

Stellungnahme zu den Draft Pledging Principles im Rahmen der EU Cookie Pledge Initiative

Datum 7. Februar 2024

1. Allgemeine Vorbemerkungen

Der VAUNET – Verband Privater Medien e. V. bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Entwürfen der Europäischen Kommission für Selbstverpflichtungen im Rahmen der EU Cookie Pledges Initiative.

Der VAUNET ist der deutsche Spitzenverband privater Medienanbieter. Er vertritt über 160 Unternehmen, die privatwirtschaftlich journalistisch-redaktionell gestaltete Radio-, Fernseh- und Onlinemedien veranstalten. Mit ihren Angeboten bereichern seine Mitglieder Deutschlands und Europas Medienlandschaft durch Vielfalt, Kreativität und Innovation.

VAUNET begrüßt das Ziel der Europäischen Kommission durch die Draft Pledging Principles Verbreitung vertrauenswürdiger und transparenter Angebote im Internet zu fördern und auf Basis einer freiwilligen Selbstverpflichtung die Anzahl und Komplexität von Einwilligungsbannern zur Bekämpfung der sog. Cookie-Fatigue zu reduzieren.

Zugleich sollte jedoch beachtet werden, dass eine freiwillige Selbstverpflichtung so gestaltet sein muss, dass sie von einer Vielzahl von Unternehmen auch tatsächlich unterzeichnet werden kann. Ob dies mit der aktuellen Gestaltung der Pledge-Principles der Fall ist, ist mehr als fraglich.

Der VAUNET möchte sich daher mit nachfolgenden Vorschlägen für eine Verbesserung der Pledges einsetzen.

Hierbei sollten die folgenden Grundannahmen im Ausgangspunkt leitend sein:

- VAUNET-Unternehmen investieren bereits jetzt erheblich in die transparente und datenschutzkonforme Ausgestaltung ihrer Angebote.
- Die Anzahl und Komplexität im Internet ersichtlicher Einwilligungsbanner beruht nicht auf einer freien Entscheidung der Unternehmen, sondern auf den Anforderungen der gesetzlichen Vorgaben, namentlich der DSGVO und der e-Privacy Directive. Sowohl die Aufsichtsbehörden als auch die Rechtsprechung haben eine stetig strenger werdende Auslegung der gesetzlichen Vorgaben vorgenommen. Dies vor allem in Bezug auf die Anwendbarkeit der gesetzlichen vorgesehenen Rechtfertigungstatbestände außerhalb von Nutzereinzwilligungen. Dies hat dazu geführt, dass sich die Anzahl an erforderlichen Einwilligungsbannern massiv erhöht hat.
- Unternehmen müssen als Ausfluss des Kerns ihrer unternehmerischen Freiheit auch weiterhin selbst über die bei der Verbreitung von Inhalten eingesetzten Geschäftsmodelle

sowie Werbetechnologien entscheiden können. Aus der derzeitigen Formulierung der Pledges sowie dem bisherigen Konsultations- und Diskussionsprozess wird indes ersichtlich, dass die EU-Kommission vor allem an Contextual-Ads als Lösung vermeintlicher Privacy-Problematiken denkt. Eine Engführung auf eine Werbeform übersieht jedoch, dass Geschäftsmodelle im Internet unterschiedlich sind und daher vielfältiger Finanzierungsmodellen unterliegen.

Abgesehen von der Beachtung dieser Grundannahmen, ließe sich die Akzeptanz der Pledge-Principles im Markt erhöhen, indem eine separate Unterzeichnung einzelner Pledge-Principles ermöglicht werden würde. In sachlicher Hinsicht wäre dies wegen der unterschiedlichen Schutz- und Zielrichtungen der einzelnen Principles auch möglich.

Bis dato sehen die Pledge-Principles vor, dass mit einer Unterzeichnung kein Präjudiz für die datenschutzrechtliche Konformität der Gestaltung und damit kein Schutz vor Aufsichtsverfahren einhergeht. Die Pledges bringen unterzeichnenden Unternehmen, die zur Umsetzung u.U. erhebliche Änderungen an ihren Angeboten vornehmen müssen, mithin keinen Rechtsvorteil. Im Gegenteil: Nach der vorliegenden Fassung des Pledges soll eine Einzelfallprüfung ausdrücklich vorbehalten bleiben. Die Akzeptanz des Pledges könnte erhöht werden, indem bei Umsetzung wenigstens eine Vermutung für rechtmäßiges Verhalten bezüglich der in den Pledges angeführten Teile entstünde.

Dies vorausgeschickt, nimmt der VAUNET zu den einzelnen Pledge-Principles wie folgt Stellung:

2. Pledge-Principle A

Der Pledge-Principle A zielt darauf ab, die Komplexität von Einwilligungs-Bannern zu reduzieren, indem Hinweise zu „*unbedingt erforderlichen*“ information i.S. von Art. 5 Abs. 3 ePD aus den Bannern herausgenommen werden sollen. Gleiches soll bezüglich der Anführung von Transparenzinformationen zur Rechtsgrundlage der „*berechtigten Interessen*“ gelten.

Die Streichung nicht erforderlicher Informationen aus Einwilligungs-Bannern ist zur Reduzierung der Komplexität zu begrüßen. Der Pledge-Principle führt jedoch in der Praxis zu Unsicherheiten, da unklar ist, welche Informationen „*unbedingt erforderlich*“ i.S. von Art. 5 Abs. 3 ePD sind. Der praktische Vorteil ist daher fraglich, zumal der Pledge-Principle faktisch leerläuft, wenn auch personenbezogene Daten erhoben werden.

Hiervon abgesehen, könnte der Pledge-Principle verbessert werden, indem eine Aufklärung der Nutzer über die Rechtsgrundlage der „*berechtigten Interessen*“ und über die „*unbedingt erforderlichen*“ Informationen i.S. von Art. 5 Abs. 3 ePD jedenfalls auf dem 2. Layer der Einwilligungsbanner möglich bleibt. Insoweit kann die Nutzeraufklärung über die datenschutzrechtlich notwendigen Informationen hinaus vertrauensbildend wirken. Aktuell scheint der Pledge-Principle jedoch eine Nutzeraufklärung dieser Art im gesamten „Consent request“ ausschließen zu wollen.

3. Pledge-Principle B

Nach Pledge-Principle B sollen Anbieter über das dem Angebot zu Grunde liegende Geschäftsmodell aufklären, soweit dieses jedenfalls in Teilen werbefinanziert ist.

Der Pledge-Principle B ist zum einen mit Blick auf die Praxis nicht erforderlich. Zum anderen ist er kontraproduktiv für das mit den Pledges insgesamt verfolgte Ziel der Bekämpfung der Consent-Fatigue. Denn Nutzer werden in den meisten Einwilligungs-Bannern schon jetzt auf die Zwecke der Datenerhebung hingewiesen; dies in der Regel auf der ersten Ebene. Besteht der Datenverarbeitungszweck auch in der Werbeauspielung, ergibt sich also schon aus diesen Informationen hinreichende Transparenz über das werbebasierte Geschäftsmodell. Weitere Ausführungen im ersten Layer des Consent-Banners oder etwa in einem zusätzlichen Banner erhöhen also die Komplexität und Informationsdichte, statt sie zu verringern.

Hiervon abgesehen sollte der Pledge-Principle für Fälle modifiziert werden, in denen das Zugrundeliegen eines werbefinanziertes Geschäftsmodells offensichtlich ist. Dies ist bspw. bei Rundfunk-Live-Streams im Internet der Fall. Gleiches gilt zudem für Subscription Video-on-Demand-Pakete (SVoD-Pakete), bei denen den Nutzern ohnehin Vergleichsübersichten zu den unterschiedlichen SVoD-Produkten (z.B. „...keine Werbung, weniger Werbung, mit Werbung...“) erhält. Derartige Produktübersichten führen schon für sich zu hinreichender Transparenz. Weitere Erläuterungen bedarf es mithin nicht.

4. Pledge-Principle D

Wenn tracking-basierte Werbung oder Bezahlpaketalternativen als Geschäftsmodell verwendet werden, soll entsprechend Pledge-Principle D eine dritte „*less privacy intrusive form of advertising*“ zur Auswahl durch den Nutzer angeboten werden. Eine solche Alternative sei kontextbasierte Werbung.

Pledge-Principle D stellt Subscription-/PuR-Modelle in Frage und sollte daher gestrichen werden.

Subscription-/PuR-Modelle stellen einen seit Jahren üblichen und unbeanstandeten Kompromiss zwischen den Anforderungen des Datenschutzrechtes und der wirtschaftlichen, weil refinanzierbaren Verbreitung von Medieninhalten dar. Der EuGH hat in seiner sog. „Meta-Entscheidung“ daher richtigerweise PuR-Modelle jedenfalls dem Grundsatz nach für zulässig erachtet (vgl. EuGH, Urteil vom 04.07.2023 - Az. C-252/21; Rz. 150).

Es steht zu erwarten, dass es Medienanbieter wirtschaftlich nicht möglich sein wird, eine Geschäftsmodellalternative zu eingesetzten PuR-Modelle einzuführen, da hierdurch zugleich die Refinanzierung der Medienverbreitung in Frage gestellt werden würde. Dies gilt auch bei Verwendung kontextbasierter Werbung, für die auf Grund weniger genauer Ausspielmöglichkeiten eine geringere Nachfrage im Werbemarkt besteht. Kontextbasierte Werbung wird daher aktuell zwar als Mischform bzw. für bestimmte Werbezwecke eingesetzt. Sie kann aber nicht als Alternative zu PuR-Modellen verstanden werden.

Pledge-Principle D basiert zudem auf der Annahme, dass nur wenige Nutzer für Medieninhalte bezahlen. Jedenfalls für die Verbreitung von audio-visuellen Inhalten ist diese für den Pledge-Principle zentrale Annahme unrichtig. Bei der Verbreitung von AV-Inhalten haben sich neben Pay-TV mit Subscription Video-On-Demand (SVoD), Advertising-Video-on-Demand (AVoD) und Transactional-Video-on-Demand (TVoD) eine Vielzahl an Pay-Optionen entwickelt, die von einer breiten Masse an Nutzern verwendet werden. Pay-Optionen stellen für den AV-Bereich daher sehr wohl ausreichende Alternativen für den Zugang des Nutzers zu Medieninhalten dar.

Nicht zuletzt stelle sich hins. Principle-Pledge D die grundsätzliche Frage, inwieweit dieser auf die Zielsetzung der Initiative, nämlich die Bekämpfung der Consent Fatigue, einzahlt.

5. Pledge-Principle E

Pledge-Principle E zielt nach dem Verständnis des VAUNET darauf ab, die Komplexität und Informationsdichte der ersten Einwilligungsebene in Consent-Bannern zu verringern, indem die Aufklärung über Datenweiterleitung an Dritte und die Verarbeitungszwecke erst im 2. Layer des Consent-Banners erfolgen soll. Zudem soll ein „reject all“ Button im ersten Layer enthalten sein.

Wie bereits angeführt, begrüßt es der VAUNET grundsätzlich, durch Herausnahme von Informationen aus den Consent-Bannern für geringere Komplexität zu sorgen. Die praktische Wirkung des Pledge-Principle E dürfte jedoch gering sein: In der Praxis werden in aller Regel bereits jetzt tiefergehende Informationen u. a. zu den Zwecken einer Datenverarbeitung ohnehin erst auf der 2. Ebene präsentiert.

Einer breiten Akzeptanz des Pledges steht zudem entgegen, dass die rechtliche Notwendigkeit für den Einsatz eines „reject all“ Buttons gerichtlich nicht geklärt, sondern hochgradig umstritten ist. Der Pledge läuft mithin auf eine Vorwegnahme entsprechender Rechtsprechung hinaus.

6. Pledge-Principle F

Pledge-Principle F versucht Medienunternehmen davon zu befreien, eine Nutzereinwilligung in mit einem Geschäftsmodell verbundene Datenverarbeitungen einzuholen, soweit das Geschäftsmodell hinreichend beschrieben und die jeweilige Datenverarbeitung mit dem Geschäftsmodell „inextricably linked“ ist.

Der VAUNET begrüßt den hiermit verbundenen Ansatz eine datenschutzrechtliche Zweckbündelung möglich zu machen. Es ist jedoch zugleich in höchstem Maße fraglich, ob eine dem Pledge-Principle entsprechende Umsetzung tatsächlich DSGVO-konform wäre. Nach der Auffassung der auch im Konsultationsprozess geäußerten Ansicht des EDPB muss die Zweckbestimmung einer Datenverarbeitung hinreichend konkret sein. Eine allgemeine Beschreibung eines Geschäftsmodells dürfte hierfür in aller Regel nicht ausreichend sein.

Die mit dem Pledge-Principle bezweckten Vorteile werden daher durch die datenschutzrechtlichen Unklarheiten aufgewogen. Hier schlägt sich mithin der bereits eingangs erwähnt akzeptanzschädigende Umstand nieder, dass mit der Unterzeichnung der Pledge-Principle keine datenschutzrechtliche Rechtmäßigkeitsvermutung einhergehen soll.

Hiervon abgesehen könnte eine Verbesserung darin bestehen, noch weiter zu konkretisieren, welche Cookies als mit einem werbebasierten Geschäftsmodell „*inextricably linked*“ sind. Hier könnte bspw. eine beispielhafte Listung pro Geschäftsmodell hilfreich sein.

7. Pledge-Principle G

Der VAUNET befürwortet uneingeschränkt, dass die Entscheidung des Nutzers über die Abgabe einer Einwilligung seitens der Webseitenanbieter akzeptiert und respektiert werden. Nichts anderes machen die VAUNET- Mitgliedsunternehmen auch jetzt schon.

Indes ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, warum zur Nachfrage der Einwilligung nach erteilter Ablehnung eine Jahresfrist gelten sollte. Eine solche Frist führt vielmehr zu erheblichem Ungleichgewicht zu den nach DMA designierten Torwächtern. Für diese ist in Art. 5 Abs. 2 Unterabsatz 2 DMA eine identische Frist vorgesehen. Es erscheint unverhältnismäßig nun im Wege der Selbstverpflichtung die gleiche Regulierung einzuführen, die sich bei Torwächtern nach DMA nur auf Grund der besondere Marktmacht rechtfertigt. Zur Förderung des ohnehin ungleichen Wettbewerbs zu den Torwächtern wäre es vielmehr nachliegend, eine kürzere Frist für alle „sonstigen Unternehmen“ vorzusehen.

Darüber hinaus reflektiert die dem Pledge-Principle zu Grunde liegende Ausgangsüberlegung nicht in hinreichendem Maße die Praxis. So werden Verbraucher nicht auf Grund freier Entscheidung der Webseitenbetreiber mit Cookie-Consent-Bannern konfrontiert, sondern auf Grund gesetzlicher Vorgaben. Das der Nutzer bei Wiederbesuch einer Webseite daher u. U. erneut nach einer Einwilligung gefragt wird, beruht auf der Dynamik der Datenverarbeitung bei der Werbeauspielung. Bei Hinzukommen weiterer Dritter oder der Änderung des Zwecks der Datenverwendung ist die erneute Einholung einer Einwilligung erforderlich.

8. Pledge-Principle H

Der Pledge-Principle H berücksichtigt nicht in hinreichendem Maße, dass für Medienunternehmen der Direktkontakt zu ihren Nutzern von zentraler Bedeutung ist. Dies auch mit Blick auf die Abschaltung von 3-Party-Cookies durch die marktmächtigen Browserhersteller und den damit für den Wettbewerb entscheidenden Zugang zu 1-Party-Cookies. Einwilligungspräferenzen müssen daher auch weiterhin unmittelbar beim Nutzer nachgefragt werden können. Der Akzeptanz des Pledge-Principles käme es zudem zugute, würde dieser nicht auf Ablehnungs-, sondern Einwilligungsmechanismen fokussieren.