

**24.05.2024**

**Philipp Hagen**, Director Legal Affairs & Data Privacy, hagen@bvdw.org

## Stellungnahme Einwilligungsverwaltungsverordnung

### Über den BVDW

Der Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V. ist die Interessenvertretung für in Deutschland ansässige Unternehmen, die digitale Geschäftsmodelle betreiben oder deren Wertschöpfung auf dem Einsatz digitaler Technologien beruht. Die Grundlage dafür ist die intelligente Verbindung von Daten und Kreativität bei gleichzeitig maßgeblicher Orientierung an ethischen Prinzipien. Mit seinen über 600 Mitgliedsunternehmen – von großen und kleinen Digitalunternehmen über Agenturen bis hin zu Publishern – vertritt der Verband die Belange der digitalen Wirtschaft gegenüber Politik und Gesellschaft. Sein Netzwerk von Expertinnen und Experten liefert mit Zahlen, Daten und Fakten Orientierung zu einem zentralen Zukunftsfeld.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zu dem aktuellen Stand der Einwilligungsverwaltungsverordnung des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr Stellung nehmen zu können. Mit dem Entwurf wird das Ziel verfolgt, die Privatsphäre und den Datenschutz im Internet für Nutzer\*innen in Ergänzung zur Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und dem Telekommunikation-Digitale-Dienste-Datenschutz-Gesetz (TDDDG) zu stärken.

Dieses Ziel unterstützt und teilt der BVDW ausdrücklich. Zugleich ist eine Datenpolitik sowie eine Daten- und Digitalgesetzgebung nur dann zeitgemäß, wenn diese Verbraucher- und Wirtschaftsinteressen praxistauglich in ein ausgewogenes Verhältnis bringt. Mit dem Entwurf in seiner aktuellen Fassung ist dem Gesetzgeber eine Verbesserung im Vergleich zu der vorherigen Version gelungen. Es werden aber noch eine Vielzahl von Fragen offengelassen. Auf Ebene der Verordnung hätte der Gesetzgeber es schaffen können, Rechtsunsicherheiten durch klare und präzise Regelungen zu vermeiden. Dies ist nicht gelungen und wird damit die Umsetzbarkeit erschweren.

### 1. Freiwilligkeit ist entscheidend

Der BVDW begrüßt die ausdrückliche Klarstellung, dass die Einbindung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung freiwillig erfolgen kann. Diese Freiwilligkeit ist entscheidend für den Erhalt von werbefinanzierten digitalen Geschäftsmodellen. Sie muss konsequent erhalten bleiben. In der derzeitigen Version der Einwilligungsverwaltungsverordnung wird dies insbesondere durch die Regelung in § 20 unterlaufen. Dieses Neutralitätsgebot greift in die Unternehmensautonomie ein und wird weitestgehend verhindern, dass Betreiber digitaler Geschäftsmodelle sich für eine Einbindung eines Dienstes zur Einwilligungsverwaltung entscheiden.

Insbesondere unter Berücksichtigung der Verordnungsbegründung zeigt sich, dass „sachliche Gründe“ zur Ablehnung explizit nicht die reine Anzahl an vorhandenen Diensten zur Einwilligungsverwaltung sein kann. Dies führt zu erheblichen Problemen bei Nutzung eines Dienstes zur Einwilligungsverwaltung. Bei der zwar initialen freiwilligen Einbindung eines Dienstes wird man im Nachhinein im gleichen Zuge dazu verpflichtet, alle vorhandenen Dienste zur Einwilligungsverwaltung einzubinden. Dies führt aus unserer Sicht zu einem Kontrahierungszwang für Anbieter von Digitalen Diensten.

Wo die Grenzen des „unverhältnismäßigen organisatorischen, technischen oder wirtschaftlichen Aufwand“ zu ziehen ist, bleibt in dem Verordnungsentwurf leider weiterhin unklar. Diese Norm soll laut der Begründung des § 20 „insbesondere marktmächtige Anbieter von [Digitalen Diensten]“ erfassen. Dies ist nicht zu erkennen. Stattdessen werden auch nicht marktmächtige Anbieter von Digitalen Diensten als Kollateralschäden in Kauf genommen.

Die daraus resultierenden Anforderungen an die Umsetzung der organisatorischen und technischen Maßnahmen zur Einbindung der anerkannten Dienste in ihre Digitalen Dienste bzw. vormals Telemedien-Angebote sind mit einem erheblichen, derzeit kaum kalkulierbaren und wirtschaftlich nicht vertretbaren Aufwand verbunden.

Der BVDW plädiert dafür, die Kriterien für die Grenzen der Einbindung mehrerer anerkannter Dienste klarer zu formulieren. Eine klare und präzise Formulierung dieser Kriterien trüge dazu bei, Rechtssicherheit zu schaffen und den Unternehmen klare Richtlinien für die Umsetzung zu geben. Es ist wichtig, dass die Verordnung klare Vorgaben macht, um mögliche Missverständnisse zu vermeiden und die praktische Umsetzung zu erleichtern.

## **2. Änderungen in Geschäftsabläufen müssen möglich sein**

Gemäß § 4 Abs. 2 ist vorgesehen, dass eine Aufforderung zur Überprüfung der Einstellungen frühestens nach einem Jahr erfolgen soll. Absatz 2 dieser Vorschrift sieht eine Regelung zur Erinnerungsfunktion an bereits getroffene und gespeicherte Entscheidungen der Endnutzer zu den Einwilligungsanfragen nach § 25 Abs. 1 TDDDG durch den Dienst zur Einwilligungsverwaltung vor. Unklar bleibt jedoch, ob diese Norm indirekt auch Einfluss auf die Abfragemöglichkeit der Anbieter Digitaler Dienste nehmen könnte – beispielsweise ob das einjährige Abfrageverbot für den Dienst zur Einwilligungsverwaltung analog auch für den Anbieter Digitaler Dienste selbst gelten könnte.

Sollte mit dem einjährigen Abfrageverbot auch nur einmal im Jahr Änderungen bei den Drittanbietern vorgenommen werden, wäre dies technisch schlichtweg nicht umsetzbar. Hier braucht es eine Klarstellung, um Rechtsunsicherheiten auszuschließen. Es muss Anbietern von Digitalen Diensten und ebenso den Anbietern anerkannter Dienste möglich sein, ohne zeitliche Restriktionen agieren zu können. Ziel des Gesetzes kann nicht sein, dass beispielsweise ein Wechsel eines Dienstleisters nur einmal pro Jahr zu einem möglicherweise dann extern vorgegebenen Stichtag erfolgen kann. Es sollte daher berücksichtigt werden, dass Änderungen, die unterjährig erfolgen, Erweiterungen der Geschäftspartner oder schlicht Produktveränderungen immer auch ein Grund sein müssen, vor Ablauf des Jahres erneut eine Einwilligung einzuholen.

## **3. Es bestehen weiterhin Unklarheiten wie mit einer Mehrzahl vom Nutzer abgegebenen Einwilligungen umzugehen ist**

Unklar ist, inwieweit ein divergierender, vom Nutzer zum Ausdruck gebrachter Wille berücksichtigt werden soll. Ein Nutzer kann seine Einwilligung über verschiedene Kanäle gegenüber Digitalen Diensten abgeben oder seinen Willen zum Ausdruck bringen. So können Nutzer\*innern Einstellungen in Abrufl- und Darstellungssoftware hinterlegen, die weiter oder restriktiver sein können als die Einwilligung, die er zum jeweiligen Zeitpunkt gegenüber Digitalen Diensten mittels Dienste zur Einwilligungsverwaltung abgegeben hat. Es stellt sich die Frage, wie mit Einwilligungen umzugehen ist, die zunächst direkt gegenüber dem Anbieter Digitaler Dienste abgegeben wurden und später über den Dienst der Einwilligungsverwaltung. Ebenso ist unklar, wie mit Einwilligungen umzugehen ist, die über einen Medienbruch gegenüber dem Anbieter Digitaler Dienste abgegeben wurden. Zusätzlich stellt sich die Frage, wie mit Signalkonflikten umzugehen ist. Wenn Nutzer\*innern bei zwei verschiedenen anerkannten Diensten zwei verschiedene Einstellungen zu derselben Website vorgenommen hat, entstehen für einen

Anbieter eines Digitalen Dienstes Entscheidungsprobleme. Die Dienste müssen miteinander technisch kommunizieren können und nutzerbezogene Abgleiche durchführen, um zu prüfen, ob die Person bei beiden oder mehreren Diensten ein Einwilligungsprofil erstellt hat.

Diese Aspekte werfen die Frage auf, wie mit potenziellen Konflikten und Unklarheiten umzugehen ist, die sich aus der Umsetzung der Verordnung zwangsläufig ergeben werden. Es ist wichtig, dass solche Fragestellungen in der Verordnung selbst oder zumindest in ihrer Begründung angemessen behandelt werden, um eine klare und einheitliche Umsetzung zu gewährleisten. Nur so kann eine praxistaugliche und rechtssichere Anwendung der Verordnung sichergestellt werden, die sowohl den Interessen der Nutzer\*innen als auch der Anbieter Digitaler Dienste gerecht wird.

Die Konflikte, die sich aus dem aktuellen Verordnungsentwurf für die Unternehmen innerhalb des Ökosystems ergeben, werden auf die Gerichte abgewälzt und binden unausweichlich Ressourcen personeller und monetärer Natur bei Unternehmen.

#### **4. Klarstellung zur Durchleitung von Signalen durch Hersteller und Anbieter von Abruf und Darstellungssoftware notwendig**

Die Einwilligungsverwaltungsverordnung soll gemäß ihrem Regelungszweck die Übertragung und Verwaltung von Signalen zur Einwilligungsverwaltung – und nur diese Signale – zwischen den Beteiligten im Ökosystem näher ausgestalten. Ihr Ziel ist es nicht, Technologien in einem Wirtschaftsökosystem zu zementieren.

Dennoch birgt § 17 Nr. 2 gerade diese Gefahr, indem er besagt, dass Signale weder unterdrückt, verzögert, entschlüsselt noch in anderer Weise verändert werden dürfen. Das Wort "Signal" taucht zum ersten Mal an dieser Stelle in der Verordnung auf. Ohne eine weitere Definition oder – zumindest in der Begründung – klarstellende Erklärung geht der Wortlaut über den eigentlichen Regelungszweck der Verordnung hinaus. Im Zweifelsfall könnte dies innovationshemmend wirken, da bestehende Technologien aufgrund der immer weiter steigenden Pflege von veralteter Technologie, die nicht abgeschaltet werden darf, nicht fortentwickelt werden können.

Es ist daher wichtig, dass der Begriff "Signal" in der Verordnung klar auf die Signale, die nur die Einwilligung betrifft, beschränkt wird.

#### **5. Technische Umsetzbarkeit in Teilen fraglich**

Die technische Umsetzbarkeit muss für die Digitale Medien realisierbar sein. Regelungen wie § 18 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, welche den Digitalen Diensten auferlegen, die Einwilligung durch den anerkannten Dienst speichern zu lassen, sind unserer Ansicht nach nicht dem richtigen Verantwortlichen zugeordnet.

Die geforderte Anforderung an Digitale Dienste ist aus unserer Sicht nicht umsetzbar. Die Techniken und Schnittstellen müssen vom anerkannten Dienst selbst entwickelt werden. Digitale Dienste können höchstens das bereitstellen, was nach dem Stand der Technik möglich ist und datenschutzrechtlich ohne eine weitere Einwilligung zulässig ist. Zudem dürfen Schnittstellen keine Sicherheitslücken verursachen.

Digitale Dienste können nicht die Verantwortung dafür übernehmen, dass der eingebundene anerkannte Dienst zur Einwilligungsverwaltung in der Lage ist, die Einstellungen der Endnutzer\*innen zu übernehmen. Diese Gewährleistung muss im Rahmen der Anerkennung als offizieller Dienst zur Einwilligungsverwaltung erbracht werden. Wenn – was durchaus realistisch ist – sich im Laufe der Zeit Anbieter ändern oder neue Verarbeitungszwecke hinzukommen, kann es nicht Aufgabe der Digitalen Dienste sein, den Dienst zur Einwilligungsverwaltung technisch zu

beraten oder gar in dessen Software einzugreifen. Der Dienst zur Einwilligungsverwaltung ist ein eigenständiges Unternehmen und muss diese Vorkehrungen selbst treffen.

Es bleibt weiterhin unklar, wie genau und in welchem Tempo die gegenseitige Abfrage mit dem Dienst zur Einwilligungsverwaltung erfolgen soll. Wenn Nutzer\*innen im Dienst zur Einwilligungsverwaltung eine Änderung vornimmt, gleichzeitig eine Website des Publishers geöffnet hat und anschließend wieder zu dieser zurückkehrt, ist es technisch nur möglich, die geänderte Einstellung zu erkennen, wenn jedes Mal eine neue Überprüfung erfolgt, sobald Nutzer\*innen eine Aktion auf der Website ausführt. Dies ist jedoch allein in Bezug auf die erforderliche Rechenkapazität nahezu unmöglich umzusetzen. Es muss daher zeitliche Einschränkungen geben, die eine erneute Überprüfung der Einstellungen der Nutzer\*innen durch den Digitalen Dienst beispielsweise nur einmal pro Besuch oder pro Tag erforderlich machen.

## 6. Unklare Verantwortlichkeiten

Es ist entscheidend zu klären, wie die Verantwortung im Rahmen der Einwilligungsverwaltung verteilt wird, insbesondere wenn die anerkannten Dienste für Einwilligungsverwaltung keine weisungsgebundenen Dienstleister oder Erfüllungsgehilfen sein werden, sondern eigenständige Marktpartner. Die aktuelle Verordnung weist bei der Konkretisierung von Verantwortlichkeiten diesbezüglich Mängel auf.

Ein Beispiel hierfür ist die Frage, wer für die Einholung der Einwilligung mittels anerkannter Dienste zur Einwilligungsverwaltung haftet. Zu Beginn der Verordnung stellt diese klar, dass die Digitalen Dienste für die Rechtmäßigkeit der Einwilligung verantwortlich bleiben sollen. Dabei wird jedoch nicht der Anwendungsbereich auf das Machbare eingeschränkt. So können Digitalen Dienste die Informationen für die Einstellungen, die der Nutzer\*innen in den Diensten zur Einwilligungsverwaltung vornimmt, nicht beeinflussen. Entschieden sich Nutzer\*innen dafür innerhalb der Dienste zur Einwilligungsverwaltung vorab Einstellungen festzulegen, kann der Digitale Dienst nicht mehr die Verantwortung für diese Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung tragen. Er hatte nicht schlicht nicht die praktische Möglichkeit Nutzer\*innen die notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen, da dies außerhalb seine Einflusssphäre liegt. Vielmehr müssen sich die Digitalen Dienste auf die Wirksamkeit der Signale der Dienste zur Einwilligungsverwaltung verlassen.

Die Fragen betreffen auch die Nutzung eines Einwilligungsverwaltungsdienstes. Was geschieht, wenn der Dienst für die Verwaltung von Einwilligungen nicht verfügbar ist? Wo kann sich ein Endnutzer\*innern beschweren oder seine Ansprüche geltend machen? Wie werden Datenverluste oder Datenschutzverletzungen behandelt? Und was passiert, wenn bestimmte Cookies und Dienste (noch) nicht von einem solchen Dienst abgedeckt sind? Es besteht Unklarheit darüber, ob und wie Einwilligungsverwaltungsdienste in solchen Situationen von Nutzen sein könnten. Die Klärung dieser Verantwortlichkeiten fehlt bislang in der Verordnung.