



STELLUNGNAHME

der IVW e.V.

zum Positionspapier der DSK vom 26. April 2018

„Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab
dem 25. Mai 2018“

1) Die IVW als Organisation

Die Informationsgemeinschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e.V. (IVW) ermittelt und prüft seit 1949 neutral und objektiv die Verbreitung von Werbeträgern. Mit der Schaffung der IVW haben sich Medienanbieter, Werbungtreibende und Werbeagenturen ein effektives Kontrollsystem geschaffen, das unter ihrer gemeinsamen Aufsicht steht.

Unter dem Dach der IVW werden nahezu alle relevanten Werbeträgergattungen erfasst: Zeitungen, Zeitschriften und weitere periodisch erscheinenden Presseerzeugnisse, Funkmedien (Radio und TV), Kinowerbung und Digital-Medien.

Der dahinter stehende Gedanke ist einfach und naheliegend. Das Funktionieren des Werbemarkts setzt Leistungsdaten zu den Werbeträgern voraus, die am Markt angeboten werden. Würden diese Daten aber von jedem Anbieter eines Werbeträgers für seine eigenen Werbeträger mit seinen eigenen, individuellen Methoden erhoben, wäre zum einen keine Vergleichbarkeit zu den Daten anderer Anbieter gewährleistet, zum anderen gäbe es auch keine unabhängige Sicherung der Datenqualität. Die Akteure am Werbemarkt haben diese Aufgaben daher einer gemeinsamen, übergeordneten Institution übertragen: Der IVW.

Die IVW liefert mit ihren Arbeitsergebnissen zuverlässige Daten für den Markt, für professionelle Werbungtreibende und für den Leistungswettbewerb der Medien untereinander. Als staatlich unabhängige, nicht kommerzielle und neutrale Prüfinstitution versorgt die IVW die Medien- und Werbebranche sowie die interessierte Öffentlichkeit mit grundlegenden Daten für die Vermarktung von Medien als Werbeträger.

Hinter den Mess- und Kontrollverfahren stehen vielschichtige Regelwerke, die von den Delegierten der Werbungtreibenden, Agenturen und Medienanbieter am „Runden Tisch“ der IVW ausgehandelt und beschlossen werden. Die Gremien sind dabei dem Konsens-Prinzip und dem Transparenzauftrag der IVW verpflichtet, d.h. die gegenläufigen Interessen von Anbieter und Kunde werden in der IVW dem gemeinsamen Nenner zugeführt. Die so entstandenen Definitionen und Konventionen bilden marktgängige Standards und die von der IVW bereitgestellten Daten konnten sich zur anerkannten Währung für die quantitative Werbeträgerleistung qualifizieren.¹ Das Konsens-

¹ Im Bereich der Feststellung und Kontrolle der Auflagenzahlen von Printtiteln (regionale und überregionale Tageszeitungen, Wochenzeitungen, Publikumszeitschriften, Fachzeitschriften, ePaper etc.) ist die IVW daher auch als der „Auflagen-TUV“ bekannt.



Prinzip sichert diesen Währungen die allgemeine Akzeptanz, die IVW ist in diesem Sinne ein klassisches Joint Industry Committee (JIC).

2) Währung für den deutschen digitalen Werbemarkt

Auch für das digitale Werbegeschäft ist die zentrale Voraussetzung für eine stabile, von allen Marktpartnern akzeptierte Währung eine neutrale Erfassung und Prüfung der erhobenen Nutzungsdaten. Mit den geprüften Leistungswerten „Pagelmpression“ und „Visit“ stellt die IVW diesen Währungsbaustein dem deutschsprachigen Online-Werbemarkt zur Verfügung. Die IVW-Verfahren stellen sicher, dass die Nutzung der digitalen Werbeträger nach einheitlichen Kriterien gemessen wird und somit dem Werbemarkt vergleichbare Basisdaten zur Wirksamkeit, Bewertung und Planung des Werbeträgereinsatzes zur Verfügung stehen.

Im Bereich Digital-Medien ist der für Deutschland relevante Werbemarkt mit rund 1730 Digital-Angeboten fast vollständig diesem IVW-Kontrollverfahren angeschlossen. Als digitale Werbeträger haben sich dabei Websites, mobile enabled Websites und Apps der IVW angeschlossen. Von den relevanten Akteuren am Werbemarkt fehlen lediglich die US-Unternehmen Facebook und Google.

3) Einschätzung der wesentlichen Inhalte der Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (DSK)

Aus Sicht der IVW enthält die Positionsbestimmung der DSK vier wesentliche Aussagen:

2.1) Die Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes (TMG) sollen bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit *„der Reichweitenmessung und des Einsatzes von Tracking-Mechanismen, die das Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen, ab dem 25. Mai 2018 nicht mehr angewendet werden.“*

Als Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Anbieter von Telemedien kommen nach der rechtlichen Einschätzung der DSK unmittelbar die *„Artikel 6 Absatz 1, insbesondere Buchstaben a), b) und f) DSGVO in Betracht.“*

2.2) Die Einwilligung des Betroffenen sei immer dann erforderlich, wenn Tracking-Mechanismen das *„Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen und bei der Erstellung von Nutzerprofilen.“*

In diesem Fall bedürfe es einer informierten Einwilligung im Sinne der DS-GVO in Form einer *„Erklärung oder sonstigen eindeutig bestätigenden Handlung“.*

2.3) *„Verarbeitungen, die unbedingt erforderlich sind, damit der Anbieter den von den betroffenen Personen angefragten Dienst zur Verfügung stellen kann“, können nach dem Positionspapier „ggf. auf Art. 6 Absatz 1 Buchstabe b) oder Buchstabe f) DSGVO gestützt werden.“*

2.4) *„Ob und inwieweit weitere Verarbeitungstätigkeiten rechtmäßig sind“, müsse „durch eine Interessenabwägung im Einzelfall auf Grundlage des Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f) DSGVO*



geprüft werden.“

Für die rechtliche Analyse der Thesen, die die DSK in ihrem Positionspapier aufstellt, schließt sich die IVW vollumfänglich den Ausführungen an, die der Zentralverband der Werbewirtschaft (ZAW e.V.) am 2. Mai veröffentlicht hat

<http://zaw.de/zaw/aktuelles/meldungen/Anlagen/Analyse-ZAW-DSK.pdf> .

Auch die Einschätzung der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD e.V.)

<https://www.gdd.de/aktuelles/startseite/zulaessigkeit-des-tracking-nach-der-ds-gvo>

teilen wir.

Das Positionspapier der DSK konstruiert für die dort genannten Datenverarbeitungszwecke einen weitreichenden Vorrang zugunsten der einwilligungsbasierten Datenverarbeitung, zugleich wird der Anwendungsbereich der Datenverarbeitung aufgrund berechtigter Interessen verkürzt. Eine solche starre Zuordnung bestimmter Verarbeitungszwecke und –maßnahmen zur einwilligungsbasierten Datenverarbeitung enthält die DS-GVO jedoch nicht, genau so wenig eine Vorrangstellung der einwilligungsbasierten Datenverarbeitung gegenüber den anderen Erlaubnistatbeständen.

Rechtlich entscheidend ist die Zuordnung eines konkreten Sachverhalts zu einem Erlaubnistatbestand der DS-GVO.

Die Datenverarbeitung aufgrund berechtigter Interessen (Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f) DS-GVO) kommt gleichberechtigt neben allen anderen Rechtfertigungsgründen des Artikel 6 für die in dem Positionspapier genannten Verarbeitungszwecke zur Anwendung.

4) Elemente der Interessenabwägung

Bei der Interessenabwägung ist individuell zu prüfen, ob die Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und ob nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.

Zu berücksichtigen sind insbesondere die konkreten Daten, die bei der Verarbeitung eingesetzten Technologien, die getroffenen technisch-organisatorischen Maßnahmen sowie die verfolgten Zwecke. Die zugrundeliegende Nutzungssituation und die Rechtsbeziehungen zwischen den Akteuren sowie die getroffenen Transparenzmaßnahmen sind ebenfalls umfassend und risikobezogen zu würdigen.

Die DS-GVO selbst zählt in den Erwägungsgründen eine Vielzahl von Zwecken auf, die als intendiert berechtigtes Interesse im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Buchstabe f DS-GVO anerkannt sind und im Rahmen der Interessenabwägung auch zur Datenverarbeitung berechtigen - zumal unter Berücksichtigung von Transparenzmaßnahmen des Verantwortlichen und ihrer Bedeutung für das



Merkmal der vernünftigen Erwartungshaltung des Betroffenen (ErwG 47) und der getroffenen technisch-organisatorischen Vorkehrungen, zum Beispiel in Gestalt der pseudonymen Datenverarbeitung.

In vielen Varianten der Reichweiten- bzw. Nutzungsmessung wird die vorzunehmende Interessenabwägung regelmäßig zu einer erlaubten Datenverarbeitung führen.

Für die Nutzungsmessung mit dem Mess-System SZM nG sei dies im Folgenden überblicksartig skizziert.

Das Interesse des für die Datenverarbeitung verantwortlichen IVW - Mitglieds liegt in der Teilnahme am Währungssystem als eine der Voraussetzungen für die Refinanzierung eines Digitalangebots, das von jedermann entgeltlos genutzt werden kann. Die Refinanzierung des Digitalangebots ist regelmäßig durch die Aufnahme von Werbung Dritter intendiert. Die Ergebnisse der technischen Nutzungsmessung sind dabei nicht die unmittelbare Datengrundlage für die Planung und Umsetzung der Werbung, sondern sie dienen dem Nachweis der quantitativen Leistung und der Vergleichbarkeit der Werbeträger (Basisdaten, vgl. Abschnitt 1).

Der europäische Gesetzgeber hat die Datenverarbeitung zu werblichen Zwecken als intendiertes berechtigtes Interesse bei der erforderlichen Interessenabwägung ausgewiesen (vgl. ErwG 47). Der Begriff Direktwerbung ist dabei weit auszulegen, und umfasst in Konsequenz des Anspruchs der DS-GVO, die Verarbeitung personenbezogener Daten technologieübergreifend umfassend zu regeln, jedwede Datenverarbeitung im Sinne von Art. 4 Nr. 2 zu werblichen Zwecken, unabhängig davon, in welchem medialen oder situativen Zusammenhang sie erfolgt.

Ist aber schon die Direktwerbung in der DS-GVO als mögliches „berechtigtes Interesse“ anerkannt, so muss das erst recht für die sachlogisch vorgelagerte Teilnahme eines digitalen Werbeträgers an einem neutralen Währungssystem der Fall sein.

Der Nutzer, der die Inhalte des Digitalangebots mit seinem Endgerät aufruft, wird nicht als solcher vom Mess-System erfasst. Erfasst wird jedoch die durch ihn initiierte Nutzung der Inhalte („Pagelmpressions“), wobei diese nach vorgegeben Regeln zu einem „Visit“ zusammengefasst werden können. Ein mögliche Berührung mit seiner datenschutzrechtlich geschützten Sphäre kann nur zu Beginn des Erfassungsvorgangs stattfinden, dieser Eingriff ist von geringer Intensität (vgl. dazu auch Abschnitt 5).

Im Rahmen der Interessengewichtung sind auf Seiten der betroffenen Person die „vernünftigen Erwartungen, die auf der Beziehung zu dem verantwortlichen beruhen, zu berücksichtigen.“ Um diese „vernünftigen Erwartungen“ ermitteln zu können, ist es zunächst erforderlich, den Erhebungs- und Verarbeitungskontext umfänglich zu analysieren. Bei der Situationsanalyse und dem durchzuführenden Abgleich mit dem Erwartungshorizont der betroffenen Person ist kein subjektiv-persönlicher, sondern ein objektiv normativer Maßstab anzulegen. Gerade bei kostenlosen Digitalangeboten, die häufig die digitalen Ableger von kostenpflichtigen Produkten wie Zeitungen, Zeitschriften etc. sind, wird es bei verständiger Betrachtung naheliegen, dass diese sich durch datengetriebene Werbung refinanzieren.



Gestützt wird dies regelmäßig durch die Informationen über die Nutzung des SZM-Systems, die dem Nutzer vom Betreiber des Digitalangebots auf diesem zur Verfügung gestellt werden (Art. 13 und 14 der DS-GVO).

Bei allen Prozessen werden vielfache technisch-organisatorische Maßnahmen beachtet.

Im Einzelnen:

5) Beschreibung des Mess-Systems

Das Mess-System arbeitet mit einem Zählpixel, das auf jeder Seite der kontrollierten Website eingefügt ist. (Skalierbares Zentrales Messsystem „SZM nG“, betrieben von der INFOnline GmbH in Bonn). Über diesen Zählpixel wird die Anzahl der Nutzeraktionen („Pagel Impressions“) auf einer Website erfasst. Diese einzelnen Nutzeraktionen können jeweils einem bestimmten, zusammenhängenden Nutzungsvorgang („Visit“) zugeordnet werden. Die Prüfer der IVW stellen sicher, dass dies entsprechend der detaillierten IVW-Richtlinien durchgeführt wird.

Der für die Messung eingesetzte „SZM-Tag 2.0“ besteht aus zwei Code-Teilen, nämlich aus einer externen JavaScript-Datei und weiteren JavaScript-Variablen. Durch den SZM-Tag, der auf der gemessenen Website integriert ist, wird der Messimpuls (d. h. der Messpixel-Request) an das Mess-System übermittelt. Löst der SZM-Tag einen solchen Request an das Mess-System aus, wird vom System auch geprüft, ob ein Cookie vorhanden ist oder nicht. Wenn kein Cookie vorhanden ist, versucht das System ein Cookie zu setzen. Dieses Cookie ist eine kleine Textdatei und enthält eine zufällige eindeutige Kennung, die vom Browser bei jedem Webseitenaufruf übertragen wird. Hierbei wird nicht die Cookie-Textdatei als solche übermittelt, sondern der Browser übermittelt auf Nachfrage den Inhalt des Cookies (Browserfunktion).

Die SZM-Reichweitenmessung verwendet zur Wiedererkennung von Computersystemen dabei alternativ entweder einen Cookie mit der Kennung „ioam.de“, ein LocalStorage Objekt oder eine Signatur, die aus verschiedenen automatisch übertragenen Informationen des Browsers erstellt wird. IP-Adressen werden nur in (durch Kürzung) anonymisierter Form verarbeitet.

Durch die kontinuierliche Messung wird die Nutzung der angeschlossenen Angebote zentral erfasst. Dabei werden anonyme Messwerte gebildet. Die Verarbeitung der durch ein Cookie ermöglichten Erfassung von Nutzungsvorgängen ist immer nur ein Zwischenschritt auf dem Weg zur Bildung einer Gesamtstatistik. In einem komplexen Zusammenwirken mehrerer Systemebenen werden die statistischen Daten zur Nutzungsintensität eines Werbeträgers übertragen und aggregiert. Durch die fortlaufende Aggregation der erfassten Nutzungswerte wird der Bezug zum einzelnen Nutzungsvorgang permanent und bis hin zur vollständigen Anonymisierung aufgelöst.²

² Beispiel: Das Nachrichtenportal FAZ.net als digitaler Ableger der überregionalen Tageszeitung F.A.Z. nimmt an der technischen Nutzungsmessung, Prüfung und Ausweisung durch die IVW teil. Wird am 22. Mai die Homepage von FAZ.net aufgerufen, löst das einen Zählimpuls aus, der als 1 Pagel Impression für FAZ.net zentral erfasst und gespeichert wird. Wird im Rahmen des einheitlichen Nutzungsvorgangs (Visit) danach noch ein Artikel auf der Homepage geöffnet und anschließend durch Mausklick zum Wirtschaftsteil und ins Feuilleton gewechselt, ergibt das drei weitere Pagel Impressions. In die Nutzungsstatistik wird das als insgesamt 4 Pagel Impressions und 1 Visit für das Portal FAZ.net aufgenommen. Dieser Wert wird mit allen anderen Pagel Impressions und Visits, die im Messmonat Mai auf dem Portal FAZ.net erfasst worden sind, zum monatlichen Gesamtergebnis zusammengeführt: 87.601.857 Pagel Impressions und 22.367.789 Visits.



Die Besonderheit des in Deutschland etablierten Systems³ ist dabei die technische Vollerhebung (Zensusmessung): Der gesamte, von allen Usern erzeugte Traffic auf den teilnehmenden Websites kann vom Mess-System erfasst werden. Unbedingt zu beachten ist bei dieser Vollerhebung, dass für die Gesamtstatistiken die *Nutzung einer Website* erfasst wird, nicht hingegen der *Nutzer der Website*. Denn die Leistungswerte der IVW beziehen sich auf den Werbeträger und dessen Nutzungshäufigkeit (Visits), nicht auf den Besucher (Visitor), der die Website aufruft. Aus den Leistungswerten „PageImpression“ und „Visit“ kann dementsprechend auch keinerlei Rückrechnung oder Rückschluss auf die Anzahl der Nutzer, Gruppen von Nutzern oder einzelne Nutzer gemacht werden. Für die Leistungswerte des Werbeträgers im IVW-System ist dieser Bezug weder erforderlich noch gewünscht.

Die statistischen Daten zur Nutzungsintensität eines Werbeträgers werden jeweils für einen gesamten Messmonat auf der Website der IVW öffentlich ausgewiesen. Die monatlichen Ergebnisstatistiken aller 1730 der IVW angeschlossenen digitalen Werbeträger sind abrufbar unter <http://ausweisung.ivw-online.de/>

6) Technisch-organisatorische Maßnahmen für das Mess-System (nicht abschließend)

2011 sind in Abstimmung mit den Landesaufsichtsbehörden für Datenschutz verschiedene Modifizierungen am Mess- und Prüfverfahren vorgenommen worden, um die von den Aufsichtsbehörden aufgestellten zusätzlichen Anforderungen an den Datenschutz zu erfüllen. Insbesondere werden die zu Beginn des Messvorgangs erfassten IP-Adressen seitdem vor jeglicher Verarbeitung gekürzt, um jeden Rückschluss auf eine natürliche Person unmöglich zu machen.

Die risikobasierte Betrachtungsweise ist insbesondere im Hinblick auf die Eingriffstiefe der Datenverarbeitung zu beachten. Die Verarbeitung personenbezogener Daten in pseudonymisierter Form ist von der DS-GVO als risikomindernd und damit abwägungsrelevanter Faktor anerkannt. Wie in den Erwägungsgründen formuliert, will die DS-GVO diese Form der Verarbeitung personenbezogener Daten fördern (ErwG 28, 29).

Allen Internetusern wird die Möglichkeit eingeräumt, der Nutzungsmessung durch das SZM zu widersprechen. Hierfür besteht eine Opt-Out-Möglichkeit, auf die die Web-Angebote ihre Besucher im Rahmen ihrer Datenschutzerklärung hinweisen.

Die INFOnline GmbH fungiert als Auftragsverarbeiter im Sinne der DS-GVO für die angeschlossenen digitalen Werbeträger.

Alle Messleistungen erfüllen die hohen Anforderungen des deutschen Datenschutzes. Dieses Qualitätsmerkmal wurde mehrfach auch durch regelmäßige TÜV-Zertifizierungen nachgewiesen. Zuletzt wurde dem SZMnG im Dezember 2016 vom TÜV Saarland das Zertifikat "Geprüfter Datenschutz" testiert.

³ Ähnliche Zensusmessungen werden auch in anderen Ländern der EU genutzt.



7) Fazit

Die Rechtsfrage, ob eine Profilbildung aufgrund des „berechtigten Interesses“ datenschutzkonform möglich ist, kann im Zusammenhang der IVW offen bleiben. Der Begriff des Profiling ist in der DS-GVO legal definiert, Art. 4 Nr. 4 DS-GVO. Er umfasst u.a. jede Art automatisierter Datenverarbeitung, die darin besteht personenbezogene Daten zu verarbeiten, um persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen zu bewerten, zu analysieren oder vorherzusagen. Hierunter fallen u.a. Daten mit Bezug zu persönlichen Vorlieben, Interessen, Verhalten und Aufenthaltsort. Derartige Rückschlüsse können und sollen aus den IVW-Leistungswerten „Pagelmpression“ und „Visit“ nicht gezogen werden.

Auch die Einordnung als „Tracking“ („-Mechanismus, der das Verhalten von Personen im Internet nachvollziehbar macht“), halten wir nicht für sachgerecht, da es bei der Bildung der beiden Leistungswerte „Pagelmpression“ und „Visit“ –wie gezeigt- um die Kumulierung pseudonymer Daten zu letztlich anonymen Nutzungswerten geht.

Entscheidend ist jedoch auch nicht die terminologische Zuordnung des SZM mG unter einen (im Übrigen unbestimmten) Oberbegriff, sondern allein die Abwägung auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 1 f der DS-GVO. Diese führt zur Bejahung der Zulässigkeit der Leistungswerte „Pagelmpression“ und „Visit“ auf der Grundlage von Artikel 6 (1) Buchstabe f DS-GVO.

Das Interesse der Anbieter digitaler Werbeträger an der Datenverarbeitung ist begründet in der Teilnahme am Währungssystem der IVW e.V. Die Teilnahme ist erforderlich als eine der Voraussetzungen für die Refinanzierung eines entgeltlosen Digitalangebots. Die Eingriffsintensität für den Nutzer eines Digitalangebots zu Beginn des Mess-Vorgangs ist denkbar gering, im weiteren Verlauf der Verarbeitung kommt es zu gar keinen Eingriffen. Ein Überwiegen der Interessen der Betroffenen ist nicht ersichtlich.

Die IVW-Leistungswerte „Pagelmpression“ und „Visit“ sind auf der Grundlage des Art. 6 Absatz 1 Buchstabe f der DS-GVO rechtskonform zu erheben.

Berlin, den 20. Juni 2018

Ansprechpartner IVW e.V.:

Dr. Kai Kuhlmann
(Geschäftsführer, Leiter Recht)

Kontakt:

Email: kuhlmann@ivw.de
Büro: 030-590099730
mobil: 0162-4110499
Am Weidendamm 1 A, 10117 Berlin
www.ivw.de