

Datenschutz ist nicht Schutz von Datenimperien

Warum sich Verleger gegen Beschränkungen **rechtmäßiger** Datenverarbeitung durch Apple und Google wehren

Apple und Google ergreifen neue Maßnahmen, die das Datenschutzniveau innerhalb ihrer geschlossenen Ökosysteme erhöhen sollen. Im April 2021 rollte Apple eine Eingabemaske aus, die Nutzer animiert, Dritten keinen Zugriff auf die pseudonymisierte Geräte-ID (sogenannte IDFA) oder alternative Identifizierungsmöglichkeiten zu gewähren, die für interessenbasierte Werbung in Apps erforderlich ist. Seit dem Update müssen Verleger zwei Einwilligungen für das Kombinieren von Daten einholen. Eine eigene, datenschutzrechtlich erforderliche und zusätzlich eine nach Apples suggestivem Mechanismus. Google kündigte einen ähnlichen Mechanismus auf Android-Geräten an. Ab Ende 2023 will Google zudem über seinen marktbeherrschenden Browser Chrome auch keine Drittanbieter-Cookies mehr unterstützen, die Nutzerpräferenzen für zielgerichtete Werbung auf Webseiten offenlegen.

Erste Zahlen zeigen, wohin die Reise geht. Nach Apples Ausrollen der neuen »App Tracking Policy« brach bei einigen Verlagsangeboten die Quote der Nutzer, die Zugriff auf die Geräte-ID bewilligten, von rund 90 auf 10 Prozent ein. Liegt keine Einwilligung vor, sind die Preise, die Verleger für die Einblendung einer Anzeige abrufen können, derzeit um bis zu 60 Prozent geringer. Apple erlaubt es den Verlegern nicht einmal, die Nutzung ihrer Apps von der Einwilligung in den Zugriff auf die Geräte-ID abhängig zu machen. Ein Verleger muss also allen Nutzern die gleichen Leistungen erbringen, obwohl nur

noch einige von ihnen durch ihre Daten zur Werbefinanzierung beitragen. Apple gibt damit faktisch die Preise bzw. die Gegenleistung vor, die Verleger bei Endnutzern durchsetzen können. Gleiches droht durch Googles Abstellen von Drittanbieter-Cookies.

Interessenbasierte Digitalwerbung ist unerlässlich

Auch schon ohne diese zusätzlichen Beschränkungen durch Google und Apple stehen die Verlage vor enormen Herausforderungen. Um im Werbemarkt nicht immer weiter hinter die Giganten Google und Facebook zurückzufallen, haben Zeitschriften- und Zeitungsmedien in den letzten Jahren viel in die Verbesserung interessenbasierter Digitalwerbung investiert. Die Fortschritte drohen nun aber zu zerbröseln, da die ohnehin systemisch haushoch überlegenen Plattformen den datenschutzrechtlich zulässigen Zugang zu genau den Daten erschweren oder unterbinden, die nach dem aktuellen Stand der Technik für effektive Werbung unerlässlich sind. Ohne Zugang zu pseudonymisierten Identifizierungsmöglichkeiten lässt sich weder Werbung auf die Interessen der Nutzer zuschneiden noch der Erfolg von Werbekampagnen messen. Es droht der Rückfall in eine Welt von (für den Nutzer) irrelevanter, repetitiver Bannerwerbung, selbst wenn ein Nutzer dieses Ergebnis gerade dadurch vermeiden wollte,

dass er einem digitalen Presseangebot zuvor direkt die Nutzung seiner Daten bewilligte. Wie die aktuelle Preisentwicklung bei Anzeigen belegt, schmälert das den Wert von Verlagsinhalten als Werbemedium erheblich.

Datenimperien von Apple und Google wachsen rasant weiter

Erschwerend kommt hinzu, dass in beiden Fällen spiegelbildlich zur Beeinträchtigung der Verleger die Werbeangebote von Apple und Google profitieren. Dies beruht darauf, dass beide Gatekeeper die konzerninterne Kombination von (sogenannten First-Party-) Daten von ihren Vorgaben ausnehmen. Apple und Google selbst können also weiterhin ohne die geschilderten Beschränkungen Daten aus den zahlreichen Diensten innerhalb ihrer Datenimperien zusammenführen, die zu den weltweit größten gehören und die Wettbewerber heute nicht mehr duplizieren können. Es überraschte wenig, dass Apple zeitgleich mit den Beschränkungen für alle anderen Werbeträger das eigene Angebot an personalisierter Werbung innerhalb von Apple-Medien für Werbekunden ausbaute. Noch ist Apple zwar vor allem für seine Hardwareprodukte bekannt (z. B. das iPhone). Doch das eigene Werbegeschäft mit Safari, App Store und Apple News ist bereits heute ein Milliardengeschäft – und das am schnellsten wachsende und profitabelste Geschäftsseg-

ment des Konzerns. Datenschutz endet offenbar dort, wo es um den Schutz eigener Werbeangebote geht.

Rechtswidrig im Datenschutz- und Kartellrecht

Apples und Googles Verhalten ist aber nicht nur scheinheilig; es ist auch kartellrechtswidrig. [1] Wie die britische Wettbewerbs- und die dortige Datenschutzbehörde in einer gemeinsamen Stellungnahme im Mai 2021 betonten, erlauben weder das Datenschutz- noch das Kartellrecht eine Lösung, die pauschal den Transfer personenbezogener Daten in einem Konzern ermöglicht, aber jedes Teilen mit Dritten unterbindet. [2] Ein solcher Ansatz schafft keinen Mehrwert für den Datenschutz. Die größten Gefahren gehen gerade von Tech-Konzernen aus, die so viele Daten und Macht gebündelt haben, dass es für ihre Dienste keine Alternativen gibt. Verbraucher sind diesen ausgeliefert und haben keine andere Wahl, als jeder Datenverarbeitung zuzustimmen. Dass es ein berechtigtes Interesse gibt, Nutzer vor Apps zu schützen, die den Datenschutz missachten, steht außer Frage. Apple stellte indessen klar, ohnehin jede App vor Aufnahme in den App Store von einem Expertenteam gründlich überprüfen zu lassen. Nach eigenen Angaben hat Apple allein im Jahr 2020 über 215.000 Apps abgelehnt, weil sie Datenschutzregeln verletzen.

Apples »App Tracking Policy« fördert auch nicht die Verbrauchersouveränität. Apples Anfrage lässt keinen Platz für wesentliche Informationen über die fragliche App, z. B. zum Finanzierungsmodell. Nutzer treffen daher keine informierte Entscheidung. Gleichzeitig werden granulare Einwilligungen, die Nutzer zuvor – voll informiert – einem Verleger erteilt haben, durch Apples erneute Anfrage entwertet. Google lässt Verbrauchern nicht einmal die Wahl, ob sie Drittanbieter-Cookies zulassen möchten. Selbst wenn man den Unternehmen, die in der Vergangenheit mehrfach durch Verstöße gegen Datenschutzregeln auffielen, einen Wandel vom Saulus zum Paulus abnehmen wollte, taugt der Datenschutzzeinswand hier also nicht als Rechtfertigung für die Beschränkung der Betätigungsfreiheit der Verleger.

Datenschutz oder Selbstbegünstigung?

Apples Botschaft an die Nutzer

Du entscheidest, ob du die App

- a) kostenlos und ohne Tracking oder
- b) kostenlos und mit Tracking nutzen willst.

Tracking bedeutet u. a., dass deine Daten an Datenbroker verkauft werden.

Du verhinderst, dass du das Produkt wirst.

Was das Pop-up wirklich bedeutet

Von deinem Klick hängt ab, ob die App

- a) mehr (und irrelevantere) Werbung anzeigen oder ein Entgelt von dir verlangen muss oder
- b) sich weiterhin durch Werbung finanzieren kann, die deinen Interessen entspricht.

Deine Entscheidung verhindert keinen Datenhandel, sondern entwertet die Einwilligungen, die du App-Entwicklern unter den weltweit strengsten Datenschutzregeln für die Verbesserung ihrer Dienste erteilt hast, während Apple weiterhin Daten für personalisierte Werbung zusammenführt.

Du verhinderst, bessere Produkte für weniger Geld zu bekommen.



Apples »App Tracking Transparency« (ATT) Pop-up

Machtmissbrauch und Wettbewerbsverzerrung

Diese Beschränkung des Wettbewerbs stellt vielmehr einen Missbrauch der Marktmacht von Apple und Google innerhalb ihrer jeweils abgeschotteten Ökosysteme dar. Der (dazu legitimierte) EU-Gesetzgeber hat weltweit die strengsten Maßstäbe für die Verarbeitung von Daten gesetzt und damit die Grenzen des zulässigen Wettbewerbs um werberelevante Daten abgesteckt. Soweit das Datenschutzrecht kommerzielle Datenverarbeitung erlaubt, eröffnet es Wettbewerb. Werden diese gesetzlich bestimmten Wettbewerbsperräume nun von (nicht legitimierten) Gatekeepern, die kraft Kontrolle des Zugangs zu Nutzern eine faktische Regelsetzungsmacht haben, zum Ausbau ihrer beherrschenden Positionen für Dritte einseitig eingeschränkt, wird Macht missbraucht und Wettbewerb verzerrt. Darum ist es zu begrüßen, dass Kartellbehörden weltweit diese teils umgesetzten, teils geplanten Maßnahmen genau beobachten. VDZ und BDZV sind in einigen dieser Verfahren für ihre Mitgliedsunternehmen aktiv. In Deutschland gehören sie zu den acht Verbänden der Medien- und Werbewirtschaft, die sich beim Bundeskartellamt über Apples neue Policy beschwerten. Im Juni 2021 kündigte das Amt daraufhin eine nähere Untersuchung von Apples Verhalten auf Basis des neuen § 19a GWB an. [3] Verbraucher und Verleger haben ein Recht darauf, dass in ihrem Verhältnis datenschutzrechtlich zulässige und ökonomisch wichtige Datenverarbeitungen ungestört stattfinden können, die bessere und kostengünstigere Produkte ermöglichen. Auch im Interesse der Medienvielfalt obliegt es nun den Kartellbehörden, dieses bedeutsame Recht den gegenüber Monopolplattformen mit gegenläufigen Wirtschaftsinteressen zu verteidigen, denen sich Verbraucher und Verleger aus eigener Kraft nicht mehr entziehen können.

misch wichtige Datenverarbeitungen ungestört stattfinden können, die bessere und kostengünstigere Produkte ermöglichen. Auch im Interesse der Medienvielfalt obliegt es nun den Kartellbehörden, dieses bedeutsame Recht den gegenüber Monopolplattformen mit gegenläufigen Wirtschaftsinteressen zu verteidigen, denen sich Verbraucher und Verleger aus eigener Kraft nicht mehr entziehen können.

[1] Vgl. hierzu die Analyse in der aktuellen Ausgabe der Zeitschrift für Digitalisierung und Recht (ZfDR): Höppner/Westerhoff, Wettbewerbsbeschränkungen unter dem Deckmantel des Datenschutzes, ZfDR 3/2021, S. 280-306.

[2] CMA/ICO, Competition and data protection in digital markets, 19.05.2021, <https://bit.ly/2VO6ZCE>, Rn. 82.

[3] BKartA, Verfahren gegen Apple nach neuen Digitalvorschriften (§ 19a Abs. 1 GWB), PM v. 21.06.2021, <https://bit.ly/3xDIB3T>. Die Autoren vertreten die Beschwerdeführer in diesem Verfahren.



Prof. Dr. Thomas Höppner
LL.M., Professor für Wirtschaftsrecht, Partner bei Hausfeld Rechtsanwälte LLP



Philipp Westerhoff
LL.M., Maître en droit, Senior Associate bei Hausfeld Rechtsanwälte LLP