



Die Werbewirtschaft

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.

Stellungnahme

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr (BMDV) vom 1. Juni. 2023 für eine Verordnung nach § 26 Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (Einwilligungsverwaltungsverordnung – EinwV; im Folgenden: Ref-E)

Teil 1: Notwendige Bedingungen für eine tragfähige Verordnung

1. **Das Prinzip der Freiwilligkeit zur Verwendung und Implementierung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung muss eindeutig in der Verordnung verankert sein und umfassend gelten**

Anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung (im Folgenden: DzEV) sollen nach dem Ref-E eine anwenderfreundliche „*Alternative zur Abfrage der Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG durch sog. Cookie-Einwilligungs-Banner*“ sein – so die Begründung des Ref-E.¹

Bereits dies impliziert eine **echte Wahlmöglichkeit für Telemedien** in Bezug auf die Verwendung und Implementierung von DzEV.

Der ZAW begrüßt, dass der Ref-E diesen Standpunkt einnimmt.

§ 15 Abs. 4 Ref-E legt im Hinblick auf die, mit den Worten der Begründung zu § 15 Ref-E,; *„Maßnahmen, die Anbieter von Telemedien treffen sollen, wenn sie anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung einbinden“* fest: *„Die Umsetzung der technischen und organisatorischen Maßnahmen nach den Absätzen 1 bis 3 durch die Anbieter von Telemedien erfolgt freiwillig.“*

Auch dies verdeutlicht den Willen des Verordnungsgebers, die Einbindung von DzEV von der Entscheidung des Telemedienanbieters abhängig zu machen. Erst dann, wenn er sich zur Verwendung eines solchen Dienstes entschließt, sind die für Telemedien vorgesehenen technisch-organisatorischen Maßnahmen nach Teil 4 der Verordnung zu ergreifen.

Dem entspricht schließlich die Begründung zu § 15 Abs. 1 Ref-E, wonach Anbieter von Telemediendiensten, *„die die Einwilligungsverwaltung über einen anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung zulassen“, technisch-organisatorische Maßnahmen im Sinne der Norm von Telemedien treffen sollen.*

Der ZAW hält das Prinzip der Freiwilligkeit für richtig und unverzichtbar. Hiervon im weiteren Gesetzgebungsprozess abzuweichen, würde für die Mitglieder des ZAW die **Überschreitung einer roten Linie** bedeuten. Dies deshalb, weil es keine Verordnung geben kann, die der Verlautbarung des

¹ Wobei die hier und nachfolgend immer wieder verwendete Terminologie („Cookies“) insofern nicht zutrifft, als dass das TTDSG für endgerätebezogene Verarbeitungen schlechthin gilt und es hierbei nach allgemeiner Ansicht keine Rolle spielt durch welche technische Lösung diese zustande kommt. Die geplante Verordnung gilt allerdings nicht für nachfolgende Datenverarbeitungen ohne Endgerätebezug, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Ref-E i.V.m. § 26 Abs. 1 TTDSG. Schon aus diesem Grund werden auch künftig beim Einsatz von DzEV weiterhin angebotsspezifische Einwilligungsabfragen von Telemedien erfolgen (müssen).

BMDV, Geschäftsmodelle der Telemedien nicht zu gefährden, entspricht, ohne dass dem Freiwilligkeitsprinzip umfassend Rechnung getragen wird.

Die Frage, ob es sinnvoll ist, mittels Regulierung Rahmenbedingungen zu schaffen, um von Telemedien benötigte Einwilligungen auch unter Zwischenschaltung von DzEV einzuholen und zu verwalten, ist bei verantwortungsbewusster Herangehensweise nicht eindimensional aus Sicht der Nutzer oder der Anbieter (künftiger) DzEV zu beantworten. Entscheidend ist die konkrete Betrachtung der Folgen für Telemedienanbieter und ihr unmittelbar angebotsbezogenes spezifisches Einwilligungsmanagement via sog. Consent Management Platforms (CMPs). Deshalb sollte in Bezug auf die Formulierungen der geplanten Verordnung größtmögliche Sorgfalt herrschen.

Diesen Maßstab zugrunde gelegt, kann der Ref-E trotz der richtigen Grundentscheidung noch nicht vollauf überzeugen:

Das Prinzip der Freiwilligkeit ist bei systematischer Gesamtschau der vorgeschlagenen Regelungen des Ref-E im Hinblick auf die Sicherstellung einer echten Wahlmöglichkeit von Telemedien über die Implementierung von DzEV noch nicht hinreichend sicher und vollständig verankert. Eine Reihe von Regelungen des Ref-E würde in der Praxis zu Zweifelfragen und Rechtsunsicherheit führen (näher dazu samt Vorschlägen, Teil 2, unter 1.)

Schließlich ist der **Freiwilligkeit nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Implementierung eines DzEV relevant. Eine echte Wahl für Telemedien bedeutet sicherlich auch, dass DzEV keinerlei Regulierungsvorteile gegenüber dem angebotsspezifischen Einwilligungsmanagement von Telemedien haben.** Denn solche Vorteile wären nichts anderes als die Kehrseite entsprechender Nachteile für diejenigen Telemedien, die sich gegen einen solchen Dienst entscheiden. Eine echte, wirklich freie Wahl der Telemedienanbieter bestünde dann nicht. Eine solche Zwangslage gilt es zu vermeiden.

Auch in dieser Hinsicht ist der Ref-E nachzubessern. Nach dem Normtext des Ref-E existiert im Verhältnis zu Browsern etc. eine Schlechterstellung der Einwilligungsverwaltung durch Telemedien gegenüber derjenigen durch Einwilligungsverwaltungsdienste. Diese Ungleichbehandlung dürfte unbeabsichtigt sein – die Begründung des Gesetzes ist in diesem Zusammenhang eindeutig auf eine Gleichbehandlung ausgerichtet – sie ist aber existent und deshalb aufzulösen (näher dazu samt Vorschlägen, Teil 2, unter 2.).

Die Diskussion in Deutschland wird, wie der Ref-E zutreffend darlegt, auch auf europäischer Ebene aufmerksam beobachtet. Auch aus diesem Grund begrüßen wir es, dass das BMDV erklärt hat, ihm sei die hohe Bedeutung der Einwilligungsverwaltung, insbesondere für die werbefinanzierte Telemedien bewusst. Um diese Position glaubwürdig in Brüssel zu vertreten, wird es allerdings notwendig sein, mit der Verordnung konkret zu belegen, dass bestehende und funktionierende Geschäftsmodelle nicht

beeinträchtigt werden. Während Europa in der Lage sein wird zu lernen – und zwar gleichermaßen von einer tragfähigen wie auch einer unzureichend verfassten Verordnung – sollte die deutsche Digitalwirtschaft nicht Gegenstand eines Experiments unter unsicheren Bedingungen sein.

2. Zur (medien)ökonomischen Notwendigkeit der Freiwilligkeit

Einwilligungen in endgerätebezogene Datenverarbeitungen sind der Dreh- und Angelpunkt der vorgeschlagenen Verordnung und ihrer Rechtsgrundlage (§ 26 Abs. 2 TTDSG).

Der Ref-E bewegt sich damit nicht nur auf einem Gebiet, das stark durch europarechtliche Vorgaben geprägt ist. Regelungen zur Einwilligungsverwaltung betreffen den **Kernbereich der Kundenbeziehungen zwischen Internetangeboten und Nutzern**. Der Verordnungsvorschlag ist nicht lediglich eine technisch-organisatorische Rechtsverordnung zur Optimierung digitaler „User-Experience“. Angesichts eines mittlerweile einwilligungszentrierten und auf den spezifischen Einzelfall hin verfassten Datenschutzrechts² erfasst der Ref-E **zentrale Existenz- und Überlebensbedingung für fast alle Angebote und Services der digitalen Wirtschaft**.

Die Ausführungen in der Begründung des Ref-E erkennen diesen Befund an. Sie sind dennoch, insbesondere für werbewirtschaftliche Sachverhalte, lückenhaft.³ Die Reichweite der Thematik und mögliche Folgen einer Fehlregulierung werden so nicht vollständig erfasst: Während die konkreten Risiken von DzEV für die Datenbasis von Telemedien eher unterschätzt werden, begnügt sich der Ref-E mit einer abstrakten, teilweise anekdotischen, stets aber optimistischen Sichtweise auf die Vorteile solcher Dienste.⁴ Im Lichte der konkreten Regelungen des Ref-E bleiben so in beide Richtungen – betreffend die Risiken wie auch potentiellen Vorteile - eine Reihe von Fragen offen. Sie sollten beantwortet werden (näher dazu Teil 2, unter 3).

a) Unbestreitbar: Erfolgreiches Einwilligungsmanagement = „licence to exist“ für Telemedien

Nach den durch (europäische, aber auch nationale) Gesetzgebung und (nationale) Behördenpraxis geschaffenen Rahmenbedingungen gilt, dass für sehr viele, sicherlich aber nahezu alle wirtschaftlich notwendigen (endgerätebezogenen), Datenverarbeitungen komplexe, spezifische Einwilligungen

² Siehe Begründung Ref-E, unter A, zweiter Absatz: „... benötigen die Anbieter von Telemedien die Einwilligung im jeweiligen Einzelfall“.

³ Begründung, unter A, zweiter Absatz.

⁴ A.a.O., dritter Absatz, der die bestehenden Anforderungen nach der DSGVO für wirksame Einwilligungen nicht zur Kenntnis genommen werden und so der fragwürdige Eindruck vermittelt wird, dass erst DzEV die informationelle Selbstbestimmung gewährleisten könnten. Realistisch zu den Möglichkeiten wie auch den Herausforderungen, *Kühling/Sauerborn*, ZD 2022, 531 ff.

gemäß dem Anforderungsprofil der DSGVO vorliegen müssen, um ein datenbasiertes Telemedium überhaupt anbieten zu können.

Für vollständig wie teilweise werbefinanzierte Telemedien sind mittlerweile sämtliche vom Markt, d.h. den Werbungtreibenden, verlangte Funktionen digitaler Werbung ohne Einwilligung in endgerätebezogene Verarbeitungen nicht mehr denkbar.

Erfasst werden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit: die Ansprache relevanter Zielgruppen (Targeting), die Steuerung und Begrenzung von Onlinewerbung (Frequency Capping), die Attribution von Kampagnen (Erfolgsmessung), Reichweitenmessungen (Preisbildung, Markttransparenz), die Abrechnung von Werbung (Performance-Marketing) wie auch Sicherheits- und Integritätschecks (Ads Fraud).

All dies bedeutet: Ohne Aussicht auf eine hinreichende Anzahl von Einwilligungen zur Refinanzierung von Telemedien würde die Vielfalt digitaler Angebote, insbesondere im Medienbereich, spürbar zurückgehen. Denn ohne tragfähige Rahmenbedingungen für die Erlangung und Verwaltung von Einwilligungen für oben genannte Zwecke, wird den digitalen Medienangeboten nichts anderes übrigbleiben, als ihre werbefinanzierten Angebote zurückzufahren oder einzustellen oder diese nur noch mit Login oder gegen Entgelt anzubieten.

Die Bedeutung der Einwilligungsverwaltung ist überdies auch für entgeltliche Angebote immens. Bei digitalen Medien sind beispielsweise Nutzungsanalysen betreffend redaktionelle Leistungen und Inhalte, aber auch die Darbietung dieser Inhalte selbst (Personalisierung) oftmals nur durch konkrete Nutzereinzwilligungen darstellbar. Ebenso wichtig: Auch die Gewinnung von zahlenden Nutzern gelingt nur mittels tragfähig werbefinanzierter (Einstiegs)Angebote und datenbasiertem Marketing.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht übertrieben zu betonen, dass von der geplanten Verordnung die schiere Existenz von Wettbewerb und Wertschöpfung, der Markterfolg von Innovationen und damit Chancen für Beschäftigung abhängen, sondern auch – weil insbesondere digitale Medien auf tragfähige datenbasierte werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle angewiesen sind – hiermit maßgeblich über die Bedingungen für gesellschaftlich-politische Teilhabe und Meinungsbildung entscheiden wird.

b) Unbestreitbar auch: Realistische Einschätzung des Aufwands für Telemedienanbieter notwendig

Um die Hoffnung des Ref-E, DzEV würden (per se?) ein „*zukunftsträchtiges Verfahren für die Anbieter von Telemedien zur Verfügung stellen*“⁵, realistisch einschätzen zu können, ist es erforderlich, sich über den Aufwand und die Kosten des Verfahrens für Telemedien Gewissheit zu verschaffen.

Es ist bemerkenswert, dass der Ref-E hier eine Leerstelle aufweist.

Unsere Umfrage im Mitgliederkreis hat ergeben, dass jenseits einfachster Systeme, wie zum Beispiel Browser-Plug-Ins, die allerdings ohne externe Speichermöglichkeiten nur schwer den Erwartungen des Ref-E und den Anforderungen an DzEV nach den §§ 4, 7 Ref-E gerecht werden dürften, die Verwendung von DzEV bei Telemedien zu hohen kontinuierlichen Aufwendungen führen wird.

Im Einzelnen:

- DzEV wären eine kritische Komponente für Telemedien. Zur Vermeidung von Softwarefehlern, hohen Verfügbarkeitsanforderungen bzw. der benötigten Qualität in punkto Latenz werden höchste Standards benötigt. Hieraus resultiert, auch für Telemedienangebote, ein beträchtlicher personeller und organisatorischer Daueraufwand. Bei einer durch den Ref-E nicht festgelegten Anzahl von DzEV kann dieser Aufwand nicht aus dem Bestand heraus aufgebaut werden.⁶
- Die gemäß § 15 Ref-E vorgesehene technische Einbindung, insbesondere im Hinblick auf die Speicherung von erteilten Einwilligungen und die Signalkette, ist angesichts der Vielzahl von Datenverarbeitungen bzw. benötigter Einwilligungen anspruchsvoll und entsprechend aufwändig. Nach dem Ref-E (§ 7 Ref-E) sind die technischen Schnittstellen hierfür nicht festgelegt, was dem Grundsatz der Technologieoffenheit entspricht, die Planbarkeit für Telemedien, würden sie einem auch nur mittelbarem Anschluss- und Benutzungszwang unterliegen, aber nahezu unkalkulierbar machen würde. Aus der Sicht der Betreiber von Telemedien wäre ein auch nur mittelbarer Zwang, DzEV einbinden zu müssen, daher sehr problematisch, würde dies doch darauf hinauslaufen, eine potenziell unbegrenzte Anzahl unterschiedlicher Standards bedienen und unterhalten zu müssen.
- Telemedienanbieter müssten konkret davon ausgehen, eine eigene CMP und einen Dienst zur Einwilligungsverwaltung – ohne echte Wahlmöglichkeit bedeutet dies potentiell sehr viele DzEV mit unterschiedlichen Standards bzw. Lösungsmöglichkeiten zur Erreichung der Anforderungen nach § 7 Ref-E (s.o.) – parallel zu betreiben und zu unterstützen. Unter

⁵ Begründung Ref-E, unter A, dritter Absatz.

⁶ Inwiefern die hierbei erforderliche Zusammenarbeit zwischen dem Telemedium und dem DzEV die Grenze des § 9 Abs. 1 Nr. 7 überschreiten könnte, ist unklar und sorgt für Rechtsunsicherheit.

Aufwandsgesichtspunkten wird erwartet, dass dies insbesondere kleinere und mittlere Telemedienbetreiber leicht überfordern könnte.

- Schließlich müsste, um die Maßnahmen nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Ref-E zu erfüllen, seitens des Telemediums eine Integration des DzEV in die angebotsspezifische CMP stattfinden, was bei einer potenziell unbegrenzten Anzahl von DzEV, wie oben geschildert, zu erheblichen kontinuierlichen Aufwänden führen würde, um die verschiedenen Systeme, die sich überdies auf verschiedene Anwendungen beziehen können (Desktop, App, CTV), am Laufen zu halten.
- Neben dem internen Aufwand bzw. Kosten für Telemedienanbieter ist mit externen Kosten zu rechnen. Der Ref-E steht auf dem Standpunkt, dass DzEV kostenpflichtig sein dürfen. Auch deshalb ist es angebracht, die Implementierung eines DzEV unter die freie Entscheidung von Telemedien zu stellen.

Auch deshalb sollten Telemedien eine echte Wahl in Bezug auf die Verwendung von DzEV haben.

3. Ergebnis: Forderungen für die Regulierung im grundrechtssensiblen Bereich

Der Erhalt eines eigenständigen angebotsspezifischen Einwilligungsmanagements ist für Telemedien, insbesondere werbefinanzierte Medienangebote, überlebenswichtig. Die Sachverhalte, von denen die Verordnung handelt, sind zu bedeutsam, die Prozesse zu fragil und spezifisch, um auch nur geringste Zweifel am Wahlrecht von Internetangeboten in Bezug auf die Implementierung von DzEV und – ebenso wichtig – an der Gleichbehandlung von angebotsspezifischer Einwilligungsverwaltung und zwischengeschalteten Dritten (DzEV) in Bezug auf Software im Sinne des Ref-E hinnehmen zu können.

Die Zielsetzung, Nutzer von den Bürden der – gesetzgeberisch – geschaffenen Einwilligungsanforderungen zu entlasten („consent fatigue“), ist nach Ansicht des ZAW bedenkenswert. Sie ist aber kein hinreichender Grund, um weitreichende Eingriffe zu Lasten der Telemedien, insbesondere einen Anschluss- und Befolgungszwang gegenüber DzEV, zu rechtfertigen. Dies gilt umso mehr, als dass bestimmte positive Effekte, die DzEV versprechen, um die Nutzerfreundlichkeit zu erhöhen – insbesondere durch die Speicherung von Einwilligungen - bereits heute durch Praktiken von Telemedienangeboten und bereits etablierte Einwilligungsverwaltungssysteme realisiert werden.⁷

Inwiefern sich ein darüber hinaus gehender Nutzen für Verbraucher und Telemedien einstellen kann, wird überdies stark von der konkreten Ausgestaltung von DzEV und den dafür vorgesehenen

⁷ Vgl. Stellungnahme der NetID und von BDZV/MVFP, die konkret darlegen, dass die Nutzer digitaler Presse millionenfach ohne Abfrage von Einwilligungen Angebote nutzen können, weil sie die Speicherung der Einwilligungs-IDs wie Cookies bei der erstmaligen Einwilligung erlauben. Die Raten liegen je nach Angebot zwischen rund 70 und 90 Prozent der Nutzer.

Regelungen in der geplanten Verordnung abhängen. Es ist jedoch eher unrealistisch zu erwarten, dass auf dieser Ebene die enorme Vielzahl von Telemedien und Einwilligungsvorgängen, wir sprechen vom gesamten Consumer-Internet, in einer für Nutzer sinnstiftenden und den Anforderungen der DSGVO genügenden Art und Weise so übersichtlich aufgelistet werden können - ohne dass es zu Diskriminierungen kommt - „dass die gefundene Ordnung der angebotsspezifischen Einwilligungsabfrage und -verwaltung überlegen wäre.

Der Hauptnutzen von DzEV dürfte daher auch darin bestehen, auf der Angebotsebene erteilte Einwilligungen zu speichern und zur Verwaltung bereit zu halten, wenn der Nutzer ein Telemedienangebot erneut besucht, wovon insbesondere § 7 Abs. 2 Ref-E richtigerweise auch auszugehen scheint.

Um diesen Nutzen (und mögliche weitere Vorteile) von DzEV realisieren zu können muss also - über die Abwesenheit eines Anschluss- und Benutzungszwangs und der Sicherstellung der Befolgung individueller angebotsspezifischer Einwilligung durch Software im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 Ref-E hinaus - als dritte wesentliche Strukturbedingung durch die Verordnung ein:

- **eigenständiges Einwilligungsabfrage- und -verwaltungsrecht von Telemedien gegenüber DzEV**

überhaupt gewahrt bleiben.

Dies impliziert das **Absehen von Abfrageverboten zu Lasten von Telemedien** bzw. die **Sicherstellung ihres eigenständigen Abfragerechts** im aktuellen Entwurf, insbesondere für den Fall der Ablehnung von Einwilligungen und der Änderungen von Geschäftsbeziehungen und Datenverarbeitungen bei Einsatz von DzEV.

Dies entspricht der Rechtsgrundlage der geplanten Verordnung, § 26 Abs. 2 TTDSG. Der Erhalt eines eigenständigen Abfragerechts für Telemedien ist von der Verordnungsermächtigung vorgegeben, wie der Vergleich zwischen § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG („berücksichtiger“) und der Regel für Software (§ 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. a sublit. aa: „befolger“) belegt.⁸

Eine andere Konzeption, insbesondere die Verhängung von Abfrageverboten für den Fall der Erteilung oder der Nichterteilung von Einwilligungen auf angebotsspezifischer Ebene, wäre, weil es um den Kernbereich der Beziehungen von Telemedienangeboten zu ihren Nutzern und deren digitale Souveränität geht, bei der gebotenen grundrechtskonformen Regulierung des § 26 Abs. 2 TTDSG nicht zu rechtfertigen – und stünde wegen der Grundrechtswesentlichkeit der Thematik jedenfalls dem

⁸ Kühling/Sauerborn, ZD 2022, 534 ff; Golland, NJW 2021, 2241.

Verordnungsgesetzgeber auch nicht zu.⁹ Auch deshalb ist bei der (nachfolgenden) Beurteilung der Regelungen ein strenger Maßstab anzulegen.

Teil 2: Bewertung der Regelungen des Ref-E im Lichte der Maßgaben nach Teil 1

1. In Bezug auf die Freiwilligkeit der Verwendung und Einbindung von DzEV

a) § 15 Abs. 4 Ref-E

Die Regelung könnte irrigerweise so verstanden werden, dass sie sich auf die Art und Weise der Maßnahmen bezieht, die Verpflichtungen zur Berücksichtigung (Abs. 1 Nr. 1) und zur Überprüfung (Abs. 1 Nr. 2), die Abfragebeschränkung (Abs. 1 Nr. 2) und die in Absatz 2 Nr. 3 textierte Hinweispflicht hiervon aber unberührt bleiben. § 15 Abs. 4 Ref-E spricht lediglich von der Umsetzung durch „*technisch organisatorische Maßnahmen*“, nicht aber von der den Verpflichtungen nach Abs. 1-3.

Um hier für Klarheit zu sorgen, bietet es sich an, die Regelung des § 14 Abs. 4 Ref-E im Sinne des laut Begründung Gemeinten zu ergänzen¹⁰:

„Die *Nachfrage einer Einwilligung nach § 25 Absatz 1 Telekommunikation Telemedien-Datenschutz-Gesetz über einen anerkannten Dienst zu Einwilligungsverwaltung und die* Umsetzung der technischen und organisatorischen Maßnahmen nach den Absätzen 1 bis 3 durch die Anbieter von Telemedien *erfolgen* freiwillig.“

b) § 16 S. 2 Ref-E

Die tatsächlich und normativ benötigte Freiwilligkeit der Einbindung von Verwaltungsdiensten wird überdies durch § 16 S. 2 Ref-E in Frage gestellt.

Denn wenn die Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten für Telemedien im Sinne einer echten Wahl freiwillig sein soll, muss dies auch für die Auswahl, welche Dienste ein Telemedienangebot einbindet, gelten. § 16 S. 2 Ref-E verbietet Telemedien aber eine solche Auswahl, wenn es keine objektive Rechtfertigung dafür gibt. Das läuft darauf hinaus, dass Telemedien grundsätzlich alle DzEV einbinden müssen, wenn sie auch nur einen einzigen DzEV akzeptieren und implementieren. Eine „objektive Rechtfertigung“ für die Nichtauswahl bestimmter Dienste dürfte in

⁹ Kühling/Sauerborn, a.a.O. (Fn. 9); Nebel, CR 2022, 24.

¹⁰ Hier und nachfolgend: Ergänzungen des Ref-E durch den ZAW in fett und kursiv.

dieser Situation sehr schwerfallen, zumal der Ref-E hinsichtlich der Kriterien hierfür schweigt.¹¹ Damit die Freiwilligkeit, die richtigerweise ungeteilt auch hinsichtlich der Auswahl von DzEV bestehen muss, nicht zur Leerformel verkommt, ist das offenbar Gewollte rechtssicher zum Ausdruck zu bringen. Nach der Begründung soll § 16 S. 2 verhindern, dass marktmächtige Software im Sinne des Ref-E (z.B. Browser) oder Telemedien einzelne DzEV bevorzugen oder behindern. Die dem Ordnungsgeber vorschwebende Situation existiert für Software im Sinne des Ref-E durchaus. Sowohl auf dem Browsermarkt als auch in Bezug auf Apps existieren marktbeherrschende, teilweise regelrecht monopolistische Strukturen, wie eine Reihe von Untersuchungen des BKartA wie auch EU-Kommission jüngst erst belegt haben.¹² Für Telemedien sollte § 16 S. 2 hingegen auf marktbeherrschende Akteure beschränkt werden.

„Hersteller von Software nach § 14 berücksichtigen alle anerkannten Dienste zur Einwilligungsverwaltung gleichermaßen. ~~Anbieter von Telemedien nach § 15 Absatz 1 und Anbieter von Software nach § 14~~ **und** wirken nicht ohne sachlichen Grund darauf hin, dass Endnutzer bestimmte anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung anwenden oder ausschließen. *Das gleiche gilt für Telemedien nach § 15 Abs. 1, wenn sie marktbeherrschend sind.*“

2. In Bezug auf das Einwilligungsmanagement durch Telemedien im Verhältnis zu Software im Sinne des Ref-E

§ 14 Abs. 2 Ref-E

Der Ref-E schützt Einwilligungen von DzEV gegenüber Software wie Browser, er schützt aber nicht angebotsspezifische Einwilligungen von Telemedien und statuiert damit einen faktischen Zwang zur Nutzung von DzEV bzw. eine wettbewerbsverzerrende Bevorzugung solcher Dienste, § 14 Abs. 2 Ref-E.

Software im Sinne des Ref-E darf nach § 14 Abs. 2 Ref-E ein über einen DzEV hinterlegtes Signal oder Einwilligungseinstellungen der Endnutzer nicht unterdrücken, verzögern, entschlüsseln oder sonst wie verändern. Das Wort „Telemedien“ kommt hier nicht vor - auch wenn dies offenbar nicht beabsichtigt ist, denn die Begründung zu § 14 Abs. 2 Ref-E stellt fest, dass die Verpflichtung gleichermaßen gelten soll, wenn [die Einstellungen oder Signale] „direkt von einem Anbieter von Telemedien... übermittelt

¹¹ Die Auswahlthematik taucht auch im Zusammenhang mit Signalkonflikten auf, d.h. wenn ein Nutzer bei zwei oder mehreren DzEV unterschiedliche Einstellungen ausgewählt hat, ist nicht klar, wie dies eine Telemedium berücksichtigen soll. Der Ref-E thematisiert diese Fragestellung, wenn wir recht sehen nicht, vgl. dazu unten, Teil 2 unter 3 e).

¹² Vgl. Sektoruntersuchung des BKartA zur Online-Werbung

werden.“ Blicke es dabei, die Begründung kann hier nicht ausreichen, könnte Software im Sinne des Ref-E die Einwilligungssignale von Telemedien unterdrücken, verändern etc.

Dieser Befund ist nicht akzeptabel - und rechtlich nicht zu rechtfertigen.

Erstens, weil der Schutz der digitalen Selbstbestimmung von Nutzern ohne sachlichen Grund unterschiedlich ausfallen würde – je nachdem, ob sie via einem DzEV einwilligen oder ihren Willen via einer angebotsspezifischen CMP mitteilen. Zweitens, aus der Sicht von Telemedien, würde ihre deutliche Schlechterstellung gegenüber DzEV herbeireguliert. Mit der benötigten und grundrechtlich bedingten Freiwilligkeit der Einwilligungsverwaltung ist dies nicht zu vereinbaren. Und, drittens, weil bei grundrechtskonformem Gebrauch von der Verordnungsermächtigung des § 26 Abs. 2 TTDSG nur ein im Verhältnis zu Browsern etc. übereinstimmendes Schutzniveau von angebotsspezifisch zustande gekommenen Signalen und Einwilligungseinstellungen und solchen via DzEV begründbar ist.¹³

Daher sollte der Gesetzestext von § 14 Abs. 2 Ref-E wie folgt angepasst werden:

„Anbieter und Hersteller von Software sollen die Software nicht derart bereitstellen, dass ein über den anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung *oder über ein Telemedium* hinterlegtes Signal oder Einstellungen der Endnutzer hinsichtlich der Einwilligung nach § 25 TTDSG unterdrückt, verzögert, entschlüsselt oder sonst verändert werden.“

3. In Bezug auf eigenständige Einwilligungsabfrage- und -verwaltungsrechte von Telemedien im Verhältnis zu DzEV

a) § 4 Abs. 4 Ref-E

§ 4 Abs. 4 Nr.1 und 2 sehen vor, dass DzEV die dort genannten zusätzlichen Maßnahmen übernehmen können.

Damit wird zu einem großen Teil über den Rechtsrahmen von § 26 TTDSG hinausgegangen. So dienen die meisten der in den Art. 12-22 DSGVO genannten Betroffenenrechte nicht „*der Einholung und Verwaltung von Einwilligungen*“ im Sinne der Rechtsgrundlage der geplanten Verordnung (§ 26 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 TTDSG). Sie können nach Ansicht des ZAW deshalb auch nicht Gegenstand der geplanten Verordnung, insbesondere des Anerkennungsverfahrens, sein und selbst für Telemedienanbieter, die einen DzEV eingebunden haben, keine Bedeutung erlangen.

¹³ Kühling/Sauerborn, ZD 2022, 597 ff, 598.

Besonders problematisch ist § 4 Abs. 4 Nr. 1 Ref-E. Dies deshalb, weil die Regelung die Freiwilligkeit der Akzeptanz von DzEV konterkarieren würde. Tatsächlich würde § 4 Abs. 4 Nr. 1 Ref dazu führen, die Eigenverwaltung von Einwilligungen durch Telemedienanbieter mit zusätzlichen Hinweisen zu belasten. Hierdurch würde erheblicher Druck zur Implementierung von DzEV aufgebaut, denn endgerätebezogene Verarbeitung, in die über einen DzEV eingewilligt wurde, unterfallen nicht dem Hinweisrecht des DzEV. Dies widerspricht nicht nur dem Erfordernis des Erhalts eines eigenständigen angebotsspezifischen Einwilligungsverfahrens. Auch der praktische Nutzen solcher Hinweise ist eher gering. Die Rechtmäßigkeit endgerätebezogener Datenverarbeitungen kann jedenfalls nicht in Frage gestellt werden, nur weil Einwilligungen nicht über einen DzEV erteilt wurden. Abgesehen davon, dass endgerätebezogene Verarbeitungen auch ganz ohne Einwilligung des Nutzers auf Basis von § 25 Abs. 2 TTDSG erfolgen können – in diesem Fall sind Hinweise des DzEV für die Nutzer verwirrend – sind Einwilligungen, die einem Telemedium direkt erteilt wurden, auch keinesfalls nachrangig oder gar hinweispflichtig. Die Regelung sollte daher (ebenso wie § 4 Abs. 4 Nr. 2 Ref-E) gestrichen werden. Konsequenterweise sollte § 6 Ref-E um einen Absatz 3 ergänzt werden, der klarstellt, dass DzEV-Telemedien, die den jeweiligen Dienst nicht verwenden, bei ihrer direkten Einwilligungsverwaltung nicht behindern oder stören dürfen.

b) § 15 Abs. 2 Ref-E

Der Ref-E sieht ein Abfrageverbot für Telemedien vor, wenn sie bei Einbindung eines DzEV durch die auf dieser Ebene getroffenen Einstellungen eine Einwilligung zur endgerätebezogenen Datenverarbeitung erhalten haben. Die Regelung ist, so wie aktuell formuliert, problematisch und verlangt nach Klarstellung.

Dies gilt vor allem im Hinblick auf Änderungsabfragen, mit denen Telemedienanbieter allfällige Änderungen bei Geschäftspartnern (im werbewirtschaftlichen Bereich: Vendoren) oder Datenverarbeitungszwecken Rechnung tragen (müssen), indem zusätzliche oder neue Einwilligungen abgefragt werden. Hier sollte ganz klar sein, dass solche notwendigen, durch das Datenschutzrecht vorgegebenen Einwilligungsabfragen, nicht unter das Abfrageverbot von § 15 Abs. 2 Ref-E fallen. Denn es handelt sich hierbei nicht um eine „*weitere Aufforderung*“ im Sinne von § 15 Abs. 2 Ref-E (und übrigens auch nicht um eine „*erneute Aufforderung zur Erteilung der Einwilligung*“ im Sinne von § 15 Abs. 3 Ref-E).

Derzeit hängt die Beurteilung ganz von der Interpretation des Merkmals der „*dahingehenden Einwilligung*“ ab. Die Formulierung ist nicht eindeutig (denn sie stellt in erster Linie auf den Verarbeitungszweck ab bzw. kann so verstanden werden) und bringt damit nicht recht zum Ausdruck, worum es geht, nämlich den Ausschluss erneuter Abfragen, dann, aber auch nur dann, wenn der Telemedienanbieter mit der Abfrage eine mit der vom ihm bereits nachgefragten Einwilligung

vollkommen identische Gestattung verlangen würde.¹⁴ Nur dann ist ein Abfrageverbot denkbar und rechtlich zu rechtfertigen.

Deshalb, um keine Zweifel oder Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Tauglichkeit von DzEV für Telemedienanbieter aufkommen zu lassen, sollte in der Norm statt der Formulierung „*dahingehenden Einwilligung*“ der folgende Wortlaut verwendet werden: **„...zur Erteilung einer mit der bereits nachgefragten Einwilligung identischen Einwilligung an den Nutzer“**.

c) 15 Abs. 3 Ref-E

Die Regelung wird von den ZAW-Mitgliedern begrüßt, denn sie anerkennt das überaus wichtige Prinzip der Möglichkeit zur (angebotsspezifischen) **Einwilligungsabfrage durch Telemedien auch nach abgelehnter Einwilligung** bzw. wenn der Einwilligungsverwaltungsdienst keine Einwilligung signalisiert. Die Regelung setzt damit das Berücksichtigungsprinzip nach § 26 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TTDSG in zutreffender Weise um.

Die neben dieser Möglichkeit geschaffene Verpflichtung, den Nutzer *„auf die Möglichkeit der Anpassung seiner Einstellungen bei dem anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung hin[zuzuweisen]“*, mag hilfreich sein. Sie sollte aber nicht so verstanden werden, dass die Erteilung der Einwilligung in den Fällen des § 15 Abs. 3 Ref-E auf der Ebene des DzEV erfolgen muss. Dies würde den aner kennenswerten Interessen von Telemedienangeboten an einem eigenständigen Einwilligungsverfahren deutlich zuwiderlaufen, aller Wahrscheinlichkeit nach als Gegenargument für die Zusammenarbeit eines Telemediums mit einem DzEV betrachtet werden und den in der Begründung zu § 15 Abs. 3 Ref-E akzeptierten Modus (*„in beiden Fällen kann der Anbieter von Telemedien den Endnutzer direkt nach seiner Einwilligung fragen“*) konterkarieren. Insofern empfiehlt sich zumindest in der Gesetzesbegründung die Klarstellung, dass die Einwilligung dem Telemedium erteilt werden kann und sodann, wie von § 7 Ref-E vorgesehen, vom Verwaltungsdienst gespiegelt wird.

¹⁴ Nach der Formulierung des Ref-E könnten z.B. Abfragen, die auf Verarbeitungen zu gleichen Zwecken abzielen, als „dahingehende“ Einwilligungsabfragen verstanden und damit ausgeschlossen werden.

d) §§ 3, 4, 6 Abs. 2 Ref-E

Der Ref-E legt in den §§ 3,4, 6 Abs. 2 Ref-E eine Reihe von Vorgaben für DzEV fest, die erfüllt werden müssen und sowohl aus Nutzersicht wie auch für Telemedien, die DzEV einbinden wollen (oder nicht), praktisch sehr relevant sind.

Der ZAW begrüßt zunächst, dass Konzepten wie generellen Voreinstellungen und Pauschaleinwilligungen (durch die Nutzer) offenbar eine Absage erteilt wurde, weil sie in den in o.g. Bestimmungen zum nutzerfreundlichen Verfahren, das DzEV sicherstellen müssen, keinen Niederschlag gefunden haben und DzEV es für den „Nutzer ermöglichen“ müssen eine „den Anforderungen der VO (EU) 2016/679 entsprechende Einwilligung zu erteilen oder abzulehnen“, § 3 Abs. 1 Ref-E. Diese Entscheidung ist zweifelsohne richtig, denn Einwilligungen sind auf spezifische Informationen in der konkreten Situation angewiesen, wenn sie als echter Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung des Nutzers eingestuft werden sollen. Im Übrigen wäre jede andere Entscheidung auch nicht mit den Voraussetzungen der insoweit vorrangigen DSGVO vereinbar.¹⁵

Das gleiche sollte nach unserem Verständnis auch für generelle (oder gar voreingestellte) Ablehnungen von Einwilligungen bzw. die damit zusammenhängenden endgerätebezogenen Datenverarbeitungen gelten. Denn auch die Ablehnung der Einwilligungen sollte sich, wie § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 Nr. 1 Ref-E belegen, auf eine den Anforderungen der DSGVO entsprechende Einwilligungsabfrage beziehen und im Wege konkret informierter Selbstbestimmung erfolgen (und nicht nach generischen (Verarbeitungs)Klassen oder abstrakten Begriffen). Sollte das BMDV dies anders sehen und generelle Ablehnungen als eine Möglichkeit zur Einwilligungsverwaltung im Sinne der §§ 3, 4 DzEV einstufen und für anerkennungsfähig halten, bitten wir um einen Hinweis.

e) Signalkonflikte: Vom Ref-E nicht vorgesehen, aber wie?

Wie bereits erwähnt ist fraglich, wie mit Signalkonflikten umzugehen ist, wenn der Nutzer bei einem oder mehreren DzEV unterschiedliche Einwilligungseinstellungen zu ein und demselben Telemedium vorgenommen hat. Die Thematik ist praxisrelevant, weil Nutzer nach dem Ref-E offenbar verschiedene DzEV nutzen dürfen und damit angebotsspezifische Einwilligungen bei Nutzung des einen Dienstes zunächst erteilt werden können, bei Nutzung eines anderen Dienstes (für nämliches Telemedium) aber auch nicht, so dass bei späteren Besuchen des Internetangebots jeweils unterschiedliche Signale an das Telemedium übermittelt werden – je nachdem welcher DzEV gerade vom Nutzer eingesetzt wird. Der gleiche – für alle Beteiligten – verwirrende Effekte – kann sich einstellen, wenn im Rahmen der

¹⁵ Vgl. nur Kühling/Sauerborn, ZD 2022, 533 m.w.N.

Einwilligungsverwaltung durch DzEV jeweils (bezogen auf eingesetzte Dienste) unterschiedliche Einstellung von Nutzern vorgenommen werden. Schon deshalb sollte, wie oben (Teil 2, unter 1.) dargelegt, für Telemedien eine umfassende Wahlfreiheit bestehen, welche DzEV implementiert werden.

Der Ref-E enthält hingegen keine Hierarchie-Regeln und – was aus unserer Sicht unabdingbar ist – Vorkehrungen, die Konfliktlösungen technologisch überhaupt erst ermöglichen würden. Aus unserer Sicht müssten DzEV untereinander kommunizieren, Abgleiche zu Einwilligungszuständen aufsetzen und mögliche Konflikte an Telemedien zurückspielen können, um überhaupt in die Nähe einer Lösung für Signalkonflikte zu gelangen. Insofern besteht wohl Bedarf für übergreifender Geräte- ID's gerade bei Nutzung von DzEV. Das Beziehungsmanagement von DzEV untereinander ist jedoch, wenn wir recht sehen, vom Ref-E nicht bedacht. Wenn das BMDV dies anders sieht, bitten wir um entsprechenden Hinweis und Darlegung der vorgesehenen oder möglichen Lösungsansätze.

14. Juli 2023

Kontakt

Dr. Bernd Nauen

Hauptgeschäftsführer

Am Weidendamm 1A

10117 Berlin

+49 30 59 00 99 -700

nauen@zaw.de

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) ist die Dachorganisation von 41 Verbänden der am Werbegeschäft beteiligten Kreise. Er vertritt die Interessen der werbenden Unternehmen, des Handels, der Medien, der Werbeagenturen sowie der Werbeberufe und der Marktforschung. Er ist die gesamthafte Vertretung der Werbewirtschaft in Deutschland. Zur Dachorganisation gehören auch die zentralen Werbeselbstkontrolleinrichtungen in Deutschland: der Deutsche Werberat und der Deutsche Datenschutzrat Online-Werbung.

Der ZAW repräsentiert Investitionen in kommerzielle Kommunikation von rund 48 Mrd. Euro. Davon fließen 36 Mrd. Euro in die Werbung, inklusive 25 Mrd. Euro Netto-Werbeinnahmen der Medien. Dazu kommen rund 12 Mrd. Euro weitere Formen kommerzieller Kommunikation wie Suchwortvermarktung, Sponsoring, Werbeartikel oder Direktwerbung. In Deutschland sind rund 900.000 Beschäftigte in den Arbeitsbereichen der Marktkommunikation tätig.

Werbung fördert Wirtschaftswachstum und Wohlstand, sie realisiert Innovationen und ist positiv mit der Qualität von Produkten verknüpft. Diese Zusammenhänge wurden 2016 erstmals in der umfassenden Studie von DIW Econ „Die ökonomische Bedeutung der Werbung“ empirisch-wissenschaftlich nachgewiesen. Auftraggeber waren ZAW und GWA.

Der ZAW setzt sich für die Freiheit der kommerziellen Kommunikation als einer unabdingbaren Voraussetzung für den im Interesse der Unternehmen und der Verbraucher liegenden unverfälschten und fairen Wettbewerb ein. Werbung und kommerzielle Kommunikation sind zugleich unverzichtbare Grundlage für die Finanzierung vielfältiger, unabhängiger Medien und somit ein wesentlicher Faktor für ein freiheitliches, demokratisches und verantwortungsbewusstes Gemeinwesen – in Deutschland wie auch in Europa.