

ANREIZE FÜR EINWILLIGUNGSVERWALTUNGSDIENSTE FEHLEN

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V. zur Verordnung über Dienste zur Einwilligungsverwaltung nach dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz

14. Juli 2023

Impressum

**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.**

Digitales und Medien

Digitales@vzbv.de

*Rudi-Dutschke-Straße 17
10969 Berlin*

Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. ist im Deutschen Lobbyregister und im europäischen Transparenzregister registriert. Sie erreichen die entsprechenden Einträge [hier](#) und [hier](#).

INHALT

I. ZUSAMMENFASSUNG	3
II. EINLEITUNG	4
III. POSITIONEN DES VZBV	6
1. Grundsätzliche Anmerkungen	6
1.1 Kaum Anreize für Verbraucher:innen, Einwilligungsverwaltungsdienste zu nutzen	6
1.2 Kaum Anreize für Unternehmen, Einwilligungsverwaltungsdienste einzubinden	7
2. Die kritischsten Artikel im Einzelnen	10
2.1 § 15 - Maßnahmen durch Anbieter von Telemedien	10
2.2 § 14 - Maßnahmen durch Anbieter und Hersteller von Software	12
2.3 § 16 - Maßnahmen zur Neutralität	13

I. ZUSAMMENFASSUNG

- ❖ Verbraucher:innen hätten im Zusammenhang mit Online-Werbung einen Anreiz, Einwilligungsverwaltungsdienste zu verwenden, wenn sie damit wirksam und verschont von irreführenden Designs und sich wiederholenden Einwilligungs-Bannern Tracking und Profilbildung zu Werbezwecken ablehnen könnten. Dafür müssten Telemedienanbieter den signalisierten Entscheidungen der Nutzer:innen Folge leisten – insbesondere wenn diese keine Einwilligung erteilen. Dies ist im vorliegenden EinwV-E jedoch nicht der Fall.
- ❖ Die derzeitige Praxis des Trackings und der Profilbildung zu Werbezwecken kann kaum rechtskonform betrieben werden. Dieses Problem wird auch nicht dadurch gelöst, dass künftig Einwilligungen durch Einwilligungsverwaltungsdienste eingeholt werden sollen. Ohne eine grundlegende Anpassung des Online-Werbemarktes auf regulatorischer und technischer Ebene, sind entsprechende Erwartungen verfehlt.
- ❖ Es ist zweifelhaft, ob Einwilligungen, die über Einwilligungsverwaltungsdienste eingeholt werden, den Anforderungen des § 25 Abs. 1 TTDSG sowie der DSGVO (informiert, für den bestimmten Fall, freiwillig und ggfls. ausdrücklich) genügen können. Dementsprechend können sich Telemedienanbieter auch nicht darauf verlassen, über Einwilligungsverwaltungsdienste rechtssichere Einwilligungen nach § 25 Abs. 1 TTDSG zu erhalten. Damit entfällt der Anreiz, entsprechende Dienste einzubinden.
- ❖ Die Regelungen des § 15 EinwV-E sollten mindestens für alle Telemedienanbieter gelten, die sich dafür entscheiden, Einwilligungsverwaltungsdienste einzubinden. § 15 Abs. 4 EinwV-E sollte gestrichen werden.
- ❖ Telemedienanbieter, die sich für die Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten entschieden haben, sollten alleine über diese Dienste um eine Einwilligung bitten dürfen.
- ❖ Telemedienanbieter sollten den signalisierten Entscheidungen der Nutzer:innen Folge leisten müssen. Erteilen Nutzer:innen keine Einwilligung, sollten Telemedienanbieter für einen bestimmten Zeitraum (beispielsweise von sechs Monaten) von weiteren Abfragen absehen müssen. Hierfür sollte § 15 Abs. 3 EinwV-E geändert werden.
- ❖ In der EinwV kann nicht geregelt werden, dass Browserhersteller Einwilligungen technisch umsetzen sollen, die nicht über einen Einwilligungsverwaltungsdienst, sondern direkt von Telemedienanbietern übermittelt werden. In § 14 Abs. 2 EinwV-E sollten daher die Worte „oder Einstellungen der Endnutzer hinsichtlich der Einwilligung nach § 25 TTDSG“ gelöscht werden.
- ❖ Nutzer:innen sollten tatsächlich frei zwischen verschiedenen Diensten zur Einwilligungsverwaltung wählen können und sich nicht für einen Dienst entscheiden müssen, mit dem der jeweilige Telemedienanbieter nach eigenem Ermessen zusammenarbeitet. Der unbestimmte Begriff „sachlicher Grund“ in § 16 EinwV-E sollte daher mit einem engen Verständnis ausgefüllt werden.

II. EINLEITUNG

Bei nahezu jedem Aufruf einer Webseite oder App konfrontieren die Anbieter ihre Nutzer:innen zunächst einmal mit der Frage, ob sie Tracking und Profilbildung zu Werbezwecken zustimmen möchten. Dabei entscheiden sich viele Anbieter dafür, Banner einzusetzen, die möglichst eine große Zahl von Verbraucher:innen zu einer Einwilligung bewegen sollen. Diese Banner sind oft irreführend gestaltet, verhindern das Weitersurfen auf der Webseite und informieren die Nutzer:innen nur unzureichend über den Zugriff auf ihre Endgeräte und die darauf folgende Datenverarbeitung.

Seit mehreren Jahren wird daher darüber diskutiert, wie diese Situation im Sinne der Nutzer:innen durch verschiedene Konzepte für Einwilligungsdienste (auch unter den Schlagworten Personal Information Management Systems / PIMS; Datentreuhänger, etc.) verbessert werden kann.¹ Auf der einen Seite sollen sie es Telemedienanbietern ermöglichen, Einwilligungen leichter rechtskonform einzuholen. Auf der anderen Seite können sie es Verbraucher:innen erleichtern, ihre informationelle Selbstbestimmung auszuüben und ihre Rechte wahrzunehmen. Verbraucher:innen müssten nur beim erstmaligen Aufruf einer Webseite über ein einheitlich und neutral gestaltetes Banner eine Entscheidung treffen.

Am 01. Dezember 2021 trat das Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz / TTDSG) in Kraft. Es enthält mit § 26 TTDSG eine Regelung zu Diensten, mit denen Verbraucher:innen Einwilligungen erteilen und verwalten können sollen. Ziel ist es, einen verlässlichen und glaubwürdigen Rahmen schaffen, damit Nutzer:innen solchen Diensten ihre Einwilligung anvertrauen.² Die Ausgestaltung dieser Regelung soll durch die nun als Referentenentwurf vorliegende Einwilligungsverwaltungsverordnung (EinwV-E) des Bundes erfolgen.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) hat frühzeitig Anforderungen an die Rechtsverordnung in die Diskussion eingebracht³ und bedankt sich beim Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV) für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Gut ist, dass Abstand von dem Versuch genommen wurde, pauschale (Vorab-)Zustimmungen für diverse Zwecke oder für eine Vielzahl datenverarbeitender Stellen zu ermöglichen. Diese wären nicht mit den zwingenden Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) an eine rechtskonforme, informierte Einwilligung für den bestimmten Fall vereinbar gewesen. Darüber hinaus enthält der EinwV-E viele weitere gute Bestimmungen, etwa hinsichtlich der Nutzerfreundlichkeit, der einfachen Wechselmöglichkeit der Dienste oder ihrer Wettbewerbskonformität.

Der EinwV-E leidet jedoch an einem konkreten sowie einem generellen Problem:

¹ Siehe beispielsweise: Verbraucherzentrale Bundesverband: Neue Datenintermediäre, 2020, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/09/17/20-09-15_vzbv-positionspapier_datenintermediaere.pdf, 04.07.2023.

² Vgl. Ausschuss für Wirtschaft und Energie: Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (Drs. 19/29839). Begründung zu Artikel 1 § 26. S. 67f, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/298/1929839.pdf>, 04.07.2023.

³ Verbraucherzentrale Bundesverband: Anforderungen des vzbv an die Rechtsverordnung des Bundes nach § 26 Absatz 2 TTDSG, 2021, https://www.vzbv.de/sites/default/files/2021-11/21-11-03_vzbv-Anforderungen_%C2%A726_Abs2_TTDSG.pdf, 04.07.2023.

- ❖ Telemedienanbieter müssen die über Einwilligungsverwaltungsdienste getroffene Entscheidungen der Nutzer:innen nicht akzeptieren (§ 15 EinwV-E). Erteilen Nutzer:innen die Einwilligung nicht, können die Anbieter erneut beliebig oft um Einwilligungen bitten. Dies ist inakzeptabel und somit besteht kein Anreiz für Verbraucher:innen, diese Dienste zu nutzen.
- ❖ Es ist äußerst zweifelhaft, ob die derzeitige Praxis des Trackings und der Profilbildung zu Werbezwecken rechtskonform betrieben werden kann. Außerdem ist fraglich, ob über diese Dienste eingeholte, den Anforderungen des § 25 Abs. 1 TTDSG sowie der DSGVO genügen können. Auch hierdurch besteht kein Anreiz für Telemedienanbieter, Einwilligungsverwaltungsdienste einzubinden.

Ohne eine grundlegende Anpassung des zugrundeliegenden Werbeökosystems auf regulatorischer und technischer Ebene ist der zweite Punkt aus Sicht des vzbv nicht lösbar. Insofern wird aus Sicht von Verbraucher:innen die EinwV keine positive Wirkung entfalten können.

III.POSITIONEN DES VZBV

1. GRUNDSÄTZLICHE ANMERKUNGEN

1.1 Kaum Anreize für Verbraucher:innen, Einwilligungsverwaltungsdienste zu nutzen

Nach Ansicht des vzbv ist ein Faktor wesentlich, damit Einwilligungsverwaltungsdienste eine positive Wirkung entfalten können: Ihr Einsatz muss in Kontexten erfolgen, in denen Verbraucher:innen tatsächlich Einwilligungen erteilen und verwalten wollen, wie es etwa im Bereich der gemeinwohlorientierten Gesundheitsforschung der Fall sein könnte.

Auch § 26 TTDSG sowie der EinwV-E gehen von der Grundprämisse aus, dass „durch die Einbindung eines anerkannten Dienstes zur Einwilligungsverwaltung [...] den Endnutzern ein transparentes Werkzeug zur Verfügung gestellt [wird], durch das sie Einstellungen zur Einwilligung vornehmen, jederzeit nachvollziehen und überprüfen können“⁴. Damit wird suggeriert, dass es auch mit Blick auf Zugriffe auf ihre Geräte ein Wunsch der Verbraucher:innen sei, Einwilligungen zu erteilen und zu verwalten. Diese Prämisse muss jedoch kritisch hinterfragt werden, wenn es um Zugriffe geht, die Tracking und Profilbildung zu Werbezwecken ermöglichen sollen. Denn eine ganze Reihe von aktuellen Studien zeigen, dass Verbraucher:innen oft eben keine Einwilligungen in das Tracking und Profilbildung zu Werbezwecken erteilen (und verwalten) wollen, sondern diese Praxis überwiegend ablehnen:

- ✚ 94 Prozent der Befragten des Consumer Conditions Scoreboard 2023 der Europäischen Kommission äußerten Bedenken gegen personalisierte Werbung.⁵
- ✚ Laut Statista lag im Jahr 2022 die Opt-In-Rate von iOS-Nutzer:innen weltweit in das Tracking durch Apps bei lediglich 25 Prozent.⁶
- ✚ Laut des Bundesverbands Digitale Wirtschaft gaben in der im April 2022 veröffentlichten Studie „Werbung im Internet“ des Online-Vermarkterkreises fast zwei Drittel der Befragten an, dass sie sich durch personalisierte Werbung unwohl und ausspieniert fühlen.⁷
- ✚ Darüber hinaus lässt auch der Einsatz von störenden und irreführenden Einwilligungsbannern durch viele Telemedienanbieter⁸ vermuten, dass die Einwilligungsbereitschaft bei Verbraucher:innen nicht sehr hoch ist.

⁴ Siehe Lösungsbeschreibung des EinwV-E. S. 2.

⁵ Europäische Kommission: Consumer Conditions Scoreboard, 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/e/ip_23_1891, 04.07.2023.

⁶ Statista: Monthly opt-in rate of mobile users worldwide allowing app tracking after iOS 14.5 update as of April 2022, 2022, <https://www.statista.com/statistics/1234634/app-tracking-transparency-opt-in-rate-worldwide>, 04.07.2023.

⁷ Bundesverband Digitale Wirtschaft: Neue OVK-Trendstudie zur Akzeptanz von Werbung im Internet veröffentlicht, 2022, <https://www.bvdw.org/der-bvdw/news/detail/artikel/neue-ovk-trendstudie-zur-akzeptanz-von-werbung-im-internet-veroeffentlicht/>, 04.07.2023.

⁸ Vgl. Netzpolitik.org: Miese Tricks und fiese Klicks, 2022, <https://netzpolitik.org/2022/cookie-banner-der-meistbesuchten-websites-miese-tricks-und-fiese-klicks/>, 04.07.2023.

Dies bedeutet, dass im Kontext der Online-Werbung Verbraucher:innen vor allem dann einen Anreiz hätten, Einwilligungsverwaltungsdienste zu verwenden, wenn sie damit künftig wirksam und leicht – sprich: verschont von irreführenden Designs und von sich ständig wiederholender Einwilligungsabfragen – den Zugriff auf ihre Geräte für Tracking und Profilbildung zu Werbezwecken ablehnen könnten.⁹ Dafür müssten Telemedienanbieter den signalisierten Entscheidungen der Nutzer:innen Folge leisten müssen – insbesondere wenn diese sich dagegen entscheiden, eine Einwilligung zu erteilen. Dies sieht § 15¹⁰ jedoch ausdrücklich nicht vor.

1.2 Kaum Anreize für Unternehmen, Einwilligungsverwaltungsdienste einzubinden

Ferner erwartet der EinwV-E, „dass die Anbieter von Telemedien auch freiwillig Dienste zur Einwilligungsverwaltung einbinden, wenn solche Dienste von einer unabhängigen Stelle anerkannt wurden und Anbieter von Telemedien darauf vertrauen können, hierdurch rechtssichere Einwilligungen nach § 25 Abs. 2 TTDSG [sic] nachfragen und erhalten zu können“¹¹.

Diese Annahme rechtssichere Einwilligungen zu erhalten, mag für Telemedienanbieter gelten, die beispielsweise anonymisiert analysieren möchten, wie ihre Webseite genutzt wird, um die Nutzerführung zu optimieren. Sie dürfte jedoch nicht für Telemedienanbieter zutreffen, die eine Einwilligung für den Zugriff auf die Endgeräte erhalten wollen, um auf Tracking und Profilbildung basierende Werbung zu ermöglichen. Theoretisch wäre es zwar möglich, auch solche Zugriffe sowie darauf folgende Verarbeitungen personenbezogener Daten auf Einwilligungen zu stützen. Allerdings müsste dafür transparent über die eindeutigen und legitimen Zwecke der Verarbeitung sowie die beteiligten Akteure informiert werden.¹² Außerdem müssen Telemedienanbieter die Grundsätze der Verarbeitung personenbezogener Daten nach Artikel 5 Abs. 1 DSGVO¹³ einhalten und deren Einhaltung nach Artikel 5 Abs. 2 DSGVO¹⁴ nachweisen können, auch wenn eine Einwilligung eingeholt wurde.¹⁵ Praktisch ist dies jedoch aufgrund der derzeitigen Struktur und Geschäftspraktiken des Online-Werbemarkts kaum möglich:

⁹ Wobei sich Unternehmen auch nicht auf eine Einwilligung stützen können, wenn diese erfragt, aber nicht erteilt wurde. Wollen Verbraucher:innen keine Einwilligung erteilen, können sie einfach untätig bleiben. Ein aktives Handeln ist – anders als bei einer Einwilligung – nicht erforderlich. Dementsprechend müssen auch erfragte, aber nicht erteilte Einwilligungen, wie eine Ablehnung behandelt werden. Insofern ist auch die im EinwV-E an mehreren Stellen zu findende Formulierung „zu erteilen oder abzulehnen“ zumindest unklar und irreführend, da sie eine Gleichwertigkeit der Optionen suggeriert.

¹⁰ Alle Paragraphen ohne weitere Angabe des Rechtsakts beziehen sich auf den hier vorliegenden EinwV-E.

¹¹ Begründung des EinwV-E zu § 15 Absatz 4. S. 27.

¹² Vgl. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder: Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021, 2021, S. 11f, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf, 04.07.2023.

¹³ Diese Grundsätze lauten „Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz“; „Zweckbindung“; „Datenminimierung“; „Richtigkeit“; „Speicherbegrenzung“ sowie „Integrität und Vertraulichkeit“.

¹⁴ Grundsatz der „Rechenschaftspflicht“.

¹⁵ Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg: FAQ: Cookies und Tracking durch Betreiber von Webseiten und Hersteller von Smartphone-Apps, 2022, Nr. 4.7, <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/faq-zu-cookies-und-tracking-2/>, 04.07.2023.

- ❖ So führen die Gutachter:innen des Forschungsgutachtens zum Einwilligungsmanagement nach § 26 TTDSG¹⁶ im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie korrekt aus, dass „selbst technikaffine Nutzer:innen heute nicht in der Lage sind, sich über jede einzelne dieser hochkomplexen Datenverarbeitungen in globalen Netzwerken vollständig zu informieren und erst dann eine Einwilligung zu erklären. Allein der Aufruf beispielsweise einer typischen, werbefinanzierten Nachrichtenwebseite führt zu einer Vielzahl global verteilter, vernetzter Verarbeitungsvorgänge bei potentiell über hundert Akteuren“.
- ❖ Auch in der Studie “on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers” im Auftrag der Europäischen Kommission betonen die Gutachter:innen: „Individuals are given rights over how their data is used in the GDPR, including rights of access and rights to object to processing. However, those rights are often difficult to implement in practice. Given the opacity and complexity of the system, it is difficult for users to identify all the intermediaries and third parties who will receive and process their personal data, which hampers the exercise of their data protection rights“¹⁷. Darüber hinaus machen die Gutachter:innen deutlich: “That tension with consent requirements is particularly stark as (i) the list of third parties to whom data is passed is impossibly long for individuals to comprehend; and (ii) those third parties pass the data on to yet more third parties who are not identified at the point of collection, meaning any consent could not be “informed” and would in turn be invalid.”¹⁸
- ❖ Ebenso kritisiert das Bundeskartellamt in seiner Sektoruntersuchung „Online-Werbung“, dass „die Verwendung und der Verbleib der Daten und der Profile angesichts von hochkomplexen und von außen nicht prüfbar Informationssystemen und in Anbetracht hunderter von Teilnehmern im programmatischen System bei realistischer Betrachtung nicht ernsthaft kontrollierbar“¹⁹ sei.
- ❖ Eine kürzlich veröffentlichte Recherche der Nachrichten-Webseite netzpolitik.org zeigte erneut, wie tiefgreifend das Tracking und die Profilbildung im Online-Werbeökosystem ist.²⁰ Alleine eine Angebotsliste des Datenmarktplatzes Xandr enthielt über 650.000 verschiedene Kategorien, in die Verbraucher:innen von der Werbeindustrie einsortiert wurden, um sie auf dieser Basis zu beeinflussen. Dabei nutzen Werbeunternehmen gezielt Schwächen der Menschen aus, indem sie diese nach Schlagworten wie etwa „Marlboro“, „Weighloss“, „fragile Seniors“, „spekulative Geldanlage“, „Zahlungsausfallwahrscheinlichkeit – am höchsten“ oder

¹⁶ Stiemerling, Oliver; Weiß, Steffen; Wendehorst, Christiane: Forschungsgutachten zum Einwilligungsmanagement nach § 26 TTDSG. Studie im Auftrag des BMWi, 2021, Rn. 9, https://www.ecambria-experts.de/it-sachverstaendiger/wp-content/uploads/2022/01/211216-Gutachten_fuer_Bundesministerium_fuer_Wirtschaft_und_Energie_pos37621.pdf, 04.07.2023.

¹⁷ Armitage, Catherine u. a.: Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers. Study prepared for the European Commission, 2023, S. 68, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/294673>, 04.07.2023.

¹⁸ Ebd., S. 69.

¹⁹ Bundeskartellamt: Diskussionsbericht Sektoruntersuchung Online-Werbung, 2022, Rn. 452, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Online_Werbung_Diskussionsbericht_lang.pdf?__blob=publicationFile&v=4, 04.07.2023.

²⁰ Dachwitz, Ingo: Das sind 650.000 Kategorien, in die uns die Online-Werbeindustrie einsortiert, 2023, <https://netzpolitik.org/2023/microsofts-datenmarktplatz-xandr-das-sind-650-000-kategorien-in-die-uns-die-online-werbeindustrie-einsortiert/>, 04.07.2023.

„Casino and Gambling Activities“ kategorisieren. Die wenigsten der Millionen betroffenen europäischen Verbraucher:innen werden für diese Zwecke eine informierte Einwilligung erteilt haben.

Dies bedeutet, dass die Reichweite von Einwilligungen im Kontext der Online-Werbung meist völlig unklar ist und zwar nicht nur mit Blick auf die komplexe Infrastruktur und die beteiligten datenverarbeitenden Stellen, sondern auch hinsichtlich der hohen Anzahl an Verarbeitungszwecken sowie dem Umfang der Nutzerprofile. Die Konsequenzen für die Rechte auf den Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre der betroffenen Personen abzusehen, ist unmöglich. Damit kann grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass solche Einwilligungen informiert erteilt wurden und den Anforderungen der DSGVO genügen.

Darüber hinaus werden in diesen Kontexten oftmals sensible personenbezogene Daten verarbeitet, wie unter anderem die netzpolitik.org-Recherche belegt. Zu diesen durch die DSGVO besonders geschützten Daten gehören unter anderem Angaben zur ethnischen Herkunft, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben. Um Betroffene also in Kategorien wie „Eating Disorder“, „Opiate Addiction“, „Arabic“, „LGBTQ“ oder „Breast Cancer“ einzusortieren, wäre gemäß Artikel 9 Abs. 1 DSGVO und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs²¹ eine explizite Einwilligung erforderlich. Ähnliches gilt für die Kategorisierung von Minderjährigen, die auch – entsprechend der genannten Recherche – durch die Werbeindustrie regelmäßig vorgenommen wird.

Vor diesem Hintergrund ist der vzbv der Ansicht, dass die derzeitige Praxis des Trackings und der Profilbildung zu Werbezwecken, kaum rechtskonform betrieben werden kann. Diesem Problem wird auch nicht dadurch begegnet, dass künftig die durch Unternehmen gewünschten Einwilligungen durch Einwilligungsverwaltungsdienste eingeholt werden sollen. Ohne eine grundlegende Anpassung des zugrundeliegenden Ökosystems auf regulatorischer und technischer Ebene, wären entsprechende Erwartungen also verfehlt.

Auch unabhängig davon, ob sensitive Daten verarbeitet werden, müssen Telemedienanbieter für eine auf einer Einwilligung beruhenden Verarbeitung personenbezogener Daten zusätzlich zur Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG auch noch Einwilligungen entsprechend der DSGVO einholen. Denn über die bisherigen Einwilligungsbanner werden zumeist mehrere Einwilligungen erbeten, um Werbung anhand des Verhaltens und der Interessen der Betroffenen auszuspielen zu können.²² Zum einen Einwilligungen für den Zugriff auf die Geräte der Nutzer beziehungsweise den Abruf von bereits gespeicherten Informationen, der oft über Cookies und ähnliche Technologien erfolgt und sich nach § 25 Abs. 1 TTDSG richtet. Auf diese Zugriffe folgt meist eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten, um etwa Nutzer:innen bestimmten Interessenskategorien zuordnen zu können. Für diese Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist eine Rechtsgrundlage entsprechend Artikel 6 (1) DSGVO erforderlich, also im Falle der

²¹ Europäischer Gerichtshof, 01.08.2022, Rechtssache C-184/20, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=263721&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1837628>, 04.07.2023.

²² Siehe dazu auch: Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) (2021) (wie Anm. 12), Rn. 10ff, Rn. 96ff, Rn 112 und Rn. 113ff.

Datenverarbeitung zu Werbezwecken üblicherweise eine Einwilligung.²³ Einwilligungen nach der DSGVO können jedoch nicht über Einwilligungsverwaltungsdienste eingeholt werden, da diese lediglich Einwilligungen nach § 25 Abs. 1 TTDSG (sprich: für den Zugriff auf die Geräte der Nutzer:innen) verwalten dürfen.²⁴

Hinzu kommt, dass entsprechend des EinwV-E lediglich erteilte Einwilligungen zur Folge hätten, dass die Last an Einwilligungsabfragen für Verbraucher:innen verringert wird. Denn den Nutzer:innen von Einwilligungsverwaltungsdiensten, die eine erfragte Einwilligung nicht erteilen, sollen weiterhin entsprechende Banner direkt durch die Telemedienanbieter angezeigt werden können.²⁵ Dies würde dazu führen, dass Verbraucher:innen sich lediglich unter Druck bei Einwilligungsverwaltungsdiensten anmelden und darüber Einwilligungen erteilen, um anschließend von belästigenden Einwilligungsbannern verschont zu bleiben. In diesen Fällen muss daher an der Freiwilligkeit der Einwilligung gezweifelt werden.²⁶

Es ist also zweifelhaft, ob Einwilligungen, die über Einwilligungsverwaltungsdienste eingeholt werden, den Anforderungen des § 25 Abs. 1 TTDSG sowie der DSGVO (informiert, für den bestimmten Fall, freiwillig und ggfls. ausdrücklich) genügen können. Dementsprechend können sich Telemedienanbieter auch nicht darauf verlassen, über Einwilligungsverwaltungsdienste rechtssichere Einwilligungen nach § 25 Abs. 1 TTDSG zu erhalten. Damit entfällt der Anreiz, entsprechende Dienste einzubinden.

Leidtragende hiervon werden neben den Verbraucher:innen auch die Unternehmen sein, die die Einwilligung für den Zugriff auf die Endgeräte nicht etwa benötigen, um darauf basierend Profilbildung und Tracking zu Werbezwecken vorzunehmen, sondern weil sie beispielsweise anonymisiert analysieren möchten, wie ihre Webseite genutzt wird, um die Nutzerführung zu optimieren. Da es, wie gezeigt, auf Basis des vorliegenden EinwV-E sowohl für Verbraucher:innen als auch für sehr viele Telemedienanbieter kaum Anreize geben dürfte, Einwilligungsverwaltungsdienste einzusetzen, werden auch diese Unternehmen nicht von den Vorteilen der Einwilligungsverwaltungsdienste profitieren können.

2. DIE KRITISCHSTEN ARTIKEL IM EINZELNEN

2.1 § 15 - Maßnahmen durch Anbieter von Telemedien

§ 15 richtet sich an Telemedienanbieter. § 15 Abs. 1 beschreibt die technischen und organisatorischen Maßnahmen, die Telemedienanbieter, welche eine Einwilligung über einen Einwilligungsverwaltungsdienst nachfragen, treffen können. Dazu gehört, dass sie die Einbindung des Einwilligungsverwaltungsdienstes berücksichtigen können und

²³ Außerdem ist zusätzlich im Falle eines Drittstaatentransfers eine Dritte Einwilligung nach Artikel 49 (1) (a) DSGVO erforderlich

²⁴ Siehe § 2 Abs. 1 Nr. 1.

²⁵ Siehe § 15 Abs. 3 beziehungsweise Kapitel 2.1 dieser Stellungnahme.

²⁶ Vgl. Europäischer Datenschutzausschuss: Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, 2020, Rn. 13 und Rn. 14, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_de.pdf, 04.07.2023.

dass sie überprüfen können, ob die jeweiligen Nutzer:innen bereits Entscheidungen getroffen haben. § 15 Abs. 2 besagt, dass Telemedienanbieter, die eine Einwilligung über einen Einwilligungsverwaltungsdienst erhalten haben, keine weitere Aufforderung zur Erteilung einer dahingehenden Einwilligung an die Endnutzer:innen senden. § 15 Abs. 3 stellt klar, dass Telemedienanbieter, die nicht die von ihnen gewünschte Einwilligung erhalten, die Endnutzer:innen im Rahmen einer erneuten Aufforderung zur Einwilligung auf die Möglichkeit der Anpassung der Einstellungen beim Einwilligungsverwaltungsdienst hinweisen sollen. § 15 Abs. 4 betont, dass die Umsetzung der Absätze 1-3 durch Telemedienanbieter freiwillig erfolgt.

Das bedeutet, dass es den Telemedienanbietern vollständig selbst überlassen ist, ob – und falls ja – wie sie mit Einwilligungsverwaltungsdiensten zusammenarbeiten. Es ist aus § 26 TTDSG jedoch nicht ersichtlich, dass diese vollständige Freiwilligkeit durch den Gesetzgeber gewollt wäre. Sicherlich kann man darüber streiten, ob oder inwieweit Telemedienanbieter dazu verpflichtet werden müssten, Einwilligungsverwaltungsdienste einzubinden, um das Ziel der Norm tatsächlich erreichen zu können. Klar sollte jedoch sein: Mindestens wenn Telemedienanbieter sich für die Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten entscheiden, müssen verbindliche Regeln für die Beteiligten gelten und ein Rosinenpicken nicht möglich sein.

§ 15 Abs. 1-3 sollten mindestens für alle Telemedienanbieter gelten, die sich dafür entscheiden, Einwilligungsverwaltungsdienste einzubinden. § 15 Abs. 4 sollte gestrichen werden.

Hinsichtlich § 15 Abs. 2 wird in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass die Telemedienanbieter keine weitere Einwilligungsanfragen mehr an Endnutzer:innen übermitteln müssen, wenn dieser bereits die von ihm nachgefragte Einwilligung über den Einwilligungsverwaltungsdienst übermittelt bekommen hat. Der Sinn dieser Begründung erschließt sich nicht – schließlich möchte niemand von den Telemedienanbietern verlangen, mehrere Einwilligungsabfragen zu stellen.

Vielmehr wäre es wichtig zu regeln, dass Telemedienanbieter – sollten sie sich für die Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten entscheiden – Einwilligungsanfragen alleine über diese Einwilligungsverwaltungsdienste an die Nutzer:innen der Dienste stellen dürfen. Ansonsten wäre es möglich, dass Telemedienanbieter zusätzlich zu den Einwilligungsabfragen über die Einwilligungsverwaltungsdienste noch weitere Einwilligungsabfragen über ihre Webseite oder App an Verbraucher:innen stellen könnten. Diese individuellen Einwilligungsbanner könnten die Anbieter wie bisher gestalten, was die wenigen Vorteile der Einwilligungsverwaltungsdienste für Verbraucher:innen – wie etwa die Anforderungen an einheitliche und transparente Nutzeroberfläche nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 – weiter verringern und die Flut an Einwilligungsbannern nicht reduzieren würde.

In § 15 Abs. 2 sollte festgelegt werden, dass Telemedienanbieter, die sich für die Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten entschieden haben, alleine über diese Dienste um eine Einwilligung bitten dürfen.

Aus Verbrauchersicht kritisch ist insbesondere § 15 Abs. 3. Demnach können sich Telemedienanbieter dafür entscheiden, zwar über Einwilligungsverwaltungsdienste erteilte

Einwilligungen zu akzeptieren, können beliebig oft erneut direkte Einwilligungsanfragen stellen, wenn Verbraucher:innen die Einwilligung nicht erteilen. Darüber hinaus sollen sie die Nutzer:innen auf die Einstellungen beim Einwilligungsdienst hinweisen. In der Begründung des Entwurfs ist zwar vermerkt, dass Telemedienanbieter die Entscheidung der Nutzer:innen berücksichtigen sollen, wenn sie erkennen, dass diese die Einwilligungsabfrage in der Vergangenheit ausdrücklich abgelehnt haben. Dies ist jedoch aus mehreren Gründen unzureichend:

- ❖ Im Normtext findet sich keine entsprechende Formulierung. Diese wäre jedoch erforderlich, da hiervon der Inhalt der Regelung wesentlich bestimmt wird. Diese Begründung sollte sich daher in § 15 Abs. 3 widerspiegeln.
- ❖ Es handelt sich auch hier lediglich um Soll-Formulierungen, deren praktische Relevanz fraglich sein dürfte. Daher sollte eine Muss-Formulierung gewählt werden.
- ❖ Da der Begriff „berücksichtigen“ im Kontext des § 26 TTDSG teilweise falsch interpretiert wird²⁷, sollte dieser klarstellend durch „Folge leisten“ ersetzt werden.
- ❖ Die Einschränkung auf eine „ausdrückliche“ Ablehnung ist nicht nachvollziehbar. Diese Formulierung wäre verständlich, wenn für Verbraucher:innen die Möglichkeit bestehen würde, über Einwilligungsverwaltungsdienste generelle Ablehnungen auszudrücken. In diesem Fall wäre eine Unterscheidung zwischen „ausdrücklichen“ Ablehnungen und „generellen“ Ablehnungen zielführend. Jedoch sieht der Gesetzesentwurf keine generellen Ablehnungen vor.

Wie bereits in Kapitel 1.1 ausführlich dargelegt, dürfte in der einfachen Möglichkeit Tracking und Profilbildung zu Werbezwecken abzulehnen ein wesentlicher Anreiz für Verbraucher:innen liegen, Einwilligungsverwaltungsdienste zu nutzen. Erteilen Nutzer:innen dementsprechend ihre Einwilligung nicht, dürfen sie keine Nachteile erleiden, indem ihnen weiterhin wiederholt Einwilligungsabfragen angezeigt werden können. Ansonsten würde die geplante Rechtsverordnung die Anzahl an lästigen Cookie-Bannern nicht reduzieren und keine Anreize für Verbraucher:innen bieten, Einwilligungsverwaltungsdienste zu verwenden. Die Rechtsverordnung würde ins Leere laufen.

§ 15 Abs. 3 sollte dahingehend geändert werden, dass Telemedienanbieter den signalisierten Entscheidungen der Nutzer:innen Folge leisten müssen. Erteilen Nutzer:innen eine erfragte Einwilligung nicht, sollten Telemedienanbieter für einen bestimmten Zeitraum (beispielsweise von sechs Monaten) von weiteren Abfragen absehen müssen.

2.2 § 14 - Maßnahmen durch Anbieter und Hersteller von Software

§ 14 richtet sich an Anbieter von „Software“ (zum Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet, sprich: Browser). Diese sollen nach § 14 Abs. 1 die Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten zulassen. Außerdem sollen sie entsprechend § 14 Abs. 2 Signale der Einwilligungsverwaltungsdienste oder Einstellungen der Nutzer:innen hinsichtlich der Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG nicht unterdrücken, verzögern, entschlüsseln oder anderweitig verändern. Die Gesetzesbegründung führt

²⁷ Siehe dazu auch: Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz: Orientierungshilfe: Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien - Erläuterungen zum neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG), 2021, Rn. 89 sowie Rn. 95, https://www.datenschutz-bayern.de/datenschutzreform2018/OH_TTDSG_Telemedien.pdf, 04.07.2023.

darüber hinaus klarstellend aus, dass hiervon auch Einstellungen der Nutzer:innen zur Einwilligung erfasst sein sollen, die nicht über einen Einwilligungsverwaltungsdienst, sondern direkt von einem Telemedienanbieter übermittelt werden.

Damit geht § 14 Abs. 2 weit über den Regelungsauftrag des § 26 TTDSG Abs. 2 Nr. 3 lit. a) hinaus und ist abzulehnen. Inhaltlich würde die Regelung praktisch bedeuten: Nutzer:innen, die genervt in einem Einwilligungsbanner auf „akzeptieren“ klicken, könnten sich nicht mehr darauf verlassen, durch die datenschutzfreundlichen Einstellungen ihrer Webbrowser vor Tracking und Profilbildung zu Werbezwecken geschützt zu sein. Die Browser müssten die Cookies – entgegen des Wunsches der Nutzer:innen – speichern.

Eine solche Regelung würde damit auch Anbieter von datenschutzfreundlichen Browsern benachteiligen, die ihre Nutzer:innen schon per Voreinstellung vor Tracking und Profilbildung zu Werbezwecken schützen. Eines der wesentlichen Alleinstellungsmerkmale solcher Anbieter würde verwässert werden, da viele Nutzer:innen sich genau aus diesem Grund bewusst für ihr Angebot entscheiden. Darüber hinaus würde die Regelung eine Reihe von ungelösten Folgefragen hervorrufen. So ist es etwa völlig unklar, wie ein Webbrowser erkennen sollte, dass Einwilligungen, die Verbraucher:innen gegenüber einem Webseitenbetreiber erteilt haben sollen, tatsächlich abgegeben wurden und den strikten Anforderungen der DSGVO entsprechen? Was würde außerdem beispielsweise passieren, wenn ein Browser die Funktion von Drittanbieter-Cookies gar nicht mehr implementiert hat? Müsste der Hersteller diese Funktion dann wieder reaktivieren, wenn Nutzer:innen gegenüber einem Telemedienanbieter der Speicherung zustimmen?

Es ist natürlich richtig, dass einige der derzeitigen Browserhersteller keine neutralen Akteure im Online-Werbemarkt sind und ein fairer Wettbewerb sichergestellt werden muss. Eine entsprechende (rechtliche und technische) Ausgestaltung von Einwilligungsverwaltungsdiensten darf also nicht dazu führen, die Marktposition dieser Hersteller noch weiter zu stärken. Auf der anderen Seite sollte aber auch nicht der Versuch unternommen werden, wettbewerbliche Probleme mit Regelungen zu lösen, die letztendlich den Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre schwächen. Vielmehr sollte diesen Problemen auch mit wettbewerblichen Regelungen entgegengetreten werden.

In der EinwV kann nicht geregelt werden, dass Browserhersteller Einwilligungen technisch umsetzen sollen, die nicht über einen Einwilligungsverwaltungsdienst, sondern direkt von Telemedienanbietern übermittelt werden. In § 14 Abs. 2 sollten daher die Worte „oder Einstellungen der Endnutzer hinsichtlich der Einwilligung nach § 25 TTDSG“ gelöscht werden. Gleiches gilt für entsprechende Formulierungen in der Gesetzesbegründung.

2.3 § 16 - Maßnahmen zur Neutralität

Laut § 16 sollen Telemedienanbieter und Softwareanbieter nicht ohne sachlichen Grund darauf hinwirken, dass Nutzer:innen bestimmte anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung anwenden oder ausschließen. Es ist jedoch unklar, was unter solch einem „sachlichen Grund“ verstanden werden könnte.

Aus Sicht des vzbv sollte der Begriff „sachlicher Grund“ durch die Verordnung ausgefüllt und eng gefasst werden. Ein sachlicher Grund könnte etwa sein, dass sich der Einwilligungsverwaltungsdienst nicht an eine durch die zuständige Stelle nach § 12 festgelegte technische Richtlinie nach § 7 Abs. 3 Nr. 1 hält. Es muss jedoch gewährleistet sein, dass den Nutzer:innen eine echte Wahlfreiheit bei der Entscheidung zukommt, welchen Einwilligungsverwaltungsdienst sie verwenden möchten.

Nutzer:innen sollten tatsächlich frei zwischen verschiedenen Diensten zur Einwilligungsverwaltung wählen können und sich nicht für einen Dienst entscheiden müssen, mit dem der jeweilige Telemedienanbieter nach eigenem Ermessen zusammenarbeitet. Der unbestimmte Begriff „sachlicher Grund“ in § 16 sollte daher mit einem engen Verständnis ausgefüllt werden.