

Memo

A. Executive Summary

I. Es sprechen guten Argumente dafür, dass es sich bei ADPC um einen Dienst zur Einwilligungsverwaltung gemäß § 26 Abs. 1 TTDSG handeln kann. Sofern es ADPC vergleichbare Angebote betrifft, muss allerdings beachtet werden, dass sich diese nicht substantiell von ADPC unterscheiden dürfen, damit die hier getroffene Einschätzung zutrifft.

II. Es existieren nach hier vertretener Ansicht gute Gründe dafür, dass die geplante Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG so gestaltet werden kann, dass auch eine mit ADPC vergleichbare technische Spezifikation unter die Rechtsverordnung fallen würde und damit von Browser- und Telemedienanbietern berücksichtigt werden müsste.

B. Sachverhalt (Prüfungsgegenstand)

Die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (nachfolgend „vzbv“) bat um Begutachtung des am 1. Dezember 2021 in Kraft tretenden § 26 Abs. 2 TTDSG. Im Einzelnen bezieht sich die Frage des vzbv auf Folgendes:

Es soll geprüft werden, ob der Begriff "Dienste zur Einwilligungsverwaltung" nicht nur Einwilligungsmanagementdienste im engeren Sinn umfasst, sondern auch Browser-Signale, wie zum Beispiel das "Advanced Data Protection Control" (im Folgenden „ADPC“¹) (bzw. entsprechende Spezifikationen und / oder Anbieter entsprechender Browser-Plug-ins). Bei ADPC handelt es sich um eine Browserimplementierung zur Steuerung des Setzens von Cookies beim Nutzer (= Website-Besucher). Es beantwortet im Hintergrund die Cookie-Anfragen von Websites nach den Vorgaben des Nutzers. Dabei kann die Einwilligung in das Setzen von Cookie-Anfragen mittels ADPC sowohl generell für Websites oder Arten von Websites oder aber auch ganz spezifisch für einen Verarbeitungszweck, der mit dem zu setzenden Cookie verfolgt wird, erteilt werden. Es sind darüber hinaus weitere Konfigurationsmöglichkeiten hinsichtlich zu erteilender Einwilligungen möglich, wie z. B., dass die Anfrage zum Setzen eines Cookies dem Nutzer erst wieder nach mehreren Monaten angezeigt wird. Die Funktionsweise von ADPC setzt einerseits voraus, dass das dafür notwendige Plug-in im Browser des Nutzers implementiert ist. Andererseits muss der jeweilige Website-Anbieter seinerseits eine Art Plug-in auf seinem Server, auf dem sich die aufzurufende Website befindet, implementiert haben. Denn nur dann kann das ADPC-Plug-in auf Seiten des Nutzers mitteilen, welche Trackingeinstellungen der Nutzer zu welchen Verarbeitungszwecken ausgewählt hat und welche nicht oder aber welche erteilten Einwilligungen er widerruft. Ruft der Nutzer (= Website-Besucher) eine Website auf, so sendet die Implementierung auf Serverseite eine Anfrage zu den verschiedenen Verarbeitungszwecken, zu denen eine Einwilligung erteilt werden kann, an den Nutzer. Die Kommunikation von ADPC auf Server- und

¹ Siehe <https://www.dataprotectioncontrol.org/>.

Nutzerseite erfolgt entweder auf Basis eines Signals (= Request-ID) oder aber HTTP- oder JavaScript-basiert. In jedem Fall findet eine Kommunikation zwischen beiden Seiten zur Frage der Einwilligung in zu setzende Cookies statt. Anschließend kann der Nutzer mittels des Plug-ins im Browser in das Setzen keines, eines spezifischen oder das Setzen aller Cookies einwilligen. Er schiebt hierzu ggf. einen Schieberegler von grau (= keine Einwilligung erteilt) auf blau (= Einwilligung erteilt). Demgemäß kann er jederzeit den Schieberegler erneut zurückschieben und somit die erteilte Einwilligung widerrufen. Hat der Server der Website, die der Nutzer aufruft, das ADPC-Plug-in nicht implementiert, so wird dem Nutzer lediglich mitgeteilt, dass die aufgerufene Website ADPC nicht unterstützt.

Der vzbv möchte außerdem wissen, ob es möglich ist, die geplante Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG so zu gestalten, dass (zusätzlich zu Einwilligungsmanagementdiensten) auch eine mit ADPC vergleichbare technische Spezifikation, mit denen Verbraucherinnen und Verbrauchern ihre Zustimmung / Ablehnung ausüben können, (oder Anbieter entsprechender Browser-Plug-ins) unter die Rechtsverordnung fallen würde und damit von Browser- und Telemedienanbietern berücksichtigt werden müsste.

Zusammengefasst möchte der vzbv folgende Fragen beantwortet wissen:

Frage 1: Fällt ADPC oder ein vergleichbares Angebot unter den Begriff „Dienste zur Einwilligungsverwaltung“ in § 26 TTDSG?

Frage 2: Ist es möglich, die geplante Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG so zu gestalten, dass ADPC oder ein vergleichbares Angebot unter die Rechtsverordnung fallen würde und damit von Browser- und Telemedienanbietern berücksichtigt werden müsste?

C. Einschätzung im Einzelnen

I. Frage 1 - ADPC oder ein vergleichbares Angebot als Dienst zur Einwilligungsverwaltung i. S. v. § 26 TTDSG

1. Einführung in die Regelung des § 26 TTDSG

§ 26 Abs. 1 TTDSG regelt, dass Dienste zur Verwaltung von nach § 25 Abs. 1 TTDSG erteilten Einwilligungen von einer unabhängigen Stelle nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach § 26 Abs. 2 TTDSG anerkannt werden können, sofern der Dienst die in § 26 Abs. 1 TTDSG normierten Anforderungen erfüllt. Die gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG zu erteilenden Einwilligungen beziehen sich auf die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers sowie den Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeichert sind. Die Anforderungen des § 25 TTDSG finden sich fast wortgleich in Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie wieder und werden

in Deutschland nach Aussage des Gesetzentwurfs der Bundesregierung bisher noch durch das TMG geregelt.² Die Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie beziehen sich vor allem auf die ggf. vom Nutzer für das Setzen oder Auslesen von Cookies einzuholende Einwilligung.³

Die Dienste zur Verwaltung von Einwilligungen i. S. v. § 26 Abs. 1 TTDSG müssen folgende Anforderungen erfüllen:

- a) nutzerfreundliche und wettbewerbskonforme Verfahren und technische Anwendungen zur Einholung und Verwaltung der Einwilligung;
- b) kein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Erteilung der Einwilligung und an den verwalteten Daten und Unabhängigkeit von Unternehmen, die ein solches Interesse haben können;
- c) die personenbezogenen Daten und die Informationen über die Einwilligungsentscheidungen werden für keine anderen Zwecke als die Einwilligungsverwaltung verarbeitet; und
- d) es liegt ein Sicherheitskonzept vor, das eine Bewertung der Qualität und Zuverlässigkeit des Dienstes und der technischen Anwendungen ermöglicht und aus dem sich ergibt, dass der Dienst sowohl technisch als auch organisatorisch die rechtlichen Anforderungen an den Datenschutz und die Datensicherheit, die sich insbesondere aus der DSGVO ergeben.

Gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG bestimmt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats verschiedene Anforderungen in Bezug auf § 26 Abs. 1 TTDSG. Zusammengefasst kann mittels der Rechtsverordnung Folgendes geregelt werden:

- a) Welche Anforderungen müssen nutzerfreundliche und wettbewerbskonforme Verfahren und technische Anwendungen zur Einholung und Verwaltung der Einwilligung aufweisen?
- b) Welche unabhängige Stelle kann mittels welches prozeduralen Verfahrens unter welchen Bedingungen die vorgenannten Anforderungen überprüfen und eine Anerkennung eines Verfahrens bzw. einer technischen Anwendung zur Einwilligungseinholung durchführen?
- c) Welche technischen und organisatorischen Maßnahmen bei den vorgenannten bzw. Anwendungen zur Einwilligungseinholung zu berücksichtigen sind.

2. Auslegung des Begriffs „Dienste zur Einwilligungsverwaltung“ in § 26 TTDSG in Bezug auf ADPC oder ein vergleichbares Angebot

² Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien, S. 40 f.

³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien, S. 41.

a) Allgemein

Es wird nunmehr zunächst geprüft, ob ADPC oder ein vergleichbares Angebot⁴ dem Begriff „Dienste zur Einwilligungsverwaltung“ aus § 26 TTDSG unterfällt. Der Begriff taucht sowohl in der Überschrift der Norm als auch ausdrücklich in § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) sublit. bb) und lit. b) TTDSG auf. Gleichwohl findet sich eine entsprechende Definition nirgends in den Gesetzgebungsmaterialien.⁵ Insbesondere definiert § 26 Abs. 1 TTDSG „nur“ welche Anforderungen Dienste zur Einwilligungsverwaltung erfüllen müssen, nicht aber, was von dem Begriff selbst erfasst wird. Gleichwohl heißt es in der Gesetzesbegründung ausdrücklich, dass Browser-Einstellungen, die die Endnutzer im Zusammenhang mit der Einwilligung nach § 25 TTDSG vorgenommen haben, auch zu berücksichtigen sind.⁶ Da auch ADPC als Plug-in in den Browser des Nutzers implementiert werden muss, ist dies ein Indiz dafür, dass selbiges auch dem Begriff „Dienste zur Einwilligungsverwaltung“ aus § 26 TTDSG unterfällt. Allerdings unterscheidet sich ADPC dahingehend von Browser-Einstellungen, dass keine Einstellung im Browser selbst stattfindet, sondern dass ADPC als Plug-in bestimmte Einstellungen vorgibt. Hinzukommt, dass der Einsatz von ADPC es erfordert, dass das entsprechende „Gegenstück“ serverseitig implementiert wird. Andernfalls ist ADPC nicht funktionsfähig. Diese „Andersartigkeit“ der Konzeption von ADPC könnte als Indiz dafür herangezogen werden, dass ADPC nicht dem Begriff „Dienste zur Einwilligungsverwaltung“ aus § 26 TTDSG unterfällt. Gleichwohl ist die „Andersartigkeit“ von ADPC für sich genommen ein eher schwaches Gegenargument. Der Begriff „Dienste zur Einwilligungsverwaltung“ aus § 26 TTDSG wird in der Literatur überwiegend auch als Personal Information Management System (PIMS) bezeichnet.⁷ Als Definition dieses ebenfalls nicht legal definierten Begriffs wird in der Literatur bisher darauf abgestellt, dass das PIMS dem Endnutzer die Verwaltung seiner Einwilligung über die genutzten Telemedien hinweg ermöglicht, wobei die erklärten Einwilligungen und Widersprüche übersichtlich dokumentiert und mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden können müssen.⁸ ADPC ermöglicht es demjenigen, der es in seinen Browser implementiert hat und eine Website aufruft, die ADPC ebenfalls unterstützt, vorab zu steuern inwieweit z. B. eine Einwilligung zum Setzen von Cookies für Tracking oder sonstige, nicht für die Erbringung eines Dienstes der Informationsgesellschaft erforderliche Cookies erteilt werden soll. Ausgehend davon, dass es der Sinn und Zweck von ADPC ist, erteilte Einwilligungen zu dokumentieren und ggf. erteilte Einwilligungen zu widerrufen, erfüllt ADPC auch diesen Teil der vorstehend genannten Definition, was ebenfalls als Indiz dafür herangezogen werden kann, dass es sich bei ADPC um ein PIMS und damit um einen Dienst zur Einwilligungsverwaltung i. S. v. § 26 TTDSG handelt.

b) Wortlaut des § 26 TTDSG

⁴ Nachfolgend wird aus Gründen der Lesbarkeit lediglich von „ADPC“ gesprochen.

⁵ Piltz, CR 2021, 555, 563, Rn. 48.

⁶ Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) des Deutschen Bundestags, Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/27441, 19/28396, 19/28605 Nr. 1.14 –, S. 78.

⁷ Z. B. Golland, NJW 2021, 2238, 2241, Rn. 19 ff.

⁸ Hanloser, ZD 2021, 399, 403 m. w. N.

Für eine Subsumtion von ADPC unter den Begriff „Dienste zur Einwilligungsverwaltung“ gemäß § 26 TTDSG spricht zunächst dessen Wortlaut. Ein Dienst zur Einwilligungsverwaltung stellt nach allgemeinem sprachlichen Verständnis ein (nicht näher definiertes) Mittel dar, mit dem Einwilligungen verwaltet, also nachvollziehbar geordnet werden können. Was unter „Dienst“ im Einzelnen zu verstehen ist, lässt sich dem Wortlaut von § 26 TTDSG nicht genau entnehmen. Die Formulierung „zur Einwilligungsverwaltung“ legt es jedoch nahe, dass der Dienst funktional tatsächlich zur Einwilligungsverwaltung geeignet sein muss. Überspitzt gesagt wird ein einfaches Blatt Papier wohl regelmäßig nicht zur Bejahung des Begriffs „Dienst“ i. S. v. § 26 TTDSG ausreichen, da der Dienstbegriff in Bezug auf die Formulierung „zur Einwilligungsverwaltung“ (hier: im Rahmen des Aufrufs von Websites zur Steuerung datenschutzrechtlicher Einwilligungen in das Tracking auf den Websites) es nahelegt, dass eine gewisse Funktionalität zur Erbringung der Einwilligungsverwaltung erforderlich ist. Ein Blatt Papier wird zur Erbringung dieser Einwilligungsverwaltung insofern regelmäßig nicht ausreichen. Dementgegen stellt der Dienstbegriff i. Ü. dem Wortlaut nach zumindest keine spezifischen Anforderungen daran, wie der Dienst im Einzelnen konzipiert sein muss. ADPC ist ein Browser-Plug-in, mit dem (datenschutzrechtliche) Einwilligungen für das Tracking auf unterschiedlichen, aufzurufenden Websites verwaltet werden können, wozu sowohl die Erteilung der Einwilligung für spezifisches Tracking gehört aber auch der entsprechende Widerruf derselben. Da es sich bei ADPC um eine Plug-in und damit um Software im weiteren Sinn handelt, ist folglich auch eine gewisse Funktionalität zur Erbringung der Einwilligungsverwaltung gegeben. Dem Wortlaut nach kann ADPC somit unter den Begriff „Dienste zur Einwilligungsverwaltung“ gemäß § 26 TTDSG gefasst werden.

c) Zweck des § 26 TTDSG

Zweck des § 26 TTDSG soll es nach der Gesetzesbegründung sein, *„die Nutzung von Diensten zur Einwilligungsverwaltung, die nutzerfreundliche und wettbewerbskonforme Verfahren zur Einwilligung in die Verarbeitung von Verkehrs- und Standortdaten oder in das Speichern von Informationen auf ihren Endeinrichtungen und in den Zugriff auf bereits auf ihren Endeinrichtungen gespeicherten Informationen ermöglichen“* zu fördern.⁹ Die Nutzerfreundlichkeit und Wettbewerbskonformität der Verfahren bezieht sich ausweislich der Gesetzesbegründung auf die Einwilligungserteilung und ggf. deren Widerruf nach § 25 TTDSG.¹⁰ Gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG hat die Einwilligung gemäß der Datenschutz-Grundverordnung¹¹ (DSGVO) zu erfolgen. Es kann also geschlussfolgert werden, dass es sich dann um einen Dienst zur Einwilligungsverwaltung nach § 26 TTDSG handelt, sofern dieser nutzerfreundlich und wettbewerbskonform i. S. d. Gesetzesbegründung ist, d. h. wenn dieser die Anforderungen an

⁹ Ausschuss für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) des Deutschen Bundestags, Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/27441, 19/28396, 19/28605 Nr. 1.14 –, S. 78.

¹⁰ Ausschuss für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) des Deutschen Bundestags, siehe ebenda.

¹¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

die Einwilligungserteilung und den Widerruf nach der DSGVO erfüllt. Die Anforderungen an Einwilligung nach der DSGVO ergeben sich insbesondere aus Art. 4 Nr. 11 und 7 DSGVO sowie ErwG 32 DSGVO.

aa) ErwG 32 DSGVO

Gemäß ErwG 32 S. 2 DSGVO soll die Erteilung der Einwilligung u. a. durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft möglich sein. Zudem ergibt sich aus ErwG 32 S. 4 DSGVO, dass die Erteilung der Einwilligung für alle Datenverarbeitungsvorgänge möglich sein soll, die sich auf denselben Verarbeitungszweck beziehen. Überdies soll ausweislich des ErwG 32 S. 5 DSGVO eine Einwilligung auch für mehrere Verarbeitungszwecke erteilbar sein. ADPC ist ein Browser-Plug-in, das sowohl nutzer- als auch serverseitig implementiert werden muss. Ist dies geschehen, so kann mittels ADPC granular für alle verschiedenen Trackingarten und sonstigen Verarbeitungszwecke einzeln eingestellt werden, inwieweit eine Einwilligung erteilt werden soll oder nicht. Dementsprechend kann eine erteilte Einwilligung für einzelne oder alle Verarbeitungszwecke auch widerrufen werden. Die von ErwG 32 DSGVO aufgestellten Vorgaben werden somit von ADPC erfüllt.

bb) Art. 4 Nr. 11 DSGVO

Fraglich ist, ob ADPC auch die Anforderungen des Art. 4 Nr. 11 DSGVO an Einwilligungen erfüllt. Gemäß Art. 4 Nr. 11 DSGVO ist 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, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

(1) Freiwilligkeit

Die tatbestandliche Freiwilligkeit der Einwilligung ist nach Ansicht des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA)¹² und des EuGH¹³ dann gegeben, wenn die betroffene Person „eine echte Wahl und die Kontrolle“ darüber hat, ob sie die Einwilligung erteilen möchte oder nicht. Die Einwilligung des EDSA soll zudem dann nicht gültig sein, „wenn die betroffene Person keine wirkliche Wahl hat, sich zur Einwilligung gedrängt fühlt oder negative Auswirkungen erdulden muss, wenn sie nicht eingewilligt“ hat.¹⁴ Auswirkungen durch den Einsatz auf die tatbestandliche Freiwilligkeit der Einwilligungserteilung sind durch den Einsatz von ADPC nicht ersichtlich. Die Einwilligungserteilung erfolgt durch einen eigenen Bereich des ADPC-Plug-ins im Browser. Es lässt sich daher vielmehr argumentieren, dass ADPC die tatbestandliche Freiwilligkeit der Einwilligung noch fördert. Denn wird eine Website ohne ADPC

¹² EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand: 4.5.2020, Rn. 13.

¹³ EuGH, Urteil vom 11.11.2020, Orange România, Az. C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, Rn. 41, 50.

¹⁴ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand: 4.5.2020, Rn. 14.

aufgerufen, so kann der Verantwortliche (= Betreiber der Website) die Texte, die den Betroffenen (= Website-Besucher) zur Erteilung der Einwilligung z. B. in das Tracking auffordern subtil im Rahmen der textuellen Beschreibungen beeinflussen. Ruft der Betroffene die Website stattdessen unter Einsatz von ADPC auf, so werden die Datenverarbeitungen, für die ggf. eine Einwilligung erteilt werden soll, ohne textuelles Beiwerk angezeigt, was den Betroffenen in seiner Entscheidungsfindung hinsichtlich der Einwilligungserteilung umso mehr befreit und umgekehrt eher weniger beeinflusst. Die Freiwilligkeit der Einwilligungserteilung gemäß Art. 4 Nr. 11 DSGVO wird im Rahmen des Einsatzes von ADPC folglich gewahrt.

(2) Für einen bestimmten Fall

Weiterhin verlangt Art. 4 Nr. 11 DSGVO, dass die Einwilligung für einen bestimmten Fall erteilt werden können muss. Dieses Tatbestandsmerkmal ist nach Ansicht des EDSA¹⁵ und der Rechtsprechung¹⁶ dann erfüllt, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung ggf. für einen oder mehrere bestimmte Zwecke erteilen kann und die betroffene Person im Fall der Verarbeitung ihrer Daten zu mehreren Zwecken in Bezug auf jeden dieser Zwecke eine Wahlmöglichkeit zusteht. Auch dies ist im Rahmen des Einsatzes von ADPC möglich.¹⁷ Folglich trägt ADPC auch der von Art. 4 Nr. 11 DSGVO geforderten Einwilligung für einen bestimmten Fall Rechnung.

(3) In informierter Weise

Im Übrigen sieht Art. 4 Nr. 11 DSGVO außerdem vor, dass die Einwilligung auch in informierter Weise erfolgen muss. Eine Einwilligung des Betroffenen erfolgt nach Ansicht des EDSA dann in informierter Weise i. S. v. Art. 4 Nr. 11 DSGVO, wenn sie die nachfolgenden Anforderungen erfüllt:

- i. die Identität des Verantwortlichen;
- ii. der Zweck jedes Verarbeitungsvorgangs, für den die Einwilligung eingeholt wird;
- iii. die (Art der) Daten, die erhoben und verwendet werden;
- iv. das Bestehen eines Rechts, die Einwilligung zu widerrufen;
- v. gegebenenfalls Informationen über die Verwendung der Daten für eine automatisierte Entscheidungsfindung gemäß Art. 22 Abs. 2 lit. c) DSGVO; und
- vi. Angaben zu möglichen Risiken von Datenübermittlungen ohne Vorliegen eines Angemessenheitsbeschlusses und ohne geeignete Garantien nach Art. 46 DSGVO.

¹⁵ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand: 4.5.2020, Rn. 55.

¹⁶ OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 27.6.2019, Az. 6 U 6/19, BeckRS 2019, 17820, Rn. 13.

¹⁷ Siehe II. 3. a).

Allerdings differenziert der EDSA bei der Einholung einer Einwilligung vom Betroffenen auf elektronischem Weg dahingehend, dass die vom Verantwortlichen (hier: Website-Betreiber) nach Art. 13 f. DSGVO zur Verfügung zu stellenden Informationen auch „in mehreren Schichten“ erteilt werden können. D. h. nach einer Aussage des EDSA kann es in „digitalen“ Umgebungen ausreichend sein, auf der ersten Ebene, also direkt bei Einholung der Einwilligung, nur über die Identität des Verantwortlichen, den oder die Verarbeitungszweck(e) sowie die Betroffenenrechte zu informieren.¹⁸ Ob ADPC alle vorgenannten Informationen des Website-Nutzers bereitstellen kann, lässt sich auch unter Zuhilfenahme der aktuell zur Verfügung stehenden Produktbeschreibungen nicht abschließend klären. Aus § 6.1 des Drafts zur Produktbeschreibung¹⁹ ergibt sich, dass in der derzeitigen Version von ADPC beschrieben wird, welcher Zweck dem Nutzer zur Erteilung der Einwilligung vorgelegt wird. Eine Bildbeschreibung aus § 3 des Drafts zur Produktbeschreibung nährt diesen Verdacht:

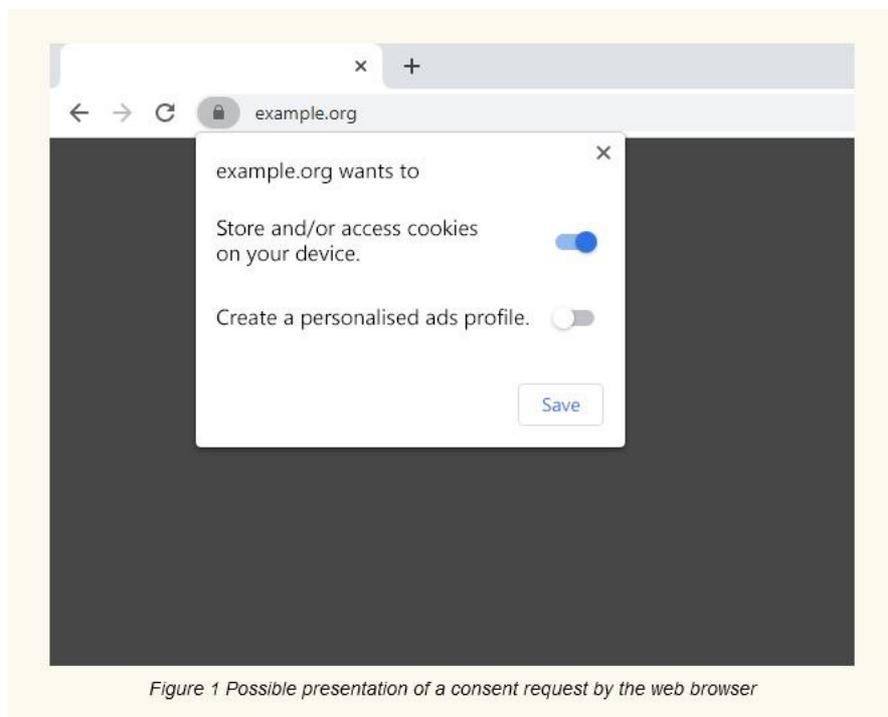


Figure 1 Possible presentation of a consent request by the web browser

Ob in der aktuellen Version von ADPC auch weitere Informationen angezeigt werden, die den vorgenannten Anforderungen des EDSA für die erste Schicht sowie insgesamt nach Art. 13 f. DSGVO Rechnung tragen, lässt sich nicht abschließend beantworten. Gleichwohl heißt es unter § 6.1 des Drafts zur Produktbeschreibung auch: „Zukünftige Versionen dieser Spezifikation können weitere Bestandteile definieren, um relevante Informationen in einer strukturierten, maschinenlesbaren Weise bereitzustellen“. Es ist daher durchaus denkbar, dass ADPC zukünftig auch zur umfassenden Bereitstellung der Betroffeneninformationen aus Art. 13 f. DSGVO genutzt werden kann.

¹⁸ EDSA, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP260, Stand: 11.4.2018, Rn. 36.

¹⁹ Advanced Data Protection Control (ADPC) Unofficial Draft, Stand: 8.7.2021, abrufbar unter: <https://www.dataprotectioncontrol.org/spec/#requesting-consent>.

Gleichwohl wäre nach dieser Einschätzung des EDSA das Tatbestandsmerkmal „in informierter Weise“ aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO eher nicht erfüllt.

Allerdings äußert der EDSA an anderer Stelle, dass *„es für den Verantwortlichen schwer sein wird, nachzuweisen, dass die betroffene Person ihre Einwilligung in Kenntnis der Sachlage erteilt hat, wenn die Identität des Verantwortlichen oder der Zweck der Verarbeitung im Fall einer mehrschichtigen Datenschutzerklärung nicht in der ersten Informationsschicht mitgeteilt wird (sondern wenn sie sich in weiteren Unterebenen befinden), es sei denn, der für die Datenverarbeitung Verantwortliche kann nachweisen, dass die jeweilige betroffene Person Zugriff auf diese Informationen genommen hat, bevor sie ihre Einwilligung erteilt hat“*²⁰. Nach letzterer Aussage des EDSA würde es also im Rahmen einer mehrschichtigen Informationserteilung nach Art. 13 f. DSGVO zur Wahrung des Tatbestandsmerkmals „in informierter Weise“ nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO ausreichen, wenn die Identität oder der Verarbeitungszweck in der „ersten Informationsschicht“ angegeben würde. Das vorstehende Bild zeigt, dass lediglich die Website durch ADPC genannt wird, die beim aufrufenden Nutzer Cookies setzen möchte. D. h. der Verantwortliche ergibt sich im Rahmen der bisherigen Funktionsweise nicht zwingend aus ADPC. Denn der Name der Website kann mitunter erheblich von der tatsächlichen Identität des datenschutz Verantwortlichen abweichen. Gleichwohl zeigt ADPC klar abgegrenzt an, für welche Zwecke das jeweilige Cookie gesetzt werden soll, was sich ebenfalls auch aus § 2 des Drafts zur Produktbeschreibung ergibt. Folglich wäre nach dieser Ansicht des EDSA die Mindestanforderung für das Tatbestandsmerkmal „in informierter Weise“ aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO wohl gewahrt. Überdies wäre der Website-Betreiber „trotz“ der Nutzung bzw. des Angebots von ADPC für die Websitebesucher ohnehin zur Bereitstellung einer Datenschutzerklärung für seine Nutzer verpflichtet. Dort kann der Nutzer also in jedem Fall alle weiteren Informationen in Bezug auf die Einwilligung einsehen, sofern der jeweilige Website-Betreiber diese dort auch ordnungsgemäß bereitstellt. Ferner ist mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen zu bedenken, dass nach Aussage der Entwickler von ADPC eine Erweiterung der Informationserteilungsmöglichkeiten mittels ADPC wohl noch geplant ist. Es ist daher durchaus denkbar, dass zukünftig auch noch die in der ersten Aussage des EDSA geforderten zusätzlichen Informationen, nämlich die Identität des Verantwortlichen sowie eine Information über die Betroffenenrechte, in ADPC integriert werden könnten. Folgt man also der letzten Aussage des EDSA und lässt die Angabe des Verarbeitungszwecks auf der ersten Informationsebene ausreichen, so ist auch das Tatbestandsmerkmal „in informierter Weise“ aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO erfüllt.

(4) Unmissverständlich abgegebene Willensbekundung

Schließlich fordert Art. 4 Nr. 11 DSGVO noch, dass die Einwilligungserklärung in Form einer unmissverständlich abgegebenen Willensbekundung erfolgt. Nach der Rechtsprechung des EuGH reichen Voreinstellungen (in Form bereits ausgewählter Checkboxen) in Bezug auf die vom Betroffenen zu erteilenden Einwilligungen nicht, um der

²⁰ EDSA, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand: 4.5.2020, Rn. 74, Fn. 42.

vorstehenden Anforderung nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO Rechnung zu tragen.²¹ Als ausreichende Form der Einwilligung auf elektronischem Weg sieht es der EDSA z. B. an, wenn bei der Installation von Software die Anwendung die betroffene Person um Einwilligung in die Verwendung nicht anonymisierter Berichte über Softwareabstürze ersucht, um die Software zu verbessern und sofern die betroffene Person aktiv auf ein fakultatives Kästchen mit der Bezeichnung „Ich willige ein“ klicken muss.²² Im hiesigen Fall zeigt das Browser-Plug-in ADPC dem Nutzer und Besucher einer Website bei dessen Aufruf ein Fenster an, wenn die Website beim Besucher Cookies setzen und diesen in irgendeiner Form tracken möchte (siehe das vorstehende Bild unter C. I. 2. c) bb) (3)). Das Beispiel von ADPC unter § 3 des Drafts zur Produktbeschreibung zeigt zudem bildlich einen Schieberegler, der ggf. von grau zu blau verschoben werden muss, sofern der Nutzer und Betroffene in das Tracking einwilligt. Bis zu einer ggf. durch den Nutzer stattfindenden Interaktion werden also keine Cookies gesetzt. Das Beispiel des EDSA und die Funktionsweise von ADPC sind folglich stark kohärent miteinander. Mithin erfüllt ADPC auch die Anforderung der unmissverständlichen Willensbekundung aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO.

(5) Zwischenergebnis

Sofern die hier getroffenen Annahmen und Einschätzungen zur Funktionsweise und Ausgestaltung von ADPC zutreffen, kann der Einsatz von ADPC alle Anforderungen aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO gewährleisten. Dies gilt dann auch für das Tatbestandsmerkmal „in informierter Weise“, sofern man der Ansicht des EDSA folgt, dass auf der ersten Informationsebene die Zweckbenennung ausreicht und unter der Prämisse, dass sich die weiteren Informationen in Bezug auf die vom Nutzer zu erteilende Einwilligung in der Datenschutzerklärung des jeweiligen Website-Betreibers finden.

cc) Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO

Ausweislich des Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO hat die betroffene Person ferner das Recht, ihre erteilte Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Der EDSA vertritt insoweit die Auffassung, dass im Fall der Einwilligungserteilung mithilfe elektronischer Mittel, also z. B. durch einen Mausklick, Wischvorgang oder Tastenanschlag, deren Widerruf ebenso einfach möglich sein muss.²³ Wie vorstehend ausgeführt, kann die Einwilligung durch das Verschieben des Schiebereglers von blau (= Einwilligung erteilt) auf grau (= Einwilligung widerrufen) mittels ADPC widerrufen werden. Dabei ist ausweislich der Aussagen in § 6.3 des Drafts zur Produktbeschreibung ein Widerruf der Einwilligung für alle oder für spezifische Verarbeitungszwecke möglich. Mithin wird den Anforderungen in Bezug auf Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO beim Einsatz von ADPC umfassend Rechnung getragen.

²¹ *EuGH*, Urteil vom 1.10.2019, Planet49, Az. C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, Rn. 52.

²² *EDSA*, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand: 4.5.2020, Rn. 80.

²³ *EDSA*, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand: 4.5.2020, Rn. 114.

dd) Art. 5 Abs. 2 DSGVO

Schließlich ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO noch die Anforderung, dass der Verantwortliche (= Website-Betreiber) die Einholung der Einwilligung und deren Erteilung durch den Betroffenen gemäß den vorstehend dargestellten Grundsätzen nachweisen muss. Auch der EDSA hat bisher noch keine fest definierten Maßstäbe für diese Verpflichtung des Verantwortlichen definiert. Er führt dazu lediglich aus, dass es dem Verantwortlichen freisteht, „*Methoden auszuarbeiten, um diese Bestimmung (= Art. 5 Abs. 2 DSGVO) auf eine Weise einzuhalten, die zu ihren täglichen Geschäftstätigkeiten passt*“.²⁴ Gleichzeitig soll der Verantwortliche für die Erbringung des Nachweises der ordnungsgemäßen Einwilligung nicht mehr Informationen erheben als erforderlich ist.²⁵ ADPC funktioniert dergestalt, dass der Nutzer über ADPC via Browser-Plug-in seine Wünsche hinterlegen kann. Korrespondierend damit schicken alle Websites automatisch in maschinenlesbarer Form ihre Anfragen an ADPC (beim Nutzer). Das Tool überprüft dann automatisch im Hintergrund die Anfrage mit den Angaben des Nutzers und schickt eine Antwort an die Website zurück. Eine Speicherung beim Verantwortlichen (= Website-Betreiber) darüber, welche Einwilligungen der jeweilige Nutzer für welchen Verarbeitungszweck erteilt hat, findet nach Kenntnis des Verfassers nicht statt. Gleichwohl sind die Anfragen der unterschiedlichen Nutzer (= Website-Benutzer) ausweislich der Ausführungen insbesondere unter § 6.2 des Drafts zur Produktbeschreibung durch einen individuellen Request-Identifizier zuordenbar. Die Antwort des Nutzers wird der Website nach den Aussagen unter § 2 des Drafts zur Produktbeschreibung durch Auflistung der Request-Identifizier, (mit) denen der Nutzer zugestimmt hat, präsentiert. Es ist folglich prinzipiell denkbar, die Einwilligung des Nutzers anhand des vom Nutzer verwendeten Request-Identifiziers nachzuweisen. Dies erfordert zwar einerseits die Mithilfe des Betroffenen. Gleichwohl kann dies andererseits als sehr datensparsames Vorgehen im Rahmen des Nachweises der Erteilung der Einwilligung durch den Betroffenen verstanden werden. Für ein solches Vorgehen spricht u. a. auch Art. 11 Abs. 2 S. 2 DSGVO. Kann der Verantwortliche die betroffene Person nicht identifizieren, so finden die Art. 15 bis 20 DSGVO nach dieser Norm keine Anwendung, es sei denn, die betroffene Person stellt zur Ausübung ihrer in diesen Artikeln niedergelegten Rechte zusätzliche Informationen bereit, die ihre Identifizierung ermöglichen. So liegt der Fall auch hier. Denkbar ist es, dass die betroffene Person für eine Auskunftserteilung ihren Request-Identifizier übermittelt, um die Beauskunftung zu ermöglichen. In diesem Fall ist es weiter denkbar, dass der verantwortliche Website-Betreiber anhand des Request-Identifiziers nachweist, wie ADPC auf Grundlage des vom Nutzer übermittelten Request-Identifiziers auf Seiten des Website-Betreibers reagiert hat. Überdies ist es vorliegend so, dass dem Nutzer in seinem ADPC-Browser-Plug-in dauerhaft angezeigt wird, für welche Verarbeitungszwecke er eine Einwilligung erteilt hat und für welche nicht. Schließlich gilt es zu beachten, dass die Nachweispflicht nach Ansicht der Literatur vor allem dem Nachweis der Einhaltung der Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DSGVO dient²⁶, also insbesondere dem Nachweis der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung. Wie vorgehend dargestellt, ist es mittels des Request-Identifiziers nach wie

²⁴ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand: 4.5.2020, Rn. 106.

²⁵ EDSA, siehe ebenda.

²⁶ Voigt, in: Taeger/Gabel, 3. Auflage, 2019, DSGVO, Art. 5, Rn. 42.

vor möglich, die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter Zuhilfenahme des Betroffenen nachzuweisen. Nach hier vertretener Ansicht existieren folglich gute Argumente dafür, dass den Nachweispflichten des Verantwortlichen aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO in Bezug auf die einzuholenden Einwilligungen der Nutzer (= Website-Besucher) im Rahmen der Inanspruchnahme von ADPC Rechnung getragen wird.

d) Sonstiges

Schließlich könnte es noch für oder gegen ADPC als Dienst zu Einwilligungsverwaltung i. S. v. § 26 Abs. 1 TTDSG sprechen, wenn ADPC die Anforderungen aus § 26 Abs. 1 TTDSG erfüllen würde (oder nicht).

aa) § 26 Abs. 1 Nr. 1 TTDSG

Nach den vorstehenden Ausführungen sprechen gute Argumente dafür, dass es sich bei ADPC um ein nutzerfreundliches Verfahren i. S. v. § 26 Abs. 1 Nr. 1 TTDSG zur Einholung und Verwaltung von Einwilligungen handelt.

bb) § 26 Abs. 1 Nr. 2 TTDSG

Nach den öffentlich einsehbaren Informationen hat das Konsortium hinter ADPC gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 2 TTDSG auch kein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Erteilung der Einwilligung und an den verwalteten Daten und ist unabhängig von Unternehmen, die ein solches Interesse haben können. Ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Dienstes wird in der Literatur z. B. dann angenommen, wenn dieser auf Basis der Einwilligung Daten für Marketingzwecke nutzen würde.²⁷ Der Gesetzgeber sieht beim Dienst vor allem dann kein wirtschaftliches Eigeninteresse, wenn dieser als unabhängige Stiftung organisiert ist.²⁸ An der Entwicklung von ADPC sind das Wissenschaftslabor Sustainable Computing Lab, die Wirtschaftsuniversität Wien sowie die Datenschutzorganisation none of your business (noyb) beteiligt. Teilweise wird das Projekt auch durch die österreichische Internet-Förderaktion netidee gefördert. Unabhängig von dem vorstehend Gesagten ist derzeit allerdings nicht bekannt, ob ADPC auch durch die vorgenannten Partner nach Erreichung der Marktreife fortgeführt wird oder ob das Projekt bspw. in ein Unternehmen oder eine Stiftung überführt wird. Ausgehend von den derzeit öffentlich vorhandenen Informationen ist jedenfalls kein wirtschaftliches Eigeninteresse der beteiligten Partner i. S. v. § 26 Abs. 1 Nr. 2 TTDSG feststellbar.

cc) § 26 Abs. 1 Nr. 3 TTDSG

²⁷ Piltz, CR 2021, 555, 563, Rn. 50.

²⁸ BT-Drs. 19/29839, S. 78.

Ebenso liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass ADPC entgegen § 26 Abs. 1 Nr. 3 TTDSG personenbezogene Daten und Informationen über die Einwilligungsentscheidungen für andere Zwecke als die Einwilligungsverwaltung verarbeiten.

dd) § 26 Abs. 1 Nr. 4 TTDSG

Das Sicherheitskonzept i. S. v. § 26 Abs. 1 Nr. 4 TTDSG soll ausweislich des Wortlauts vor allem die Anforderungen der DSGVO, insbesondere aus Art. 32 DSGVO, erfüllen. Es liegen derzeit über ADPC der Draft zur Produktbeschreibung, öffentlich einsehbare Entwicklungsinformationen²⁹ sowie der Quellcode³⁰ vor. Aus diesen Dokumenten lassen sich zwar vielfache Ableitungen, insbesondere in Bezug auf die Erfüllung von Art. 32 DSGVO, treffen. Gleichwohl handelt es sich dabei nach hier vertretener Ansicht noch nicht um ein voll ausgereiftes, übersichtliches und kompaktes Sicherheitskonzept i. S. v. § 26 Abs. 1 Nr. 4 TTDSG. Allerdings gilt es auch diesbezüglich zu beachten, dass sich ADPC noch in einem Entwicklungsstadium befindet. Es liegen also derzeit zwar bereits Informationen in Bezug auf ein Sicherheitskonzept gemäß den Anforderungen der DSGVO vor. Gleichwohl reichen die Anforderungen insoweit bisher nicht aus. Nach Ansicht des Verfassers wird ein solches mutmaßlich nach Finalisierung von ADPC wohl noch erstellt werden. Es bestehen folglich nach hier vertretener Ansicht zumindest keine durchgreifenden Bedenken dagegen, dass ein solches Sicherheitskonzept i. S. v. § 26 Abs. 1 Nr. 4 TTDSG von den Partner von ADPC noch entwickelt wird.

e) Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Ansicht bestehen folglich gute Argumente dafür, dass alle gesetzlichen und behördlichen Anforderungen an die Einholung einer Einwilligung gemäß der DSGVO beim Einsatz von ADPC gewahrt werden können. Die vorstehende Einschätzung spricht in der Folge dafür, dass es sich um ein nutzerfreundliches Verfahren gemäß der Gesetzesbegründung zu § 26 TTDSG handelt. Allerdings gilt es hierbei auch auf die eher kritischen Punkte in Bezug auf die Erfüllung der Anforderungen eines nutzerfreundlichen Verfahrens, wie z. B. die Einwilligungseinholung in informierter Weise hinzuweisen (siehe C. I. 2. c) bb) (3)). Insofern kommt es sehr stark darauf an, wie ADPC final in seiner konkreten Ausgestaltung beschaffen sein wird. Demnach sprechen auch gute Argumente dafür, dass ADPC dem von § 26 TTDSG verfolgten Zweck entspricht.

4. Endergebnis

²⁹ Abrufbar unter: <https://github.com/Data-Protection-Control/ADPC>.

³⁰ Abrufbar unter: <https://github.com/Data-Protection-Control/browser-extension>.

Es existieren gute Argumente dafür, dass es sich bei ADPC um einen Dienst zur Einwilligungsverwaltung gemäß § 26 Abs. 1 TTDSG handeln kann. Sofern es ADPC vergleichbare Angebote betrifft, muss allerdings beachtet werden, dass sich diese nicht substantiell von ADPC unterscheiden dürfen, damit die vorstehenden Ausführungen greifen.

II. Gestaltung der Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG in Bezug auf ADPC

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob es möglich ist, die gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG zu erlassende Rechtsverordnung so zu gestalten, dass auch ADPC vergleichbare Spezifikationen hierunter fallen würden und von Telemedienanbietern zu berücksichtigen wären. Gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG bestimmt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates die Anforderungen

1. an das nutzerfreundliche und wettbewerbskonforme Verfahren und technische Anwendungen nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 TTDSG;
2. an das Verfahren der Anerkennung von Diensten zur Einwilligungsverwaltung;
3. an technische und organisatorische Maßnahmen.

1. § 26 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG

Welche Anforderungen konkret mit der gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG zu erlassenden Rechtsverordnung im Einzelnen geregelt werden, d. h. welche Anforderungen sie in Bezug „an das nutzerfreundliche und wettbewerbskonforme Verfahren und technische Anwendungen“ nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 TTDSG regelt, ist derzeit noch unbekannt. Gleichwohl soll auf die vorstehenden Ausführungen insofern verwiesen werden, dass nach hier vertretener Ansicht gute Argumente dafür vorliegen, ADPC als nutzerfreundliches Verfahren nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 TTDSG einzuordnen. Allerdings gilt es hierbei auch auf die eher kritischen Punkte in Bezug auf die Erfüllung der Anforderungen eines nutzerfreundlichen Verfahrens, wie z. B. die Einwilligungseinholung in informierter Weise hinzuweisen (siehe C. I. 2. c) bb) (3)). Insofern kommt es sehr stark darauf an, welche konkreten Anforderungen die noch zu erlassende Rechtsverordnung zukünftig vorsehen wird.

2. § 26 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG

Hinsichtlich der durch Rechtsvorschrift gemäß § 26 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG zu regelnden Vorschriften für das Anerkennungsverfahren des jeweiligen Dienstes zur Einwilligungsverwaltung, also den erforderlichen Inhalt des Antrags auf Anerkennung (§ 26 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) TTDSG), den Inhalt des Sicherheitskonzepts nach § 26 Abs. 1 Nr. 4 TTDSG (§ 26 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) TTDSG) sowie die für die Anerkennung zuständige unabhängige Stelle (§ 26 Abs. 2 Nr. 2 lit. c) TTDSG, ergeben sich nach hier vertretener Ansicht in Bezug auf den Prüfungsgegenstand keine kritischen

Punkte. Einzig in Bezug auf das noch zu erstellende Sicherheitskonzept müssten die Entwickler von ADPC ihre vorhandenen Informationen für ein Sicherheitskonzept noch den Anforderungen der nach § 26 Abs. 2 TTDSG zu erlassenden Rechtsverordnung ggf. noch anpassen (siehe C. I. 2. d) dd)).

3. § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

Damit ADPC unter die gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG zu erlassende Rechtsverordnung fallen könnte, dürften auch die Regelungsanforderungen aus § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG nicht entgegenstehen. Nach der Norm soll die gemäß § 26 Abs. 2 Hs. 1 TTDSG zu erlassende Rechtsverordnung die Anforderungen an die technischen und organisatorischen Maßnahmen der Dienste zur Einwilligungsverwaltung regeln. Im Einzelnen soll durch die Rechtsverordnung sichergestellt werden, dass Software zum Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet einerseits die Einwilligungsentscheidungen der Endnutzer beachtet (§ 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) sublit. aa) TTDSG) und andererseits die Einbindung anerkannter Dienste zur Einwilligungsverwaltung berücksichtigt (§ 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) sublit. bb) TTDSG). Schließlich soll nach § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b) TTDSG außerdem noch die technischen und organisatorischen Maßnahmen dahingehend geregelt werden, sodass Anbieter von Telemedien bei der Verwaltung der von Endnutzern erteilten Einwilligung die Einbindung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung und Einstellungen durch die Endnutzer berücksichtigen.

a) § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) TTDSG

Die Literatur ist sich weitestgehend dahingehend einig, dass unter dem Begriff „Software zum Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet“ sog. Browser, also Programme zur Darstellung von Websites und zur Navigation durch die auf einer Website verfügbaren Inhalte³¹, zu verstehen sind.³² Die in § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) TTDSG niedergelegten Anforderungen richten sich also in erster Linie nicht an den Dienst zur Einwilligungsverwaltung i. S. v. § 26 Abs. 1 TTDSG, sondern an die Browser-Software. In Bezug auf ADPC ergeben sich daher eher nur mittelbare Anforderungen.

aa) § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) sublit. aa) TTDSG

Wie vorstehend angedeutet ist es nach Ansicht der Literatur der Zweck von § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) sublit. aa) TTDSG, dass durch die Rechtsverordnung nach § 26 Abs. 2 TTDSG geregelt und durch technische und organisatorische Maßnahmen sichergestellt wird, dass Browser die Einwilligungsentscheidungen der Endnutzer befolgen.³³ Genauer bedeutet dies nach Ansicht der Literatur, dass Browser also u. a. die Funktionalität zulassen sollen, dass z. B. alle

³¹ *Schmidl*, IT-Recht von A-Z, 2. Auflage, 2014, Browser.

³² Z. B. *Golland*, NJW 2021, 2238, 2241, Rn. 23; *Hanloser*, ZD 2021, 399, 402.

³³ *Hanloser*, ZD 2021, 399, 402.

Cookies oder aber nur Third Party Cookies blockiert werden.³⁴ ADPC funktioniert grundlegend dergestalt, dass der Nutzer (= Website-Besucher) eine Website aufruft. Die ADPC-Implementierung der Website teilt der ADPC-Implementierung beim Nutzer mit, zu welchen Verarbeitungszwecken Cookies gesetzt werden können, d. h. im Ergebnis, in welche personenbezogene Datenverarbeitungen der Nutzer einwilligen kann. Der Nutzer stellt seine Präferenzen anschließend in seinem im jeweiligen Browser implementierten ADPC-Plug-in ein. Dies wird der ADPC-Implementierung auf Seiten des Servers, auf dem sich die aufgerufene Website befindet, mitgeteilt. Die Mitteilung erfolgt entweder per Signal (= Request-ID), per HTTP-basierter oder JavaScript-basierter Interaktion. Entsprechend den Einstellungen kann der Nutzer anschließend getrackt werden. Mit Blick auf ADPC sollte die Rechtsverordnung in Bezug auf § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) sublit. aa) TTDSG also technische und organisatorische Maßnahmen für Browser enthalten, die es verhindern, dass Browser das jeweilige Übertragungsmittel (= Signal, HTTP-basierte oder JavaScript-basierte Interaktion) von ADPC nicht unterbinden. Des Weiteren sollte in der Rechtsverordnung außerdem geregelt sein, dass ADPC selbst, das auf Plug-in-Basis funktioniert, nicht vom jeweiligen Browser blockiert wird oder werden kann. Und schließlich ist auch daran zu denken, dass die durch das nutzerseitige ADPC-Plug-in getroffenen Entscheidungen nicht vor dem Versand an ADPC auf Seiten des Servers durch den Browser modifiziert werden können. Denkbar ist insoweit der Fall, dass der Nutzer eine für einen Verarbeitungszweck erteilte Einwilligung widerruft, indem er den Schieberegler von blau auf grau setzt (siehe das vorstehende Bild unter C. I. 2. c) bb) (3)) und die Konzeption des Browsers dafür sorgt, dass weiterhin das Signal o. A. gesendet wird, dass der Nutzer seine Einwilligung erteilt hat.

bb) § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) sublit. bb) TTDSG

Damit der Einsatz von ADPC nicht durch die Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG verhindert würde, müsste weiterhin gemäß § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) sublit. bb) TTDSG durch technische und organisatorische Maßnahmen im Browser geregelt werden, dass ADPC als anerkannter Dienst zur Einwilligungsverwaltung gemäß § 26 Abs. 1 TTDSG eingebunden werden darf. Die Einzelheiten des § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) TTDSG sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch in der Literatur unklar.³⁵ Denkbar wäre es z. B., dass jeder Browser-Anbieter (= Mozilla, Google, Microsoft, etc.) einen eigenen Standard entwickelt, mit dem ein Dienst zur Einwilligungsverwaltung (an-)erkannt und eingebunden wird oder aber auch dass sich die Browser-Anbieter auf einen übergreifenden Standard diesbezüglich einigen. Unabhängig davon, wie sich die Vorgehensweise auf Seiten der Browser-Anbieter im Einzelnen gestaltet, müsste die gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG noch zu verabschiedende Rechtsverordnung jedenfalls technische und organisatorische Maßnahmen vorsehen, die eine Einbindung von ADPC oder gleichgelagerten Diensten ermöglichen.

cc) Zwischenergebnis

³⁴ Golland, NJW 2021, 2238, 2241, Rn. 23.

³⁵ Golland, NJW 2021, 2238, 2241, Rn. 23.

Es sind keine zwingenden Argumente aus § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) TTDSG ersichtlich, die einer Berücksichtigung von ADPC im Rahmen der gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG noch zu erlassenden Rechtsverordnung entgegenstünden.

b) § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b) TTDSG

Der mittels Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG zu regelnde § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b) TTDSG wird in der Literatur bisher schließlich so verstanden, dass mittels technischer und organisatorischer Maßnahmen die individuelle Nutzereinwilligung, die der Nutzer auf der Website erteilt, Vorrang gegenüber der Einstellung im Dienst zur Einwilligungsverwaltung genießen soll.³⁶ Die Regelung richtet sich also in erster Linie an den Website-Betreiber. Mittels ADPC zu erteilende Einwilligungen müssen aktiv erteilt werden und sind nicht voreingestellt aktiv. Sofern der Nutzer in solch einer Situation also über das Cookie-Banner der Website seine Einwilligung in eine Datenverarbeitung erteilt, ergeben sich also in Bezug auf den Einsatz von ADPC zunächst keine Vorrangfragen. Mitunter können sich aber Vorrangfragen dann ergeben, wenn der Nutzer (= Website-Besucher) dem Cookie-Banner auf der Website widersprechende Einstellungen in ADPC vornimmt. Diese in der gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG zu erlassenden Rechtsverordnung zu erlassenden Vorrangfragen werfen hinsichtlich der Berücksichtigung von ADPC allerdings keine hindernden Gründe auf.

c) Zwischenergebnis

Es ergeben sich nach hier vertretener Ansicht auch aus § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG keine zwingenden Argumente, die die Gestaltung der Rechtsverordnung nach § 26 Abs. 2 TTDSG dahingehend hindern würden, dass auch ADPC oder eine vergleichbare Spezifikation unter diese Rechtsverordnung fiel.

4. Endergebnis

Es existieren nach hier vertretener Ansicht gute Gründe dafür, dass die geplante Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG so gestaltet werden kann, dass auch eine mit ADPC vergleichbare technische Spezifikation, unter die Rechtsverordnung fallen würde und damit von Browser- und Telemedienanbietern berücksichtigt werden müsste. Abschließend wird noch darauf hingewiesen, dass im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme die Frage der Europarechtskonformität von § 26 TTDSG, die zum Teil in der Literatur kritisch gesehen wird³⁷, außer Acht gelassen wurde.

³⁶ Golland, NJW 2021, 2238, 2241, Rn. 24.

³⁷ Piltz, CR 2021, 555, 563, Rn. 49.

D. Endergebnis

I. Es sprechen guten Argumente dafür, dass es sich bei ADPC um einen Dienst zur Einwilligungsverwaltung gemäß § 26 Abs. 1 TTDSG handeln kann. Sofern es ADPC vergleichbare Angebote betrifft, muss allerdings beachtet werden, dass sich diese nicht substantiell von ADPC unterscheiden dürfen, damit die hier getroffene Einschätzung zutrifft.

II. Es existieren nach hier vertretener Ansicht gute Gründe dafür, dass die geplante Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG so gestaltet werden kann, dass auch eine mit ADPC vergleichbare technische Spezifikation, unter die Rechtsverordnung fallen würde und damit von Browser- und Telemedienanbietern berücksichtigt werden müsste.

Dr. Carlo Piltz

Rechtsanwalt