

[REDACTED]

Betreff: Digitaler Omnibus / Nutzerreichweiten

[REDACTED]

auch im Namen [REDACTED] möchte ich mich noch einmal ganz herzlich für das angenehme Gespräch eben bedanken. Wie besprochen, hier die Informationen zu dem uns betreffenden Problem im Entwurf der EU Kommission für einen Digital Omnibus.

Der Rat der EU bespricht sich dazu bereits, erste Stellungnahmen der Mitgliedstaaten sollen eingegangen sein. Über die Positionierung Deutschlands haben wir derzeit leider keine Kenntnis. Hauptsächlich befasst sind derzeit wie gesagt BMDS, BMI und wir haben uns auch beim BKM gemeldet, die sich ebenso in die Diskussion einbringen. BMJ und BMWI scheinen sich derzeit gegen eine Streichung des Artikels 88b (siehe unten) auszusprechen.

Problemstellung

Grundsätzliche Überlegungen zur Datenerhebung und -verarbeitung

Auch wenn die DSGVO mehrere Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten vorsieht (Einwilligung, berechtigte Interessen, Vertragserfüllung), verbleibt nach aktuellem Stand die Einwilligung weiterhin als einzige mögliche Rechtsgrundlage, selbst wenn die tatsächliche Datenverarbeitung sich grundsätzlich auf andere Rechtsgrundlagen stützen ließe. Die über die letzten Jahre seitens der Aufsichtsbehörden vertretene immer weitgehendere Auslegung des Begriffs des Endgerätezugriffs führt im Ergebnis dazu, dass praktisch jede Datenverarbeitung mit einem vernetzten Gerät Einwilligungen erfordert (abseits von solchen, die die rein technische Bereitstellung erfordern, sprich ohne jegliche Art von Personalisierung, Komfortfunktionen und notwendigen Verarbeitungen für einen wirtschaftlichen Betrieb). Mit den sehr limitierten und nicht hinreichenden Ausnahmen wird es perspektivisch dabei bleiben, dass das Einholen einer Einwilligung unerlässlich bleibt. Insofern erscheint uns die sog. Consent Fatigue auch ein Stückweit „hausgemacht“.

Einwilligungen mittels “Automated and machine-readable indications of data subject’s choices (88b)” als (vermeintliche) Lösung von Consent Fatigue

§ 88b des Digitalen Omnibus Entwurfs soll nun das Thema Consent Fatigue lösen, indem digitalen Dienste dazu verpflichtet werden, Einwilligungen mittels “automated and machine-readable means” einholen. Vereinfacht gesagt sollen also Webbrowser bzw. grundsätzlich die großen Digitalplattformen entsprechende (aktuell undefinierte) Verfahren zur Verfügung stellen. Dies sehen wir (und auch sämtliche europäischen „Publisher“- und Vermarkter-Verbände) aus mehreren Gründen kritisch:

- Eine solche Systematik stärkt die Position der (US-) Gatekeeper. Selbst wenn perspektivisch eine technische Standardisierung stattfindet, verbleibt die entscheidende Frage, wie der Nutzer konkret angesprochen wird (Sprache, Darstellung) und auf welcher Grundlage er – eine letztlich für das jeweilige Medienangebot und sein Geschäftsmodell essentielle – Entscheidung trifft. Dies liegt sodann allein in der Hand des Betreibers des Webbrowsers. Wenn man es etwas pathetisch formulieren möchte, legen wir also die Frage von Medienvielfalt, Demokratiesicherung und Informationsfreiheit im Netz in die Hand von US Big Tech. Eine „Lösung“, die, wenn man sie zu Ende denkt, nicht wirklich Verbraucherschützend ist.
- Eine Einwilligung muss sich sehr spezifisch auf die Art, Umfang und Dauer der Datenverarbeitung eines Verantwortlichen beziehen, um Notwendigkeiten bzgl. Informiertheit und Transparenz zu erfüllen. Die Plattform/der Webbrowser hat diese Informationen nicht und kann sie insofern gegenüber dem Nutzer auch nicht darstellen. Automatisierte Verfahren (z.B. basierend auf einer generellen Grundeinstellung) müssten eine Art von Pauschalzustimmung von Nutzern abbilden für eine „abstrakte“ Verwendung von nicht genau definieren Verantwortlichen bei Ansprache des Konsumenten. Dies dürfte den Anforderungen der DSGVO nicht genügen.
- Im Ergebnis käme es für Anbieter von digitalen Diensten zu folgendem Szenario:
 - Es findet eine Disintermediation des eigenen Konsumenten statt, die keine eigene Ansprache und Erläuterung durch den jeweiligen Mediendienstanbieter erlaubt. Eine Plattform könnte sogar einfach per default eine Ablehnung hinterlegen.
 - Es besteht massive Rechtsunsicherheit, ob solche automatisierten Systeme überhaupt datenschutzrechtliche belastbare Einwilligungen erheben können. Rechtssicher ist allein der Zustand nach einer Ablehnung bzw. der Nicht-Erteilung einer Einwilligung.
 - Es ist also davon auszugehen, dass es zu einer dramatischen Reduzierung von (wirksamen) Einwilligungen kommt. Das mag die Zielsetzung der

Regelung sein, führt aber für Medienangebote zwangsläufig dazu, dass sie ihr Angebot nur noch gegen Bezahlung zur Verfügung stellen können. Auch dies ist am Ende für den Verbraucher kontraproduktiv, der (jedenfalls in der überwiegenden Mehrheit) eine kostenfreie Version mit personalisierter Werbung bevorzugt.

Lösung über die „Medienausnahme im Digitalen Omnibus“

Als Medienunternehmen sehen wir die im Entwurf angedachte Medienausnahme grundsätzlich positiv, zumal man hiermit die weit verbreiteten und akzeptierten PUR-Modelle weiterhin nutzen könnte. Allerdings gibt es auch hier viele offene Fragen:

- Die Ausnahme gilt explizit nur für Controller – in der üblichen Datenverarbeitung agiert ein Medienunternehmen jedoch häufig nicht als ausschließlich eigenständiger Verantwortlicher, sondern muss auch Einwilligungen für Dienstleister/Partner einholen.
- Auch hier führt die inzwischen sehr weit ausgelegte Definition der Verantwortlichkeit im Sinne der DSGVO dazu, dass nicht klar ist, wie weit diese Ausnahme trägt oder einen massiven Umbau der Datenverarbeitung von Medienunternehmen - bei wahrscheinlich schlechteren wirtschaftlichen Ergebnissen und nicht zu beziffernden Kosten – erforderlich wird, um davon zu profitieren

Lösung über Einwilligungsmanager nach § 26 TDDDG?

Zentralisierte Einwilligungsmechanismen, bei denen anstelle eines Browsers ein Einwilligungsmanager nach § 26 TDDDG zum Zuge kommt, ändert im Ergebnis leider nur unwesentlich etwas an den grundsätzlichen Bedenken, die wir der Logik des § 88 b des Entwurfs zum Digital Omnibus entgegenbringen. Dies hat folgende Gründe:

- Aktuell gibt es keine nennenswerte Verbreitung dieser Einwilligungsmanager und somit auch noch keinerlei Erfahrungswerte, ob sie tatsächlich ihre Ziele erreichen können. Darüber hinaus ist auch unklar, ob ihr Einsatz bzw. ihre Anwendung wirklich rechtskonform iSd DSGVO ist
- Unserer Kenntnis nach haben alle ursprünglichen Interessenten mit Ausnahme eines Unternehmens ihre Absichten, ein solches System zu betreiben, eingestellt. Ursache hierfür dürfte sein, dass die Rahmenbedingungen in technischer, rechtlicher und kommerzieller Hinsicht nicht

hinreichend klar sind.

Die oben beschriebenen Probleme einer zentralisierten Einwilligungslösung über Webbrowser lassen sich auf Einwilligungsmanager nach § 26 TTDDG weitgehend übertragen (Wirksamkeit, Disintermediation, technische Rahmenbedingungen/Signalisierung).

Eine grundsätzliche Problematik liegt darin, dass sich ein Anbieter ein solches System anerkennen lassen kann, ohne über entsprechende Kenntnis der tatsächlich notwendigen Einwilligungen zu verfügen, sprich ohne die Perspektive des Anbieters einzunehmen und dessen konkrete Notwendigkeiten in den Blick zu nehmen. Denn beim Anbieter kommt eine selbst definierte, technischen Schnittstelle und eine dem Angebot entsprechende Ansprache bzw. Oberfläche gegenüber dem Nutzer zum Einsatz.

Zudem stellen diese Systeme auch keine umfassende Lösung dar, jedenfalls dann nicht, wenn sie als sog. Browser Plugin entwickelt sind und auf Cookies fokussieren. Dies bildet nur einen Teil der digitalen Nutzung ab. Denn unsere Angebote haben insbesondere registrierte Konsumenten im Fokus – insofern stellt sich die Frage, was passiert, wenn ein und derselbe Nutzer auf mehreren Geräten Einwilligungsmanager verwendet und die getroffene Einstellung mit dem in Konflikt steht, was in seinem Nutzerprofil festgelegt ist.

Fazit

Effiziente Einwilligungen sollten möglichst dezentralisiert und dienstspezifisch bleiben, um Transparenz, Rechenschaftspflicht und eine angemessene Kontrolle zu gewährleisten und gleichzeitig allen Akteuren im digitalen Ökosystem gleiche Wettbewerbsbedingungen zu bieten. Eine browserbasierte zentralisierte Einwilligung würde dem digitalen Ökosystem schaden, da sie stattdessen zusätzliche rechtliche Unsicherheiten, Abhängigkeiten von bereits dominierenden Akteuren und zusätzliche Compliance-Belastungen mit sich bringen würde, sowie ernsthafte Wettbewerbsprobleme.

Insofern würden wir eine Streichung von Artikel 88b befürworten oder ihn gerne zumindest wesentlich geändert wissen, um die oben skizzierten negativen Auswirkungen auf das „digitale Ökosystem“ zu verhindern. Sollte Artikel 88b nicht gestrichen werden, wird die angedachte Medienausnahme hingegen unverzichtbar, um ein Mindestmaß an Schutz für die Finanzierung von Mediendiensten zu gewährleisten, vorausgesetzt, dass ihre Mängel behoben werden und sie stärker an die Marktrealitäten angepasst wird.

Publikumsforschung/Reichweitenmessung, Artikel 88a(3)(c)

Als Medienanbieter sind wir auf aussagekräftige Messungen angewiesen – zum einen, um unser Publikum und deren Interessen besser zu verstehen, zum anderen aber auch für die Refinanzierung unserer Angebote über Werbeeinnahmen. Hierfür ist eine unabhängige Reichweitenmessung (auch als „Beleg“ gegenüber den Werbetreibenden) unerlässlich. Nur mit entsprechenden Reichweitennachweisen, die wir nur über eine unabhängige Messung (etwa der AGF) führen können, werden wir mit den Big Tech Plattformen weiterhin konkurrieren können.

Die aktuelle Formulierung in Artikel 88a(3) würde die bisherigen Reichweitenmessung erheblich beschädigen bzw. verunmöglichen, da die Ausnahme nur auf First Party Cookies beschränkt wäre. Dies ignoriert grundlegend, wie Publikumsforschung funktioniert, nämlich über autorisierte und vertrauenswürdige Dritte.

Wir würden daher für folgende Änderung der Norm (sowie des dazugehörigen Erwägungsgrundes) plädieren:

<p>Article 88a</p> <p>(3) Storing of personal data, or gaining of access to personal data already stored, in the terminal equipment of a natural person without consent, and subsequent processing, shall be lawful to the extent it is necessary for any of the following: (...)</p> <p>(c) measuring the audience of an online service in order to create aggregated information about the usage of an online service to measure the audience of such a service, as defined by article 2(16) of Regulation 2024/1083, where it is carried out by the controller of that online service, solely for its own use, or entitled third parties jointly authorised by advertisers and publishers, solely for the measurement of the overall market performance;</p>
<p>Recital 44 paragraph 3</p> <p>“(…) The controller, such as a media service provider, may mandate a processor or an authorised third party, such as a market research company and Joint Industry Committee, to carry out the processing on its behalf. (...)”</p>

Dieser Wortlaut ist eine Variante von vielen, die derzeit in Brüssel diskutiert werden, mit denen aber alle dasselbe wollen. Unserer Kenntnis nach zielen europäische Verbände, wie egta, ACT und auch die Audience Measurement Coalition in die richtige Richtung, auch wenn sich die Änderungswünsche im Detail unterscheiden. Einige sind breiter, andere etwas enger, um dem Verbraucherschutz Genüge zu tun. Beides wäre fein,

solange eine übergreifende Messung durch Experten weiterhin möglich ist. Im Anhang findet sie das Positionspapier unseres Verbandes Vaunet zum Thema.

Aber, wie eben im Gespräch schon gesagt, kämen wir auch mit Ihrem Vorschlag, die DSGVO nicht anzufassen, zurecht.

[REDACTED]

[REDACTED]