

Stellungnahme zum Verordnungsentwurf für ein nutzerfreundliches und wettbewerbskonformes Einwilligungsmanagement („Cookie Reform“)

Tenor

Ein nutzerfreundliches und wettbewerbskonformes **Einwilligungsmanagement** in einer praktisch sinnvollen Weise erscheint **aus zahlreichen logischen, technischen und rechtlichen Gründen nicht realisierbar**.

Der **Aufwand** für Betreiber von Telemedien und für Bürgerinnen und Bürger sowie für die Verwaltung, aber auch für Gerichte und Datenschutzbehörden **würde steigen**, ohne dass Datenschutzregeln besser eingehalten werden würden. Die **rechtlichen Unsicherheiten würden zunehmen**.

Statt ein neues Einwilligungsmanagement zu erdenken, welches praxisfern und nicht realisierbar erscheint, sollten die vorhandenen Rechtsmittel zur Sanktionierung von Datenschutzverstößen ausgeschöpft werden, um sogenannten „Cookie Popups“ zahlenmäßig zu reduzieren. Telemedien können zahlreiche Funktionen nutzen und anbieten, ohne eine Einwilligung abfragen zu müssen.

Ausgangslage

Anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung (oft mit **PIMS** bezeichnet) haben augenscheinlich das Ziel, die oft als nervig empfundenen Einwilligungsabfragen in Telemedien (wie Webseiten und Apps) in Anzahl und Machart zu reduzieren.

Dazu soll, so unser Verständnis, eine Plattform namens PIMS geschaffen werden, so dass Nutzer ihre jeweilige Einwilligungsentscheidung idealerweise nur einmal, statt pro Telemedium, hinterlegen.

Die Grundidee mag gut sein, ist jedoch aus den folgenden Gründen aus unserer Sicht nicht vernünftig bzw. in Teilen objektiv gar **nicht realisierbar**. Die Gründe sind vielfältig und vielgestaltig (logisch, technisch, rechtlich).

Aktuell kann (oder teilweise: will) der ganz überwiegende Teil der deutschen Telemedien die Vorgaben der DS-GVO hinsichtlich Einwilligungsabfragen nicht erfüllen. Daran ändert auch ein neuer Ansatz nichts, der bürokratisch bzw. aus § 26 TTDSG heraus motiviert ist.

Dass die oft und fälschlicherweise, weil verkürzend, als „Cookie Popups“ bezeichneten Einwilligungsabfragen die Vorgaben nicht einhalten, liegt zum Einem am anscheinend **weit verbreiteten Unwissen** von Verantwortlichen, Anbietern und Datenschutzberatern. Letztere werden oft in eine Rolle hineingenötigt, der sie nicht gerecht werden können. Der Datenschutzbeauftragte kann oft nicht auch noch in Internetfragen, einem Gebiet, das stark von Technik geprägt ist, kompetent und umfassend beraten. Internetagenturen hingegen sehen sich oft nicht in der (Mit-)Verantwortung, sind es aber. Juristen wiederum konzentrieren sich auf **Datenschutztexte**, die zwar rechtlich relevant, aber gleichzeitig untergeordnet sind (u.a., weil es sich nicht um Datenverarbeitungen handelt und sich Mandanten bei wahrheitsgemäßer Ausgestaltung der Angaben oft selbst belasten würden).

Weiterhin sehen sich einige Marketing-getriebene Unternehmungen „gezwungen“, **datenhungrige** (angeblich alternativlos) **Werbedienste** bestimmter Anbieter zu verwenden, weil die Marktmacht dieser Anbieter sowie die Möglichkeiten der Monetarisierung durch diese Werbedienste hoch sind. Sie wollen aus unserer Sicht und Erkenntnis aus zahlreichen Gesprächen und Marktbeobachtungen die rechtlichen Vorgaben teilweise nicht erfüllen, weil dies (zumindest aus Sicht der genannten Werbetreibenden angenommene) massive Umsatzeinbußen bedeuten würde. Oft wird dies deutlich durch Dienste (Plugins), die in Telemedien ohne Einwilligung eingebunden werden, die aber nach ständiger Auffassung zahlreicher Gerichte und Behörden einwilligungspflichtig sind. Gleiches gilt für Einwilligungsabfragen mit optisch und/oder bedientechnisch zurückgestellter Ablehnen-Möglichkeit, was ebenfalls nach herrschender Auffassung rechtswidrig ist.

Dass „Cookie Popups“ die Vorgaben der DS-GVO für bestimmte Plugins nicht einhalten können, sei an einem Beispiel illustriert. Ein populärer Dienst eines bekannten amerikanischen Internetkonzerns kann „kostenfrei“ als Plugin auf Webseiten integriert werden. Dieser Dienst soll in einer seiner Ausprägungen dabei helfen, Spam zu vermindern, der über Kontaktformulare auf Webseiten abgeschickt wird. Zahlreiche deutsche Telemedien nutzen diesen Dienst und geben so personenbezogene Daten von Telemedien-Nutzern an den genannten Konzern weiter. Vor kurzem noch wurden von diesem Dienst zahlreiche Cookies genutzt, wenn der Dienst in ein Telemedium eingebunden wurde, insbesondere dann, wenn ein Nutzer zuvor die Suchmaschine desselben Anbieters aufsuchte. Zu einigen dieser Cookies gab/gibt es keine Angaben vom Dienstanbieter über deren Bedeutung. So war und ist für einige verwendete Cookie unbekannt, welchen **konkreten Zwecken** jene Cookies dienen. Auch zu weiteren Cookies anderer populärer

Plugins desselben Anbieters bleiben die Angaben unklar und werden nicht in „Datenschutzerklärung & Nutzungsbedingungen“ des Anbieters genannt, wo stattdessen zahlreiche wenig konkrete Pflichtangaben zu finden sind. Für ein weiteres Cookie wird vom Plugin-Anbieter erklärt, es werde verwendet, „um die Cookie-Entscheidungen des Nutzers zu speichern.“. Allerdings gibt es beim zugehörigen Plugin nach unserer ständigen Beobachtung keine Einwilligungsabfrage, und es ist zudem fraglich, ob diese allgemeine Zweckangabe zum Cookie spezifisch genau ist, um die Vorgaben der DS-GVO zu erfüllen (vgl. etwa Art. 5 (1) DS-GVO). Zu anderen Cookies werden vom Plugin-Anbieter vage Aussagen getroffen, oder Cookies werden exemplarisch angegeben, anstatt alle Cookies zu beschreiben (das Plugin X „nutzt zum Beispiel“ das Cookie namens Y...). Sofern diese Angaben erschöpfend sind, wäre dies wohl ein Problem für Telemedien-Verantwortliche, das diese zunächst selbst zu verantworten haben (jedenfalls ziehen viele Telemedien-Verantwortliche aus der genannten Quelle des Dienst-Anbieters ihre Informationen zur Erfüllung von Pflichtangaben nach Art. 13 DS-GVO – „Datenschutzhinweise“ genannt).

Gemäß höchstrichterlicher Entscheidung (EuGH-Urteil vom 01.10.2019 – C-673/17 – „Planet49“) sind pro Cookie dessen **Zwecke und Funktionsdauer** zu benennen. Dies ist in der Praxis für zahlreiche populäre Plugins für Webseiten und Apps nicht möglich, wie eben angedeutet. Die Rechtsunsicherheit bzw. der Rechtsbruch ist somit vorprogrammiert.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass es sich bei Cookies potentiell immer um **personenbezogene Daten** handelt. Dies ergibt sich ungeachtet der Werteausprägung und der Tatsache, dass Cookies in individuell genutzten Endgeräten von Personen gespeichert werden, daraus, dass Cookies aus technischen Gründen zwangsweise immer zusammen mit der als personenbezogen geltenden **IP-Adresse** übermittelt werden müssen (vgl. EuGH-Urteil vom 19.10.2016 – C-582/14 und BGH-Urteil vom 16.05.2017 – VI ZR 135/13 – „Breyer“).

Ferner fehlt es oft an einer objektiven Möglichkeit für Verantwortliche von Telemedien, zu einer bereits erteilten Einwilligung einen vom Nutzer gewünschten **Widerruf** auszuführen. Dies ist aber laut Art. 7 (3) DS-GVO vorgeschrieben. Der Grund für das Dilemma ist, dass viele Plugins entweder Cookies in derselben Domäne (Hauptinternetadresse) setzen, die die gerade besuchte Webseite vorgibt (technische „First-Party Cookies“), die Namen der Cookies aber nur dem Dienstanbieter bekannt sind – oder sich nach Belieben des Dienstanbieters ändern können. Oder die besagten Plugins nutzen sogenannte Third-Party Cookies. Diese Art von Cookies kann aus rein technischen Gründen **objektiv** nur vom Dienstanbieter selbst gelöscht werden. Daran scheitert es in der Praxis oft, weil der Dienstanbieter diese Möglichkeit **faktisch nicht vorsieht** (obwohl rechtlich notwendig).

Weitere zahlreiche Aspekte dieser Art zeigen, dass die heutigen Einwilligungsabfragen aufgrund der Intransparenz und mangelnden Kooperationsbereitschaft einiger Dienstanbieter die rechtlichen Vorschriften nicht einhalten können.

Denklogisch erschließt es sich nicht, warum ein dezentral existierender Missstand durch eine wie auch immer gestaltete Verwaltung von Einwilligungen, die nur ein **Teilprozess** vieler Datenverarbeitungen ist, behoben werden würde, wenn die genannten Grundprobleme nicht vorher gelöst werden.

Gestaltungsformen von PIMS und Konsequenzen

Ist PIMS verpflichtend?

Wie eine Abstimmung mit dem Referat 25 des BMDV in diesem Jahr erkennen ließ, steht in Frage, ob PIMS überhaupt rechtlich verpflichtend für Verantwortliche, die Telemedien anbieten, sein soll. Der § 26 TTDSG scheint in diesem Punkt Interpretationsspielraum zu geben.

Sofern keine rechtliche Verpflichtung für PIMS diesbezüglich besteht, erscheint es für potentielle Anbieter von PIMS-Diensten **unattraktiv**, solche Dienste überhaupt anbieten zu wollen. Verantwortliche Telemedienbetreiber jedenfalls freuen sich eher nicht, demnächst noch eine weitere Einwilligungsabfrage vorzusehen (wer tut dies freiwillig?). Es handelt sich schließlich um ein Werkzeug zum Exponieren von Missständen (siehe Begründungen oben und weiter unten).

Sofern eine rechtliche Verpflichtung für Telemedienanbieter besteht, PIMS anzubinden, erhöht diese die **Rechtsunsicherheit** und den Aufwand bei Anbietern von Telemediendiensten erheblich und wird die Bürger unseres Landes einmal mehr erleben lassen, was Bürokratie bedeutet und wie der Begriff „Neuland“ gemeint ist.

Sollen PIMS-Dienste zentral oder dezentral betrieben werden?

Sollten PIMS-Plattformen zentral konzipiert werden (eine Server-Landschaft bzw. ein Cloud-Dienst für alle), so stellt sich die Frage nach der technischen Realisierbarkeit. Immerhin müsste bei jedem (!) Aufruf einer Webseite die PIMS-Zentrale abgefragt werden, was viele Milliarden Abrufe pro Tag, also eine **siebenstellige Zugriffszahl pro Sekunde** wegen PIMS bedeuten würde.

Eine **technische Infrastruktur** für Projekte dieser Art ist in Deutschland überwiegend nicht verfügbar, wie auch die Webseite des Bundes, einmalzahlung200.de, zeigte, auf der eine **virtuelle Warteliste** schon für um Größenordnungen weniger Zugriffe eingerichtet werden musste. Selbst eine Handvoll PIMS-Dienste würden überlastet werden.

Bei einer zentralisierten Ausgestaltung von PIMS würden Einwilligungen veralten und müssten somit immer wieder erneut abgefragt werden. Denn sobald ein Dienst, in den bereits eingewilligt wurde, sich relevant verändert, oder auch wenn neue Dienste entstehen, muss neu abgefragt werden. Bekanntlich ist das Internet hochdynamisch und

würde somit andauernde Updates von PIMS erfordern. Hier stellt sich die Frage, wer die Updates erstellt, wer sie verantwortet und ob die **Verwaltung** wieder tätig werden muss („Anerkennungsprozess“?).

Auch wäre die rechtliche Frage des Widerrufs einer Einwilligung (s.o.) höchstkritisch, weil das Nichtmelden, falsche Melden oder Verarbeiten eines Widerrufs durch Telemedien an PIMS zu komplexen rechtlichen Fragestellungen und erheblichen **Haftungsrisiken** führen würde.

Schließlich würde sogar ein nur kurzzeitiger technischer Ausfall eines PIMS-Dienstes dazu führen, dass angebundene Telemedien den Dienst nicht nutzen könnten. Wäre der PIMS-Dienst verpflichtend, müssten die Telemedienbetreiber zusätzlich (extra wegen PIMS) einen **Notfallmodus** programmieren. Wäre der Dienst hingegen nicht verpflichtend, würde niemand ihn nutzen wollen, alleine schon wegen des andauernden **erheblichen Mehraufwands**, und wegen weiterer technischer und rechtlicher Unwägbarkeiten sowie wegen der erhöhten Haftungsrisiken.

Wäre PIMS hingegen **lokal** auf jedem Endgerät eines Nutzers vorhanden, stellte sich ernsthaft die Frage nach der **Sinnhaftigkeit** und danach, was der Unterschied zu einem Cookie ist, das heute schon von „Cookie Popups“ für die Speicherung einer Einwilligungsentscheidung verwendet wird. Soll ein Super-Cookie erdacht werden? Diese Möglichkeit scheidet schon aus, weil sich der Sinn nicht erschließt.

PIMS als „Add-On“

Als einer von vielen Gründen, die aus unserer Sicht gegen PIMS sprechen, sei folgender Aspekt genannt: Der § 26 TTDSG bezieht sich auf den § 25 TTDSG, welcher wiederum „nur“ Cookies bzw. den Zugriff auf Endgeräte (und sogar Endeinrichtungen) regelt.

Die DS-GVO als *lex generalis* (ohne das TTDSG als *lex specialis* zur DS-GVO) regelt hingegen u.a. die Verarbeitung der Werte, die aus Cookies ausgelesen werden.

Somit sind bereits für die Nutzung von nicht erforderlichen Cookies **zwei Einwilligungen** einzuholen, nämlich für

1. das Speichern eines Cookies im Endgerät eines Nutzers oder das Auslesen des Cookies aus diesem Endgerät, sowie für
2. das Verarbeiten der Werte aus dem Cookie, sofern die Werte personenbezogen sind (was bei Verwendung von Cookies ggf. immer unterstellt werden kann), wenn die Verarbeitung nicht auf das berechtigte Interesse oder (dann aber nur im Einzelfall) eine andere Rechtsgrundlage ungleich der Einwilligung gestützt werden kann. Dass ein Cookie nicht erforderlich ist, der darin gespeicherte Wert aber über das berechtigte Interesse des Verantwortlichen verarbeitet werden darf, dürfte eher ein seltener Fall sein.

Eine PIMS - „Lösung“ würde **nur Punkt 1 adressieren können**. Somit müssten Nutzer dank PIMS quasi immer zwei Einwilligungsvorgänge ertragen, anstatt nur einen.

Verantwortliche müssten zwei rechtlich und technisch komplizierte Vorgänge mit ihren jeweiligen **additiven Haftungsrisiken** abbilden, anstatt wie bisher, nur einen.

Weiterhin regelt die DS-GVO, wann eine Datenverarbeitung einer Einwilligung oder einer sonstigen Rechtsgrundlage bedarf, die ungleich dem berechtigten Interesse ist (vgl. Art. 6 (1) DS-GVO i .V. m. Art. 5 oder 44ff DS-GVO, sowie andere). Hierzu müsste ebenfalls eine Einwilligung eingeholt werden, die **außerhalb der Möglichkeiten von PIMS** liegt.

Sofern PIMS auch auf **Endeinrichtungen** ausgeweitet bzw. diese als Argument für PIMS gesehen werden, sei angemerkt, dass dies fruchtlos erscheint. Beispielsweise bieten Anbieter von **Smart Home Geräten** naturgemäß spezifische (geeignete) Apps an, um diese Geräte zu steuern. Dort wäre der richtige Platz, eine reguläre Einwilligung (wie bisher) abzufragen, sofern überhaupt erforderlich. Allerdings erscheint es fragwürdig, ob Smart Home Geräte und Autoassistenzsysteme einwilligungspflichtige Marketing-Funktionen integrieren müssen. Insbesondere letztere Geräte, beispielsweise zur Routenfindung, können offensichtlich funktional vorteilhaft sein, ohne werbliche und somit einwilligungspflichtige Cookies verwenden zu müssen. Eine Karte benötigt kein Cookie zum Funktionieren, wie existierende Lösungen beweisen. Mancher Internetkonzern sieht das anscheinend aus eigenen Motiven heraus anders.

Das vorliegende **Forschungsgutachten** zu PIMS lässt aus unserer Sicht mehr Fragen offen, als es klärt. Es scheint sich in Teilen selbst zu widersprechen, wenn einerseits auf die verbindlichen Regelungen der DS-GVO hingewiesen wird und andererseits Vorschläge gemacht werden, die dem widersprechen (beispielsweise: White Listing von Anbietern, generische Einwilligungsabfrage ohne konkrete Zweckbindung). Für die im Gutachten vorgebrachten „Ideen“ zur Herstellung der Realisierbarkeit von PIMS wären Änderungen der europäischen DS-GVO notwendig, die **Betroffenenrechte erheblich beschneiden** müssten. Dies erscheint nicht nur mittelfristig unrealistisch, und insgesamt auch nicht wünschenswert. Unabhängig davon, sprechen rein **logische und technische Gründe gegen die Machbarkeit** von „Universaleinwilligungen“!

Aufwand

Die folgenden Aussagen beziehen sich auf das Szenario, wenn PIMS realisiert werden würde, wenn also § 26 (2) TTDSG umgesetzt werden würde.

Der Aufwand für die **Wirtschaft** würde **deutlich steigen**, ohne dass etwas gewonnen wäre. Im Gegenteil, PIMS bringt weitere Rechtsunsicherheiten mit sich. Siehe die Argumente weiter oben. **Weitere Gründe**, die gegen PIMS sprechen, sind aus Platzgründen ungenannt.

Der Aufwand für **Bürgerinnen und Bürger** würde ebenfalls **steigen**. Es müsste nicht nur pro Telemedium die jeweilige Einwilligungsabfrage bedient werden. Vielmehr müssten dann auch noch in einer völlig unbekanntem Weise Einwilligungsentscheidungen hinterlegt werden. Dies sehen wir in zweckmäßiger Form als **praktisch nicht realisierbar**. Die Gründe sind vielfältiger Art. Auch Plugins für Browser lösen dieses Problem nicht (alleine schon, weil Apps keine Browser-Plugins nutzen).

Der Aufwand für die **Verwaltung** würde **offensichtlich steigen**. Alleine die Anerkennung von PIMS-Diensten würde **Mehrarbeit in erheblichem Umfang** verursachen. Schließlich steht es zunächst jedem frei, einen Antrag auf Anerkennung zu stellen. Aufgrund der Schnelligkeit des Internetmarktes ist anzunehmen, dass immer wieder Anpassungen und neue Herausforderungen entstehen werden (beispielsweise das o.g. Update-Problem, aber auch Entwicklungen in der Künstlichen Intelligenz). Weiterhin müssten die Probleme, die sich aus PIMS-Diensten ergeben, von Gerichten und Datenschutz-Aufsichtsbehörden bearbeitet werden, wenn sich betroffene Personen an sie wenden. Bereits jetzt scheinen Behörden und Gerichte ausgelastet zu sein.

Fazit

Der Grundgedanke, Cookie Popups zu entschärfen, mag gut sein.

Die **Machbarkeit** von PIMS-Diensten in einer praktikablen Form ist allerdings aus rechtlichen, technischen und rein logischen Gründen **nicht gegeben**. Selbst rechtliche Anpassungen, die auf EU-Ebene nicht in der benötigten Weise zu erwarten und aus Bürgersicht nicht wünschenswert sind, würden die **Gesamtproblemlage nicht lösen**. Während rechtliche Probleme durch Bürokratie theoretisch lösbar sind, sind es rein logische und technische Probleme nicht. Gewinner wären höchstens die Vermarkter einer nicht sinnvollen oder nicht vorteilhaften Lösung.

Auch auf mehrere Nachfragen über viele Monate hinweg bei diversen Stellen konnte **niemand eine Lösungsskizze** für eine zentrale Einwilligungsverwaltung zeigen, die ansatzweise als konkret oder belastbar bezeichnet werden könnte. Hingegen hat niemand überhaupt eine Lösungsskizze geliefert. Auch das genannte Forschungsgutachten bleibt die Skizze dessen schuldig, wie eine Lösung ungefähr aussehen könnte (Wer fragt wo und wie eine Einwilligung und wofür ab? Wie funktioniert technisch der Widerruf? Wer ermittelt die einwilligungspflichtigen Dienste? Wer ist verantwortlich? Wie werden im Rahmen der abstrusen Idee einer Universaleinwilligung oder eines White Listings die zur jeweiligen Universalkategorie zugehörigen Dienste überhaupt ermittelt? usw.).

PIMS bringt **keine Vorteile**, jedenfalls nicht für Betreiber von Telemedien und auch nicht für Bürgerinnen und Bürger. Auch die Verwaltung hätte keine Vorteile. Hingegen wären **zahlreiche Nachteile** die Folge einer Einführung von PIMS. Die Einführung von PIMS hätte ein **bürokratisches, technisches und rechtliches Chaos** zur Folge.

Egal, ob PIMS-Dienste verpflichtend sein sollen oder nicht, egal ob sie dezentral oder zentral betrieben werden sollen: Die rechtlichen und technischen Herausforderungen und Aufwände lassen sich wohl nicht zufriedenstellend auflösen.

Was in der Phantasie mancher eine positive Anmutung ausstrahlt, ist praktisch nicht realisierbar, wenn die **Welt der Träume** verlassen wird, wenn es also konkret werden muss.

Unsere dringende Empfehlung ist es, PIMS nicht zu realisieren.

Eine Lösungsmöglichkeit zur Vermeidung von „Cookie Popups“ ist eine **nennenswerte Abschreckung** zur präventiven Vermeidung von Datenschutzverstößen. Hierzu sei erwähnt, dass uns kein einziges Bußgeld einer deutschen Datenschutzaufsichtsbehörde bekannt ist, das sich gegen das sogenannte **Web Tracking** richtet, welches in rechtswidriger Weise aktuell auf zahlreichen deutschen Webseiten stattfindet und jederzeit nachweisbar ist (Anleitung: Browser öffnen, dort die sogenannte Entwicklerkonsole mit einem Tastendruck öffnen, Webseite aufrufen, Konsole anschauen; Alternativ: Werbeblocker im Browser installieren, Webseite aufrufen, Werbeblocker-Statistik ansehen; Alternativ: Website-Check mit Hilfe einer auch bei Behörden vorhandenen Software ausführen).

Weniger Einwilligungsabfragen („Cookie Popups“) in Telemedien entstehen dadurch, dass verantwortliche Betreiber keine nicht notwendigen Datenverarbeitungen ausführen. Dass dies ohne Abstriche möglich ist, zeigen zahlreiche Webseiten, die ohne einwilligungspflichtige Vorgänge auskommen.

Beispielsweise können Betreiber von Telemedien ohne Dienste Dritter und ohne Einwilligung sehr gut nachverfolgen, wie viele Besucher deren Webseite in einer beliebigen Zeitspanne hatte, von welchen Endgeräten und ungefähren Standorten diese Besucher zugegriffen und wie viele Zugriffe pro Seite es gab. Selbst das sogenannte Conversion Tracking kann ohne Cookies und ohne Einwilligung als Rechtsgrundlage stattfinden. Auch können Videos und interaktive Karten in rechtlich einwandfreier Weise, ohne Cookies und einwilligungsfrei in Webseiten eingebunden werden, wenn Verantwortliche gewillt sind, dies zu tun.

Gezeichnet

Dr.-Ing. Klaus Meffert
IT Logic GmbH