

Bitkom  
Stellungnahme

# TTDSG- Einwilligungsverwalt ungsverordnung

Bitkom Stellungnahme zum Referentenentwurf

## Auf einen Blick

# TTDSG - Einwilligungsverordnung

## Ausgangslage

Das BMDV hat am 01. Juni 2023 den Referentenentwurf für die Verordnung über Dienste zur Einwilligungsverwaltung nach dem TTDSG veröffentlicht und den Konsultationsprozess gestartet. Durch die Einbindung der Dienste zur Einwilligungsverwaltung sollen neue Verfahren zur Einholung und Verwaltung der nach § 25 Absatz 1 TTDSG erforderlichen Einwilligungen geschaffen werden.

## Bitkom-Bewertung

Bitkom steht dem Entwurf kritisch gegenüber: Initiativen, die das Einwilligungsmanagement vereinfachen, Unternehmen die Erfüllung der Compliance-Anforderungen erleichtern und Transparenz für Nutzer schaffen sind grds. begrüßenswert. Der aktuelle Entwurf vermag jedoch, auch aufgrund der bestehenden Regelungskomplexität, dieses Ziel nicht zu erreichen und steht im Widerspruch zu bestehenden rechtlichen Vorgaben, Marktstandards und Initiativen.

## Das Wichtigste

Im Bitkom sind Datenschutzexperten, wichtige Anwender und Anbieter des digitalen Marketingökosystems genauso wie Content-Provider und Technologieexperten vertreten. Unser Papier zeigt daher die branchenübergreifenden Einschätzungen auf:

### ■ **Freiwilligkeit**

Insb. aufgrund der vielen offenen Fragen, auch zur technischen und rechtlichen Compliance, ist es essenziell, dass der Einsatz von Einwilligungsverwaltungsdiensten für alle Beteiligten freiwillig ist.

### ■ **Rechtliches Risiko**

Durch die Einschaltung eines Intermediärs entstehen für Telemedienanbieter erhebliche rechtliche Risiken, da sie in hohem Maße auf die zuverlässige Mitwirkung des anerkannten Dienstes angewiesen sind, um ihre Pflichten nach der DS-GVO zu erfüllen (Verantwortlichkeit ohne Kontrolle). Als für die Verarbeitung Verantwortliche sind Telemedienanbieter in vollem Umfang für Fehler bei der Erfassung und Übermittlung von Einwilligungen verantwortlich, die vom anerkannten Einwilligungsverwaltungsdienst begangen werden (Informierte Einwilligung und Granularität).

### ■ **Bestehende Marktstandards und Gleichlauf mit EU**

Der Entwurf geht einen Parallelweg zu der laufenden Initiative der EU Kommission, dem Voluntary Cookie Pledge. Die Initiative der deutschen Bundesregierung ohne weitere Abstimmung mit der EU wird zu unvermeidlicher Doppelregulierung führen und riskiert einen Systemkonflikt.

43%

der NutzerInnen sind von  
Cookie-Hinweisen  
genervt (lt. einer Studie  
von Bitkom Research)

# Inhalt

1	Gesamteinordnung	4
2	Grundsätzliche Punkte zum Einwilligungsverordnungsentwurf	5
	<b>DS-GVO Konformität und Zielerreichung</b>	5
	<b>Bestehende Marktstandards, Initiativen und EU-Rahmen</b>	6
	<b>Eigenschaften und Funktionsweisen der Dienste</b>	8
	<b>Unklare, verteilte Zuständigkeiten</b>	8
	<b>Klarstellungen für Ausgestaltung der Dienste</b>	9
3	Detailkommentierung des Einwilligungsverordnungsentwurf	10
	<b>Folgeverarbeitungen</b>	10
	<b>Überprüfung von Einstellungen</b>	10
	<b>zu § 4</b>	11
	<b>zu § 7</b>	12
	<b>zu § 14</b>	13
	<b>zu § 15</b>	14
	<b>zu § 16</b>	15

# 1 Gesamteinordnung

Alles akzeptieren, ablehnen oder Einstellungen anpassen: Mit dieser Auswahl sind die meisten Internetnutzer konfrontiert, wenn sie derzeit eine Webseite aufrufen.

Webseitenbetreiber informieren mit solchen Texthinweisen oder Bannern über den Einsatz von Cookies<sup>1</sup> auf ihrer Webseite. Die Cookie-Banner rufen bei Internetnutzern allerdings geteilte Meinungen hervor. Einerseits stellen sie für 46 Prozent eine wichtige Information dar. Andererseits sind ähnlich viele (43 Prozent) von den Cookie-Hinweisen genervt. Ein Drittel der Internetnutzer (32 Prozent) findet Cookie-Banner sogar überflüssig, entsprechende Hinweise in der Datenschutzerklärung einer Webseite würden jenen Nutzern ausreichen.

Bereits jetzt nehmen Nutzer die vielen Hinweise auf Webseiten eher als störend wahr. Die Webseitenbetreiber sind aber verpflichtet, die Webseitenbesucher entsprechend deutlich zu informieren, um „informierte Einwilligungen“ einzuholen. Die Verwendung von Cookie-Bannern begründen sich daher auf rechtlichen Pflichten für die Telemedienanbieter. Transparenz, Auswahlmöglichkeiten und Kontrolle über die Datennutzung sind selbstverständlich wichtig, vor allem wenn es um Webseiten-Tracking geht. Die derzeitigen Vorgaben führen aber eher dazu, dass die Banner schlicht weggeklickt werden, als dass sich Nutzer tatsächlich mit den Informationen auseinandersetzen.

Vier von zehn Internetnutzern (43 Prozent) geben an, dass sie Cookie-Banner nicht beachten. Und ein Viertel (26 Prozent) hat solche Hinweise auf Webseiten noch nie wahrgenommen. Cookies machen das Surfen einerseits bequemer und helfen andererseits Webseitenbetreibern dabei, ihre Angebote besser an Seitenbesucher anzupassen. Dazu zählen beispielsweise Warenkorb-Cookies, das Merken von Spracheinstellungen, Personalisierung oder auch die Webseitenanalyse über Cookies.

Cookies sind daher ein essenzieller Bestandteil für Funktionalitäten, technische Einstellungen und digitales Marketing. Digitales Marketing ermöglicht es Unternehmen, Informationen über eine breite Palette von Waren und Dienstleistungen zu verbreiten. Dies schafft Anreize für Unternehmen, differenzierte Angebote zu schaffen, um sich regional und global von der Konkurrenz abzuheben und treibt damit Innovationen voran.

Viele kostenfreie Online-Angebote werden erst durch digitales Marketing und personalisierte Werbung möglich und auch das digitale Marketing selbst ist ein wesentlicher Wirtschaftszweig geworden. Die Vielfalt an Akteuren, Formaten, technischen und kreativen Lösungen ermöglicht ein facettenreiches Ökosystem, von dem unterschiedlichste Unternehmen und Konsumentinnen und Konsumenten profitieren. Die Wertschöpfung des digitalen Marketings in Deutschland betrug im

<sup>1</sup> Bei Cookies handelt es sich um Textdateien, die beim Aufrufen einer Webseite auf einem Computer oder anderen Endgeräten mit Internetzugang wie Smartphones abgelegt werden. Verwaltet werden Cookies über den Browser, mit dem man die Webseite aufruft. Cookies speichern Informationen über den Webseiten-Besuch wie etwa die Verweildauer, die aufgerufenen Unterseiten oder die Eingabe eines Suchbegriffs. Bei jedem Aufruf liest die Webseite vorhandene Cookies aus und verwendet diese bei Bedarf. So merkt sich der Browser beispielsweise die Login-Daten und fügt diese bei jedem Besuch der Internetseite automatisch ein.

Jahr 2022 19,75 Milliarden Euro und wächst damit gegenüber dem Jahr 2018 deutlich um 7,27 Milliarden Euro. Dies entspricht einem Wachstum von 58,3 Prozent.<sup>2</sup>

Rechtliche Vorgaben aus Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), ePrivacy Richtlinie, Digital Services Act, Digital Markets Act, Data Governance Act und dem Telekommunikations- Telemedien Datenschutzgesetz (TTDSG) bestimmen, wie überhaupt getrackt werden darf und Transparenz und Auswahlmöglichkeiten für Nutzer zu gestalten sind und führen zu einer Vielzahl an Einwilligungsbannern auf nahezu allen Webseiten. Die sich zum Teil überlappenden Vorschriften, technischen Funktionsweisen und verschiedenen Betroffenheiten nahezu aller Stakeholder des Webs führen zu vielen Unklarheiten. Die Einwilligungsverwaltungsverordnung nach dem §26 TTDSG vermag dies bisher nicht aufzulösen und obwohl Bitkom grundsätzlich Einwilligungsverwaltungssystemen offen gegenübersteht, werfen die neuen Regelungen mehr Fragen als Antworten auf.

## 2 Grundsätzliche Punkte zum Einwilligungsverordnungsentwurf

### **DS-GVO Konformität und Zielerreichung**

Der Verordnungsentwurf verfehlt bisher sein Ziel, durch die Einbindung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung (anerkannte Dienste) eine anwenderfreundliche Alternative zu der Vielzahl zu treffenden Einzelentscheidungen für Endnutzer per sog. Cookie-Einwilligungs-Banner zu schaffen. Die anerkannten Dienste können weder in der Breite noch in der Tiefe die in der Praxis anfallenden und erforderlichen Einwilligungen verwalten.

Da sich der Anwendungsbereich der EinwV auf die Verwaltung von Einwilligungen nach § 25 Abs. 1 dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) beschränkt, müssten andere Einwilligungen (z.B. nach Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes über digitale Märkte ("DMA")) gesondert eingeholt werden. Endnutzer müssten demnach weiterhin eine Vielzahl von Einzelentscheidungen treffen. Telemedienanbieter wären gezwungen, für verschiedene Nutzer unterschiedliche Benutzeroberflächen zu gestalten und anzuzeigen, je nachdem, (1) ob sie einen anerkannten Dienst einsetzen oder nicht und (2) ob eine bestimmte Einwilligung in den Anwendungsbereich des §25 Abs.1 TTDSG fällt und damit zulässig über einen anerkannten Dienst erteilt werden

<sup>2</sup> Zur Studie mit allen Studienergebnissen: <https://www.bitkom.org/Themen/Technologien-Software/Digital-Marketing/Studie-Wertbeitrag-des-digitalen-Marketings>.

kann. Das führt zu größerer Komplexität und fördert nicht die Kontrolle und Transparenz auf die Verwaltung der Einwilligung.

Aufgrund des Diskriminierungsverbots in § 6 EinwV sowie organisatorischer und technischer Beschränkungen werden anerkannte Dienste Endnutzern voraussichtlich keine ausreichenden Informationen für eine freie und informierte Entscheidung bereitstellen. Vielmehr ist es wahrscheinlich, dass sie die von den einzelnen Telemedienanbietern zur Verfügung gestellten Informationen und deren Darstellung bis zu einem gewissen Grad standardisieren und damit die Granularität der den Endnutzern zur Verfügung gestellten Einwilligungsinformationen reduzieren. Das beschränkt die Möglichkeit der Telemedienanbieter, den Endnutzern ausreichend granulare Informationen über die Datenerhebung zur Verfügung zu stellen und mit ausreichenden Informationen über ihre Wahlmöglichkeiten zu versorgen. Das Fehlen eines angemessenen Kontexts zur Einwilligungsentscheidung beeinträchtigt die Nutzererfahrung grundlegend und kann Endnutzer möglicherweise über die Folgen ihrer Entscheidungen in die Irre führen. Infolgedessen könnte die von einem Endnutzer erteilte Einwilligung nach der DS-GVO wegen mangelnder Aufklärung unwirksam sein.

Die Verordnung wirft hinsichtlich der DS-GVO Konformität auch weitere Fragen auf. Durch die Einschaltung eines Intermediärs, des anerkannten Dienstes, entstehen für Telemedienanbieter erhebliche rechtliche Risiken, da sie in hohem Maße auf die zuverlässige Mitwirkung des anerkannten Dienstes angewiesen sind, um ihre Pflichten nach der DS-GVO zu erfüllen (Verantwortlichkeit ohne Kontrolle). Als für die Verarbeitung Verantwortliche sind Telemedienanbieter in vollem Umfang für Fehler bei der Erfassung und Übermittlung von Einwilligungen verantwortlich, die vom anerkannten Einwilligungsverwaltungsdienst begangen werden (Informierte Einwilligung und Granularität). Zudem wird die erst kürzlich (halbwegs) harmonisierte und etablierte Auslegungs- und Interpretationspraxis der Aufsichtsbehörden (und Unternehmen) durch die neuen Dienste zurückgesetzt.

## **Bestehende Marktstandards, Initiativen und EU-Rahmen**

Der Verordnungsentwurf schafft eine deutsche Sonderlösung, im Widerspruch zu den bestehenden Marktlösungen.

Der Verordnungsentwurf schafft ein alternatives Verfahren zur Verwaltung von Einwilligungen, welches in etablierte Marktlösungen für die Einwilligungsverwaltung eingreift und eine eigenwillige deutsche Einheitstechnologie schafft, die die Erbringung von Telemediendiensten erschwert und verkompliziert. Die Bundesregierung sollte dies im Rahmen der Notifizierungspflicht des Vorhabens abklären.

Es gibt bereits eine große Zahl von Consent Management Services (CMS) Anbietern und es haben sich auch Industriestandards etabliert, die auf dem Markt akzeptiert und von Telemedienanbietern geschätzt werden. Es ist unklar, ob etablierte Marktakteure ihre Dienste als anerkannte Dienste unter der Verordnung anbieten könnten. Vielmehr müssten sie ihre Dienste erheblich anpassen, um die Anforderungen der Verordnung zu erfüllen. Branchenstandards, wie z.B. die des IAB, werden von der Verordnung offenbar nicht berücksichtigt. Der IAB, ein Verband auf europäischer Ebene für das

digitale Marketing- und Werbeökosystem, hat ein Transparency & Consent Framework (Rahmen für Transparenz und Einwilligung) herausgegeben. Dieses soll die Einhaltung der ePrivacy-Richtlinie und der DS-GVO durch die von Website-Anbietern eingesetzten CMS erleichtern. Aktuell listet das TCF 74 CMS Dienstleister, 30 CMS Dienstleister für Mobiltelefone, 13 CMS Dienstleister für Smart-TVs sowie 64 proprietäre CMS.<sup>3</sup> Zwar gibt es einen Katalog von oft nur vagen umschriebenen verbindlichen Anforderungen an anerkannte Dienste, aber an keiner Stelle fordert der Verordnungsentwurf die Regulierungsbehörden auf, bestehende Marktstandards zu berücksichtigen.

Telemedienanbieter nutzen bereits auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene CMS-Lösungen, die die Vorgaben nach der DS-GVO beachten und z.B. den IAB-Standards entsprechen. Die Umsetzung der organisatorischen und technischen Maßnahmen zur Einbindung der anerkannten Dienste in ihre Telemedien-Angeboten wäre mit einem erheblichen, derzeit nicht kalkulierbaren Aufwand verbunden.

Darüber hinaus regelt die Verordnung Dienste, die bereits durch das europäische Daten-Governance-Gesetz (Data Governance Act, DGA) umfassend geregelt sein könnten. Möglicherweise handelt es sich bei anerkannten Diensten um Datenvermittlungsdienste im Sinne von Art.10 lit.b und Art.2 Nr.11 DGA, da sie zwischen Endnutzern als betroffenen Personen und Anbietern von Websites als Datennutzern im Hinblick auf Einwilligungen in die Speicherung von oder den Zugriff auf gespeicherte Informationen vermitteln. Eine abweichende Regelung solcher Dienste in Deutschland würde dem Harmonisierungsziel des DGA zuwiderlaufen und Zweifel an ihrer Europarechtskonformität wecken.

Die Verordnung muss auch mit Blick auf das Herkunftslandsprinzip der E-Commerce Richtlinie noch einmal geprüft werden, insb. weil einige Vorgaben zu Beschränkungen von Diensten der Informationsgesellschaft führen könnte. Die Verordnung legt Einwilligungsverwaltungsdiensten, Browsern und App-Anbietern andere rechtliche Anforderungen auf, als sie zT in deren Herkunftsländern existieren. Hiermit wird die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen im Binnenmarkt erschwert.

Der Verordnungsentwurf geht zudem einen Parallelweg zu der aktuellen, laufenden Initiative der Europäischen Kommission, dem Voluntary Cookie Pledge, insbesondere der Arbeitsgruppe III zu technical solutions for automated management of consumer choices. Die Initiative der deutschen Bundesregierung für einen nationalen, freiwilligen Ansatz für Cookies, ohne weitere Abstimmung mit der EU wird zu unvermeidlicher Doppelregulierung führen und riskiert einen Systemkonflikt. Das ist als Problem anzusehen. Der Entwurf könnte also eine Technik etablieren, die von europäischen Entwicklungen überholt und somit obsolet wird. Sollte die ePrivacy-Verordnung erlassen werden, könnte das TTDSG und somit auch die EinwV nicht mehr anwendbar sein. Alle Entwicklungen unter der EinwV wären überholt und jeglicher Aufwand vergeblich. Die Bundesregierung sollte dies daher im Rahmen des Notifizierungsverfahrens klären, um Widersprüchlichkeiten zu vermeiden.

<sup>3</sup> <https://iabeurope.eu/cmp-list/>

## Eigenschaften und Funktionsweisen der Dienste

Der Entwurf liefert keine Antworten auf die durch die Einführung von Diensten potenziell erzeugten Folgefragen. Der Verordnungsentwurf adressiert zudem die tatsächlich heute üblichen Einwilligungsempfänger gar nicht, indem er eingebundene Technologieanbieter ausklammert. Hierdurch so wie aufgrund fehlender Signalisierungsfestlegungen und technischer Schnittstellen scheint die Verordnung im Kontext ihres Fokus auf Cookie Banner ihr Ziel nicht erreichen zu können

Die Regelung enthält bisher wenig Vorgaben hinsichtlich der (Weiter-)Verwendung des Einwilligungssignal (consent signal) für anderweitige Zwecke. Zugleich etabliert sie die Pflicht für Softwarehersteller diesen für potenzielle Trackings nutzbaren Vektor zu integrieren unter dem Verbot, diese Signale zu ändern oder anderweitig zu beeinflussen.

Dies würde zu einer Regelung führen, die den Interessen des privaten Kommunikationsschutzes diametral entgegenstehen würde. Beispielsweise würden Browser dadurch gezwungen, das Tracking von Nutzern - sofern die consent signals entsprechend verwendet werden - zu dulden und nicht unterbinden zu können. Das kann nicht gewollt sein.

Ein PIMS sollte zudem nicht gleichzeitig als Tracking-Mechanismus fungieren dürfen; die entsprechende Einschränkung in § 26 ist unbedingt aufrecht zu erhalten. Wenn sich Nutzer in einem anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung anmelden müssen, um nicht unbedingt notwendigen Cookies abzulehnen oder zustimmen, sollte es dem PIMS nicht gestattet sein, eine Tracking-ID preiszugeben. Auch dies lässt sich aus der DS-GVO-Anforderung ableiten, Einwilligungen nicht zu bündeln. Eine Einwilligung zur Nutzung eines PIMS sollte daher unabhängig von der Einwilligung zur Nutzung von Tracking erfolgen.

Es ist insbesondere nicht praktikabel, die Unterstützung beliebiger PIMS zu verlangen, ohne dass technische und inhaltliche Details gemeinsam entwickelt und konsultiert werden. Dies hätte nicht mehr, sondern weniger Schutz der Betroffenen zur Folge.

## Unklare, verteilte Zuständigkeiten

Die Verordnung könnte sich zudem negativ auf die harmonisierten aufsichtsbehördlichen Zuständigkeiten nach der DS-GVO auswirken. Während die Vereinbarkeit von Einwilligungen im Allgemeinen behördlich von der Aufsichtsbehörde der Hauptniederlassung des für die Verarbeitung Verantwortlichen liegt (Art. 56 ff. DS-GVO) zu beurteilen ist, wird die Frage der Vereinbarkeit von Einwilligungen, die über anerkannte Dienste erteilt wurden, vom Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) geprüft, der insoweit außerhalb des Rahmens der DS-GVO handelt, und somit Zuständigkeiten innerhalb Deutschlands von den Landesdatenschutzbeauftragten und von anderen EU-Mitgliedstaaten nach Deutschland verlagert. Einwilligungsprozesse werden dadurch hinsichtlich der zuständigen Aufsicht unnatürlich aufgesplittet. Dies wird dadurch noch verschärft, dass der BfDI nur im Rahmen des Anerkennungsverfahrens eines Einwilligungsverwaltungsdienstes über Datenschutzfragen entscheidet. Für andere

Angelegenheiten bleibt für die meisten Anbieter<sup>4</sup> die Behörde nach Art.55 DS-GVO für die Datenverarbeitung eines anerkannten Dienstes zuständig. Folglich könnten zwei Behörden gleichzeitig über die Vereinbarkeit der Datenverarbeitung des Einwilligungsverwaltungsdienstes mit der DS-GVO entscheiden. Dies würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.

## Klarstellungen für Ausgestaltung der Dienste

Es sind offenbar keine Voreinstellungen für generelle Einwilligungen im Einwilligungsdienst vorgesehen. Wir verstehen den Verordnungsentwurf bisher so, dass auch Einwilligungsverwaltungsdienste keine pauschalisierten Ablehnungen für bestimmte Zwecke oder bestimmte Telemedien vorsehen dürfen, wenn sie anerkannt werden wollen. Eine solche Klarstellung im Gesetzestext wäre zu begrüßen.

Daneben

Klar ist, dass ein Einwilligungsverwaltungsdienst die beim erstmaligen Besuch eines Telemedienangebots von dem Nutzer des Dienstes getroffenen Einwilligungsentscheidungen für weitere Besuche speichert und dann beim nächsten Besuch im Hintergrund dem Telemedienangebot mitteilt, § 7 II 1 RefE.

- Wenn beim ersten Besuch der Einwilligungsbanner des Telemedienangebots gezeigt wird, bleibt die Gestaltungsfreiheit des Angebots erhalten.
- Wenn beim ersten Besuch der Einwilligungsbanner des Telemedienangebots nicht gezeigt, sondern durch einen Einwilligungsbanner des Einwilligungsdienstes ersetzt werden soll, ist die Gestaltungsfreiheit des Telemedienangebots nicht mehr gegeben.

Hinzu kommen im Falle der Ersetzung des Einwilligungsbanner des Telemedienangebots durch einen Banner des Einwilligungsverwaltungsdienstes technische und Performancefragen. Es wird dann ein weiterer Dienstleister in den zeitkritischen Ablauf zwischen Aufrufen der Seite und Nutzung eingeschaltet.

Auch wenn Einwilligungen erteilt wurden und vom Einwilligungsverwaltungsdienst beim nächsten Besuch ohne erneute Abfrage signalisiert werden können, werden vielfach infolge der Änderungen von Geschäftspartnern, der Änderung von Verarbeitungszwecken etc. neue Einwilligungen erforderlich sein.

Auch bei solchen Abfragen von Einwilligungen, die wegen Änderungen bspw. der Dienstleister oder Verarbeitungszwecke nötig werden und beim vorherigen Besuch noch nicht abgefragt wurden (Änderungsabfragen), stellt sich die Frage, ob der Banner des Telemedienangebots oder derjenige des Einwilligungsverwaltungsdienstes gezeigt wird.

Auch hier erscheint es sinnvoll, dass die Einwilligung über die Maske des Telemediums abgefragt wird.

<sup>4</sup> Im Rahmen des §29 Abs.1 TTDSG hat der BfDI beispielsweise auch die Aufsichtszuständigkeit für Telekommunikationsanbieter.

- Demgegenüber scheint § 4 I Nr. 4 RefE davon auszugehen, dass bei Änderungsabfragen der Einwilligungsverwaltungsdienst die geänderten Einstellmöglichkeiten anzeigt.
- Es erscheint allerdings unklar, ob diese Erinnerung und Aufforderung nach § 4 I Nr. 4 RefE zusätzlich erfolgt und damit neben die Einwilligungsmaske des Telemediums tritt oder aber die Einwilligungsmaske des Telemediums ersetzt. Auch eine zweifache Tätigkeitsaufforderung in Gestalt der Erinnerung und Aufforderung des Verwaltungsdienstes dürfte womöglich als nicht sehr nutzerfreundlich erscheinen.
- § 4 I Nr. 4 RefE könnte sogar so zu verstehen sein, dass bei Änderungen mehr als ein Klick nötig sind, um zum Telemedium gelangen zu können. Dann wäre die Verwendung des Einwilligungsverwaltungsdienstes in diesem regelmäßig auftretenden Fall umständlicher als der Verzicht auf den Verwaltungsdienst.

## 3 Detailkommentierung des Einwilligungsverordnungs- entwurf

### Folgeverarbeitungen

Die Verordnung vermag eine der Grundproblematiken zur Weiterverarbeitung der Daten bisher nicht aufzulösen, sodass die Zielerreichung (Reduzierung der eingesetzten Cookie-Banner) in Frage steht. § 26 TTDSG kann sich lediglich auf den Anwendungsbereich von § 25 TTDSG und die dort geregelten Einwilligungen beziehen. Diese sind aber wegen Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2022/58/EG solche, die den Zugriff auf Endgeräte betreffen und beziehen sich gerade nicht auf die Weiterverarbeitung der Daten. Für diese sind die Regeln der DS-GVO maßgeblich. Der Verordnungsentwurf lässt die Frage unbeantwortet, wie der Einwilligungsverwaltungsdienst die Weiterverarbeitung rechtssicher abdeckt.

### Überprüfung von Einstellungen

Bitkom begrüßt, dass die Vorschrift in § 4 Abs.2 des Entwurfs vorgibt, dass die PIMS erst nach einer bestimmten Zeit die Nutzer zur Überprüfung ihrer Einstellungen auffordern dürfen. Der Entwurf sieht hier einen Zeitraum von einem Jahr vor. Diesbezüglich ist jedoch anzumerken, dass nach der Rechtsprechung des BGH Einwilligungen grds. nicht nach einem bestimmten Zeitablauf verfallen. Auch muss aus unserer Sicht zwischen der Nachfrage zur Überprüfung erteilter Einwilligungen und der Möglichkeit der Erteilung ursprünglich nicht erteilter Einwilligungen differenziert werden.

## zu § 4

„(4) Unbeschadet des Absatzes 1 kann der anerkannte Dienst zur Einwilligungsverwaltung weitere Maßnahmen zur Gewährleistung eines nutzerfreundlichen Verfahrens ergreifen, insbesondere:

1. den Endnutzer auf eine Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder auf einen Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, hinweisen, sofern dies erfolgt, ohne dass dem Anbieter von Telemedien eine Einwilligung nach § 25 Absatz 1 Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz- Gesetz über ihn übermittelt worden ist.“

Diese Anforderung an Nutzerfreundlichkeit ist nicht nachvollziehbar und technisch sowie vor dem Hintergrund des Zwecks der Verordnung fragwürdig. Dies würde bedeuten, dass anerkannte Dienste Zugriffe von Drittparteien nach Art eines Zugriffstrackers monitoren und dem Endnutzer anzeigen sollen. Hier ist auch rechtlich fraglich, wie der anerkannte Dienst zur Einwilligungsverwaltung die Rechtmäßigkeit eines Zugriffs durch Drittparteien prüfen kann bzw. inwieweit der Zugriff ohne eine entsprechende Einwilligung erfolgt ist.

Der § 4 Abs.4 des Entwurfs könnte auch nicht intendierte, negative praktische Auswirkungen haben: Durch entsprechende Hinweise durch die PIMS könnte auf Seiten der Nutzer der Eindruck entstehen, dass die Zugriffe nicht rechtmäßig sind, was aufgrund der Vorschrift in § 25 Abs.2 TTDSG nicht zwingend der Fall sein muss. Derartige Hinweise könnten die Anzahl an (unberechtigten) Beschwerden durch die Nutzer gegenüber Websitebetreiber / Behörden erhöhen, was wiederum Aufwände zur Folge hätte.

§ 4 Abs. Nr. 1 RefE ermöglicht außerdem Einwilligungsverwaltungsdiensten dem Nutzer zusätzliche Hinweisbanner anzuzeigen, was letztendlich die Eigenverwaltung von Einwilligungen durch Telemedienanbieter stören kann. Dies kann zu einem mittelbaren Druck auf den Nutzer zur Implementierung von Einwilligungsverwaltungsdiensten ausüben. § 4 Abs. Nr. 1 RefE sollte daher gestrichen werden.

Stattdessen sollte § 6 RefE um einen Absatz 3 ergänzt werden, der festlegt, dass anerkannte Dienste zu Einwilligungsverwaltung Telemedien, die den jeweiligen Dienst nicht verwenden, bei ihrer direkten Einwilligungsverwaltung nicht behindern oder stören dürfen.

Gegenwärtig erlaubt §4 Abs. 4 EinwV, dass anerkannte Dienste eine "aktive Rolle" beim Schutz der Privatsphäre der Nutzer übernehmen können, z.B. indem sie ihren Nutzern Unterstützung bei der Durchsetzung ihrer Rechte gemäß Art.12-22 DS-GVO anbieten. Eine solche "aktive Rolle" ist kaum mit der notwendigen Rolle als neutrale Vermittler vereinbar. Die Regelungsinhalte in § 4 sollten sich in diesem Sinne auf das Verwalten von Einwilligungen im Sinne des § 26 TTDSG beschränken. Anforderungen, die dazu führen würden, dass anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung in die Handlungssphäre von Anbietern von Telemedien eingreifen, sind zu vermeiden.

## zu § 7

In § 7 Abs.1 und § 7 Abs.1 (1) heißt es:

*„(1) Ein anerkannter Einwilligungsverwaltungsdienst muss Technologien und Konfigurationen verwenden, um dies zu ermöglichen.*

*1. Telemedienanbieter und Software können erkennen, dass der Endnutzer einen Einwilligungsverwaltungsdienst nutzt, (...)“*

In 7 Abs. 1 werden anerkannte Dienste behandelt, während 7 Abs.1 (1) darauf abstellt, dass Telemedienanbieter und Software jegliche Einwilligungsverwaltungsdienste erkennen können. Bedeutet das, dass Telemedienanbieter nicht erkennen können, ob das Signal von einer anerkannten oder nicht regulierten Quelle stammt oder nicht? Für den Telemedienanbieter wird es immer schwierig sein, sicher zu wissen, von wem das Signal stammt.

Dies war eine technische Grundfrage mit Blick auf die Signalinterpretation, deren Beantwortung nun nach wie vor nicht erfolgt. Vor dem Hintergrund des Verordnungszwecks liegt hierin eines der Hauptprobleme des Entwurfs: Welchen Zweck erfüllen all die aufgestellten Anforderungen an Einwilligungsverwaltungsdienste, wenn der Empfänger des Signals nicht erkennen kann, ob der Absender alle diese Anforderungen erfüllt oder nicht?

Zwar wird in § 15(1) auf die „technischen und organisatorischen Maßnahmen entsprechend dem Stand der Technik“ referenziert. Die nötige Klarheit darüber, wie anerkannte Einwilligungsverwaltungsdienste sicher erkannt werden können, bevor die Informationen weitergereicht werden, ergibt sich aus dem Entwurf jedoch nicht.

§ 7 Abs.2 des Entwurfs kann nach unserem Verständnis im Übrigen dahingehend verstanden werden, dass die Information zur Einwilligungserteilung dem Websitebetreiber erst bei einem Folgebesuch der Website übermittelt wird. Dies dürfte für eine Vielzahl an Websites nicht gerade attraktiv sein, da diese eine jede Session (auch die erste bei einer entsprechenden Einwilligungserteilung) tracken wollen. Dieser Umstand könnte zur Folge haben, dass viele Websitebetreiber von der Einbindung von PIMS absehen.

Zusätzlich ist unklar, ob die aktuelle Definition des Begriffs "Software" auch die Apps aller Telemedienanbieter rechtlich bindend umfasst und sie somit die Anforderungen der §§ 14 und 16 EinwV beachten müssen. Diesbezüglich ist der Entwurf in jedem Fall anpassungs- und klarstellungsbedürftig, um den Anwendungsbereich nicht auf alle Apps auszudehnen.

„Software“ als Begriff ist sehr unbestimmt. Im Entwurf bleibt leider ungeklärt, was Software in Abgrenzung zu Telemedien ist. Telemedien umfassen "insbesondere Webseiten und Apps" (so die Orientierungshilfe der DSK aus 2021). Für „Webseiten“ kann die Abgrenzung noch gelingen, auch die Abgrenzung zu Webbrowsern ist hinreichend klar, da diese zum Abruf von Inhalten aus dem Internet dienen. Bei Apps jedoch können die verschiedenen Bestandteile zusammenfallen: Sie enthalten Inhalte,

stellen Inhalte aber auch dar und rufen dazu Daten aus dem Netz ab. Die Gesetzesbegründung hilft hier nicht ausreichend weiter, da sie Software so beschreibt: "Hierunter fallen alle Anwendungen, die es dem Endnutzer über sein mit dem Internet verbundenes Endgerät ermöglichen, sich Webseiten oder allgemein Daten oder Dokumente darstellen oder abrufen zu lassen. Hierunter fällt sowohl Anwendungssoftware auf dem Endgerät des Endnutzers, wie z. B. Apps, aber auch Browser-Software, die die Navigation im world wide web ermöglicht."

Die Anwendung der Regelungen führt daher bisher zu widersprüchlichen Ergebnissen, da Apps zT zugleich Software und Telemedien sein können. Damit fänden § 14 und § 15 zugleich Anwendung. Nach 15 Abs. 4 TTDSG ist die Einbindung freiwillig, da die App ein Telemedium ist. Zugleich wäre es verpflichtend, weil die App nach § 14 eine Software ist. Damit ist die Einbindung für ein- und denselben Regulationsgegenstand einmal freiwillig und einmal verpflichtet. Software und Telemediendienst sind in bestimmte App-Konstellationen auch untrennbar verbunden, sodass sich der Widerspruch nicht auflösen lässt.

Im Gesetz muss deswegen eine Klarstellung eingefügt werden, dass Software nicht Telemedien meint bzw. dass für eine Software, die zugleich auch ein Telemediendienst ist, die Regelungen zu Telemediendiensten Anwendung finden. Das TTDSG scheint zwar in § 7 davon auszugehen, dass Software nicht Telemedien meint, eine deutlichere Ausgestaltung ist jedoch notwendig.

## zu § 14

In § 14 Absatz 1 heißt es:

*„(1) Anbieter und Hersteller von Software müssen technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass die Software die Integration anerkannter Einwilligungsmanagementdienste ermöglicht.“*

Dies ist offenbar allein auf Webumgebungen bezogen und berücksichtigt in keiner Weise die vielfältigen Gestaltungen von Nutzungsumgebungen. In Chrome Desktop wäre es theoretisch möglich eine entsprechende Erweiterung (PlugIn) zu verwenden. Dies ist jedoch nicht der Fall z.B. in Chrome Mobile, wo es keine Erweiterungen gibt. Auch Chrome in einer "Webview" in einer Drittanbieter-App könnte die Anforderung nicht erfüllen.

Diese Fragen und die entstehenden Aufwände sind dringend noch zu klären und klarstellende Restriktionen hinsichtlich des Anwendungsbereichs einzuarbeiten.

§ 14 des Entwurfs soll nach unserem Verständnis die Vorgaben in § 26 Abs.2 Ziffer 3 a) TTDSG umsetzen. Wir verstehen § 26 Abs.2 Ziffer 3 a) aa) aber dahingehend, dass z. B. Browser getroffene Einstellungen zu respektieren haben und diese nicht, z. B. durch das Verhindern des Setzens von 3rd-Party-Cookies, überlagern dürfen. Dies wird aus unserer Ansicht aus § 14 des Entwurfs nicht ausreichend klar.

Es ist folgerichtig, dass der Schutz der Einwilligungsverwaltung aus § 14 RefE gegen Unterdrückung, Verzögerung, Entschlüsselung oder sonstige Veränderung von Signalen oder Einstellungen durch Browser etc. nun nach §14 II auch für die direkte

Einwilligungsverwaltung durch Telemedienanbieter ebenso gelten soll. Insbesondere die Begründung zu § 14 II RefE a. E. stellt klar: „Das gilt gleichermaßen, wenn sie über einen anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung übermittelt werden oder direkt von einem Anbieter von Telemedien.“ Machbarkeit und technische Umsetzung bedürfen jedoch einer detaillierteren Analyse und Konsultation mit den betroffenen Diensten, Anbietern und Browsern.

Zum Zwecke der Rechtssicherheit sollte auch der Gesetzeswortlaut des § 14 II RefE die o.g. Klarstellung beinhalten, dass unmittelbar von dem Telemedium hinterlegte Signale ebenfalls umfasst sind, wozu hinter „Dienst“ die Worte „oder über ein Telemedium“ eingefügt werden müsste.

## zu § 15

Ohne die Möglichkeit, die Einwilligung direkt von den Endnutzern einzuholen, laufen Telemedienanbieter Gefahr, ihre Pflichten als für die Verarbeitung Verantwortliche nach der DS-GVO zu verletzen, da sie darauf angewiesen sind, dass der anerkannte Dienst DS-GVO-konform ist. §15 Abs.3 EinwV erwähnt lediglich, dass Telemedienanbieter, die über den anerkannten Dienst keine erforderliche Einwilligung erhalten, die Endnutzer auf die Möglichkeit der Anpassung seiner Einwilligungseinstellungen über den anerkannten Dienst hinweisen. Entgegen dem Wortlaut, erwähnt die Gesetzesbegründung hingegen, dass Telemedienanbieter den Endnutzer direkt um seine Einwilligung bitten können, wenn dieser zuvor keine Einwilligung erteilt hat.

Sehr wichtig ist nach unserer Auffassung, dass die Einbindung der PIMS für die Betreiber von Websites nicht verpflichtend ist (dies folgt unter anderem aus dem Wortlaut von § 15 Abs.1 des Entwurfs und soll auch durch § 15 Abs.4 des Entwurfs klargestellt werden, wobei dessen Wortlaut aus unserer Sicht verunglückt ist). Etablieren sich mehrere PIMS am Markt, dürfte eine Einbindung sämtlicher PIMS mit einem relevanten Ressourceneinsatz einher gehen. Auch existieren im Bereich des Online-Tracking bereits zum jetzigen Zeitpunkt ausreichend relevante Marktteilnehmer und Initiativen für Einwilligungsmanagement.

Jedoch sollte ein einheitlicherer Ansatz für alle am Prozess beteiligten angestrebt werden. Bisher soll die Einbindung dieser Dienste für Browser obligatorisch sein, obwohl die Telemedienanbieter deren Existenz freiwillig ignorieren können. Das erscheint unausgewogen - insbesondere vor dem Hintergrund des noch nicht bezifferten Erfüllungsaufwandes.

Die Begründung zu § 15 IV RefE erklärt, dass „für die Anbieter von Telemedien die Umsetzung der [...] Maßnahmen nach den Absätzen 1 bis 3 und entsprechend die Mitwirkung an dem durch anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung angebotenen Verfahren zur Einwilligung freiwillig sind“. Wir würden darüber hinaus begrüßen, wenn auch der Normtext des § 15 REfE und nicht nur die Begründung noch deutlicher machen könnte, dass nicht nur die Umsetzung der Maßnahmen, sondern auch die Mitwirkung an anerkannten Diensten als solche für Telemedien freiwillig ist.

Wir begrüßen darüber hinaus, dass § 15 III RefE vorsieht, dass Telemedien den Nutzer direkt nach einer Einwilligung auch dann fragen kann, wenn der Einwilligungsverwaltungsdienst keine Einwilligung signalisiert. Die Begründung stellt

klar, dass Absatz 3 den Fall regelt, dass der Endnutzer über den anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung keine Einwilligung erteilt hat. Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Endnutzer noch keine Einwilligungseinstellungen getroffen hat oder die Einwilligungsabfrage in der Vergangenheit abgelehnt hat. In beiden Fällen kann der Anbieter von Telemedien den Endnutzer direkt nach seiner Einwilligung fragen. Wir würden begrüßen, wenn diese zu begrüßende Klarstellung sich zum Zwecke der Rechtssicherheit auch entsprechend im Gesetzeswortlaut wiederfinden lässt. Es sollte zudem geprüft werden, ob es möglich ist, vom Nutzer bereits dem Telemediendienst gegenüber signalisierte Einwilligungen in den Einwilligungsverwaltungsdienst zu übertragen und dort zu hinterlegen.

Bei einer solchen Aufforderung zur erneuten Erteilung einer bereits in der Vergangenheit abgefragten Einwilligung hat das Telemedium den Nutzer „auf die Möglichkeit der Anpassung seiner Einstellungen bei dem anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung hinzuweisen.

Ein solcher Hinweis ist als genereller Hinweis in der Einwilligungsmaske unproblematisch. Als Hinweis, der in Abhängigkeit von der konkreten Einwilligungsgeschichte des Nutzers erscheint, dürften sich allerdings technische Probleme und ein sehr großer Aufwand ergeben.

Darüber hinaus soll der Telemedienanbieter laut Begründung zu § 15 III RefE die Entscheidung des Nutzers berücksichtigen, wenn es erkennen kann, „dass der Endnutzer die Einwilligungsabfrage in der Vergangenheit ausdrücklich abgelehnt hat.“ Da §15 III aber auch in diesem Fall die erneute Abfrage einer Einwilligung erlaubt, erscheint dieser Zusatz in der Begründung überflüssig, zumindest aber handelt es sich offenbar um eine Sollvorschrift, die immer noch eine Wahlfreiheit für den Telemedienanbieter zulässt.

## zu § 16

Zudem wird die Freiwilligkeit der Einbindung von Verwaltungsdiensten durch § 16 S. 2 RefE eingeschränkt. Wenn die Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten für Telemedien freiwillig sein soll, muss es auch die Auswahl sein, welche Dienste ein Telemedienanbieter einbindet. § 16 S. 2 RefE verbietet aber offenbar allen Telemedien eine solche Auswahl, wenn es keine objektive Rechtfertigung dafür gibt. Das würde darauf hinauslaufen, dass jeder Telemedienanbieter alle Einwilligungsverwaltungsdienste einbinden muss, wenn er auch nur einen einzigen akzeptiert. Aus unserer Sicht sind Kooperationsmöglichkeiten zwischen Telemediendiensten und Einwilligungsverwaltungsdiensten notwendig, die beiden Seiten gerecht werden und Vorteile bieten.

Laut Begründung zu § 16 S. 2 RefE soll verhindert werden, dass marktmächtige Browser (Software) oder Telemedien einzelne Einwilligungsverwaltungsdienste bevorzugen oder behindern. § 16 S. 2 RefE 2023/06 sollte auf Software und auf marktbeherrschende Telemedien beschränkt werden, um die Freiwilligkeit der Einbindung von bestimmten Einwilligungsverwaltungsdiensten für nicht marktbeherrschende Telemedien sicherzustellen.

Da § 16 EinwV von Telemedienanbietern verlangt, sich gegenüber Anbietern anerkannter Dienste neutral zu verhalten, ist es wahrscheinlich, dass sie, wenn sie sich

für die Nutzung eines anerkannten Dienstes entscheiden, alle weiteren Anbieter ebenfalls implementieren müssen. Dies führt zu einem derzeit nicht bezifferbaren finanziellen Aufwand sowie rechtlichen Unsicherheiten bezüglich der Wirksamkeit der eingeholten Einwilligungen.

Bitkom vertritt mehr als 2.000 Mitgliedsunternehmen aus der digitalen Wirtschaft. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.

#### Herausgeber

Bitkom e.V.  
Albrechtstr. 10 | 10117 Berlin

#### Ansprechpartnerin

Rebekka Weiß, LL.M. | Leiterin Vertrauen & Sicherheit  
T 030 27576-161 | r.weiss@bitkom.org

#### Verantwortliches Bitkom-Gremium

AK Datenschutz

#### Copyright

Bitkom 2023

Diese Publikation stellt eine allgemeine unverbindliche Information dar. Die Inhalte spiegeln die Auffassung im Bitkom zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wider. Obwohl die Informationen mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität, insbesondere kann diese Publikation nicht den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Eine Verwendung liegt daher in der eigenen Verantwortung des Lesers. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen. Alle Rechte, auch der auszugsweisen Vervielfältigung, liegen beim Bitkom oder den jeweiligen Rechteinhabern.