



BfDI

Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

Bonn, den 15.04.2021

Stellungnahme

des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie

am 21. April 2021

zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der
Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (TTDSG), BT-Drs. 19/27441



1. Abhängigkeit mit dem Telekommunikationsmodernisierungsgesetz (TKMoG)

Dieses Gesetzgebungsverfahren ist untrennbar mit dem Telekommunikationsmodernisierungsgesetz (TKMoG) verbunden. In der Anhörung zum TKMoG am 1. März 2021 im Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages habe ich bereits darauf hingewiesen, dass beide Gesetze zwingend zeitgleich in Kraft treten müssen. Ich möchte diese Notwendigkeit aufgrund des nun immer größer werdenden Zeitdrucks noch einmal besonders betonen (vgl. auch meine Stellungnahme zum TKMoG, Ausschussdrucksache 19(9)985).

2. Pflicht zur Nutzeridentifikation bei Telemedien

Kurz vor Abschluss der monatelangen Ressortberatung wurde eine neue Forderung des Bundesministeriums des Innern und der Innenministerkonferenz zur Nutzeridentifikation bei Telemedien eingebracht. Dies wurde nicht in den Gesetzentwurf der Bundesregierung übernommen, aber vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) im Anschreiben zur Einleitung der Verbändebeteiligung vom 12. Januar 2021 öffentlich gemacht. Anbieter von Telemedien sollen danach verpflichtet werden, Bestandsdaten ihrer Nutzer zu erheben und zu überprüfen.

Aus meiner Sicht ist diese Forderung abzulehnen. Sie sollte nicht im Wege einer „Formulierungshilfe“ im parlamentarischen Verfahren eingefügt werden. Sofern eine solche Identifikationspflicht alle Internetseiten umfasst, würde dies zu einer erheblichen anlasslosen Datensammlung führen. Der bisherige Grundsatz aus dem Telemediengesetz (TMG), dass Telemedien auch anonym oder pseudonym genutzt werden können, wurde in § 19 Abs. 2 TTDSG-E übernommen. Dies ist zum Schutz des Grundrechts auf Meinungsfreiheit auch zwingend erforderlich. Eine Identifizierungspflicht würde jeden, der sich auf einer Internetseite registrieren möchte, verpflichten, seinen Klarnamen und seine Kontaktdaten gegenüber dem Anbieter zu offenbaren. Soziale Netzwerke und große Internetkonzerne empfinden dies zweifellos als Vorteil, da sie dadurch noch bessere Nutzerprofile bilden können. Der Nutzer wäre dem hingegen schutzlos ausgeliefert, wenn er nicht gänzlich auf die Nutzung verzichten möchte. Es ist bereits zweifelhaft, ob eine solche Regelung überhaupt zur Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr geeignet ist. Angesichts der erst kürzlich erweiterten Meldepflichten von sozialen Netzwerken sollte zunächst evaluiert werden, ob an dieser Stelle überhaupt rechtlicher Handlungsbedarf besteht oder nicht eher ein Vollzugsdefizit der bestehenden Regelungen vorliegt.



3. Aufhebung der Rufnummernunterdrückung, § 15 Abs. 2 TTGSG-E

Ebenfalls kurz vor „Toresschluss“ der Ressortabstimmung wurde in § 15 Abs. 2 TTDSG-E eine Regelung eingefügt, wonach die Rufnummernunterdrückung eines Endnutzers bei bestimmten zentralen Rufnummern von Sicherheitsbehörden aufzuheben ist. Dies ist bislang nur bei Notrufnummern (insbes. 110 und 112) der Fall. Die Notwendigkeit einer solchen Regelung konnte mir nicht plausibel dargelegt werden. Um den Urheber von Drohanrufen ermitteln zu können, würde dies voraussetzen, dass dieser eine dieser zentralen Rufnummern anwählt und dabei von einem Anschluss anruft, der auf ihn selbst mit korrekten Bestandsdaten registriert ist.

Die Nutzer gehen prinzipiell davon aus, dass ihre Rufnummernunterdrückung immer wirksam ist. Sie können vorab nicht erkennen, ob ihre Rufnummer ausnahmsweise angezeigt wird. Hierzu müssten sie erst die aktuelle Veröffentlichung im Amtsblatt der BNetzA prüfen. Dies ist wenig realistisch und die Regelung damit intransparent.

4. Regelung zu Cookies, § 24 TTDSG-E

Erfreulich ist, dass § 24 TTDSG-E nunmehr endlich die ePrivacy-Richtlinie eng am Wortlaut und damit richtlinienkonform umsetzt. Der bisherige Zustand in Gestalt des nur teilweise noch anwendbaren TMG führte zu einer bedrückenden Rechtsunsicherheit für Unternehmen und Aufsichtsbehörden. Ich plädiere daher nachdrücklich dafür, diese Regelung im aktuellen Entwurf beizubehalten und hier - entgegen zahlreicher Forderungen - keine zusätzlichen Ausnahmen einzufügen. Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie ist eindeutig und abschließend. Jede zusätzliche Ausnahme wäre europarechtswidrig und würde die aktuell bestehenden Rechtsunsicherheiten fortführen. Da weiterhin unklar ist, wann und in welcher Form die ePrivacy-Verordnung in Kraft treten wird, ist es auch nicht angebracht, den derzeitigen Entwurf der ePrivacy-Verordnung jetzt ins TTDSG zu übernehmen. Die Richtlinie aus dem Jahr 2009 ist weiterhin in Kraft und daher umzusetzen.

5. Einwilligungen im Browser

Im Gesetzgebungsverfahren wurde die Forderung erhoben, dass Browser die Cookies einer Internetseite nicht blockieren dürfen, wenn der Nutzer dort eingewilligt hat. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass Browserhersteller nicht das auf Werbung basierende Geschäftsmodell von Internetseiten beeinträchtigen dürften.

Aus meiner Sicht ist es grundsätzlich ein begrüßenswerter Ansatz, Cookie-Einwilligungen zentral im Browser zu verwalten. Derzeit gibt es allerdings keine Standards oder „genormte Cookies“, nach denen Einwilligungserklärungen eines Nutzers auf einer Internetseite gespeichert werden. Es stellt sich daher die Frage, wie ein Browser erkennen soll, ob



ein Nutzer auf einer bestimmten Internetseite in Cookies eingewilligt hat und – bei einer Auswahlmöglichkeit – in welche Cookies genau. Nur dann könnte der Browser diese Cookies „durchlassen“. Die zuletzt im Gesetzgebungsverfahren angedachte Regelung würde faktisch darauf hinauslaufen, dass der Browser standardmäßig alle Cookies zulassen müsste. Eine solche Regelung wäre das Gegenteil des Grundsatzes „data protection by default“ aus Art. 25 Abs. 2 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Soweit hier wettbewerbsrechtliche Argumente angeführt werden, zeigt dies, dass die Verortung in einem Datenschutzgesetz bereits systematisch verfehlt ist. Es ist zudem unklar, in welchem Verhältnis eine solche Regelung im TTDSG zu § 4a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) stehen und wie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Ad-Blockern berücksichtigt werden soll.

Aus der Politik kam zuletzt noch die Forderung, Einwilligungen in Bezug auf Cookies im Browser zu verwalten, damit Cookiebanner entbehrlich werden. Hier ist zu beachten, dass es eine vergleichbare Einstellmöglichkeit in Browsern bereits gibt: Die „do-not-track“-Funktion. Diese scheitert in der Praxis aber daran, dass die Betreiber von Internetseiten diese Einstellung nicht beachten. Sie fragen den Nutzer gleichwohl stets nach seiner Einwilligung für Tracking-Cookies, obwohl er durch die „do-not-track“-Funktion seine Ablehnung bereits deutlich gemacht hat.

6. Zuständigkeiten, § 27 TTDSG-E

Die Zuständigkeitszuweisung in § 27 Abs. 1 TTDSG-E entspricht dem bisherigen § 115 Abs. 4 S. 1 Telekommunikationsgesetz (TKG), der durch das TKMoG aufgehoben wird.

§ 27 Abs. 2 TTDSG-E nimmt eine notwendige Klarstellung der Zuständigkeit vor. Nach meinem Verständnis unterfallen bereits jetzt Internetseiten von Telekommunikationsanbietern, auf denen Telekommunikationsdienstleistungen beworben werden und der Abschluss von Telekommunikationsverträgen ermöglicht wird, der Sonderzuweisung aus § 115 Abs. 4 TKG. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil zu „Planet 49“ (C-673/17) entschieden, dass es für die Anwendung der Regelungen zu Cookies (Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL) unerheblich ist, ob personenbezogene Daten verarbeitet werden. Danach ist zumindest unklar, ob die bisherige Zuständigkeitsnorm, die auf personenbezogene Daten abstellt, diese Fälle auch erfasst. § 27 Abs. 2 TTDSG-E ist daher in dieser Form notwendig. Es erscheint sachgerecht, die Zuständigkeit für die gesamte Internetseite rechtsklar beim Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) zu bündeln. Für Datenverarbeitungen beim Vertragsabschluss auf der Internetseite oder im Online-Kundencenter ist der BfDI zweifelsfrei zuständig. Hierbei werden aber die gleichen Cookies verwendet, die bereits beim Aufruf der Internetseite gesetzt werden. Es



wäre nicht sachgerecht, die Aufsicht hier zwischen Bund und Länder aufzuteilen. Es entstünden unweigerlich Doppelzuständigkeiten. Da ein Verstoß nur einmal geahndet werden kann (Strafklageverbrauch, *ne bis in idem*), würde dann vmtl. das „Windhundprinzip“ entscheiden, was zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung in Deutschland führen könnte.

Zuständigkeitsregelungen zugunsten der Länder – wie sie der Bundesrat in seinem Beschluss vom 26. März 2021 (BR-Drs. 163/21) fordert – erscheinen an dieser Stelle nicht notwendig. Auch im TMG gab es hierzu keine Regelung. Soweit keine Regelung getroffen wird, gilt die Regelzuständigkeit der Länder. Die Länder haben hierzu auch „TMG-Zuständigkeitsgesetze“ erlassen, die sie nunmehr an das TTDSG anpassen müssten.

Sinnvoll wäre hingegen eine Übernahme des bisherigen § 91 Abs. 2 TKG in das TTDSG-E, wonach die Länder für geschlossene Benutzergruppen öffentlicher Stellen der Länder zuständig sind. Dies beträfe z. B. Netzwerke der Landesverwaltung, die sachnäher von den Landesdatenschutzbeauftragten beurteilt werden können.

7. Erfüllungsaufwand

Durch das TTDSG entsteht für meine Dienststelle ein Erfüllungsaufwand von wenigstens 1 hD-Stelle. Dieser begründet sich dadurch, dass der BfDI in diesem Bereich eigene Abhilfebefugnisse erhält anstelle der bisherigen Beanstandungsmöglichkeit bei der Bundesnetzagentur. Der BfDI ist hiernach auch dann, wenn es um Verkehrsdaten geht, selbst Bußgeldbehörde.

Durch die neue Definition des „Telekommunikationsdienstes“ im TKG entsteht weiterer Erfüllungsaufwand. Zukünftig unterfallen u. a. auch E-Mail-Dienste, Messenger und Videokonferenzsysteme der Zuständigkeit des BfDI. Dieser Aufwand entsteht allerdings aufgrund der durch das TK-Modernisierungsgesetz (TKMoG) neu gefassten Definition in § 3 Nr. 61 TKG-E. Folglich habe ich den Erfüllungsaufwand hierfür im Rahmen des TKMoG beim BMWi angemeldet (wenigstens 1 hD, 2 gD, 1 mD). Das BMWi hat dies – aus für mich nicht nachvollziehbaren Gründen – nicht übernommen. Befremdlich war in diesem Zusammenhang, dass ich über die komplette Streichung meines Erfüllungsaufwandes im TKMoG nicht einmal informiert wurde. Aus meiner Sicht war die Anmeldung im Rahmen des TKMoG sachgerecht. Die Zuständigkeit wird allein durch die neue Definition im TKG erweitert. Der Zuständigkeitszuweisung an den BfDI in § 27 Abs. 1 TTDSG-E sowie in § 9 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG – „geschäftsmäßige Erbringung von Telekommunikationsdiensten“) wurde nicht geändert. Die Erweiterung der Zuständigkeit würde also auch ohne Änderung des TTDSG eintreten.



Der Erfüllungsaufwand beträgt also für das TTDSG wenigstens 1 hD und für das TKMoG wenigstens 1 hD, 2 gD, 1 mD. Im vorliegenden Gesetzentwurf hat die Bundesregierung dies zusammengezogen.

8. Verfahren

Das Gesetzgebungsverfahren zum TTDSG steht nunmehr unter enormen Zeitdruck – und das obwohl der Bundesregierung der dringende Handlungsbedarf seit Jahren bekannt ist. Ich habe mehrfach auf diesen Missstand hingewiesen.

Der Ablauf der Ressortabstimmung hat eine ordnungsgemäße Beratung durch mich nahezu unmöglich gemacht. Teilweise wurden zum TTDSG drei verschiedene Gesetzesentwürfe an einem Tag verschickt, ohne dass Änderungen kenntlich gemacht wurden. Als der letztmögliche Kabinetttstermin dann immer näher rückte, verschickte das BMWi schließlich einen erneut geänderten Gesetzentwurf an einem Samstagabend an alle Ressorts verbunden mit dem Hinweis, dass man nunmehr von einem abgestimmten Entwurf ausgehe.

Die Länder- und Verbändebeteiligung geriet zur bloßen Formalie. Insgesamt gingen (trotz sehr kurzer Frist) 32 Stellungnahmen ein, die nach einem halben Arbeitstag als ausgewertet und berücksichtigt bewertet wurden

Vor diesem Hintergrund ist es wenig verwunderlich, dass das Gesetz noch einige „handwerkliche“ Mängel aufweist. Exemplarisch seien zu nennen:

- § 9 Abs. 1 BDSG enthält noch einen Verweis § 115 Abs. 4 TKG. Diese Norm existiert zukünftig nicht mehr. Ich habe in den Ressortabstimmungen mehrfach darauf hingewiesen, dass dieser „tote“ Verweis zu streichen ist.
- Der Begriff „geschäftsmäßiges Erbringen“ wird nicht mehr definiert, obwohl der Begriff im TTDSG-E weiterhin verwendet wird. Bisher war er in § 3 Nr. 10 TKG enthalten.
- Es werden unterschiedliche Begriffe für gleiche Sachverhalte verwendet. So ist bspw. in § 11 TTDSG-E (Einzelverbindungs nachweis) mal vom „Anschlussinhaber“ und mal vom „Endnutzer“ die Rede. In der Vorgängernorm § 99 TKG wurde durchgängig der Begriff „Teilnehmer“ verwendet. Diese Änderung der Begriffe wirft die Frage auf, ob hier eine Änderung der Rechtslage i. S. E. Differenzierung gewollt ist. In diesem Fall müssten die Begriffe dann auch definiert werden.



- § 15 Abs. 5 TTDSG-E übernimmt eine 30 Jahre alte Regelung aus Zeiten der „Deutschen Bundespost“. Der Zusammenhang, dass ein fehlender Telefonbucheintrag zu einer unterdrückten Rufnummer führt, ist weder Unternehmen noch Nutzern zu vermitteln. Bei Kontrollen stoße ich hier regelmäßig auf Unverständnis. Das BMWi hat in der Ressortabstimmung mehrfach mitgeteilt, dass diese Regelung im Gesetzesentwurf gestrichen worden sei. Sie ist aber auch in der Kabinettsfassung weiterhin enthalten. Ich vermute hier ein redaktionelles Versehen.

Prof. Ulrich Kelber