

**Bernhard Harle – Alwine Henning**  
Schürmann Rosenthal Dreyer Rechtsanwälte PartmbB

Herbstakademie 2022

## Consent Fatigue

- ▶ Consent-Banner sollen online Selbstbestimmung über Daten ermöglichen
  - ▶ Consent Fatigue
  - ▶ Consent-Banner verlieren intendierte Funktion
- ▶ Lösung: “Personal Information Management Systeme“?
  - ▶ Normative Rahmenbedingungen für Etablierung sogenannter PIMS in § 26 TTDSG
  - ▶ Konzept existiert schon länger: EDSB, Datenethikkommission
- ▶ § 26 TTDSG sieht Anerkennungsverfahren für PIMS-Anbieter vor

## Anwendungsbereich

- ▶ § 26 TTDSG bezieht sich lediglich auf solche Einwilligungen, die nach § 25 TTDSG erteilt werden
  - ▶ PIMS könnten auch für Einwilligungen nach der DSGVO benutzt werden
- ▶ § 26 Abs. 1 TTDSG bestimmt erste Anforderungen an PIMS, die Anerkennung nach Rechtsverordnung des § 26 Abs. 2 TTDSG anstreben
  - ▶ Rechtsverordnung, die genaue Anforderungen an PIMS sowie das Anerkennungsverfahren definiert, steht aktuell noch aus
  - ▶ Notifizierungspflicht sowie Selbstevaluierung nach zwei Jahren

# Technische Ausgestaltung (1)

## PIMS nur auf dem **Endgerät**

- ▶ Modifizierung des Browsers
  - ▶ Addon
  - ▶ Plugin
- ▶ Angabe der Einwilligungspräferenzen im PIMS mit reiner Endgeräteauthentifizierung
  - ▶ Mit Aufruf der Website kann Websitebetreiber Informationen unmittelbar vom Endgerät erhalten
- ▶ Folgen:
  - ▶ Verbleib aller Informationen im Browser, sprich physisch auf dem Endgerät
  - ▶ Einwilligungspräferenzen werden nur für konkreten Browser bzw. Endgerät abgegeben: höherer Verwaltungsaufwand

## Technische Ausgestaltung (2)

### Cloudzentriertes PIMS

- ▶ Ermöglicht Verwendung einer Synchronisierungsfunktion
- ▶ Daten verlassen das Endgerät
- ▶ Wesentliche Gestaltungsmöglichkeiten:
  - ▶ Einrichtung und Betrieb eines Kontos in der Cloud
  - ▶ Optional: Daten nur für Dauer der Synchronisierung in der Cloud speichern
- ▶ Es bedarf Authentifizierung
  - ▶ Mehr als nur Endgeräte-Authentifizierung sinnvoll
  - ▶ Einwilligungen sind personenbezogene Daten

## Welchen Inhalt hat die Einwilligung? (1)

- ▶ Wegen Verwaltung von Einwilligungen nach § 25 Abs. 1 TTDSG gilt Einwilligungsdefinition der DSGVO
- ▶ Kritisch zu betrachten sind insbesondere
  - ▶ Bestimmtheit der Einwilligung
  - ▶ Informiertheit der Einwilligung
- ▶ Unterscheidung zwischen zwei Konstellationen:
  - ▶ Konkrete Verantwortliche samt konkretem Zweck
  - ▶ Konkret definierte Zwecke, nicht aber konkrete Verantwortliche

## Welchen Inhalt hat die Einwilligung? (2)

### Konkrete Verantwortliche mit konkretem Zweck

- ▶ Entspricht am ehesten enger Einwilligungsdefinition der Aufsichtsbehörden
- ▶ Umsetzung:
  - ▶ Manuelle Einstellung aller Kombinationen aus Verantwortlichen und Zwecken
  - ▶ Whitelisting bestimmter Verantwortlicher sowie ihrer sämtlichen Verarbeitungszwecke
  - ▶ Übernahme von „Einwilligungslisten“ Dritter
- ▶ Herausforderungen:
  - ▶ Erfüllung der Informationspflichten im Zeitpunkt der Vornahme der PIMS-Einstellungen
  - ▶ Jede Änderung der konkreten Einwilligungskonstellation führt zu erforderlicher erneuter Änderung der Einstellungen

## Welchen Inhalt hat die Einwilligung? (3)

### Konkret definierte Zwecke, nicht aber konkrete Verantwortliche

- ▶ Pragmatischer Ansatz
- ▶ Einwilligungen bezögen sich etwa nur auf Kategorien von Verantwortlichen
- ▶ Herausforderungen:
  - ▶ Ausreichende Bestimmtheit sowie Informiertheit der Einwilligung
  - ▶ Es bräuchte branchen- und anbieterübergreifende Beschreibung von fest definierten Zwecken (vgl. TCF).  
Bei nur leicht abweichendem Verarbeitungszweck: individuelle Entscheidungshandlungen erforderlich = Consent-Banner



## Die Erklärung der Einwilligung

- ▶ Einwilligungserteilung selbst muss durch PIMS möglich sein
- ▶ PIMS als „Bote“
  - ▶ Sofern PIMS-Einstellungen konkrete Verantwortliche samt konkreter Zwecke vorsehen
- ▶ Stellvertretung?
  - ▶ Sind Einwilligungspräferenzen abstrakter gefasst, muss auch Spielraum zur Einwilligungserteilung größer sein
  - ▶ An Bevollmächtigung des PIMS-Anbieters sind gleiche Anforderungen wie an Einwilligungserteilung zu stellen
- ▶ PIMS als Verantwortliche i.S.d. DSGVO
  - ▶ Eigentliche Einwilligungserteilung i.R.d. § 25 Abs. 1 TTDSG gegenüber dem PIMS-Anbieter
  - ▶ Müsste dann auch die in § 25 Abs. 1 TTDSG unter Einwilligungsvorbehalt gestellte Handlung vornehmen

## Pflicht zur PIMS-Berücksichtigung nach § 26 TTDSG

- ▶ § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG sieht hinsichtlich der zu erlassenden Rechtsverordnung Berücksichtigung der PIMS-Einstellungen durch Telemedienanbieter vor
  - ▶ Wortlaut: Unklar, um welche Form von Berücksichtigungspflicht es sich handeln soll
    - ▶ Rechtliche Verpflichtung *oder*
    - ▶ Pflicht zum Einsatz technischer Mittel, die Berücksichtigung von in PIMS hinterlegten Präferenzen erzwingen
- ▶ „Berücksichtigen“?
  - ▶ keine Pflicht, auf das zusätzliche Ausspielen von Consent-Bannern zu verzichten

## Europarechtliche Implikationen (1)

- ▶ ePrivacy-Verordnung-Entwurf
  - ▶ Art. 4a Abs. 2 sieht explizit Möglichkeit zur Erteilung einer antizipierten Einwilligung auf Grund technischer Einstellungen vor
  - ▶ Art. 4a Abs. 2aa: individuelle Willenserklärungen sollen Software-Einstellungen vorgehen
- ▶ Data Governance Act (DGA)
  - ▶ PIMS wohl „Datenvermittlungsdienste“ i.S.v. Art. 11 Abs. 1 lit. b DGA
  - ▶ Anmeldungssystem in Art. 11 DGA
  - ▶ Bedingungen für Dienstleistungserbringung, Art. 12 DGA
  - ▶ Übergangsfrist in Art. 37 DGA findet i.d.R. keine Anwendung

## Europarechtliche Implikationen (2)

- ▶ Entwurf des Digital Services Act (DSA)
  - ▶ ErwG 51b: Praktisches Verbot für Dark Patterns und Nudging
    - ▶ Berücksichtigung bei Gestaltung der PIMS-Oberfläche
  - ▶ Cloudzentrierte PIMS wohl auch „Vermittlungsdienste“ i.S.d. Art. 2 lit. f DSA
  - ▶ Unterfallen damit auch entsprechenden Verpflichtungen nach Kapitel III DSA

## Fazit

- ▶ Unter den aktuellen Rahmenbedingungen ist es schwierig gut funktionierende PIMS umzusetzen
- ▶ Insbesondere Inhalt der Einwilligung führt zu Problemen:
  - ▶ Aufsichtsbehördenkonforme Lösung würde zu massivem Verwaltungs- und Anpassungsbedarf auf Seiten der Nutzern führen
  - ▶ Praktikablere Lösung würde gelockertes Verständnis der Einwilligungserfordernisse verlangen
- ▶ Dienste werden u.U. finalisierten EU-Rechtsrahmen abwarten, bevor sie die Anerkennung nach § 26 TTDSG anstreben