbieter sah, sieht der VO-Entwurf dieses nun offenbar in Einwilligungsagenten

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der aktuelle VO-Entwurf das Verhältnis zwischen Verpflichteten und Berechtigten entgegen § 26 TTDSG in sein Gegenteil verkehrt: § 26 TTDSG reagiert auf das aktuelle Problem, wonach Endnutzer bei der Nutzung von Telemedien tagtäglich mit einer unüberschaubaren Zahl unverständlicher, oft auch manipulierender Einwilligungsanfragen konfrontiert werden, die sie meist bestätigend wegklicken, ohne dass sie den Inhalt und die damit für sie verbundenen Konsequenzen verstanden hätten. Diese im Internet als allgegenwärtig wahrgenommene Unwirksamkeit des Rechts führt mittlerweile nicht nur zu einer veritablen Glaubwürdigkeitskrise des Datenschutzrechts, sondern auch unserer auf rechtsstaatlichen Prämissen beruhenden Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. § 26 TTDSG versucht dieses Umsetzungsproblem zu lösen, indem es eine Pflicht für Anbieter von Software aufstellt, anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung einzubinden, sowie eine Pflicht für Telemedienanbieter, die Einwilligungen von Endnutzern zu berücksichtigen, die sie über einen solchen Dienst geben. Im Gegenzug zu diesen Pflichten macht § 26 TTDSG Vorgaben, nach denen Dienste zur Einwilligungsverwaltung anerkannt werden können. Die jeweiligen Anforderungen soll die Bundesregierung durch Rechtsverordnung weiter ausgestalten.

Von diesem Ausgestaltungsauftrag weicht der VO-Entwurf nun in einer wesentlichen Hinsicht ab, indem er die Berücksichtigung von solchen Diensten für Telemedien- und Softwareanbieter in eine rein freiwillige Option umwandelt. Im Gegenzug enthält der VO-Entwurf weiterhin zahlreiche Anforderungen, die Dienste zur Einwilligungsverwaltung für eine Genehmigung durch die zuständige Stelle einhalten müssen. Damit wendet der VO-Entwurf das Verhältnis von Problem und Lösung bzw. von Verpflichteten und Berechtigten in sein Gegenteil. Verpflichtet sind jetzt nicht mehr die Anbieter von Software und Telemedien, Dienste zur Einwilligungsverwaltung zu berücksichtigen, sondern verpflichtet sind jetzt nur noch diese Dienste selbst. Anders als § 26 TTDSG sieht der VO-Entwurf das primäre Problem also nicht mehr in der aktuellen Praxis der Telemedienanbieter, nach der Endnutzer tagtäglich eine unüberschaubare Zahl unklarer und oft manipulierender Einwilligungen abgeben müssen. Stattdessen sieht der VO-Entwurf das regelungsbedürftige Problem nun offensichtlich in den Diensten, die Endnutzer zur Bewältigung der Flut unklarer und manipulierender Einwilligungsformulare verwenden könnten. Der VO-Entwurf begründet diese Abweichung zu § 26 TTDSG damit, dass Telemedienanbieter wohl nur deshalb so viele unklare und manipulierende Einwilligungsanfragen ausspielen würden, weil sie selbst nicht in der Lage wären, für Endnutzer verständliche und nicht manipulierende und damit auch für sich selbst rechtssichere Einwilligungen einzuholen (siehe Begründung zu § 15 Abs. 4). Nach dem VO-Entwurf soll diese Funktion nun primär den Diensten zur Verwaltung von Einwilligungen zufallen, wobei es Telemedienanbietern frei steht, diese zu berücksichtigen oder eben nicht.

Damit verkehrt der aktuelle VO-Entwurf nicht nur das Verhältnis von Problem und Lösung in sein Gegenteil, sondern verstößt gegen die Ratio und den eindeutigen Wortlaut von § 26 TTDSG. Es wird daher empfohlen, den VO-Entwurf anzupassen wie folgt:

Keine Freiwilligkeit: Telemedienanbieter müssen die Einstellungen von Endnutzern berücksichtigen sowie Anbieter und Hersteller von Software Dienste zur Einwilligungsverwaltung einbinden

Im VO-Entwurf ist im Einklang mit § 26 TTDSG klarzustellen, dass Telemedienanbieter die Einstellungen von Endnutzern berücksichtigen sowie Anbieter und Hersteller von Software anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung einbinden müssen. Die Berücksichtigung von Diensten zur Einwilligungsverwaltung als freiwillige Option für Anbieter von Telemedien sowie Anbieter und Hersteller von Software ist mit der Ratio und dem Wortlaut von § 26 TTDSG nicht vereinbar.

§ 26 Abs. 3 TTDSG regelt eine Verpflichtung von Telemedienanbietern, die Einstellungen von Endnutzern zu berücksichtigen, unmissverständlich wie folgt: “Die Bundesregierung bestimmt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates die (...) die technischen und organisatorischen Maßnahmen, dass

a. Software zum Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet,

aa) Einstellungen der Endnutzer hinsichtlich der Einwilligung nach § 25 Absatz 1 befolgt und

bb) die Einbindung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung berücksichtigt und

b. Anbieter von Telemedien bei der Verwaltung der von Endnutzern erteilten Einwilligung **die Einbindung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung und Einstellungen durch die Endnutzer berücksichtigen.”**

Der Wortlaut von § 26 TTDSG sieht damit eine zwingende Pflicht für Software- und Telemedienanbieter vor, Dienste zur Einwilligungsverwaltung zu berücksichtigen. Statt jedoch die technisch-organisatorischen Maßnahmen festzulegen, nach denen Telemedienanbieter die Einstellungen durch die Endnutzer berücksichtigen müssen, regelt der VO-Entwurf, dass eine solche Berücksichtigung durch die Anbieter von Telemedien freiwillig sei. Diese Regelung verstößt gegen den eindeutigen Wortlaut von § 28 Abs. 3. Tatsächlich handelt es sich bei dieser Pflicht auch um den Dreh- und Angelpunkt der Ratio von § 26 TTDSG. Denn ohne diese Verpflichtung liefe die gesetzgeberische Idee von Einwilligungsagenten in der Praxis leer.

Hintergrund dieser Feststellung sind die aktuellen technisch-faktischen Machtverhältnisse zwischen Anbietern von Telemedien und Endnutzern. Aktuell sind es die Telemedienanbieter, die die Bedingungen der Einwilligung vorgeben. Die Endnutzer haben keinen Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung ihrer Einwilligung, sondern haben nur die Möglichkeit, diese anzunehmen oder nicht. Damit folgt die rechtliche und insbesondere die textliche und visuelle Ausgestaltung von Einwilligungen primär den Interessen der Telemedienanbieter und nicht den Interessen der Endnutzer: Einwilligungsformulare sind so

ausgestaltet, dass dies zu einer möglichst hohen Einwilligungsrate führt. Das ist an und für sich ein legitimes Anliegen von Telemedienanbietern. **Ein Problem entsteht jedoch dadurch, dass die meisten Telemedienanbieter aktuell nicht darauf vertrauen, Endnutzer auf faire Weise zur Abgabe ihrer Einwilligung zu überzeugen.** Denn hierfür müssten sie Endnutzer davon überzeugen, dass die Abgabe der Einwilligung für die Endnutzer deutlich mehr Vor- als Nachteile mit sich bringt. Die Vorteile der Verarbeitung personenbezogener Daten für

1. statistische Zwecke zur Verbesserung der Telemediendienste,
2. Anpassung bzw. Personalisierung der Telemediendienste und
3. Personalisierung von Online-Werbung

liegen für viele Endnutzer eigentlich auf der Hand. Daher müssten Telemedienanbieter die Datenschutzrisiken eigentlich nur so weit reduzieren, bis für diese Endnutzer die Vorteile die Risiken entscheidend überwiegen. Die datenschutzrechtliche Einwilligung soll dabei lediglich sicherstellen, dass Endnutzer jeweils ihre eigene individuelle Abwägung zwischen Vorteilen und Risiken vornehmen können. Unsere Forschungsergebnisse zeigen, dass es tatsächlich Endnutzer gibt, die selbst das geringste Datenschutzrisiko vermeiden möchten und daher unter keinen Umständen ihre Einwilligung abgeben würden. Die Mehrzahl der von uns befragten Personen sah die Vorteile der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten aber durchaus als gewichtig an und lehnten die Verarbeitung vor allem aufgrund der Intransparenz der Datenverarbeitung, der manipulativen visuellen Ausgestaltung der Einwilligungsformulare und der extremen Einwilligungsmüdigkeit ab, die aus der unüberschaubaren Anzahl der angefragten Einwilligungen resultiert.

Anstatt diese Probleme zu adressieren, also die Datenschutzrisiken ausreichend zu reduzieren und dies transparent und fair zu kommunizieren, werden in aktuellen Einwilligungsformularen nach wie vor

1. die Nachteile, ja sogar die Bedeutung der Einwilligung im Ganzen (insbesondere durch unklare Zweckangaben) verschleiert und
2. die visuelle Informations- und Kontrollarchitektur so ausgestaltet, dass Endnutzer eher auf den Zustimmen- als auf den Ablehnen-Knopf drücken;
3. zusammen mit der hohen Anzahl der angefragten Einwilligungen führt dies wie gesagt zu einer extrem hohen Einwilligungsmüdigkeit

und damit zu dem Problem, dass die meisten Endnutzer ihre Einwilligungen abgeben, ohne verstanden zu haben, wofür ihre Daten verarbeitet werden, sprich welche Konsequenzen die Abgabe der Einwilligung für sie tatsächlich hat. **Nicht nur für das Datenschutzrecht, sondern auch für eine auf rechtsstaatlichen Prämissen beruhende Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung ist diese im Internet allgegenwärtig erfahrbare Unwirksamkeit des Rechts ein ernsthaftes Glaubwürdigkeitsproblem.**

Dieses Problem adressiert § 26 TTDSG, indem es das Machtverhältnis nun umdreht: Indem Telemedienanbieter die Einstellungen von Endnutzern **berücksichtigen müssen**, die sie über einen Dienst zur Einwilligungsverwaltung vornehmen, können die Endnutzer (bzw. ihr Dienst zur Einwilligungsverwaltung, der ihre Interessen wahrnimmt) die konkreten Bedingungen der Einwilligung (vorein-) stellen. Die strukturelle Folge hiervon werden tendenziell (visuelle) Gestaltungen von Einwilligungen sein, die konsequenter an den Interessen der

Endnutzer ausgerichtet sind und mithilfe derer sie besser verstehen, welche Vor- und Nachteile mit einer bestimmten Einwilligung (sprich mit einem Verarbeitungszweck, in den eingewilligt werden soll) für sie verbunden sind. Wichtiger noch, mit Diensten zur Einwilligungsverwaltung sind Endnutzer endlich in der Lage, zentral und vorab einzustellen, in welche Verarbeitungszwecke sie bei der Nutzung von Telemedien einwilligen oder nicht. Mit Einwilligungsagenten können Endnutzer also der allgegenwärtigen Einwilligungsmüdigkeit entgehen.

Das aber funktioniert nur, wenn Anbieter von Telemedien die Einstellungen von Endnutzern **berücksichtigen müssen**. Denn wenn Telemedienanbieter die Einstellungen von Endnutzern nicht berücksichtigen müssten, können sie den Status Quo beibehalten, wonach Endnutzer weiterhin gezwungen sind, bei jedem Telemedium erneut dessen (in der Regel verschleiern gestaltete) Einwilligungsformulare wegzuklicken – mit den geschilderten negativen Folgen.

Dabei ist die Begründung des VO-Gebers nur schwer nachvollziehbar, wieso sich an dem Status Quo auch ohne gesetzliche Verpflichtung etwas zum Positiven ändern sollte. Hiergegen spricht schon die Historie. Denn es fehlt ja nicht am Wissen oder Können der Telemedienanbieter, verständliche und nicht-manipulierende Einwilligungsformulare auszuspielen. Datenschutzbehörden und auch zivilgesellschaftliche Initiativen machen längst Vorgaben und Vorschläge, wie Einwilligungen (etwa in Form von Cookie-Bannern) ausgestaltet werden sollten, so dass sie zu einer wirksamen Kontrolle der Datenschutzrisiken durch die Endnutzer führen würden. Es fehlt also weniger am Wissen oder Können als am Willen. Daher braucht es gesetzliche Mechanismen, die eine wirksame Anwendung des bestehenden Rechts unterstützen.

Eine solche Unterstützung kann in einer zusätzlichen **Genehmigungspflicht** bestehen. So könnte man unmittelbar am Problem ansetzen und bereits die professionellen Anbieter, die für Telemedienanbieter die Einwilligungsanfragen im großen Maßstab ausspielen (sog. Consent Management-Plattformen, kurz: CMPs) einer Genehmigungspflicht unterwerfen. Auf diese Weise würde man sicherstellen, dass CMPs nur verständliche und nicht-manipulative Einwilligungsanfragen ausspielen. Mit einer Genehmigungspflicht für CMPs würde man freilich noch nicht das Problem der Einwilligungsmüdigkeit lösen. Denn Endnutzer wären weiterhin mit einer unüberschaubaren Zahl (immerhin verständlicherer und weniger-manipulativer) Einwilligungsanfragen konfrontiert. Gegen die Einwilligungsmüdigkeit helfen daher nur – möchte man am Institut der Einwilligung an und für sich festhalten – Dienste zur Einwilligungsverwaltung, über die Endnutzer ihre Einwilligungen zentral und vorab voreinstellen können. Diese Funktion können diese Dienste nur erfüllen, wenn die Telemedienanbieter sie **berücksichtigen müssen**. Dass Anbieter von Telemedien nur bedingt Interesse haben, das Problem für Endnutzer freiwillig zu lösen, hat die Historie ausreichend gezeigt.

Gleiches gilt für die Verpflichtung von Anbietern von Software zum Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet, anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung in die Software (insb. Browser) einzubinden. Auch hier versucht der VO-Entwurf, die Verpflichtung aus § 26 TTDSG in eine freiwillige Option für die Anbieter der Software umzudeuten. Zwar sehen die marktüblichen Browser für stationäre Endgeräte (Laptop und Computer) ohnehin entsprechende Schnittstellen vor. Hier können Einwilligungsagenten also auch ohne rechtliche Verpflichtung als sogenannte Plugins eingebunden werden. Das gilt allerdings nicht für Browser für mobile Endgeräte. Diese sehen aktuell keine Schnittstellen für die Einbindung von Software von Drittanbietern vor. Damit Einwilligungsagenten auch browser- bzw. geräteübergreifend funktio-

nieren können, braucht es hier also eine entsprechende rechtliche Verpflichtung. Angesichts der Tatsache, dass bereits im Jahr 2018 Endnutzer ihr mobiles Endgerät öfter zum Surfen im Internet verwendet haben als ihr stationäres Endgerät, ist eine Verpflichtung der Anbieter von Browsern für mobile Endgeräte entscheidend, wenn die oben beschriebenen Probleme in der Praxis gelöst werden sollen. Gleiches gilt für sonstige Software zum Abrufen und Darstellen von Inhalten im Internet, wie sie etwa in Unternehmen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ihrer Endkunden zum Einsatz kommt.

Die folgenden Vorschriften des VO-Entwurfs sind daher anzupassen wie folgt:

§ 14 Abs. 1: "Anbieter und Hersteller von Software ~~sollten~~ **müssen** durch technische und organisatorische Maßnahmen dafür Sorge tragen, dass die Software die Einbindung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung zulässt."

Abs. 2: "Anbieter und Hersteller von Software ~~sollten~~ **dürfen** die Software nicht derart bereitstellen, dass ein über den anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung hinterlegtes Signal oder Einstellungen der Endnutzer hinsichtlich der Einwilligung nach § 25 TTDSG unterdrückt, verzögert, entschlüsselt oder sonst verändert werden."

§ 15 Abs. 1: "Anbieter von Telemedien, ~~die eine Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG über einen anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung nachfragen,~~ tragen durch technische und organisatorische Maßnahmen nach dem Stand der Technik, dafür Sorge, dass **sie**

- 1) die Einbindung eines anerkannten Dienstes zur Einwilligungsverwaltung durch den Endnutzer bei dem Aufruf ihres Telemediendienstes berücksichtigen, ~~es wird und~~
- 2) ~~überprüft wird,~~ ob der Endnutzer bereits Entscheidungen zu der Einwilligungsanfrage des Anbieters von Telemedien getroffen hat und diese beim Dienst zur Einwilligungsverwaltung gespeichert sind,
- 3) Ergänzung einer dritten Anforderung (s.u.)
- 4) **dürfen eigene Einwilligungsformulare dem Endnutzer im Rahmen ihrer (visuellen) Endnutzerschnittstelle nur anzeigen, soweit und solange der Dienst zur Einwilligungsverwaltung dies erlaubt."**

Abs. 2 und 3 sind anzupassen (s.u.).

Abs. 4 ist zu streichen.

Freier und fairer Wettbewerb: Telemedienanbieter sowie Anbieter und Hersteller von Software müssen ihre Endnutzer auf anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung gleichberechtigt, gut sichtbar und an geeigneter Stelle hinweisen

Der VO-Entwurf ist dahingehend zu ergänzen, dass Telemedienanbieter sowie Anbieter und Hersteller von Software ihre Endnutzer im Rahmen ihrer (visuellen) Schnittstellen auf anerkannte Einwilligungsverwaltungsdienste gleichberechtigt, gut sichtbar und an geeigneter Stelle hinweisen müssen. Fragen Telemedienanbieter ihre Endnutzer nach deren Einwilligung, ist die geeignete Stelle das ausgespielte Einwilligungsformular selbst. Eine gleichberechtigte, gut sichtbare und an geeigneter Stelle platzierte Information stellt sicher, dass

Endnutzer über die Existenz von Diensten zur Einwilligungsverwaltung Kenntnis erlangen und verschiedene anerkannte Dienste in einem freien und fairen Wettbewerb miteinander konkurrieren können.

Dienste zur Einwilligungsverwaltung sind bei Endnutzern bisher kaum bekannt. Um sicherzustellen, dass Endnutzer über die Existenz von Diensten zur Einwilligungsverwaltung Kenntnis erlangen und verschiedene anerkannte Dienste in einem freien und fairen Wettbewerb miteinander konkurrieren können, müssen Telemedienanbieter sowie Anbieter und Hersteller von Software ihre Endnutzer im Rahmen ihrer (visuellen) Schnittstellen auf anerkannte Einwilligungsverwaltungsdienste gleichberechtigt, gut sichtbar und an geeigneter Stelle hinweisen.

Die Relevanz der geeigneten Stelle lässt sich mit einer einfachen Frage und Antwort veranschaulichen:

Frage: An welcher Stelle im Internet können Endnutzer am wirksamsten über die Existenz von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung informiert werden, so dass sie einen solchen Dienst installieren und nutzen können?

Antwort: Bei der Anzeige von herkömmlichen Einwilligungsformularen (zum Beispiel Cookie-Bannern). Denn die Stelle bzw. der Moment (der sog. Touchpoint), wo Endnutzer die Funktion von Diensten zur Einwilligungsverwaltung am besten verstehen und ihre Nützlichkeit für sich bewerten können, ist immer, wenn Telemedienanbieter sie nach der Abgabe einer (weiteren) Einwilligung fragen. Nur wenn Endnutzer über die Existenz von Diensten zur Einwilligungsverwaltung Kenntnis erlangen und ihre Bedeutung situativ begreifen können, kann sich eine **Marktdynamik** entfalten, die die Bedürfnisse der Marktteilnehmer (d.h. eben nicht nur der Telemedienanbieter, **sondern auch** der Endnutzer) optimal adressiert.

Um sicherzustellen, dass sich die Marktdynamik in einem **freien und fairen Wettbewerb** entfalten kann, müssen Telemedienanbieter sowie Anbieter und Hersteller von Software ihre Endnutzer auf anerkannte Einwilligungsverwaltungsdienste zudem **gleichberechtigt** hinweisen. Diese Anforderung beruht auf der erfahrungsgemäßen Annahme, dass ein Telemedienanbieter versuchen wird, an seiner Endkundenschnittstelle die Endnutzer bevorzugt auf solche Dienste zur Einwilligungsverwaltung aufmerksam zu machen, die ihm den größten Vorteil verschaffen. Das sind im Zweifel die Dienste, die dem Telemedienanbieter die höchsten Einwilligungsraten versprechen. Damit würde der Markt wieder auf dem Status Quo verharren und seine Funktion verfehlen, eben nicht nur die Bedürfnisse der Telemedienanbieter, sondern auch der Endnutzer optimal zu befriedigen.

Einige Telemedienanbieter werden Dienste zur Einwilligungsverwaltung nicht als Chance, sondern als Gefahr verstehen. Denn mit der Verpflichtung von Anbietern von Telemedien, Einstellungen der Endkunden berücksichtigen zu müssen, verschiebt sich die Kontrollmacht zu den Endnutzern. Wie geschildert können Anbieter von Telemedien Einwilligungsanfragen damit nicht mehr allein nach ihrem Interesse, sprich nach dem Status Quo ausspielen bzw. einholen, sondern nun sind es anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung, die diese Funktion primär im Interesse der Endnutzer übernehmen. **Diese Machtverschiebung könnte insbesondere dann eine Gefahr für Anbieter von Telemedien darstellen, wenn dies zu einer wesentlich niedrigeren Einwilligungsrate führen würde.** Denn dann könnten Telemedienanbieter personenbezogene Daten ihrer

Endkunden in der Tat nur noch in geringerem Ausmaß für die oben geschilderten und an sich durchaus legitimen Zwecke verwenden.

Das wäre jedoch nur der Fall, wenn sich die Endkunden vom Mehrwert ihrer Einwilligung in diese Zwecke angesichts überwiegender datenschutzrechtlicher Risiken nicht überzeugen ließen. Ob die Endnutzer ihre Einwilligung in einen oder mehrere dieser Zwecke abgeben, wird nicht nur von der tatsächlichen Risikokontrolle, sondern auch von der Darstellung abhängen.

Daher ist damit zu rechnen, dass manche Telemedienanbieter versuchen werden, sich die Kontrollmacht über diese Darstellung in zweierlei Hinsicht zurückzuholen. Zum einen werden Telemedienanbieter bevorzugt auf solche Dienste zur Einwilligungsverwaltung aufmerksam machen, die die Folgen der Abgabe der Einwilligung für die Endkunden vor allem im Interesse der Telemedienanbieter (also die Einwilligung als besonders vorteilhaft für den Endkunden) darstellen. Zum anderen werden Telemedienanbieter vermehrt dazu übergehen, selbst Dienste zur Verwaltung von Einwilligungen anzubieten (siehe z.B. die Lösung der NetID Foundation, die ein Zusammenschluss von datenverarbeitenden Stellen ist). Beides ist an und für sich ein legitimes Interesse. Nach der Ratio von § 26 TTDSG sollen in einem freien und fairen Wettbewerb aber nicht nur Dienste zur Einwilligungsverwaltung erfolgreich sein, die die Interessen der Telemedienanbieter (so der Status Quo), sondern vor allem auch die Interessen der Endnutzer adressieren. Das werden aus Sicht der Endnutzer solche Dienste sein, die die Endnutzer am besten befähigen, die Vor- und Nachteile der Weitergabe ihrer Daten abzuwägen und somit eine (selbst) wirksame Entscheidung zu treffen.

Eine erhebliche Gefahr für den freien Wettbewerb und damit die Entwicklung wirksamer Dienste zur Einwilligungsverwaltung besteht deshalb darin, dass Telemedienanbieter Endnutzer auf bestimmte Einwilligungsverwaltungsdienste bevorzugt hinweisen. Der VO-Entwurf ist daher zu ergänzen wie folgt:

§ 16 Hinweispflicht und Maßnahmen zur Neutralität

Abs. 1: "Telemedienanbieter nach § 15 Abs. 1 sowie Anbieter und Hersteller von Software nach § 14 weisen ihre Endnutzer im Rahmen ihrer (visuellen) Schnittstellen auf anerkannte Einwilligungsverwaltungsdienste gleichberechtigt, gut sichtbar und an geeigneter Stelle hin."

Abs. 2: "Spielen Telemedienanbieter ihren Endnutzern eine Einwilligungsanfrage aus, ist die geeignete Stelle das ausgespielte Einwilligungsformular."

Abs. 3: "Lassen sich die anerkannten Dienste zur Einwilligungsverwaltung im Rahmen der (visuellen) Endkundenschnittstelle aufgrund Platzmangels nicht gleichberechtigt darstellen, genügt ein gut sichtbarer und an geeigneter Stelle platzierter Link zum öffentlichen Register, in dem die für die Anerkennung zuständige Stelle alle anerkannten Dienste zur Einwilligungsverwaltung gem. § 11 Abs. 4 eingetragen hat."

Abs. 4: "Telemedienanbieter nach § 15 Abs. 1 sowie Hersteller von Software nach § 14 berücksichtigen alle anerkannten Dienste zur Einwilligungsverwaltung gleichermaßen. Anbieter von Telemedien nach § 15 Absatz 1 und Anbieter von Software nach § 14 wirken nicht ohne sachlichen Grund darauf hin, dass Endnutzer bestimmte anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung anwenden oder ausschließen."

Voreinstellungen und Ausnahmen / Kommunikation zw. Telemedien und Einwilligungsverwaltung: Endnutzer müssen für das spezifisch genutzte Telemedium ihre Voreinstellungen anpassen können

Im VO-Entwurf ist zunächst der Unterschied zwischen Voreinstellungen im Rahmen des Diensts zur Einwilligungsverwaltung sowie konkreten Anpassungen dieser Voreinstellungen im Rahmen der (visuellen) Endkundenschnittstelle des Anbieters der Telemedien klarzustellen. Hierzu muss auch die notwendige Kommunikation zwischen Diensten zur Einwilligungsverwaltung und Anbietern von Telemedien klarer geregelt werden.

An einzelnen Stellen scheint der VO-Entwurf von einer rechtlich bzw. technisch verengten Vorstellung von Diensten zur Einwilligungsverwaltung auszugehen. Insbesondere scheint der VO-Entwurf keine Unterscheidung zwischen den Voreinstellungen des Endnutzers und den konkreten Anpassungen dieser Voreinstellungen bei der konkreten Telemediennutzung (z.B. bei der von ihm besuchten Website) vorzunehmen. Zur Unterscheidung: Über die Voreinstellungen kann ein Endnutzer in seinem Dienst vorab einstellen, für welche Zwecke er die Verarbeitung seiner Daten erlaubt, wenn er später bestimmte Telemedien nutzt. Hier kann er also der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten für bestimmte Zwecke vorab zustimmen oder nicht. Diese Zustimmung muss den Anforderungen aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO entsprechen (siehe auch § 3 Abs. 1 VO-Entwurf), also unter anderem muss der Endnutzer bereits hier mit einer "eindeutigen bestätigenden Handlung" zu verstehen geben, dass er mit der Verarbeitung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

Nutzt der Endnutzer später ein bestimmtes Telemedium, kann er seine Voreinstellungen an die konkreten Bedingungen dieses Telemediums anpassen. Das heißt: Hatte der Endnutzer in seinem Dienst zur Einwilligungsverwaltung die Verarbeitung seiner Daten für bestimmte Zwecke vorab erlaubt, kann er jetzt in Ansehung der konkreten Umstände Ausnahmen vorsehen. So kann ein Endnutzer also individuell für sich einstellen, welchen Verarbeitungszweck er in der Regel erlaubt und welchen eben nicht und für welchen konkreten Telemedienanbieter er Ausnahmen von diesen Voreinstellungen machen möchte. Die individuelle Einstellung dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis ist wichtig, weil unter Endnutzern die Präferenzen auf genereller und konkreter Ebene für die jeweiligen Zwecke unterschiedlich sein können. So gibt es Endnutzer, die bestimmte Zwecke in der Regel erlauben, aber nicht bei bestimmten Anbietern von Telemedien (deren Dienste sie zwar nutzen, ihnen aber z.B. nicht vertrauen). Genauso gibt es Endnutzer, die bestimmten Verarbeitungszwecken in der Regel nicht zustimmen, dies bei bestimmten Telemedienanbietern aber tun (z.B. weil sie diesen Anbietern besonders vertrauen).

Wichtig ist in jedem Fall, dass der Endnutzer solche Ausnahmen nicht vornehmen **muss**, sondern lediglich die Möglichkeit hierzu bekommt. Das bedeutet, dass der Endnutzer zwar auf die Möglichkeit, Ausnahmen von seinen Voreinstellungen zu machen, und gegebenenfalls auf die konkreten Umstände, die ihn zu einer Ausnahme bewegen könnten, hingewiesen werden muss. Aber der Endnutzer wird in diesem zweiten Schritt nicht mehr gezwungen, mit einer "eindeutigen bestätigenden Handlung" zu verstehen zu geben, dass er mit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten einverstanden ist. Dieser Hinweis muss also nach einer angemessenen Zeit von selbst wieder verschwinden oder etwa auch, wenn der Endnutzer mit einer Handlung in dem Telemedium zu verstehen gibt, dass er lieber das Telemedium nutzen und keine Ausnahmen

vornehmen möchte (z.B. durch das Weiterscrollen auf einer Website). Datenschutzrechtlich ist eine solche nur implizit geäußerte Entscheidung zu den Ausnahmen möglich, weil der Endnutzer seine eindeutige Entscheidung bereits vorab im Rahmen seiner Voreinstellungen vorgenommen hat. Aus Nutzersicht ist ein solches nur implizit geäußertes Entscheiden wichtig, weil ein Endnutzer nur so der Einwilligungsmüdigkeit entgehen kann. Würde er auch im zweiten Schritt, also bei den Ausnahmen zu seinen Voreinstellungen, wieder zu einer eindeutigen Handlung gezwungen, müsste er ja wieder bei jedem konkreten Telemediendienst das angezeigte Formular aktiv wegeklicken. Damit wäre nicht erreicht, zumindest nichts in Sachen Einwilligungsmüdigkeit.

Statt dieses abgestuften Verfahrens scheint dem VO-Entwurf allerdings die Vorstellung zugrunde zu liegen, dass ein Endnutzer seine Einwilligung immer nur einem konkreten Telemedienanbieter bei der konkreten Nutzung seines Telemediendienstes geben kann. Diese Vorstellung geht mit mehreren Problemen bzw. Nachteilen einher. **Aus Sicht des Endnutzers dürfte der gravierendste Nachteil sein, dass diese Lösung seine Einwilligungsmüdigkeit nicht verhindern kann.** Denn hier muss der Endnutzer wieder jede Einwilligung für jeden Telemedienanbieter einzeln erteilen.

Es kann hier nur gemutmaßt werden, aber Hintergrund dieser Auffassung könnte die datenschutzrechtliche Definition aus Art. 4 Nr. 1 DSGVO sein, wonach eine „Einwilligung (...) jede freiwillig **für den bestimmten Fall**, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung (ist), mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“ (Hervorhebung durch den Autor). Daraus könnte der VO-Geber abgeleitet haben, dass ein Endnutzer seine rechtswirksame Einwilligung nur gegenüber einem konkreten Telemedienanbieter bei der konkreten Nutzung seines Dienstes abgeben kann. In der Tat ist diese enge Interpretation früher von einigen Datenschutzbehörden vertreten worden. Diese enge Interpretation sollte der nach wie vor verbreiteten Praxis entgegenwirken, wonach Telemedienanbieter ihre aktuelle Machtposition ausnutzen, indem sie Endnutzern ihre Verarbeitungsbedingungen in Form unklarer und oft manipulativer Einwilligungsformulare diktieren. Damit sich Anbieter von Telemedien aus dieser Machtposition heraus Einwilligungen nicht „auf Vorrat“ für weit in der Zukunft liegende Verarbeitungsvorgänge einräumen lassen, ist in solchen Konstellationen eine restriktive Interpretation durchaus sinnvoll. Einwilligungen sollten in solchen Konstellationen in der Tat nur für den konkreten Verarbeitungsvorgang abgegeben werden können.

Eine solche dieser engen Interpretation zugrunde liegende Konstellation liegt hier aber gerade nicht vor. Denn wie geschildert drehen Dienste zur Einwilligungsverwaltung dieses Machtverhältnis um: Dienste zur Einwilligungsverwaltung dienen primär den Interessen der Endnutzer, sofern sie nicht von Telemedienanbietern in wettbewerbsverzerrender Weise gefördert oder beherrscht werden (siehe oben). Die restriktive Interpretation der Formulierung „für den bestimmten Fall“ würde in der umgekehrten Konstellation, in der Endnutzer zur wirksameren Wahrnehmung ihrer datenschutzrechtlichen Präferenzen Dienste zur Einwilligungsverwaltung verwenden, die gegenteilige Wirkung nach sich ziehen. Hier würde die restriktive Interpretation die Endnutzer daran hindern, ihre Einwilligungen für bestimmte Verarbeitungsvorgänge bzw. -zwecke mehrerer Telemedienanbieter zentral und vorab zu verwalten. **Eine restriktive Interpretation der Formulierung „für den bestimmten Fall“ würde bei Diensten zur Einwilligungsverwaltung das Problem der Einwilligungsmüdigkeit**

also aufrechterhalten, anstatt es zu verringern. In dieser umgedrehten Machtkonstellation genügt es daher, dass sich die Voreinstellungen auf bestimmte, typisierte Verarbeitungszwecke und die hierfür typischerweise herangezogenen Datenarten und technisch-organisatorischen Mittel beziehen. Anhand dieser Typisierungen lassen sich die Konsequenzen der Datenverarbeitung für die Endnutzer sehr (in jedem Fall aber ausreichend) präzise darstellen.

Außerdem ist zu beachten, dass der Endnutzer sein generelles Einverständnis mit der Verarbeitung seiner Daten für einen bestimmten Zweck bei der Nutzung des Telemediums zumindest implizit bestätigt. Sein eindeutiges Einverständnis hat er ja bereits im Rahmen seines Dienstes zur Einwilligungsverwaltung gegeben (s.o.). Hat er seine Einwilligung für einen bestimmten Zweck vorab gegeben, kann der Endnutzer nun in Ansehung des konkreten Telemediendienstes entscheiden, ob er eine Ausnahme von seiner Voreinstellung machen möchte oder ob er bei seinem Einverständnis auch in Ansehung der konkreten Umstände bleibt. Auch wenn der Endnutzer im zweiten Fall seine Bestätigung auch implizit geben kann, eben weil er keine Ausnahme setzt, bevor der Hinweis zur Ausnahmemöglichkeit von selbst verschwindet, ist es doch eine Bestätigung in Ansehung der konkreten Umstände. Die Einwilligung wird letztlich also zu einem mehrstufigen Prozess mit gestuften Anforderungen an die bestätigende Handlung. Der Grund hierfür ist, wie gesagt, der Einwilligungsmüdigkeit vorzubeugen.

Bei genauerer Betrachtung würde eine restriktive Auslegung der Formulierung “für den bestimmten Fall” – zumindest in der vorliegend umgedrehten Machtkonstellation – für die Anbieter von Telemedien übrigens mehr Nachteile bedeuten als für die Endnutzer. Denn was Endnutzer ja unbestritten dürfen, ist, Einwilligungsanfragen in großer Zahl auch für weit in der Zukunft liegende Verarbeitungsfälle zentral und vorab über ihren Dienst **abzulehnen**. Eine solche Ablehnung stellt ja gerade keine Einwilligung dar, vor deren unbedachter Abgabe Endnutzer zu schützen wären. Die restriktive Auslegung würde hier also dazu führen, dass Endnutzer Einwilligungsanfragen durch die Telemedienanbieter vorab und zentral zwar ablehnen, aber nicht annehmen dürften. Werden Anbieter von Telemedien verpflichtet, diese Voreinstellungen zu berücksichtigen, würde dies tendenziell dazu führen, dass sie mehr Ablehnungen als Einwilligungen erhielten.

Vielleicht ist es diese Folge, die der VO-Geber fürchtet und wieso er die Verpflichtung der Telemedienanbieter aus § 26 TTDSG (die Voreinstellungen der Endnutzer zu berücksichtigen) in eine freiwillige Option umwandelt. Ist dem so, ist es aber zielführender, die Formulierung “für den bestimmten Fall” hier nicht restriktiv, sondern unter Berücksichtigung der neuen Umstände im Interesse der Endnutzer (und damit letztlich auch der Telemedienanbieter) auszulegen, anstatt den offenen Bruch mit höherrangigem Recht zu wagen.

Der VO-Entwurf ist daher anzupassen wie folgt:

§ 3 Abs. 2: “Ein anerkannter Dienst zur Einwilligungsverwaltung

1. speichert die vom Endnutzer vorgenommenen **voreingestellten** Willensbekundungen zu den von dem Anbietern von Telemedien **typischerweise** angeforderten Einwilligungen **nebst Zeitstempel** und **übermittelt** diese bei jeder weiteren Inanspruchnahme **deines** Telemediendienstes an **demn** Anbieter von **des jeweiligen** Telemediendienstes **bereit;**
2. speichert den vom Endnutzer konkret inanspruchgenommenen Teleme-

diendienst nebst Zeitstempel, wenn und soweit der Endnutzer im Fall einer voreingestellten Einwilligung keine Ausnahme vorgenommen oder im Fall keiner voreingestellten Einwilligung ausnahmsweise eine konkrete Einwilligung abgegeben hat, sowie jeden Widerruf einer solchen konkreten Willensbekundung;

3. speichert die vom Anbieter eines Telemediendienstes übermittelten Informationen nebst Zeitstempel, dass und inwiefern er die in der ihm bereitgestellten Einwilligung typisierten Bedingungen konkret einhält (§ 15 Abs. 2) keine weitere Aufforderung zur Erteilung einer dahingehenden Einwilligung

(Verwaltung von Einwilligungen).

Ab. 3: Ein anerkannter Dienst zur Einwilligungsverwaltung stellt sicher, dass er nur solche Einwilligungen nach § 25 Abs. 1 TTDSG **dem Anbieter des vom Endnutzer konkret genutzten Telemediendienstes bereitstellt und speichert** (verwaltet), **bei denen er vom Anbieter des Telemediendienstes** der Endnutzer mindestens Kenntnis zu folgenden Angaben erhält:

- 1) den verantwortlichen Anbieter von Telemedien,
- 2) die auf der Endeinrichtung **konkret** zu speichernden Informationen und über die in der Endeinrichtung des Endnutzers bereits gespeicherten Informationen, auf die **konkret** zugegriffen wird,
- 3) den **konkreten** Zweck der Speicherung von Informationen oder den **konkreten** Zweck des Zugriffs auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeichert sind,
- 4) die **konkrete** Dauer der Speicherung von Informationen und die **konkrete** Dauer des Zugriffs auf Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers,
- 5) die Widerruflichkeit der Einwilligung.

§ 4 Abs. 1: "Ein nutzerfreundliches Verfahren zur Einwilligungsverwaltung liegt vor, wenn (...) 4) Endnutzer bei Änderungen der nach § 25 Abs. 1 TTDSG relevanten Zugriffs- und Speichervorgänge durch den Anbieter von Telemedien bei der erneuten Inanspruchnahme des Telemediendienstes an die Einstellungen zur Einwilligung erinnert und über die Benutzeroberfläche des Dienstes zur Einwilligungsverwaltung zu deren Überprüfung aufgefordert werden." (Anm. des Verf.: Kann gestrichen werden, da ein Anbieter von Telemedien stets selbst verantwortlich bleibt, zu prüfen, ob seine Datenverarbeitungsvorgänge noch der erteilten Einwilligung entsprechen. Tun sie das nicht mehr, kann er bei der nächsten Inanspruchnahme seines Telemediendienstes durch den Endnutzer um eine Ausnahme bitten (siehe unten § 15 Abs. 2 und 3).

§ 15 – Maßnahmen für die Kommunikation zwischen Anbietern von Telemedien und Diensten zur Einwilligungsverwaltung

Abs. 1: "Anbieter von Telemedien, die eine Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG über einen anerkannten Dienst zu Einwilligungsverwaltung nachfragen, tragen durch technische und organisatorische Maßnahmen nach dem Stand der Technik, dafür Sorge, dass **sie**

1) s.o.

2) s.o.

- 3) dem anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung, falls von einem Endnutzer eingebunden, alle gem. Art. 12 bis 14 DSGVO erforderlichen Informationen (insb. zu den Zwecken, für die sie Informationen auf der Endeinrichtung des Endnutzers speichern oder auf solche Informationen zugreifen möchten) in einem maschinenlesbaren Format bereitstellen, und
- 4) dürfen eigene Einwilligungsformulare dem Endnutzer im Rahmen ihrer (visuellen) Endnutzerschnittstelle nur anzeigen, soweit und solange der Dienst zur Einwilligungsverwaltung dies erlaubt.“ (siehe bereits oben)

Abs. 2: “Anbieter von Telemedien nach Absatz 1, die über die Einbindung eines anerkannten Dienstes zur Einwilligungsverwaltung und die Einstellungen durch die Endnutzer die denen ein Dienst zur Einwilligungsverwaltung eine nach § 25 Abs. 1 TTDSG erforderliche Einwilligung bereitstellt erhalten haben, prüft unverzüglich, ob und inwiefern er die in der Einwilligung typisierten Bedingungen konkret einhält und übermittelt diese Informationen keine weitere Aufforderung zur Erteilung einer dahingehenden Einwilligung an den Dienst zur Einwilligungsverwaltung des Endnutzers. Die für den Anbieter des Telemediendienstes durch den Dienst zur Einwilligungsverwaltung bereit gestellte Einwilligung gilt rechtlich nur als erteilt, wenn und solange der Anbieter des Telemediendienstes die darin typisierten Bedingungen konkret einhält.”

alter Abs. 3: “Anbieter von Telemedien nach Absatz 1, die über die Einbindung eines anerkannten Dienstes zur Einwilligungsverwaltung und die Einstellungen des Endnutzers nicht die nach § 25 Abs. 1 TTDSG erforderliche Einwilligung erhalten, weisen im Fall einer erneuten Aufforderung zur Erteilung der Einwilligung den Endnutzer auf die Möglichkeit der Anpassung seiner Einstellungen bei dem anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung hin.”

neuer Abs. 3: “Dienste zur Einwilligungsverwaltung weisen den Endnutzer auf die Möglichkeit der Anpassung seiner Voreinstellungen im konkreten Einwilligungsformular des Anbieters der Telemedien hin. Möchte der Endnutzer von seiner Möglichkeit der Anpassung seiner Voreinstellungen Gebrauch machen, so zeigt dies der Dienst zur Einwilligungsverwaltung dem Anbieter der Telemedien an. Der Anbieter der Telemedien spielt dem Endnutzer das konkrete Einwilligungsformular im Rahmen seiner visuellen Endnutzerschnittstelle für eine angemessene Zeit aus, die ihm der Dienst zur Einwilligungsverwaltung vorgibt. Der anerkannte Dienst zur Einwilligungsverwaltung muss die Angemessenheit der Zeit durch Vorlage geeigneter Endnutzerstudien nachweisen.”

Sonstiger Gleichlauf mit Anforderungen höherrangigen Rechts: Datenminimierung, Datenschutz durch Technikgestaltung, Datenverarbeitung zur Verbesserung des Dienstes und zur Forschung

Im VO-Entwurf ist der Gleichlauf mit weiteren Anforderungen höherrangigen Rechts klar zu stellen, insbesondere dem Grundsatz der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO, Datenschutz durch Technikgestaltung gem. Art. 25 Abs. 1 DSGVO sowie den Rechtsgrundlagen gem. Art. 6 DSGVO.

Der VO-Entwurf verlangt oder setzt an einigen Stellen voraus, dass Dienste zur Einwilligungsverwaltung auch die Ablehnung von Einwilligungsanfragen speichern. Da die Ablehnung von Einwilligungsanfragen, anders als die Erteilung einer Einwilligung, keine unmittelbaren Rechtsfolgen nach sich zieht, ver-

stößt deren Speicherung sowie eine entsprechende Rechtsvorschrift gegen den Grundsatz der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO.

Der VO-Entwurf verlangt in § 3 Abs. 1, dass Endnutzer gegenüber Anbietern von Telemedien "eine den Anforderungen der Verordnung (EU) 2016/679 entsprechende Einwilligung" erteilen oder ablehnen können müssen. Da Art. 25 Abs. 1 DSGVO unter anderem verlangt, dass die rechtlichen Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung technisch und/oder organisatorisch so implementiert werden müssen, dass dies unter Berücksichtigung des Stands der Technik und der Implementierungskosten zu einem wirksamen Schutz vor den Risiken für die Grundrechte der Betroffenen (hier also der Endnutzer) führt, ist auch diese Vorschrift im Rahmen der §§ 25 und 26 TTDSG zu beachten. Das ist wichtig, da die Wirksamkeit des Schutzes in der Regel über empirisch-wissenschaftliche Methoden nachgewiesen werden muss. Unter Heranziehung zum Beispiel von Methoden aus der Mensch-Maschine-Interaktions- oder aus der User Experience Design-Forschung kann so nachweislich sichergestellt werden, dass die Implementierung der datenschutzrechtlichen Einwilligung aus der Perspektive des Endnutzers wirklich wirksam ist (siehe bereits oben zu § 15 neuer Abs. 3 letzter Satz)..

Es soll hier nicht weiter darauf eingegangen werden, inwiefern die Anforderung aus § 26 Abs. 1 Nr. 3 TTDSG und die gleichlautenden Vorschriften aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 sowie § 10 Abs. 2 Nr. 3 des VO-Entwurfs vereinbar mit der vollharmonisierenden ePrivacy-Richtlinie und der DSGVO sind. § 26 Abs. 1 Nr. 3 TTDSG sowie § 9 Abs. 2 Nr. 1 und § 10 Abs. 2 Nr. 3 des VO-Entwurfs sollen sicherstellen, dass Dienste zur Einwilligungsverwaltung diese Daten nicht zweckentfremden. Von einer Zweckentfremdung zu unterscheiden ist allerdings die Verarbeitung der Daten, um den Dienst zur Einwilligungsverwaltung im Interesse der Endnutzer fortlaufend zu verbessern. Dies entspricht der Ratio von § 26 TTDSG, der Endnutzer befähigen möchte, mithilfe von Diensten zur Einwilligungsverwaltung die Abgabe ihrer datenschutzrechtlichen Einwilligungen wirksam zu kontrollieren. Das erfordert die fortlaufende Evaluierung der Wirksamkeit des Dienstes und ihre fortlaufende Verbesserung.

Schließlich sollten einzelne Vorschriften technikoffener ausgestaltet werden (insb. § 6 Abs. 2). Folgende Vorschriften des VO-Entwurfs sind deshalb anzupassen wie folgt:

§ 4 Abs. 1: "Ein nutzerfreundliches Verfahren zur Einwilligungsverwaltung liegt vor, wenn (...) 2) Endnutzer die von ihnen erklärten oder abgelehnten Einwilligungen einschließlich des Zeitstempels bei erklärten Einwilligungen und der dabei dem Endnutzer zur Verfügung gestellten Informationen im Dienst zur Einwilligungsverwaltung jederzeit einsehen können, (...)

Abs. 2: "Unbeschadet des Absatz 2 Nummer 4 darf eine Aufforderung zur Überprüfung der Einstellungen durch den anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung **erst nach angemessener Zeit** frühestens nach einem Jahr erfolgen, es sei denn wenn der Endnutzer **hat** nicht eine andere Einstellung hierzu vorgeesehen **hat**. **Der anerkannte Dienst zur Einwilligungsverwaltung kann die Angemessenheit durch Vorlage geeigneter Endnutzerstudien nachweisen.**"

§ 5: "Der anerkannte Dienst zur Einwilligungsverwaltung muss gewährleisten, dass der Endnutzer seine gespeicherten Einstellungen zu den Einwilligungsabfragen jederzeit einfach auf andere anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung übertragen kann. Hierzu muss er die hinterlegten Einstellungen zur **Ablehnung und Erteilung der Einwilligungen der Endnutzer in einem maschi-**

nenlesbaren Format vorhalten und zum Abruf für andere anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung bereitstellen, wenn der Endnutzer eine entsprechende Übertragung der Informationen wünscht.“

§ 6 Abs. 2: “Der anerkannte Dienst zur Einwilligungsverwaltung sieht vor: 1) eine einheitliche Darstellung der Anbieter von Telemedien, **gegenüber denen ein Endnutzer seine Einwilligung abgegeben hat**, auf seiner Benutzerschnittstelle, **wobei er diese nach rein technischen Kriterien ordnet (z.B. zeitlich nach der Reihenfolge der erteilten Einwilligungen oder** alphabetisch geordnet nach den von dem Anbieter von Telemedien gemäß § 5 Absatz 1 Nummer 1 Telemediengesetz verfügbar gehaltenen Namen) sowie 2) ...“.

§ 9 Abs. 2: “Dem Antrag sind beizufügen: 1) die Erklärung des Anbieters des anzuerkennenden Dienstes zur Einwilligungsverwaltung, dass er personenbezogene Daten der den Dienst nutzenden Endnutzer und die Informationen über deren Einwilligungsentscheidungen für keine anderen Zwecke als die Einwilligungsverwaltung verarbeitet **(hierin ist die Verarbeitung der Daten zur Evaluierung und Verbesserung des Dienstes eingeschlossen)** (...).“

§ 10 Abs. 2 Nr. 3: “Das Sicherheitskonzept muss folgende Angaben enthalten: die Maßnahmen, die sicherstellen, dass personenbezogene Daten und Informationen über die Einwilligungsentscheidungen ausschließlich für die Funktionen des Dienstes zur Einwilligungsverwaltung **einschließlich zur Evaluierung und Verbesserung des Dienstes** verarbeitet werden (...).“

gezeichnet

RA Prof. Dr. Max von Grafenstein, LL.M.

Einstein Center Digital Future (Universität der Künste)

Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft

INSTITUTIONEN

Die vorliegende Stellungnahme beruht auf den theoretischen und praktischen Ergebnissen aus dem fünfjährigen interdisziplinären Forschungsprojekt "Digitale Selbstbestimmung", das auf dem Ansatz innovationsfördernder Regulierung aufbaut. Schwerpunkte des Forschungsprojektes lagen auf den Ansätzen Datenschutz durch Technikgestaltung und Legal Design sowie auf den Gegenstandsbereichen Privacy Icons, Cookie Banner, Privacy Dashboards, Einwilligungsformulare und Einwilligungsagenten. Insbesondere entwickelt die interdisziplinäre Forschungsgruppe aktuell einen Einwilligungsagenten als Demonstrator. Die Forschungsgruppe setzte und setzt sich zusammen aus Jurist*innen, visuellen Gestalter*innen, Verhaltensökonom*innen, Psycholog*innen sowie User Experience und Human Computer Interaction-Forscher*innen. Die Forschungsgruppe wird geleitet von RA Prof. Dr. Max von Grafenstein, LL.M. Das dieser Stellungnahme zugrunde liegende Forschungsprojekt wurde finanziert durch das Einstein Center Digital Future und durchgeführt an der Universität der Künste in Kooperation mit dem Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft.

Das **Einstein Center Digital Future (ECDF)** fungiert als Wegbereiter und Motor für die Digitalisierungsforschung in Berlin. Das ECDF bietet Orientierung im digitalen Wandel, der von vielen als disruptiv empfunden wird, indem es evidenzbasierte Forschung stärkt und einen ganzheitlichen Ansatz verfolgt, um die gegenwärtigen Herausforderungen unserer digitalen Zukunft zu meistern. In Zeiten, in denen digitale Technologien fundamentale Annahmen über unser aller Zusammenleben verändern, muss sich auch die Forschung neu aufstellen. Unsere Arbeit basiert auf den gemeinsamen europäischen Werten, denen auch die Prinzipien eines freien und offenen Internets zugrunde liegen.

Die **Universität der Künste Berlin (UdK)** zählt zu den größten, vielseitigsten und traditionsreichsten künstlerischen Hochschulen der Welt. Das Lehrangebot der Fakultäten Bildende Kunst, Gestaltung, Musik und Darstellende Kunst sowie des Zentralinstituts für Weiterbildung / Berlin Career College umfasst in über 70 Studiengängen das ganze Spektrum der Künste und der auf sie bezogenen Wissenschaften. Mit dem Promotions- und Habilitationsrecht gehört die UdK Berlin darüber hinaus zu den wenigen künstlerischen Hochschulen Deutschlands mit Universitätsstatus. Auch Kunst-, Musik- und Theaterlehrer*innen werden an der UdK Berlin ausgebildet.

Das **Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft (HIIG)** wurde 2011 gegründet, um die Entwicklung des Internets aus einer gesellschaftlichen Perspektive zu erforschen und die damit einhergehende Digitalisierung aller Lebensbereiche besser zu verstehen. Als erstes Institut in Deutschland mit diesem Fokus haben wir ein Verständnis erarbeitet, das die enge Verflechtung technischer Innovationen mit gesellschaftlichen Prozessen in den Mittelpunkt stellt: Technikentwicklung reflektiert Normen, Werte und Interessengeflechte - umgekehrt wirken Technologien, sobald sie verstetigt sind, wiederum auf gesellschaftliche Wertvorstellungen ein.