



EU-Commission
Digital Market Act

BUNDESARBEITSKAMMER

PRINZ-EUGEN-STRASSE 20-22
1040 WIEN
www.arbeiterkammer.at

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel 501 65	Fax 501 65	Datum
	BAK/KS-	Mag Daniela	DW 12722	DW 142722	30.08.2023
	Stg/DZ/BE	Zimmer			

Konsultation der EU-Kommission zum Digitale Märkte Gesetz – Überprüfung der Profilingtechniken von Konsument:innen

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Bundesarbeitskammer (BAK) bedankt sich für die Information über die im Betreff genannte Konsultation der EU-Kommission. Nach Art 15 des Digitalen Märkte Gesetzes (DMA) haben digitale Torwächter (Gatekeeper) eine von unabhängigen Stellen geprüfte Beschreibung aller Techniken zum „Verbraucher-Profiling“ auf den erfassten zentralen Plattformdiensten der EU-Kommission vorzulegen. Diese kann das Prüfverfahren mit einem Durchführungsrechtsakt näher ausgestalten. Die BAK erlaubt sich, zum diesbezüglichen Entwurf wie folgt Stellung zu nehmen:

Zu Abschnitt 2 Informationen über Profilingtechniken bezüglich Konsument:innen

Welche konkreten Ziele mit der Erhebung der von Torwächtern benutzten Profilingtechniken verbunden sind, geht aus Art 15 DMA, der die Prüfung anordnet, nicht hervor. Vor diesem Hintergrund geht die BAK davon aus, dass der allgemeine Zweck (Art 1 DMA), faire Märkte im digitalen Sektor sicherzustellen, im Fokus steht. Dazu zählt vor allem, dass sich Torwächter nicht durch systematische Rechtsverletzungen – etwa der DSGVO, der e-Privacy RL oder dem EU-Verbraucherrecht – unlautere Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen verschaffen. Hinzu kommt wohl die Prüfung der Einhaltung DMA-spezifischer Pflichten, wie etwa das Verbot, Konsument:innendaten verschiedener eigener Dienste oder Diensten Dritter zusammenzuführen und weiterzuverwenden. Mit dem Erhebungsdesign des Entwurfes kann die Einhaltung der lauterkeitsrechtlichen und DMA-spezifischen Pflichten aus BAK-Sicht nicht annähernd belastbar überprüft werden. Der Umfang der Fragen ist daher deutlich zu erweitern und zu vertiefen.

Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung nach der DSGVO

Nach Punkt 2.1.b) müssen Torwächter die gesetzlichen Grundlagen für jeden Verarbeitungszweck von personenbezogenen Daten für Konsumentenprofile nach der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) anführen. Die Anforderungen an die Auskunftstiefe und -qualität sind viel zu gering, um die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung einigermaßen plausibel prüfen zu können.

- Für alle Anforderungen an eine wirksame Zustimmung von Konsument:innen zur Datenverarbeitung für Profiling nach der DSGVO sind Nachweise zu erbringen: Die Wirksamkeit einer Zustimmung hängt etwa davon ab, ob der/die betroffene Konsument:in zuvor über alle wesentlichen Details der Verarbeitung korrekt unterrichtet wurde, um die Tragweite seiner Zustimmung überhaupt abschätzen zu können. Die Zustimmung muss freiwillig, ohne jeden Zwang erfolgen. So darf etwa nach Art 7 Abs 4 DSGVO kein Druck auf Konsument:innen ausgeübt werden, etwa in der Form den Zugang zu Plattformdiensten davon abhängig zu machen, dass diese der Verarbeitung von zusätzlichen Daten, die für die Dienstleistung nicht nötig sind, zustimmen (sogenanntes Koppelungsverbot).

Unbedingt zu klären ist auch, ob der Torwächter den Konsument:innen die Wahl lässt, sich für Profiling oder eine Bezahlung seines Dienstes zu entscheiden. Diesfalls ist zu klären, ob die Zustimmung zur Datennutzung freiwillig ist. Dies hängt nicht zuletzt von der Gestaltung der Alternative (entgeltliche Leistung) ab. Eine von vielen Seiten geforderte Bedingung für die Wahl der Konsument:innen zwischen Zahlen mit Daten oder Geld wäre, dass Torwächter Konsument:innen auch über den ökonomischen Wert ihrer Profilingdaten unterrichten, um bei der Abwägung zwischen Zahlen mit Daten oder Geld eine informierte Entscheidung treffen zu können.

- Stützt sich der Torwächter darauf, dass die Datenverarbeitung für die Dienstleistung nötig ist, hat er die Gründe hierfür nachvollziehbar auszuführen. Die BAK verweist auf die jüngste E des EUGH gegen Meta, der diese Rechtsgrundlage im Dienste des Grundsatzes der Datenminimierung äußerst restriktiv auslegt (siehe: C-252/21 vom 4.7.2023; <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=275125&pageIdex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>).
- Sollte sich der Torwächter damit verantworten, dass er berechnete Interessen an der Verarbeitung hat und Interessen oder Grundrechte der betroffenen Person demgegenüber nicht überwiegen, so hat er seine Interessensabwägung detailliert zu beschreiben. Die Anforderung an einen solchen Nachweis ist nochmals höher, wenn Daten von Kindern verarbeitet werden (Art 6 Abs 1 Z f DSGVO).
- Die Verarbeitung muss nach „Treu und Glauben“ (Art 5 DSGVO) erfolgen. Vor diesem Hintergrund hat der Torwächter sein Webdesign einer Überprüfung zu unterziehen und nachzuweisen, dass keine „Dark Patterns“ zum Einsatz kommen, die Konsument:innen dazu verleiten, ihren Interessen widersprechend eine Zustimmung zur Datenverarbeitung zu erteilen (z.B. Desinformation durch Überinformation, über viele Subseiten zersplitterte

Informationen, unverständliche Wortwahl und vieles mehr). Art 25 des DSA sieht vor, dass Anbieter von Online-Plattformen „ihre Online-Schnittstellen nicht so konzipieren... [dürfen], dass Nutzer getäuscht, manipuliert oder anderweitig in ihrer Fähigkeit, freie und informierte Entscheidungen zu treffen, maßgeblich beeinträchtigt oder behindert werden“.

- Möchte der Torwächter Daten von Konsument:innen für einen anderen Zweck weiternutzen, als jenem für den sie ursprünglich erhoben wurden, sollte er erläutern, wieso er alle Anforderungen des Art 6 Abs 4 DSGVO für die Weiterverarbeitung von Daten erfüllt (insbesondere, weshalb Konsument:innen mit dieser Weiterverarbeitung rechnen müssen und welche Folgen sie für Konsument:innen hat).
- Beruft sich der Torwächter auf Art 89 DSGVO und behauptet, dass er Statistiken anfertigt und Daten für Zwecke von Forschung und Wissenschaft selbst nutzt oder Dritten bereitstellt, so sollte er nachweisen, warum er selbst oder Dritte die Voraussetzungen für dieses Forschungsprivileg erfüllen und welche Garantien die rechtmäßige Weiterverarbeitung der Profilingdaten sicherstellen. Nach Art 21 DSGVO haben Konsument:innen das Recht, „aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben“, gegen die sie betreffende Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten, die zu wissenschaftlichen oder zu statistischen Zwecken gemäß Artikel 89 Absatz 1 erfolgt, Widerspruch einzulegen. Es ist darzustellen, wie (einfach) Konsument:innen von diesem Recht Gebrauch machen können.
- Es ist darzulegen, wie der Torwächter mit Blick auf seine datengetriebenen Geschäftsmodelle konkret den Datenminimierungsgrundsatz (Art 5 DSGVO) umsetzt.
- Auch Fragen zu Privacy by design und default wurden unverständlicherweise ausgespart. Der Torwächter hat seine technischen und organisatorischen Maßnahmen zu beschreiben, die nach Art 25 DSGVO sicherstellen, dass durch Voreinstellung nur personenbezogene Daten, deren Verarbeitung für den jeweiligen Verarbeitungszweck unbedingt erforderlich ist, verarbeitet werden. Diese Verpflichtung gilt für die Menge der erhobenen personenbezogenen Daten, den Umfang ihrer Verarbeitung, ihre Speicherfrist und ihre Zugänglichkeit.
- Ein weiteres Defizit des Entwurfes betrifft den Jugendschutz. Der Torwächter sollte erläutern, wie er Kinder und Jugendliche schützt. Hat nach Art 8 DSGVO (Bedingungen für die Einwilligung eines Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft) ein Minderjähriger noch nicht das sechzehnte Lebensjahr vollendet, so ist die Datenverarbeitung nur rechtmäßig, soweit die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung erteilt wird.

Wie dieser Pflicht nachgekommen wird, ist unbedingt abzufragen. Ebenso wie er berücksichtigt, dass in den MS uneinheitlichen Altersgrenzen gelten, ab der Minderjährige selbst datenschutzrechtliche Zustimmungen erteilen können.

Automatisierte Entscheidungsfindung

Nach 2.1 h) des Entwurfes hat der Torwächter zu erläutern, ob er automatisierte Entscheidungsfindungen im Rahmen seines Profilings nutzt. Er hat die Anzahl und Ziele, die mit den automatisierten Entscheidungen verfolgt werden, die Algorithmen und die „rechtlichen Folgen“ (Anmerkung: gemeint ist wohl für die betroffenen Konsument:innen) zu beschreiben.

Diese Fragestellungen greifen zu kurz und sind zu ergänzen. Artikel 22 DSGVO regelt „automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling“: Demzufolge hat die betroffene Person „das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung — einschließlich Profiling — beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“. Folglich ist nicht nur nach den rechtlichen Folgen, sondern auch zwingend nach vergleichbaren Beeinträchtigungen für Konsument:innen zu fragen.

Außerdem ist nachzufragen, ob und wie die Zustimmung zu diesen Verarbeitungen nach Art 22 DSGVO bei Konsument:innen eingeholt wird, wie Betroffene ihren Standpunkt einbringen können oder die Entscheidung bekämpfen können und wie sichergestellt wird, dass keine besonders schützenswerte Daten nach Art 9 DSGVO mitverarbeitet werden.

Rechte der Konsument:innen

Die in Art 15 ff aufgezählten Konsument:innenrechte finden keinerlei Erwähnung. Es ist vom Torwächter darzulegen, auf welche Weise er die Rechtsausübung (Recht auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Vergessenwerden) organisatorisch unterstützt. Die BAK erreichen viele Beschwerden von Konsument:innen, die beklagen, dass einzelne Torwächter Auskunftsbegehren DSGVO-widrig nachkommen, indem sie auf passwortgeschützte Seiteninhalte mit standardisierten, vorgefertigten Antworten ohne individuelles Eingehen auf die gestellten Fragen verweisen. Konsument:innen erhalten auch auf expliziten Wunsch keine individuellen Auskünfte auf ihre Fragen. Das Transparenzgebot des Lauterkeits-, Verbraucher- und Datenschutzrechts wird auf diese Weise häufig verletzt. Vor diesem Hintergrund greift auch die Frage 2.2 j) des Entwurfes zu kurz, die nach Aktivitäten des Torwächters fragt, die Konsument:innen den Einsatz von Profilingstechniken wirksam bewusst macht. Neben den allgemeinen Inforechten der Art 12ff DSGVO sind die vertieften Auskunftsrechte (Art 15 DSGVO) und Löschroutinen (Art 17 DSGVO) bei einer Prüfung von Torwächtern mindestens ebenso beachtlich.

Datenübertragbarkeit

Erstaunlicherweise gibt es keinerlei Fragen zur Datenübertragbarkeit (Art 20 DSGVO), obwohl dieser Aspekt aus Wettbewerbssicht besonders interessant wäre. Konsument:innen haben demnach das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt haben, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten bzw einem Dritten ihrer Wahl zu übermitteln (sofern die Verarbeitung auf einer

Einwilligung oder einem Vertrag beruht und die Verarbeitung mithilfe automatisierter Verfahren erfolgt). Diese augenfällige Prüflücke ist zu schließen.

Zugriff auf Hard- und Software der Konsument:innen

Punkt 2.1k fragt zwar nach der Art der Zustimmung unter anderem auch nach der e-Privacy RL 2002/58/EG. Diese RL regelt die Berechtigung bzw das Verbot der Benutzung von Cookies und anderen Techniken (wie Canvas Fingerprinting), die in die Privatsphäre der Konsument:innen durch Zugriff auf ihre Endgeräte eingreifen bzw diese verletzen. Es ist unverständlich, dass zwar implizite nach Cookie-Management-Systemen gefragt wird, aber nicht die Art der Technik erhoben wird. So wäre genauer zwischen First und Third Party Cookies zu unterscheiden und zu erheben, ob auch – wie viele Expert:innen meinen – (absolut verpönte) Techniken wie Canvas Fingerprinting eingesetzt werden, die von Konsument:innen (im Gegensatz zu Cookies) nicht abgewehrt werden können.

DSA-Verbot von an Minderjährige gerichtete personalisierte Werbung

Punkt 2.1 f) erhebt die technischen Sicherheitsmaßnahmen, mit denen vermieden wird, dass personalisierte Werbung an Minderjährige ausgespielt wird. Zu beschreiben ist, wie Daten gesammelt werden, die es Torwächter erlauben, festzustellen, dass ein/e Nutzer:in minderjährig ist.

Die Fragestellung lässt jede Sensibilität in Bezug auf das Spannungsfeld „Minderjährigenschutz versus Datensparsamkeit“ vermissen, auf den EG 71 des DSA wie folgt eingeht:

„Der Schutz von Minderjährigen ist ein wichtiges politisches Ziel der Union. Eine Online-Plattform kann als für Minderjährige zugänglich angesehen werden, wenn ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen es Minderjährigen gestatten, den Dienst zu nutzen, wenn ihr Dienst sich an Minderjährige richtet oder überwiegend von Minderjährigen genutzt wird oder wenn dem Anbieter in anderer Weise bekannt ist, dass einige seiner Nutzer minderjährig sind, etwa weil er bereits personenbezogene Daten von Nutzern verarbeitet, aus denen das Alter der Nutzer zu anderen Zwecken hervorgeht. Anbieter von Online-Plattformen, die von Minderjährigen genutzt werden, sollten geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen zum Schutz von Minderjährigen treffen, etwa indem sie, soweit dies angezeigt ist, ihre Online-Schnittstellen oder Teile davon standardmäßig mit dem höchsten Maß an Privatsphäre und Sicherheit für Minderjährige gestalten oder indem sie Standards für den Schutz von Minderjährigen anwenden oder sich an Verhaltenskodizes zum Schutz von Minderjährigen beteiligen.

Sie sollten bewährte Verfahren und die verfügbare Anleitung – etwa jene in der Mitteilung der Kommission mit dem Titel „Eine digitale Dekade für Kinder und Jugendliche: die neue europäische Strategie für ein besseres Internet für Kinder (BIK+)“ – berücksichtigen.

Anbieter von Online-Plattformen sollten keine Werbung auf der Grundlage von Profiling unter Verwendung personenbezogener Daten des betreffenden Nutzers anzeigen, wenn sie hinreichende Gewissheit haben, dass der betreffende Nutzer minderjährig ist.

Im Einklang mit der Verordnung (EU) 2016/679, insbesondere mit dem Grundsatz der Datenminimierung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c jener Verordnung, sollte dieses Verbot den Anbieter der Online-Plattform nicht dazu veranlassen, mehr personenbezogene Daten als die, über die er bereits verfügt, zu speichern, zu erwerben oder zu verarbeiten, um zu beurteilen, ob der betreffende Nutzer minderjährig ist. Mit dieser Verpflichtung sollte daher für Anbieter von Online-Plattformen kein Anreiz dafür geschaffen werden, das Alter der Nutzer zu erfassen, bevor diese die Plattform nutzen.“

Vor diesem Hintergrund wären Torwächter zu fragen,

- ob und welcher genaue Dienst sich an Minderjährige richtet oder überwiegend von Minderjährigen genutzt wird.
- Ob dem Torwächter „in anderer Weise bekannt ist, dass einige seiner Nutzer:innen minderjährig sind, etwa weil er bereits personenbezogene Daten von Nutzer:innen verarbeitet, aus denen das Alter der Nutzer:innen zu anderen Zwecken hervorgeht“: wenn ja, wie stellt er dies fest.
- Hat der Torwächter schon vor Inkrafttreten des DSA bei der Registrierung oder danach laufend das Alter seiner Nutzer:innen abgefragt. Wenn nein, wie möchte er dem Personalisierungsverbot von Werbung gegenüber Minderjährigen nachkommen.
- Wann geht der Torwächter davon aus, dass mit „Gewissheit“ iSd DSA ein Minderjähriger den Dienst nutzt. Da Gewissheit – außer bei verifizierter Altersprüfung – eigentlich nie besteht, wird personalisierte Werbung unvermindert weiter ausgespielt oder hat der Torwächter im Zweifelsfall eine jugendschutzfreundliche Policy. Wenn ja, welche.

Künstliche Intelligenz

Aus BAK-Sicht fehlt jedenfalls eine Erhebung, ob und inwieweit der Torwächter KI im Sinne des Künstlichen Intelligenz Gesetzes (AIA) beim Profiling einsetzt. Auf welche Weise und was genau erfährt der Konsument darüber? Wie wird sichergestellt, dass es im Rahmen von Werbung und Vertrieb zu keiner verbotenen subliminaler Beeinflussungen bzw Beeinflussungen besonders verletzlicher Konsument:innengruppen im Sinn von Art 5 des AIA-Entwurfes kommt?

Im Dienste der von uns vertretenen Konsument:innen hoffen wir auf eine Berücksichtigung unserer Anliegen.