

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien sowie zur Änderung des Telemediengesetzes – TTDSG

(Referentenentwurf)

Stand: 22.01.2021



I. Einleitung

Der HDE bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Referentenentwurf.

Aus Sicht des Handelsverbandes sind die Regelungen zur Speicherung von und zum Zugriff auf Endgeräte von besonderer Bedeutung. Nicht erst seit der Corona-Krise befindet sich der Einzelhandel in einem Digitalisierungsprozess. Im Zuge der pandemiebedingten Ladenschließungen und Geschäftsbeschränkungen hat der Vertriebskanal des Onlinehandels noch einmal weiter an Bedeutung gewonnen, insbesondere um den Betrieb in der Krise überhaupt fortführen zu können oder auch um Kosten zu sparen und wettbewerbsfähig zu bleiben. Die Onlineaktivitäten sind vielfältig und erfassen neben dem Onlinehandel an sich beispielsweise auch Werbung – als Werbetreibender sowie als Anbieter von Werbemöglichkeiten –, Maßnahmen zur Betrugsbekämpfung oder die Bereitstellung von Plattformdienstleistungen.

II. Zu den Regelungen und Fragen im Einzelnen

1. Zu § 22 TTDSG

Die vorgeschlagene Regelung lässt eine Speicherung von oder den Zugriff auf Informationen auf dem Endgerät des Nutzers grundsätzlich nur zu, wenn eine Einwilligung vom Nutzer erteilt worden ist. Ausnahmen sollen lediglich für die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz oder, wenn es unbedingt erforderlich ist, um einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen zu können.

Damit soll die Regelung allein in einer Übernahme des Richtlinien textes aus dem Jahr 2009 bestehen, die den heutigen Anforderungen nicht gerecht wird und zu eng gefasst ist. Er bleibt sogar noch hinter den Mindestanforderungen des Entwurfes der E-Privacy-Verordnung zurück und stellt daher auch keine zukunftsweisende Regelung dar. Angesichts der bestehenden Krisensituation im Einzelhandel nutzen viele kleine und mittelständische Händler vermehrt digitale Vertriebskanäle, weil ihre Ladengeschäfte geschlossen sind. Angesichts der andauernden Beratungen über die E-Privacy-Verordnung sollte jetzt keine nationale Regelung getroffen werden, die gegenüber der bisherigen und voraussichtlich auch künftigen Rechtslage restriktiver ist, die absehbar nur eine kurze Zeit bis zum Inkrafttreten der E-Privacy-Verordnung gilt und einen mehrfachen Umstellungsaufwand für alle Handelsunternehmen mit sich bringt.



So ist beispielsweise die Reichweitenmessung für Onlinewerbung unverzichtbar, um die ordnungsgemäße Erbringung der Werbeleistungen nachzuweisen und abzurechnen. Eine einwilligungsbasierte Reichweitenmessung ist unserer Einschätzung nach außerhalb von Angeboten großer Plattformen, die eine Nutzerregistrierung voraussetzen, nicht verlässlich zu organisieren, weil oftmals keine differenzierte Zulassung bzw. die Ablehnung von Cookies erfolgt. Wenn eine verlässliche Reichweitenmessung nicht mehr möglich wäre, würden vielen kleinen und mittleren Unternehmen, auch aus dem Einzelhandel, Einnahmen aus der Bereitstellung von Werbemöglichkeiten entzogen. Aus der Perspektive der Werbetreibenden ist eine Konzentration im Werbemarkt zu befürchten.

Gleiches gilt für die Abrechnung von Dritt- und Kooperationsangeboten auf einer Internetseite im Wege des Affiliate-Marketings.

Weiterhin sollte unbedingt die Betrugsbekämpfung als Erlaubnistatbestand berücksichtigt werden. In den vergangenen Jahren haben Betrugsversuche im Bereich des Onlinehandels massiv zugenommen und schädigen Verbraucher und Handelsunternehmen in gleicher Weise. Einige Vorkehrungen zur Betrugsbekämpfung erfordern auch das Setzen von Cookies. Dies von der Einwilligung der Nutzer abhängig zu machen, macht keinen Sinn und würde die Betrugsbekämpfung erheblich erschweren.

Oft werden Cookies – unabhängig von Marketingzwecken – auch gesetzt, um die Gestaltung der Internetseite zu verbessern oder Probleme bei der Nutzung feststellen zu können. Zu diesem Zweck sollte eine Speicherung von Informationen auf dem Endgerät des Nutzers bzw. der Zugriff darauf ebenfalls gesetzlich erlaubt sein.

Bei der Gestaltung einer Webseite können die Betreiber im Rahmen ihrer freien Berufsausübung zudem zahlreiche Funktionen anbieten, die sowohl registrierten als auch nicht registrierten Nutzern der Webseite zur Verfügung gestellt werden. Hierzu ist auch von den Datenschutzaufsichtsbehörden ausdrücklich anerkannt, dass Betreiber von Webseiten berechnete Interessen hinsichtlich der Gestaltung ihrer Webseiten haben, etwa zur Bereitstellung besonderer Funktionen oder zur Optimierung des Webangebotes sowie der Personalisierung/Individualisierung des Angebotes.¹ Sofern dem, insbesondere durch eine transparente Gestaltung, ausreichende Interventionsmöglichkeit der Betroffenen und eine auch im Übrigen datensparsame und von den Nutzern subjektiv erwartbare Verarbeitung, keine Interessen der Betroffenen entgegenstehen, sollten auch die dafür erforderlichen Verarbeitungen personenbezogener Daten, etwa durch Cookies, ohne Einwilligung zulässig sein können.

¹ DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 12



Sowohl die Richtlinie als auch die Rechtsprechung des EuGH erlauben eine praktikablere Umsetzung der Richtlinie. So wird in der Begründung zu § 22 Erwägungsgrund 66 der Richtlinie 2009/136/EG zwar zitiert, dieser findet jedoch in der Regelung des § 22 keine Berücksichtigung. Erwägungsgrund 66 schreibt nämlich keineswegs für alle zur Erbringung des Dienstes nicht unbedingt erforderlichen Cookies eine Einwilligung vor, sondern lediglich – ausgehend von einer Reihe von legitimen Gründen – eine klare und verständliche Information, wenn Nutzer eine Tätigkeit ausführen, die zu einer Speicherung oder einem Informationszugriff führen. Dies wird ergänzt durch ein Recht, die Speicherung oder den Zugriff auf die Information abzulehnen. Eine Ablehnung soll wiederum nicht erforderlich sein, wenn die Speicherung der Information oder der Zugriff darauf unverzichtbar ist für die Nutzung des ausdrücklich angeforderten Dienstes.

Daraus den Schluss zu ziehen, dass quasi jede nicht unbedingt zur Erbringung des Dienstes erforderliche Speicherung von Informationen bzw. der Zugriff darauf eine Einwilligung erfordern soll, widerspricht den Wertungen des Erwägungsgrundes 66, der genauso Gesetzeskraft hat wie die Regelung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie selbst.

Auch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-673/17 (Planet 49) und die daraus folgende BGH-Entscheidung vom 28.05.2020 erfordern nicht die Regelung eines derart weitreichenden Einwilligungsbedürfnisses. Die EuGH-Entscheidung befasst sich nur mit den Anforderungen an eine Einwilligung nach Art. 5 Abs. 3 der E-Privacy-Richtlinie und mit der Weite der Informationspflichten, nicht aber mit der Frage, zu welchen Zwecken darüber hinaus eine Einwilligung für das Setzen von Cookies oder den Zugriff hierauf erforderlich ist. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war das Setzen von Cookies zum Zwecke der Werbung unter Profilbildung Gegenstand. Die hierzu geltenden Anforderungen hinsichtlich einer Einwilligung können nicht auf sämtliche anderen Zwecke übertragen werden, anderenfalls liefe der Erwägungsgrund 66 weitgehend ins Leere.

Wenn zum aktuellen Zeitpunkt überhaupt eine Neuregelung erfolgen soll, sollte diese weitere wichtige Zwecke für den Einsatz von Cookies, insbesondere die Reichweitenmessung und Abrechnung von Affiliate-Leistungen, die Betrugsbekämpfung sowie die Gestaltung des Webseitenangebotes berücksichtigen.

2. Zu Frage 1: Erforderlichkeit von Datenmanagement-Systemen/PIMS

Unserer Auffassung nach kann eine Regelung zu Datenmanagement-Systemen/PIMS im TTDSG zur Verwirklichung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des Nutzers beitragen. Bereits heute bestehen im Rahmen der freiwilligen Selbstkontrolle der Werbewirtschaft mit dem Deutschen Datenschutzrat Onlinewerbung auf deutscher und dem Portal Your Online Choices auf europäischer Ebene Möglichkeiten, Werbecookies zu verwalten.



Um einen Erfolg von Datenmanagement-Systemen im Sinne einer selbstbestimmten Entscheidung der Nutzer sicherzustellen, sollten folgende Voraussetzungen unbedingt berücksichtigt werden:

- Datenmanagementsysteme der Wirtschaft müssen möglich bleiben. Eine Beschränkung des Angebots auf staatliche Institutionen und Einrichtungen, die bestimmte Interessen außerhalb der Wirtschaft wahrnehmen, lehnen wir ab. PIMS dürfen nicht dazu genutzt werden, um Nutzer im Sinne paternalistischer Einflussnahme gegen Werbung zu mobilisieren, sondern sollten ein Instrument sein, dem Recht auf Selbstbestimmung Ausdruck zu verleihen und dies wirksam zur Geltung kommen zu lassen. Ein Ausschluss der Wirtschaft insgesamt würde bestehende Systeme ohne Grund gefährden. Eine Beschränkung auf bestimmte Institutionen ist zudem nicht erforderlich. Durch organisatorische Maßnahmen und wirksame Aufsicht kann eine Unabhängigkeit und ein ordnungsgemäßer Vollzug der Entscheidungen der Nutzer gewährleistet werden.
- Es darf weder einen generellen Vorrang der Voreinstellungen in Datenmanagementsystemen/PIMS gegenüber dem konkret geäußerten Willen des Nutzers noch ein Verbot der individuellen Frage nach einer Einwilligung geben. Vielmehr müsste es für Nutzer möglich bleiben, im konkreten Fall Cookies zu akzeptieren. Dies erfordert unserer Auffassung nach nicht nur die Freiheit der Diensteanbieter im Rahmen ihrer Berufsausübung, das Geschäftsmodell ihres Angebots zu gestalten, sondern auch der Grundsatz der informationellen Selbstbestimmung des Nutzers. Wenn zu irgendeinem Zeitpunkt getroffene Voreinstellungen die Änderung im konkreten Fall ausschließen würden, begäbe sich der Nutzer in ein bevormundendes System, das keine individuelle Entscheidung des Nutzers im konkreten Fall mehr ermöglichte, ohne jedes Mal die Grundeinstellungen des Datenmanagements-Systems zu ändern, was aus Gründen des mangelnden Komforts wohl häufig unterbliebe.
- Die Umsetzung der individuell erteilten Einwilligung durch den Browser bzw. das Betriebssystem müsste sichergestellt werden (generell zur Regelung zu den Browsereinstellungen siehe unten unter Punkt II.3.)

3. Zu Frage 2: Regelung zu Browsereinstellungen

Eine Regelung zu Browsereinstellungen mit dem Ziel zu verhindern, dass diese herstellerseitig so eingestellt sind, dass trotz einer Einwilligung des Nutzers ein Zugriff auf Informationen verhindert wird, halten wir für dringend erforderlich. Die Regelung sollte jedoch nicht nur den Zugriff auf Informationen, sondern auch das Setzen eines Cookies erfassen. Außerdem sollte die Regelung nicht nur für Voreinstellungen im Browser gelten, sondern sicherstellen, dass jede vom Nutzer erteilte Einwilligung im Sinne einer umfassenden Befolgungspflicht vom Browser oder Betriebssystem vollzogen werden muss.



Anderenfalls bestünde die Gefahr einer massiven Konzentration im Markt für interessenbasierte Werbung. Letztlich wären die wenigen marktführenden Hersteller von Browsern und Betriebssystemen in der Lage, den Zugang von Diensteanbietern zur Einholung einer Einwilligung des Nutzers zu kontrollieren. Um sicherzustellen, dass jeder Anbieter mit dem Nutzer im Rahmen des Nutzungsverhältnisses in Kontakt treten und eine wirksame Einwilligung einholen kann, sollte eine Pflicht zur Befolgung von im Rahmen des einzelnen Internetaufrufs erteilten Einwilligungen durch den Browser bzw. das Betriebssystem gesetzlich verankert werden.

III. Fazit

Aus Sicht des HDE ist die in § 22 TTDSG für den Einsatz von und den Zugriff auf Cookies vorgeschlagene Regelung zu eng und wird den heutigen Anforderungen nicht gerecht. Sie bleibt sogar stark hinter den als sehr restriktiv geltenden Regelungsvorschlägen auf europäischer Ebene zurück. Wenn zum aktuellen Zeitpunkt überhaupt eine Regelung getroffen werden sollte, müsste Erwägungsgrund 66 der Richtlinie 2009/136/EG stärker berücksichtigt werden. Insbesondere die Reichweitenmessung und die Abrechnung von Affiliate-Leistungen, die Betrugsbekämpfung sowie die Gestaltung des Webseitenangebotes sind beispielweise wichtige Zwecke, an denen die Diensteanbieter ein berechtigtes Interesse haben und für die keine Einwilligung des Nutzers erforderlich sein sollte.

Datenmanagement-Systeme/PIMS können einen Beitrag zur Verwirklichung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung haben, wenn

- die Trägerschaft nicht auf staatliche Institutionen oder wirtschaftsferne Interessenträger beschränkt ist,
- kein Vorrang der Voreinstellungen gegenüber einer im Einzelfall vom Diensteanbieter eingeholten Einwilligung und kein Verbot der individuellen Frage nach einer Einwilligung besteht und
- Browser und Betriebssysteme die erteilten Einwilligungen auch umsetzen müssen.

Generell sehen wir den Bedarf für eine gesetzliche Verankerung einer Befolgungspflicht für erteilte Einwilligungen. Diese sollte nicht nur im Hinblick auf den Zugriff auf Informationen, sondern auch für die Speicherung von Informationen und über die herstellerseitigen Voreinstellungen hinaus auch später gelten. Eine individuell erteilte Einwilligung sollte als Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung grundsätzlich vorrangig vor generellen Einstellungen in PIMS oder im Browser haben.