Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger e.V. (BDZV)

Medienverband der freien Presse e.V. (MVFP)

Eingabe

zum Notifizierungsverfahren 2024/0159/DE (Germany),
Eingangsdatum 21.03.2024, Ende der Stillhaltefrist 24.06.2024

Referentenentwurf der Bundesregierung vom 7.3.2024 für eine Verordnung über Dienste zur Einwilligungsverwaltung nach dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (Einwilligungsverwaltungsverordnung – EinwV) – im Folgenden: EinwV-E 2024/03 –

(Stand der Eingabe: 24. Mai 2024)

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

1. Rechtliche Freiwilligkeit der Einbindung anerkannter Dienste durch digitale Presse: Die Notifizierungsmitteilung hält unter 8. am Ende fest, dass der EinwV-E 2024/03 auch Vorschriften für „Maßnahmen“ enthält, die Telemedienanbieter und damit auch die tausenden digitalen Presseangebote von BDZV und MVFP „ergreifen sollen, wenn sie einen anerkannten Dienst zur Einwilligungsverwaltung **freiwillig** einbinden“ (Fettdruck nur hier). Die zweifelsfreie Normierung dieser Freiwilligkeit in § 18 Abs. 1 EinwV-E 2024/03 ist das Ergebnis einer langen Diskussion. Wir begrüßen dieses Ergebnis mit Nachdruck, das mit der eigenständigen Einwilligungsabfrage und -verwaltung eine Grundvoraussetzung freier, privat finanzierter Presse im digitalen Zeitalter sichert (unten II. und V.).

2. Tatsächliche Freiwilligkeit der Einbindung anerkannter Dienste durch digitale Presse: Wir begrüßen es ebenfalls sehr, dass die eigene Einwilligungsverwaltung durch Telemedien nach § 17 Nr. 2 EinwV-E 2024/03 nicht schlechter gegen die Unterdrückung von Signalen durch Browser etc. geschützt werden soll als die Einwilligungsverwaltung durch Einwilligungsverwaltungsdienste. Denn anderenfalls würde ein faktischer Zwang zur Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten geschaffen. Die Freiheit der Presse zu eigenständiger Einwilligungsabfrage und -verwaltung läuft leer, wenn der Gesetzgeber nur die Signale und Einstellungen von Einwilligungsverwaltungsdiensten gegen die Unterdrückung, Verzögerung oder sonstige Veränderung durch Abruf- und Darstellungssoftware wie bspw. Browser schützt, die entsprechenden Signale und Einstellungen presseeigener Einstellungsverwaltungen hingegen ungeschützt lässt (unten III. und V.).

3. Bedeutung der Freiheit zu eigenständiger Einwilligungsabfrage und -verwaltung für die Presse: Die rechtliche Freiwilligkeit der Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten für die digitale Presse (soeben 1.) muss eine rote Linie für jede Regulierung solcher Dienste sein. Eine ebenso rote Linie muss es sein, dass die eigene Einwilligungsverwaltung durch digitale Presse gegenüber der Einwilligungsverwaltung durch anerkannte Dienste im Verhältnis zu Internetzugangssoftware wie Browser nicht schlechtergestellt wird (soeben 2.).

Die eindeutige Normierung rechtlicher und faktischer Freiwilligkeit der Einbindung von Einwilligungsverwaltungsdiensten ist unabdingbare Voraussetzung dafür, dass hoheitliche Vorgaben für Einwilligungsverwaltungsdienste überhaupt mit der Freiheit der digitalen Presse vereinbar sein können. Europarechtlich betrachtet, wäre jeder mitgliedstaatliche Zwang zur Einbindung dritter Einwilligungsverwaltungen eine unverhältnismäßige Behinderung der Freiheit digitaler Presse in ihrer Eigenschaft als digitale Dienstleistung. Jeder hypothetische künftige europarechtliche Zwang wäre eine unverhältnismäßige Beschränkung der durch Art. 11 der Charta und Art. 10 EMRK grundrechtlich geschützten Freiheit privater Presse.

Die rechtliche und faktische Freiheit zu eigenständiger Einwilligungsabfrage und -verwaltung ist deshalb zentraler Bestandteil digitaler Pressefreiheit, weil Abfrage und Verwaltung in ihrer konkreten Form und Gestalt über praktisch alle wesentlichen publizistischen und ökonomischen Funktionen der Presse maßgeblich mitentscheiden. Würden Mitgliedsstaaten oder die EU der Presse diese Freiheit nehmen, würden sie 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 hoheitlichen Datenschutzgesetze dazu geführt haben, dass heute praktisch alle wesentlichen Funktionen von Presse nur noch mit einer Vielzahl komplexer Nutzereinwilligungen überhaupt möglich sind. Betroffen sind sowohl publizistische als auch ökonomische Funktionen von der Angebotsgestaltung über die Reichweitenmessung und Werbefinanzierung bis hin zum Vertrieb (Paid-Angebote). In dieser Situation muss der Gesetzgeber wenigstens sicherstellen, dass die Presse selbst die geforderten Einwilligungen abfragen und verwalten darf. Nur so kann freie Presse, die ihre Redaktionen wesensmäßig privatwirtschaftlich finanziert, zukunftsfähig bleiben. Deshalb ist diese Freiwilligkeit zweifelsfrei auch nach jeder Evaluation der Verordnung (vgl. § 26 Abs. 3 TTDSG) beizubehalten (unten IV.).

4. Keine Freiheit zur Auswahl unter den angebotenen anerkannten Diensten: § 20 EinwV-E 2024/03 läuft darauf hinaus, dass digitale Presseangebote, die einen anerkannten Dienst einbinden wollen, unter den jeweils vorhandenen anerkannten Diensten nicht frei wählen dürfen, sondern im Zweifel alle anerkannten Einwilligungsverwaltungsdienste einbinden müssen. Das ist nicht zielführend und belastet Presseangebote und andere Telemedien ohne Not und in unangemessener Weise. Die Pflicht zur Einbindung aller anerkannten Dienst sollte, wie es die Begründung zu § 20 EinwV nahelegt, wenigstens auf marktbeherrschende Telemedien begrenzt werden. Anderenfalls dürfte vielen Presseangeboten im Zweifel kaum etwas anderes übrigbleiben, als auf die Einbindung von anerkannten Diensten vollständig zu verzichten (unten V.).

5. Offene Fragen an Vorgaben der EinwV-E 2024/03 für anerkannte Dienste: Wenn und nur wenn die Freiwilligkeit ihrer Einbindung für die freie Presse zweifelsfrei gewahrt bleibt, 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 EinwV-E 2024/03 insbesondere die unter VI. näher erörterten Fragen auf.

II. Rechtliche Freiwilligkeit der Einbindung anerkannter Dienste durch digitale Presse und andere Telemedien

Wir begrüßen es mit Nachdruck, dass der notifizierte Verordnungsentwurf die Verwendung und Implementierung anerkannter Einwilligungsverwaltungsdienste der freien Entscheidung der Telemedienanbieter und damit insbesondere auch der freien Entscheidung der ca. 8.000 digitalen Presseangebote in Deutschland überlässt. Dies ist nunmehr im Verordnungstext (§ 18) als auch in der Begründung (S. 30, zu § 18) zweifelsfrei angeordnet und klargestellt. Diese Freiwilligkeit ist nach richtiger Ansicht keine bloße Option, sondern unabdingbar, wenn private, marktwirtschaftlich finanzierte Presse in der digitalen Welt möglich bleiben soll (näher unten V.). Es fehlt alleine noch die Ausführung der Gründe für diese Freiwilligkeit.

III. Tatsächliche Freiwilligkeit: Keine Schlechterstellung der eigenen Einwilligungsverwaltung durch Presseangebote gegenüber Signalunterdrückung etc. durch Internetzugangssoftware etc.

Wir begrüßen ebenfalls mit Nachdruck, dass der Schutz der Einwilligungsverwaltung aus § 17 Nr. 2 EinwV-E 2024/03 gegen Unterdrückung, Verzögerung, Entschlüsselung oder sonstige Veränderung von Signalen oder Einstellungen durch Browser für die Einwilligungsverwaltung durch Telemedien ebenso gelten soll wie für die Einwilligungsverwaltung durch Einwilligungsverwaltungsdienste.

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. Die für die Presse unverzichtbare Freiheit zu eigenständiger Einwilligungsabfrage und -verwaltung stünde dann nur noch auf dem Papier.

IV. § 20 EinwV-E 2024/03 – Verpflichtung von Presseangeboten zur Einbindung aller Dienste im Fall der freiwilligen Einbindung auch nur eines Dienstes

Die Freiwilligkeit der Einbindung anerkannter Verwaltungsdienste wird durch das sog. Neutralitätsgebot des § 20 EinwV-E 2024/03 in der Ausprägung der Auswahl unter mehreren auf dem Markt angebotenen Einwilligungsverwaltungsdiensten 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. § 20 EinwV-E 2024/03 verbietet 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? Die Begründung zu § 20 EinwV-E 2024/03 untersagt sogar explizit die Begründung einer Auswahl allein mit dem zusätzlichen Aufwand, den die Einbindung weiterer bzw. aller übrigen vorhandenen Dienste bedeuten würde. Das bedeutet nichts anderes als eine Verpflichtung zur Einbindung aller anerkannten Dienste, wenn nicht konkret der Nachweis eines unverhältnismäßigen organisatorischen, technischen oder wirtschaftlichen Aufwands gelingt. Dann steht die Freiwilligkeit aber nur auf dem Papier. Freiwilligkeit

bedeutet gerade auch, dass Telemedien sich Verwaltungsdienste nach subjektiven Kriterien in einem aus mehreren Diensten bestehenden Markt aussuchen dürfen.

In dieser Form dürfte § 20 EinwV-E 2024/03 im Zweifel verhindern, dass Publisher sich für eine Einbindung eines Dienstes zur Einwilligungsverwaltung entscheiden. Die Gefahr, dass dann Verfahren aufgrund etwaiger Nichteinhaltung des § 20 eingeleitet werden, erscheint zu groß.

Laut Begründung zu § 20 EinwV 2024/03 soll insbesondere verhindert werden, dass marktmächtige Internetzugangsplattformen wie etwa marktbeherrschende Browser 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. § 20 EinwV 2024/03 darf auf Telemedien keine Anwendung finden. Sie sind aus der Norm zu streichen. Jedenfalls aber muss § 20 EinwV 2024/03 auf marktbeherrschende Telemedien beschränkt werden.

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

Wir betonen mit großem 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 **(oben 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 vielfach immer noch zu Unrecht angenommen wird – nicht nur um interessenbasierte Werbefinanzierung. Der Gesetzgeber verlangt für ungezählte existenzielle Funktionen digitaler Presse konkrete Nutzereinwilligungen. Das reicht vielfach 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 aufoktroyierte 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 – im Zweifel in geringerem Umfang und mit kleineren Redaktionen – nur noch mit Login oder gegen Entgelt anzubieten.

a) Das aber reduziert die Möglichkeiten der Leser zur Information aus redaktionellen Presseangeboten drastisch. Denn es gibt eine Vielzahl rein werbefinanzierter redaktioneller Presseangebote, die für Millionen Leser sehr wichtig sind. Diese Leser haben entweder kein Budget für private Presse und werden ohne rein werbefinanzierte Angebote der Presse vollständig auf Angebote der Verlage verzichten (müssen). Oder sie bezahlen zwar ein oder gar zwei oder mehr Presseabonnements, schätzen aber die ergänzenden Informationen anderer Publikationen sehr, die sie nicht zusätzlich bezahlen wollen oder können. Diese Leser werden dann weniger und weniger vielfältige Berichte und Meinungen zur Kenntnis nehmen können.

b) 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 vielfach die zuweilen 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 selbstständig auch die Redaktionen und gedruckte wie digitale Angebotsvarianten finanzieren konnten, mögen datenschutzgesetzliche Kollateralschäden für die Funktionen und die Finanzierung digitaler Presseangebote aus Sicht mancher keine ausschlaggebenden Punkte gewesen sein. Nun überwiegt aber vielfach schon 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 immer schneller 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 bleiben.

4. Aus diesen Gründen begrüßen wir es sehr, dass das innerhalb der Bundesregierung federführende 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 auch die EU-Kommission diese Zusammenhänge erkennt und die Freiwilligkeit von Einwilligungsverwaltungsdiensten bei einer denkbaren Diskussion 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 EinwV-E 2024/03 entscheidet über (1). Die Verordnung ist zudem 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 EinwV-E 2024/03 nicht unmittelbar berührt.

VI. 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 und weiteren funktionalen Elementen abhängen, die ihrerseits auch von den Vorgaben des EinwV-E 2024/03 gesteuert werden.

1. Einwilligungsbanner weiterhin notwendig. Zunächst ist klarzustellen, dass die Zugangshürde der Einwilligungs-Banner als solche nicht entfallen wird. Denn richtigerweise sieht der EinwV-E 2024/03 vor, dass die Einwilligungen infolge zwingenden Rechts nur im Einzelfall aufgrund konkreter Anfragen eines konkreten Telemediums erteilt werden können.

Jedenfalls verstehen wir den Entwurf iVm seiner Begründung (bspw. S. 21 zu § 3 Abs. 1 a. E.). 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 pauschalierte Voreinstellungen oder Auswahlen kaum in der Lage, auch nur den Erfordernissen der ca. 8.000 digitalen Presseangebote gerecht zu werden.

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. Von diesem Sachverhalt geht auch die Begründung zu § 19 Abs. 1 S. 2 EinwV-E 2024/03 auf S. 31, letzter Absatz, aus.

3. Auch ohne Einwilligungsmanager muss schon heute bei bis zu 90% der Nutzungen digitaler Presseangebote kein 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) 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.

(1) Dabei ist die Art der technischen Implementierung des Einwilligungsverwaltungsdienstes für die Möglichkeit der Verwendung durch den Telemedienanbieter entscheidend. 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.

(2) Insbesondere können Telemedien aus Sicht unserer Mitglieder die Erfüllung der Anforderungen des § 18 Abs. 3 S. 1 Einw-E 2024/03 nicht gewährleisten. Danach sollen es Telemedien, die einen anerkannten Dienst einbinden, ermöglichen, dass die von ihnen nachgefragten Einwilligungen und die hierzu getroffenen Einstellungen der Endnutzer durch den eingebundenen anerkannten Dienst gespeichert werden können. Die dafür nötigen Techniken und Schnittstellen müssen die anerkannten Dienste selbst bauen. Telemedien können höchstens das zuliefern, was nach dem Stand der Technik möglich und datenschutzrechtlich ohne eine weitere Einwilligung des Nutzers (siehe insbesondere EuGH, Urteil v. 7.3.2024, C-604/22 – IAB Europe) zulässig ist. Schnittstellen dürfen außerdem nicht zu Sicherheitslücken führen. Das Telemedium kann nicht die Verantwortung dafür übernehmen, dass der eingebundene anerkannte Dienst in der Lage ist, die Einstellungen der Endnutzer zu übernehmen. Diese Sicherstellung muss im Rahmen der Anerkennung als offizieller Dienst zur Einwilligungsverwaltung erfolgen. Und wenn sich im Laufe der Zeit bspw. Vendoren verändern oder neue Verarbeitungszwecke hinzukommen, kann es nicht die Aufgabe der Telemedien sein, den Dienst zur Einwilligungsverwaltung technisch zu beraten oder gar in seine Software einzugreifen.

(3) Der Verordnungsentwurf geht wohl davon aus, dass ab dem zweiten Aufrufen eines Telemediums durch einen Nutzer mit einem vom Telemedium zuvor freiwillig eingebundenen Verwaltungsdienst dieser Verwaltungsdienst dem Telemedium vorliegende Einwilligungen signalisiert. In diesem und allen anderen Fällen, in denen nicht das Presseangebot selbst die Einwilligung konkret einholt oder ihr Vorliegen mit seiner eigenen Einwilligungsverwaltung verifiziert, genügt es nicht, dass der Verwaltungsdienst ein „maschinenlesbares Signal“ über die Einwilligung übermittelt. Vielmehr ist es für die Finanzierung der Redaktionen im Wege der Werbevermarktung notwendig, dass der Dienst einen korrekten und validen TC-String für den konkreten Nutzer schickt. Anderenfalls muss das Presseangebot in jedem Fall selbst die nötigen Einwilligungen abfragen.

(4) Unklar bleibt sodann, wie genau und wie häufig die gegenseitige Abfrage zwischen Presseangebot und dem freiwillig eingebundenen Dienst zur Einwilligungsverwaltung ablaufen soll. Wenn bspw. der Nutzer im Verwaltungsdienst eine Änderung vornimmt, während er eine

Publisher-Website geöffnet hat, und dann wieder auf die Website zurückkehrt, kann die geänderte Einstellung technisch nur erkannt werden, wenn jedes Mal, wenn der Nutzer einen Befehl auf der Website abgibt, eine neue Überprüfung stattfindet. Das ist schon wegen der dafür nötigen Rechenkapazität kaum zu realisieren. Es muss deshalb in zeitlicher Hinsicht Möglichkeiten geben, die eine Neuüberprüfung der Einstellungen des Nutzers durch das Telemedium, bspw. nur einmal pro Besuch oder Tag, notwendig machen.

b) Rechtliche Verantwortlichkeit der Presseangebote für die Einwilligungsverwaltung durch anerkannte Dienste? Ungeklärt ist, wie Presseangebote und andere Telemedien auch für den Teil der Einwilligungsverwaltung verantwortlich sein können, den der Einwilligungsdienst übernimmt. Denn der Einwilligungsdienst ist nicht weisungsgebundener Dienstleister oder Erfüllungsgehilfe der Telemedien, sondern ein eigenständiger Marktpartner, der sich den Vorgaben der Telemedien nicht unterwerfen wird. Wenn also bspw. bei einem zweiten Besuch des Telemediums dieses nicht mehr selbst die Einwilligung abfragt, sondern der freiwillig eingebundene Verwaltungsdienst die Einwilligung signalisiert, kann dem Telemedium insoweit keine Verantwortlichkeit zugemutet werden. Gleiches gilt bspw. dann, wenn eine Einstellung im eingebundenen Verwaltungsdienst vorgenommen wurde.

c) Generelle Voreinstellungen? Es sind offenbar keine Voreinstellungen für generelle Einwilligungen im Einwilligungsdienst vorgesehen. Das scheint gemäß der Begründung zu § 3 Abs. 1 EinwV-E 2024/03 (S. 21, 1. Absatz a. E.) auch für Voreinstellungen zu generellen Ablehnungen von Einwilligungen zu gelten. Wir gehen davon aus, dass Einwilligungsverwaltungsdienste keine pauschalisierten Ablehnungen für bestimmte Zwecke oder bestimmte Telemedien vorsehen dürfen, wenn sie anerkannt werden wollen.

d) 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?

e) 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 oben, unter VI. 3. Genannten 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 EinwV-E 2024/03 vorgegeben, ob dies die Einwilligungsmaske des Presseangebotes sein soll oder muss oder diejenige des Verwaltungsdienstes? Mit dem Wortlaut und der Begründung des Entwurfs erscheinen beide Varianten vereinbar.

- 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 des anerkannten Dienstes.

- 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 darf durch den EinwV-E 2024/03 nicht noch weiter eingeschränkt werden. Sollte hier der Gestaltungsspielraum eigenständig begrenzt werden, würde 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 bedeuten.

  Hinzu kommen im Falle der Ersetzung der Einwilligungsmaske des Presseangebotes durch eine Maske des Einwilligungsverwaltungsdienstes technische und Performance-fragen. 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.

f) Welcher Banner bei Änderungsabfragen? 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.

(1) Telemedien und Presseangebote behalten auch nach der freiwilligen Einbindung eines anerkannten Verwaltungsdienstes das Recht, Einwilligungen für neue Zwecke oder Vendoren abzufragen. Diese Einwilligungen müssen auch von solchen Nutzern abgefragt werden, die zuvor Einwilligungen zu anderen Zwecken oder Vendoren erteilt haben. Die Freiheit zu solchen Abfragen ergibt sich aus § 19 Abs. 1 S. 2 EinwV-E 2024/03 iVm der Begründung dazu auf S. 31 a. E.

(2) 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 e)).

g) Erneute Einwilligungsabfrage nach abgelehnter Einwilligung. Nicht ganz klar ist, ob Telemedien die Nutzer eines freiwillig eingebundenen Verwaltungsdienstes nach einer Einwilligung auch dann fragen dürfen, wenn der Einwilligungsverwaltungsdienst keine Einwilligung signalisiert und der Nutzer die Einwilligung in der Vergangenheit abgelehnt hat.

Dafür spricht die Begründung zu § 19 Abs. 1 EinwV-E 2024/03 auf S. 31 am Ende, nach der die Rechtsverordnung es Telemedien ausdrücklich nicht verbietet, nach einer Einwilligung zu fragen, „wenn sie die Einwilligung nicht über die beim anerkannten Dienst […] hinterlegten Einstellungen […] erhalten haben“. Das sollte unabhängig davon gelten, ob der Nutzer die Einwilligung in der Vergangenheit nicht erteilt hat, weil er nicht gefragt wurde bzw. werden konnte oder weil er sie abgelehnt hatte. Es ist allerdings andererseits nicht völlig ausgeschlossen, dass nur noch nicht erfragte Einwilligungen gemeint sind.

Nur mit der Möglichkeit erneuter Abfrage auch zuvor abgelehnter Einwilligungen ist ein Einwilligungsverwaltungsdienst sinnvoll. Wenn für die Funktion oder Finanzierung des jeweiligen Angebotes wichtige Einwilligungen abgelehnt werden, müssen diese bei erneuten Besuchen des Nutzers auch erneut abgefragt werden können. Das gilt nicht nur, aber beispielsweise auch in dem Fall, in dem ein Nutzer bei einem Pay-Or-Okay-Angebot zunächst weder in die Gegenleistung der Datenverarbeitung zur Werbefinanzierung einwilligt noch zu der alternativen Zahlung bereit ist. Kommt ein solcher Leser dennoch wieder zu der Seite, gibt es gar keine andere Möglichkeit als ihn erneut um die zuvor abgelehnte Einwilligung zu fragen.

h) § 4 Abs. 2 EinwV-E 2024/03 darf Einwilligungsanfragen von Telemedien nicht beschränken. Nach § 4 Abs. 2 EinwV-E 2024/03 dürfen anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung ihre Nutzer frühestens nach einem Jahr zur Überprüfung ihrer Einstellungen auffordern, es sei denn, die Nutzer haben eine andere Einstellung hierzu gewählt. § 4 Abs. 2 EinwV-E 2024/03 betrifft nach Wortlaut, Systematik und Begründung (S. 22) nur 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. Das muss schon deshalb gelten, weil § 4 Abs. 2 EinwV-E 2024/03 allein Aufforderungen des Einwilligungsverwaltungsdienstes regelt, nicht hingegen Einwilligungsabfragen der Telemedien, die insbesondere § 18 und § 19 EinwV-E 2024/03 behandeln.

Um auszuschließen, dass dennoch aus dem Verbot unterjähriger Einstellungserinnerungen für anerkannte Einwilligungsverwaltungsdienste Restriktionen für Einwilligungsabfragen von Telemedien erwachsen können, sollte klargestellt werden, das entsprechende Abfragen durch Telemedien in allen Varianten von der erstmaligen Abfrage über Änderungsabfragen bis hin zu wiederholter Abfrage unberührt bleiben.

i) Wie werden Pay-Or-Okay-Modelle dargestellt? Wie muss man sich die Darstellung des alternativen Angebots vorstellen, wenn Presseangebote auf Ihrem Einwilligungsbanner die Nutzung mit Werbetracking oder aber die Nutzung gegen Bezahlung ohne Werbetracking 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 Werbetrackings weitere Einwilligungen für Zwecke wie Reichweitenmessung, Ausspielung bestimmter Inhalte etc. eingeholt werden müssen.

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