

Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger e.V. (BDZV)
Medienverband der freien Presse e.V. (MVFP)

Stellungnahme

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr vom
1.6.2023 für eine Verordnung nach § 26 Telekommunikation-Telemedien-
Datenschutzgesetz (Einwilligungsverwaltungsverordnung – EinwV)
– im Folgenden: RefE EinwV 2023/06 –**

(Stand der Stellungnahme: 12. Juli 2023)

Der **Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger e.V. (BDZV)** vertritt als Spitzenorganisation die Interessen der Zeitungsverlage und digitalen Publisher in Deutschland und auf EU-Ebene. Über seine zehn Landesverbände gehören dem BDZV 286 Tageszeitungen mit einer Gesamtauflage von 14,3 Millionen verkauften Exemplaren sowie 13 Wochenzeitungen mit knapp einer Million verkauften Exemplaren an. Die Zeitungsverlage bieten darüber hinaus mehr als 600 digitale journalistische Angebote und Marken im Internet an.

Der **Medienverband der freien Pressen e. V. (MVFP)** vertritt die Interessen der deutschen Zeitschriftenmedien auf nationaler und europäischer Ebene. Insgesamt informieren in Deutschland knapp 7.000 Zeitschriftentitel der Publikums-, Fach- und konfessionellen Presse mit digitalen und gedruckten Ausgaben ihre beruflich oder privat interessierte Leserschaft über praktisch alle denkbaren Themen. Die ca. 300 Mitglieder des MVFP sind überwiegend kleine oder mittlere Unternehmen und repräsentieren gemeinsam den Großteil des deutschen Zeitschriftenmarktes.

I. Zusammenfassung

Wir begrüßen es sehr, dass die Verwendung von Einwilligungsverwaltungsdiensten für Telemedien und damit insbesondere für digitale Presseangebote freiwillig sein soll. Diese Freiwilligkeit ist allerdings durch den überarbeiteten Referentenentwurf für eine Einwilligungsverwaltungsverordnung – im Folgenden: RefE EinwV 2023/06 – nicht hinreichend gesichert. Es bedarf Ergänzungen bzw. Änderungen in § 15, § 16 und § 4 RefE EinwV 2023/06 (unten II.).

Wir begrüßen es ebenfalls sehr, dass die eigene Einwilligungsverwaltung durch Telemedien nach § 14 RefE EinwV 2023/06 nicht schlechter gegen die Unterdrückung von Signalen durch Browser geschützt werden soll als die Einwilligungsverwaltung durch Einwilligungsverwaltungsdienste. Um die Gleichwertigkeit des Schutzes zu erreichen, bedarf es jedoch der Ergänzung des § 14 II RefE EinwV 2023/06, der bislang durch Telemedien hinterlegte Signale nicht ebenso erfasst wie Signale von Verwaltungsdiensten (unten III.).

Die rechtliche Freiwilligkeit der Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten für alle Telemedien und insbesondere digitale Presse muss eine rote Linie für jede Regulierung solcher Dienste sein. Eine ebenso rote Linie muss es sein, dass die eigene Einwilligungsverwaltung durch digitale Presse und andere Telemedien gegenüber der Einwilligungsverwaltung durch anerkannte Dienste insbesondere im Verhältnis zu Browsern nicht schlechter gestellt wird, da anderenfalls einer faktischer Zwang zu Einwilligungsverwaltungsdiensten geschaffen wird. Die rechtliche und faktische Freiheit zu eigenständiger Einwilligungsabfrage und -verwaltung durch die Presse ist deshalb so unverzichtbar, weil diese Abfrage in ihrer konkreten Form und Gestalt über praktisch alle wesentlichen publizistischen und ökonomischen Funktionen der Presse maßgeblich mitentscheidet. Diese Freiheit der Presse zu nehmen würde ihr Kernbereiche der Geschäftsmodellentwicklung und Kundenbeziehung und damit wesentliche Teile privater Pressefreiheit entziehen. Diese Freiheit ist heute wichtiger denn je, da die digitale Reichweite schneller als lange Zeit absehbar immer größere Anteile der Finanzierung übernehmen muss, soll private Presse erhalten bleiben. Dabei ist daran zu erinnern, dass allein Verschärfungen der Datenschutzgesetze dazu geführt haben, dass heute praktisch alle wesentlichen Funktionen von Presse nur noch mit einer Vielzahl komplexer Nutzereinzwilligungen überhaupt möglich sind. In dieser Lage muss der gesetzliche Rahmen wenigstens sicherstellen, dass Presse selbst diese Einwilligungen abfragen und verwalten darf, sowie, dass Plattformen wie Browser die der Presse erteilten Einwilligungen beachten (unten IV.).

Wenn und nur wenn die Freiwilligkeit gewahrt wird, können Einwilligungsverwaltungsdienste in Abhängigkeit von ihrer konkreten Ausgestaltung positive Effekte haben. Voraussetzung dafür ist, dass derartige Einwilligungsverwaltungsdienste Vorteile für die digitalen Verlagsangebote und für ihre Leser haben. Das wird von technischen wie gestalterischen Elementen und auch von den Vorgaben einer Einwilligungsverwaltungsverordnung abhängen. Angesichts der gestalterischen und technischen Sensibilität der Einwilligungsabfrage und -verwaltung sind generelle Aussagen schwierig und dürften letztlich erst Tests realer Einwilligungsverwaltungsdienste zeigen, ob deren Vor- oder Nachteile überwiegen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit werfen die Bestimmungen des RefE EinwV 2023/06 insbesondere folgende Fragen auf (unten V.):

- Können Verwaltungsdienste generelle Voreinstellungen für Einwilligungen bzw. Ablehnungen vornehmen?
- Können Nutzer individuell solche generellen Voreinstellungen vornehmen?

Wenn ein Presseangebot einen anerkannten Dienst einbindet:

- Welche Einwilligungsabfrage erscheint beim ersten Besuch der Publikation? Wie sieht diese Abfrage aus? Sollte die Freiheit der Telemedien zur Gestaltung der Abfrage

eingeschränkt bzw. durch eine Einheitsmaske des Dienstes verdrängt werden, dürfte dies im Zweifel die Telemedien negativ betreffen.

- Welche Einwilligungsabfrage erscheint, wenn Telemedien infolge der regelmäßigen Änderungen bei Vendoren oder Verarbeitungszwecken etc. neue Einwilligungen benötigen (Änderungsabfragen)? Wie sieht diese Abfrage aus?
- Wie ist die Einwilligungsabfrage gestaltet, wenn die fragliche Einwilligung zuvor schon einmal abgelehnt wurde?
- § 4 II RefE EinwV 2023/06 schränkt nur Abfragen anerkannter Dienste ein, nicht hingegen das Abfragerecht des Telemediums. Trifft diese Interpretation zu?
- Wie wird das Angebot sog. PUR-Modelle dargestellt, bei denen Leser zwischen der Zustimmung zu bestimmter Datenverarbeitung insbesondere für Werbezwecke und der Zahlung statt dieser Zustimmung wählen können?
- Einwilligungsverwaltungsdienste müssen hohe Anforderungen erfüllen, um Telemedien ein sinnvolles Angebot machen zu können.

II. Freiwilligkeit für Telemedien

Wir begrüßen es mit Nachdruck, dass der überarbeitete Referentenentwurf für eine Einwilligungsverwaltungsverordnung die Verwendung und Implementierung von Einwilligungsverwaltungsdiensten der freien Entscheidung der Telemedienanbieter und damit insbesondere auch der freien Entscheidung der ca. 8.000 digitalen Presseangebote in Deutschland überlassen soll (insbes. § 15 IV RefE EinwV 2023/06 und Begründung dazu). Um dieses Ziel zu erreichen, bedarf es allerdings noch einiger Anpassungen des Verordnungsentwurfes. Die Freiwilligkeit der Einbindung von Verwaltungsdiensten muss im Verordnungstext des § 15 RefE EinwV 2023/06 noch klarer verankert werden (unten 1.). § 16 S. 2 RefE EinwV 2023/06 muss dahin geändert werden, dass er Telemedien nicht mehr mittelbar zwingt, alle Einwilligungsverwaltungsdienste einzusetzen (oder gar keinen, unten 2.). § 4 IV Nr. 1 RefE EinwV 2023/06 erlaubt es Einwilligungsverwaltungsdiensten, Telemedien empfindlich zu stören und diese so faktisch zur Verwendung von Einwilligungsmanagern zu zwingen. Dies muss geändert werden (unten 3.).

1. Die Begründung zu § 15 IV RefE EinwV 2023/06 erklärt, dass „für die Anbieter von Telemedien die Umsetzung der [...] Maßnahmen nach den Absätzen 1 bis 3 und entsprechend die Mitwirkung an dem durch anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung angebotenen Verfahren zur Einwilligung freiwillig sind“. Dennoch könnte der Normtext des § 15 RefE EinwV 2023/06 – und nicht nur die Begründung – noch deutlicher machen, dass nicht nur die Umsetzung der Maßnahmen, sondern auch die Mitwirkung an anerkannten Diensten als solche für Telemedien freiwillig ist. So sollte auch in den Verordnungstext selbst zusätzlich aufgenommen werden, dass die Verwendung von Einwilligungsverwaltungsdiensten für Telemedien freiwillig ist (und eben nicht nur die Umsetzung der Maßnahmen nach I bis III).

2. Die Freiwilligkeit der Einbindung von Verwaltungsdiensten wird sodann durch § 16 S. 2 RefE EinwV 2023/06 praktisch beseitigt. Wenn die Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten für Telemedien freiwillig sein soll, muss es auch die Auswahl sein, welche Dienste ein Zeitungs- oder Zeitschriftenangebot einbindet. § 16 S. 2 RefE EinwV 2023/06 verbietet nun aber allen Telemedien eine solche Auswahl, wenn es keine objektive Rechtfertigung dafür gibt. Das läuft darauf hinaus, dass jedes Presseangebot (oder sonstiges Telemedium) alle Einwilligungsverwaltungsdienste einbinden muss, wenn es auch nur einen einzigen akzeptiert. Denn wie soll eine „objektive Rechtfertigung“ für die Auswahl eines Dienstes aussehen? Dann steht die Freiwilligkeit aber nur auf dem Papier. Freiwilligkeit bedeutet gerade auch, dass Telemedien sich Verwaltungsdienste nach subjektiven Kriterien aussuchen. Laut Begründung zu § 16 S. 2 RefE EinwV 2023/06 soll verhindert werden, dass marktmächtige Browser (Software) oder Telemedien einzelne Einwilligungsverwaltungsdienste bevorzugen oder behindern. Es gibt derartige Browser und andere Software. Hingegen ist keines der tausenden Zeitungs- und Zeitschriftenangebote marktmächtig oder gar beherrschend. § 16 S. 2 RefE EinwV 2023/06 darf auf Telemedien keine Anwendung finden, sie sind aus der Norm zu streichen. Jedenfalls aber muss § 16 S. 2 RefE EinwV 2023/06 auf marktbeherrschende Telemedien beschränkt werden.

3. Die unbedingt erforderliche Freiwilligkeit der Akzeptanz von Einwilligungsverwaltungsdiensten für Telemedien wird allerdings durch § 4 IV Nr. 1 RefE EinwV 2023/06 konterkariert, der es Einwilligungsverwaltungsdiensten ermöglicht, die Eigenverwaltung von Einwilligungen durch Telemedienanbieter mit andauernden Warnhinweisen und also letztlich zusätzlichen Bannern zu behindern und mit negativen Folgen für die Nutzer zu stören. Ein solches Verhalten wird deshalb mittelbaren Druck zur Implementierung von Einwilligungsverwaltungsdiensten ausüben und schon wegen dieser Wirkung auch praktiziert werden. § 4 IV Nr. 1 RefE EinwV 2023//06 läuft damit dem Erfordernis der Sicherstellung fairer Rahmenbedingungen entgegen und ist zu streichen. Stattdessen sollte § 6 RefE EinwV 2023/06 um einen Absatz 3 ergänzt werden, der festhält, dass anerkannte Dienste zu Einwilligungsverwaltung Telemedien, die den jeweiligen Dienst nicht verwenden, bei ihrer direkten Einwilligungsverwaltung nicht behindern oder stören dürfen.

III. Keine Schlechterstellung der Einwilligungsverwaltung durch Telemedien gegenüber derjenigen durch Einwilligungsverwaltungsdienste im Verhältnis zu Browsern etc.

Wir begrüßen ebenfalls mit Nachdruck, dass der Schutz der Einwilligungsverwaltung aus § 14 RefE EinwV 2023/06 gegen Unterdrückung, Verzögerung, Entschlüsselung oder sonstige Veränderung von Signalen oder Einstellungen durch Browser etc. nun offenbar für die Einwilligungsverwaltung durch Telemedien ebenso gelten soll wie für die Einwilligungsverwaltung durch Einwilligungsverwaltungsdienste (insbesondere Begründung zu § 14 II RefE a. E.: „Das gilt gleichermaßen, wenn“ [die Einstellungen] „direkt von einem Anbieter von Telemedien“ „übermittelt werden“).

Leider ist jedoch der Gesetzestext des § 14 II RefE EinwV 2023/06 unzureichend, um das nach der Begründung Gewollte rechtssicher umzusetzen, da der Gesetzeswortlaut nur „ein über den anerkannten Dienst hinterlegtes Signal“ schützt. Der Gesetzestext muss ebenso unmittelbar von dem Telemedium hinterlegte Signale erfassen, wozu hinter „Dienst“ die Worte „oder über ein Telemedium“ eingefügt werden müssen.

Jede Schlechterstellung der direkten Verwaltung von Einwilligungen durch Telemedien gegenüber Einwilligungsverwaltungsdiensten im Verhältnis zu Browsern etc. wäre eine wettbewerbswidrige Bevorzugung von Einwilligungsverwaltungsdiensten. Eine solche Diskriminierung der digitalen Presse und anderer Telemedien würde einen faktischen Zwang ausüben, Einwilligungsverwaltungsdienste zu verwenden, und wäre in keiner Weise gerechtfertigt.

IV. Freiwilligkeit der Akzeptanz von Einwilligungsverwaltungsdiensten für Telemedien als Existenzbedingung digitaler Pressefreiheit:

Wir betonen mit noch größerem Nachdruck, dass die Freiwilligkeit der Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten durch Telemedien (**oben II.**) eine absolute rote Linie für jede hoheitliche Regulierung solcher Dienste sein muss, soll nicht der digitalen Presse und damit der Presse insgesamt immenser und kaum abschätzbarer Schaden zugefügt werden. Eine ebenso rote Linie muss das Erfordernis gleicher Rahmenbedingungen für die direkte Einwilligungsverwaltung durch Telemedien einerseits und die Einwilligungsverwaltung durch anerkannte Dienste andererseits im Verhältnis zu Browsern etc. sein (**soeben III.**). Denn auch ohne Rechtspflicht zur Einbindung von Einwilligungsdiensten ist die Einbindung dann nicht mehr freiwillig, wenn derartige Dienste rechtlich in einer Art und Weise bevorzugt werden, dass die direkte Einwilligungsverwaltung durch digitale Presseangebote nicht mehr konkurrenzfähig ist und so ein Zwang auf die Presseangebote ausgeübt wird, Einwilligungsverwaltungsdienste einzubinden.

Die Möglichkeit eines eigenständigen und im Verhältnis zu Nutzern unmittelbaren Einwilligungsmanagements ist für digitale Presseangebote und viele andere Telemedien überlebenswichtig. Abfragerecht, eigene Verwaltung und Beachtung erteilter Einwilligungen durch Drittsoftware etc. sind unverzichtbar, wollen wir eine marktwirtschaftlich finanzierte Presse trotz eines politisch gewollten Rechtsrahmens erhalten, der für praktisch jede Funktion digitaler Presse konkrete und komplexe Einwilligungen eines jeden einzelnen Lesers verlangt.

1. Es geht dabei – wie der überarbeitete RefE anerkennt – nicht nur um interessenbasierte Werbefinanzierung. Der Gesetzgeber verlangt für die meisten existenziellen Funktionen digitaler Presse konkrete Nutzereinwilligungen. Das reicht von der Ausspielung redaktioneller Inhalte durch Einbindung von Bildern, Videos oder Umfragen über Nutzungsanalysen zu publizistischen, Sicherheits- und Integritätszwecken sowie Reichweitenmessung bis hin zur Eigenwerbung für Login und Paid-Inhalte etc.

2. Es ist eine notwendige Bedingung privat organisierter und finanzierter Pressefreiheit, diese lebensnotwendigen Einwilligungen selbst von den Lesern in der konkreten Nutzungsentscheidung abfragen zu dürfen und zu verwalten. Es ist nicht denkbar, dass Drittsoftware gegen den Willen der Verlage diesen heiklen und fragilen Vorgang, der über Finanzierung und Erfolg mitentscheidet, für die Presseangebote angemessen übernehmen kann. Es würde dann eine unmittelbar oder mittelbar aufoktroierte Drittsoftware über Kernbereiche der Kundenbeziehung, der Geschäftsmodellentwicklung und letztlich der Ausübung des Grundrechts der Pressefreiheit entscheiden. Die Presse würde in Abhängigkeit von Entscheidungen neuer Gatekeeper im Ergebnis sehr viel weniger oder vielfach auch keine Einwilligungen mehr erhalten.

Im Ergebnis würde die Pressevielfalt für die Leser abnehmen und die Presse selbst schwer geschädigt. Denn es wird den Verlagen dann nichts anderes übrigbleiben, als ihre werbefinanzierten freien Angebote zurückzufahren oder einzustellen und digitale Presse nur noch mit Login oder gegen Entgelt anzubieten.

Das aber schädigt die Pressevielfalt für die Leser. Denn erstens gibt es eine Vielzahl rein werbefinanzierter redaktioneller Presseangebote, die für Millionen Leser sehr wichtig ist. Diese Leser haben entweder kein Budget für private Presse oder bezahlen zwar ein oder gar zwei oder mehr Presseabos, schätzen aber die ergänzenden Informationen anderer Publikationen sehr, die sie nicht zusätzlich bezahlen wollen oder können.

Und es schädigt die Presse selbst. Rein werbefinanzierte Angebote werden noch schwerer oder nicht mehr möglich sein. Damit wird die publizistische Verbreitung und die Finanzierung der Redaktionen leiden. Aber auch die Presse, die mit Login oder Bezahlangeboten zunehmend funktioniert, wird äußerst negativ getroffen. Denn die frei zugänglichen Bereiche sind die womöglich mit Abstand wichtigste und jedenfalls in aller Regel unverzichtbare erste Stufe zur Gewinnung von Lesern, die sich nach einiger Zeit bspw. für ein Login oder für die Bezahlung digitaler Presse entscheiden.

3. Die rechtliche und faktische Freiheit zu eigenständiger Einwilligungsabfrage und -verwaltung ist für die private Presse heute wichtiger als es noch vor Kurzem absehbar war. In Zeiten, in denen die gedruckten Ausgaben den Löwenanteil der publizistischen Reichweiten ausmachten und weitgehend selbständig auch die Redaktionen und gedruckte wie digitale Angebotsvarianten finanzieren konnten, mögen datenschutzgesetzliche Kollateralschäden für die Funktionen und die Finanzierung digitaler Presseangebote aus Sicht mancher letztlich keine ausschlaggebende Punkte gewesen sein. Nun überwiegt aber schon heute vielfach die digitale Reichweite diejenige der Printausgaben und muss die digitale Reichweite mit ihrer – relativ zur Printausgabe – in aller Regel sehr viel schwierigeren Monetarisierbarkeit immer größere Anteile der Finanzierung von Redaktionen und Gesamtbetrieb sicherstellen. Dieser Trend schreitet mit zunehmender Geschwindigkeit voran. In nicht allzu ferner Zukunft werden ungezählte Presseangebote mehr oder weniger allein aus ihren digitalen Vertriebs- und Werbeerlösen Redaktionen, Technik, Geschäftsbetrieb und Investitionen finanzieren müssen, soll eine freie und vielfältige Presse in der noch digitaleren Zukunft erhalten werden.

4. Aus diesen Gründen begrüßen wir es sehr, dass das Bundesministerium für Digitales und Verkehr mehrfach erklärt hat, ihm sei die Bedeutung der Einwilligungsverwaltung für die Digitalisierung der Zeitungen und Zeitschriften bewusst und es werde keinen Entwurf unterstützen, der bestehende und funktionierende Geschäftsmodelle beeinträchtigt. Es ist von größter Bedeutung, dass das BMDV und mit ihm die Bundesregierung diese Position unmissverständlich auch in Brüssel vertritt und bei den bereits begonnenen Diskussionen um etwaige europäische Regulierungen zu einer roten Linie macht.

5. Neben der Freiheit zu eigener Einwilligungsverwaltung sind weitere Anforderungen zu erfüllen, wenn der Gesetzgeber wesentliche Funktionen digitaler Presse von einer Vielzahl komplexer Einwilligungen der Leser und Nutzer abhängig macht. Es kann private Presse unter einem solchen einwilligungszentrierten Datenschutzrecht nur geben, wenn

- (1) die Presse ein Einwilligungsabfragerecht gegenüber ihren Nutzern hat und Einwilligungen verwalten kann,
- (2) erteilte Einwilligungen von den Endgeräten der Nutzer und (weiterer) zwischengeschalteter Software bzw. zwischengeschalteten Plattformen befolgt werden müssen (Vorrang individueller Einwilligung vor generellen Settings und Plattformen)
- (3) die Einwilligung in legitime Datenverarbeitung zur Bedingung für die Leistung redaktioneller Inhalte gemacht werden kann (es gibt keine entgeltlose Presse, auch nicht in der digitalen Welt).

Der RefE EinwV 2023/06 entscheidet über (1) und ist für (2) von großer Relevanz. Denn ein gleich effektiver Schutz für individuelle Telemedieneinwilligungen wie für Einwilligungen in Verwaltungsdiensten gegenüber Browsern ist zu begrüßen, während eine Schlechterstellung der Telemedien verfehlt wäre und zudem einen faktischen Zwang zur Implementierung von Einwilligungsmanagern bedeuten würde. Nur (3) wird von dem Verordnungsentwurf nicht unmittelbar berührt.

V. Chancen und Risiken freiwilliger Einwilligungsverwaltungsdienste – Offene Fragen an den Referentenentwurf einer Einwilligungsverwaltungsverordnung

Wenn und nur wenn die Freiwilligkeit gewahrt wird, können Einwilligungsverwaltungsdienste in Abhängigkeit von ihrer konkreten Ausgestaltung positive Effekte haben. Voraussetzung dafür ist, dass derartige Einwilligungsverwaltungsdienste Vorteile für die digitalen Verlagsangebote *und* für ihre Leser haben. Das wird von technischen wie gestalterischen Elementen und auch von den Vorgaben einer Einwilligungsverwaltungsverordnung abhängen.

1. Einwilligungsbanner weiterhin notwendig. Zunächst ist klarzustellen, dass die Zugangshürde der Einwilligungs-Banner als solche nicht entfallen wird. Denn richtigerweise sieht der RefE EinwV 2023/06 vor, dass die Einwilligungen infolge zwingenden Rechts nur im Einzelfall aufgrund konkreter Anfragen eines konkreten Telemediums erteilt werden können. Jedenfalls verstehen wir die §§ 3 I u. II, § 6 I RefE 2023/06 iVm den Begründungen in diesem Sinne und bitten im Falle eines Missverständnisses um Aufklärung. Es geht also wohl in erster Linie darum, die Zahl wiederholter Einwilligungsanforderungen noch weiter zu verringern als das heute schon der Fall ist. Das kann ein sinnvoller Effekt sein.

Wir weisen rein vorsorglich noch einmal darauf hin, dass jede Form pauschalierter Einwilligungen und pauschalierter Einwilligungsablehnungen nach Anbieter oder Zwecken im Zweifel große Probleme mit sich bringen dürfte. Zum einen ist eine angemessene Entscheidung in aller Regel nur angesichts konkreter Anforderungen konkreter Angebote möglich, zum anderen sind pauschalisierte Voreinstellungen oder Auswahlen kaum in der Lage, auch nur den Erfordernissen der ca. 8.000 digitalen Presseangebote gerecht zu werden.

Dass doch – mehr oder weniger pauschalisierte – Voreinstellungen möglich sein sollen, legt allerdings die Begründung zu § 15 III RefE EinwVO 2023/06 nahe, wenn dort von der Berücksichtigung von „Voreinstellungen“ die Rede ist. Allerdings mögen hier mit Voreinstellungen auch nur die bei ersten Besuchen von Telemedien getroffenen Entscheidungen über Einwilligungen oder Ablehnungen gemeint sein.

2. Änderungsabfragen weiterhin notwendig. Auch erneute Einwilligungsanfragen nach einer erstmaligen Einwilligung werden bei der Verwendung eines Verwaltungsdienstes jedenfalls in dem Sinne nicht entfallen können, dass die Datenschutzgesetze bei den zu einem normalen Geschäftsbetrieb zählenden Änderungen etwa von Geschäftspartnern oder Datenverarbeitungszwecken zusätzliche oder neue Einwilligungen zwingend erfordern. So ist es etwa bei neuen Geschäftspartnern oder neuen oder geänderten Verarbeitungszwecken, für die dann jeweils keine Einwilligung vorliegt und auch noch nicht abgefragt wurde. Es handelt sich deshalb auch weder um eine „erneute Aufforderung zur Erteilung der Einwilligung“ im Sinne von § 15 III RefE EinwV 2023/06 noch um eine „weitere Aufforderung“ im Sinne von § 15 II RefE EinwV 2023/06.

3. Auch ohne Einwilligungsmanager muss schon heute bei bis zu 90% der Nutzungen digitaler Presseangebote keine Einwilligungs-Banner gezeigt werden! Zudem ist klarzustellen, dass bereits heute die Leser digitaler Presse zig millionenfach ohne Abfrage von Einwilligungen ihre Publikationen aufrufen können, weil sie die Speicherung der Einwilligungs-Cookies bei der erstmaligen Einwilligung erlauben. Beispielsweise konnten in einem betrachteten Monatszeitraum ca. 29,2 Millionen oder ca. 73% von ca. 40 Millionen Lesern ein digitales Zeitschriftenangebot ohne erneute Einwilligungsabfrage nutzen. Mehrere weitere Zeitschriftenangebote wurden im selben Zeitraum bei 80% der Besuche ohne erneute Einwilligungsabfrage gelesen, weil die Endgeräte der Leser die beim erstmaligen Besuch erteilten Einwilligungen durch Cookies gespeichert hatten. Mehrere digitale Zeitungsangebote mit einer kumulierten täglichen Reichweite von über 10 Millionen Nutzer mussten sogar nur ca. 10% ihrer Leser Einwilligungsbanner zeigen, weil die übrigen 90 % ihre digitale Zeitung mit hinreichenden gespeicherten Einwilligungen ansteuerten.

4. Mögliche positive Effekte freiwillig eingebundener Einwilligungsmanager und offene Fragen. All dies vorausgeschickt, ist es denkbar, dass für Telemedien freiwillige Einwilligungsverwaltungsdienste positive Effekte haben. Das setzt voraus, dass einerseits den Telemedien keine Nachteile entstehen und andererseits eine noch größere Zahl von Lesern und Nutzern seltener nach neuen Einwilligungen gefragt werden müssen. Ob dies erreicht wird, hängt wesentlich von der konkreten technischen und gestalterischen Ausgestaltung der Einwilligungsverwaltungsdienste ab. Insbesondere angesichts der Sensibilität der Einwilligungsabfrage und -verwaltung, deren Erfolg von vielfältigen Gestaltungsdetails abhängt, sind dazu allerdings generelle Aussagen schwierig. Vielfach dürfte sogar erst die Verwendung in der Praxis verbindlich zeigen können, was sinnvoll ist und was nicht.

Auf den ersten Blick ergeben sich bei der Lektüre des Verordnungsentwurfs insbesondere die folgenden Fragen.

a) Generelle Voreinstellungen? Es sind offenbar keine Voreinstellungen für generelle Einwilligungen im Einwilligungsdienst vorgesehen? Vgl. dazu schon oben V. 1.

Gilt das auch für Voreinstellungen zu generellen Ablehnungen von Einwilligungen? Wir gehen davon aus, dass Einwilligungsverwaltungsdienste keine pauschalisierten Ablehnungen für bestimmte Zwecke oder bestimmte Telemedien vorsehen dürfen, wenn sie anerkannt werden wollen. Oder können auch Dienste mit bspw. zweckbezogenen pauschalen Ablehnungen anerkennungsfähig sein?

b) Individuelle generelle Einstellungen? Abgesehen von Voreinstellungen des Dienstes ist auch die Möglichkeit der individuellen Auswahl von generellen Einwilligungen oder generellen Ablehnungen denkbar. Sind solche generellen Auswahlmöglichkeiten in einem Einwilligungsverwaltungsdienst zulässig, die dann nach der individuellen Auswahl einer solchen Möglichkeit, bspw. für alle Telemedien die Einwilligung für Werbezwecke etc. abzulehnen, entsprechende Ablehnungen signalisieren?

c) Welche Einwilligungsabfrage erscheint beim ersten Besuch eines Presseangebotes? Und wie sieht diese Abfrage aus? Die Frage, ob Einwilligungsverwaltungsdienste für digitale Presseangebote und andere Telemedien einen Mehrwert erbringen können, wird insbesondere auch davon abhängen, ob die Presseangebote in der Gestaltungsfreiheit ihrer Website unter Einschluss der Gestaltung der Einwilligungsabfrage eingeschränkt werden oder nicht. **Denn die sehr konkrete (graphische) Gestaltung** ist ebenso wie die konkreten Formulierungen nicht nur häufig nach Ansicht der Datenschutzaufsichtsbehörden für die Rechtmäßigkeit der Einwilligungsabfrage von Relevanz. Sie **ist in dem durch die Gesetze verbleibenden Rahmen der gestalterischen Freiheit vor allem von höchster Bedeutung für die Frage, inwieweit das jeweilige Presseangebot seine publizistische Funktion erfüllen und refinanziert werden kann.**

Klar ist, dass ein Einwilligungsverwaltungsdienst die beim erstmaligen Besuch eines Presseangebotes von dem Nutzer des Dienstes getroffenen Einwilligungsentscheidungen für weitere Besuche speichert und dann beim nächsten Besuch im Hintergrund, d. h., für den Nutzer unsichtbar, dem Presseangebot mitteilt. Der Verwaltungsdienst macht also das, was Cookies auch heute schon für 70 bis 90% der Leser der o. g. Pressepublikationen leisten. Der Verwaltungsdienst hätte allerdings den potenziellen Vorteil, dass er auch für diejenigen Leser in Betracht kommt, die bislang deshalb neue Einwilligungsabfragen erhalten, weil sie seit dem letzten Besuch alle Cookies etc. manuell oder automatisch, etwa nach jeder Session, gelöscht haben.

Beim ersten Besuch sieht der Nutzer also eine Einwilligungsabfrage. Wird durch den EinwVO-RefE vorgegeben, ob dies die Einwilligungsmaske des Presseangebotes sein soll oder muss oder diejenige des Verwaltungsdienstes? § 7 II 1 RefE EinwV, der den Rahmen für den Umgang mit Einwilligungen beim erstmaligen Besuch setzt, ist mit beiden Varianten vereinbar. Satz 2 deutet etwas eher dahin, dass der Einwilligungsmanager die Einwilligung erst bei „erneuter Inanspruchnahme“ an das Telemedium gibt und dass also beim ersten Mal die Einwilligung unmittelbar und direkt gegenüber dem Telemedium und damit auch über dessen Einwilligungsmaske abgegeben wird. Das scheint zudem deutlich auch die Begründung zu § 7 II voraussetzen, wenn es dort heißt: „Hierdurch [durch das Speichern der Einstellungen des Nutzers auf der Benutzerschnittstelle des Verwaltungsdienstes] wird i. d. R. die Entscheidung des Endnutzers, die dieser direkt gegenüber dem Anbieter von Telemedien abgibt, beim Dienst zur Einwilligungsverwaltung gespiegelt.“ Wir bitten um Aufklärung, sollten wir mit dieser Interpretation den beabsichtigten Regelungsgehalt missverstehen.

- Wenn beim ersten Besuch die Einwilligungsmaske des Presseangebotes gezeigt wird, bleibt die Gestaltungsfreiheit des Presseangebotes erhalten. Erst wenn der Nutzer später die Einstellungen des Verwaltungsdienstes aufruft, um sich über Einwilligungen zu einem bestimmten Dienst zu vergewissern oder diese zu ändern, sieht er die neutrale Liste und einheitliche Darstellung, die § 6 Abs. 2 Nr. 2 RefE EinwV 2023/06 verlangt.

- Wenn beim ersten Besuch die Einwilligungsmaske des Presseangebotes nicht gezeigt, sondern durch eine Einheitsmaske des Einwilligungsdienstes ersetzt werden soll, ist die Gestaltungsfreiheit des Presseangebots dahin und stellt sich die Frage, die im Rahmen der Gesetze verbleibende Gestaltungsfreiheit optimal genutzt wurde. Im Zweifel ist ein solcher Dienst für Telemedien kein sinnvoller Geschäftspartner, da, wie erläutert, die Einwilligungen der Nutzer Existenz- und Finanzierungsbedingungen digitaler Online-Presse sind. Sollte bspw. die Einwilligungsmaske etwa die Gründe für die Notwendigkeit der Einwilligungen nicht hinreichend deutlich machen oder nach Text oder Graphik einseitig zu Ablehnungen hinführen, kann mit einem Erfolg nicht gerechnet werden. Nur über die Freiwilligkeit der Verwendung von Einwilligungsdiensten können hier noch die grundrechtlich geschützten Interessen der Presseangebote Berücksichtigung finden. Denn die Presseangebote werden dann einen solchen Einwilligungsverwaltungsdienst nicht einbinden.

Die im Rahmen der Datenschutzgesetze ohnehin schon geringe und dennoch äußerst wichtige Freiheit der Gestaltung von Einwilligungsabfragen wird durch § 4 I Nr. 1 RefE EinwVO womöglich eigenständig weiter eingeschränkt. Es ist weder aus dem Gesetzestext noch aus der Begründung ersichtlich, ob die dort genannten Transparenzanforderungen an die Gestaltung der Benutzeroberfläche des Verwaltungsdienstes über die Vorgaben des geltenden Rechts hinausgehen oder nicht. Sollte hier der Gestaltungsspielraum eigenständig begrenzt werden, was wohl tatsächlich so zu verstehen sein dürfte, bedeutet jede Ersetzung der Einwilligungsmaske des Presseangebots durch diejenige des Einwilligungsverwaltungsdienstes eine Verschlechterung der Funktions- und Finanzierungsmöglichkeiten für die Presseangebote sogar schon auf der Ebene der Verordnung.

Hinzu kommen im Falle der Ersetzung der Einwilligungsmaske des Presseangebotes durch eine Maske des Einwilligungsverwaltungsdienstes technische und Performancefragen. Es wird dann ein weiterer Dienstleister in den zeitkritischen Ablauf zwischen Aufrufen der Seite und Nutzung eingeschaltet. Dabei muss eine sehr hohe Verlässlichkeit und Geschwindigkeit garantiert werden können, um unter Einbeziehung der Dienstleister, die erst nach der Einwilligung ihren Teil zum Aufbau der Seite etc. leisten können, dennoch das erwartete und im Wettbewerb notwendige Lese- und Nutzungserlebnis gewährleisten zu können. Diese Schwierigkeit entfällt, wenn die erste Einwilligung über die Einwilligungsmaske des Presseangebots erfolgt und der nachfolgende Abgleich mit dem Einwilligungsverwaltungsdienst die Nutzung nicht verzögert.

d) Welcher Banner bei Änderungen? Und wie sieht dieser Banner aus? Auch wenn Einwilligungen für ein Presseangebot erteilt wurden und vom Einwilligungsverwaltungsdienst beim nächsten Besuch ohne erneute Abfrage signalisiert werden können, werden vielfach infolge der Änderungen von Geschäftspartnern, der Änderung von Verarbeitungszwecken etc. neue Einwilligungen erforderlich sein. Die Dynamik der digitalen Märkte unter Einschluss des digitalen Werbeökosystems führt dazu, dass sich vielfach alle vier bis acht Wochen Änderungen bei Vendoren oder Verarbeitungszwecken ergeben und damit auch neue Einwilligungen eingeholt werden müssen.

aa) Solche Einwilligungen für neue Zwecke oder Vendoren, die auch von Nutzern abgefragt werden müssen, die zuvor Einwilligungen erteilt haben, sind zunächst kein Fall einer bereits

erhaltenen Einwilligung im Sinne von § 15 II RefE EinwV 2023/06, da eine Einwilligung für die Datenverarbeitung bspw. für den Vendor X oder den geänderten Zweck Y zuvor gar nicht abgefragt wurde. Würde hier dennoch die Abfrage von Einwilligungen für geänderte Zwecke und Vendoren verboten, wären Einwilligungsverwaltungsdienste für Telemedien komplett untauglich. Sollte entgegen unserer Interpretation ein solches Verbot gemeint sein, bitten wir um Aufklärung.

Die Abfrage von Einwilligungen für geänderte Zwecke oder Vendoren ist ebenso wenig ein Fall einer „erneuten Abfrage“ einer zuvor nicht erteilten Einwilligung im Sinne von § 15 III RefE EinwV 2023/06, da die Einwilligung für Vendor X oder Zweck Y zuvor nicht abgefragt wurde.

bb) Auch bei solchen Abfragen von Einwilligungen, die wegen Änderungen bspw. der Dienstleister oder der Verarbeitungszwecke nötig werden und beim vorherigen Besuch noch nicht abgefragt wurden (Änderungsabfragen), stellt sich die Frage, ob der Banner des Presseangebots oder derjenige des Einwilligungsverwaltungsdienstes gezeigt wird.

Auch hier erscheint es sinnvoll, dass die Einwilligung über die Maske des Telemediums abgefragt wird, uns zwar schon aus den oben zur erstmaligen Abfrage genannten Gründen (soeben (3)).

- Demgegenüber scheint § 4 I Nr. 4 RefE EinwV 2023/06 davon auszugehen, dass bei Änderungsabfragen der Einwilligungsverwaltungsdienst die geänderten Einstellmöglichkeiten anzeigt. Das würde die oben zum Banner beim ersten Besuch erörterten Probleme mit sich bringen.
- Es erscheint allerdings unklar, ob diese Erinnerung und Aufforderung nach § 4 I Nr. 4 RefE EinwV 2023/06 zusätzlich erfolgt und also *neben* die Einwilligungsmaske des Telemediums tritt oder aber die Einwilligungsmaske des Telemediums ersetzt. Auch eine zweifache Tätigkeitsaufforderung in Gestalt der Erinnerung und Aufforderung des Verwaltungsdienstes dürfte womöglich als nicht sehr nutzerfreundlich erscheinen? Andererseits ist verständlich, dass bei einer Änderung, die eine zusätzliche Einwilligung erfordert, obwohl für die überholte Konstellation schon einmal eingewilligt wurde, ein Informationsbedürfnis besteht.
- Es könnte sogar so zu verstehen sein, dass bei Änderungen mehr als ein Klick nötig sind, um zum Telemedium gelangen zu können? Dann wäre die Verwendung des Einwilligungsverwaltungsdienstes in diesem regelmäßig auftretenden Fall umständlicher als der Verzicht auf den Verwaltungsdienst.

e) Erneute Einwilligungsabfrage auch nach abgelehnter Einwilligung. § 15 III RefE EinwV 2023/06 sieht vor, dass Telemedien den Nutzer direkt nach einer Einwilligung auch dann fragen kann, wenn der Einwilligungsverwaltungsdienst keine Einwilligung signalisiert, und zwar auch dann, wenn der Nutzer die Einwilligung in der Vergangenheit abgelehnt hat. Das ist zu begrüßen.

Bei einer solchen Aufforderung zur erneuten Erteilung einer bereits in der Vergangenheit abgefragten Einwilligung hat das Telemedium den Nutzer „auf die Möglichkeit der Anpassung seiner Einstellungen bei dem anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung hin[zuweisen]“. Ein solcher Hinweis ist als genereller Hinweis in der Einwilligungsmaske unproblematisch. Als

Hinweis, der in Abhängigkeit von der konkreten Einwilligungsgeschichte des Nutzers erscheint, dürften sich allerdings Probleme und ein hoher Aufwand ergeben.

Wir verstehen diese Pflicht zu einem Hinweis auf die Möglichkeit der Anpassung seiner Verwaltungseinstellungen nicht als implizites Verbot, die Einwilligung direkt durch das Telemedium zu erfragen und auch zu erhalten. Denn „[i]n beiden Fällen kann der Anbieter von Telemedien den Entdnutzer direkt nach seiner Einwilligung fragen“ (Begründung zu § 15 III RefE EinwV 2023/06). Da allerdings der bloße Gesetzestext des § 15 III RefE EinwV 2023/06 dahingehend missverstanden werden könnte, dass zwar eine erneute Abfrage durch das Telemedium möglich sei, die Erteilung der Einwilligung dann aber über den Verwaltungsdienst erfolgen solle, empfiehlt sich eine Klarstellung auch des Gesetzestextes, dass die Einwilligung dem Telemedium erteilt werden kann und dann vom Verwaltungsdienst gespiegelt wird.

Laut Begründung zu § 15 III RefE EinwV 2023/06 „soll“ das Telemedium die Entscheidung des Nutzers berücksichtigen, wenn es erkennen kann, „dass der Endnutzer die Einwilligungsabfrage in der Vergangenheit ausdrücklich abgelehnt hat.“ Da allerdings die Norm selbst auch dann die Abfrage erlaubt, handelt es sich offenbar um eine Sollvorschrift, die immer noch eine Wahlfreiheit für das Telemedium belässt. Das ist zu begrüßen. Tatsächlich ist vorstellbar, dass Telemedien die Entscheidung über die Hinterfragung einer Ablehnung in der Vergangenheit von dem seit der Ablehnung verstrichenen Zeitraum abhängig machen könnten. Das setzt natürlich die Erkennbarkeit des letzten Ablehnungszeitraums und eine entsprechende Technik und Angemessenheit des Aufwands voraus.

f) § 4 II RefE EinwV 2023/06 beschränkt Einwilligungsanfragen von Telemedien nicht. § 4 II RefE betrifft ausschließlich die Einwilligungsverwaltungsdienste und beschränkt Einwilligungsabfragen von Telemedien nicht. Das gilt auch für Einwilligungsabfragen von Telemedien nach entweder neuen Einwilligungen bspw. bei Zweckänderungen oder nach zuvor nicht erteilten oder zuvor abgelehnten Einwilligungen. Es gilt schon deshalb, weil § 4 II RefE EinwV 2003/06 allein Aufforderungen des Einwilligungsverwaltungsdienstes regelt, nicht hingegen Einwilligungsabfragen der Telemedien, die insbesondere § 15 RefE EinwV 2023/06 behandelt. Sollten wir dies missverstehen, bitten wir um Aufklärung.

g) Wie werden PUR-Modelle dargestellt? Wie muss man sich die Darstellung des alternativen Angebots vorstellen, wenn Presseangebote auf Ihrem Einwilligungsbanner die Alternativen einer Nutzung mit Werbetacking oder aber die Nutzung gegen Bezahlung ohne Werbetacking anbieten? In einer Variante ohne Anzeige der Einwilligungsmaske des Telemediums können wir uns diesen Vorgang bislang nicht wirklich vorstellen. Zu beachten ist sodann, dass auch im Falle der Wahl der Entgeltzahlung statt des Werbetackings weitere Einwilligungen für Zwecke wie Reichweitenmessung, Ausspielung bestimmter Inhalte etc. eingeholt werden müssen.

h) Anforderungen an die technische Implementierung von Verwaltungsdiensten. Die technischen Anforderungen an eine sinnvolle Implementierung von Einwilligungsverwaltungsdiensten durch Telemedien sind anspruchsvoll. Der anerkannte Dienst zur Einwilligungsverwaltung benötigt für die technische Umsetzung Schnittstellen oder Übertragungssignale zu allen gängigen Anbietern von Consent Management Plattformen, damit es für Telemedien überhaupt infrage kommt, den jeweiligen Verwaltungsdienst zu nutzen.

Zudem ist die Art der technischen Implementierung des Einwilligungsverwaltungsdienstes kritisch für die Verwendung durch den Telemedienanbieter. Der Prozess der Auslesung der Entscheidungen zu der Einwilligungsanfrage des Telemedienanbieters durch den Einwilligungsverwaltungsdienst muss in Sekundenbruchteilen ablaufen, um nicht die Funktionen des Angebots unter Einschluss der Werbeausspielung und somit die Monetarisierung des Telemedienanbieters negativ zu beeinflussen. Sollte der Prozess nicht perfekt und sehr schnell ablaufen, ist es für Telemedienanbieter geschäftsschädigend, den jeweiligen Verwaltungsdienst zu verwenden.

Zudem stellt sich die Frage, wie mit Signalkonflikten umgegangen werden soll. Wenn ein Nutzer bei zwei verschiedenen Einwilligungsverwaltungsdiensten unterschiedliche Einstellungen zu demselben Telemedium gewählt hat, entstehen Probleme. Einwilligungsverwaltungsdienste müssten über solche Konflikte untereinander kommunizieren können und nutzerbezogene Abgleiche machen, um zu sehen, ob ein Nutzer bei mehreren Verwaltungsdiensten ein Einwilligungsprofil erstellt hat. Damit stellt sich auch die Frage nach einem unique Identifier, den es bräuchte, um diesen Abgleich durchführen zu können.

MVFP

Prof. Dr. Christoph Fiedler

Geschäftsführer Europa- und Medienpolitik

Tel.: 0049 30 72 62 98 120

christoph.fiedler@mvfp.de

BDZV

Helmut Verdenhalven

Mitglied der Geschäftsleitung

Tel.: 0049 30 72 62 98 203

verdenhalven@bdzv.de