

Inhaltsverzeichnis

| | Anhang 3 – Seite |
|---|------------------|
| I. Einwilligung und Transparenz unter dem BDSG | 2 |
| 1. Einwilligung | 2 |
| 2. Transparenz | 3 |
| 3. Zusammenfassung | 5 |
| II. Einwilligung und Transparenz unter der EU-Datenschutz-Grundverordnung | 6 |
| 1. Einführung | 6 |
| 2. Einwilligung | 9 |
| 3. Transparenz | 16 |
| 4. Zusammenfassung | 20 |
| III. „Informiertheit der Verbraucher“ als Regulierungsherausforderung | 22 |

I. Einwilligung und Transparenz unter dem BDSG

1. Einwilligung

In frühen Entwürfen zum Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) von 1971 war der Begriff der Einwilligung noch nicht enthalten, der Fokus wurde eher auf die Transparenz und auf die Einsichtsrechte der Bürger in die von ihnen erhobene Daten gelegt¹. Spätere Gesetzesentwürfe im Jahre 1973² enthielten in §3 II Nr. 1 die Möglichkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitung. Die Umänderung des Begriffs der „Zustimmung“ in den der „Einwilligung“ diente dabei dazu, dass nachträgliche Zustimmungen des Betroffenen zur Datenverarbeitung rechtlich wirkungslos blieben³. Die Einwilligung des Betroffenen wurde damit als Alternative zu rechtlichen Vorgaben bzw. Zwangsregelungen angelegt. Somit kann die Einwilligung als Auffangregelung betrachtet werden. Dem Betroffenen wurde unter gewissen Voraussetzungen, etwa wenn kein gesetzlicher Zwang vorlag, die Möglichkeit gegeben, eigenverantwortlich zu handeln und in Schriftform der Datenverarbeitung bei der betreffenden Stelle zuzustimmen.

Auch wenn der Begriff der „informationellen Selbstbestimmung“ erst im Verlauf des Volkszählungsurteils von 1983 geprägt wurde, so zeigt die Urfassung des BDSG von 1977 erste Ansätze, welche das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen in den Vordergrund rücken. Das Schriftformerfordernis stellt dabei den erhöhten Anspruch an die Einwilligung dar⁴. Es wird die Protokollierungs- und Nachweisfunktion der Einwilligung deutlich. Jedoch wurde schon hier mit der Ausnahme bei „besonderen Umständen“ das Schriftformerfordernis nicht als unabdingbar festgehalten. Allerdings wird, neben diesen Schutzwirkungen für den Bürger, für die nicht-öffentlichen Stellen auch ein weiter Spielraum für die Datenverarbeitung geschaffen, auch ohne die Einwilligung des Betroffenen. So lautet etwa §32 Nr.1 BDSG (1977): „(1) Das Speichern personenbezogener Daten ist zulässig, soweit kein Grund zur Annahme besteht, dass dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden. Abweichend von Satz 1 ist das Speichern zulässig, soweit die Daten unmittelbar aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen sind.“ Hier wird also auf eine reine Annahme der schutzwürdigen Belange durch die verarbeitende Stelle vertraut, welche durch gerichtliche Entscheidungen bzw. die Praxis ausgefüllt werden mussten. Weiterhin ist festzuhalten, dass eine Entnahme von Daten aus öffentlichen Drittquellen als zulässig festgehalten wird. So können Privatunternehmen rechtmäßig öffentliche Daten drittverwerten. Zusammenfassend wird im ersten BDSG der Fokus auf Datensicherung mit den vier Umgangsformen Speichern, Übermitteln, Verändern und Löschen⁵ gelegt.

Die spätere Gesetzesänderung im Jahre 1990 ist vor allem durch das Volkszählungsurteil und den dadurch geprägten Begriff der „Informationellen Selbstbestimmung“, das Recht auf selbige und die Konkretisierung des Begriffes beeinflusst. Das BDSG behält dabei das Modell des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt bei. Die Änderungen befassen sich vor allem mit Detailfragen und Konkretisierungen (etwa im Zusammenhang mit der Forschung in § 4 Nr.3 BDSG). So werden etwa Einwilligungsfiktionen ermöglicht – wie etwa die in § 14 Abs. 3 BDSG alter Fassung – wenn nicht anzunehmen ist, dass eine Einwilligung verweigert wurde. Auch unbestimmte Rechtsbegriffe wie das „überwiegende Interesse“ werden aufgenommen, um das BDSG auf unvorhersehbare zukünftige Rechtskonstellationen vorzubereiten.

¹ vgl. Drucksache VI/2885, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/06/028/0602885.pdf>

² vgl. Drucksache VII/1027, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/010/0701027.pdf>

³ vgl. dazu Ausführungen zu §3 in Drucksache VII/5277 (1976), <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/052/0705277.pdf>

⁴ vgl. Drucksache VII/1027 S.23, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/010/0701027.pdf>

⁵ Wolff, H. A./Brink, S., Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, Rn. 43.

Tragend in der Änderung des BDSG war das Hinzufügen der Begriffe der „Erhebung“ und „Nutzung“ personenbezogener Daten, welche den Schutz der Daten auch auf den Erhebungszeitpunkt ausdehnten. Die „Nutzung“ war als Auffangtatbestand vorgesehen, um unvorhergesehene Probleme außerhalb der anderen Kategorien auszuschließen.

Die Gesetzesänderung im Jahr 2001 (basierend auf Umsetzung der EU-Datenschutz-Richtlinie) betraf im Zusammenhang mit der Einwilligung etwa die direkte Datenerhebung beim Betroffenen. So soll dem Betroffenen, neben der Transparenz, auch die Möglichkeit eingeräumt werden, Kenntnis von den ihn betreffenden Datenverarbeitungen zu erlangen und diesen ggf. zustimmen zu können. Auch die datenverarbeitenden Stellen wurden dazu bewegt, bei der Datenerhebung frühzeitig auf fehlerhafte Datensätze zu achten. Weiterhin wurden Möglichkeiten eingeräumt, mit denen etwaige Melde- oder Prüfpflichten durch vorhandenen Einwilligungen der Betroffenen ausgeschlossen werden können.

Eine wichtige Änderung stellt weiterhin § 4a des BDSG dar, welcher einerseits das Prinzip der Verhandlung auf Augenhöhe einführt und andererseits das Schriftformerfordernis aufweicht. Besonders das Prinzip der Freiwilligkeit der Einwilligung stellt in diesem Kontext eine der wichtigsten Neuerungen dar. Gerade wenn es sich um Über- und Unterordnungsverhältnisse (wie sie etwa in einem Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverhältnis bestehen) handelt, kann eine solche „freiwillige Einwilligung“ faktisch nicht vorhanden sein. Hier ist die Einsicht des Gesetzgebers zu erkennen, dass Einwilligungen häufig immer mehr als Randformalität betrachtet werden und ihre vom Gesetzgeber gewünschte Kontrollfunktion verlieren. Das Schriftformerfordernis wurde dabei auch mit Blick auf die neuen Medien und das Internet immer weiter aufgeweicht.

Auch neue Prinzipien wie die der „Datenvermeidung“, des „Datenschutzes durch Technik“, des „Datenschutz-Audits“ und eine Lösung der Problematik der Videoüberwachung fanden Einzug in das BDSG.

Die Änderungen in der Fassung von 2009 betreffen vorrangig bereichsspezifische Regelungen. So sind gerade Sonderregelungen zu Auskunfteien, dem Adresshandel oder der Werbung in dieser Gesetzesänderung zu finden. Weiterhin ist hervorzuheben, dass in § 28 BDSG eine Konkretisierung des Schriftformerfordernisses aufgenommen wurde, welche gerade für die elektronische Einwilligung äußerst relevant ist. So wird es ermöglicht, dass – sofern dies auf Anbieterseite protokolliert wird – eine Einwilligung auch ohne eine Schriftform wirksam ist. Hier wird durch den Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass es bei der intensiven Internetnutzung für den Betroffenen einfacher ist, die Einwilligung in elektronischer Form zu erteilen.

2. Transparenz

In der Urfassung des BDSG aus dem Jahr 1977 ist eine besondere (optische) Hervorhebung der Einwilligung festgelegt (§ 3). Bei der Entstehung des Gesetzes wurde dabei besonders auf das Problem des sogenannten „Kleingedruckten“ im Rechtsverkehr Rücksicht genommen⁶. So soll die Einwilligung in Verarbeitung von personenbezogenen Daten für den Betroffenen deutlich erkennbar (transparent) und von anderen Aspekten eines Vertragsabschlusses gezielt hervorgehoben sein.

⁶ vgl. Drucksache 7/1027 S. 23; zu § 2, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/010/0701027.pdf>

Dies bedeutete einen weitreichenden Transparenzgewinn für die Betroffenen, informierter in die Datenverarbeitung zustimmen zu können. Weiterhin wurde in § 4 insbesondere auf die Auskunfts- und Informationsrechte der Betroffenen Rücksicht genommen. Es wurden umfangreiche Auskunfts- und Berichtigungsrechte eingeräumt. Auch die Freiwilligkeit der Angaben (§ 9) spielte eine bedeutende Rolle. Gerade wenn es sich um Über- und Unterordnungsverhältnisse bei staatlichen Stellen handelte, war – sofern Rechtsvorschriften keine Zwangsangaben anordneten – eine durchaus spezifische Information des Betroffenen über die Freiwilligkeit der Angaben notwendig, was die Transparenz der Datenschutzerklärungen erhöhen sollte. § 12 machte es dem Betroffenen außerdem möglich, die Übersicht über die datenverarbeitenden und -erhebenden öffentlichen Stellen zu behalten und ggf. (§ 13) einen Antrag auf die Auskunft über die gespeicherten Daten zu stellen. Schließlich wies § 26 die Auskunftspflicht über gespeicherte personenbezogene Daten der erstmalig speichernden Institution zu. Dies erhöhte die Transparenz der Datenverarbeitung erheblich. Eine Ausnahme stellte dabei jedoch schon damals die Datenerhebung aus allgemein zugänglichen Quellen dar, was bei der Debatte um die Regelungen zu heftigen Diskussionen führte⁷.

In der BDSG-Fassung aus dem Jahr 1990 wurden die Informationspflichten der Datenverarbeiter erweitert und konkretisiert sowie die Auskunftsrechte der Betroffenen gestärkt. So wurde es beispielsweise für die Betroffene durch § 6 deutlich einfacher, Informationen über die gespeicherten personenbezogenen Daten zu erhalten, auch dann, wenn die zuständige Stelle nicht eindeutig festzustellen ist. Der Erhöhung der Transparenz diente es auch, dass die Betroffenen in den Datenerhebungsprozess weitgehend miteinbezogen wurden (vgl. § 13). Eine Erhebung ohne die Mitwirkung des Datensubjekts wurde nur unter der Güterabwägung (und deren Protokollierung) von schutzwürdigen Interessen möglich. Mit § 16 wurde weiterhin die Informationspflicht bei der Datenübermittlung an nicht-öffentliche Stellen geregelt. Gerade wenn es sich um eine Übermittlung von öffentlichen Stellen an nicht-öffentliche handelte, wurde durch die Informationspflichten für die Betroffenen eine umfangreiche Transparenz geschaffen sowie die Möglichkeit eröffnet, ggf. der Datenübermittlung zu widersprechen. Weitere Auskunftsrechte wurden in § 19 konkretisiert (mitunter auch die Antragsform sowie der Inhalt der Rückinformation geregelt). Außerdem wurde zwischen Benachrichtigungspflichten und den Auskunftspflichten differenziert und der Unterschied zwischen einer Benachrichtigung und einer Auskunft näher konkretisiert (§ 33). In § 34 wurden zwar vorwiegend Ausnahmen für die Benachrichtigung aufgenommen, welche die Transparenz für Betroffene verringerten. Es handelte sich aber dabei vorwiegend um Sachverhalte, bei denen meist eine Auskunft aus überwiegenden anderen Interessen nicht zweckmäßig erschien und welche im Grundsatz eine Fortführung der Ausnahmen aus § 26 BDSG-1977 darstellten.

Auch durch die Stärkung der Institution des Bundesbeauftragten für Datenschutz (§ 21) wurde die Transparenz der Datenspeicherung indirekt bestärkt. Informationen, welche vorher möglicherweise nicht freigegeben werden konnten, konnten nunmehr unter der Mitwirkung des Bundesbeauftragten weit einfacher freigegeben werden. Mit der Einführung des Datenregisters (§ 26) wurde außerdem die Möglichkeit zur Einsicht über die von öffentlichen Stellen gespeicherten personenbezogenen Daten eröffnet. Eine wesentliche Neuerung in der Fassung von 1990 stellte schließlich die Unterscheidung von Regelungen für öffentliche und nicht-öffentliche Stellen dar (§ 27 ff.). Hier wurde eine deutlich striktere Regelungsdichte für die nicht-öffentlichen Stellen aufgebaut.

⁷ vgl. BT-Drs. 7/5277, S. 3ff., <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/052/0705277.pdf>

In der BDSG-Fassung von 2001 wurden erstmals die Benachrichtigungspflichten breiter gefasst und auch für öffentliche Institutionen im Allgemeinen als notwendig ausgewiesen. Es verblieb jedoch auch hier die weit gefasste Ausnahme im Falle eines „unverhältnismäßigen Aufwandes“ bzw. dem weit wahrscheinlicheren Fall, dass ein Gesetz die Speicherung vorsah⁸. In der Neufassung wurde außerdem mit Nachdruck darauf verwiesen, dass die Daten bei den Betroffenen erhoben werden müssen (§ 4). Indirekt wurde so die Transparenz erhöht, da die Betroffenen durch die Anfrage der Institution direkte Kenntnis über die von ihnen erhobenen Daten erlangen. Die Paragraphen §§ 4d-4g wurden mit Blick auf ihre Wichtigkeit vorgezogen. Gerade die Meldepflichten an den Bundesbeauftragten für den Datenschutz leisteten einen wichtigen Beitrag zur Kontrollfähigkeit und damit auch zur Transparenz von Datenerhebungen.

In der Neufassung des BDSG wurde schließlich dem Umstand der immer weitreichenderen Videoüberwachung von öffentlichen Stellen Rechnung getragen (§ 6b). Der Erhöhung der Transparenz sollte dabei die Pflicht zum Hinweis auf Videoüberwachungsanlagen dienen. Auch weitere Konkretisierungen und erhöhte Anforderungen für Werbe- und Meinungsforschungsunternehmen wurden in die Neufassung aufgenommen (§ 28). §§ 33 & 34 BDSG 2001 enthielten außerdem weitere Konkretisierungen, wie etwa den Ausschluss einer Auskunftspflicht zur Herkunft von Daten im Falle einer Berührung von Geschäftsgeheimnissen. Im Jahr 2009 wurde schließlich mit § 28b zum Scoring eine weitere bereichsspezifische Regelung ins BDSG aufgenommen.

3. Zusammenfassung

Im Laufe der Änderungen des BDSG unterlagen die Regelungen zur Einwilligung einer stetigen Konkretisierung. Es wurde zwar schon sehr früh darauf geachtet, dass Einwilligungen als solche für den Betroffenen zu erkennen sind und die Einwilligung in die Verarbeitung von personenbezogenen Daten freiwillig erteilt wird. Die Einwilligung verlor jedoch gleichzeitig auch immer mehr an faktischem Gewicht. So etwa durch den Wegfall des Schriftformerfordernisses bei der elektronischen Kommunikation. Dies ist sicherlich nachvollziehbar gerade wegen der Hürde für die Unternehmen, die Einwilligung schriftlich anzufordern (und der hohen Hemmschwelle der Nutzer, diese zu versenden). Es muss jedoch auch gefragt werden, ob die Einwilligung bei den Nutzern noch dieselbe Aufmerksamkeit erhält, wie sie diese noch vor wenigen Jahrzehnten hatte. Gerade vor dem Hintergrund, dass die AGB und Datenschutzerklärungen faktisch nicht mehr gelesen werden. So wird die Einwilligung immer mehr zum einfachen ungelesenen „Klick“ und verliert ihr gesamtes Wirkungsspektrum durch die sozialpsychologische Überlastung des Nutzers, sich mit den Datenverarbeitungsbedingungen auseinanderzusetzen. Bei den Änderungen des BDSG ist weiterhin die Tendenz zu immer spezifischeren Teilbereichsregelungen zu erkennen. Dies zeigt, dass die Datenschutzregelungen immer wieder auf gesellschaftliche, technische und wirtschaftliche Entwicklungen reagieren und weiterhin reagieren werden müssen. Zunehmend problematischer wird außerdem das Prinzip der „Freiwilligkeit“ der Einwilligung. Bei den Regelungen zum BDSG wurde vom Gesetzgeber immer wieder der Wert auf die Beibehaltung dieses Prinzips gelegt, wobei es immer schwieriger wurde, das Prinzip der Freiwilligkeit in der Praxis umzusetzen.

⁸ vgl. § 19a II Nr. 3 BDSG-2001

Das Gebot der Transparenz war von Beginn an eines der Hauptanliegen des Gesetzgebers. Vorrangig sollten die von der Datenerhebung und Datenverarbeitung Betroffenen ihre Rechte kennen und umfangreiche Einflussmöglichkeiten erhalten, um ggf. gegen eine fehlerhafte oder eine unrechtmäßige Datenspeicherung vorzugehen. Besonders die in den neueren Änderungen aufgenommene Vorgabe zur Datenerhebung schaffte den Betroffenen Transparenz über die gespeicherten personenbezogenen Daten. Während anfänglich noch versucht wurde, die Betroffenen über Bekanntmachungen in öffentlichen Druckwerken zu informieren, wurde schon bald damit begonnen, eine aktive Informationspflicht und umfangreiche Auskunftsrechte im BDSG zu verankern. Auch die zunehmend wichtig gewordene Institution des/der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und (nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes am 1. Januar 2006) der Informationssicherheit hat zur Ermöglichung der Transparenz erheblich beigetragen. Dies gilt auch für das Melderegister. Kernpunkt der Regelungen zur Transparenz war schließlich das Auskunftsrecht, welches immer weiter entwickelt wurde.

II. Einwilligung und Transparenz unter der EU-Datenschutz-Grundverordnung

1. Einführung

Unter dem Einfluss der sich rasant entwickelnden Technologien und der Globalisierung auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, nehmen die Faktoren „Einwilligung und Transparenz“ an Bedeutung stetig zu. Die damit verbundenen Anforderungen an eine Datenverarbeitung konnte die EU-Richtlinie 95/46/EG nicht mehr ausreichend abdecken. Bezüglich Einwilligung und Transparenz war das Bedürfnis insgesamt groß, einen einheitlich anwendbaren Rechtsrahmen zu schaffen.

So waren ausdrückliche Regelungen zur Transparenz bzw. transparenten Datenverarbeitung, wie etwa die leichte Zugänglichkeit von Informationen in einfacher und verständlicher Sprache, in der EU-Richtlinie 95/46/EG gar nicht enthalten. Dies tangiert in einer digitalisierten Welt im besonderen Maße das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.

Hinsichtlich der Bedingungen einer Einwilligung regelte die EU-Richtlinie 95/46/EG, dass eine Einwilligung ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt, dass die betroffene Person durch diese Einwilligung akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden. Allerdings haben die einzelnen Nationalstaaten diese Vorgabe sehr unterschiedlich ausgelegt und damit ebenso die jeweiligen gesetzlichen Regelungen unterschiedlich gestaltet. In einigen EU-Mitgliedstaaten musste die „Einwilligung“ ausdrücklich, in anderen schriftlich erteilt werden, während andere sogar eine konkludente Einwilligung für ausreichend erachtet haben. Dies wiederum hatte zur Folge, dass Einwilligungserklärungen nicht in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen Gültigkeit hatten.⁹

⁹ http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_en.pdf

Die Europäische Kommission hat bereits im November 2010 ein Dokument zu einer öffentlichen Befragung veröffentlicht. Darin sind unterschiedliche Meinungen über einen zukünftigen Rechtsrahmen in Europa hinsichtlich des Schutzes von personenbezogenen Daten zusammengefasst.¹⁰

Die Artikel-29-Gruppe hat etwa eine Stärkung Rechte der betroffenen Personen hervorgehoben, einschließlich einer „Purification“ der Einwilligungsbedingungen:

! “Greater empowerment of data subjects, including a ‘purification’ of the consent requirement, as it is currently often used dubiously (e.g. internet ‘opt-out’) and more easily accessible means of redress for data subjects;”

Ebenso haben die befragten Bürger zum einen angeregt, die Wichtigkeit der Einwilligung nochmals zu bekräftigen, und zwar unter Berücksichtigung der zunehmenden Selbstbestimmungsmöglichkeiten, die mit einer wachsenden Nutzung von Internetdiensten und Sozialen Netzwerken verbunden sind. Zum anderen wurde vorgeschlagen, rechtliche Rahmenbedingungen über Mechanismen zur Aufhebung der erteilten Einwilligung zu schaffen.

Ein Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung wurde am 25.1.2012 von der EU-Kommission vorgestellt.¹¹ In der Folgezeit wurde eine Vielzahl von Änderungsanträgen eingearbeitet und dazu zunächst ein Berichtsentwurf des Europäischen Parlaments am 16.01.2013 vorgelegt.¹² Am 21.10.2013 hat daraufhin der Ausschuss für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE) über das Verhandlungsmandat des Europäischen Parlaments zur Datenschutz-Grundverordnung mit 49 Ja-Stimmen, 1 Gegenstimme und 3 Enthaltungen abgestimmt¹³ und einen ersten Entwurf unter Berücksichtigung der mittlerweile über 3000 Änderungsanträge des Europäischen Parlaments verabschiedet.¹⁴ Weiterhin wurde die Aufnahme von Verhandlungen mit dem Rat der Europäischen Union (Ministerrat) gemäß Art. 70 GO beschlossen.¹⁵

¹⁰ http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0003/summary_replies_en.pdf

¹¹ *Datenschutz-Grundverordnung der EU-Kommission vom 25.1.2012, KOM(2012) 11 endgültig 2012/0011 (COD) - Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung):* http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf

¹² *Berichtsentwurf 2012/0011 (COD) vom 16.01.2013; Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD);* <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-501.927%2B04%2BDOC%2BPDF%2BVo%2F%2FDE>)

¹³ <https://www.janalbrecht.eu/themen/datenschutz-digitalisierung-netzpolitik/alles-wichtige-zur-datenschutzreform.html>

¹⁴ <https://www.janalbrecht.eu/themen/datenschutz-digitalisierung-netzpolitik/alles-wichtige-zur-datenschutzreform.html> mit Verweis auf die inoffizielle Fassung nach der Abstimmung des LIBE-Ausschusses unter <https://www.janalbrecht.eu/fileadmin/material/Dokumente/DPR-Regulation-inofficial-consolidated-LIBE.pdf> - Außerdem Mester, *EU-Datenschutz-Grundverordnung, DuD 12/2015*, 822.

¹⁵ Vgl. Mester, *EU-Datenschutz-Grundverordnung, DuD 12/2015*, 822.

Der Bericht des LIBE-Ausschusses über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) folgte sodann am 22.11.2013. Dieser enthielt den Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments.¹⁶

Das Europäische Parlament hat im darauffolgenden Jahr am 12.03.2014 einen Vorschlag zur Datenschutz-Grundverordnung in erster Lesung verabschiedet.¹⁷ Eine Entscheidung des Ministerrats über eine gemeinsame Herangehensweise bei der Datenschutzreform erfolgte am 11.06.2015, so dass in Trilogverhandlungen mit dem Europäischen Parlament eingetreten werden konnte.¹⁸

Die abschließenden Verhandlungen (Trilog) zwischen EU-Parlament, Ministerrat und EU-Kommission begannen schließlich am 24. Juni 2015. Ein erstes Dokument hierzu wurde am 15.12.2015 veröffentlicht,¹⁹ ein konsolidierter Text folgte am 28.01.2016.²⁰

Am 27.04.2016 wurde die endgültige Fassung der Datenschutz-Grundverordnung verabschiedet.²¹

Unter Bezugnahme auf diese gerade genannten Zeitpunkte sind nun im Folgenden die im Verlaufe der Verhandlung der Datenschutz-Grundverordnung vorgeschlagenen Änderungen sowie Auffassungen bezüglich der Anforderungen an eine wirksame Einwilligung (siehe b)) und an die Transparenz (siehe c)) näher dargestellt.

¹⁶ Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutz-Grundverordnung) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)), - dieser Vorschlag erfolgte in Kenntnis des Berichts des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres sowie der Stellungnahmen des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten, des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie, des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz und des Rechtsausschusses - <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0402+0+DOC+PDF+Vo//DE>

¹⁷ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutz-Grundverordnung) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) (Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0212+0+DOC+XML+Vo//DE>

¹⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung); https://www.datenschutz-grundverordnung.eu/wp-content/uploads/2015/12/Entwurf_der_Ratspr%C3%A4sidentschaft_ST_9565_2015_INIT_DE.pdf

¹⁹ Council of the European Union, Brussels, 15 December 2015 (OR. en) 15039/15 <https://www.datenschutz-grundverordnung.eu/wp-content/uploads/2015/12/proposal-eudatap-regulation-final-compromise-151216.pdf>

²⁰ Rat der Europäischen Union, Brüssel, 28.01.2016 (OR.en) 5455/16, Interinstitutionelles Dossier: 2012/0011 (COD) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5455_2016_INIT&from=EN

²¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DE>

2. Einwilligung

a) Erster Entwurf der EU-Kommission zur Datenschutz-Grundverordnung vom 25.01.2012

Im ersten Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung²² vom 25.01.2012 war vorgesehen, dass die Einwilligung explizit und ohne Zwang in Form einer Erklärung oder sonstigen eindeutigen Handlung erfolgen sollte.

! Artikel 4 Nr. 8 Begriffsbestimmungen

„Einwilligung der betroffenen Person“ jede ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgte explizite Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist;

Ohne Zwang bedeutete gemäß Erwägungsgrund (33) die Klarstellung, dass die Einwilligung keine rechtswirksame Grundlage für die Verarbeitung liefert, wenn die betreffende Person keine echte Wahlfreiheit hat. Die Beweislast sollte der Verantwortliche der Verarbeitung tragen (Erwägungsgrund 32 und Artikel 7 Nr. 1).

Erwägungsgrund (25) hat insoweit präzisiert, dass die Einwilligung mittels geeigneter Methode erfolgen sollte, die

- eine für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage abgegebene Willensbekundung der betroffenen Person in Form einer Erklärung oder einer eindeutigen Handlung ermöglicht,
- sicherstellt, dass der betreffenden Person bewusst ist, dass sie ihre Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten gibt,
- etwa durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite und durch jede sonstige Erklärung oder Verhaltensweise, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext klar und deutlich ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert.

²² *Datenschutz-Grundverordnung der EU-Kommission vom 25.1.2012, KOM(2012) 11 endgültig 2012/0011 (COD) - Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung): http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf.*

b) Stellungnahme des Deutschen Bundestages vom 06.11. 2012 zum ersten Entwurf der EU-Kommission zur Datenschutz-Grundverordnung

Zu diesem Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung erfolgte eine Stellungnahme des Deutschen Bundestags im November 2012. Bezüglich der Einwilligung hob der Deutsche Bundestag die große Bedeutung der Freiwilligkeit nochmals hervor, forderte die Bundesregierung gleichzeitig ebenso auf, auf praxisgerechte Regelungen zur Einwilligung und zum Widerspruch zu achten.²³

Der Deutsche Bundestag nimmt zu den Vorlagen gemäß § 9 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union wie folgt Stellung:

Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf,

...

8. unter Beachtung der großen Bedeutung der Freiwilligkeit der Einwilligung auf praxisgerechte Regelungen zur Einwilligung und zum Widerspruch zu achten und dabei ebenfalls zu berücksichtigen, dass auch in Fällen eines Ungleichgewichts zwischen den Vertragspartnern, die wirksame Einwilligung nicht zwingend ausgeschlossen ist,

...

c) Berichtsentwurf des Europäischen Parlaments zur Datenschutz-Grundverordnung vom 16.01.2013

Außerdem gab es zahlreiche Änderungsanträge zum Kommissionsentwurf der Datenschutz-Grundverordnung vom 25.01.2012, die zunächst in einem Berichtsentwurf des Europäischen Parlaments vom 16.01.2013 zusammengefasst wurden.²⁴

Hinsichtlich der Einwilligung bezogen sich diese Änderungsanträge im Bericht vom 16.01.2013 zum einen auf die Definition gemäß Artikel 4 (8), die in Änderungsantrag 89 dahingehend ergänzt wurde, dass der Betroffene mit der Datenverarbeitung für einen oder mehrere spezifische Zwecke einverstanden sein kann sowie auf Erwägungsgrund 31 (Änderungsantrag 17), in dem „Einwilligung“ durch „konkrete und ausdrückliche Zustimmung in Kenntnis der Sachlage“ ersetzt werden sollte.

Änderungsantrag 89

Artikel 4 (8)

„Einwilligung der betroffenen Person“ jede ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgte explizite Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere spezifische Zwecke einverstanden ist;

²³ Drucksache 17/11325 vom 06.11.2012.

²⁴ Berichtsentwurf 2012/0011 (COD) vom 16.01.2013; Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)); <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPACT%2BPE-501.927%2B04%2BDOC%2BPDF%2BVo%2F%2FDE>).

Zum anderen wurde in Erwägungsgrund (33) klargestellt (Änderungsantrag 19), dass die Verwendung von Voreinstellungen, die die betroffene Person verändern muss, keine freie Zustimmung ausdrückt. Bezüglich der Beweislast (Erwägungsgrund 32 und Änderungsantrag 18) wurde der Grundsatz der Datenminimierung betont, indem regelmäßig keine positive Identifizierung der betroffenen Person erforderlich sein soll.

Das Ungleichgewicht zwischen Verantwortlichem und Betroffenen sollte gemäß Änderungsantrag 20 (Erwägungsgrund 34) ebenso in einer beträchtlichen Marktmacht bestehen können.

d) Interinstitutionelles Dossier des Rats der Europäischen Union vom 31.05.2013

In einem interinstitutionellen Dossier des Rats der Europäischen Union vom 31.05.2013 wurde zwischenzeitlich sogar vorgeschlagen, bei der Definition des Begriffs „Einwilligung“ vom Erfordernis einer expliziten Einwilligung abzusehen und „explizit“ durch „ohne jeden Zweifel“ zu ersetzen, da eine explizite Einwilligung als unrealistisch betrachtet wurde.²⁵

! ...
Definition des Begriffs „Einwilligung“

14. Die Einwilligung der betroffenen Person ist ein wichtiges Kriterium für eine rechtmäßige Datenverarbeitung (Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a). Die Mehrheit der Mitgliedstaaten ist sich darin einig, dass das Erfordernis einer „expliziten“ Einwilligung in allen Fällen – das von den Anforderungen der Datenschutzrichtlinie von 1995 abweicht – als unrealistisch anzusehen ist. Der Vorsitz schlägt daher vor, „explizit“ durch „ohne jeden Zweifel erteilt“ im Falle der Verarbeitung personenbezogener Daten zu ersetzen, bei denen es sich nicht um die in Artikel 9 genannten besonderen Kategorien handelt, für die an dem Ausdruck „explizit“ festgehalten wird.

15. Im Einklang mit der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten ist Artikel 7 Absatz 4 gestrichen worden. In dem überarbeiteten Erwägungsgrund 34 wird präzisiert, dass die Einwilligung möglicherweise dann nicht gültig ist, wenn im Einzelfall eindeutig ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien besteht und es dadurch unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung aus freien Stücken erfolgt ist.

e) Bericht des Ausschusses für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments (LIBE) vom 22.11.2013

Der gerade genannte Vorschlag im interinstitutionellen Dossier vom 31.05.2013 war bereits insoweit richtungsweisend, da im endgültigen Bericht des Ausschusses für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments (LIBE) vom 22.11.2013 von einer expliziten Einwilligung abgesehen wurde und explizit“ durch „ausdrücklich“ ersetzt wurde, und zwar sowohl in Artikel 4 Nr. 8 als auch in Erwägungsgrund 25.²⁶

²⁵ Rat der Europäischen Union 31.Mai 2013 10227/13 Interinstitutionelles Dossier 2012/0011 (COD) ; Betr.: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) – Kernfragen zu den Kapiteln I-IV.

²⁶ Siehe zum LIBE-Ausschuss die Ausführungen in der Einführung: Am 21.10.2013 hat der Ausschuss für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE) über das Verhandlungsmandat des Europäischen Parlaments zur Datenschutz-Grundverordnung abgestimmt und am 22.11.2013 einen Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung)(COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD) erstellt. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0402+0+DOC+PDF+Vo//DE>

! Änderungsantrag 98

Artikel 4 Nr. 8

„Einwilligung der betroffenen Person“ jede ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgte ausdrückliche Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist

Darüber hinaus wurde Artikel 7 Absatz 4 („Ungleichgewicht“) gestrichen und durch eine Regelung ersetzt, die sich auf die Zweckgebundenheit der Einwilligung und das Kopplungsverbot bezieht.

Insgesamt soll nunmehr für eine Einwilligung eine Entscheidung der betroffenen Person erforderlich sein. Erwägungsgrund 25 stellt dazu klar, dass eine ausdrückliche Einwilligung in einer bestätigenden Handlung liegen kann und Schweigen oder bloße Nutzung des Dienstes keine Einwilligung darstellen. Die Verwendung von Voreinstellungen, welche die betroffene Person verändern muss, stellt keine freiwillige Einwilligung dar (Erwägungsgrund 33).

In Erwägungsgrund 32 wird zudem der Verbraucherschutz unter Verweis auf die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG²⁷ stärker einbezogen, indem zum einen Klarheit und Transparenz der Datenschutzregelungen gefordert wird, zum anderen die Einwilligung in die Verarbeitung von Daten Dritter untersagt ist.

Im Hinblick auf den Widerruf soll gelten, dass dieser so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein muss und die betroffene Person von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen zu informieren ist, wenn der Widerruf der Einwilligung zu einer Einstellung der erbrachten Dienstleistungen oder der Beendigung der Beziehungen zu dem für die Verarbeitung Verantwortlichen führen kann (Artikel 7 Absatz 3 und Erwägungsgrund 33).

f) Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12.03.2014

Nachdem der LIBE-Ausschuss die Änderungsvorschläge in seinem Bericht vom 22.11.2013 aufgenommen hatte, stimmte am 12.03.2014 das Plenum des Europäischen Parlaments über die Datenschutzreform ab. Insgesamt stimmten 653 Abgeordnete ab, davon 621 für den ausgehandelten Text, 10 Abgeordnete waren dagegen und 22 Abgeordnete enthielten sich.²⁸

Das Europäische Parlament hat somit am 12.03.2014 in erster Lesung bezüglich der Einwilligungsvoraussetzungen die Änderungen übernommen, die bereits vom LIBE-Ausschuss am 22.11.2013 angenommen wurden.²⁹

²⁷ Richtlinie des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29).

²⁸ <https://www.janalbrecht.eu/themen/datenschutz-digitalisierung-netzpolitik/alles-wichtige-zur-datenschutzreform.html>

²⁹ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0212+0+DOC+XML+Vo//DE>

! Artikel 4 Nr. 8 Begriffsbestimmungen

„Einwilligung der betroffenen Person“ jede ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgte explizite ausdrückliche Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist;

g) Vorschlag des Rats der Europäischen Union vom 11.06.2015

Der Rat der Europäischen Union hat hingegen in seinem Vorschlag vom 11.06.2015 formuliert,³⁰ dass die Einwilligung weder explizit noch ausdrücklich erfolgen muss, sondern eindeutig auf beliebige geeignete Weise erfolgen kann (Artikel 4 Nr. 8 und Erwägungsgrund 25).

! Artikel 4 Nr. 8 Begriffsbestimmungen

„Einwilligung der betroffenen Person“ jede ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage abgegebene (...) Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist;

h) Weitere Änderungen des Ministerrats im Vergleich zu den Vorschlägen des LIBE-Ausschusses vom 22.11.2013 und des Europäischen Parlaments

- Erwägungsgrund 25 wurde insoweit ergänzt, dass die Einwilligung der betroffenen Person auch durch die Benutzung der entsprechenden Einstellungen eines Browsers oder einer anderen Anwendung erfolgen kann, sofern die betroffene Person zu Beginn des Nutzungsvorgangs die Informationen erhält, die für eine ohne Zwang und in Kenntnis der Sachlage erteilte Einwilligung für den konkreten Fall erforderlich sind.
- Während in den Änderungsvorschlägen des LIBE-Ausschusses vom 22.11.2013 und im Vorschlag des Europäischen Parlament konkret angegeben wird, dass „Schweigen, die bloße Nutzung eines Dienstes oder Untätigkeit“ keine Einwilligung darstellen, formuliert der Rat, dass ein stillschweigendes Einverständnis ohne Zutun der betroffenen Person daher keine Einwilligung darstellen sollte.
- Der Rat hat außerdem im Rahmen der Einwilligung die Sicherstellung von Verbraucherschutz im Sinne der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen nicht ausdrücklich betont (Vgl. Artikel 7 Absatz 2 und Erwägungsgründe 32, 33). Vielmehr sollten vorformulierte Einwilligungserklärungen in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung gestellt werden; der Inhalt der Erklärung sollte im Gesamtkontext nicht unüblich sein. Damit sie in Kenntnis der Sachlage ihre Einwilligung geben kann, sollte die betroffene Person mindestens wissen, wer der für die Verarbeitung Verantwortliche ist und für welche Zwecke ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen.

³⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung); https://www.datenschutz-grundverordnung.eu/wp-content/uploads/2015/12/Entwurf_der_Ratspr%C3%A4sidentschaft_ST_9565_2015_INIT_DE.pdf und <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9565-2015-INIT/en/pdf>

- Bezüglich der Beweislast wurde in Artikel 6 und Artikel 7 ergänzt (Artikel 6 Nr. 1a, Artikel 7 Absatz 1), dass der Verantwortliche beweisen muss, dass der Betroffene eine im Sinne von Artikel 6 Nr. 1a unmissverständliche Einwilligung erteilt hat.
- Im Hinblick auf den Widerruf hat der Rat ansonsten (anders als im Bericht des LIBE-Ausschusses von 22.11.2013 und vom Europäischen Parlament vorgesehen) keine besonderen Anforderungen aufgestellt und es gemäß Artikel 7 Absatz 3 als ausreichend angesehen, wenn die betroffene Person vor Abgabe der Einwilligung über die Widerrufsmöglichkeit in Kenntnis gesetzt wird.

Allerdings verbleibt es im Vorschlag des Rats – entsprechend der Änderungsvorschläge des LIBE-Ausschusses vom 22.11.2013 und dem Vorschlag des Europäischen Parlaments – bei der Streichung von Artikel 7 Absatz 4 („Ungleichgewicht“), wobei dennoch Erwägungsgrund 34 erneut aufgenommen und darin das klare Ungleichgewicht zwischen den Parteien als besonderer Fall formuliert wurde.

i) Trilogverhandlungen zwischen Europäischer Kommission, Europäischem Parlament und Rat der Europäischen Union vom 15.12.2015

Diese zuletzt genannte Ausrichtung der Datenschutz-Grundverordnung durch den Ministerrat wurde ab dem 24.06.2015 im Trilog (EU-Kommission, EU-Parlament und Ministerrat) verhandelt und am 15.12.2015 wurde ein erster Text dieser Trilogverhandlungen veröffentlicht.³¹ Der konsolidierte Text folgte am 28.01.2016.³²

Es sollte nun eine unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen Handlung ausreichend sein, eine explizite Einwilligung nur für sensible Daten. Das Ungleichgewicht zwischen betroffener Person und Verantwortlicher wurde in Erwägungsgründen als spezieller Fall gehandhabt, während seine ausdrückliche Erwähnung in Artikel 7 Absatz 4 weiterhin unterblieb. Hinsichtlich der Ausübung des Widerrufsrechts wurden keine besonderen Anforderungen dahingehend gestellt, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche zusätzlich zur Information über Einstellung der Dienstleistung verpflichtet ist. Die Möglichkeit des Widerrufs sollte jedoch jederzeit und einfach möglich sein.

Der Vorschlag des Europäischen Parlaments, dass „Schweigen, bloße Nutzung des Dienstes oder Untätigkeit“ keine Einwilligung darstellen, wurde geändert in „Schweigen, voreingestellte Kästchen oder Untätigkeit“ (Erwägungsgrund 25).

Der Bezug auf die Regelungen des Zivilrechts, Richtlinie 93/13 EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, wurde beibehalten (Erwägungsgrund 32).

³¹ Council of the European Union, Brussels, 15 December 2015 (OR. en) 15039/15 <https://www.datenschutz-grundverordnung.eu/wp-content/uploads/2015/12/proposal-eudatap-regulation-final-compromise-151216.pdf>

³² Rat der Europäischen Union, Brüssel, 28.01.2016 (OR.en) 5455/16, Interinstitutionelles Dossier: 2012/0011 (COD) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5455_2016_INIT&from=EN

j) endgültige Fassung der Datenschutz-Grundverordnung vom 27.04.2016

In der endgültigen Fassung der Datenschutz-Grundverordnung vom 27.04.2016 ist in der Einwilligungsregelung weder „explizit“ noch „ausdrücklich“ enthalten, sondern „eine eindeutig bestätigende Handlung“ erforderlich.³³

! Artikel 4 Nr. 11 Begriffsbestimmungen

„Einwilligung“ der betroffenen Person jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist;

Danach ist eine Einwilligung eine freiwillige Willensbekundung, die informiert und unmissverständlich abgegeben wurde, entweder durch (schriftliche, elektronische oder mündliche) Erklärung oder durch eine sonstige eindeutig bestätigende Handlung (Artikel 4 Nr. 11 und Erwägungsgrund 32).

Letzteres kann ebenso beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert (Erwägungsgrund 32).

Außerdem wird durch den Verweis auf die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG) ebenso der Verbraucherschutz einbezogen (Erwägungsgrund 42). Eine vom Verantwortlichen vorformulierte Einwilligungserklärung muss dementsprechend in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung gestellt werden und darf keine missbräuchlichen Klauseln beinhalten (Artikel 7 Absatz 2).

Die Beweislast für die Abgabe trifft den Verantwortlichen (Artikel 7 Absatz 1), wobei der Widerruf der Einwilligung jederzeit und so einfach möglich sein muss wie die Erteilung (Artikel 7 Absatz 3 und Erwägungsgrund 42).

³³ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Ro679&from=DE>

3. Transparenz

a) Erster Entwurf der EU-Kommission zur Datenschutz-Grundverordnung vom 25.01.2012

Artikel 11 (Transparenz und Modalitäten) des ersten Entwurfs der Datenschutz-Grundverordnung vom 25.01.2012³⁴ führte eine Verpflichtung zur Bereitstellung transparenter, leicht zugänglicher und verständlicher Informationen ein, die sich insbesondere an die Madrider Entschließung zu internationalen Standards zum Schutz der Privatsphäre anlehnt.

Erwägungsgrund (38) regelt, dass aus Transparenzgründen der für die Verarbeitung Verantwortliche verpflichtet werden sollte, seine berechtigten Interessen gegenüber der betroffenen Person ausdrücklich darzulegen und diese außerdem zu dokumentieren und die betroffene Person über ihr Widerspruchsrecht zu belehren. Erwägungsgrund (46) sowie Artikel 11 Absatz 2 regeln dazu näher, dass der Grundsatz der Transparenz voraussetzt, dass eine für die Öffentlichkeit oder die betroffene Person bestimmte Information leicht zugänglich sowie in einfacher und verständlicher Sprache abgefasst sein muss, wobei die betroffene Person (Erwägungsgrund (48)) insbesondere über die Existenz des Verarbeitungsvorgangs und seine Zwecke, die Speicherfrist, das Recht auf Auskunft sowie das Recht auf Berichtigung und Löschung der Daten und das Beschwerderecht zu informieren ist. Dies ist in Artikel 12 unter Bezug auf Artikel 13, 14 und 15 bis 19 ausdrücklich geregelt.

Zur Erhöhung der Transparenz wird in Erwägungsgrund (77) außerdem vorgeschlagen, die Einführung von Zertifizierungsmechanismen sowie Datenschutzsiegel und –prüfzeichen anzuregen, die den betroffenen Personen einen raschen Überblick über das Datenschutzniveau einschlägiger Erzeugnisse und Dienstleistungen ermöglichen.

b) Berichtsentwurf des Europäischen Parlaments zur Datenschutz-Grundverordnung vom 16.01.2013

Im Berichtsentwurf vom 16.01.2013³⁵ heißt es bezüglich der Transparenz (Änderungsantrag 51), dass Zertifizierungsmechanismen sowie Datenschutzsiegeln und -prüfzeichen den betroffenen Personen einen raschen, zuverlässigen und überprüfbaren Überblick über das Datenschutzniveau einschlägiger Erzeugnisse und Dienstleistungen ermöglichen sollen.

³⁴ *Datenschutz-Grundverordnung der EU-Kommission vom 25.1.2012, KOM(2012) 11 endgültig 2012/0011 (COD) - Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung): http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf*

³⁵ *Berichtsentwurf 2012/0011 (COD) vom 16.01.2013; Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)); <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPACT%2BPE-501.927%2Bo4%2BDOC%2BPDF%2BVo%2F%2FDE>*

Weiterhin wurde in Artikel 5 Absatz 1(a) klarstellend der Begriff „Transparenz“ aufgenommen.

! Änderungsantrag 91

Vorschlag für eine Verordnung

Artikel 5 – Absatz 1 - Buchstabe a

1. Personenbezogene Daten müssen (a) auf rechtmäßige Weise, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden (Transparenz)

c) Interinstitutionelles Dossier des Rats der Europäischen Union vom 31.05.2013

Vor dem endgültigen Bericht des LIBE-Ausschusses vom 22.11.2013 wurde zwischenzeitlich, in einem interinstitutionellen Dossier des Rates der Europäischen Union vom 31.05.2013, vom Vorsitz des Rates die Bedeutung von verbesserten Transparenzstandards hervorgehoben. Die betroffenen Personen sollten eine Handhabe über die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten haben und die ihnen zustehenden Rechte effektiv ausüben können.³⁶

! ...
III. Zentrale Fragen – Kapitel III und IV

29. Was die Rechte der betroffenen Personen nach Kapitel III anbelangt, so hebt der Vorsitz die Bedeutung von verbesserten Transparenzstandards hervor; diese sind erforderlich, damit die betroffenen Personen eine Handhabe über die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten haben und die ihnen zustehenden Rechte effektiv ausüben können. Diese Standards und Modalitäten für die Ausübung der Rechte der betroffenen Personen sind in Artikel 12 festgelegt. Zur Gewährleistung einer fairen und transparenten Verarbeitung wurden die Verfahren bezüglich der der betroffenen Person zur Verfügung gestellten Informationen angepasst und gestrafft.

IV. Schlussfolgerungen

30. Unter irischem Vorsitz sind erhebliche Fortschritte bei den Verhandlungen über diesen Verordnungsentwurf erzielt worden ...

In Anbetracht des Vorstehenden wird der Rat gebeten, Folgendes generell zu befürworten:

...
5) hinsichtlich der Rechte der betroffenen Personen: den Grundsatz, dass höhere Transparenzstandards gelten sollen, wodurch die Handhabe der betroffenen Personen über die sie betreffenden personenbezogenen Daten verstärkt und eine effektivere Ausübung ihrer Rechte nach Kapitel III erleichtert wird;

...

³⁶ Rat der Europäischen Union 31.Mai 2013 10227/13 Interinstitutionelles Dossier 2012/0011 (COD) ; Betr.: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) – Kernfragen zu den Kapiteln I-IV.

d) Bericht des Ausschusses für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments (LIBE) vom 22.11.2013

Letztendlich wurden im Bericht vom 22.11.2013³⁷ die Anforderungen an die Transparenz dahingehend verbessert, dass in Artikel 13a und Anhang 1 Regelungen zu standardisierten Informationsmaßnahmen unter Verwendung von Piktogrammen ergänzt wurden.

In Änderungsantrag 24 zu Erwägung 48 wurde dazu erstmals eine Informationsmöglichkeit durch Icons vorgeschlagen. Neu ist ebenso der Vorschlag, standardisierte Datenschutzprüfzeichen sowie ein „Europäisches Datenschutzsiegel“ auf europäischer Ebene einzuführen (Änderungsantrag 52 zu Erwägung 77).

Eingefügt wurde außerdem Artikel 10a mit allgemeinen Grundsätzen für die Rechte der betroffenen Person und mit der Betonung, dass Grundlage des Datenschutzes klare und eindeutige Rechte der betroffenen Person bilden, die von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen zu achten sind. Zu diesen Rechten gehören unter anderem die Bereitstellung klarer und leicht verständlicher Informationen.

Zudem wurde Erwägungsgrund 38 präzisiert und bezüglich der Dokumentationspflicht des Verantwortlichen im Hinblick auf seine berechtigten Interessen dahingehend ergänzt, dass das berechnete Interesse der betroffenen Personen dann überwiegen kann, wenn personenbezogene Daten in Situationen verarbeitet werden, in denen eine betroffene Person vernünftigerweise nicht mit einer weiteren Verarbeitung rechnen muss.

e) Vorschlag des Rats der Europäischen Union vom 11.06.2015

Der Rat der Europäischen Union hat in seinem Vorschlag für eine Datenschutz-Grundverordnung am 11.06.2015³⁸ die Artikel 11 und Artikel 13 gestrichen, dafür Artikel 12 um „Transparente Information, Kommunikation und Modalitäten“ für die Ausübung der Rechte der betroffenen Person ergänzt. Danach muss der für die Verarbeitung Verantwortliche geeignete Maßnahmen treffen, um der betroffenen Person alle Informationen gemäß den Artikeln 14 und 14a sowie alle Mitteilungen gemäß den Artikeln 15 bis 19 und Artikel 32, die sich auf die Verarbeitung personenbezogener Daten beziehen, in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln. Möglich ist diese Übermittlung in schriftlicher, elektronischer oder mündlicher Form, wenn letzteres von der betroffenen Person (deren Identität nachgewiesen ist) verlangt wird.

In Erwägungsgrund 46 wurde zur Sicherstellung der Transparenz ebenso auf die Verwendung von visuellen Elementen Bezug genommen.

³⁷ Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung)(COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD), - dieser Vorschlag erfolgte in Kenntnis des Berichts des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres sowie der Stellungnahmen des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten, des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie, des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz und des Rechtsausschusses - <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0402+0+DOC+PDF+Vo//DE>

³⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung); https://www.datenschutz-grundverordnung.eu/wp-content/uploads/2015/12/Entwurf_der_Ratspr%C3%A4sidentschaft_ST_9565_2015_INIT_DE.pdf

Im Hinblick auf den Grundsatz „Datenschutz durch Technik“ wurde als Umsetzungsmaßnahme unter anderem die Herstellung von Transparenz in Bezug auf die Funktionen und die Verarbeitung personenbezogener Daten vorgeschlagen (Erwägungsgrund 61).

Erwägungsgründe 38 (Dokumentationspflicht bezüglich berechtigter Interessen) sowie Erwägungsgrund 77 (Datenschutzsiegel) hat der Rat hingegen unverändert gelassen.

f) Trilogverhandlungen zwischen Europäischer Kommission, Europäischem Parlament und Rat der Europäischen Union vom 15.12.2015

Die Trilogverhandlungen (zwischen EU-Kommission, EU-Parlament und Ministerrat) begannen am 24.06.2015. Ein erstes Dokument dazu wurde am 15.12.2015 veröffentlicht, der konsolidierte Text folgte am 28.01.2016³⁹.

Danach setzt der Grundsatz der Transparenz gemäß Erwägungsgrund 30 voraus, dass alle Informationen und Mitteilungen zur Verarbeitung dieser Daten leicht zugänglich und verständlich und in klarer und einfacher Sprache abgefasst sind (insbesondere für die Informationen über die Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen und die Zwecke der Verarbeitung sowie für sonstige Informationen, die eine faire und transparente Verarbeitung gewährleisten).

Artikel 11 und 13 sind hinsichtlich der dort ursprünglich verankerten Transparenzgrundsätze gestrichen, dafür jedoch ist Artikel 12 um Regelungen für „Transparente Information, Kommunikation und Modalitäten für die Ausübung der Rechte der betroffenen Person“ ergänzt worden.

Der Verantwortliche muss dementsprechend geeignete Maßnahmen treffen, um der betroffenen Person alle Informationen gemäß den Artikeln 14 und 14a sowie alle Mitteilungen gemäß den Artikeln 15 bis 20 und Artikel 32, die sich auf die Verarbeitung personenbezogener Daten beziehen, in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung zu stellen (Artikel 12). Außerdem können die Informationen, die den betroffenen Personen gemäß den Artikeln 14 und 14a bereitzustellen sind, in Kombination mit standardisierten Bildsymbolen bereitgestellt werden, um in leicht wahrnehmbarer, verständlicher und klar nachvollziehbarer Form einen aussagekräftigen Überblick über die beabsichtigte Verarbeitung zu vermitteln.

Diese Anforderung und Möglichkeit der visuellen Elemente ist bereits in Erwägungsgrund 46 erwähnt. Die Kommission hat darüber hinaus die Befugnis, delegierte Rechtsakte zur Bestimmung der Informationen, die durch Bildsymbole darzustellen sind, und der Verfahren für die Bereitstellung standardisierter Bildsymbole zu erlassen.

Bei der Umsetzung des Grundsatzes „Datenschutz durch Technik“ ist die Transparenz in Bezug auf die Funktionen herzustellen (Erwägungsgrund 61). Bezüglich der Erhöhung der Transparenz bleibt es gemäß Erwägungsgrund 77 bei der bereits im ursprünglichen Entwurf enthaltenen Anregung, Zertifizierungsverfahren sowie Datenschutzsiegel und -prüfzeichen einzuführen.

³⁹ Rat der Europäischen Union, Brüssel, 28.01.2016 (OR.en) 5455/16, Interinstitutionelles Dossier: 2012/0011 (COD) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5455_2016_INIT&from=EN

g) endgültige Fassung der Datenschutz-Grundverordnung vom 27.04.2016

In der endgültigen Fassung der Datenschutz-Grundverordnung vom 27.04.2016 ist gemäß Artikel 5 als Grundsatz für die Verarbeitung personenbezogener Daten verankert, dass diese auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden („Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz“).⁴⁰

! Artikel 5 Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten

(1) Personenbezogene Daten müssen

a) auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden („Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz“);

Dieser Grundsatz entspricht weitgehend dem Grundsatz im ursprünglichen Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung vom 25.01.2012.

Gemäß Artikel 12 können die Informationen nach Artikel 13 und Auskunftsrechte nach Artikel 14 mit standardisierten Bildsymbolen kombiniert werden. Die Kommission kann hierfür delegierte Rechtsakte zur Bestimmung der Informationen, die durch Bildsymbole darzustellen sind, sowie der Verfahren für die Bereitstellung standardisierter Bildsymbole erlassen.

Der Grundsatz der Transparenz setzt insgesamt voraus, dass eine für die Öffentlichkeit oder die betroffene Person bestimmte Information präzise, leicht zugänglich und verständlich sowie in klarer und einfacher Sprache abgefasst ist und gegebenenfalls zusätzlich visuelle Elemente verwendet werden, wobei diese Information ebenso in elektronischer Form bereitgestellt werden kann, beispielsweise auf einer Webseite (Erwägungsgrund 58 und Erwägungsgrund 39).

Bei der Umsetzung des Grundsatzes „Datenschutz durch Technik“ ist die Transparenz in Bezug auf die Funktionen herzustellen (Erwägungsgrund 78).

Bezüglich der Erhöhung der Transparenz bleibt es gemäß Erwägungsgrund 100 bei der bereits im ursprünglichen Entwurf vom 25.01.2012 enthaltenen Anregung, Zertifizierungsverfahren sowie Datenschutzsiegel und - prüfzeichen einzuführen.

4. Zusammenfassung

Nach der Datenschutz-Grundverordnung ist eine Einwilligung eine freiwillige Willensbekundung, die informiert und unmissverständlich abzugeben ist, entweder durch (schriftliche, elektronische oder mündliche) Erklärung oder durch eine sonstige eindeutig bestätigende Handlung (Artikel 4 Nr. 11 und Erwägungsgrund 32). Letzteres kann sowohl beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft, als auch durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert (Erwägungsgrund 32).

⁴⁰ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DE>

! „Einwilligung“ der betroffenen Person jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist;

Zudem wurde in der Datenschutz-Grundverordnung das Transparenzgebot klar formuliert: Personenbezogene Daten müssen gemäß Artikel 5 Absatz 1 a) auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden („Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz“). Der Grundsatz der Transparenz setzt insgesamt voraus, dass eine für die Öffentlichkeit oder die betroffene Person bestimmte Information präzise, leicht zugänglich und verständlich sowie in klarer und einfacher Sprache abgefasst ist und gegebenenfalls zusätzlich visuelle Elemente verwendet werden, wobei diese Information ebenso in elektronischer Form bereitgestellt werden kann, beispielsweise auf einer Webseite (Erwägungsgrund 58 und Erwägungsgrund 39).

Transparenz beginnt bereits bei der Gestaltung des technischen Systems (Grundsatz „Datenschutz durch Technik“), die in Bezug auf die Funktionen hergestellt werden soll (Erwägungsgrund 78). Unterstützend wird die Einführung von Zertifizierungsverfahren sowie Datenschutzsiegeln und -prüfzeichen angeregt (Erwägungsgrund 100). Darüber hinaus wird die konkrete Umsetzung von Transparenz jedoch gleichermaßen im Hinblick auf die Betroffenenrechte erweitert. Gemäß Artikel 12 sind Informationen über personenbezogene Daten, unabhängig davon, ob sie bei der betroffenen Person erhoben werden oder nicht (Artikel 13 und Artikel 14), in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln. Diese Informationen können mit standardisierten Bildsymbolen kombiniert werden. Die Kommission kann hierfür delegierte Rechtsakte zur Bestimmung der Informationen, die durch Bildsymbole darzustellen sind, sowie der Verfahren für die Bereitstellung standardisierter Bildsymbole erlassen.

III. „Informiertheit der Verbraucher“ als Regulierungsherausforderung

„Rationale Apathie“ oder „Privacy-Paradox“ – es gibt mittlerweile viele Bezeichnungen für das Phänomen, dass Nutzer zwar den Wert ihrer personenbezogenen Daten schätzen, jedoch nicht bereit bzw. nicht im Stande sind, ihre digitalen Rechte aktiv wahrzunehmen und einzufordern. Sie werden zwar ständig um Zustimmung zur Nutzung persönlicher Daten gebeten, diese Zustimmung erfolgt aber regelmäßig ohne eine genaue Kenntnis davon, worin man eigentlich einwilligt. Denn würde man sich tatsächlich Zeit für das Lesen von seitenlangen Datenschutzerklärungen nehmen, würde man diese als juristischer Laie nicht verstehen. Würde man sie doch verstehen, könnte man sie nicht ändern, da die Nutzung eines Produkts meist von der Akzeptanz aller Datenverarbeitungsoptionen durch den Datennehmer abhängt. Die Datenschutzerklärungen sind also meist lang und werden wegen juristischer Anforderungen, technischer Komplexität und Zeitmangels fast nie gelesen, sodass dem Inhalt dieser »Daten-AGB« für gewöhnlich mehr oder minder blind zugestimmt wird. Immer mehr Anfragen nach datenschutzrechtlichen Einwilligungen führen beim Dateninhaber außerdem zu einer Entscheidungsüberforderung, Abstumpfung im Sinne einer „rationalen Apathie“ und schließlich zu einer Entwertung der Einwilligung. Und obwohl bei der Zustimmung zu den Datenverarbeitungs-AGB der Schein der Freiwilligkeit entsteht, findet sich die datenschutzrechtliche Idealvorstellung einer „informierten Einwilligung“ im realen Leben der Menschen somit faktisch kaum wieder.

Freilich gehört zur informationellen Selbstbestimmung aber auch die Freiheit zur Verwertung personenbezogener Daten und zur „informationellen Selbstgefährdung“⁴¹. Wenn der Nutzer sich wissentlich „digital entblößt“ und die Gefahr einer möglichen, für ihn nachteilhaften Verwendung seiner personenbezogenen Daten bei der Einwilligung billigend in Kauf nimmt, so ist dies letzten Endes auch ein Ausdruck seiner Freiheitsausübung. Aber kann eine Freiheitsausübung ohne genaue Kenntnis der möglicherweise eingegangenen Risiken überhaupt erfolgen? Wo liegt die Grenze zwischen der Entscheidungsherrschaft des Einzelnen und der nicht mehr legitimierbaren Selbstgefährdung?

Aus der Verbraucherperspektive muss daher gefragt werden, wie man in der Praxis die Nutzer dazu bringt, sich mit der Einwilligungsthematik auseinanderzusetzen. Auch wenn den Nutzern mit den Einwilligungsassistenten ein technisches Instrument zur Berücksichtigung der individuellen Datenschutzpräferenzen zur Verfügung stünde, bliebe trotzdem die Frage offen, wo für die Verbraucher überhaupt die Anreize liegen sollen, sich der technischen Lösungsansätze beim Einwilligungsverfahren zu bedienen? Müssen die Einwilligungsanreize rechtlich gesteuert werden, und wenn ja, wie?

Exemplarisch für diese Fragestellungen ist die gängige verbraucherpolitische Diskussion über die Informiertheit der Nutzer. Hier wird oft (mit einer gewissen Selbstverständlichkeit) davon ausgegangen, dass eine gesetzlich vorgeschriebene Vereinfachung der Darstellung von AGB zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten automatisch zur besseren Informiertheit der Nutzer und damit in Konsequenz zu einem bewussten und souveränen Umgang mit persönlichen Daten führt. So wird beispielsweise in der Ausschussempfehlung des Bundesrates zur Verbesserung der Verbraucherfreundlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁴² u. a. die Übersichtlichkeit von Datenschutzhinweisen, eine erleichterte Lesbarkeit und die Hervorhebung von Änderungen empfohlen, „um damit dem tatsächlichen ‚Nicht-zur-Kennntnisnehmen‘ von AGB entgegenzuwirken“⁴³.

⁴¹ Dazu grundlegend: Hermstrüwer, Y., *Informationelle Selbstgefährdung*, Tübingen 2016.

⁴² Bundesrat, Drucksache 577/1/16 vom 21.10.2016.

⁴³ Ebd., S. 2

Hervorhebungen wesentlicher Punkte sowie die Kürzung und Straffung von AGB sollen demnach den Nutzern ein zeitaufwändiges Lesen ersparen und ein höheres Maß an Rechtssicherheit gewährleisten, was letztendlich die Transparenz erhöhen und dem Empfänger einen schnellen Überblick über die wesentlichen Änderungen der Vertragsbeziehung ermöglichen soll. In die gleiche Richtung gehen auch Vorschläge wie die Verpflichtung zur Verwendung vorformulierter Datenschutzbestimmungen, wodurch der Betroffene sich mit den einzelnen Bestimmungen eines Geschäftsbereiches bereits vor dem Einwilligungsprozess vertraut machen und anschließend verschiedene Online-Verträge abschließen kann, ohne sich um eine zu weitreichend erteilte Einwilligungserklärung sorgen zu müssen.⁴⁴ Auch der Vorschlag eines „One-Pagers“ durch den Nationalen IT-Gipfel im Jahr 2015 geht in diese Richtung: Mit dem „One-Pager“ sollen die Informationen zur Datenverarbeitung bei digitalen Angeboten so aufbereitet werden, dass die Verbraucher schnell, einfach und umfassend alle wesentlichen Informationen zur Datenverarbeitung bekommen.⁴⁵

Aber sind solche rechtspolitischen Forderungen tatsächlich dazu geeignet, eine datenschutzbewusste Haltung der Verbraucher herbeizuführen? Die Annahme, dass allein transparent gestaltete AGB die Informiertheit der Nutzer zu fördern vermögen, muss jedenfalls hinterfragt werden: Die Bereitstellung transparenter Informationen ist „allenfalls eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die akkurate Einschätzung von Datenschutzrisiken“⁴⁶. Die Emotionen und kognitiven Fähigkeiten des Nutzers sind in diesem Zusammenhang ebenso bedeutsam, wenn nicht bedeutsamer.

Zum einen stehen den mittel- bis langfristigen Risiken und Nebenwirkungen der Datenpreisgabe stets kurzfristige Vorteile bzw. geldwerte Vergünstigungen gegenüber, welche die Einwilligungsbereitschaft emotional verstärken. „Oft werden die zeitlich früheren Folgen einer Einwilligung recht konkrete Vorteile darstellen, während spätere Folgen meist weniger wohldefiniert oder greifbar sind.“⁴⁷ Zusätzliche Informationen dürften die damit verbundene Neigung zur impulsiven oder „kurzsichtigen“ Datenpreisgabe nur bedingt abfedern. Dies wirft die Frage auf, ob die Nutzer ihre Einschätzung der Risiken und ihre Einwilligungsbereitschaft schon allein deswegen überdenken würden, wenn sie darüber informiert würden, dass eine (Preis-)Vergünstigung in der Gegenwart zu Nachteilen in der Zukunft führen könnte, etwa höheren Preisen oder datenbasierter Diskriminierung.⁴⁸

Zum anderen muss hinterfragt werden, ob eine komprimierte Darstellung von AGB bisweilen nicht gerade das Gegenteil von Informiertheit bewirkt – und zwar, wenn sie die dargestellten Informationen dem Nutzer als irrelevant erscheinen lässt. So könnten die Diensteanbieter ihre Datenschutzerklärungen theoretisch auch so umfassend gestalten, dass die entscheidenden Informationen unterhalb der Wahrnehmungsschwelle der Nutzer bleiben.⁴⁹ Yoan Hermstrüwer stellt in diesem Zusammenhang treffend fest: „Das Datenschutzrecht steht insoweit vor der schwierigen Aufgabe, die Komplexität der Regelungsinhalte von Datenschutzerklärungen dergestalt zu reduzieren, dass die tatsächlich entscheidungsrelevanten Informationen wahrgenommen werden, ohne dass die bereitgestellten Informationen aufgrund ihrer unterkomplexen Darstellung als irrelevant abgetan werden.“⁵⁰

44 Pollmann, M. / Kipker, D.-K., *IGMR, Eingeschränkte Selbstbestimmung im Onlineverkehr; Stärkung der Einwilligungserklärung durch Einführung vorformulierter Datenschutzbestimmungen*, 2016, S. 10 ff., https://www.jura.uni-bremen.de/uploads/IGMR/Pollmann_Kipker_Working-Paper_Eingeschränkte_Selbstbestimmung_im_Onlineverkehr_2016.pdf

45 https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/11192015_OnePager_Nationaler_IT_Gipfel.html

46 Hermstrüwer, Y., *Informationelle Selbstgefährdung*, Tübingen, 2016, S. 236.

47 Ebd., S. 299 (m.w.N.).

48 Vgl., ebd., S. 299.

49 Ebd., S. 312 (m.w.N.).

50 Ebd., S. 312.

Des Weiteren könnten transparent dargestellte Informationen über die Datenpreisgabe den Nutzern ein Gefühl der Kontrollierbarkeit der Datenverwendung suggerieren, ohne dass dieses Gefühl die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten auf die Datenverwendung durch Dritte widerspiegelt. Dies könnte unter Umständen zu einer Unterschätzung von Risiken führen: „Das Gefühl der Kontrolle über die Informationspreisgabe [kann] in eine Illusion der Kontrolle über die Informationsverwendung umschlagen.“⁵¹ Die transparenten Datenschutzerklärungen dürfen jedoch nicht als Zusicherung von Schutz fehlinterpretiert werden. In Wirklichkeit liefern sie Informationen zur Aufklärung, auch über eine möglicherweise riskante Datenverarbeitung, und gerade keine „Garantie für Datenschutz“. Bei den rechtspolitischen Forderungen nach transparent gestalteten AGB muss jedenfalls bedacht werden, dass die übersichtlich gestalteten „One-Pager“ – entgegen der häufigen Annahme – bloß ein Informiertheitsgefühl statt tatsächlicher Informiertheit zur Folge haben könnten.

Es muss schließlich hinterfragt werden, inwiefern transparent gestaltete AGB die tatsächliche Bereitschaft der Nutzer steigern, sich mit den Bedingungen der Datenverarbeitung auseinanderzusetzen. So entwickelt beispielsweise ConPolicy im Rahmen eines durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz geförderten Forschungsvorhabens konkrete Vorschläge, wie die Entscheidungssituation bei der Einwilligung ausgestaltet sein sollte, damit Verbraucherinnen und Verbraucher informierte Entscheidungen treffen und somit ihre Datensouveränität möglichst gut ausüben können⁵². In Bezug auf das oben bereits aufgeführte Beispiel des „One-Pagers“ des Nationalen IT-Gipfels, wird dort empirisch untersucht, wie Entscheidungssituationen bei Einwilligungen gestaltet sein müssen, um den Verbrauchern eine informierte Einwilligung zu erleichtern und die bestehenden Missstände zu beheben. Diese Vorschläge basieren auf verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen zu den Auswirkungen der Gestaltung und Strukturierung von Wahlentscheidungen im Online-Kontext. Eine solche Herangehensweise ist jedenfalls zu begrüßen, da sie einen konkreten rechtspolitischen Vorschlag auf seine praktische Geeignetheit durch valide empirische Forschung prüft.

Im Zusammenhang mit PIMS muss an dieser Stelle angemerkt werden, dass die Einwilligungsassistenten einige der dargestellten Herausforderungen durchaus zu bewältigen im Stande wären – etwa durch die automatisierte Kontrolle der zweckmäßigen Datenverwendung oder auch durch eine automatisierte Zusammenstellung von tatsächlich abgefragten Daten anhand einer technischen Erkennung des Datenzugriffs. Aber auch hier müssten die tatsächlichen Entscheidungen der Nutzer und ihre Bereitschaft zur Nutzung technischer Einwilligungsassistenten verhaltensökonomisch untersucht werden.

Die oben dargestellten Aspekte am Beispiel der „Informiertheit“ zeigen, dass die rechtlichen Anforderungen an eine informierte Einwilligung und Einwilligungsplattformen ohne zusätzliche verhaltensökonomische Einsichten schwerlich auskommen können. Denn „was uns Privatheit wert ist, wird stets davon abhängen, welche Rechte auf Privatheit uns die Rechtsordnung zuweist, wie Einwilligungsoptionen dargestellt werden und wie die Anreize gesetzt sind.“⁵³ Mit anderen Worten: Die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine informierte Einwilligung lassen sich nur angemessen bewerten und gestalten, wenn auch die Gestaltbarkeit von Datenschutzpräferenzen und die tatsächliche Bereitschaft der Nutzer, sich mit dem Schutz der eigenen Privatsphäre aktiv auseinanderzusetzen, in den Blick genommen werden. Es ist daher wichtig zu klären, welche Faktoren die Entscheidung der Nutzer beeinflussen, sich über die Datenverarbeitung zu informieren und die Einwilligung von den so gewonnenen Informationen abhängig zu machen.

⁵¹ Ebd., S. 318.

⁵² <http://www.conpolicy.de/referenz/einwilligung-20-entwicklung-und-validierung-von-handlungsoptionen-zur-foerderung-informierter-date/>

⁵³ Hermstrüwer, Y., *Informationelle Selbstgefährdung*, Tübingen 2016, S. 249.



Stiftung Datenschutz
rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts
Karl-Rothe-Straße 10–14
04105 Leipzig
Deutschland

Telefon 0341 / 5861 555-0
mail@stiftungdatenschutz.org
www.stiftungdatenschutz.org