

Stellungnahme

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

Leipzig, 22. Januar 2021

Der Händlerbund e.V. vertritt als Branchenverband für den Online-Handel die Belange und Interessen zahlreicher kleiner und mittelständischer Unternehmen, die auf digitalem Wege mit Waren und Dienstleistungen in ganz Europa handeln. In diesem Sinne setzt sich der Händlerbund e.V. für einen sicheren und fairen Wettbewerb im E-Commerce ein, dessen Grundlage die Einhaltung und korrekte Umsetzung der europäischen und nationalen Vorschriften ist.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat nun den [Referentenentwurf](#) eines Gesetzes über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien sowie zur Änderung des Telemediengesetzes (TTDSG) vorgelegt. Insbesondere die vorgeschlagenen neuen Regelungen zum Setzen von Cookies betreffen den Online-Handel in Deutschland in hohem Maße.

Der Händlerbund e.V. bedankt sich daher für die Möglichkeit, Stellung zum Referentenentwurf nehmen zu können und steht im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens gerne jederzeit als Dialogpartner zur Verfügung.

Herausforderungen für den Online-Handel

Online-Händler nutzen seit jeher Cookies, also Textdateien, die auf dem Endgerät des Website-Nutzers gespeichert werden. Diese ermöglichen die Gewährleistung einer reibungslosen und einfachen Erfahrung des Kunden im Online-Shop. Nicht nur können Warenkörbe und Spracheinstellungen gespeichert werden, sondern es können Informationen über das Nutzerverhalten auf den Seiten generiert werden, mit denen Angebote ausgewertet und verbessert werden können. Dadurch steigert sich die Qualität des Angebots und auch eine einfachere Auswahl- und Bestellmöglichkeit für den Kunden.

In den letzten Jahren sorgten Urteile des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und Bundesgerichtshofes (BGH) für große Unsicherheit unter Betreibern von Webseiten. Beide Gerichte urteilten, dass das Setzen von technisch nicht notwendigen Cookies eine aktive Einwilligung des Webseitenbesuchers erfordert. Unklarheit besteht jedoch immer noch darüber, wie die aktive Einwilligung der Seitenbesucher eingeholt werden kann, wie ein Cookie-Banner konkret auszusehen hat oder welche Informationen in der Datenschutzerklärung im Einzelnen bereitgestellt werden müssen, um die Kunden ordnungsgemäß und umfassend zu informieren. Auch unter Juristen und Datenschutzexperten ist die konkrete Umsetzung der Urteile und gesetzlichen Vorgaben noch höchst umstritten. Zu weiterer Unsicherheit für Unternehmer führte die Zuständigkeit der einzelnen Datenschutzbehörden der Bundesländer, die teils unterschiedliche Rechtsauffassungen und Handlungsansätze zur Nutzung von Cookies vorhalten.

Der Händlerbund e.V. begrüßt vor diesem Hintergrund die Initiative des BMWi, für klare und eindeutige rechtliche Rahmenbedingungen insbesondere zur Nutzung von Cookies zu sorgen und die Datenschutzregelungen aus dem Telekommunikationsgesetz und dem Telemediengesetz im TTDSG-E zu vereinen. Für eine einheitliche und ausgeglichene Regelung ist der Händlerbund bereits Ende 2019 in einem Positionspapier eingetreten.¹

Allerdings besteht aus der Sicht des mittelständischen Online-Handels noch weiterer Nachbesserungsbedarf an den vorgeschlagenen Regelungen, um die Handhabe und Rechtssicherheit für die Betreiber von Webseiten zu erhöhen.

Außerdem ist noch fraglich, wie sich die Vorschläge des TTDSG-E zu den immer noch laufenden Verhandlungen über eine europäische E-Privacy-Verordnung verhalten. Das Ziel des deutschen Gesetzgebers sollte es sein, ein europäisches level-playing-field zu etablieren, anstatt weitere Belastungen insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmer zu schaffen, die damit auch einen wesentlichen Wettbewerbsnachteil für den Standort Deutschland darstellen.

Regelungen zur Einwilligung bei Endeinrichtungen, § 22 Abs. 1 TTDSG-E

Der vorgeschlagene **§ 22 Abs. 1 TTDSG-E** regelt im Einklang mit den Urteilen des EuGH und BGH, sowie eng gefasst an die europäische ePrivacy-Richtlinie (2002/58/EG),² dass der Endnutzer über das Setzen von Cookies zu informieren ist, und dass er zu einer solchen Endeinrichtung seine Einwilligung zu erteilen hat. Insofern bewertet der Händlerbund die Schaffung einer Rechtsgrundlage als durchaus positiv. In Bezug auf die Umsetzung besteht jedoch weitergehender Änderungsbedarf, um größere Rechtssicherheit für Webseitenbetreiber zu erlangen.

Die Änderung von einem wie bisher bestehenden Widerspruchsrecht des Endnutzer hin zu einer Einwilligungspflicht, ist aufgrund der bisherigen Rechtsprechung und -auslegung des EU-Rechts sinnvoll und überfällig. Es sorgt nicht nur für Rechtsklarheit, sondern auch für einen wirksamen Schutz der Privatsphäre der Webseitennutzer. Allerdings besteht auch weiter Raum für Verbesserungen, da zwar geregelt ist, dass eine Einwilligung zur Endeinrichtung erforderlich ist. Hier besteht jedoch Spielraum bei der Frage, wie konkret diese Einwilligung zu erfolgen hat.

Grundlage für die konkrete Ausgestaltung der Einwilligung soll die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) sein. Diese verlangt eine freiwillige, informierte, konkrete und durch eine eindeutig bestätigende Handlung getroffene Einwilligung des betroffenen Nutzers. Die Auslegung dieser Vorgaben ist mitunter sehr umstritten und bietet auch in der Formulierung im TTDSG-E keine ausreichende Rechtsklarheit für Betreiber von Webseiten. Der Händlerbund e.V. schlägt daher vor, dass der Gesetzgeber genauer definiert, wie eine zulässige Form der Einwilligung genau zu erfolgen hat. Die Bestätigung

1 Positionspapier: „Online-Handel schützen: Keine einseitige Cookie-Politik“, <https://www.haendlerbund.de/de/downloads/stellungnahmen/positionspapier-cookie-politik.pdf>

2 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=DE>

der Einwilligung über eine Funktion auf der Seite, so etwa durch ein Cookie-Banner, stellt aus Sicht des Händlerbundes eine geeignete Form der Einwilligung dar. Auch das aktive, faktische Nutzen bzw. Weiternutzen einer Website stellt eine wirksame konkludente Einwilligung zum Setzen der Cookies dar, wenn die Nutzer hierüber im Vorfeld eindeutig und verständlich informiert werden. Solche Regel würde die rechtlichen Unsicherheiten deutlich verringern.

Ausnahmen von der Einwilligungspflicht, § 22 Abs. 2 und 3 TTDSG-E

Der Regelungsentwurf sieht zwei Ausnahmen zum Einwilligungserfordernis nach § 22 Abs. 1 TTDSG-E vor, welche aus Sicht des Händlerbundes sinnvoll sind. Allerdings braucht es auch an dieser noch mehr Differenzierung und weitergehende Konkretisierung. Besonders müsste konkretisiert werden, wann ein Cookie unbedingt erforderlich oder technisch notwendig ist. Derzeit führt diese Frage zu einiger Unsicherheit in der Praxis.

Unklar ist zum Beispiel, ob Cookies als unbedingt erforderlich gelten, die im Zuge einer Nutzer-Überprüfung durch einen Captcha-Dienst gesetzt werden. Ebenso sollten Cookies erlaubt sein, die dafür sorgen, dass bestimmte Spracheinstellungen oder Produkte im Warenkorb eines Online-Shops gespeichert werden, auch wenn die Webseite verlassen wird. Alles andere würde die Erwartungen der Verbraucherinnen und Verbraucher nicht erfüllen.

Weiterhin sollte der Weg zur Interessenabwägung bei nicht unbedingt erforderlichen Cookies geöffnet werden. Für kostenfreie, werbefinanzierte Angebote im Internet sind Website- und Trafficanalysen mit Cookies oftmals wichtig, um die Finanzierung durch Werbung sinnvoll zu gestalten. Da es denkbar ist, dass genau dies in der derzeit verhandelten E-Privacy-Verordnung positiv geregelt wird, sollte die Bundesregierung keine Regelungen erlassen, die womöglich über die Verhandlungsposition des Rates der Europäischen Union hinausgeht. Sonst droht ein Szenario in dem werbefinanzierten Angeboten jetzt ein nicht rückgängig zu machender Schaden entsteht, obwohl die E-Privacy-Verordnung vielleicht eine Ausnahme von der Einwilligungspflicht in dieser Sache vorsieht.

Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit als zuständige Aufsichtsbehörde, § 25 Abs. 2 TTDSG-E:

Sehr positiv bewertet der Händlerbund e.V., dass künftig ausschließlich der oder die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) für die Aufsicht der Einhaltung des § 22 TTDSG-E zuständig ist. Dies führt für Einheitlichkeit und Rechtssicherheit, die unter der Aufsicht der Landesbehörden so nicht gegeben war, da diese mit unterschiedlichem Vorgehen und unterschiedlichen Auslegungen der Regelungen zum Setzen von Cookies eher für Unsicherheit und fragmentierte Durchsetzung führte.

Zu herstellerseitigen Einstellungen bei Browsern

Der Händlerbund e.V. unterstützt das BMWi bei der Frage, ob Browser herstellerseitig so eingestellt sein sollten, dass das Setzen von Cookies verhindert wird, auch wenn der Endnutzer dazu eingewilligt hat. Insbesondere mit Blick auf das Erlebnis von Kunden im Online-Shop sollte dies verhindert werden, etwa weil sonst bestimmte Funktionen wie etwa Seiteneinstellungen oder ein über mehrere Sitzungen bestehender Warenkorb beeinträchtigt werden. Wenn der Endnutzer nach einer verständlichen und klaren Informationen zum Setzen von Cookies einwilligt, sollte diese Entscheidung Bestand haben und nicht bereits durch die pauschale Browser-Voreinstellungen eingeschränkt werden.

Zur möglichen E-Privacy-Verordnung:

Aus Sicht des Händlerbund e.V. und seinen Mitgliedern ist es bedenklich, dass es nach über vier Jahren nach wie vor keine Klarheit bei den Verhandlungen über eine europäische E-Privacy-Verordnung gibt. Anfang 2021 hat die neue portugiesische Ratspräsidentschaft den nunmehr vierzehnten Vorschlag für eine gemeinsame Verhandlungsposition des EU-Ministerrats vorgelegt, ob dieser Versuch nun endlich mehr Erfolg als die vergangenen hat, ist derzeit fraglich. Für den Online-Handel bedeutet das natürlich weiterhin Unsicherheit.

Daher ist es positiv zu bewerten, dass das BMWi nun vorangeht, um Klarheit in der Frage zu schaffen, dass und wie die Einwilligung bei Endeinrichtungen erforderlich ist. Neben den in dieser Stellungnahme bereits genannten Vorschlägen zur Verbesserung, wird an die Bundesregierung appelliert, dass darauf zu achten ist, dass keine Wettbewerbshindernisse für den Wirtschaftsstandort Deutschland geschaffen werden. Sollten im TTDSG restriktivere Regelungen zum Setzen von Cookies eingeführt werden als in der künftigen E-Privacy-Verordnung vorgesehen, würde dies die Wirtschaft unnötig belasten. Wichtig ist daher, ein level-playing-field und einheitliche Regelungen innerhalb des Europäischen Binnenmarktes zu gewährleisten und die Anforderungen an die Einwilligung zu Endeinrichtungen in Deutschland nicht über das hinausgehen zu lassen, was realistisch in der zukünftigen E-Privacy-Verordnung festgeschrieben werden kann.

Die Bundesregierung sollte die in dieser Stellungnahme vorgeschlagenen Konkretisierungen und Nachbesserungen in ihre Erwägungen mit einfließen lassen, um ein modernes Datenschutzgesetz zu erlassen, das der Wirtschaft erlaubt auch weiterhin die Erwartungen der Verbraucherinnen und Verbraucher zu erfüllen, und damit auf europäischer Ebene mit diesen Regeln die Verhandlungen über die E-Privacy-Verordnung zu prägen und voranzutreiben.

Über den Händlerbund e.V.

Der Händlerbund ist ein 360° E-Commerce-Netzwerk, das gemeinsam mit seinen Service-Partnern und Mitgliedern die Professionalisierung von Händler aus ganz Europa vorantreibt. Seit Gründung im Jahr 2008 in Leipzig setzt sich der Händlerbund aktiv für die Weiterentwicklung der gesamten Branche

ein. Die rechtliche Absicherung und Beratung von Online-Händlern wird durch Unterstützung im Kundenservice, Marketing und Verkauf, Fulfillment sowie ein breites Angebot an Weiterbildungen, Events, News u.v.m. ergänzt. Aufgrund der rasanten Entwicklung des E-Commerce wurde der Händlerbund in kürzester Zeit zu Europas größtem Onlinehandelsverband.

Kontakt

Patrick Schwalger
Referent Public Affairs
patrick.schwalger@haendlerbund.de