

- Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh) -

Stellungnahmen zum Referentenentwurf einer Verordnung über Dienste zur Einwilligungsverwaltung nach dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz- Gesetz (EinwV-E)

Berlin, den 14.07.2023

Ansprechpartnerin: Eva Behling, eva.behling@bevh.org

Der **Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh)** repräsentiert als die Interessenvertretung der Branche der in Deutschland aktiven Online- und Versandhändler Unternehmen aller Größen und aller denkbaren Handelsformen (Online, Multichannel, Katalog, TV-Shopping, Plattformhändler und -betreiber). Die Mitglieder des bevh stehen für mehr als 75% des gesamten Branchenumsatzes. Darüber hinaus sind dem Verband mehr als 130 Dienstleister aus dem Umfeld der E-Commerce-Branche angeschlossen.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Wir können nachvollziehen, dass sich der deutsche Gesetzgeber der Kritik aus der Gesellschaft annimmt und eine Lösung für das Phänomen „click fatigue“ sucht. Wir begrüßen es ausdrücklich, dass die Einbindung der anerkannten Dienste für Telemedienanbieter auf Freiwilligkeit beruht. Abgesehen davon haben wir an dem vorliegenden Verordnungsentwurf jedoch folgende, grundlegende Zweifel:

1. Europäischer Binnenmarkt/ länderübergreifende Sachverhalte

Bei EU-weiten Problemen sollten Doppelregulierungen vermieden werden. Derzeit beschäftigt sich auch die EU mit dem Phänomen und hat dazu eine „Cookie Pledge Initiative“ ins Leben gerufen, bei der die Politik zusammen mit der Wirtschaft nach gangbaren und zukunftssicheren Lösungen sucht. Insofern sprechen wir uns dafür aus, dass der deutsche Ordnungsgeber zunächst den Ausgang dieses Vorhabens abwartet, bevor hier zwei Verfahren parallel laufen, die sich dann am Ende widersprechen können.

Aus leidvollen Erfahrungen sprechen wir uns dagegen aus, dass bei digitalen Themen nationale Einzellösungen gewählt werden. Der Onlinehandel lebt vom europäischen Binnenmarkt, der nicht durch nationale Alleingänge eingeschränkt werden sollte.

Der Verordnungsentwurf lässt jedoch jegliche Anmerkungen missen, wie bei international aufgestellten (nicht rein deutschen) Webshops mit einer Einwilligungslösung bei Cookies umgegangen werden soll. Denn das deutsche TTDSG und mithin auch die vorliegende EinwV gelten nur bei Warenangebot oder Niederlassung in der Bundesrepublik Deutschland.

Außerdem werden oftmals die nationalen Onlineshops europaweit tätiger Unternehmen einheitlich betreut, sodass die Umsetzung eines deutschen Sonderweges mit alternativer Einwilligungsverwaltung nur schwer vorstellbar ist und unangemessene, hohe Aufwände mit sich bringt.

2. Definition von Software, § 2 Abs. 1 Nr. 4 EinwV-E

Die im Entwurf vorgesehene Definition von Software erscheint im Hinblick auf Apps widersprüchlich, da ungeklärt bleibt, wie sich Software zu Telemedien abgrenzt:

Gemäß der Orientierungshilfe der DSK aus 2021 umfassen Telemedien "*insbesondere Webseiten und Apps*".

In der Begründung des hiesigen Verordnungsentwurfs heißt es hingegen bei der Erläuterung zu Software (S. 16): "*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.*"

Demnach sind Apps zugleich Software und Telemedien, mit der Konsequenz, dass § 14 und § 15 EinwV-E gleichzeitig Anwendung finden. Nach 15 Abs. 4 EinwV-E ist die Einbindung freiwillig, da die App ein Telemedium ist. Zugleich wäre es verpflichtend, weil die App nach § 14 EinwV-E eine Software ist. Damit ist die Einbindung für ein- und denselben Regelungsgegenstand einmal freiwillig und einmal verpflichtet. Dem Wortlaut des § 7 EinwV-E kann allerdings entnommen werden, dass Telemediendienste und Software nebeneinanderstehen.

Es braucht daher eine Klarstellung, dass für eine Software, die zugleich auch ein Telemediendienst ist, die Regelungen zu Telemediendiensten Anwendung finden.

3. Informierte Einwilligung/ Verantwortlichkeit, § 3 EinwV-E

Hinsichtlich der Einholung der Einwilligung über die anerkannten Dienste haben wir folgende Bedenken:

a) Anwendungsbereich

Da sich § 26 TTDSG und dementsprechend auch die vorliegende Verordnung lediglich auf den Anwendungsbereich der Vorschrift in § 25 TTDSG erstrecken kann, bezieht sich auch der Verordnungsentwurf nur auf die in § 25 TTDSG geregelte Einwilligung (vgl. u.a. § 2 Abs. 1 Nr. 1 des Entwurfs). In diesem Zusammenhang besteht das Problem, dass § 25 TTDSG sich als Umsetzung der Vorschrift aus Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG lediglich auf den „Zugriff“ auf Endgeräte erstreckt („Vorfeldschutz“). Gemäß der Rechtsprechung des BGH im Fall Planet49 ist die Weiterverarbeitung der Daten hingegen anhand der Vorgaben der DSGVO zu messen. Hier stellt sich insbesondere die Frage, wie mittels der anerkannten Dienste die Einwilligungen zur Weiterverarbeitung rechtssicher abgedeckt werden können. § 3 Abs. 3 EinwV-E kann sich rein schematisch nicht auf die Folgeverarbeitung erstrecken. Gelingt es den anerkannten Diensten nicht, diese Problematik zu lösen, wird das Ziel der Verordnung (die diese Thematik nicht lösen kann), die Reduzierung der eingesetzten Consent-Banner zu reduzieren, in der Praxis nicht erreicht.

b) Informiertheit

Unseren Mitgliedern ist bei der derzeitigen Formulierung in § 3 EinwV-E unklar, wer für die Informiertheit der Endnutzer verantwortlich ist. Für die Anforderungen an die Informiertheit der Einwilligung werden gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG die hohen Standards der DSGVO herangezogen. Durch mehrere (teure) Entscheidungen von Aufsichtsbehörden und Gerichten hat sich hierzu bereits eine gewisse Rechtssicherheit eingestellt. Allen Entscheidungen war gemein, dass immer hohe Anforderungen an die zur Verfügung gestellten Informationen gestellt wurden. Bei der Einbindung eines anerkannten Dienstes ist nun die Frage, wer die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellt, um eine rechtswirksame Einwilligung einzuholen. Erstellt der anerkannte Dienst die erforderlichen Informationen oder greift er auf die Datenschutzerklärung der jeweiligen Telemedienanbieter zu? Da § 6 Abs. 1 EinwV-E vorsieht, dass Telemedienanbieter unter den gleichen Bedingungen die erforderlichen Einwilligungen erfragen können sollen, steht zu befürchten, dass die anerkannten Dienste die Einwilligungsabfragen standardisieren/vereinheitlichen werden.

Sofern bei der Einholung der Einwilligung die Verarbeitungszwecke aber nicht richtig dargelegt werden, hat dies fatale Folgen: zum einen kann dies die Nutzererfahrung beeinträchtigen und Endnutzer möglicherweise über die Folgen ihrer Entscheidungen in die Irre führen. Zum anderen

haften Telemedienanbieter, die auf ihrer eigenen Webseite umfangreiche und granulare Informationen zur Verfügung stellen, für eine mangelhafte Darstellung bei den anerkannten Diensten.

c) Verantwortlichkeit

Aus Onlinehändler-Sicht ergibt sich die Folgefrage zur Rechtssicherheit bezüglich der erteilten Einwilligungen für Cookies, die auch datenverarbeitende Prozesse nach sich ziehen. Denn die Einwilligungen würden nicht mehr im Einflussbereich des Telemedienanbieters liegen.

Zudem muss sichergestellt werden, dass Telemedienanbieter im Streitfall Auskunftsrechte hinsichtlich erteilter Einwilligungen gegenüber den anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung haben.

Sofern zu diesen Punkten keine Klarstellung erfolgt, ist die Einbindung der anerkannten Dienste für Telemedienanbieter aus rechtlicher Sicht zu unsicher.

4. Nutzerfreundlichkeit bei Änderungen, § 4 Abs. 1 Nr. 4 EinwV-E

Die Pflicht zur Erinnerung nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 EinwV-E sollte nur dann gelten, wenn der Umfang der Einwilligung ausgeweitet wird, nicht aber im Falle einer Reduktion der einwilligungspflichtigen Sachverhalte. Hier sieht man auch das strukturelle Problem der Einwilligungsverwaltung: Abbildbar ist nur der status quo. Sowie sich am Setup des einwilligungspflichtigen Sachverhaltes etwas ändert, muss eine erneute Abfrage erfolgen. Dabei ist schon fraglich, wie der anerkannte Dienst von der technischen Änderung auf dem Telemedium überhaupt Kenntnis erlangt und wie der Endnutzer seine Einstellungen ändern kann.

Ein echter Mehrwert des Einwilligungsverwaltungssystems wäre erst dann gegeben, wenn die Endnutzer dem anerkannten Dienst im Sinne einer Vollmacht oder Datentreuhänderschaft die Befugnis übertragen könnten, selbständig und risikoorientiert auf Veränderungen des Setups zu reagieren. Perspektivisch könnte dies beispielsweise über KI denkbar sein. Erst dann könnte das Einwilligungsverwaltungssystem Endnutzern den gewünschten Mehrwert bieten und der „click fatigue“ entgegenwirken. Hier ist allerdings fraglich, ob der aktuelle Entwurf kommende Technologien hinreichend berücksichtigt, also „future-proof“ ist.

5. Speicherdauer, § 4 Abs. 2 EinwV-E

Bei § 4 Abs. 2 EinwV-E vermuten wir einen redaktionellen Fehler, da er in seiner Intention wohl auf § 4 Abs. 1 Nr. 4 EinwV-E verweisen soll.

Die Speicherdauer einzelner Cookies variieren je nach Anbieter und Verwendungszweck. Dabei werden Cookies nach einer vom Telemedienanbieter bestimmten Dauer vom Endgerät des Endnutzers gelöscht und die Cookie-Abfrage muss dann neu ausgespielt werden. Hier stellt sich unseren Mitgliedern die Frage, wie diese Speicherfristen bei den anerkannten Diensten berücksichtigt werden: wenn die Speicherfrist eines Cookies von Telemedienanbieter auf 6 Monate angesetzt wurde, wird die Speicherfrist durch den anerkannten Dienst dann automatisch verlängert? Wenn die Speicherfrist hingegen auf 24 Monate angesetzt wurde, kann der anerkannte Dienst die Speicherfrist dann selbstständig widerrufen; also die vom Telemedienanbieter wohl abgewogene Entscheidung, wie lange ein Cookie gespeichert werden soll, einfach überstimmen? Zudem widerspricht diese Regelung der Rechtsprechung des BGH, wonach Einwilligungen 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.

6. Beschwerden vermeiden, § 4 Abs. 4 EinwV-E

Kritisch sehen wir die Vorschrift in § 4 Abs. 4 des Entwurfs. Die dort vorgesehenen Hinweise durch die anerkannten Dienste könnte auf Seiten der Endnutzer der Eindruck erwecken, dass die bisherigen Zugriffe der Telemedienanbieter nicht rechtmäßig waren, 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 Endnutzer gegenüber Telemedienanbieter und Behörden erhöhen.

7. Doppelnutzungen vermeiden, § 5 EinwV-E

§ 5 EinwV-E regelt die Konstellation, in der Endnutzer den Anbieter wechseln möchten. Gleichwohl sind aber auch Sachverhalte denkbar, in denen ein Endnutzer einen zweiten Account bei einem anderen anerkannten Dienst anlegen möchte (beispielsweise, weil er seine Zugangsdaten verloren hat). Damit in solchen Fällen keine Konfusion bei den Telemedienanbietern darüber entsteht, welche Einstellung nun tatsächlich greift, sollte sichergestellt werden, dass Endnutzer immer jeweils nur einen anerkannten Dienst einbinden können.

8. Gewährleistung der Wettbewerbskonformität, § 6 Abs. 2 Nr. 1 EinwV-E

Der DENIC-Domainstatistik 2022 zufolge ließ der Trend zur Digitalisierung die deutsche Länderkennung .de im Jahr 2022 auf mehr als 17,4 Millionen Domains anwachsen. Insgesamt wuchs der .de-Bestand im Jahr 2022 um 260.000 neue Domains (Quelle: [DENIC-Domainstatistik 2022](#), zuletzt aufgerufen am 14.07.2023). Entsprechend hoch wird daher auch die Zahl der Telemedienanbieter nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG sein. Da sich auch Generic-Top-Level-Domains, wie beispielsweise .com-Webseiten, ebenfalls an deutsche Endnutzer richten können, ist die Zahl der zu berücksichtigenden Domains sicherlich noch weitaus höher. Im Hinblick auf international geltende Domains ist zudem fraglich, welche Telemedienanbietern die anerkannten Dienste außerdem in die Liste aufnehmen müssen.

Auch wenn wir es begrüßen, dass die anerkannten Dienste auf ihrer Benutzerschnittstelle die Telemedienanbieter alphabetisch geordnet darstellen sollen, stellen wir uns die Frage, wie die anerkannten Dienste tatsächlich alle 17,4 Millionen .de-Domains für den Endnutzer übersichtlich anzeigen sollen. Weiter ist fraglich, wie schnell die anerkannten Dienste neue Domains berücksichtigen können. So könnte es auf Unmut der Endnutzer stoßen, wenn sie ihre Einwilligungen grundsätzlich über einen anerkannten Dienst erteilen, dies aber bei einem neuen Webshop nicht möglich ist, weil der anerkannte Dienst ihn noch nicht eingepflegt hat. Hier steht zu befürchten, dass für neue bzw. bislang weniger etablierte Akteure am Markt nur unnötig neue Hürden aufgebaut werden.

9. Kein wirtschaftliches Interesse, § 9 Abs. 1 Nr. 7 EinwV-E

Wir begrüßen, dass mit der Regelung in § 9 Abs. 1 Nr. 7 EinwV-E ein wirtschaftliches Eigeninteresse der Dienste abgelehnt wird, um damit die Bildung etwaiger Gatekeeper zu verhindern. Gleichwohl können auch Wirtschaftsakteure einen anerkannten Dienst anbieten, die nicht als Gatekeeper gelten, bei denen also die Missbrauchsgefahr sehr gering ist. Wir regen daher an, Anbieter mit wirtschaftlichem Interesse zuzulassen, solange es sich dabei weder um Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne von § 19a GWB noch um Torwächter Sinne des Art. 3 der Digitalen Dienste Verordnung (EU) 2022/1925 (DSA) handelt.

10. Browser als Gatekeeper, § 14 EinwV-E

Wir begrüßen es sehr, dass mit der Regelung in § 14 EinwV-E auch Browserdienste adressiert werden. Die Regelung soll nach unserem Verständnis die Vorgaben des § 26 Abs. 2 Nr. 3 a) TTDSG umsetzen. Wir verstehen § 26 Abs. 2 Nr. 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.

11. Direkte Einholung der Einwilligung, § 15 Abs. 3 EinwV-E

Bei unseren Mitgliedern herrscht Unklarheit über die Regelung in § 15 Abs. 3 EinwV-E. Nach hiesigem Verständnis sagt der §15 Abs. 3 EinwV-E, dass Telemedienanbieter, die über den anerkannten Dienst keine erforderliche Einwilligung erhalten, die Endnutzer auf die Möglichkeit der Anpassung ihrer Einwilligungseinstellungen über den anerkannten Dienst auffordern und hinweisen müssen. Entgegen diesem Wortlaut, erwähnt die Verordnungsbegründung hingegen, dass Telemedienanbieter die Endnutzer direkt um ihre Einwilligung bitten können, wenn diese zuvor keine Einwilligung erteilt haben:

„Absatz 3 regelt den Fall, 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. Der Anbieter von Telemedien soll den Endnutzer aber dann auf die Einstellungen beim anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung hinweisen.“

Nach hiesiger Auffassung ist die Begründung weiter gefasst als der Wortlaut des § 15 Abs. 3 EinwV-E. Insofern regen wir eine Anpassung des Wortlauts des § 15 Abs. 3 EinwV-E an.

12. Freiwilligkeit für Telemedienanbieter, § 15 Abs. 4 EinwV-E

Wir begrüßen sehr, dass sich der Ordnungsgeber in diesem Entwurf für eine Freiwilligkeit seitens der Telemedienanbieter ausgesprochen hat. Dies ermöglicht es Telemedienanbietern, je nach Ausgestaltung ihres jeweiligen Dienstes, die anerkannten Dienste mit einzubinden oder nicht. Da manche Telemedienanbieter beispielsweise auf eigene Konzepte setzen oder erst gar keine Cookies einsetzen, wäre es für sie verfehlt, eine Pflicht zur Abfrage der anerkannten Dienste vorzusehen. Auch gibt weder die Verordnungsermächtigung noch das TTDSG eine Rechtsgrundlage für eine verpflichtende Einbindung her; die Freiwilligkeit ist demnach unseres Erachtens nicht verhandelbar.