

- Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh) -

Stellungnahme zur aktualisierten Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemedien

Berlin, den 14. März 2022

Ansprechpartnerin: Eva Behling, eva.behling@bevh.org

Der **Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh)** repräsentiert als die Interessenvertretung der Branche der in Deutschland aktiven Online- und Versandhändler Unternehmen aller Größen und aller denkbaren Handelsformen (Online, Multichannel, Katalog, TV-Shopping, Plattformhändler und -betreiber). Die Mitglieder des bevh stehen für mehr als 85% des gesamten Branchenumsatzes. Darüber hinaus sind dem Verband mehr als 130 Dienstleister aus dem Umfeld der E-Commerce-Branche angeschlossen.

Hinsichtlich der Aktualisierung der Orientierungshilfe für Anbieter*innen von Telemedien möchten wir auf folgende, aus Sicht der E-Commerce-Branche wichtige Punkte hinweisen, die wir für klärungsbedürftig halten und bei denen wir eine weitere Anpassung anregen:

1. Zu Punkt 2: „Abgrenzung der Anwendungsbereiche des TTDSG und der DS-GVO“ (S. 5)

Unter Punkt 2 führt die DSK aus:

„Mithin gelten die spezifischen Bestimmungen des § 25 TTDSG vorrangig vor den Bestimmungen der DS-GVO, soweit beim Speichern und Auslesen von Informationen in Endeinrichtungen personenbezogene Daten verarbeitet werden.“

Wir regen an, diese Ausführung zu konkretisieren bzw. zu überarbeiten. Die Regelung des § 25 TTDSG kann nach hiesiger Ansicht nicht „vorrangig“ vor den Regelungen der DSGVO gelten, da sie einem gänzlich anderem Rechtsregime entstammen. So dient das TTDSG im Rahmen der Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie dem Schutz der sicheren Datenübermittlung (Art. 7 GrCh), wohingegen die DSGVO bekanntlich den Schutz der personenbezogenen Daten bei der Verarbeitung gewährleistet (Art. 8 GrCh).

Die Ausführung kann dahingehend verstanden werden, dass für den Vorgang des Platzierens eines Identifiers auf einem Endgerät oder des Zugriffs auf Informationen einschließlich der damit einhergehenden Datenverarbeitung abschließend § 25 TTDSG gelten soll.

2. Zu Punkt 2 c): „Informiertheit der Einwilligung“ (S. 11)

Unter Punkt 2 c) führt die DSK aus:

„Die Einwilligung ist in informierter Weise einzuholen. Welche Informationen konkret zu erteilen sind, ergibt sich – im Unterschied zu der Aufzählung von erforderlichen Informationen gemäß Art. 13 DS-GVO – nicht unmittelbar aus dem Gesetz.“

Diese Formulierung überrascht. Denn sie lässt den Umkehrschluss zu, dass die Vorgaben des Art. 13 DSGVO gerade nicht anzuwenden sind bei einwilligungsbasierter Verarbeitung. Gemeinhin wird Art. 13 DSGVO auch für das Einholen von Einwilligungen als Richtschnur dafür angesehen, welche Informationen an die Hand gegeben werden müssen. Sollte Art. 13 DSGVO in solchen Fällen nicht entsprechend angewendet werden können, bitten wir um weitere Hilfestellungen für die Händler*innen.

3. Zu Punkt 2 c): „Informiertheit der Einwilligung“ (S. 12)

Im letzten Satz des Abschnitts heißt es:

„...wenn im Rahmen des Telemedizinangebotes Prozesse stattfinden, die sowohl unter das TTDSG als auch unter die DS-GVO fallen, ist über die beiden Rechtsgrundlagen jeweils separat zu informieren.“

In unserem Mitgliederkreis besteht Verwirrung darüber, ob auch in Fällen das § 25 Abs. 2 TTDSG die Angabe der Rechtsgrundlage erforderlich ist. Oftmals wird § 25 TTDSG so verstanden, dass nur § 25 Abs. 1 TTDSG auf die Wirksamkeitsvoraussetzungen der DSGVO verweist und bei Vorliegen eines Rechtfertigungstatbestands aus § 25 Abs. 2 TTDSG keine Informationspflicht nach der DSGVO vorliegt. Wir würden es begrüßen, wenn sich die DSK zu dieser Thematik äußern könnte um ein einheitliches Verständnis zu schaffen.

4. Zu Punkt 2 d): „Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung“ (S. 12)

Im zweiten Absatz dieses Abschnitts heißt es:

„Der Umstand, dass der Browser der Endnutzer:innen Cookies oder Web-Storage, z. B. Local Shared Objects (LSO) zulässt, kann dementsprechend auch – ungeachtet weiterer Aspekte wie Informiertheit oder Bestimmtheit – keine Einwilligung darstellen.“

Diese Auffassung können wir nicht teilen. Im Hinblick auf Einwilligungen werden dem TTDSG die Anforderungen und Rahmenbedingungen der DSGVO zugrunde gelegt. In Erwägungsgrund 32 S. 2 der DSGVO werden ausdrücklich "technische Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft" als geeigneter Weg benannt, um Einwilligungen aktiv erteilen zu können. Diese Erwägung sollte auch hier mit einfließen.

5. Zu Punkt 2 d): „Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung“ (S. 12)

Der dritte Absatz dieses Abschnitts beginnt mit:

„Die reine weitere Nutzung einer Webseite oder App, z. B. durch Handlungen wie das Herunterscrollen, das Surfen durch Webseiteninhalte, das Anklicken von Inhalten oder ähnliche Aktionen können ebenfalls keine wirksame Einwilligung für den Zugriff auf oder die Speicherung von Informationen auf einer Endeinrichtung darstellen.“

Von hiesiger Seite kann nicht nachvollzogen werden, weshalb das aktive Weitersurfen nach Auffassung der DSK kein aktives Handeln darstellen kann. Sofern der Bürger ausdrücklich darüber informiert wird, dass sein Weitersurfen als Einwilligung gesehen wird, sind den Anforderungen der Transparenz genüge getan und es ist die Entscheidung des mündigen Verbrauchers, ob er Anpassungen über den Cookie-Banner vornehmen oder die Einstellungen beibehalten möchte. Wir bitten daher um Klarstellung ob ein Weitersurfen keinesfalls als Einwilligung angesehen werden kann oder doch Ausnahmen möglich sind, beispielsweise wenn der Cookie-Banner weiterhin angezeigt wird und der Verbraucher jederzeit die Möglichkeit hat seine Meinung zu ändern und die Einwilligung anzupassen.

6. Zu Punkt 3 b) bb.: „Anwendungsbeispiele und Prüfkriterien“ (S. 24)

Im letzten Absatz des Abschnitts wird aufgeführt:

„Doch kann ein solcher Mehrzweck-Cookie nur dann von der Einwilligungspflicht ausgenommen werden, wenn für jeden einzelnen Zweck, zu dem der Cookie verwendet wird, die Voraussetzungen der Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG vorliegen.“

Hier bitten wir um weitere Ausführungen dazu, wie in solchen Fällen bei einer späteren Zweckänderung zu verfahren ist. Sofern der Kompatibilitätstest positiv ausfällt, dürfen die bereits vorliegenden Informationen, die einwilligungsfrei gemäß § 25 Abs. 2 TTDSG erfasst wurden, dann auf Grundlage allein von Art. 6 Abs. 4 DSGVO weiterverarbeitet werden?

7. Zu: „Hinweis: Einwilligungsbanner“ (S. 29)

In dem Hinweisfeld wird im zweiten Absatz geschrieben:

„Nicht jeder Einsatz von Cookies oder das anschließende Tracking ist per se einwilligungsbedürftig, daher sollten entsprechende Einwilligungsbanner nur eingesetzt werden, wenn tatsächlich eine Einwilligung notwendig ist.“

An dieser Stelle wären wir dankbar, wenn einzelne Beispiele von nicht einwilligungsbedürftigen Trackingarten aufgelistet werden könnten um auch hier ein einheitliches Verständnis zu schaffen.