

MVFP – Medienverband der freien Presse e. V.

BDZV – Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger e. V.

Stellungnahme zu den Leitlinien 2/2023 zum technischen Anwendungsbereich von Art. 5(3) der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation

18.01.2024

1. Empfehlung

Es wird empfohlen, die weite Auslegung der Begriffe „gaining access“ und „stored information“ in den Ziffern 2.5 und 2.6 der Guidelines 2/2023 on Technical Scope of Art. 5(3) der ePrivacy-Directive („Leitlinien“) zu begrenzen und differenzierter anhand von Beispielen auszugestalten.

2. Juristische Bewertung

Die weite Auslegung der Begriffe „gaining access“ und „stored information“ steht nicht nur zur Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 („OH Telemedien 2021“), sondern auch zu Wortlaut, Sinn und Zweck und Systematik von Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Directive („ePD“) im Widerspruch.

a. Wortlaut/Systematik

Die weite Auslegung von „gaining access“ und „stored information“ widerspricht dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Directive.

Gemäß üblichem Sprachgebrauch erfordert "access to" eine aktive Handlung seitens der zugreifenden Person bzw. des zugreifenden Geräts. Ein Zugriff impliziert ein sich aktives Nehmen. Wenn bereits der passive Erhalt von Informationen unter den Begriff "access to" fallen sollten, müsste sich dies sprachlich in einem "passiven Erhalt" widerspiegeln.

Ferner setzt der Begriff "stored Information" voraus, dass die Informationen bereits auf dem Endgerät gespeichert sind und diese nicht nur vorübergehend aufgrund eines zwangsläufigen technischen Übermittlungsvorgangs übermittelt werden.

Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 3 ePD widerspricht ebenfalls einer weiten Auslegung. Erwägungsgrund 24 ePD verdeutlicht, dass auf Endgeräten gespeicherte Nutzerinformationen vor dem Eindringen von sog. „Spyware“, „Web-Bugs“, „Hidden Identifiers“ und ähnliche Instrumente ohne Wissen des Nutzers geschützt werden sollen und nicht bereits jegliche Übermittlung von Informationen bei insbesondere zwangsläufigen technischen Kommunikationsvorgängen.

Ferner regeln Art. 5 Abs. 1 und 2 ePD ausdrücklich und abschließend die Vertraulichkeit der mit öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten übertragenen Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten. Verkehrsdaten finden in Art. 5 Abs. 3 ePD keine Erwähnung, was erkennen lässt, dass reine Verkehrsdaten weder vom Regelungsgehalt erfasst sind noch nach dem Willen des Gesetzgebers in Art. 5 Abs. 1 und 2 ePD geregelt werden sollten. Zudem besteht Einigkeit, dass Art. 5 Abs. 3 ePD keine Session-Cookies umfassen würde. Vor dem Hintergrund muss der Gedanke gleichermaßen für weitere Verkehrsdaten gelten.

Zudem ist es nicht verständlich, warum nicht personenbezogene Daten und personenbezogene Daten unter denselben Anforderungen in Art. 5 Abs. 3 ePD geregelt werden sollten. Die DSGVO zeigt, dass allein personenbezogene Daten ein besonders hohes Schutzniveau genießen, welches im Umkehrschluss nicht gleichfalls auf nicht personenbezogene Daten angewendet werden kann.

b. Widerspruch OH Telemedien 2021

Die OH Telemedien 2021 sieht vor, dass ein Zugriff eine gezielte und nicht durch die Endnutzer veranlasste Übermittlung der Browser-Informationen voraussetzt. Werden ausschließlich Informationen, wie Browser- oder Header-Informationen, verarbeitet, die zwangsläufig oder aufgrund von (Browser-)Einstellungen des Endgerätes beim Aufruf eines Telemediendienstes übermittelt werden, ist dies nicht als „Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind“, zu werten. Als Beispiele hierfür gibt die OH Telemedien 2021 die öffentliche IP-Adresse der Endeinrichtung, die Adresse der aufgerufenen Website (URL), den User-Agent-String mit Browser- und Betriebssystem-Version und die eingestellte Sprache an. Die Auslegung der Leitlinien bejaht einen Zugriff bereits, wenn Informationen von einem Endgerät an einen externen Empfänger gesendet bzw. technisch übermittelt werden. Damit fällt jegliche elektronische Kommunikation unabhängig davon, wer die Übermittlung initiiert hat, d.h. auch wenn es sich um zwangsläufige technische Übermittlungen von beispielsweise Browsererinformationen handelt, unter den Begriff „gaining access“.

3. Technische Bewertung

Das EDPB geht von einem Sachverhalt aus, der der technischen Realität nicht entspricht. Die Konsequenz aus den aktuellen Regelungsvorschlägen die ePrivacy Directive über aktive Endgerätezugriffe (z.B. mittels Cookies) auch auf bspw. URLs, IP-Adressen und den Arbeitsspeicher und Prozessor des Nutzergerätes (RAM, CPU) auszuweiten, wäre, dass Webseitenbetreiber initial nur noch leere Seiten anzeigen dürften, wenn ein Nutzer ihre Webseite besucht, und dann zunächst für sämtliche Darstellungen von Inhalten, Services und Werbung Einwilligungen des Nutzers einholen müssten. Und selbst das wäre rechtskonform nicht möglich, da selbst eine völlig leere Webseite ohne ein einziges Zeichen Quellcode dennoch etwas Speicher (RAM) durch die Natur des Browsers (Tab) reservieren würde. Auch eine leere Seite speichert (reserviert) Platz im Arbeitsspeicher (RAM) des Gerätes, was nach der

neuen Interpretation ein einwilligungspflichtiger Vorgang sein soll, für den aber schlicht keine vorherige Einwilligung des Nutzers eingeholt werden kann. Auch die Einwilligungseinholung („Consent Layer“) kann nur beim Nutzer angezeigt werden, wenn dafür Platz im RAM des Nutzers vorgehalten und im CPU verarbeitet werden kann. Rein technisch ist es schlicht nicht möglich, dafür VORAB eine Einwilligung des Nutzers einzuholen.

Die vom Nutzer besuchte Webseite müsste zudem erst eine Erlaubnis einholen, um die URL-Informationen (URL der besuchten Seite) zu speichern oder zu verwenden. Das Laden von Inhalten, Services und Werbung wäre zustimmungspflichtig, da jeder Server Request, der technisch eine Verbindung zum gewünschten Inhalt herstellt, nach Ansicht des EDPB von der ePrivacy-Directive erfasst und zustimmungspflichtig wäre. Dies würde gleichzeitig bedeuten, dass auch der Abruf einzelner Elemente einer Webseite – z.B. von Bildern, Videos, Texten etc. – stets nach Art. 5 Abs. 3 ePD zu beurteilen wäre. Dementsprechend müsste auch stets eine (informierte und DSGVO-konforme) Einwilligung eingeholt werden, wenn der spezifische Inhalt nicht unbedingt erforderlich ist, damit der vom Nutzer ausdrücklich gewünschte Dienst zur Verfügung gestellt werden kann. Die Konsequenz wäre die behördliche und gerichtliche Kontrolle jedes Verbindungsvorgangs im Internet und zudem eine hoheitliche Entscheidungsgewalt darüber, welche Texte, Bilder und Inhalte auf einer Seite noch als „erforderlich“ angesehen werden und welche nicht.

Auch die Verwendung des User Agent Strings, der mit der IP-Adresse passiv (weder vom Nutzer noch vom Webseitenbetreiber aktiv veranlasst) technisch zur Darstellung von Inhalten übergeben wird und für diesen Vorgang auch zwingend notwendig ist, wäre erfasst und zustimmungspflichtig. Der User Agent String sagt dem Webseitenbetreiber insbesondere, mit welcher Bildschirmgröße der Nutzer auf die Inhalte zugreifen möchte, damit der Webseitenbetreiber die Inhalte in der für den Nutzer passenden und optimalen Größe darstellen kann. Ohne diese Information ist nicht bekannt, ob der Nutzer eine für kleine Handybildschirme optimierte Größe der Webseite angezeigt bekommt oder für große Desktop-Bildschirme. In der Konsequenz wäre die Darstellung der vom Nutzer gewünschten Inhalte gänzlich zerschossen und unbenutzbar.

Ein zu weit gefasster Begriff des "Zugangs" ist regulatorischer Aktivismus in der extremen Form, der den aktiven Begriff des "Zugangs" mit dem passiven Empfang verbindet und die individuelle Eingabe in ein Terminal mit allgemeinen protokollbasierten Anweisungen vermengt, die nicht spezifisch für eine bestimmte Website/App etc., sondern in einen Computer eingebaut sind, bevor dieser überhaupt betriebsbereit ist.

4. Folgen der weiten Auslegung

a. Widerspruch zu Maßnahmen gegen Cookie Fatigue

Das oft zitierte Phänomen der "Cookie-Fatigue" - ein vermeintlicher Zustand, der eintritt, wenn man auf vielen verschiedenen Websites immer wieder das Zustimmungsfeld anklicken muss, um Cookies zur Verarbeitung seiner Nutzerdaten

zuzulassen - steht im Mittelpunkt vieler datenschutzrechtlicher Diskussionen in der EU. Die EU-Kommission arbeitet seit Jahren an einer Lösung für dieses von ihr erkannte Problem mit dem Ziel, wirtschaftliche Interessen und Verbraucherinteressen in Einklang zu bringen. Häufig wird dabei allerdings übersehen, dass es die Vorgaben der Europäischen Union selbst sind, die erst zur Notwendigkeit der hohen Anzahl an Cookie-Bannern geführt haben und in Konsequenz damit zur Cookie-Fatigue. Dabei ist zu betonen, dass die Politik, wenn sie digitale Presseangebote weitgehend von komplexen Einwilligungen abhängig machen will, in einem zweiten Schritt zumindest sicherstellen muss, dass die Verlage diese Einwilligungen auch praktisch einholen und verwalten können, dass erteilte Einwilligungen nicht einfach von digitalen Gatekeepern ignoriert werden und dass die Einwilligung in die Datenverarbeitung zu legitimen Zwecken Voraussetzung für den Zugang zu den Angeboten sein kann.

Vor dem Hintergrund der Bemühungen der EU-Kommission, die o.g. Cookie-Fatigue zu bekämpfen, erscheint es umso erstaunlicher, dass die Konsequenz der weiten Auslegung des Art. 5 Abs. 3 ePD neue, weitere Cookie-Banner und zustimmungspflichtige Aktivitäten der Internetnutzer mit sich bringen wird. Dies ist nicht nur ordnungspolitisch falsch, sondern führt die Bemühungen der EU-Kommission, die Situation rund um Cookie-Banner zu vereinfachen, ad absurdum. Ebenso wird der derzeit von der EU-Kommission vorgeschlagenen Cookie-Pledges unterminiert, wenn Art. 5 Abs. 3 ePD derart weit ausgelegt wird.

b. Negative Auswirkungen auf die europäische Medienlandschaft

Eine Auslegung des Art. 5 Abs. 3 ePD, welche die Anwendbarkeit auf die gesamte elektronische Kommunikation erweitert, steht in deutlichem Widerspruch zu der OH Telemedien 2021 und führt zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Meinungs- und Informationsfreiheit gemäß Art. 11 der Charta der Europäischen Grundrechte. Dieser Einwilligungs- und Rechtfertigungsvorbehalt gefährdet langfristig die Freiheit der Medien, die Pluralität und das Recht auf freie Meinungsäußerung, da dieser die Verbreitung von privat-finanzierten Medieninhalten im Internet von der Einwilligung des Nutzers in nahezu jeden Verbindungsvorgang abhängig macht.

Zudem ermöglicht diese Auslegung eine behördliche Kontrollmöglichkeit über die Frage der Unbedingtheit von Audio- und Videoinhalten auf Webseiten bei fehlender Nutzereinstimmung. Behördliche Bewertungen könnten die freie Verbreitung von Medieninhalten und Meinungen erheblich gefährden.

Es ist wichtig zu betonen, dass datenbasierte, funktionierende Websites sowie weitere Online-Angebote mit Werbeplätzen entscheidend für die Finanzierung freier Medien sind, insbesondere vor dem Hintergrund des Wettbewerbs mit globalen Big-Tech-Plattformen. Diese dominieren das Online-Werbeumfeld und beanspruchen den Großteil der Werbeerlöse für sich. Die Auslegung des Art. 5 Abs. 3 ePD sollte daher in Anbetracht dieser Marktsituation kritisch hinterfragt und auf ihre Medienverträglichkeit hin analysiert werden. Eine solche Auslegung könnte zusätzliche und innovationshemmende Hürden für die Verbreitung elektronischer Medien und die Ausspielung datenbasierter Werbung schaffen.

Nicht zuletzt ist zu befürchten, dass die unverhältnismäßig weite Auslegung des Art. 5 Abs. 3 ePD für erhebliche Standortnachteile für die Europäische Union sorgt – insbesondere vor dem Hintergrund wirtschaftsfreundlicherer Standards in anderen westlichen Industriestaaten. In einer Zeit florierender datenbasierter Geschäftsmodelle in der Europäischen Union wird die Auslegung – bedingt durch finanziellen und technischen Aufwand – besonders für kleinere und mittlere Unternehmen erhebliche Wettbewerbsnachteile mit sich bringen.

Die Umsetzung der in den Leitlinien veröffentlichten Anforderungen hat eine zwingende Anpassung aller Online-Auftritte zur Folge. Die damit verbundenen Kosten sowie der operative und technische Aufwand stehen in keinem Verhältnis zu den angestrebten Zielen europäischer Datenschutzpolitik. Sie widersprechen ihnen vielmehr sogar.

c. User Experience

Leere, weiße Internetseiten und noch mehr Einwilligungseinholungen sind definitiv nicht im Interesse oder Sinne der Nutzer.

d. Fehlender Anreiz für nicht-personalisierte Werbung

Wenn sämtliche Werbung zustimmungspflichtig wäre (was die Folge der neuen Regelungen wäre (siehe Ausführungen unter 3. „Technische Bewertung“)), fehlt der Anreiz der Industrie für nicht-profilbasierte Werbung. Die Forderung nach mehr kontextueller Werbung (bisher sog. „No-Consent-Werbung“ oder nicht-zustimmungspflichtige Werbung) verliert ihre Kerngrundlage, da auch sie zustimmungspflichtig wäre und für Webseiten-/Appbetreiber sowie die Werbewirtschaft gäbe es keinen Anreiz mehr, vermehrt kontextuelle, statt personalisierter Werbung auszuspielen.