

RECHTSGUTACHTEN

ÜBER DIE

„HERAUSFORDERUNGEN FÜR TELEMEDIENANBIETER BEI DER COMPLIANCE MIT DEN VORGABEN DES TTDSG UND DER DS-GVO“

ERSTELLT VON

UNIV.-PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M.

REGENSBURG

MIT UNTERSTÜTZUNG VON

RA CORNELIUS SAUERBORN

REGENSBURG/MÜNCHEN

IM AUFTRAG DES

ZENTRALVERBAND DER DEUTSCHEN WERBEWIRTSCHAFT ZAW e.V. (ZAW)

REGENSBURG, DEN 15. MÄRZ 2022

Gliederung

A.	Hintergrund der gutachterlichen Beauftragung	4
B.	Die gutachterlich zu klärenden Rechtsfragen.....	6
C.	Rechtsgutachterliche Bewertung	7
I.	Das Verhältnis von TTDSG, EDSRL und DS-GVO	7
II.	Anforderungen an die Abfrage der Einwilligungserteilung nach § 25 TTDSG	10
1.	Anwendbare Bestimmungen	10
2.	Ablehnung der Einwilligung auf zweiter Ebene	11
a)	Freiwillige Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO; Art. 7 Abs. 4 DS-GVO).....	11
aa)	Ungleichgewicht zwischen den Akteuren.....	12
bb)	Koppelungsverbot	12
cc)	Die Freiwilligkeit der Einwilligung bei Cookie-Bannern mit mehreren Ebenen .	13
dd)	Zwischenergebnis.....	13
b)	Informierte und bestimmte Einwilligung (Art. 4 Nr. 11, 5 Abs. 1 lit. b, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO).....	15
c)	Transparenzgebot (Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO)	16
d)	Einwilligung durch Erklärung oder eindeutig bestätigende Handlung (Art. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO)	16
e)	Jederzeitige Widerrufbarkeit (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO)	17
f)	Zwischenergebnis.....	18
3.	Die farbliche Gestaltung von Einwilligungsflächen	18
a)	Vereinbarkeit der farblichen Hervorhebung der Einwilligungsoption mit den Kriterien der DS-GVO	18
b)	Mögliche Verschärfungen durch den Digital Services Act	19
c)	Zwischenergebnis.....	20
4.	Die Möglichkeiten, einen Dienst von der Einwilligung abhängig zu machen	21
a)	Freiwillige Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO; Art. 7 Abs. 4 DS-GVO).....	22
aa)	Vorliegen eines Ungleichgewichts zwischen den Akteuren	22
bb)	Vorhandensein einer zumutbaren Alternative.....	23
cc)	Koppelungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DS-GVO.....	24
b)	Granularität der Einwilligung	25
c)	Informierte, bestimmte und transparente Einwilligung (Art. 4 Nr. 11, 5 Abs. 1 lit. b, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO)	26
d)	Einwilligung durch Erklärung oder eindeutig bestätigende Handlung (Art. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO)	26
e)	Jederzeitige Widerrufbarkeit (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO)	26
f)	Grundrechtskonformität der gefundenen Ergebnisse.....	27
aa)	Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die digitale Souveränität.	27
bb)	Konformität der gefundenen Ergebnisse.....	29
g)	Zwischenergebnis.....	29
III.	Die Folgen von § 26 TTDSG für Telemedienanbieter	31
1.	Herausforderung eines rechtskonformen Einsatzes von PIMS.....	31
a)	Über PIMS vorzunehmende Einstellungen.....	31
b)	Anforderungen an über PIMS vorzunehmende Einstellungen	31

aa)	Anforderungen an über PIMS erteilte Einwilligungen, wenn das PIMS als Bote auftritt.....	32
(a)	Problem der Informiertheit	32
(b)	Problem der Bestimmtheit	33
(c)	Zwischenergebnis	34
bb)	PIMS als Bevollmächtigte der Endnutzer	35
(a)	Möglichkeit der Stellvertretung	35
(b)	Informiertheit der Einwilligung	36
(c)	Bestimmtheit der Einwilligung	36
(d)	Zwischenergebnis	37
cc)	Zwischenergebnis.....	37
c)	Zwischenergebnis.....	37
2.	Fragerecht der Telemedienanbieter bei abweichenden PIMS-Einstellungen	38
a)	Genese des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	39
b)	Wortlaut des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG.....	40
c)	Telos des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	40
d)	Grundrechtskonforme Auslegung des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	42
e)	Keine strengeren Anforderungen durch TTDSG-Verordnung	42
f)	Zwischenergebnis.....	43
3.	Abweichende PIMS-Einstellungen nach vorheriger Einwilligungserteilung	43
a)	Wortlaut und Genesis des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	43
b)	Telos des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	44
c)	Systematik des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	46
d)	Zwischenergebnis.....	47
4.	Das Verhältnis individueller Einwilligungen zu Browsereinstellungen	47
a)	Wortlaut und Genesis des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	47
b)	Telos des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	49
c)	Systematik des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	49
d)	Zwischenergebnis.....	49
5.	Das Verhältnis von PIMS zu Browsereinstellungen.....	50
a)	Wortlaut und Genesis des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	50
b)	Telos des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG; grundrechtskonforme Auslegung	50
c)	Systematik des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG	50
d)	Zwischenergebnis.....	51
D.	Ergebnisse.....	52

A. Hintergrund der gutachterlichen Beauftragung

Bei der Abwicklung der Telemedizinangebote stellen sich eine Vielzahl von Fragen hinsichtlich der Compliance der dort verwendeten Geschäftsmodelle.

Der größte Teil der Telemedizinangebote finanziert sich entweder über digitale Vertriebs Erlöse oder durch Online-Werbung mit unterschiedlichen Personalisierungsgraden. Dabei haben digitale Anzeigenerlöse eine herausragende Bedeutung.¹ Die Effizienz der personalisierten Werbung ist bei dieser Form der Monetarisierung von endgerätebezogenen Datenverarbeitungen abhängig, was an der schier unerschöpflichen Menge an abrufbaren Inhalten im Internet liegt und zu einem stark segmentierten digitalen Mediennutzungsverhalten der Verbraucher führt. Daher ist eine Vielzahl werbefinanzierter Angebote von einer zielgruppenspezifischen Platzierung von Werbung abhängig, um eine hinreichende Werbeeffektivität und Wettbewerbsfähigkeit zu erzielen, denn diese Werbeform ist gegenüber der klassischen, nicht-personenbezogenen Werbung besonders wirkungsvoll.² Demgegenüber stellen klassische Abonnementmodelle zur Finanzierung der Dienste die Ausnahme dar.

Der Einsatz personalisierter Werbung wirft eine Vielzahl datenschutzrechtlicher Fragen auf. Dies liegt darin begründet, dass das Feld der Online-Werbung auf einen besonders komplexen und sich ständig verändernden Rechtsrahmen stößt. Während auf unionaler Ebene seit einiger Zeit die Datenschutz-Grundverordnung DS-GVO und die E-Privacy Richtlinie (EDSRL) Anwendung finden, ist auf nationaler Ebene – neben der unmittelbar geltenden DS-GVO – neuerdings das Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) als Umsetzung der EDSRL zu beachten, wobei das Verhältnis der einzelnen Bestimmungen zueinander teilweise nicht geklärt ist. Daneben ist ebenfalls ungeklärt, wie die Bestimmungen der DS-GVO im Einzelnen für Telemedienanbieter zu interpretieren sind. Diesen Unklarheiten versucht die Datenschutzkonferenz (DSK), mit einer neuen Orientierungshilfe zu begegnen.³

Die bestehende Unsicherheit wird weiter dadurch potenziert, dass der deutsche Gesetzgeber einen in der Europäischen Union einzigartigen Weg einschlägt, indem er in § 26 TTDSG Dienste zur

¹ Vgl. PWC, German Entertainment & Media Outlook 2021-2025 (Zeitungsmarkt), abrufbar unter: <https://www.pwc.de/de/technologie-medien-und-telekommunikation/german-entertainment-and-media-outlook-2021-2025.html> (letzter Abruf 15.03.2022); zur Bedeutung von Online-Werbung als Erlösquelle s.a. BKartA, Online-Werbung, in: Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft, Februar 2018, S. 7 ff.

² Reisch/Büchel/Joos/Zander-Hayat, Digitale Welt und Handel: Verbraucher im personalisierten Online-Handel. Veröffentlichungen des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen. Berlin, 2016; siehe auch WIK, Economic Impact of the ePrivacy Regulation on Online Advertising and Ad-based Digital Business Model, 2017, https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2017/2017_ePrivacy-BMW.pdf (letzter Abruf 15.03.2022).

³ „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021“, abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf (letzter Abruf: 15.03.2022).

Einwilligungsverwaltung erlaubt, die Einwilligungen in die Speicherung und das Auslesen von Informationen auf Endgeräten durch Personal Information Management Systems (PIMS) verwalten sollen. PIMS sind Anwendungen, in denen der Nutzer einmalig Datenschutzpräferenzen angibt, um diese nicht in jedem Einzelfall gesondert angeben zu müssen. Damit folgte der Gesetzgeber einer Empfehlung der Datenethikkommission, die PIMS für empfehlenswert hält, um der sog. „Click-Fatigue“ beim Auswählen der Einstellungen von Cookie-Bannern entgegenzuwirken.⁴

Doch nicht nur auf nationaler Ebene führen Reformen zu Unsicherheit, auch auf Unionsebene zeigt sich die große Volatilität des Datenschutzrechts in der elektronischen Kommunikation. Während das TTDSG künftig zu weiten Teilen durch die E-Privacy-Verordnung ersetzt werden soll, deren Gesetzgebungsprozess allerdings in jüngster Zeit stockt, finden sich neue Rechtssetzungsvorhaben mit dem Digital Services Act (DSA). In diesem werden in der Ratsposition⁵ nun auch Fragen zur Gestaltung der datenschutzrechtlichen Einwilligungsabfrage geregelt, die neben die bislang anzuwendenden Regelungswerke treten würden.

⁴ Gutachten der Datenethikkommission, 21, 133, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publication-File&v=6 (letzter Abruf: 15.03.2022).

⁵ Abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_EN.html (letzter Abruf: 15.03.2022).

B. Die gutachterlich zu klärenden Rechtsfragen

Aus der Fülle der sich im Rahmen der Erfüllung der Compliance stellenden Rechtsfragen sollen in vorliegendem Gutachten die folgenden zwei Fragenkomplexe beantwortet werden:

1. Wie ist die Abfrage der Einwilligungserteilung nach § 25 TTDSG auszugestalten, insbesondere:
 - a. Muss die Nichterteilung der Einwilligung („Alles ablehnen“-Button) bei der Gestaltung von Einwilligungsabfragen auf derselben Stufe stehen wie der Button zur Einwilligung?
 - b. Wie dürften Dienste auf die Nichterteilung einer Einwilligung reagieren? Dürfen sie insbesondere den Besuch ihrer Website von einer solchen Einwilligung abhängig machen (Cookie-Wall)? Dürfen der betroffenen Person auch Wahlmöglichkeiten gegeben werden, entweder einzuwilligen oder den Dienst von der Zahlung einer Gegenleistung abhängig zu machen (PUR-Modell)?
2. Was folgt aus der Verwendung von PIMS für Telemedienanbieter, insbesondere:
 - a. Welche Anforderungen sind an die über PIMS erteilten Einwilligungen zu stellen? Welche Einstellungen können über PIMS generell vorgenommen werden?
 - b. Dürfen Anbieter von Telemedien auch weiterhin nach Einwilligungen fragen, selbst wenn diese in den PIMS abgelehnt werden?
 - c. Wie sind nach der individuellen Einwilligung nachfolgende Einstellungen in PIMS zu beurteilen, wenn diese der individuellen Einwilligung widersprechen?
 - d. Wie verhalten sich individuell erteilte Einwilligungen zu Einstellungen in Browsern?
 - e. Wie verhalten sich PIMS zu Browsereinstellungen?

C. Rechtsgutachterliche Bewertung

Zur Beantwortung der Fragen muss in einem allgemeinen Teil zunächst das Zusammenspiel der Normen der DS-GVO und des TTDSG im Mehrebenensystem beleuchtet werden (I.). Anschließend ist gutachterlich zu prüfen, wie die Einwilligungsabrufe durch Websitebetreiber auszugestaltet sind (dazu II.). Schließlich sind spezielle Fragen zu adressieren, die sich Websitebetreiber im Zusammenhang mit PIMS stellen müssen (dazu III.).

I. Das Verhältnis von TTDSG, EDSRL und DS-GVO⁶

Zunächst ist darauf einzugehen, wie die rechtlichen Bestimmungen im Mehrebenensystem zusammenwirken.

Vor Inkrafttreten des TTDSG bestand ein Zweiklang bereichsspezifischer Bestimmungen für den Telekommunikations- und Telemedienschutz in TKG und TMG. Auf Unionsebene wurde für den Bereich der elektronischen Kommunikation die E-Privacy-Richtlinie (EDSRL) als *lex specialis* („Detaillierung“) zur Datenschutzrichtlinie (DSRL) geschaffen und sollte diese ergänzen.⁷ Der Begriff der elektronischen Kommunikation entspricht dem deutschen Verständnis von Telekommunikation, wobei die Richtlinie auch Bereiche regelt, die nach dem deutschen Recht in den Bereich der Telemedien fallen, wie etwa Cookies.⁸ Die DSRL wurde mit Inkrafttreten der DS-GVO durch diese aufgehoben (Art. 94 Abs. 1 DS-GVO), wobei die Verweise auf die DSRL als Verweise auf die DS-GVO zu interpretieren sind (Art. 94 Abs. 2 DS-GVO).

Das Verhältnis von EDSRL und DS-GVO musste durch die Aufhebung der DSRL geklärt werden. Entsprechend sieht Art. 95 DS-GVO vor, dass natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union durch die DS-GVO keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden sollen, soweit sie Pflichten der EDSRL unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen.

Weitgehend unstrittig wird aus der Formulierung „keine neuen Pflichten“ abgeleitet, dass das *Lex-specialis*-Verhältnis von EDSRL und DSRL auf Ebene der DS-GVO fortgeführt und die EDSRL

⁶ Dieser Abschnitt orientiert sich an *Kühling/Sauerborn*, CR 2021, 271, 272 ff.

⁷ Art. 1 Abs. 1 S. 1 EDSRL.

⁸ Art. 5 Abs. 3 EDSRL.

soweit nicht durch die DS-GVO verdrängt werden soll.⁹ Da die Richtlinie jedoch nur mindestharmonisierend wirkt und so in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich – in Deutschland etwa teilweise überschießend,¹⁰ teilweise unzureichend¹¹ – umgesetzt wurde, und sie für ihre Wirksamkeit auf Umsetzungsakte angewiesen ist, ergeben sich erhebliche Auslegungsschwierigkeiten bei der Bestimmung des Vorrangs der EDSRL. Diese Problematik folgt nicht zuletzt daraus, dass die EDSRL in ihrem Anwendungsbereich über die DS-GVO hinausgeht, da sie neben dem Grundrecht auf Datenschutz aus Art. 8 GRCh auch die Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 7 GRCh schützen will, die DS-GVO aber nur Ersteres (Art. 1 Abs. 2 DS-GVO). Dieser Unterschied ist allerdings nicht als allzu gravierend einzuschätzen, da der EuGH bei der Anwendung der beiden Grundrechtsvorgaben große Überlappungen sieht bzw. in seiner jüngeren Rechtsprechung regelmäßig nicht näher differenziert. Auch beim Adressatenbereich geht die EDSRL über die DS-GVO hinaus, da durch sie neben Daten natürlicher auch Daten juristischer Personen geschützt werden,¹² oder sogar ganz allgemein Informationen.¹³

Aus diesen Auslegungsproblemen folgen erhebliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Wirksamkeit einzelner Normen. Neben die Frage, ob eine mitgliedstaatliche Norm eine Bestimmung der EDSRL wirksam umsetzt, tritt die Frage, ob die Umsetzung selbst an Art. 95 DS-GVO gemessen werden kann, so dass die Norm nicht durch die DS-GVO verdrängt wird.

Zunächst ist dafür zu klären, wann Vorschriften der EDSRL „dasselbe Ziel verfolgen“ wie die DS-GVO. Dies ist für jede Norm der EDSRL zu prüfen und jedenfalls für die materiell-rechtlichen Vorgaben der Datenverarbeitung in Art. 6 bis 9 und 11 bis 13 EDSRL der Fall.¹⁴ Bei anderen Vorschriften kann es dagegen zu Auslegungsschwierigkeiten kommen, insbesondere, wenn mehrere Ziele gleichzeitig erfasst werden, die teilweise nicht denen der DS-GVO entsprechen,¹⁵ was darin begründet liegt, dass durch die EDSRL und die DS-GVO teilweise unterschiedliche

⁹ *Assion*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 31 Rn. 211; *Golland* in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DS-GVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 95 DS-GVO Rn. 5; *Karg* in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 95 DS-GVO Rn. 3; *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 1; *Piltz*, in: Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 95 Rn. 11; *Sydow*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 95 DS-GVO Rn. 1, 3.

¹⁰ Dies war insbesondere für die Normen in den §§ 88 ff. TKG der Fall, *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 11.

¹¹ So bei der früheren Cookie-Regelung in § 15 Abs. 3 TMG, *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 11a.

¹² Art. 1 Abs. 2 S. 2 EDSRL.

¹³ Art. 5 Abs. 3 EDSRL.

¹⁴ *Golland*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DS-GVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 95 DS-GVO Rn. 11; *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 95 Rn. 7.

¹⁵ *Piltz*, in: Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 95 Rn. 8.

Unionsgrundrechte abgesichert werden sollen. Der Königsweg ist allerdings, Art. 95 DS-GVO auch in Fällen, in denen der Schutz personenbezogener Daten nur Teil eines Motivbündels ist, für einschlägig zu erachten,¹⁶ denn nur so kann die erforderliche Rechtssicherheit gewährleistet werden.

Zur Auslegung des Merkmals „keine weiteren Pflichten“ in Art. 95 DS-GVO werden im Wesentlichen zwei Positionen vertreten: Die wohl herrschende enge Lesart möchte aus der Formulierung schließen, dass nur mindestharmonisierende Vorschriften nicht von der DS-GVO verdrängt werden.¹⁷ Das bedeutet insbesondere, dass jegliche überschießende Umsetzungsmaßnahmen soweit zu reduzieren sind, dass sie den Vorgaben der EDSRL entsprechen und nicht über diese hinausgehen, es sei denn, in deren Normen werden die Mitgliedstaaten ausdrücklich zu Erweiterungen oder Beschränkungen der Rechte und Pflichten aufgefordert. Andere Stimmen wollen dies dagegen so verstehen, dass überschießende mitgliedstaatliche Umsetzungsakte sehr wohl vom Spezialitätsverhältnis umfasst sind, unter anderem weil die EDSRL den Mitgliedstaaten weitgehende Spielräume bei ihrer Umsetzung belässt, sodass eine Verdrängung durch die DS-GVO nur zu befürchten sei, wenn die mitgliedstaatliche Umsetzung EDSRL deren Harmonisierungsrahmen verlassen.¹⁸

Vor dem Hintergrund, dass die DS-GVO grundsätzlich eine Vollharmonisierung anstrebt, ist davon auszugehen, dass auch der Bereich der elektronischen Kommunikation in der Übergangszeit bis zur EDSRL möglichst weitgehend harmonisiert sein soll, was neben der Formulierung in Art. 95 DS-GVO dafür spricht, nur mindestharmonisierende Normen als wirksame Umsetzung anzusehen. Darüber hinaus wird der Gesetzgeber dem Ziel der Beseitigung von Rechtsunklarheiten nur dann Herr, wenn er sich, solange die Auslegung von Art. 95 DS-GVO nicht gerichtlich geklärt ist, für den sichersten Weg entscheidet. Voraussetzung dafür ist wiederum, den vom Unionsgesetzgeber abgesteckten Rahmen keinesfalls zu überdehnen.

Daraus folgt, dass die Bestimmungen des TTDSG nur dann Anwendung finden, wenn sie die EDSRL mindestharmonisierend umsetzen oder sonst durch Öffnungsklauseln oder Bereichsausnahmen gedeckt sind. Für den Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen in § 25 TTDSG gilt

¹⁶ Dies dürfte beispielsweise für die Rufnummernanzeige und -unterdrückung nach Art. 10 EDSRL gelten, bei der der Datenschutz ein Nebenzweck ist, siehe *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 1. Aufl. 2019, Art. 95 DS-GVO Rn. 17.

¹⁷ *Holländer*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), *BeckOK Datenschutzrecht*, 39. Ed. 1.1.2022, Art. 95 DS-GVO Rn. 5; *Keppeler*, MMR 2015, 779, 780; *Kühling/Raab* in *Kühling/Buchner* (Hrsg.) *DS-GVO/BDSG*, 3. Aufl. 2020, Art. 95 Rn. 13; *Nebel/Richter*, ZD 2012, 407, 408; *Sydow*, in: Ders. (Hrsg.), *Europäische Datenschutzgrundverordnung*, 2. Aufl. 2018, Art. 95 DS-GVO Rn. 10.

¹⁸ *Jenny*, in: *Plath* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 3. Aufl. 2018, Art. 95 DS-GVO, Rn. 7.

folglich, dass die Norm mindestharmonisierend Art. 5 Abs. 3 EDSRL umsetzen muss. Aus diesem Grund hat der deutsche Gesetzgeber sich entschlossen, die Norm nah am Wortlaut zu implementieren und sieht entsprechend Art. 94 DS-GVO den Verweis auf die DSRL in Art. 5 Abs. 3 EDSRL als Verweis auf die Bestimmungen der DS-GVO zur Information und Einwilligung des Endnutzers. § 26 TTDSG kennt dagegen kein unionsrechtliches Vorbild, soweit die Norm Regelungen für Dienste der Einwilligungsverwaltung, sog. PIMS trifft.¹⁹ Die Norm kann daher nicht von den Bestimmungen des EDSRL und der DS-GVO abweichen. Konsequenterweise ist daher der Verweis in § 26 Abs. 1 TTDSG auf die Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG so zu interpretieren, dass auch die Einwilligung über PIMS ausschließlich an den Kriterien der DS-GVO zu messen ist.

II. Anforderungen an die Abfrage der Einwilligungserteilung nach § 25 TTDSG

Nachdem das Verhältnis von TTDSG und DS-GVO geklärt wurde, ist zu prüfen, welche rechtlichen Anforderungen an die Abfrage der Einwilligungserteilung nach § 25 TTDSG zu stellen sind.

1. Anwendbare Bestimmungen

Vorab ist dafür festzustellen, welches Regelungsregime bei der Einwilligungsabfrage nach § 25 TTDSG anzuwenden ist. § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG bestimmt, dass die Speicherung von oder der Zugriff auf Informationen auf den Endeinrichtungen des Endnutzers grundsätzlich dem Einwilligungsvorbehalt unterliegt. Damit ist das „ob“ der Einwilligung in dieser Norm zu finden, sodass die DS-GVO aufgrund des in Art. 95 DS-GVO normierten Vorrangs des den Art. 5 Abs. 3 EDSRL umsetzenden § 25 TTDSG insoweit gesperrt ist. Für das „Wie“ der Einwilligung verweist § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG allerdings ausdrücklich auf die Bestimmungen der DS-GVO. Eine eigene Einwilligungsregelung im TTDSG beim Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen, wie sie sich im geleakten Entwurf vom 14. Juli 2020 noch fand,²⁰ wurde wegen berechtigter unionsrechtlicher Bedenken aufgegeben. Daher sind für die Frage, wie die Einwilligungserteilung ausgestaltet sein muss, ausschließlich die Bestimmungen der DS-GVO einschlägig.

¹⁹ Die Regelungen zu Browsereinstellungen finden dagegen in Erwägungsgrund 66 S. 5 der Cookie-Richtlinie RL 2009/136/EU zur Änderung der EDSRL eine gesetzliche Stütze.

²⁰ Siehe dort § 9 Abs. 3, der die Wirksamkeit der Einwilligung lediglich drei Anforderungen unterstellt: Der Endnutzer muss bestimmte Informationen erhalten haben. Diese muss er aktiv bestätigen und den Dienst in Anspruch nehmen.

2. *Ablehnung der Einwilligung auf zweiter Ebene*

Die Gestaltung von Cookie-Bannern, die die Schnittstelle zur Information und der Einwilligung darstellen, sind daher an den Kriterien der DS-GVO zu messen. Eine in der Praxis häufig auftretende Gestaltungsform sieht direkt auf der ersten Ebene einen „Einwilligen“-Button vor, während ein Klick auf „weitere Einstellungen“ oder „Einzelne Cookies auswählen“ erforderlich ist, um die Einwilligung abzulehnen oder granulare Einstellungen vorzunehmen. Es stellt sich die Frage, ob die Ablehnungsoption auf zweiter Ebene, die mehr Handlungsschritte erfordert als die Einwilligung auf erster Ebene, mit den Anforderungen der DS-GVO für eine Einwilligung vereinbar ist, sodass eine über sie erteilte Einwilligung wirksam ist.

Daraus folgt, dass die Einwilligung in das Auslesen und Speichern von Informationen nach § 25 Abs. 1 TTDSG gemäß Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO freiwillig, für den bestimmten Fall und in informierter Weise eindeutig und jederzeit widerrufbar abgegeben werden muss.

a) *Freiwillige Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO; Art. 7 Abs. 4 DS-GVO)*²¹

Art. 4 Nr. 11 DS-GVO definiert die Einwilligung als freiwillig erfolgende Willensbekundung. Die Forderung der Freiwilligkeit der Einwilligung für ihre Wirksamkeit spiegelt die Erkenntnis aus der Rechtswirklichkeit wider, dass sich oftmals ungleiche Partner gegenüberstehen. Die Einwilligung des schwächeren Partners droht ihre Legitimationswirkung für den Eingriff in sein informationelles Selbstbestimmungsrecht zu verlieren, wenn aufgrund faktischer Verhältnisse gleichsam keine echte Wahlmöglichkeit besteht und die betroffene Person einwilligen muss, um die begehrte Leistung zu erhalten oder zu behalten.²² Dasselbe gilt, wenn die betroffene Person durch „übermäßige Anreize finanzieller oder sonstiger Natur zur Preisgabe [ihrer] Daten verleitet wird“.²³ Erforderlich ist, dass der Betroffene bei der Erteilung der Einwilligung „eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“.²⁴ Insgesamt sind für die Bewertung der Freiwilligkeit daher die Kriterien des Ungleichgewichts, der Erforderlichkeit, der vertragscharakterlichen Leistung, der zumutbaren Alternative und eines angemessenen Interessenausgleichs relevant.

²¹ Dieser Abschnitt orientiert sich an *Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht*, 5. Aufl. 2020, Rn. 512 ff.

²² Siehe nur BVerfG, Beschl. v. 25. 3. 1992, 1 BvR 1430/88 – *Fangschaltungen*.

²³ BGH, Urt. v. 16.7.2008, VIII ZR 348/06, Rn. 21.

²⁴ Erwägungsgrund 42 S. 5 DS-GVO.

aa) Ungleichgewicht zwischen den Akteuren

Erwägungsgrund 43 der DS-GVO statuiert, dass eine Einwilligung unfreiwillig sein kann, wenn zwischen den Akteuren ein klares Ungleichgewicht besteht. Typische Beispiele hierfür sind Arbeitsverhältnisse und das Bürger/Staat-Verhältnis, im Einzelfall aber auch Verhältnisse zwischen Unternehmen und Verbrauchern.²⁵ So statuierte das Bundesverfassungsgericht eine aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende Schutzpflicht, die es den zuständigen staatlichen Stellen gebietet, die rechtlichen Voraussetzungen eines wirkungsvollen informationellen Selbstschutzes bereitzustellen. Ist ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, sei es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Bestandteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt.²⁶ Zwar bindet diese Entscheidung nicht die DS-GVO als EU-Verordnung. Diese Grundsätze dürften aber auch auf europäischer Ebene Anwendung finden.

bb) Koppelungsverbot

Für Vertragsverhältnisse konkretisiert Art. 7 Abs. 4 DS-GVO die schon unter dem Regime von Richtlinie und nationalen Umsetzungsgesetzen geltenden Grundsätze des sogenannten Koppelungsverbots. Dieses wird verletzt, wenn die Erfüllung bzw. Eingehung eines Vertrages von einer Einwilligung abhängig gemacht wird, obwohl diese Datenverarbeitung für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich ist. Dies stellt Modelle, die auf einen Tausch von „Leistung gegen Daten“ setzen, unter hohen Druck, da bei konsequenter Anwendung von Art. 7 Abs. 4 DS-GVO die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung bei solchen Geschäftsmodellen scheitern wird. Allerdings handelt es sich bei Art. 7 Abs.4 DS-GVO nur um ein relatives, und nicht um ein strenges Koppelungsverbot. Es ist bei der Auslegung der Norm zu beachten, dass der Gesetzgeber ein strenges Koppelungsverbot für bestimmte Situationen trotz entsprechender Vorschläge bewusst nicht normiert hat.²⁷ Daraus folgt, dass das Modell „Leistung gegen Daten“ nicht ausnahmslos unzulässig ist, sondern lediglich einem erhöhten Legitimationsdruck unterliegt und einer umfassenden Gesamtwürdigung im Einzelfall unterzogen werden muss. Dabei ist danach zu fragen, wie weit die Einwilligung in die Datenverarbeitung reichen soll, ob der Betroffene auf den Dienst angewiesen ist,

²⁵ So etwa im Fall von Monopolisten, siehe *Buchner*, DuD 2016, 155, 158.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.10.2006, 1 BvR 2027/02.

²⁷ Siehe dazu *Ingold*, in: Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 7 DS-GVO Rn. 28, 6; *Stroscher*, ZD-Aktuell 2021, 05337.

datensparsame Alternativen angeboten werden und das Angebot insgesamt auf einen angemessenen Interessenausgleich angelegt ist.²⁸

Daneben spielt es eine Rolle, ob der betroffenen Person für den gewünschten Vertragsschluss eine zumutbare Alternative am Markt zur Verfügung steht,²⁹ was etwa bei großen sozialen Netzwerken, auf deren Nutzung man zur Kontaktaufnahme zu anderen Personen teilweise angewiesen sein kann, nicht der Fall ist.

cc) Die Freiwilligkeit der Einwilligung bei Cookie-Bannern mit mehreren Ebenen

Die Diskussion um die Zulässigkeit einer Mehrebenengestaltung bei Einwilligungs-Bannern findet typischerweise vor dem Hintergrund der Freiwilligkeit statt.³⁰ So wird teilweise gefordert, dass auf der ersten Ebene eines Einwilligungs-Banners bereits eine Möglichkeit zur Ablehnung besteht, da mangels echter Wahlmöglichkeit keine Freiwilligkeit der erteilten Einwilligung angenommen werden könne.³¹ Auch die DSK geht in ihrer „Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemedien“ davon aus, dass ein Mehrebenenansatz die Freiwilligkeit der Einwilligung in Zweifel zieht, da die Ablehnung mit einem höheren Aufwand verbunden ist.³²

Damit würde beim Tatbestandsmerkmal der Freiwilligkeit eine Pflicht statuiert, die Ablehnung der Einwilligung ebenso einfach zu gestalten wie deren Erteilung. Es lässt sich allerdings *de lege lata* keine derartige Pflicht zur Gestaltung der Ablehnungsoption finden. Anders als im Fall des Widerrufs der Einwilligung (Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO) sind die Anforderungen an die Ablehnungsmöglichkeit einer Einwilligung nicht in der DS-GVO normiert. Auch teleologisch widerspricht es nicht dem freien Willen, eine Einwilligung über mehrere Schritte zu generieren.

dd) Zwischenergebnis

Vor dem Hintergrund der Freiwilligkeit ist die Gestaltung des Cookie-Banners mit der Möglichkeit der Ablehnung auf einer zweiten Ebene nicht keineswegs grundsätzlich mit den Vorgaben aus der

²⁸ Zum Vorgenannten umfassend Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 51a.

²⁹ Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 52 ff.

³⁰ Dem Vorschlag des Bundesrates (BT-Drs. 163/21, S. 5), diese Praxis zu untersagen, ist § 25 TTDSG nicht gefolgt.

³¹ Siehe etwa Ettig, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DS-GVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, § 25 TTDSG Rn. 30, m.w.N. in Fn. 59. Auch die französische Datenschutzaufsichtsbehörde CNIL sieht bei Verwendung eines „Alles annehmen“-Buttons auf der ersten Ebene des Einwilligungsmanagers einen Verstoß, wenn die Möglichkeit der Ablehnung erst auf zweiter Ebene gegeben wird, CNIL Délibération n° 2020-092 du 17 septembre 2020, S. 7, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042388197> (letzter Abruf: 15.03.2022).

³² „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021“, S. 17, abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf (letzter Abruf: 15.03.2022).

DS-GVO unvereinbar. So kann im Regelfall die echte und freie Wahl der betroffenen Person nicht in Zweifel gezogen werden, wenn sie lediglich einen oder wenige weitere Klicks vornehmen muss, um die Einwilligung nicht zu erteilen. Dies stellt keine spürbaren Nachteile der betroffenen Person dar, wenn sie ihre Einwilligung verweigern will. Bei dieser Bewertung ist auch zu berücksichtigen, dass die betroffene Person ein Interesse daran haben kann, umfassend über die Datenverarbeitung, in die eingewilligt werden soll, informiert zu werden und feingranulare Einstellmöglichkeiten treffen zu können, die über ein bloßes „Alle Akzeptieren“ oder „Alle ablehnen“ hinausgeht.³³

Als unfreiwillig wird eine Einwilligung erst dann zu qualifizieren sein, wenn die Ablehnung der Einwilligung unzumutbar und unnötig erschwert wird, sodass die betroffene Person einseitig und ohne Gegenwert dazu genötigt wird, eine Einwilligung gegen ihren eigentlichen Willen zu erteilen. Hier bietet es sich an, in Anlehnung an den Grundsatz von Treu und Glauben aus Art. 5 lit. a DSGVO darauf abzustellen,³⁴ ob dem Nutzer durch die Mehrebenengestaltung auch ein Mehrwert durch bessere Einstellmöglichkeiten geboten wird, oder ob sie bloß schikanemäßig erfolgt, um den Nutzer zur Einwilligung zu drängen.

Daher bietet sich ein Ansatz an, der darauf abstellt, ob die Gestaltung des Cookie-Banners auf mehreren Ebenen bloß einseitig dazu führen soll, die betroffene Person durch die Unübersichtlichkeit des Banners zu einer einfach zu erteilenden Einwilligung zu verleiten, oder ob ihr eine sinnvolle Möglichkeit gegeben werden soll, auf der zweiten Ebene individuelle Entscheidungen zu treffen.

Solange ein Cookie-Banner daher einen Mehrebenenansatz verfolgt, der darin begründet ist, dass der Nutzer eine Wahl der Einstellungen treffen und damit die Speicherung von Cookies oder Verwendung anderer endgerätebezogener Markern für alle Zwecke ablehnen kann, ist die Einwilligung noch als freiwillig zu beurteilen.³⁵ Anders ist das zu sehen, wenn die Ablehnung auf einer

³³ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 43 S. 2 DS-GVO, aus dem sich ergibt, dass feingranular einstellbare Einwilligungsoptionen besonders für die Freiwilligkeit der Erklärung sprechen. Umgekehrt kann aus dem Nichtvorliegen feingranularer Einstellmöglichkeiten nicht geschlossen werden, dass die Einwilligung unfreiwillig erfolgt, dazu unten 4. b).

³⁴ Insoweit zurecht die DSK in ihrer „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021“, S. 18, abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf (letzter Abruf: 15.03.2022).

³⁵ So im Ergebnis auch *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DS-GVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 4 DS-GVO; a.A. etwa *Baumgartner/Hansch*, ZD 2020, 435, 437; *Ettig*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DS-GVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, § 25 TTDSG Rn. 30.

zweiten Ebene ohne näheren Grund und bloß schikanemäßig und somit mit Nötigungswirkung erfolgt.³⁶

- b) Informierte und bestimmte Einwilligung (Art. 4 Nr. 11, 5 Abs. 1 lit. b, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO)³⁷

Daneben schreibt Art. 4 Nr. 11 DS-GVO vor, dass die Einwilligung in informierter Weise zu erfolgen hat. Nur eine betroffene Person, die alle entscheidungsrelevanten Informationen kennt, kann Risiken und Vorteile der Einwilligung abschätzen und eine darauf beruhende Entscheidung treffen. Ihre Einwilligung kann sich daher auch nur auf bekannte Umstände beziehen. In unbekanntem Datenverarbeitungen kann daher nicht wirksam eingewilligt werden. Daher hat der Verantwortliche eine umfassende Informationspflicht, insbesondere hinsichtlich der Arten von verarbeiteten Daten, des Verarbeitungszwecks, der Identität des Verantwortlichen und dessen Erreichbarkeit und gegebenenfalls der Datenempfänger. Die Informationspflicht muss vor Einholung der Einwilligung erfolgen (siehe im Einzelnen Art. 12 und 13 DS-GVO). Dem genügt es beispielsweise nicht, wenn zunächst der Eindruck einer Unterrichtung über wissenschaftliche oder andere Erkenntnisse erweckt wird, es aber um die Verwendung von Daten zu späteren Verkaufszwecken geht.³⁸

Im engen Zusammenhang mit der Informationspflicht steht das Erfordernis der Bestimmtheit der Einwilligungserklärung, das sich unmittelbar aus dem Zweckbindungsgrundsatz ableitet.³⁹ Die betroffene Person kann nur dann die Vorteile und Risiken ihrer Einwilligung einschätzen, wenn sie den Inhalt der Einwilligung versteht und die Einwilligungserklärung ausreichend konkret abgefasst ist.⁴⁰

Um dem Gebot der Bestimmtheit zu genügen, sind nicht nur die Daten oder die Art der Daten zu benennen, sondern grundsätzlich auch die einzelnen konkreten Phasen der Datenverarbeitung. Das erforderliche Maß an Bestimmtheit lässt sich allerdings nur in Zusammenschau mit der konkreten Verarbeitungssituation ermitteln. Je komplexer die Verarbeitungsphasen und je höher ihre Anzahl ist, desto weniger kann die Benennung jedes einzelnen Verarbeitungsschritts gefordert werden. In diesen Fällen reicht es aus, wenn die wesentlichen Phasen der Verarbeitung beschrieben sind.

³⁶ Siehe zu einem ähnlichen Fall auch EuGH, Urt. v. 11.11.2020 – C-61/19: Der Verantwortliche verlangte ohne Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung einen Ausweis vom Betroffenen. Lehnte dieser ab, musste er ein besonderes Formular ausfüllen. Damit stellt die Einwilligung keine freie Entscheidung des Betroffenen dar.

³⁷ Dieser Abschnitt orientiert sich an *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 517 ff.

³⁸ Vgl. noch zum BDSG a.F. LG Traunstein, Urt. v. 20. 5. 2008, 7 O 318/08.

³⁹ *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 61 m.w.N.

⁴⁰ Eine mögliche Ausnahme, die unter dem Schlagwort „broad consent“ diskutiert wird, besteht im Bereich wissenschaftlicher Forschung, siehe Erwägungsgrund 33 DS-GVO.

Dabei ist aus Gründen der Verständlichkeit und der Klarheit ein gewisser Grad der Unvollständigkeit hinzunehmen. Umgekehrt sind die Anforderungen an die Bestimmtheit aber umso höher, je mehr der Persönlichkeitsschutz der betroffenen Person berührt wird. Die Einwilligung kann sich immer nur auf die konkrete Datenverarbeitung zu vorher genau festgelegten Zwecken beziehen. Uninformierte Einwilligungen in nicht ausreichend konkretisierte Datenverarbeitungen sind daher unwirksam.⁴¹

Auch diese Kriterien sind bei der Gestaltung von Cookie-Bannern zu beachten. Dabei ist ein Ausgleich zu finden zwischen der Vollständigkeit der relevanten Informationen sowie der Verständlichkeit für die betroffene Person. Jedenfalls müssen die erforderlichen Informationen der betroffenen Person aber zur Verfügung gestellt werden, bevor diese einwilligt. Um einen „Information Overload“ zu vermeiden, bietet es sich an, im Cookie-Banner klar sichtbar einen Hinweis auf die Datenschutzzinformationen der Website zu platzieren, die die betroffene Person erreichen kann, bevor sie eine Einwilligung erteilt.

c) Transparenzgebot (Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO)

Um ein „Verstecken“ von Einwilligungserklärungen zu verhindern, fordert Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO als besondere Ausprägung des Transparenzgebots des Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO die Hervorhebung der Einwilligung.⁴² Der Einwilligungstext muss sich optisch von den übrigen Erklärungen abheben und angemessen platziert sein. Wird dies nicht gewährt, ist die Einwilligung unwirksam und die Datenverarbeitung rechtswidrig. Ferner muss der Text der betroffenen Person den Inhalt der Einwilligung, die vom Verantwortlichen vorformuliert und nicht mit anderen Erklärungen gemeinsam abgegeben wird, in einer klaren und verständlichen Sprache vor Augen führen.⁴³ Dies ist bei der Gestaltung des Begleittexts auf dem Cookie-Banner ebenfalls zu beachten.

d) Einwilligung durch Erklärung oder eindeutig bestätigende Handlung (Art. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO)

In der DS-GVO ist nunmehr vorgesehen und höchstrichterlich bestätigt, dass die Einwilligung ausdrücklich erteilt werden muss. Damit sind durch vorausgewählte Einstellungen oder vorangekreuzte Auswahlkästchen erteilte Einwilligungen, sogenanntes Opt-Out, unwirksam (Art. 4 Nr. 11

⁴¹ Zum BDSG a.F. etwa BGH, Urt. v. 19.9.1985, III ZR 213/83; Urt. v. 10.7.1991, VIII ZR 296/90; Urt. v. 11.12.1991, VIII ZR 4/91.

⁴² *Tinnefeld/Buchner/u.a.*, Einführung in das Datenschutzrecht, 7. Aufl. 2019, S. 418.

⁴³ Vgl. dazu auch *Ernst*, ZD 2017, 110, 113.

DS-GVO, Erwägungsgrund 32 DS-GVO).⁴⁴ Darüber hinaus muss die betroffene Person sich bei der Abgabe im Klaren darüber sein, dass sie etwas Rechtserhebliches erklärt (Einwilligungsbewusstsein). Konkludente Einwilligungserklärungen, etwa durch das bloße Weiterscrollen auf einer Homepage, sind daher überhaupt nicht mehr möglich.⁴⁵ Doch auch wenn eine aktive Einwilligung eingeholt wird, muss diese eindeutig formuliert sein. Es ist daher erforderlich, dass durch die Schaltfläche und den Begleittext deutlich wird, dass die betroffene Person etwas Rechtserhebliches erklären möchte.⁴⁶

Das spricht allerdings nicht gegen die Verwendung eines Mehrebenenansatzes bei Cookie-Bannern an sich. Das Kriterium, ob eine Ablehnung der Einwilligungserteilung umständlicher ist als die Erteilung, ist für die Beurteilung der Eindeutigkeit der Bestätigung nicht von Relevanz, da allein danach zu fragen ist, ob aus der Erklärung der Wille der betroffenen Person hervorgeht, in die Datenverarbeitung einzuwilligen.⁴⁷

e) Jederzeitige Widerrufbarkeit (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO)

Das Datenschutzrecht kennt in Art. 7 Abs. 3 DS-GVO die Möglichkeit des bedingungslosen Widerrufs, der nicht an eine Frist gebunden ist, sondern „jederzeit“ ausgeübt werden kann (Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO) und die Wirksamkeit der Einwilligung ex nunc beseitigt. Der datenschutzrechtliche Widerruf stellt damit letztlich eine Ausprägung der Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung dar.⁴⁸ Damit das Widerrufsrecht nicht künstlich erschwert wird, muss es so einfach wie die Einwilligung ausgestaltet sein (Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO). Daneben muss die betroffene Person vor Abgabe der Einwilligung über ihr Widerrufsrecht informiert werden (Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO).

Daraus folgt, dass der Widerruf der Einwilligung spiegelbildlich zur Erteilung erfolgen muss. Bei der Verwendung von Cookie-Bannern mit der Einwilligungsoption auf erster Ebene ist daher auf

⁴⁴ Dazu EuGH, Urt. v. 1. 10. 2019 – C-673/17, Rn. 55–65 – *Planet49*; siehe auch *Kühling/Sauerborn*, CR 2021, 271, 279.

⁴⁵ Siehe *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 58b, 58c.

⁴⁶ *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 Rn. 56 DS-GVO.

⁴⁷ A.A. in Bezug auf unterschiedliche Kommunikationseffekte die DSK in ihrer „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021“, S. 13 f., abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf (letzter Abruf: 15.03.2022).

⁴⁸ Siehe *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 529.

der Website – ebenfalls auf erster Ebene – ein Link zu implementieren, der ohne weitere Umwege zu den Cookie-Einstellungen und der Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung führt.⁴⁹

f) *Zwischenergebnis*

Ein Mehrebenenansatz bei Cookie-Bannern, bei denen die Erteilung der Einwilligung auf erster Ebene möglich ist, aber erst auf zweiter Ebene in feingranularer Weise weitere Einstellungen vorgenommen oder die Einwilligung verweigert werden kann, ist an den Kriterien der DS-GVO zu messen. Diese verbieten eine derartige Gestaltungsmöglichkeit, anders als von der DSK angenommen, nicht. Insbesondere kann nicht ohne weiteres bei einer solchen Gestaltung angenommen werden, dass die betroffene Person keine freie Wahl der Entscheidung hat. Etwas anderes kann allerdings dann gelten, wenn die Ablehnung der Einwilligungserteilung künstlich derart erschwert wird, dass die Einwilligung von der betroffenen Person abgenötigt wird.

Damit ist der Orientierungshilfe der DSK in diesem Punkt nicht zu folgen. Vielmehr ist eine Einzelfallbetrachtung geboten, die die Anforderungen der DS-GVO in den Blick nimmt und bestimmte Ansätze nicht pauschal verbietet. Ultimatim wird dies allerdings erst richterrechtlich – in letzter Konsequenz durch den EuGH – entschieden werden können.

Daneben sind im Übrigen auch die anderen Vorgaben der DS-GVO zur Einwilligung zu beachten. Sie muss also in informierter und transparenter Weise durch ausdrückliche Erklärung und jederzeit widerrufbar erfolgen. Auch dies ist jedoch auch im Rahmen eines Mehrebenenansatzes grundsätzlich möglich.

3. *Die farbliche Gestaltung von Einwilligungsflächen*

Eng mit der Frage der Zulässigkeit eines Mehrebenenansatzes bei Cookie-Bannern ist die Frage verknüpft, ob eine Hervorhebung der Einwilligungsoption gegenüber der Option des Ablehnens zulässig ist.

a) *Vereinbarkeit der farblichen Hervorhebung der Einwilligungsoption mit den Kriterien der DS-GVO*

Es lässt sich mit der Frage nach einer eindeutig bestätigenden Handlung auch die Frage adressieren, ob Cookie-Banner so gestaltet werden können, dass sie den Nutzer zur Einwilligung drängen. Auch

⁴⁹ So zurecht auch die DSK in ihrer „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021“, S. 18, abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf (letzter Abruf: 15.03.2022).

bei dieser Frage sind allein die Kriterien der DS-GVO zur Einwilligung heranzuziehen. Das bedeutet, die Gestaltung des Banners muss dafür sorgen, dass die Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO freiwillig, für den bestimmten Fall und in informierter Weise eindeutig und jederzeit widerrufbar abgegeben werden muss.

Während die Freiwilligkeit danach grundsätzlich nicht in Zweifel gezogen werden kann, können Bedenken hinsichtlich der Informiertheit bestehen. Problematisch ist es insoweit, wenn die grafische Gestaltung dazu führt, dass der Nutzer glaubt, keine Möglichkeit zu haben, eine Einwilligung nicht zu erteilen. In diesem Fall kennt der Nutzer nicht alle entscheidungsrelevanten Informationen und ist daher nicht ausreichend informiert.

Damit dies angenommen werden kann, muss die grafische Gestaltung aber dazu führen, dass die Option des Ablehnens so weit in den Hintergrund rückt, dass sie vom Betroffenen kaum noch wahrnehmbar ist. In diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass der Betroffene bei Erteilung der Einwilligung nicht um die Möglichkeit der Ablehnung wusste. Ein einfaches Hervorheben der Einwilligungsoption gegenüber der Option des Ablehnens kann dagegen die Informiertheit nicht in Zweifel ziehen.⁵⁰ Insoweit ist es konsequent, dass die DSK in ihrer „Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemedien“ die Farbwahl der Schaltflächen bei der Frage unzulässiger Bannergestaltung nicht behandelt.⁵¹

b) Mögliche Verschärfungen durch den Digital Services Act

Auf Unionsebene zeigen sich nun erstmals gesetzgeberische Aktivitäten, die eine Gestaltung von Consent-Management-Systemen ausdrücklich adressieren. Während die Positionen zur angekündigten E-Privacy-Verordnung noch keine Bestimmungen zur Interfacegestaltung enthalten, legte sich der Rat am 25. November 2021 auf eine allgemeine Ausrichtung des Digital Services Act (DSA-Ratsposition)⁵² fest, in der erstmals spezielle Regelungen zur Interfacegestaltung für Marktplätze aufgenommen wurden. Diese wurden in der Position des Europäischen Parlaments vom 20. Januar

⁵⁰ So im Ergebnis auch *Baumgartner/Hansch*, ZD 2020, 435, 437, 438 m.w.N., die dazu aber auf die Unmissverständlichkeit und die eindeutig bestätigende Handlung der Einwilligung abstellen. A.A. aber LG Rostock, 15.9.2020 – 3 O 762/19, Rn. 54, das eine farbliche Hervorhebung des „Einwilligen“-Buttons gegenüber dem „Ablehnen“-Button für unzulässig erachtet. A.A. nun auch verschiedene Aufsichtsbehörden, siehe *Ettig*, in *Taeger/Gabel* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, § 25 TTDSG Rn. 30 m.w.N. in Fn. 61.

⁵¹ „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021“, S. 13, abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf (letzter Abruf: 15.03.2022).

⁵² Abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13203-2021-INIT/en/pdf> (letzter Abruf: 15.03.2022).

2022 (DSA-EP)⁵³ nochmal deutlich erweitert und feingranularer ausgestaltet. Nach jetzigem Stand ist davon auszugehen, dass der Europäische Gesetzgeber die Rechtsform der Verordnung für den DSA wählen wird, sodass die Bestimmungen auch ohne nationale Umsetzungsakte unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten der Union entfalten werden (Art. 288 Abs. 2 AEUV).

Das Europäische Parlament hat am 20. Januar 2022 seine Position beschlossen (im Folgenden DSA-EP) und adressiert dabei die Gestaltung von Interfaces in Art. 13a umfassend für alle Vermittlungsdienste. Solche Dienste sind Hosting-Diensteanbieter sowie Online-Plattformen wie Online-Marktplätze, soziale Netzwerke und sehr große Online-Plattformen mit regelmäßig mehr als 45 Millionen Nutzern.⁵⁴ Dienste, die nicht unter diese Kategorien fallen, werden nun in Art. 1a Abs. 2 ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der DSA-EP ausgenommen.

In Erwägungsgrund 39a S. 4 werden nun manipulative Interfacegestaltungen, sogenannte „dark patterns“, definiert. So sollen alle Praktiken umfasst sein, die den Dienstempfänger täuschen oder beeinflussen und dessen Autonomie, Entscheidungsfreiheit oder Auswahl durch die Struktur, das Design oder die Funktionalität eines Online-Interface oder eines Teils davon verzerren oder beeinträchtigen. Nach dieser Definition steht die Bedrohung der Autonomie des Dienstempfängers im Mittelpunkt. Dabei wird auch darauf abgestellt, ob die Ergebnisse für den Adressaten wünschenswert sind, was in Erwägungsgrund 39a in S. 5 weiter ausgeführt wird.

In Art. 13a Abs. 1 der DSA-EP ist sodann ein Verbot von „dark patterns“ normiert. Generell sollen Anbieter von Vermittlungsdiensten entsprechend der Definition von „dark patterns“ das Nutzerinterface nicht so gestalten dürfen, dass die Fähigkeit der Dienstempfänger zu einer freien, autonomen und informierten Entscheidung beeinträchtigt wird.⁵⁵ Daneben werden einzelne Praktiken genannt, die stets verboten sein sollen. Dies betrifft unter anderem die oben genannte Gestaltungspraxis, Einwilligungsschaltflächen auffälliger zu gestalten als andere Schaltflächen.⁵⁶

c) Zwischenergebnis

Bei der Gestaltung von Schaltflächen ist eine gewisse Beeinflussung durch unterschiedliche Farbgestaltung oder Hervorhebung keineswegs grundsätzlich unzulässig. Sie ist vor dem Hintergrund der Informiertheit der Einwilligung solange als zulässig zu erachten, wie die Möglichkeit der

⁵³ Abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_EN.html (letzter Abruf: 15.03.2022).

⁵⁴ *Giepen/Uphues*, EuZW 2021, 627.

⁵⁵ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 39a der DSA-EU-Parl.-Position.

⁵⁶ Insoweit würde eine bislang nach richtiger Ansicht grundsätzlich zulässige Praxis untersagt. Siehe dazu b) oben.

Ablehnung noch deutlich durch die betroffene Person wahrnehmbar ist. Eine Grenze ist überschritten, wenn die Einwilligung wegen der Interfacegestaltung in der falschen Annahme erteilt werden kann keine alternative Handlungsmöglichkeit zu haben. Dies ist eine Frage der konkreten Einzelfallgestaltung, verallgemeinerungsfähige Vorgaben, insbesondere zur Farbgestaltung sind hier weder möglich noch angezeigt.

Es zeigen sich auf Unionsebene mit dem DSA Tendenzen, die Interfacegestaltung weiter zu regulieren und nun explizit zu adressieren. Zwar ist noch unklar, in welcher finalen Form der DSA erlassen wird. Insgesamt zeigt sich aber, dass auf Unionsebene die Gestaltung von Interfaces verstärkt in den Fokus der Gesetzgebung rücken. Für Vermittlungsdienste würden derartige Regelungen im DSA weitergehende Einschränkungen in der Interfacegestaltung bedeuten, die über die bisherigen gesetzlichen Anforderungen hinausgehen. Es scheint fraglich, ob derartige Vorgaben, die eine Gestaltung der Interfaces strengen Regelungen unterwerfen, tatsächlich angezeigt sind und ob der DSA oder nicht eher das Lauterkeitsrecht dafür der richtige Ort wäre. Im Übrigen bieten die geltenden datenschutzrechtlichen Vorschriften ein ausreichend starkes Schwert gegen eine manipulative Interfacegestaltung. So kann das Recht dynamisch und im Einzelfall darauf reagieren, ob die Interfacegestaltung als unfreiwillig oder uninformiert und somit unwirksam angesehen werden kann. Ein leichtes „Lenken“ des Betroffenen zu einer Einwilligung wäre danach in gewissen Grenzen zulässig.

Ein weitergehender Schutz ist für die Wahrung der informationellen Selbstbestimmung und der digitalen Souveränität nicht zwingend geboten. Das gilt etwa für ein pauschales Verbot einer Hervorhebung von Einwilligungsbuttons, wie es der DSA-EP vorsieht. Es spricht daher Einiges dafür, von einer derartigen Detailgenauigkeit der Regelungen und pauschalen Verboten abzusehen und am flexibleren Ansatz des geltenden Rechts festzuhalten.

4. Die Möglichkeiten, einen Dienst von der Einwilligung abhängig zu machen

Es ist zu klären, ob Telemedienanbieter ihren Dienst von der Erteilung einer Einwilligung abhängig machen dürfen. Dabei ist besonders die in der Praxis häufig anzutreffende Gestaltung des Einwilligungsbanners als Cookie-Wall relevant. Bei dieser Erscheinungsform wird dem Betroffenen der Inhalt der Website nicht angezeigt, wenn er nicht zuvor in die Datenverarbeitung einwilligt. Teilweise findet sich als Alternative zur datenschutzrechtlichen Einwilligung noch die Möglichkeit des Abschlusses eines kostenpflichtigen Abonnements. Diese Gestaltung wird häufig als „PUR-Modell“ bezeichnet.

Entsprechend der Frage nach den Anforderungen an die Gestaltung von Cookie-Bannern sind auch hier die Kriterien der DS-GVO zu beachten. Die Einwilligung muss nach Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO freiwillig, für den bestimmten Fall und in informierter Weise eindeutig und jederzeit widerrufbar abgegeben werden. Wird die Zurverfügungstellung eines Dienstes von einer datenschutzrechtlichen Einwilligung abhängig gemacht, sind daher die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Einwilligung nach der DS-GVO zu beachten.

a) Freiwillige Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO; Art. 7 Abs. 4 DS-GVO)

In der aufsichtsbehördlichen Praxis wird bei der Frage der Abhängigkeit eines Dienstes von der Einwilligung häufig die Freiwilligkeit der Einwilligung in Zweifel gezogen.⁵⁷

Freiwilligkeit liegt nach der DS-GVO dann vor, wenn der Einwilligende eine echte oder freie Wahl hat und in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zu widerrufen, ohne Nachteile zu erleiden.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund ist zu überprüfen, in welchen Fällen die Abhängigkeit der Zurverfügungstellung eines Dienstes von einer datenschutzrechtlichen Einwilligung zulässig ist.

aa) Vorliegen eines Ungleichgewichts zwischen den Akteuren

Eine typische Fallgruppe der Unfreiwilligkeit einer Einwilligung ist das Vorhandensein einer Machtasymmetrie zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen.⁵⁹ Von einer solchen Asymmetrie ist im Regelfall bei Online-Diensteanbietern nicht auszugehen, da in der Regel die betroffene Person aufgrund der Vielzahl von Telemedizinangeboten nicht von einem einzelnen Angebot abhängig ist. Eine Ausnahme kann dagegen in Fällen bestehen, in denen ein Diensteanbieter über eine derartige Marktmacht verfügt, dass der Verzicht auf die Nutzung der Dienste einen signifikanten Nachteil für den Betroffenen darstellen würde. Beispiele dafür sind Infrastrukturdienste, auf die der Betroffene angewiesen sein kann, oder soziale Netzwerke, wenn sich ohne deren Nutzung die Kontakte digital nicht mehr oder nur noch unter großen Anstrengungen erreichen lassen (dazu ausführlicher sogleich bb) und auch cc)). Für einzelne journalistische Dienste dürfte dies angesichts der Vielfalt der Medienangebote jedoch kaum der Fall sein.⁶⁰

⁵⁷ So etwa der EDSA, EDSA in seinen Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 (Version 1.1) v. 4.5.2020, Rn. 39 ff., abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_de.pdf (letzter Abruf: 15.03.2022) und daran anschließend der BfDI, das LfD Niedersachsen und die DSK sowie zahlreiche ausländische Aufsichtsbehörden, siehe *Baumann/Alexiou*, ZD 2021, 349, 350 m.w.N.

⁵⁸ Erwägungsgrund 42 S. 5 DS-GVO.

⁵⁹ Siehe dazu bereits 2. a) aa) oben)

⁶⁰ So zurecht *Baumann/Alexiou*, ZD 2021, 349, 351 m.w.N.

bb) Vorhandensein einer zumutbaren Alternative

Eng mit dem Kriterium des Ungleichgewichts verknüpft ist die Frage, ob dem Betroffenen eine zumutbare Alternative zur Verfügung steht. Aus dem Sinn und Zweck des Freiwilligkeitsgebotes folgt, dass der Betroffene davor zu schützen ist, in eine Datenverarbeitung allein deshalb einzuwilligen, weil er ansonsten ein Leistungsangebot nicht in Anspruch nehmen kann. Konsequenterweise ist daher danach zu fragen, ob für den Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen in zumutbarer Weise möglich ist. Die Gleichwertigkeit ist regelmäßig anzunehmen, wenn das Alternativangebot im Wesentlichen dieselbe Leistung umfasst. Eine absolute Identität kann dagegen nicht gefordert werden. Insbesondere kann es nicht darauf ankommen, ob das Alternativangebot höherpreisiger oder unattraktiver ist, da das an die Einwilligung gekoppelte Angebot möglicherweise gerade wegen der Datenverarbeitungssituation besonders günstig oder innovativ ist.⁶¹ Insbesondere bei Diensten mit Netzwerkeffekten kann allerdings das Vorhandensein einer zumutbaren Alternative problematisch sein. Hier kann die Situation auftreten, dass der Betroffene auf den Dienst angewiesen ist, um überhaupt mit gewissen anderen Personen in Kontakt zu treten. Es treten also Machtasymmetrien auf, die sich negativ auf die Entscheidungsfreiheit des Einwilligenden auswirken können, indem aufgrund der Marktmacht des Verantwortlichen gerade keine zumutbare Alternative für den Betroffenen besteht.⁶² Eine solche Situation dürfte auch anzunehmen sein, wenn die relevanten Alternativen ebenfalls von einer umfassenden Einwilligung abhängig gemacht werden. In diesen Fällen lässt sich von einer Oligopolstellung der Anbieter sprechen, was wiederum das Kriterium der Marktmacht erfüllen dürfte.

Daraus folgt, dass der Websitebetreiber, der sich für die Freiwilligkeit der Einwilligung auf das Vorhandensein zumutbarer Alternativen stützt, das Risiko trägt, dass der Markt keine solchen Alternativen anbietet.⁶³

Eine gute Möglichkeit für den Websitebetreiber, selbst und unabhängig vom Angebot durch Dritte für eine zumutbare Alternative zu sorgen, besteht vor diesem Hintergrund gerade darin, dass dem Betroffenen neben der Einwilligung auch ermöglicht wird, das Angebot „datenverarbeitungsfrei“ bzw. „datenverarbeitungsarm“ durch Geldleistung nach dem sogenannten „PUR“-Modell zu

⁶¹ *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 53.

⁶² *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 53a.

⁶³ Darauf weist auch die DSK in ihrer „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021“, S. 16, abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf (letzter Abruf: 15.03.2022) hin, zieht aber zu Unrecht die Freiwilligkeit insgesamt in Zweifel, unabhängig davon, ob zumutbare Alternativangebote bestehen.

erkaufen.⁶⁴ Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Preisgestaltung der Gegenleistung nicht so hoch ausfällt, dass der Betroffene nicht gewillt sein kann, auf sie zurückzugreifen.⁶⁵ Die Datenschutzbehörde in Österreich hat etwa ein Bezahlangebot für ein Online-Nachrichtenportal als gleichwertige Alternative eingeordnet, das mit 6 EUR monatlich eingepreist wurde.⁶⁶ Gegen das Vorhandensein einer zumutbaren Alternative spricht daneben nicht, dass der Abschluss eines Abonnements komplizierter aufgebaut ist als die datenschutzrechtliche Einwilligung. Dies ist zahlreichen Informationspflichten beim Online-Vertragsabschluss geschuldet und somit der gewählten Alternative immanent.⁶⁷

cc) Koppelungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DS-GVO

Ferner sind die Grundsätze des sogenannten Koppelungsverbots aus Art. 7 Abs. 4 DS-GVO zu beleuchten.⁶⁸ Dieses besagt, dass die Freiwilligkeit in Zweifel gezogen werden kann, wenn die Erfüllung eines Vertrages von einer Einwilligung in eine Datenverarbeitung abhängig gemacht wird, die für die Erfüllung nicht erforderlich ist. Gerade dieser Punkt wird aufsichtsbehördlich häufig bei der Beurteilung sogenannter Cookie-Walls problematisiert.⁶⁹

Allerdings ist das Koppelungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO bereits für einige relevante Einwilligungserklärungen nicht einschlägig. Dies betrifft Fälle, in denen kein Vertragsverhältnis oder eine derartige Anbahnung eines Austausches von Leistungen besteht, etwa durch den bloßen Aufruf einer Website.⁷⁰ Außerhalb vertraglicher Konstellationen findet Art. 7 Abs. 4 DS-GVO nach zutreffender Ansicht aber keine Anwendung.⁷¹ Allerdings wird eine Vielzahl relevanter Fälle auf einen Leistungsaustausch gerichtet sein, sodass eine vertragscharakterliche Leistung durch das Zurverfügungstellen der Websiteinhalte anzunehmen und das Koppelungsverbot einschlägig ist.⁷²

⁶⁴ *Haberer*, MMR 2020, 810, 813 m.w.N.

⁶⁵ Anders NOYB in den angesprochenen Beschwerden. Dort äußern sie die Ansicht, alternative Abonnementmodelle seien preislich am Wert der ansonsten preiszugebenden Daten zu messen. Siehe dazu eingehend *Stroscher*, ZD-Aktuell 2021, 05337.

⁶⁶ Datenschutzbehörde Österreich Bescheid v. 30.11.2018 (ZD-Aktuell 2019, 06436).

⁶⁷ Auch hier ist NOYB dagegen der Ansicht, dies spreche gegen das Vorhandensein einer zumutbaren Alternative, da der komplizierte Vertragsabschluss dazu führen würde, dass der Betroffene den verhältnismäßig einfachen Weg der Einwilligung geht. Siehe dazu eingehend *Stroscher*, ZD-Aktuell 2021, 05337.

⁶⁸ Siehe dazu schon 2. a) bb) oben.

⁶⁹ Siehe dazu die Nachweise bei *Baumann/Alexiou*, ZD 2021, 349, Fn. 17.

⁷⁰ *Baumann/Alexiou*, ZD 2021, 349, 350 f.; *Kreutz*, ZUM 2018, 162.

⁷¹ *Baumann/Alexiou*, ZD 2021, 349, 350, 351; *Stroscher*, ZD-Aktuell 2021, 05337; eine andere Ansicht äußern NOYB, die in ihren Beschwerden davon ausgehen, Art. 7 Abs. 4 DS-GVO müsse auch auf Konstellationen ausgedehnt werden, die außerhalb des vertraglichen Kontextes liegen.

⁷² Umfassend dazu *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 49 ff.

Doch selbst in vertraglichen Konstellationen ist zu beachten, dass der Gesetzgeber auf die Formulierung eines strengen Koppelungsverbot verziehtet und nur ein relatives Koppelungsverbot normiert hat.⁷³ Das bedeutet, dass der Mangel der Erforderlichkeit einer Datenverarbeitung für die Vertragserfüllung nicht nicht grundsätzlich die Freiwilligkeit der Erteilung in Zweifel zieht, sondern nur gewichtig zu bemessen ist. Daraus folgt, dass die Freiwilligkeit sich auch aus anderen Gesichtspunkten wie dem Vorhandensein zumutbarer Alternativen oder einem angemessenen Interessenausgleich ergeben kann.

Es bietet sich daher für Telemedienanbieter an, entweder sicherzustellen, dass der Markt zumutbare Alternativen bereithält, oder selbst eine zumutbare Alternative durch die Schaffung eines Bezahlmodells („PUR-Modell“) zu angemessenen Konditionen zu schaffen.

Für ein solches, relatives Verständnis des Koppelungsverbot und eine Zulässigkeit des „PUR-Modells“ spricht auch, dass der Websitebetreiber in Fällen, in denen kein Alternativangebot wie etwa im Falle besonderer Marktmacht besteht, ansonsten gezwungen wäre, sein Angebot sowohl datenverarbeitungsfrei, als auch entgeltfrei zur Verfügung zu stellen, was faktisch einem entgeltfreien Kontrahierungs- bzw. Lieferzwang gleichkäme.⁷⁴

b) Granularität der Einwilligung

Weiterhin stellt sich die Frage, ob die Einwilligungserteilung derart ausgestaltet werden kann, dass der Betroffene nur die Wahl zwischen der Erteilung und der Verweigerung der Einwilligung hat, ohne feingranulare Auswahlmöglichkeiten in die einzelnen Verarbeitungen vornehmen zu können. Dies wird unter dem Stichwort der „Granularität der Einwilligung“ diskutiert, wobei hierfür Erwägungsgrund 32 S. 5 DS-GVO herangezogen wird.⁷⁵

Allerdings kennt die DS-GVO ein solches Gebot der strikten Granularität nicht. Vielmehr ist es zulässig, verschiedene Datenverarbeitungen mit einer einzelnen Handlung zu erteilen, wobei die Wirksamkeit jeder Datenverarbeitung einzeln zu prüfen ist. Dafür spricht bereits der Wortlaut in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO, der eine Einwilligung für „mehrere bestimmte Zwecke“ zulässt.⁷⁶

⁷³ Siehe dazu schon 2. a) bb) oben.

⁷⁴ So etwa im Kompromissvorschlag des Rates der ePrivacy-VO in Art. 8 Abs. 1a. Dazu auch *Kühling*, CR 2020, 199, 200.

⁷⁵ So in den angesprochenen Beschwerden von NOYB. Dazu eingehend *Stroscher*, ZD-Aktuell 2021, 05337. Die DSK hält auf S. 9 ihrer „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021“, abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf (letzter Abruf: 15.03.2022), Bündelungen von Einwilligungen dagegen für zulässig, wenn dies transparent erfolgt.

⁷⁶ *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spieker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 7 DS-GVO Rn. 6.

Eine sogenannte „Single-Button-Lösung“, mit der die Einwilligung in alle Datenverarbeitungen gleichzeitig vorgenommen werden kann, ist daher unter dem Blickwinkel der Freiwilligkeit keineswegs als solche unzulässig.

- c) Informierte, bestimmte und transparente Einwilligung (Art. 4 Nr. 11, 5 Abs. 1 lit. b, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO)

Daneben sind die formellen Kriterien der Einwilligungserklärung zu beachten. So hat auch eine Cookie-Wall die betroffene Person in transparenter Weise hinreichend zu informieren, sodass diese eine bestimmte Einwilligung erteilen kann. Wird die betroffene Person vor die Wahl gestellt, eine Einwilligung zu erteilen oder die Website zu verlassen, stellt dies noch keinen Verstoß gegen die Informiertheit der Einwilligung dar. Der betroffenen Person ist es zuzumuten, zu wissen, dass er eine Website auch einfach verlassen kann, wenn sie die Einwilligung nicht erteilen möchte.

- d) Einwilligung durch Erklärung oder eindeutig bestätigende Handlung (Art. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO)

Ferner muss die Einwilligung durch eindeutig bestätigende Handlung erklärt werden. Damit soll sichergestellt werden, dass die betroffene Person ihre Erklärung unmissverständlich abgeben wollte. Dabei muss das Einwilligungsbewusstsein der betroffenen Person in der Handlung erkennbar hervortreten.

Dies kann in Konstellationen problematisch sein, in denen die betroffene Person mit einer Cookie-Wall konfrontiert ist, und diese einfach „wegklickt“, um zu den gewünschten Inhalten zu gelangen. Dies wird besonders dann relevant, wenn die Einwilligungsschaltfläche lediglich mit „Okay“, „Zustimmen“, oder ähnlichem beschriftet ist. Um dem Problem zu begegnen, bietet es sich an, die Einwilligungsmöglichkeit auf der Cookie-Wall derart auszugestalten, dass die betroffene Person den Inhalt ihrer Erklärung bereits bei flüchtiger Betrachtung erkennt. Dazu kann die Schaltfläche selbst, und nicht nur den Begleittext, bei der Verwendung von Cookie-Walls besonders transparent gestaltet werden, indem sie beispielsweise mit „Ich willige in die Datenverarbeitung“ ein gekennzeichnet wird.

- e) Jederzeitige Widerrufbarkeit (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO)

Ferner muss auch bei der Verwendung von Cookie-Walls die jederzeitige Widerrufbarkeit der Einwilligung gewährleistet sein. Der Widerruf muss sich dabei spiegelbildlich zur Erklärung der Einwilligung verhalten und somit ebenfalls auf erster Ebene der Website möglich sein. Hier bietet es

sich an, einen Link zu den Einstellmöglichkeiten der Cookies und dem Widerruf in deren Einwilligung auf der obersten Ebene der Website zu implementieren.

f) Grundrechtskonformität der gefundenen Ergebnisse

Da bei der Beurteilung der Einwilligungsvoraussetzungen in besonderem Maße auf die Verwirklichung von Grundrechtspositionen abzustellen ist, ist zu prüfen, ob die gefundenen Ergebnisse grundrechtskonform sind.

aa) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die digitale Souveränität

Für die Bewertung datenschutzrechtlicher Problemstellungen ist aus grundrechtlicher Sicht das vom Bundesverfassungsgericht insbesondere im wegweisenden Volkszählungsurteil 1983 aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung von Bedeutung. Darunter ist die Befugnis des Einzelnen zu verstehen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.⁷⁷ Der Schutzbereich erstreckt sich auf jede Form der Erhebung personenbezogener Informationen.⁷⁸ So fasst das Bundesverfassungsgericht den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung weit, wenn es feststellt, dass es vor dem Hintergrund der Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten der Informationstechnologie unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein an sich „belangloses“ Datum mehr geben kann.⁷⁹ Jegliches Datum fällt demnach in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

Dabei muss der Staat Private auch im horizontalen Verhältnis gegenüber Datenschutzgefährdungen durch andere Private in ihrer informationellen Selbstbestimmung schützen.⁸⁰ Zudem sind die grundrechtlichen Vorgaben im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts unter angemessener Berücksichtigung gegenläufiger Schutzaspekte zu berücksichtigen.

Wichtig ist es gleichwohl zu betonen, dass es um eine Selbstbestimmung geht, die sich auch darin äußern kann, Daten in großem Umfang preiszugeben. Insofern ist die verfassungsrechtliche Konzeption begrifflich keineswegs paternalistisch angelegt. Sofern etwa eine Einwilligung auf Basis

⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u.a. = BVerfGE 65, 1 (43) – *Volkszählung*; die folgenden Ausführungen orientieren sich an *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 61 ff.

⁷⁸ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u.a. = BVerfGE 65, 1 (43) – *Volkszählung*; Urt. v. 17.7.1984, 2 BvE 11/8367 = BVerfGE 67, 100 (143) – *Flick-Untersuchungsausschuss*.

⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u.a. = BVerfGE 65, 1 (43) = NJW 1984, 419 (423) – *Volkszählung*.

⁸⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.10.2006, 1 BvR 2027/02 = BVerfGK 9, 353 = WM 2006, 2270 (Juris-Rn. 30); Beschl. v. 11.06.1991, 1 BvR 239/90 = BVerfGE 84, 192 (194 f.) – *Offenbarung der Entmündigung*.

von Transparenz und Freiwilligkeit erfolgt, kann sie daher problemlos Datenverarbeitungsprozesse legitimieren und sie ist gerade Ausdruck des Konzepts der informationellen Selbstbestimmung. Ergänzend findet das Datenschutzgrundrecht aus Art. 8 GRCh Anwendung. Denn wesentliche Teile des datenschutzrechtlichen Rechtsrahmens finden sich in der DS-GVO.⁸¹ Die Grundrechte des Grundgesetzes und die hierzu ergangene verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sind gleichwohl weiterhin von Bedeutung: Einerseits belässt die DS-GVO für den nationalen Gesetzgeber umfangreiche Spielräume, die durch das neugefasste Bundesdatenschutzgesetz⁸² und das TTDSG sowie entsprechende Landesdatenschutzgesetze und eine Vielzahl bereichsspezifischer Regelungen ausgefüllt werden. Auch die Ausführung der datenschutzrechtlichen Normen erfolgt im Wesentlichen durch nationale Behörden, die insoweit ebenfalls einer parallelen Grundrechtsbindung unterliegen. Sollte es zu Interferenzen zwischen den Schutzbereichen der korrespondierenden Normen kommen, insbesondere in multipolaren Grundrechtssituationen, so bleibt es beim Anwendungsvorrang des Unionsrechts, so dass insoweit letztlich die Maßstäbe der Unionsgrundrechte ausschlaggebend sind.⁸³ Zudem hat die jüngere Rechtsprechung des EuGH am Maßstab des „Rechts auf Vergessenwerden“ klar gemacht, dass auch im Rahmen der Anwendung der DS-GVO Spielräume für die Mitgliedsstaaten verbleiben, bei deren Ausfüllung mitgliedstaatliche Grundrechtsstandards relevant sind⁸⁴.

Daraus folgt, dass die Datensouveränität Fluchtpunkt der Betrachtung der Einwilligung sein muss. Sie begrenzt zum einen deren Wirksamkeit, damit sie nicht zu einer bloßen Fiktion verkommt. Auf der anderen Seite darf sie nicht zu restriktiv verstanden werden, da ansonsten die steuernde Kraft der informationellen Selbstbestimmung in Frage gestellt wird.⁸⁵ Es ist daher eine Abwägung zu treffen, ob die betroffene Person Herr über die Preisgabe ihrer Daten ist, gleichzeitig aber nicht bloß einseitig dazu bewogen wird.

⁸¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

⁸² Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die VO (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der RL (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) v. 30.06.2017, BGBl. I, S. 2097; vgl. hierzu auch *Kühling*, NJW 2017, 1985.

⁸³ Vgl. auch *Kühling/Sackmann*, JURA 2018, 364; *Ludwigs/Sikora*, JuS 2017, 385 (391); zu Besonderheiten der sog. Identitäts- und Ultra-Vires-Kontrolle vgl. BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08 u.a. = BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 24.09.2019, C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772 – *Google LLC (Google II)*, Rn. 67.

⁸⁵ *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 Rn. 41.

bb) Konformität der gefundenen Ergebnisse

Dieser Abwägung werden die gefundenen Ergebnisse gerecht. Das Angebot eines alternativen Bezahlmodells fördert die Freiwilligkeit der Einwilligung, da es ein alternatives Bezahlmodell zu angemessenen Konditionen zur Verfügung stellt. Dies dient der Verwirklichung der digitalen Souveränität, denn die betroffene Person hat so eine echte Wahlmöglichkeit bei der Einwilligungserteilung, während ihr zugleich der Wert ihrer Daten und deren Kommerzialisierung zugänglich gemacht wird. Dieses Verständnis führt gerade zu einer Stärkung der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person.⁸⁶ Insoweit ist auch Art. 7 Abs. 4 DS-GVO aus grundrechtlicher Sicht so zu interpretieren, dass die Norm nur ein relatives Koppelungsverbot enthält. Es muss auch marktmächtigen Unternehmen möglich sein, zumutbare Alternativen selbst zu schaffen, etwa, indem Abonnementmodelle als Alternative zur Datenverarbeitung angeboten werden.

Nicht marktmächtigen Unternehmen ist es dagegen auch in grundrechtlicher Hinsicht nicht grundsätzlich verwehrt, den Zugang zur Website von einer Einwilligung abhängig zu machen. Dies zieht die digitale Souveränität der betroffenen Person nicht in Zweifel, soweit zumutbare alternative Angebote bestehen. Eine dennoch erteilte Einwilligung verkommt in diesem Fall nicht zur bloßen Fiktion, denn die betroffene Person hat sich in Ausübung ihrer Rechte trotz des Vorliegens von Alternativen entschieden, eine Datenverarbeitung zu rechtfertigen. Allerdings trägt der Websitebetreiber hier das Risiko des tatsächlichen Bestehens alternativer Angebote. Will der Websitebetreiber daher keine ständige Marktbeobachtung vornehmen, ist ihm zu raten, auch auf ein alternatives Bezahlmodell zu setzen, damit die Wirksamkeit einer dennoch erteilten Einwilligung als freiwillig zu erachten ist.

g) Zwischenergebnis

Aus dem Vorgenannten folgt, dass bei nicht marktmächtigen Unternehmen die Zurverfügungstellung der Website mit der Bedingung der Einwilligung in das Setzen oder Auslesen von Cookies, etwa durch eine Cookie-Wall, keineswegs grundsätzlich unzulässig ist. Es ist vielmehr relevant, ob in einem solchen Fall für die betroffene Person zumutbare Alternativen auf dem Markt bestehen. Sind solche gegeben, ist die Einwilligung, die über eine Cookie-Wall eingeholt wird, grundsätzlich als freiwillig zu beurteilen. Es ist aber zu beachten, dass das nicht marktmächtige Unternehmen das Risiko dafür trägt, dass angemessene Alternativen auf dem Markt bestehen. Deshalb ist anzuraten, dass es den Markt ausreichend beobachtet, wenn es Cookie-Walls einsetzt.

⁸⁶ Siehe *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 3. Aufl. 2020, Art. 7 Rn. 53a.

Anders ist die Situation zu bewerten, wenn das Unternehmen marktmächtig ist. In diesen Fällen ist die Abhängigkeit eines Dienstes von einer für die Zurverfügungstellung des Dienstes nicht erforderlichen Einwilligung wegen des relativen Koppelungsverbots in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO grundsätzlich unzulässig. Insbesondere bestehen aufgrund der Marktmacht des Unternehmens gerade keine zumutbaren Alternativen für den Betroffenen. Allerdings enthält Art. 7 Abs. 4 DS-GVO nur ein relatives Koppelungsverbot, sodass weitere Kriterien bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung zu berücksichtigen sind. Das marktmächtige Unternehmen kann insbesondere die Freiwilligkeit der betroffenen Person fördern, indem es selbst eine zumutbare Alternative zur Verfügung stellt. Hier bietet sich insbesondere eine alternative Monetarisierungsmöglichkeit nach dem „PUR-Modell“ an, also einem Abonnementmodell, das nicht auf Cookies setzt, soweit das Angebot angemessene Bedingungen enthält. Dies dient in besonderem Maße der Verwirklichung der Freiwilligkeit, da so der betroffenen Person vor Augen geführt wird, welchen kommerziellen Wert seine Daten haben und wie diese genutzt werden. Daher stellt das vorliegende Auslegungsergebnis eine stimmige und grundrechtskonforme Interpretation der DS-GVO dar, weshalb auch insoweit der Position der DSK in ihrer Orientierungshilfe nicht zu folgen ist. Final kann diese Frage allerdings erst gerichtlich geklärt werden, wobei dem EuGH die Letztentscheidungskompetenz zukommt.

III. Die Folgen von § 26 TTDSG für Telemedienanbieter

§ 26 TTDSG regelt die Rahmenbedingungen für den Einsatz von PIMS. Diese sollen staatlich anerkannt werden dürfen und dann die Einwilligungsverwaltung für die Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG für die betroffene Person übernehmen dürfen. Wie Browser und Telemedienanbieter auf PIMS- und Browsereinstellungen im Einzelnen reagieren müssen, wird noch in einer Rechtsverordnung nach § 26 Abs. 2 TTDSG zu klären sein.

Im Folgenden ist zunächst auf die Herausforderungen des rechtskonformen Einsatzes von PIMS einzugehen, wobei auch beleuchtet wird, welche Einstellungen in PIMS überhaupt getroffen werden können (1.). Anschließend ist zu prüfen, ob Telemedienanbieter bei ablehnenden PIMS-Einstellungen weiter individuelle Einwilligungen erfragen dürfen (2.). Ferner ist das Verhältnis von individuellen Einwilligungen und nachfolgenden PIMS-Einstellungen (3.) sowie zwischen individuellen Einwilligungen und Browsereinstellungen (4.) und schließlich zwischen PIMS und Browsereinstellungen (5.) zu beleuchten.

1. Herausforderung eines rechtskonformen Einsatzes von PIMS

Zunächst ist zu klären, unter welchen Rahmenbedingungen PIMS rechtskonform eingesetzt werden können. Dafür ist zu prüfen, welche Anforderungen an die über PIMS gestellten Einwilligungen zu stellen sind, damit diese wirksam sind.

a) Über PIMS vorzunehmende Einstellungen

§ 26 TTDSG zeigt, dass die sogenannten Dienste zur Einwilligungsverwaltung lediglich die Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG verwalten dürfen. Das bedeutet, dass PIMS nur solche Einstellungen vornehmen kann, die auch die betroffene Person nach § 25 Abs. 1 TTDSG vornehmen kann. Dies sind die Erteilung der Einwilligung in die Speicherung und das Auslesen von Informationen aus dem Endgerät zu verschiedenen Zwecken sowie deren Ablehnung.

b) Anforderungen an über PIMS vorzunehmende Einstellungen

§ 25 Abs. 1 TTDSG verweist wiederum zur Wirksamkeit der Einwilligung auf die Vorschriften der DS-GVO. Daraus folgt, dass sich die Einwilligung über PIMS stets an den Anforderungen der DS-GVO zu messen hat.

Das wirft eine Vielzahl von Fragen auf, die sich allgemein bei der Verwendung von Datentreuhandmodellen stellen, da für diese *de lege lata* keine Vorsteuerung im Unionsrecht im Allgemeinen

und in der DS-GVO im Besonderen existiert.⁸⁷ So konfliktieren die hohen Anforderungen, die an die Einwilligung zu stellen sind, mit dem eigentlichen Einsatzzweck von PIMS, nämlich der Vereinfachung der Einwilligungserteilung für den Betroffenen.

Daneben gelten die Bestimmungen der DS-GVO zur Einwilligung auch für die Nachweispflichten des Verantwortlichen. So hat der Verantwortliche gemäß Art. 7 Abs. 1 DS-GVO die Wirksamkeit der Einwilligung nachzuweisen, wenn er sich auf eine solche zur Legitimierung der Datenverarbeitung beruft.⁸⁸ Der Verantwortliche trägt daher letztlich das Risiko der Wirksamkeit der Einwilligung. Auch dies scheint vor dem Hintergrund des Einsatzes von PIMS problematisch, da der Verantwortliche keinen unmittelbaren Einfluss mehr auf die Gestaltung der Einwilligungsabfrage nehmen kann, wenn diese über PIMS erfolgt. Es wird eine große Herausforderung darstellen, ob dem Verantwortlichen zugemutet werden kann, auf die Wirksamkeit der über PIMS erklärten Einwilligungen zu vertrauen.

Diese Probleme gilt es zunächst näher zu beleuchten. Geht man davon aus, dass PIMS lediglich in einer Funktion als Bote der betroffenen Person dessen Einwilligung an die Telemediendienste übermitteln, ist die erteilte Einwilligung wirksam, wenn die Anforderungen der DS-GVO in Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO erfüllt sind. Die Einwilligung muss daher freiwillig, in informierter Weise und für den Einzelfall erteilt werden, was bei Einwilligungen, die über PIMS erteilt werden, Schwierigkeiten bereiten kann (dazu sogleich aa)). Besondere Herausforderungen bestehen aber auch dann, wenn PIMS als Stellvertreter Einwilligungen selbstständig mit Wirkung für und gegen den Betroffenen erteilen (dazu sogleich bb)).

aa) Anforderungen an über PIMS erteilte Einwilligungen, wenn das PIMS als Bote auftritt

Nimmt man an, dass PIMS lediglich die Einwilligung des Betroffenen übermitteln, agiert das PIMS lediglich als Bote. In diesem Fall finden die Regelungen zur Einwilligung ohne weitere Besonderheiten Anwendung. Während das Erfordernis der Freiwilligkeit bei der Verwendung von PIMS keinen größeren Bedenken begegnet, da die Verwendung von PIMS nicht verpflichtend ist, stoßen sich PIMS an der Informiertheit und der Bestimmtheit der Einwilligung.

(a) Problem der Informiertheit

Herausfordernd für die Gestaltung von PIMS ist bereits, dass diese das Kriterium der Informiertheit in Art. 4 Nr. 11 DS-GVO einer über sie übermittelten Einwilligung erfüllen müssen. Der

⁸⁷ Dazu grundlegend *Kühling*, ZfDR 2021, 1; *Kühling*, DuD 2021, 783.

⁸⁸ *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 23.

Betroffene ist vor Erklärung der Einwilligung derart umfassend über die Folgen der Einwilligung zu informieren, dass dieser eine Abwägung von Nutzen und Risiken der Folgen der Erteilung vornehmen kann. Dies ist schon für einzelne Anbieter mit komplexen Datenschutzerklärungen und schwer verständlichen Datenverarbeitungsprozessen oftmals problematisch. Wenn nun das PIMS für alle denkbaren Einwilligungssituationen das Einwilligungsmanagement übernehmen soll, potenziert sich das Ausmaß an Informationen. Dies wird PIMS vor die besondere Herausforderung stellen, den Betroffenen angesichts der schier endlosen Zahl möglicher Cookies, Verantwortlicher, Datenempfänger und Verarbeitungszwecke ausreichend zu informieren, ohne ihn mit zu vielen Informationen zu überfordern. Nahezu unmöglich scheint dabei, dass das PIMS den Betroffenen vor der Einwilligungserteilung über die Identität aller potenzieller Websitebetreiber als Verantwortliche informiert. Eine Einwilligung über PIMS, die als Boten fungieren, dürfte daher nur in den wenigsten Fällen als informiert angesehen werden können.⁸⁹

(b) Problem der Bestimmtheit

Gerade beim Einsatz dynamischer Einwilligungen wird die ohnehin schon komplexe Frage der Bestimmtheit der Einwilligung gegenüber PIMS besonders virulent. Das Erfordernis der Bestimmtheit der Einwilligungserklärung (Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO) steht dabei in engem Zusammenhang mit der Informiertheit. Die betroffene Person kann nur dann die Vorteile und Risiken der Einwilligung einschätzen, wenn sie zum einen in der Lage ist, den Inhalt der Einwilligung zu verstehen und wenn zum anderen die Einwilligungserklärung hinreichend konkret abgefasst ist. Blankoeinwilligungen und pauschal gehaltene Einwilligungserklärungen sind daher unwirksam.

Dies ist bei PIMS, die über eine Einwilligung eine Vielzahl von Datenverarbeitungsprozessen einer Vielzahl anderer Verantwortlicher legitimieren sollen, eine große Herausforderung. Insoweit müssen PIMS komplexitätsreduzierende und dynamische Erläuterungsmechanismen entwickeln. Denn um dem Gebot der Bestimmtheit zu genügen, sind nicht nur die Daten oder die Art der Daten zu benennen, sondern grundsätzlich auch die einzelnen konkreten Phasen der Datenverarbeitung. Das erforderliche Maß an Bestimmtheit lässt sich allerdings nur in der Zusammenschau mit der konkreten Verarbeitungssituation ausmachen. Bei einer Vielzahl von – unter Umständen auch noch

⁸⁹ *Nebel* sieht die Lösung des Problems darin, dass sich die vorher nicht feststehende Identität des Verantwortlichen in dem Moment konkretisieren soll, in dem der Betroffene die Website aufruft und die Erklärung übermittelt wird, siehe *Nebel*, CR 2022, 18, 20. Dagegen dürfte allerdings sprechen, dass dem Betroffenen die Identität des Websitebetreibers regelmäßig nicht klar sein dürfte. Andernfalls wäre auch eine Impressumspflicht, wie sie in § 5 TMG geregelt ist, überflüssig.

komplexen – Verarbeitungsphasen kann nicht die Benennung eines jeden einzelnen Verarbeitungsschrittes gefordert werden. Es reicht dann aus, wenn die relevanten, für die Beurteilung der Tragweite der Erklärung wesentlichen Phasen der Verarbeitung beschrieben sind. Ein gewisser Grad an Unvollständigkeit ist daher schon aus Gründen der Klarheit und der Verständlichkeit hinzunehmen.⁹⁰ Umgekehrt sind an das Maß an Bestimmtheit umso höhere Anforderungen zu stellen, je mehr der Persönlichkeitsschutz der betroffenen Person berührt wird. Dies kann gerade bei PIMS, die zur besseren Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts der betroffenen Personen eingesetzt und gegebenenfalls durch sinnvolle Kontrollmechanismen überprüft werden, gewisse Vereinfachungen ermöglichen, während gegenüber Verantwortlichen, die in egoistischem Interesse handeln, eher keine Erleichterungen denkbar sind.⁹¹ In diese Richtung zielt von der Logik her auch die Differenzierung zwischen altruistischen und sonstigen Datenmittlern in der von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Daten-Governance-Verordnung.⁹² Da Dienste der Einwilligungsverwaltung nach § 26 Abs. 1 Nr. 2 TTDSG bereits als Voraussetzung ihrer Anerkennung altruistisch agieren müssen, sind solche Erleichterungen hier *de lege lata* zumindest denkbar.

(c) Zwischenergebnis

Tritt das PIMS als Bote auf, stellen sich hohe Hürden bei der Frage, ob Einwilligungen, die über PIMS erteilt werden, wirksam sind. Insbesondere das Kriterium der Informiertheit wird dabei eine große Herausforderung darstellen. Andererseits droht PIMS, die ausreichend informieren, dass diese mangels Vorteils gegenüber der individuellen Einwilligungsabfrage nicht genutzt werden. Wenn der Betroffene sich bei der Einstellung von PIMS bereits durch eine Vielzahl von Informationen kämpfen muss, bietet dies aus seiner Sicht keinen Mehrwert gegenüber dem Wegklicken von Cookie-Bannern. Es bleibt abzuwarten, wie PIMS-Anbieter diese Probleme lösen.

Darüber hinaus ist fraglich, ob die Websitebetreiber sich auf die Wirksamkeit der über PIMS erteilten Einwilligungen verlassen wollen. Die Websitebetreiber sind als Verantwortliche rechenschaftspflichtig nach Art. 5 Abs. 2 DS-GVO und müssen die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung und somit auch der wirksamen Einwilligung (Art. 7 Abs. 1 DS-GVO) nachweisen, ohne Einfluss auf die Parameter der Einwilligung durch PIMS nehmen zu können. Es ist daher zu erwarten, dass die

⁹⁰ Eine für den Betroffenen als begrüßenswert empfundene Vereinfachung ist daher unschädlich, siehe *Nebel*, CR 2021, 18, 21.

⁹¹ Siehe dazu näher *Kühling*, ZfDR 2021, 1, 10.

⁹² Siehe Art. 14 Daten-Governance-Verordnung-E.

Websitebetreiber es bevorzugen werden, trotz über PIMS erteilter Einwilligungen individuelle Einwilligungen abzufragen.

bb) PIMS als Bevollmächtigte der Endnutzer

Nachdem zu erwarten ist, dass PIMS wegen der nur sehr schwer zu erfüllenden Informationspflichten nicht als reine Boten des Endnutzers handeln werden, ist zu prüfen, ob PIMS eigene Einwilligungen im Namen mit Wirkung für und gegen den Endnutzer erteilen dürfen. Die Abgrenzung zwischen Botenschaft und Stellvertretung wird danach vorzunehmen sein, ob den PIMS ein eigener Entscheidungsspielraum bei der Erteilung von Einwilligungen zukommt oder sie bloß eine fremde Erklärung weitergeben.⁹³ Insoweit können PIMS dann als Stellvertreter auftreten, wenn sie die Entscheidungen, in welche Verarbeitungen sie einwilligen, selbstständig treffen. Dazu sind Fälle denkbar, in denen PIMS eine Vorsteuerung gewisser Datenverarbeitungen, in die eingewilligt werden kann, durch den Betroffenen vornehmen lässt, dann aber selbstständig entscheidet, welche Verarbeitungen den Wünschen des Betroffenen am nächsten kommen.

Zunächst ist fraglich, ob eine Stellvertretung bei der datenschutzrechtlichen Einwilligungserteilung überhaupt möglich ist (dazu (a)). Anschließend ist zu prüfen, wie eine Einwilligung in Stellvertretung wirksam erteilt werden kann (dazu (b) bis (d)).

(a) Möglichkeit der Stellvertretung

Die DS-GVO schweigt zur Möglichkeit der Stellvertretung bei der Einwilligungserklärung. Während einige Literaturstimmen eine solche ablehnen, ist eine solche nach zutreffender Ansicht als zulässig zu erachten.⁹⁴ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung umfasst auch die Befugnis des Einzelnen, seine Rechte nicht höchstpersönlich, sondern durch einen Dritten auszuüben.⁹⁵ Allerdings müssen konsequenterweise dann an die Vollmachtserteilung die gleichen, hohen Anforderungen gestellt werden, wie an die Erteilung der Einwilligung.⁹⁶ Daraus folgt, dass auch die Vereinbarung einer Stellvertretung durch PIMS nach DS-GVO-Kriterien insbesondere informiert und hinreichend bestimmt sein muss, was angesichts des Zielkonflikts aus der erwünschten

⁹³ Kühling, ZfDR 2021, 1, 8.

⁹⁴ Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne, MMR-Beil. 2021, 25, 41 m.w.N; siehe auch Botta, MMR 2021, 946, 948.

⁹⁵ Siehe nur Kühling, ZfDR 2021, 1, 8; Kühling, DuD 2021, 783, 784; so jetzt auch Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne, MMR-Beil. 2021, 25, 46; a.A. Frhr. v. Ulmenstein, DuD 2020, 528, 532 ff., der die Einwilligung als höchstpersönliches Rechtsgeschäft einordnet, deshalb jegliche Stellvertretung ausschließt und sogar eine reine Botenschaft kritisch sieht.

⁹⁶ Kühling, ZfDR 2021, 1, 8; nun auch Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne, MMR-Beil. 2021, 25, 41 f.

Vereinfachung der Erklärungen und einer hinreichenden Konkretisierung der Datenverarbeitungssituationen unverändert herausfordernd ist.

(b) Informiertheit der Einwilligung

Dabei wirft das in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO geforderte Maß an hinreichender Informiertheit auch für PIMS als Stellvertreter Schwierigkeiten auf. Wie hier der Spagat zwischen einer möglichst umfassenden Information des Betroffenen auf der einen und der Vermeidung der Überforderung auf der anderen Seite bewerkstelligt werden kann, lässt sich nicht abstrakt-generell beantworten. Vielmehr wird es hier an den Datentreuhändern liegen, entsprechende Informationsmechanismen zu entwickeln, die eine Komplexitätsreduktion vorsehen, aber gleichwohl das Ziel der Informiertheit erreichen. Gerade darum geht es ja im Kern bei sämtlichen Datentreuhänder-Modellen. So sollen die Betroffenen einerseits entlastet werden. Andererseits kann nur eine betroffene Person, die alle entscheidungsrelevanten Informationen kennt, Risiken und Vorteile der Einwilligung abschätzen und eine darauf basierende Entscheidung treffen. Ihre Einwilligung kann sich auch nur auf die Umstände beziehen, die ihr bekannt sind. In eine unbestimmte Datenverwendung kann sie daher nicht wirksam einwilligen. Die PIMS trifft daher wie jeden Verantwortlichen eine umfassende Informationspflicht.⁹⁷ Allerdings erfahren PIMS, die selbstständig im Auftrag des Betroffenen die Einwilligungen an Websitebetreiber erteilen, eine erhebliche Erleichterung dadurch, dass sie als Verantwortliche die Empfänger der Daten nur so konkret individualisieren müssen, wie sie es zum Zeitpunkt der Einwilligungserteilung abschätzen können. Ansonsten müssen sie lediglich die Kategorien von Datenempfängern mitteilen (Art. 13 Abs. 1 lit. e DS-GVO).⁹⁸ Damit müssen sie gerade nicht die Identität eines jeden potenziellen Websitebetreibers, an den die PIMS-Einstellungen übermittelt werden sollen, im Zeitpunkt der Einwilligung bereits kennen und offenlegen.

(c) Bestimmtheit der Einwilligung

Daneben ist auch die Erteilung einer Einwilligung für den bestimmten Fall über PIMS herausfordernd, denn PIMS sollen mit einer Einstellung gerade für eine Vielzahl von Fällen Wirkung entfalten, was grundsätzlich dem Gedanken der Bestimmtheit einer Einwilligung widerspricht. Allerdings wird man aus dem für den Betroffenen als begrüßenswert empfundenen Zweck der Vereinfachung von Einwilligungserklärungen gattungsmäßig bestimmte Einwilligungen erlauben können. Dafür dürfte auch sprechen, dass es sich bei PIMS gerade um altruistische Datentreuhänder

⁹⁷ Zum Vorgenannten *Kühling*, ZfDR 2021, 1, 9.

⁹⁸ Siehe *Bäcker*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 13 Rn. 30.

handeln soll, die zur besseren Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts der betroffenen Person eingesetzt werden und durch Kontrollmechanismen überwacht werden. Das Kriterium der Bestimmtheit kann daher *de lege lata* durch PIMS erfüllt werden, wenn die reduzierte Bestimmtheit mit einer entsprechenden Vereinfachung für den Betroffenen einhergeht.⁹⁹

(d) Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass sich der rechtskonforme Einsatz von PIMS als Stellvertreter in mehrerlei Hinsicht einfacher bewältigen lässt. So führen insbesondere die vereinfachten Informationspflichten dazu, dass das PIMS eher zweckmäßig eingesetzt werden kann, indem es für die betroffenen Personen eine Vereinfachung darstellt.

Allerdings sind die einzelnen Voraussetzungen, wie auch die Vorfrage der Zulässigkeit einer Stellvertretung nicht geklärt. Aus diesem Grund dürfen Telemedienanbieter auch dann, wenn PIMS als Stellvertreter auftreten, mangels Einblicks in die Einwilligungssituationen Zweifel an der Rechtskonformität einer über PIMS erteilten Einwilligung anstellen.

cc) Zwischenergebnis

Es ist festzustellen, dass PIMS mit der DS-GVO einem Rechtsrahmen begegnen, der nicht auf sie ausgelegt ist. Insoweit wird es für Anbieter von PIMS eine große Herausforderung darstellen, die gezeigten Konflikte aufzulösen und eine rechtskonforme Einwilligung zu gewährleisten.

Daraus folgt, dass es für den Telemedienanbieter Compliance-Gesichtspunkten problematisch sein kann, sich auf PIMS-Einstellungen zu verlassen, solange diese noch nicht wirksam etabliert und deren rechtskonformer Einsatz richterlich oder behördlich bestätigt wurde.

c) Zwischenergebnis

§ 26 Abs. 1 TTDSG sieht für PIMS vor, dass sie lediglich die Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG verwalten können. Das bedeutet, dass über PIMS nur Einwilligungen in das Speichern auf und das Auslesen von Endgeräten erteilt werden können.¹⁰⁰ Dies gilt spiegelbildlich auch für die Verweigerung der Einwilligung.

Dabei sind die Anforderungen an die Einwilligungserteilung über PIMS dieselben, wie sie bei einer Einwilligungserteilung ohne PIMS gelten, und richten sich nach der DS-GVO Insbesondere das

⁹⁹ Zum Vorgenannten siehe bereits aa) (b) oben.

¹⁰⁰ Daraus folgt auch, dass nachfolgende Datenverarbeitungen nicht durch PIMS-Einstellungen zu rechtfertigen wären, sondern eine weitere Zulässigkeitsgrundlage benötigen. Kommt dafür nur eine Einwilligung in Betracht, so wäre der Betroffene auch für den Fall wirksamer PIMS-Einstellungen weiterhin mit Einwilligungsabfragen konfrontiert, was dem Zweck von PIMS zuwiderlaufen würde.

Problem, dass der Verantwortliche zu nennen ist, wirft dabei zahlreiche Fragen auf, denn dies würde zu extrem umfangreichen Informationen durch PIMS führen, damit über sie in Botenschaft erteilte Einwilligungen für jeden Websitebetreiber wirksam wären. Gewisse Erleichterungen erfahren PIMS allerdings dann, wenn sie als Vertreter auftreten, da sie dann als Verantwortliche nur ihre eigene Identität für die Informiertheit der Einwilligung angeben müssen und im Rahmen der Informationspflichten nach Art. 12, 13 DS-GVO auch auf Kategorien von Empfängern der Daten verweisen können, wenn sie deren Identität noch nicht kennen. Daneben kommen für PIMS auch Erleichterungen für die Bestimmtheit der Einwilligung in Betracht, da sie der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts dienen. Vor diesem Hintergrund ist bei der Beurteilung der Rechtswirksamkeit von über PIMS erteilten Einwilligungen auch zu beachten, ob die Erteilung der Einwilligung der Verwirklichung der digitalen Selbstbestimmung dient.

Dies führt dazu, dass im Einzelfall Bedenken gegen die Wirksamkeit von Einwilligungen bestehen können, die über PIMS erteilt wurden. So existiert keinerlei spezifizierte Vorsteuerung durch das vorrangige Unionsrecht, sodass über den durch PIMS erteilten Einwilligungen stets das Damoklesschwert der Unwirksamkeit hängt. Es bleibt abzuwarten, welche Modelle durch PIMS-Anbieter entwickelt werden, um diesen Bedenken zu begegnen. Diese Frage ist auch für Websitebetreiber relevant, die auf die Wirksamkeit der über PIMS erteilten Einwilligungen vertrauen wollen, da sie in der Regel keine Einblicke in die Umstände der Einwilligungserteilung bzw. der Bevollmächtigung haben dürften. Es ist daher auf entsprechende Leitlinien der Aufsichtsbehörden zu hoffen, die festlegen, wann der Verantwortliche bei über PIMS erteilte Einwilligungen seiner Rechenschaftspflicht genüge getan hat.

2. Fragerecht der Telemedienanbieter bei abweichenden PIMS-Einstellungen

Es stellt sich anschließend die Frage, wie Telemedienanbieter darauf reagieren dürfen, wenn der Endnutzer über PIMS die Einwilligung in das Speichern und Auslesen von Cookies verweigert. Zur Beantwortung dieser Frage ist zu prüfen, wie die über PIMS getroffenen Einstellungen durch Telemedienanbieter behandelt werden müssen. Dazu enthält § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG, der die inhaltlichen Eckpunkte einer künftigen Rechtsverordnung normiert, Anforderungen an die technischen und organisatorischen Maßnahmen für die Berücksichtigung von PIMS-Einstellungen durch Telemedienanbieter. Die Verordnung soll sicherstellen, dass Anbieter von Telemedien Einstellungen in PIMS „berücksichtigen“. Es ist daher zu prüfen, wie eine solche Berücksichtigungspflicht ausgestaltet werden kann.

a) Genese des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

Die Regelung zu PIMS wurde auf eine Empfehlung der Datenethikkommission¹⁰¹ hin eingeführt, die in PIMS ein wirkungsvolles Instrument sieht, den Betroffenen bei der Ausübung seiner Rechte zu unterstützen. Diese Empfehlung sah zum einen vor, dass PIMS eine Einwilligungsverwaltung vornehmen. Zum anderen sollten auch Betroffenenrechte über PIMS ausgeübt werden können. In das TTDSG wurde nur die Einwilligungsverwaltung und nur für Einwilligungen nach § 25 TTDSG eingefügt. Hintergrund der Regelung war primär, die aufgrund der Entscheidungen Planet49 des EuGH¹⁰² und Cookie-Einwilligung II des BGH¹⁰³ entstehende Cookie-Banner-Flut einzudämmen, was zu einer sog. „Click-Fatigue“ bei den Betroffenen führte und die wirksame Ausübung der digitalen Souveränität bei Cookie-Einwilligungen in Zweifel zog. Im Rahmen der vorgenannten Rechtsprechung wurde dem bisherigen Opt-Out bei der Erstellung pseudonymer Nutzungsprofile für die Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder der bedarfsgerechten Gestaltung von Telemedien, die nach § 15 Abs. 3 TMG zulässig war, mangels Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 EDSRL eine Absage erteilt, sodass Websitebetreiber gezwungen waren, umfassend eine Einwilligung in das Speichern und Auslesen von Informationen vom Endgerät zu ersuchen, was auch Cookies betraf.¹⁰⁴ Da § 25 TTDSG Art. 5 Abs. 3 EDSRL nun nahezu wortlautgleich umgesetzt, sind weiterhin in den meisten Fällen im Anwendungsbereich des § 25 TTDSG Einwilligungsabfragen erforderlich. Dies führt dazu, dass auch künftig Cookie-Banner auf Websites häufig anzutreffen sein werden.

Der Gedanke bei der Einfügung einer Regelung zu PIMS war, dass der Endnutzer einmalig angibt, welche Cookies er akzeptiert und welche nicht, um anschließend nicht bei jedem Websitebesuch erneut danach gefragt zu werden. Dies sollte sein Nutzererlebnis verbessern und der sog. „Click-Fatigue“ durch Cookie-Banner entgegenwirken.

Wie Anbieter von Telemedien PIMS-Einstellungen zu berücksichtigen haben, kann aus der Genese dagegen nicht geschlossen werden. Eine Regelung zu PIMS war erstmals im geleakten TTDSG-Entwurf vom 14.7.2020 in § 3 vorgesehen, wurde in weiteren Entwürfen aber wieder entfernt, um dann in § 26 TTDSG eingeführt zu werden. Dabei beinhaltete § 3 TTDSG-E keinerlei Regelungen

¹⁰¹ Gutachten der Datenethikkommission, 21, 133, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publication-File&v=6 (letzter Abruf: 15.03.2022).

¹⁰² EuGH, Urt. v. 1.10.2019, C-673/17 – Planet49.

¹⁰³ BGH, Urt. v. 28.5.2020, I ZR 7/16 – Cookie-Einwilligung II.

¹⁰⁴ Dazu bereits Kühling/Sauerborn, CR 2021, 271, 279.

zur Berücksichtigungspflicht von Telemedienanbietern. Vielmehr wurde nur abstrakt geregelt, dass und welche Rechte von Endnutzern über PIMS ausgeübt werden können, sowie generelle Regelungen zum Anerkennungsverfahren vorgesehen. Hieraus lassen sich für die aufgeworfene Frage keinerlei Schlüsse ziehen.

b) Wortlaut des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

Der Wortlaut der Norm streitet gegen ein Verständnis, dass Telemedienanbieter strikt und ohne weitere Nachfragen oder Informationen an PIMS-Einstellungen gebunden sind. Ein „berücksichtigen“ ist schwächer als ein „befolgen“, wie es in § 26 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a) aa) für Browser verwendet wird. Nur letzteres sorgt für eine strikte Verpflichtung des Browsers, die Einstellungen umzusetzen. „Berücksichtigen“ bedeutet hingegen, dass der Telemedienanbieter die Einstellungen bei seinem Handeln beachten muss. Das Verb „berücksichtigen“ findet in der DS-GVO an vielen Stellen dann Verwendung, wenn der Verantwortliche eine Abwägung vornehmen muss, bei der er bestimmte Kriterien in die Abwägung mit einzubeziehen hat. Solches Abwägungsmaterial findet sich in § 26 Abs. 2 TTDSG allerdings nicht.

Das bedeutet, dass die PIMS-Einstellungen bei der Speicherung und dem Auslesen von Cookies in irgendeiner Form vom Telemedienanbieter beachtet werden müssen. Ferner kann daraus geschlossen werden, dass er sie keineswegs bedingungslos hinzunehmen hat und nicht nach anderen Einstellungen fragen darf. Der Wortlaut deutet auch nicht darauf hin, dass der Telemedienanbieter nicht „an den PIMS vorbei“ eine eigene Einwilligungsanfrage stellen darf.¹⁰⁵

c) Telos des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

Wie gezeigt (dazu a)) verfolgt § 26 TTDSG den Zweck, der sog. „Click-Fatigue“ durch zahlreiche Cookie-Banner entgegenzuwirken. Die Flut an Cookie-Bannern wurde aber nicht nur als lästig empfunden, sondern sorgten für Bedenken hinsichtlich der digitalen Souveränität des Betroffenen. Die Banner erfüllten durch ihr häufiges Auftreten in vielen Fällen nicht den Zweck, den Endnutzer zu informieren, da sie lediglich als lästig empfunden und schnell weggeklickt wurden.¹⁰⁶ PIMS sollen daher die Funktion übernehmen, den Endnutzer bei Cookie-Anfragen zu entlasten.

Damit sollen PIMS der informationellen Selbstbestimmung des Betroffenen dienen und dessen digitale Souveränität sicherstellen. Es widerspräche dem Zweck von PIMS daher, wenn der

¹⁰⁵ So auch *Golland*, NJW 2021, 2238, 2241.

¹⁰⁶ *Ettig*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DS-GVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, § 26 TTDSG Rn. 1.

Betroffene daneben nicht individuelle Einwilligungen erteilen könnte, womit auch das Fragerecht der Websitebetreiber zu entsprechenden Einwilligungensuchen korreliert. Hätte ein einmaliges Einstellen von PIMS dagegen zur Folge, dass der Betroffene bei dem Besuch von Websites nicht darauf hingewiesen werden dürfte, dass die von ihm gewählten Einstellungen einige Funktionen des Dienstes ausschließen, könnte der Betroffene sich gerade nicht mehr frei zur Preisgabe seiner Daten entscheiden, was aber ein Kernelement der Ausübung der informationellen Selbstbestimmung darstellt.¹⁰⁷

Für die Zulässigkeit dieser Möglichkeit sprechen auch praktische Erwägungen, die eine Einwilligungserteilung „an PIMS vorbei“ für geboten erscheinen lassen. Zum einen ist denkbar, dass viele Nutzer von PIMS diese Einstellungen nach einiger Zeit wieder vergessen oder durch Dritte vornehmen lassen. Der Betroffene wird sich so mit den bereits getroffenen Einstellungen abfinden und sich keine Gedanken beim Websitebesuch machen, ob und welche Daten er mit dem Besuch preisgibt. Daneben ist auch ungeklärt, was passiert, wenn der PIMS-Anbieter sein Angebot – beispielsweise nach einer Insolvenz – einstellt, die Einstellungen aber bereits an die Websites übermittelt wurden. In diesem Fall ist zu befürchten, dass der Betroffene keine Möglichkeit mehr hat, seine Einstellungen zu ändern.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Einsatz von PIMS bislang nicht erprobt ist. Es ist daher den Telemedienanbietern nicht zuzumuten, auf die Einstellungen in PIMS zu vertrauen. Das muss einerseits gelten, wenn die Einwilligung erteilt wurde, da der Telemedienanbieter für die Konformität seiner Datenverarbeitungen rechenschaftspflichtig ist.¹⁰⁸ Umgekehrt kann ihm aber, solange der rechtskonforme Einsatz von PIMS nicht geklärt ist, auch nicht zugemutet werden, auf eine Ablehnung zu vertrauen.

Im Ergebnis ist es daher begrüßenswert, dass sich der Gesetzgeber entschieden hat, Websitebetreiber nicht zum Befolgen von PIMS-Einstellungen zu verpflichten, sondern auf eine freiwillige, sanktionslose Kooperation der Diensteanbieter mit den PIMS-Einstellungen zu setzen.¹⁰⁹

Auch eine teleologische Auslegung kommt daher zu dem Ergebnis, dass Websitebetreiber den Betroffenen trotz voreingestellter PIMS individuell um eine Einwilligung bitten dürfen.

¹⁰⁷ Siehe dazu bereits II. 4. f) oben.

¹⁰⁸ Siehe dazu bereits I. b) oben.

¹⁰⁹ *Schwartzmann/Benedikt* bezeichnen dies als „Soft Law“, siehe DuD 2021, 811, 815

d) Grundrechtskonforme Auslegung des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

Allerdings stellt sich die Frage, ob ein solches Verständnis die gegenläufigen Grundrechtspositionen der Akteure angemessen in Ausgleich bringt. Auf der einen Seite finden sich Telemedienanbieter, die in ihrer unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GRCh bzw. Art. 12 GG geschützt sind. Daneben können sie sich bei Handlungen, die der Finanzierung ihres Angebotes dienen, grundsätzlich auch auf die Medienfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG bzw. nach Art. 11 Abs. 2 GRCh stützen.¹¹⁰ Auf der anderen Seite ist zu würdigen, dass die Endnutzer ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (bzw. ihr Datenschutzgrundrecht aus Art. 8 GRCh) ausüben können, was die Möglichkeit einer individuellen Erteilung erforderlich macht. Um diese Positionen angemessen ausgleichen zu können, spricht vieles dafür, „berücksichtigen“ in § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG nicht derart auslegen zu können, dass Endnutzer nicht über die Folgen ihrer nicht erteilten Einwilligung unterrichtet, bzw. sogar, dass sie nicht um eine Einwilligung gebeten werden dürfen.

Im Ergebnis ist daher eine Einzelabfrage der Einwilligung trotz anderslautender PIMS-Einstellungen für zulässig zu erachten. Der Endnutzer muss die Möglichkeit haben, beim Besuch jeder Seite neu entscheiden zu können, ob er eine separate Einwilligung einholt. Entsprechend darf er auch über die Folgen seiner Einstellungen informiert werden.

e) Keine strengeren Anforderungen durch TTDSG-Verordnung

Es ist noch zu prüfen, ob die Bundesregierung in der Rechtsverordnung nach § 26 Abs. 2 TTDSG strengere Anforderungen an das Befolgen von PIMS- oder Browser-Einstellungen festlegen darf. Dies ist allerdings abzulehnen. Es handelt sich bei der Frage der Berücksichtigung von PIMS- und Browsereinstellungen um einen grundrechtsrelevanten Sachverhalt, sodass die Wesentlichkeitstheorie zum Tragen kommt. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen,¹¹¹ was nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zudem auch für das Verhältnis von Parlamentsgesetz und exekutiver Rechtsverordnung gilt.¹¹² Daraus folgt, dass Abweichungen der Verpflichtung zur bloßen Berücksichtigung nicht in einer Rechtsverordnung, sondern nur in einem parlamentarischen Gesetz erfolgen dürfen.¹¹³ Daher

¹¹⁰ Dazu näher *Kühling*, CR 2020, 199, 202 ff.

¹¹¹ Dazu *Kotzur*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 156 ff.

¹¹² BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 126 f. m.w.N.

¹¹³ So zu Recht auch *Nebel*, CR 2022, 18, 23, 24.

wären Verschärfungen der Berücksichtigungspflicht gegenüber § 26 Abs. 2 TTDSG in der Verordnung unzulässig.

f) *Zwischenergebnis*

Es ist festzuhalten, dass PIMS die Betreiber von Websites nicht daran hindern können, individuelle Einwilligungsabfragen vorzunehmen. Dies ergibt sich zum einen aus der Problematik, dass über PIMS erteilte Einwilligungen in ihrer Rechtmäßigkeit bis zur weiteren Klärung ihres rechtskonformen Einsatzes berechtigten Zweifeln unterliegen. So ist fraglich, ob PIMS die Endnutzereinwilligungen derart verwalten können, dass der Endnutzer ausreichend informiert und die Einwilligung ausreichend bestimmt ist. Im Übrigen lässt sich etwas anderes auch nicht aus den gesetzlichen Vorgaben entnehmen, die lediglich eine Pflicht zum „berücksichtigen“ für Websitebetreiber statuieren.

Zum anderen bestehen aber auch grundrechtliche Bedenken, würde man Diensteanbietern das Abfragen einer individuellen Einwilligung untersagen. Dies widerspräche der aufgezeigten digitalen Souveränität der Betroffenen und würde im Übrigen – ebenfalls nicht nur entgegen den unternehmerischen Interessen, sondern auch denen der an den Diensten interessierten Kunden – Finanzierungskanäle von Telemedienanbietern erheblich gefährden. Einer solchen Berücksichtigung können Websitebetreiber daher schon nachkommen, indem sie in irgendeiner Form auf PIMS-Einstellungen reagieren. Beispielsweise könnten sie, ähnlich wie bei Werbeblockern, darauf hinweisen, dass die Einstellungen in den PIMS gewisse Verarbeitungen verbieten, und sogleich die Einwilligung individuell einholen.

3. *Abweichende PIMS-Einstellungen nach vorheriger Einwilligungserteilung*

Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, welche Rechtsfolgen sich aus PIMS-Einstellungen ergeben, die von einer individuell erteilten Einwilligung abweichen. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob PIMS der ursprünglich erteilten Einwilligung ihre Wirksamkeit berauben. Dafür ist zunächst die Frage zu beleuchten, in welchem Verhältnis individuell erteilte Einwilligungen zu PIMS-Einstellungen stehen.

a) *Wortlaut und Genesis des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG*

§ 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG, der ausschließlich Telemedienanbieter adressiert, regelt deren Pflicht, Einwilligungseinstellungen der Nutzer zu berücksichtigen. Der Wortlaut enthält dagegen keinerlei Aussagen zum Verhältnis der über verschiedene Intermediäre oder individuell

abgegebenen Einwilligungserklärungen zueinander. Aus diesem Grund lässt sich mit dem Wortlaut die Frage nicht beantworten, wie die individuelle Einwilligung und PIMS-Einstellungen konkret ins Verhältnis zu setzen sind. Ferner wurde die Frage auch im Gesetzgebungsprozess nicht behandelt.

b) Telos des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

§ 26 TTDSG dient dem Zweck, der sog. „Click-Fatigue“ durch zahlreiche Cookie-Banner entgegenzuwirken, womit letztlich die digitale Souveränität der betroffenen Person gewährleistet werden soll, indem er sich mit seinen Einwilligungsoptionen befasst, anstatt diese einfach wegzuklicken. Vor diesem Hintergrund ist aber kein Vorrang von über PIMS erteilten Einwilligungen festzumachen. Eine über PIMS erteilte Einwilligung kann keinen höheren Erklärungswert aufweisen als eine individuelle, da letztere für die einzelne Situation erteilt wurde und somit dem tatsächlichen Willen der betroffenen Person am ehesten entspricht, was wiederum der Verwirklichung der digitalen Souveränität – bei Vorliegen der Voraussetzungen an die Einwilligung – am meisten dient. Einem ähnlichen Gedanken folgt § 305b BGB. Die Norm regelt, dass individuelle Vereinbarungen vor der Anwendung der AGB stets Vorrang haben. Freilich findet sie auf die datenschutzrechtliche Frage der Einwilligung keine unmittelbare Anwendung, wengleich Datenschutzerklärungen auch dem AGB-Regime unterfallen können.¹¹⁴ Ihr legt aber der Gedanke zugrunde, dass im Einzelfall getroffene Entscheidungen Vorrang vor Erklärungen haben sollen, die abstrakt getroffen werden. Dieser Gedanke lässt sich auch auf PIMS-Einstellungen übertragen.

Eine Selbstbindung des Betroffenen durch seine PIMS-Einstellungen, wie sie aber vorliegen würde, würde man einen Vorrang der PIMS-Einstellungen vor individuellen Einstellungen annehmen, lässt sich daher mit dem Telos nicht vereinbaren. Eine solche Bindung widerspreche gerade der informationellen Selbstbestimmung des Betroffenen, die unter anderem in der jederzeitigen Widerrufbarkeit der Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO manifestiert wird.

In teleologischer Hinsicht ist daher insgesamt festzuhalten, dass die individuell erteilte Einwilligung gegenüber PIMS-Einstellungen stets vorrangig zu behandeln ist.

Aus diesem Grund ist auch der Ansicht nicht zu folgen, die *de lege ferenda* einen Vorrang von PIMS-Einstellungen dergestalt vorsehen wollen, dass abweichende Individualeinwilligungen

¹¹⁴ Siehe etwa BGH, Urt. v. 28.05.2020 – I ZR 7/16, Rn. 23 – *Cookie-Einwilligung II*.

einem erhöhten Legitimationsdruck unterliegen.¹¹⁵ Dies käme einer grundrechtlich problematischen Selbstbindung des Betroffenen gleich, die unter anderem mit der Möglichkeit eines jederzeitigen und einfachen Widerrufs einer Einwilligungserklärung gerade vermieden werden soll. Aus demselben Grund ist auch der Gedanke abzulehnen, dass bei einer einmal erteilten Einwilligungsablehnung über PIMS eine spätere Einwilligungserteilung nicht über den Telemediendienst, sondern wiederum nur über PIMS eingeholt werden darf.¹¹⁶ Dies führt ebenfalls zu einer mit den grundrechtlichen Maßstäben kaum zu vereinbarenden Selbstbindung der betroffenen Person hinsichtlich des ausgewählten PIMS-Dienstes. Denn die betroffene Person müsste so künftig immer wieder auf diesen Dienst zugreifen, um das Einwilligungsmanagement durchzuführen. Derartige Vorschläge irritieren insoweit, als sie hohe Anforderungen an eine Individualeinwilligung stellen und dem notwendiger Weise pauschaler gesteuerten und steuerndem PIMS eine Art „Einwilligungsmonopol“ zuweisen. Sie überschätzen dabei insgesamt deutlich das (Legitimations-)Potential der ihrerseits keineswegs einfach zu informierenden, steuernden und legitimierenden PIMS für die Umsetzung der informationellen Selbstbestimmung der betroffenen Person und unterschätzen umgekehrt die grundrechtlich gebotene Notwendigkeit, davon unabhängig weiterhin individuelle Entscheidungen treffen zu können. Um es in einem Bild deutlich zu machen: Selbst wenn sich die PIMS eines Tages als gut funktionierendes Vorzimmer des betroffenen Nutzers entwickeln sollten, was gegenwärtig mangels hinreichender Angebote an PIMS noch keineswegs gesichert ist, muss der Nutzer immer noch an diesem vorbei seine informationelle Selbstbestimmung wahrnehmen können, ohne das Vorzimmer „um Erlaubnis“ fragen zu müssen. Denn wenn der betroffene Nutzer seine Einschätzung geändert, Zweifel an der Zweckmäßigkeit von PIMS bekommen hat, ja der einmal eingesetzte PIMS womöglich durch Datenschutzverstöße aufgefallen ist, darf er nicht weiter an diesen PIMS gebunden werden. Nochmals in der aufgezeigten Analogie: Der Nutzer ist keineswegs darauf beschränkt, lediglich das Vorzimmer zu instruieren, um abweichend verfahren zu können. Bildlich gesprochen, muss er, was seine informationelle Selbstbestimmung im Kern gerade ausmacht, einfach selbst aus seinem Büro herauskommen und seine eigene Willenserklärung

¹¹⁵ Stiemering/Weiß/Wendehorst, Forschungsgutachten zum Einwilligungsmanagement nach § 26 TTDSG, 2021, S. 52. Das Gutachten ist abrufbar unter: <https://www.gdd.de/downloads/aktuelles/studien/Gutachten-fuer-Bundesministerium-Wirtschaft-und-Energie.pdf> (letzter Abruf: 15.03.2022). In dem Gutachten bleibt zunächst unklar, ob die Verfasser dies bereits *de lege lata* für möglich erachten. Der gewählte Terminus „wünschenswert“ und der Verweis auf die bestehende geringe Regelungsmacht des nationalen Gesetzgebers in diesem Feld lässt darauf schließen, dass nach Ansicht der Verfasser künftige Regelungswerke einen derartigen Vorrang von PIMS-Einstellungen ermöglichen sollen.

¹¹⁶ So Stiemering/Weiß/Wendehorst, Forschungsgutachten zum Einwilligungsmanagement nach § 26 TTDSG, 2021, S. 55.

direkt abgeben. Anders zu bewerten sind damit verglichen Anforderungen an die Ausgestaltung, die den Zweck verfolgen, die betroffene Person zu informieren und ihr deutlich machen, dass sie nunmehr von ihren PIMS abweicht. Entsprechende Hinweise werden unter dem Blickwinkel der gebotenen Informiertheit der Einwilligung – hier hinsichtlich des Umstands des Widerspruchs zur ursprünglichen PIMS-Einstellung – zu prüfen sein, stellen diese aber keineswegs grundsätzlich in Frage.

c) Systematik des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

In systematischer Hinsicht ist zu beachten, dass die Kriterien der Einwilligung nach der DS-GVO auch für die Frage zurate zu ziehen sind, in welchem Verhältnis sich widersprechende Erklärungen stehen.

Nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO steht dem Betroffenen das Recht auf jederzeitigen Widerruf der Einwilligung mit der Konsequenz der Rechtswidrigkeit einer weitergehenden Datenverarbeitung zu. Der Widerruf ist dem Verantwortlichen gegenüber zu erklären, der auch Adressat der Einwilligungserklärung war. Mit dem Widerruf soll die Freiwilligkeit der Einwilligung sichergestellt werden, indem der Betroffene sich jederzeit von ihr wieder lösen kann.¹¹⁷

Andere Möglichkeiten der Loslösung von der erteilten Einwilligung sind in der DS-GVO nicht normiert. Daraus folgt nach richtiger Ansicht eine Sperrwirkung für die Schaffung weiterer Loslösungsinstrumente, wie etwa einer Anfechtung, denn der Widerruf ist als abschließende Regelung zu sehen.¹¹⁸ Will man nachfolgende, einer individuell erteilten Einwilligung widersprechende PIMS-Einstellungen daher zur Loslösung des Vertrages heranziehen, stellt sich die Frage, ob sie sich als Widerruf des Betroffenen nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO auslegen lässt.

Voraussetzung dafür, dass sich eine Erklärung als Widerruf interpretieren lässt, ist, dass sich der Betroffene mit der Erklärung aus objektiver Sicht von der zuvor erteilten Einwilligung lossagen möchte. Ob dies bei der bloßen Einstellung in PIMS, die vorherigen Einwilligungen widerspricht, der Fall ist, ist zu bezweifeln. So scheint bereits zweifelhaft, dass der Betroffene mit der Einstellung seines PIMS ein Bewusstsein über vergangene Datenverarbeitungen hat. Vielmehr dürften die bloßen Einstellungen so zu verstehen sein, dass er sie für künftige Datenverarbeitungen vornehmen möchte.

¹¹⁷ *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 34.

¹¹⁸ Siehe nur *Buchner/Kühling* in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, Art. 7 DS-GVO Rn. 33.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man allerdings dann, wenn das PIMS den Betroffenen ausdrücklich danach fragt, ob die Einstellungen auch trotz bereits erteilter Einwilligungen Geltung entfalten sollen. In diesem Fall ist eine derartige Einstellung in PIMS als Widerruf zu qualifizieren, da sie das Verständnis der betroffenen Person zum Ausdruck bringt, die bisherigen, widersprechenden Einwilligungen zu beseitigen. Wirksam wird diese Einstellung mit Wirkung ex nunc allerdings erst mit Zugang beim jeweiligen Websitebetreiber, also regelmäßig erst dann, wenn die betroffene Person die Website besucht.

d) *Zwischenergebnis*

Einfache Einstellungen in PIMS, die der zuvor erteilten Einwilligung widersprechen, reichen aus teleologischer und systematischer Sicht nicht aus, um als Widerruf interpretiert zu werden. Vielmehr ist die individuell erteilte Einwilligung grundsätzlich vorrangig vor Einstellungen in PIMS. Es ist darauf hinzuweisen, dass auch der Ratsentwurf der geplanten E-Privacy-Verordnung diesem Verständnis folgt. Dort ist in Art. 4a Abs. 2aa geregelt, dass die individuell erteilte Einwilligung stets Vorrang vor Softwareeinstellungen hat.¹¹⁹

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn das PIMS den Betroffenen ausdrücklich danach fragt, ob den Einstellungen widersprechende, zuvor erteilte Einwilligungen noch fortgelten sollten. In diesem Fall lassen sich PIMS-Einstellungen als Widerruf qualifizieren, die mit dem Zugang beim Telemedienanbieter wirksam werden.

4. *Das Verhältnis individueller Einwilligungen zu Browsereinstellungen*

Zu klären ist sodann das Verhältnis von individuell erteilten Einwilligungen zu Browsereinstellungen.

a) *Wortlaut und Genese des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG*

Während die Normgenese keine Schlüsse auf die Beantwortung dieser Frage zulässt, ist nach dem Wortlaut des § 26 Abs. 2 TTDSG auf unterschiedliche Adressaten abzustellen. Während § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a TTDSG Regelungen enthält, die Browser adressieren, enthält § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG eine Regelung für Telemedienanbieter.

§ 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a sublit. aa TTDSG verpflichtet Browser zunächst dazu, „Einstellungen“ der Endnutzer hinsichtlich ihrer Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG zu befolgen. Unklar bleibt

¹¹⁹ Dazu auch *Stiemerling, Weiß, Wendehorst*, Forschungsgutachten zum Einwilligungsmanagement nach § 26 TTDSG, 2021, Rn. 123.

dabei zunächst, welche „Einstellungen“ gemeint sind. In Betracht kommen Individualeinwilligungen oder Browser-Einstellungen. Gegen die erstgenannte Interpretation spricht, dass in der datenschutzrechtlichen Terminologie im Zusammenhang mit der Abgabe von Einwilligungserklärungen nicht der Begriff der „Einstellungen“, sondern der „Erteilung“ verwendet wird. Dieser Terminologie folgt etwa auch § 26 Abs. 1 Nr. 2 TTDSG, sodass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Norm die korrekte Begriffsfassung vor Augen gehabt haben dürfte. Andererseits scheint eine Regelung, die Browser dazu verpflichtet, die von Nutzern im Browser getroffenen Einstellungen zu befolgen, überflüssig, denn ein anderes Verhalten durch den Browser wäre vor dem Hintergrund irreführenden Handelns bereits lauterkeitsrechtlich bedenklich. Dennoch sprechen die überzeugenderen Argumente dafür, § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a sublit. aa TTDSG so zu interpretieren, dass Browsereinstellungen gemeint sind. So enthält bereits die Überschrift des § 26 TTDSG einen Hinweis auf Einstellungen, der überflüssig wäre, wäre die individuelle Einwilligungserteilung gemeint. Ferner hätte eine andere Interpretation zur Folge, dass individuelle Einwilligungserklärungen von Telemedienanbietern nur zu berücksichtigen wären, denn § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG sieht für PIMS-Einstellungen und „Einstellungen durch die Endnutzer“ gleichermaßen keine Befolgens- sondern eine Berücksichtigungspflicht vor. Dieses Ergebnis wäre allerdings *contra legem*, da für eine Verarbeitungssituation nach § 25 Abs. 1 TTDSG in der Regel eine Einwilligung erforderlich wäre, sodass eine solche, individuell erteilte Einwilligung durch Telemedienanbieter als Verantwortliche in jedem Fall zu befolgen wäre.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a sublit. aa TTDSG in Bezug auf Browser eine strenge Bindung an Browsereinstellungen vorsieht, denn diese haben Einstellungen der Endnutzer zu befolgen.¹²⁰ Zu der spezifischen Frage, wie die individuelle Einwilligung dazu im Verhältnis steht, schweigt der Wortlaut nach dieser Norminterpretation allerdings.

Der Telemediendienst als Adressat des § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG hat allerdings sowohl die Einstellungen des Endnutzers als auch die über PIMS erteilten Einwilligungen lediglich zu berücksichtigen. Wie gezeigt enthält § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG keine Rangfolge der verschiedenen Einwilligungsmöglichkeiten.¹²¹ Aus dem Wortlaut lässt sich daher kein Vorrang einer individuellen Einwilligung oder der Browser-Einstellungen entnehmen.

¹²⁰ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Golland*, der § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a sublit. aa TTDSG als Regelung zu Browsereinstellungen einordnet, siehe NJW 2021, 2238, 2240.

¹²¹ Siehe dazu bereits 3. a) oben.

b) Telos des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

In teleologischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass sowohl die Möglichkeit, PIMS-Einstellungen für die Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG vorzunehmen, als auch die Möglichkeit von Browsereinstellungen, die nun im Gesetz nach der diesseitigen Interpretation erstmals eine Stütze findet, der Verwirklichung der digitalen Souveränität dienen sollen. Aus diesem Grund ist eine Selbstbindung des Betroffenen nicht angezeigt. Denn eine individuelle Einwilligung, die im konkreten Fall erteilt wird, wird regelmäßig den wahren Willen des Betroffenen besser widerspiegeln als abstrakte Einstellungen. Daher ist in teleologischer Hinsicht grundsätzlich von einem Vorrang der individuellen Einwilligung auszugehen.

c) Systematik des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

In systematischer Hinsicht stellt sich in Bezug auf Browser das oben für PIMS gezeigte Problem sich widersprechender Erklärungen. Es spricht in systematischer Hinsicht aber viel dafür, die individuelle Erklärung als vorrangig zu behandeln. Etwas anderes kann allerdings dann gelten, wenn die Browsereinstellungen der individuellen Erteilung nachfolgen und der Browser ausdrücklich danach fragt, ob anderslautende, individuelle Einwilligungserklärungen künftig ihre Wirksamkeit verlieren sollen. In diesem Fall kommt eine Auslegung der Einstellung in Browsern als Widerruf vorheriger Einwilligungen in Betracht.

In Bezug auf Telemediendienste ergeben sich gegenüber der Berücksichtigung von PIMS-Einstellungen bei Browsereinstellungen dagegen keine Besonderheiten. Insoweit kann dazu auf die Systematik bei PIMS verwiesen werden.¹²²

d) Zwischenergebnis

Obwohl der Wortlaut des § 26 TTDSG eine Pflicht zum Befolgen von Browsereinstellungen für Browser vorsieht, ist aus teleologischer und systematischer Hinsicht zu folgern, dass die individuelle Einwilligungserklärung gegenüber Browsereinstellungen in Bezug auf Browser vorrangig ist. Zu demselben Ergebnis gelangt man auch beim Verhältnis von Browsereinstellungen zur individuellen Einwilligung für Telemedien, da hier, wie auch für PIMS, lediglich eine Pflicht zur Berücksichtigung der Telemedien besteht.

¹²² Siehe dazu 3. c) oben.

5. *Das Verhältnis von PIMS zu Browsereinstellungen*

Schließlich ist noch fraglich, wie sich Browser-Einstellungen zu PIMS-Einstellungen verhalten, wenn keine individuelle Einwilligung erteilt wurde.

Wie soeben gezeigt, haben Telemedienanbieter PIMS-Einstellungen und Browsereinstellungen gleichermaßen zu berücksichtigen. Problematisch ist allerdings das Verhältnis der Einstellungen zueinander, wenn sich PIMS-Einstellungen und Browser-Einstellungen widersprechen.

a) Wortlaut und Genese des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

Der Wortlaut des § 26 TTDSG spricht für eine Gleichrangigkeit von Browsereinstellungen und PIMS-Einstellungen, da beide für Telemedienanbieter lediglich zu berücksichtigen sind (§ 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG). Etwas anderes gilt in Bezug auf Browser, da diese streng an die in ihnen getroffenen Einstellungen gebunden sind, PIMS-Einstellungen aber nur zu berücksichtigen haben (§ 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a TTDSG). Die Genese schweigt dagegen jeweils zum Verhältnis der Einstellungsarten.

b) Telos des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG; grundrechtskonforme Auslegung

In teleologischer Hinsicht dient § 26 der Verwirklichung der digitalen Souveränität durch Entgegenwirken der sog. „Click-Fatigue“. In Bezug darauf ist es irrelevant, wie die betroffene Person Cookie-Einstellungen vornimmt, sofern sie nicht individuell erteilt werden. Insoweit ist auch in teleologischer Hinsicht kein Vorrang einer Einstellungsart gegenüber der anderen in Bezug auf Telemedienanbieter auszumachen.

Allerdings sind die Einstellungen in Browsern oder PIMS vor dem grundrechtlichen Hintergrund zu betrachten. Entscheidend ist, dass die Einstellungen dazu führen, dass die betroffene Person ihre digitale Souveränität wirksam zum Ausdruck bringen kann. Vor diesem Gedanken lässt sich die Konstellation auflösen, dass die betroffene Person in der zeitlich vorherigen Einstellung eine Einwilligung nicht erteilt, in der späteren Einstellung schon. In diesem Fall muss die frühere Einstellung ohne Belang bleiben, da dies ansonsten einer Selbstbindung gleichkäme. Eine Selbstbindung der Nichterteilung einer Einwilligung ist dem Datenschutzrecht allerdings fremd. Daher muss in einem solchen Fall die spätere Einwilligung als erteilt gelten.

c) Systematik des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG

Mit der Systematik des § 26 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG lässt sich die Situation auflösen, wenn eine Einwilligung durch Einstellungen zunächst vorgenommen wird, zeitlich nachfolgend aber eine

Einwilligung durch Einstellungen abgelehnt wird. Wie gezeigt¹²³ ist für die Loslösung einer wirksam erteilten Einwilligung einzig der Widerruf nach den Kriterien der DS-GVO statthaft. Die später getroffene Einstellung müsste daher als Widerruf der ursprünglich erteilten Einwilligung zu qualifizieren sein. Damit dies der Fall ist, müsste die Einstellung so auszulegen sein, dass sie den Willen des Endnutzers zum Ausdruck bringt, sich von vorherigen Einwilligungen lösen zu wollen. Eine bloße Einstellung dürfte dem nicht genügen. Etwas anderes könnte allerdings dann gelten, wenn bei der letzten Einstellung der Wille zum Ausdruck gebracht wird, dass frühere Einwilligungen bei Konflikten widerrufen werden sollen.

d) Zwischenergebnis

Für Telemedien sind PIMS-Einstellungen und Browsereinstellungen gleichermaßen zu berücksichtigen. Ein Vorrang der einen Einstellungsart gegenüber der anderen ist im geltenden Recht nicht angelegt. Daraus folgt eine Gleichrangigkeit der Einstellungsarten. Da eine Selbstbindung bei der Einwilligung dem Datenschutzrecht fremd ist, scheitert eine spätere Einwilligungserklärung durch Einstellungen nicht daran, dass ältere Einstellungen eine solche Einwilligung nicht vorsehen. Umgekehrt ist eine früher erteilte Einwilligung durch Einstellungen noch wirksam, wenn eine spätere Einstellung eine solche Einwilligung nicht mehr vorsieht, sofern diese nicht als Widerruf der Einwilligung auszulegen ist.

¹²³ Siehe dazu 3 c) oben.

D. Ergebnisse

Anforderungen an die Abfrage der Einwilligungserteilung nach § 25 TTDSG

Ablehnung der Einwilligung erst auf zweiter Ebene

1. Ein Mehrebenenansatz bei Cookie-Bannern, bei denen die Erteilung der Einwilligung auf einer ersten Ebene möglich ist, aber erst auf zweiter Ebene in feingranularer Weise weitere Einstellungen vorgenommen oder die Einwilligung verweigert werden kann, ist an den Kriterien der DS-GVO zu messen.
2. Nach diesen Vorgaben ist eine derartige Gestaltungsmöglichkeit keineswegs grundsätzlich unzulässig. Insbesondere kann bei einer solchen Gestaltung nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass die betroffene Person keine freie Wahl der Entscheidung hat. Etwas anderes kann allerdings dann gelten, wenn die Ablehnung der Einwilligungserteilung künstlich derart erschwert wird, dass die Einwilligung von der betroffenen Person abgefordert wird. Insoweit ist der Ansicht der DSK, die einen Mehrebenenansatz bei Cookie-Bannern stets für unzulässig hält, nicht zu folgen. Letztlich wird die Frage aber gerichtlich zu klären sein, wobei die Letztentscheidungskompetenz beim EuGH liegt.
3. Daneben sind im Übrigen auch die anderen Vorgaben der DS-GVO zur Einwilligung zu beachten. Sie muss also in informierter und transparenter Weise durch ausdrückliche Erklärung und jederzeit widerrufbar erfolgen. Das ist jedoch auch im Rahmen eines Mehrebenenansatzes grundsätzlich möglich.

Farbliche Gestaltung von Einwilligungsflächen

4. Bei der Gestaltung von Schaltflächen ist eine gewisse Beeinflussung durch eine unterschiedliche Farbgestaltung oder Hervorhebung entgegen manch gegenteiliger aufsichtsbehördlicher und gerichtlicher Bewertung keineswegs grundsätzlich unzulässig. Sie ist vor dem Hintergrund der Informiertheit der Einwilligung nach richtiger Ansicht solange als zulässig zu erachten, wie die Möglichkeit der Ablehnung noch deutlich durch die betroffene Person wahrnehmbar ist. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Einwilligung vor der falschen Annahme erteilt wird, keine alternative Handlungsmöglichkeit zu haben. Letztlich wird die Frage aber ultimativ vom EuGH zu entscheiden sein.
5. Es zeigen sich auf Unionsebene mit dem DSA Tendenzen, die Interfacegestaltung weiter zu regulieren und nun explizit zu adressieren. Zwar ist noch unklar, in welcher finalen Form der DSA erlassen wird. Insgesamt zeichnet sich aber ab, dass auf Unionsebene die Gestaltung von Interfaces verstärkt in den Fokus der Gesetzgebung rückt. Für Vermittlungsdienste würden derartige Regelungen im DSA weitergehende Einschränkungen in der Interfacegestaltung bedeuten, die über die bisherigen gesetzlichen Anforderungen hinausgehen.

6. Es scheint fraglich, ob derartige Vorgaben, die eine Gestaltung der Interfaces strengen Regelungen unterwerfen, tatsächlich angezeigt sind und ob der DSA (und nicht das Lauterkeitsrecht) der richtige Ort dafür ist. Im Übrigen bieten die geltenden datenschutzrechtlichen Vorschriften ein ausreichend starkes Schwert gegen eine manipulative Interfacegestaltung. So kann das Recht dynamisch und im Einzelfall darauf reagieren, ob die Interfacegestaltung als unfreiwillig oder uninformiert und somit unwirksam angesehen werden kann. Ein leichtes „Lenken“ des Betroffenen zu einer Einwilligung wäre danach in gewissen Grenzen zulässig.
7. Ein weitergehender Schutz ist für die Wahrung der informationellen Selbstbestimmung und der digitalen Souveränität nicht zwingend geboten. Das gilt etwa für ein pauschales Verbot einer Hervorhebung von Einwilligungsbuttons, wie es der DSA-EP vorsieht. Es spricht daher Einiges dafür, von einer derartigen Detailgenauigkeit der Regelungen und pauschalen Verböten abzusehen und am flexibleren Ansatz des geltenden Rechts festzuhalten.

Möglichkeit, Dienst von Einwilligung abhängig zu machen

8. Bei nicht marktmächtigen Unternehmen ist die Zurverfügungstellung der Website unter der Bedingung der Einwilligung in das Setzen oder Auslesen von Cookies, etwa durch eine Cookie-Wall, keineswegs grundsätzlich unzulässig. Es ist vielmehr entscheidend, ob in einem solchen Fall für die betroffene Person zumutbare Alternativen auf dem Markt bestehen. Sind solche gegeben, ist die Einwilligung, die über eine Cookie-Wall eingeholt wird, grundsätzlich als freiwillig zu beurteilen. Es ist aber zu beachten, dass das nicht marktmächtige Unternehmen das Risiko dafür trägt, dass angemessene Alternativen auf dem Markt bestehen. Deshalb ist anzuraten, dass es den Markt ausreichend beobachtet, wenn es Cookie-Walls einsetzt.
9. Anders ist die Situation zu bewerten, wenn das Unternehmen marktmächtig ist. In diesen Fällen ist die Abhängigkeit eines Dienstes von einer für die Zurverfügungstellung des Dienstes nicht erforderlichen Einwilligung wegen des relativen Koppelungsverbots in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO grundsätzlich unzulässig. Insbesondere bestehen aufgrund der Marktmacht des Unternehmens gerade keine zumutbaren Alternativen für den Betroffenen. Allerdings enthält Art. 7 Abs. 4 DS-GVO nur ein relatives Koppelungsverbot, sodass weitere Kriterien bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung zu berücksichtigen sind. Das marktmächtige Unternehmen kann insbesondere die Freiwilligkeit der betroffenen Person fördern, indem es selbst eine zumutbare Alternative zur Verfügung stellt. Hier bietet sich insbesondere eine alternative Monetarisierungsmöglichkeit nach dem „PUR-Modell“ an, also einem Abonnementmodell, das nicht auf Cookies setzt, soweit das Angebot angemessene Bedingungen enthält. Dies dient in besonderem Maße der Verwirklichung der Freiwilligkeit, da so der betroffenen Person vor Augen geführt wird, welchen kommerziellen Wert seine Daten haben und wie diese genutzt werden.
10. Daher stellt das vorliegende Auslegungsergebnis eine stimmige und grundrechtskonforme Interpretation der DS-GVO dar. Insoweit ist die Position der DSK nicht

überzeugend, die in derartigen Konstellationen die Freiwilligkeit der Einwilligung insgesamt in Zweifel zieht. Letztlich wird diese Frage aber gerichtlich mit der Letztentscheidungskompetenz des EuGH zu klären sein.

Die Folgen von § 26 TTDSG für Telemedienanbieter

Herausforderungen an über PIMS vorzunehmende Einstellungen

11. Tritt das PIMS als Bote auf, stellen sich hohe Hürden bei der Frage, ob Einwilligungen, die über PIMS erteilt werden, wirksam sind. Insbesondere das Kriterium der Informiertheit wird dabei eine große Herausforderung darstellen. Andererseits droht PIMS, die ausreichend informieren, dass diese mangels Vorteils gegenüber der individuellen Einwilligungsabfrage nicht genutzt werden. Wenn der Betroffene sich bei der Einstellung von PIMS bereits durch eine Vielzahl von Informationen kämpfen muss, bietet dies aus seiner Sicht keinen Mehrwert gegenüber dem Wegklicken von Cookie-Bannern. Es bleibt abzuwarten, wie PIMS-Anbieter diese Probleme lösen.
12. Der rechtskonforme Einsatz von PIMS als Stellvertreter lässt sich in mehrerlei Hinsicht einfacher bewältigen. So führen insbesondere die vereinfachten Informationspflichten dazu, dass das PIMS eher zweckmäßig eingesetzt werden kann, indem es für die betroffenen Personen eine Vereinfachung darstellt. Allerdings sind die einzelnen Voraussetzungen, wie auch die Vorfrage der Zulässigkeit einer Stellvertretung nicht geklärt und müssen jedenfalls die Bedingungen einer wirksam erteilten Einwilligung erfüllen. Aus diesem Grund dürfen Telemedienanbieter auch dann, wenn PIMS als Stellvertreter auftreten, mangels Einblicks in die Einwilligungssituationen Zweifel an der Rechtskonformität einer über PIMS erteilten Einwilligung anstellen.
13. Insgesamt ist festzustellen, dass PIMS mit der DS-GVO einem Rechtsrahmen begegnen, der nicht auf sie ausgelegt ist. Insoweit wird es für Anbieter von PIMS eine große Herausforderung darstellen, die gezeigten Konflikte aufzulösen und eine rechtskonforme Einwilligung zu gewährleisten.
14. Daraus folgt, dass es für den Telemedienanbieter unter Compliance-Gesichtspunkten problematisch sein kann, sich auf PIMS-Einstellungen zu verlassen, solange diese noch nicht wirksam etabliert und deren rechtskonformer Einsatz richterlich oder behördlich bestätigt wurde.
15. § 26 Abs. 1 TTDSG sieht für PIMS vor, dass sie lediglich die Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG verwalten können. Das bedeutet, dass über PIMS nur Einwilligungen in das Speichern auf und das Auslesen von Endgeräten erteilt werden können. Dies gilt spiegelbildlich auch für die Verweigerung der Einwilligung. Daraus folgt, dass nachfolgende Datenverarbeitungen nicht durch PIMS-Einwilligungen gerechtfertigt werden können, sondern eine weitere Rechtfertigungsgrundlage benötigen.

Fragerecht der Telemedienanbieter bei abweichenden PIMS-Einstellungen

16. PIMS können die Betreiber von Websites nicht daran hindern, individuelle Einwilligungsabfragen vorzunehmen. Dies ergibt sich zum einen aus der Problematik, dass über PIMS erteilte Einwilligungen in ihrer Rechtmäßigkeit bis zur weiteren Klärung ihres rechtskonformen Einsatzes berechtigten Zweifeln unterliegen. So ist fraglich, ob PIMS die Endnutzereinwilligungen derart verwalten können, dass der Endnutzer ausreichend informiert und die Einwilligung ausreichend bestimmt ist. Im Übrigen lässt sich etwas anderes auch nicht aus den gesetzlichen Vorgaben entnehmen, die lediglich eine Pflicht zum „berücksichtigen“ für Telemedienanbieter statuieren.
17. Zum anderen bestehen aber auch grundrechtliche Bedenken, würde man Diensteanbietern das Abfragen einer individuellen Einwilligung untersagen. Dies widerspräche der digitalen Souveränität der Betroffenen und würde im Übrigen – ebenfalls nicht nur entgegen den unternehmerischen Interessen, sondern auch denen der an den Diensten interessierten Kunden – Finanzierungskanäle von Telemedienanbietern erheblich gefährden. Einer solchen Berücksichtigung können Websitebetreiber daher schon nachkommen, indem sie in anderer Art und Weise angemessen auf PIMS-Einstellungen reagieren. Beispielsweise könnten sie, ähnlich wie bei Werbeblockern, darauf hinweisen, dass die Einstellungen in den PIMS gewisse Verarbeitungen verbieten, und sogleich die Einwilligung individuell einholen.

Abweichende PIMS-Einstellungen nach vorheriger Einwilligungserteilung

18. Einfache Einstellungen in PIMS, die der zuvor erteilten Einwilligung widersprechen, reichen aus teleologischer und systematischer Sicht nicht aus, um als Widerruf interpretiert zu werden. Vielmehr ist die individuell erteilte Einwilligung grundsätzlich vorrangig vor Einstellungen in PIMS. Auch der Ratsentwurf der geplanten E-Privacy-Verordnung folgt diesem Verständnis. Dort ist in Art. 4a Abs. 2aa geregelt, dass die individuell erteilte Einwilligung stets Vorrang vor Softwareeinstellungen hat.
19. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn das PIMS den Betroffenen ausdrücklich danach fragt, ob den Einstellungen widersprechende, zuvor erteilte Einwilligungen noch fortgelten sollten. In diesem Fall lassen sich PIMS-Einstellungen als Widerruf qualifizieren, die mit dem Zugang beim Telemedienanbieter wirksam werden.

Das Verhältnis individueller Einwilligungen zu Browsereinstellungen

20. Obwohl der Wortlaut des § 26 TTDSG eine Pflicht zum Befolgen von Browsereinstellungen für Browser vorsieht, ist aus teleologischer und systematischer Hinsicht zu folgern, dass die individuelle Einwilligungserklärung gegenüber Browsereinstellungen in Bezug auf Browser vorrangig ist. Zu demselben Ergebnis gelangt man auch beim Verhältnis von Browsereinstellungen zur individuellen Einwilligung für Telemedien, da hier bereits im Wortlaut des § 26 TTDSG lediglich eine Pflicht zur Berücksichtigung der Telemedien angelegt ist.

Verhältnis von PIMS zu Browsereinstellungen

21. Für Telemedien sind PIMS-Einstellungen und Browsereinstellungen gleichermaßen zu berücksichtigen. Ein Vorrang der einen Einstellungsart gegenüber der anderen ist im geltenden Recht für Telemedienanbieter nicht angelegt. Daraus folgt eine Gleichrangigkeit der Einstellungsarten. Da eine Selbstbindung bei der Einwilligung dem Datenschutzrecht fremd ist, scheitert eine spätere Einwilligungserklärung durch Einstellungen nicht daran, dass ältere Einstellungen eine solche Einwilligung nicht vorsehen. Umgekehrt ist eine früher erteilte Einwilligung durch Einstellungen noch wirksam, wenn eine spätere Einstellung eine solche Einwilligung nicht mehr vorsieht, sofern diese nicht als Widerruf der Einwilligung auszulegen ist.

Regensburg, den 15. März 2022



Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.



RA Cornelius Sauerborn