



Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Telekommunikations- Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG)

I. Allgemeines

Wie in der Einleitung zum Referentenentwurf zutreffend angeführt, führt das Nebeneinander von DS-GVO, TMG und TKG zu Rechtsunsicherheiten. Zusätzlich kompliziert wird die Situation durch das BGH-Urteil vom 28. Mai 2020 (I ZR 7/16 - Cookie-Einwilligung II), das nicht nur entgegen dem Wortlaut § 15 Abs. 3 S. 1 TMG im Sinne eines Einwilligungserfordernisses interpretiert, sondern die vorgenannte Regelung entgegen ihrem Standort in §§ 11 ff. TMG unabhängig vom Personenbezug der mit dem Setzen bzw. Auslesen des Cookies verbundenen Datenverarbeitung anwenden will. Außer für Spezialisten im Onlinedatenschutzrecht sind die Regelungszusammenhänge kaum mehr nachzuvollziehen und selbst diese sind sich bezüglich zahlreicher Detailfragen uneinig.

Dieses Problem betrifft auch nicht etwa exklusiv den Bereich der Internetwirtschaft. Auch normale Unternehmen, die eine Internetseite betreiben, sind Telemedienanbieter, sich aber, wie die Beratungstätigkeit der GDD zeigt, über die konkreten rechtlichen Rahmenbedingungen durchgeführter Onlinedatenverarbeitungen häufig im Unklaren. Die hinter dem Gesetzentwurf stehende Intention ist aus Sicht der GDD damit im Grundsatz zu begrüßen. Damit der Gesetzentwurf sein Ziel erreicht, besteht aus Sicht der GDD allerdings noch Anpassungsbedarf.

II. Zu ausgewählten Regelungen im Einzelnen

1. Fernmeldegeheimnis (§ 3 TTDSG-E)

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG-E sind Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienste und Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet. Anders als bislang von der herrschenden Ansicht vertreten, wären damit Arbeitgeber, die ihren Mitarbeitern die Privatnutzung betrieblicher Kommunikationsmittel ermöglichen, nicht mehr zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet und nicht mehr einer möglichen Strafbarkeit gemäß § 206 StGB ausgesetzt.

Dies erscheint sachgerecht, denn in diesen Fällen dienen die Kommunikationsmittel im Ausgangspunkt eigenen Kommunikationszwecken des Arbeitgebers und der Umstand, dass dieser ohne entsprechende Verpflichtung seinen Mitarbeitern die Privatnutzung der unternehmerischen Infrastruktur ermöglicht bzw. eine solche Nutzung zumindest duldet, sollte nicht dazu führen, dass dieser sich dem Risiko einer Strafbarkeit ausgesetzt sieht. Damit erhält der Arbeitgeber auch keinen Freifahrtschein, denn an die Vorgaben des Datenschutzrechts bleibt er in jedem Fall gebunden.

Einschränkungen vom Anwendungsbereich des TTDSG sollten auch für Telemedienangebote des Arbeitgebers gelten. Eine vergleichbare Regelung, wie sie heute § 11 TMG enthält, fehlt und sollte ergänzt werden.

2. Einwilligung bei Endeinrichtungen (§ 22 TTDSG-E)

Die geplante Regelung in § 22 TTDSG-E transferiert Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie (2002/58/EG) in der durch Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung in nationales Recht. Sie orientiert sich dabei unmittelbar am Wortlaut der europäischen Vorgaben.

Wichtige praxisrelevante Fragen im Zusammenhang mit Cookies und vergleichbaren Verfahren bleiben dadurch ungelöst. So stellen nach Auffassung der Art.-29-Datenschutzgruppe¹ First-Party-Analysecookies kaum ein Datenschutzrisiko dar, sofern sie nur für aggregierte Statistiken des Erstanbieters genutzt und von Websites verwendet werden, die in ihrer Datenschutzrichtlinie bereits unmissverständlich über die Cookies informieren und ausreichende Datenschutzgarantien bieten. Aufgrund der engen Vorgaben der ePrivacy-Richtlinie, wonach Cookies „unbedingt erforderlich“ für die Dienstleistungserbringung sein müssen, was für Analysecookies zweifelhaft ist, würde allerdings über einer entsprechenden nationalen Regelung stets das Damoklesschwert der potenziellen Europarechtswidrigkeit hängen.

Ähnliches gilt für die im geleakten alten Referentenentwurf noch enthaltene Regelung zu sog. Cookie Walls. Auch hier stellt sich die Frage, ob eine nationale Regelung, welche die vertragliche Vereinbarung von nicht unbedingt erforderlichen Cookies gestattet (vgl. § 9 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG-E des alten Referentenentwurfs), europarechtskonform wäre. Im Grunde droht jede nationale Abweichung vom Begriff der unbedingten Erforderlichkeit vor dem EuGH zu landen.² Insofern ist die in dem Referentenentwurf zum Ausdruck kommende Zurückhaltung, europarechtliche Regelungsspielräume und Konkretisierungsmöglichkeiten auszuloten, durchaus nachvollziehbar. Die Lösung zentraler Themen

¹ Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht, Stand: 07.06.2012, S. 11 f.

² Schwartmann/Benedikt/Reif, MMR 2021, 99 (100), abrufbar unter https://rsw.beck.de/rsw/upload/MMR/MMR_02-2021_-_Zwischenruf_1_1.pdf.



wird auf die europäische Ebene verlagert, was prinzipiell richtig ist, aus Sicht der Daten verarbeitenden Wirtschaft aber insofern misslich, als eine Einigung auf europäischer Ebene weiterhin nicht in Sicht ist.

Eindeutig erscheint, dass § 22 TTDSG-E unabhängig davon gilt, ob mit dem Cookie-Einsatz eine Verarbeitung personenbezogener Daten einhergeht. Dies entspricht den europäischen Vorgaben. Für den Fall, dass mit dem Cookie-Einsatz eine Verarbeitung personenbezogener Daten verbunden ist, stellt sich allerdings die Frage, ob § 22 TTDSG-E gleichwohl zugleich Rechtsgrundlage für die mit dem Setzen bzw. Auslesens des Cookies verbundene personenbezogene Datenverarbeitung sein soll. Die Gesetzesbegründung geht auf das Verhältnis zwar ein, die betreffende Passage ist jedoch nicht eindeutig. Insofern sollte daher eine Klarstellung erfolgen.³

§ 22 TTDSG-E müsste außerdem berücksichtigen, dass am Zugriff auf Endeinrichtungen und an der damit einhergehenden Datenverarbeitung in der Praxis häufig eine Vielzahl von Akteuren beteiligt ist. Dies gilt z.B. bei Website-Betreibern, die selbst weder auf Informationen von Endeinrichtungen zugreifen noch Daten verarbeiten, sondern dies lediglich durch Einbindung auf der Website ermöglichen. Insofern stellt sich die Frage, wen die Regelung in § 22 TTDSG konkret adressiert und wie Konstellationen mit mehreren Beteiligten, z.B. bei Werbenetzwerken, zu bewerten sind. Auf das datenschutzrechtliche Konzept zur Rollenverteilung bei mehreren Beteiligten an der Datenverarbeitung – (gemeinsame) Verantwortlichkeit bzw. Auftragsverarbeitung – kann nicht ohne Weiteres zurückgegriffen werden, da es sich im Ausgangspunkt nicht um eine Datenschutzregelung handelt, sondern vielmehr allgemein die Integrität des Endgeräts geschützt wird.

III. Zusatzfragen aus dem Anschreiben zur Anhörung

1. Erforderlichkeit einer Regelung zu Datenmanagementsystemen/PIMs im TTDSG

§ 3 TTDSG-E alt ging auf eine Empfehlung der Datenethikkommission (DEK) zurück, die Datentreuhandssystemen ein großes Potenzial attestiert. Mittels zertifizierter Datentreuhänder könnten Nutzerinteressen nach europäischen Datenschutzstandards wirksam durchgesetzt werden. Der Gesetzentwurf sollte dementsprechend – unter Berücksichtigung einiger Rahmenbedingungen⁴ und unter Orientierung an Art. 11 Data Governance Act vom 25.11.2020 – wieder um eine Regelung zu Personal Information Management Services (PIMS) ergänzt werden.

³ Schwartmann/Benedikt/Reif, a.a.O.

⁴ Schwartmann/Benedikt/Reif, MMR 2021, 99 (101).



2. Erforderlichkeit einer Browserregelung

Datenmanagementsysteme/PIMs sind nur dann effektiv, wenn Anbieter von Browsern auch an die Einstellungen der Datenschutzvorgaben durch den Nutzer – sei es eine Einwilligung zum Tracking oder die Ablehnung - gebunden sind und getroffene Einstellungen beim Ausspielen von Angeboten nicht schlicht ignorieren. Eine Browserregelung ist daher geboten.

3. Registrierungspflicht im Internet

Eine Registrierungspflicht im Internet, wie sie von der Innenministerkonferenz befürwortet wird, steht in Kontrast zu der aktuell in § 19 Abs. 2 TTDSG-E vorgesehenen Regelung, wonach Anbieter von Telemedien die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen haben, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist.

Aus Sicht der GDD darf das Internet kein rechtsfreier Raum sein. Die wirksame Bekämpfung von Hass- und sonstiger Kriminalität im Internet ist ein wichtiges Anliegen. Aus Sicht der betroffenen Nutzer liegt in einer Registrierungspflicht jedoch ein nicht unerheblicher Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Zugleich schränkt eine derartige Verpflichtung die Anbieter von Telemediendiensten in ihren unternehmerischen Freiheiten ein. Diese müssten ihre Nutzer registrieren, selbst wenn sie dies nach der Art des angebotenen Geschäftsmodells für ihre eigenen Zwecke nicht benötigen. Eine entsprechende Gesetzesänderung setzt die sorgfältige Abwägung aller dargestellten Interessen voraus. Die abschließende Bewertung eines solchen Vorhabens ist nur in Kenntnis der konkret verfolgten Zwecke, der Voraussetzungen und des Umfangs der Registrierungspflicht möglich.

Bonn, den 22.01.2021

Die Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD) tritt als gemeinnütziger Verein für einen sinnvollen, vertretbaren und technisch realisierbaren Datenschutz ein. Sie hat zum Ziel, die Daten verarbeitenden Stellen - insbesondere auch die Datenschutzbeauftragten - bei der Lösung und Umsetzung der vielfältigen mit Datenschutz und Datensicherheit verbundenen rechtlichen, technischen und organisatorischen Anforderungen zu unterstützen.

*Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V.
Heinrich-Böll-Ring 10, 53119 Bonn
info@gdd.de | www.gdd.de*