

# Stellungnahme

---

**zum Vorschlag für eine Verordnung über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation**

**Stand: 26.04.2017**

[EU-Transparenzregister Nr.: 31200871765-41]



## I. Einleitung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels für rund 400.000 selbstständige Unternehmen mit insgesamt drei Millionen Beschäftigten und jährlich 430 Milliarden Euro Umsatz. Der Einzelhandel ist nach Industrie und Handwerk der drittgrößte Wirtschaftszweig in Deutschland. Der HDE hat 100.000 Mitgliedsunternehmen aller Branchen, Standorte und Größenklassen.

Der Einzelhandel ist ein wichtiger Teil der werbetreibenden Wirtschaft und damit Antreiber der Binnenkonjunktur. Der Anteil der kommerziellen Werbung am Bruttoinlandsprodukt in Deutschland beträgt 3.032,8 Mrd. Euro oder 1,5 %. Werbung steht damit in einer Reihe mit anderen bedeutenden Branchen der deutschen Wirtschaft.

Im Einzelhandel nehmen datenbasierte Geschäftskonzepte eine immer größere Rolle ein – nicht nur im Online-Handel, sondern auch im stationären Handel. Für Einzelhändler und Handelsunternehmen stellen sich mit dem Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung viele Fragen im Hinblick auf die künftige Zulässigkeit bisheriger datenschutzrelevanter Geschäftsabläufe.

Am 10. Januar 2017 hat die EU-Kommission den Entwurf für eine neue ePrivacy-Verordnung (EPR) vorgelegt. Die aktuell geltende ePrivacy-Richtlinie regelt die Vertraulichkeit der Kommunikation und bildet derzeit die Grundlage zahlreicher u. a. datenschutzrechtlicher Regeln im Telekommunikations- und Onlinebereich. Die Verordnung soll zusammen mit der DS-GVO ab dem 25. Mai 2018 anwendbar sein.

Die Anpassung der Geschäftsprozesse an die Datenschutzgrundverordnung wird durch das neue Gesetzgebungsverfahren erschwert, weil nicht alle Fragen zum Datenschutz abschließend politisch entschieden sind. Die Rechtsunsicherheit, die angesichts der umfassenden Neuregelung des Datenschutzrechts bereits sehr groß ist, wird durch das neue Gesetzgebungsvorhaben weiter vergrößert.

Die Möglichkeit, zielgruppenorientierte Online-Werbung zu schalten, ist für den Handel von großer Bedeutung. Die drohenden Einschränkungen bei der Zusammenarbeit mit externen Internetdienstleistern können erhebliche negative Auswirkungen für die Einzelhandelsunternehmen haben. Online-Händler, die ihre Shops über Online-Werbung (mit)finanzieren, könnten Werbeeinnahmen verlieren. Dies kann insbesondere für kleine Einzelhändler existenzgefährdend sein, die vom Strukturwandel im Einzelhandel bereits jetzt besonders betroffen sind.

## II. Positionen im Einzelnen

Der HDE fordert eine Regulierung von Cookies und anderen Informationsverarbeitungstechnologien, die Werbung, Marketing und werbefinanzierte Internetdienste weiterhin möglich macht. Verhältnismäßige Regelungen sind sowohl für den Online-Handel als auch für die Nutzung digitaler Dienstleistungen und innovativer Lösungen im stationären Handel von großer Bedeutung.

### 1. Erlaubnistatbestände der Datenschutzgrundverordnung übernehmen

Die Finanzierung von Internetdiensten durch Werbung erfordert das Schalten von zielgruppenorientierter Werbung. Datengetriebene Online-Werbung ist auch im Interesse des Handels unverzichtbar. Angesichts der Vielgestaltigkeit digitaler Dienste und des Mediennutzungs- und Konsumverhaltens



der Verbraucher können Werbung, Marketing und Vertrieb von Produkten in wettbewerbsfähiger Weise nur durch entsprechende Informationsverarbeitungsmaßnahmen im Netz organisiert werden. Dafür sind Cookies, insbesondere auch Drittanbieter-Cookies, unverzichtbar. Die Möglichkeiten des Einzelhandels, seine Produkte auch über digitale Kanäle zu bewerben, müssen in jedem Fall gewahrt werden.

Sichergestellt werden kann dies dadurch, dass die Erlaubnistatbestände der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO), insbesondere Artikel 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO, in Artikel 8 Abs. 1 des Vorschlags übernommen werden. Möglich wäre es auch, die Erlaubnisse nach Artikel 8 Abs. 2 des Kommissionsvorschlags für Verarbeitungen im Sinne von Artikel 8 Abs. 1 heranzuziehen und somit einen einheitlichen Katalog von Legalerlaubnissen zu textieren. Hierdurch würde eine mit der DS-GVO kohärente Regulierung geschaffen und die ePrivacy-Verordnung wäre auf dem gleichen Schutzniveau wie die DS-GVO angesiedelt. Dies erscheint nicht nur im Hinblick auf die laufende Anpassung der Datenverarbeitungsprozesse in den Unternehmen sachgerecht. Auch die Maßnahmen der digitalen Wirtschaft, darin eingeschlossen der Handel, Nutzern durch eine effektive Selbstregulierung Informationen, Transparenz und Auswahlmöglichkeiten betreffend den werbewirtschaftlichen Datenumgang zur Verfügung zu stellen, könnten (in Deutschland durch den DDOW) fortgesetzt und ausgebaut werden.

## **2. Wettbewerbsmechanismen im Online-Werbemarkt schützen**

Drittanbieter-Cookies und vergleichbare Technologien werden zudem eingesetzt, um die Nutzung/Reichweite von Werbeträgern im Digitalbereich valide und neutral zu ermitteln. Dies ermöglicht den informierten Leistungswettbewerb im Werbeträgermarkt und liegt im Interesse der Werbetreibenden, die in Digitalwerbung investieren. Ohne entsprechende Messungen durch neutrale Dritte, wäre die werbungstreibende Wirtschaft auf die Angaben der Anbieter von Werbeträgerleistungen angewiesen. Dies wäre weder effektiv noch verlässlich noch für den Wettbewerb der Werbeträger untereinander förderlich. In Artikel 8 Absatz 1 d) muss somit der zweite Halbsatz „sofern der Betreiber des vom Endnutzer gewünschten Dienstes der Informationsgesellschaft diese Messung durchführt“ unbedingt gestrichen werden.

Weitere legitime und notwendige Verarbeitungszwecke, die im Verordnungsvorschlag nicht zur Kenntnis genommen werden, kommen hinzu: Weit verbreitete und allgemein akzeptierte Abrechnungsmodelle im Bereich der Digitalwerbung setzen zum Beispiel voraus, dass (gerätebezogene) Nutzungsaktivitäten betreffend Online-Werbemittel erhoben werden können. Wenn ein Werbungtreibender für seine Online-Werbung nur dann zahlen muss, wenn ein Werbedisplay angeklickt wird, so muss auch dieser Vorgang konkret und korrekt nachgewiesen werden. Auch insofern gilt das vorstehend Gesagte, d. h. die Messung durch Dritte muss im Interesse der werbungstreibenden Wirtschaft ermöglicht werden. Das Gleiche gilt für die Überprüfung beauftragter Werbeschaltungen unter einer ganzen Reihe weiterer Aspekte, insbesondere zur Feststellung der Auslieferung von Online-Werbung, zur Ermittlung hinreichender, zugleich aber verbraucherfreundlicher Platzierung/Sichtbarkeit von Werbemitteln und zwecks Verhinderung von Klickbetrug und anderen unlauteren oder rechtswidrigen Praktiken in der digitalen Wertschöpfungskette.



### **3. Wettbewerbsverzerrungen durch Technikregulierung verhindern**

Die Technikregulierung in Artikel 10 Abs. 2 der Kommissionsvorschläge ist zu streichen. Bereits heute besteht die Möglichkeit, die Browsereinstellungen so vorzunehmen, dass Cookies insgesamt oder Drittanbieter-Cookies nicht zugelassen werden. Einstellungen können zudem so gesetzt werden, dass Cookies beim Schließen des Programms gelöscht werden. Es ist jedoch nicht erforderlich, diese Entscheidung vom Nutzer bei jeder Installation zu verlangen. Der vorgeschlagene Mechanismus würde nicht zu spezifisch informierten Entscheidungen der Nutzer führen und er wäre zugleich auch nicht wettbewerbsneutral. Die Regelung würde den Herstellern von Browsersoftware, anderen Zugangsdiensten oder -einrichtungen die Position von regelrechten Gatekeepern gegenüber allen anderen, nachfolgenden Stufen der digitalen Kommunikation und Wertschöpfung zuweisen, ohne dass hierfür überzeugende Gründe ersichtlich sind.

Wenn entgegen der Auffassung des HDE dennoch eine Technikregulierung vorgenommen werden soll, müssen Drittanbieter und Internetangebote nicht nur eine praktikable Möglichkeit haben, eine Einwilligung zum Setzen von Cookies durch den Nutzer einzuholen. Genauso sichergestellt werden muss – im Interesse der Anbieter wie auch der Verbraucher –, dass die hierfür notwendige technische Einstellung ohne Unterbrechung in einem Zug, d. h. unmittelbar aus dem Angebot heraus von der von Artikel 10 ins Auge gefassten Software auch umgesetzt wird. Eine entsprechende Schnittstelle bzw. eine hierzu verpflichtende Regelung sieht Artikel 10 des Kommissionsvorschlags bislang nicht vor. Aus den vorstehend genannten Gründen ist sie aber unerlässlich, da ansonsten wettbewerbsverzerrende Wirkungen nicht auszuschließen sind, wenn die Hersteller der Browsersoftware darüber entscheiden, ob und wie solche Schnittstellen eingerichtet werden. Dies gilt auch in Bezug auf gesetzlich legitimierte Verarbeitungsvorgänge, da diese ansonsten ebenfalls praktisch entwertet sein dürften.

### **4. Einwilligung durch fortgesetzte, aktive und informierte Nutzung des Internetdienstes weiter ermöglichen**

Die Möglichkeit, die Einwilligung konkludent durch eine fortgesetzte und aktive Nutzung des Internetdienstes erklären zu können, wenn und soweit der Nutzer hierüber klar und eindeutig unterrichtet wurde, sollte ebenfalls in Artikel 9 EPR aufgenommen, d. h. ausformuliert werden. Dieser Modus wird von der Mehrheit der Aufsichtsbehörden in der EU unter der derzeitigen ePrivacy-Richtlinie für möglich gehalten. Rechtssicherheit besteht wegen abweichender Einschätzungen aber nicht. Nachdem die Einwilligungsdogmatik nach der DS-GVO diesen Ansatz stützt, sollte mit der ePrivacy-Verordnung nunmehr für Kohärenz und Rechtssicherheit gesorgt werden.

### **5. Digitalisierung im stationären Handel nicht beeinträchtigen**

Die in Artikel 8 Absatz 2 des Kommissionsvorschlags vorgesehenen Möglichkeiten, Informationen zu erheben, die von Endeinrichtungen ausgesendet werden, um sich mit anderen Geräten und Netzanlagen zu verbinden, müssen unbedingt erhalten bleiben. Sie sind für die Nutzung von W-LAN und für die Bereitstellung von neuen Services im Rahmen der Digitalisierung im stationären Einzelhandel von großer Bedeutung. In dem Zusammenhang wird insbesondere die Verwendung einheitlicher Bildsymbole sehr begrüßt.

Gleichwohl wäre es hinsichtlich der Hinweispflichten wünschenswert klarzustellen, dass diese nicht nur auf physischen Aushängen erfolgen können, wie dies Erwägungsgrund 25 EPR suggeriert



(„...am Rande des betroffenen Bereichs...“), sondern auch in anderer geeigneter Weise, z. B. mittels Information über das betreffende Endgerät, eine Aufklärung erfolgen kann.

## 6. Direktwerbung gegenüber Bestandskunden beibehalten

Zu begrüßen ist auch die in Artikel 16 EPR weiterhin vorgesehene Möglichkeit, Bestandskunden mittels elektronischer Kommunikationsmittel anzusprechen, wenn sie dieser Nutzung nicht widersprechen. Hierzu behalten wir uns zu gegebener Zeit gesonderte Stellungnahme vor.

## 7. Bei Speicherung und Löschung Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten beachten

Die Regelungen zur Speicherung und Löschung von Daten in Artikel 7 Absatz 1 des Kommissionsvorschlags nehmen Bezug auf die DS-GVO. Allerdings sollte dies auch die nationalen Umsetzungsgesetze der Mitgliedstaaten berücksichtigen, sofern diese zulässige Modifikationen zu den Regelungen der DS-GVO erlassen haben. Auch kann die Einführung des Begriffs „Anonymisierung“ zu Schwierigkeiten führen, da er weder in der EPR noch in der DS-GVO definiert wird. Hier sollte sich an die bestehenden Definitionen gehalten und statt der Anonymisierung etwa die Pseudonymisierung oder Einschränkung verwendet werden. Anderenfalls kann es noch größerer Rechtsunsicherheit, vor allem durch Inkongruenzen zwischen den Regelungen der EPR und der DS-GVO kommen. Unterschiedliche Löschanforderungen würden etwa bei „gemischten“ Datensätzen praktisch zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Im letzten Satz des Artikel 7 Absatz 1 müsste daher zunächst ergänzt werden (Änderungen in kursiv): „...im Einklang mit der Verordnung (EU) 2016/679 oder den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten aufgezeichnet oder gespeichert werden.“

Im Übrigen soll jedenfalls auch der Artikel 7 Absatz 2 offensichtlich die Verarbeitung von personenbezogenen Daten regeln, da anstatt einer Löschung auch eine Verfremdung der Daten mittels „Anonymisierung“ möglich sein soll. Wenn elektronische Kommunikationsmetadaten personenbezogene Daten enthalten, sollte auch für diese die Vorschriften der DS-GVO sowie der nationalen Umsetzungsgesetze der Mitgliedstaaten gelten, so dass eine dem Artikel 7 Absatz 1 entsprechende Regelung eingeführt werden sollte. Insofern gelten die Ausführungen zu Artikel 7 Absatz 1 auch für den Absatz 2.

## III. Fazit

Der HDE sieht einen erheblichen Anpassungsbedarf bei dem Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation (COM (2017) 10), um weiterhin Online-Werbung, Marketing und werbefinanzierte Internetdienste zu ermöglichen:

- Um eine Kohärenz mit der Datenschutzgrundverordnung herzustellen und zielgerichtete Online-Werbung weiterhin zu ermöglichen, sollten Erlaubnistatbestände entsprechend Artikel 6 Absatz 1 DS-GVO, insbesondere Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f), in Artikel 8 Absatz 1 EPR übernommen werden. Möglich wäre auch, die Erlaubnisnormen des Artikel 8 Absatz 2 EPR auch auf Artikel 8 Absatz 1 zu beziehen und einen einheitlichen Katalog von Erlaubnissen zu formulieren.
- Für eine neutrale und valide Reichweitenmessung, für allgemein anerkannte Abrechnungsmodelle sowie zur Verhinderung von Klickbetrug sind Drittanbieter-Cookies erforderlich. In



Artikel 8 Absatz 1 d) muss somit der zweite Halbsatz „sofern der Betreiber des vom Endnutzer gewünschten Dienstes der Informationsgesellschaft diese Messung durchführt“ unbedingt gestrichen werden.

- Die Technikregulierung des Artikel 10 Absatz 2 EPR muss gestrichen werden. Sollte Artikel 10 Absatz 2 EPR entgegen dem Plädoyer des HDE beibehalten werden, muss zumindest sichergestellt werden, dass Drittanbieter und Internetangebote eine Einwilligung einholen können und eine entsprechende Schnittstelle für die unmittelbare Einholung dieser Einwilligung besteht.
- In Artikel 9 EPR sollte die Möglichkeit, die Einwilligung konkludent durch eine fortgesetzte und aktive Nutzung des Internetdienstes erklären zu können, wenn und soweit der Nutzer hierüber klar und eindeutig unterrichtet wurde, ausdrücklich aufgenommen werden.
- Unbedingt beizubehalten sind die Regelungen der Artikel 8 Absatz 2 und 16 Absatz 2 EPR
- In Artikel 7 Absatz 1 EPR sollte eine Berücksichtigung auch von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten enthalten sein. Zudem muss der Begriff der „Anonymisierung“ durch einen legal definierten Begriff aus der EPR oder der DS-GVO ersetzt werden. Schließlich sollte der Artikel 7 Absatz 2 EPR auch einen Verweis auf die DS-GVO sowie die nationalen Gesetze enthalten.