

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien sowie zur Änderung des Telemediengesetzes (Telekommunikations-Telemedien-Datenschutzgesetz - TTDSG-E)

(Referentenentwurf – Bearbeitungsstand 12. Januar 2021)

Datum 22. Januar 2021

A. Vorbemerkung

Der VAUNET – Verband Privater Medien e. V. bedankt sich für die Gelegenheit der Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien sowie zur Änderung des Telemediengesetzes (Telekommunikations-Telemedien-Datenschutzgesetz - TTDSG-E). Der VAUNET weist darauf hin, dass die Stellungnahmefrist von anderthalb Wochen angesichts der vielen noch offenen Punkte und der fortbestehenden Uneinigkeit zwischen den beteiligten Ministerien äußerst knapp bemessen ist. Die nachfolgenden Ausführungen stehen daher unter dem Vorbehalt des weiteren Gesetzgebungsverfahrens.

Der VAUNET vertritt über 150 Unternehmen, die privatwirtschaftlich journalistisch-redaktionell gestaltete Radio-, Fernseh- und Telemedien veranstalten. Mit ihren TV-, Radio-, Online- und Mobile-Angeboten bereichern seine Mitglieder Deutschlands Medienlandschaft durch Vielfalt, Kreativität und Innovation. Damit das auch zukünftig so bleibt, müssen die regulatorischen, technologischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen stimmen. Als Wirtschaftsverband unterstützt der VAUNET seine Unternehmen im Dialog mit Politik und Marktpartnern beim Erreichen dieses Ziels – national und auf EU-Ebene.

Private Medien, als Anbieter von einer Vielzahl von Telemedienangeboten, sind in besonderem Maße auf die Ermöglichung einer erfolgreichen Nutzung der Angebote bei gleichzeitiger effizienter Refinanzierbarkeit angewiesen. Gesetzliche und regulatorische Maßnahmen sollten die Situation der privaten Medien und ihre besondere gesellschaftliche und kulturelle Bedeutung, nicht nur in Krisenzeiten, berücksichtigen. Auf Maßnahmen, die die Gefahr weiterer Refinanzierungsbeschränkungen und Reichweitenverluste nach sich ziehen, sollte verzichtet werden.

B. Einzelne Anmerkungen

Der VAUNET begrüßt die Bestrebungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, die Datenschutzregeln aus dem TMG und TKG auszulagern und in einem „Stammgesetz“ zum Datenschutz für Telekommunikation und Telemedien zusammenzuführen. Ein solches vereinheitlichtes Regelwerk wäre im Grundsatz geeignet, zu den vom Gesetzgeber angepeilten Zielen der Rechtssicherheit und -klarheit beizutragen.

Kritisiert werden muss jedoch, dass der TTDSG-E in weiten Teilen hinter dem aktuellen Verhandlungsstand der E-Privacy-VO zurückbleibt, und damit auch Gefahr läuft, von den kommenden Entwicklungen im Zuge der E-Privacy-VO überholt und damit überflüssig zu werden.

I. Datenmanagementsysteme / Anerkannte Dienste zur Verwaltung persönlicher Informationen

Im Zusammenhang mit der datenschutzrechtlichen Einwilligung und Verfahren zur praktikablen und nutzerfreundlichen Erteilung einer Einwilligung **spricht sich der VAUNET für eine Aufnahme von expliziten Regelungen zu Datenmanagementsystemen und „Personal Information Management Services (PIMS)“ aus.** Nutzer könnten so in die Lage versetzt werden, ihre Rechte besser und differenzierter wahrnehmen zu können.

Die bereits in § 3 einer Vorversion dieses Gesetzesentwurfs (Bearbeitungsstand: 14. Juli 2020 - TTDSG-E (alt)) unter der Überschrift „Anerkannte Dienste zur Verwaltung persönlicher Informationen“ eingeführten Rahmenvorschriften sollten in diesem Zusammenhang weiterverfolgt bzw. erneut im Text aufgenommen werden. Warum diese im jetzt vorgelegten Gesetzesentwurf nicht mehr auftauchen, ist für den VAUNET und seine Mitglieder nicht nachvollziehbar. Das dahinterliegende Konzept weist in weiten Teilen gelungene Ansätze auf, sollte aber auch an einigen Stellen nachjustiert werden.

1. Förderung von Wirtschaftsinitiativen

Der ursprüngliche Wortlaut des § 3 TTDSG-E (alt) sah in Absatz 2 vor, dass die Anbieter kein wirtschaftliches Eigeninteresse an den im Auftrag der Endnutzer verwalteten Daten haben und unabhängig von Unternehmen sein sollten, die ein solches Interesse haben könnten.

Ein solch enger Wortlaut, der im Kern vorrangig auf die Interessensunabhängigkeit abstellt, verunmöglicht Initiativen aus der Privatwirtschaft und bevorteilt im Ergebnis lediglich staatliche / staatsnahe bzw. wirtschaftsferne Dienste. Auch bei bereits etablierten und im Markt und bei Nutzern anerkannten Diensten besteht die Gefahr, dass diese nicht von einer derart einschränkenden Regelung umfasst wären. **Der VAUNET spricht sich daher für eine Öffnung des Kreises potenzieller Anbieter aus.** Klarstellend könnte in diesem Zusammenhang zum Beispiel ergänzt werden, dass sich der Begriff „wirtschaftliches Eigeninteresse“ auf die Nutzung von Daten bezieht. Die dem Anbieter im Rahmen des Betriebs des Datenmanagementsystems entstehenden Kosten muss er aber decken dürfen.

2. Vorrang der Anbieter- und Nutzerautonomie

Weiterhin sollte im Text ausdrücklich klargestellt werden, dass Nutzer die Möglichkeit haben sollten, gegenüber Telemedienangeboten jederzeit individuelle Einwilligungen direkt zu erteilen. Telemedienanbieter müssten demnach die Wahl haben, PIMS-Dienste nicht zu nutzen bzw. bei Nutzern die Einwilligung direkt erfragen zu können. Ein Vorrang für PIMS beim Einwilligungsmanagement sollte nach Möglichkeit vermieden werden.

Eine solche Regelung stünde im Übrigen auch im Einklang mit Erwägungsgrund 66 der Cookie-Richtlinie (RL 2009/136/EG), der feststellt, dass eine Einwilligung auch über die entsprechenden Einstellungen eines Browsers oder einer anderen Anwendung erteilt werden kann.

3. Befolgungspflicht, u. a. für Browser

Damit die oben beschriebenen Regelungen nicht ins Leere laufen und der Vorrang der Anbieter- und Nutzerautonomie hinreichend beachtet wird, muss darauf geachtet werden, dass sowohl Browser als auch Betriebssysteme Anfragen der Anbieter und individuelle Einwilligungsentscheidungen der Nutzer auch tatsächlich umsetzen. Eröffnet man, wie unter Ziffer I. 2. gefordert, die Möglichkeit sowohl auf Anbieterseite individuelle Anfragen generieren zu können als auch auf Nutzerseite die Möglichkeit solche Anfragen mittels individueller Einwilligungsentscheidung oder per PIMS-Einwilligung zu beantworten, sollten Browser und Betriebssysteme diese zulassen und übertragen. Es sollte verhindert werden, dass als Gatekeeper agierende Browser und Betriebssysteme gegenüber Telemedienangeboten erteilte Einwilligungen der Nutzer zum Setzen von Cookies oder anderen Markern blocken und damit im Sinne der eigenen Geschäftspolitik den Wettbewerb steuern, was im Ergebnis zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führt.

In diesem Zusammenhang spricht sich der VAUNET für eine Aufnahme der vom BMWi angedachten Regelung zu Browsereinstellungen im TTDSG aus (vgl. Ziffer 2 im Anschreiben zur Verbändebeteiligung vom 12. Januar 2021).¹ Eine Regelung, die verhindern soll, dass Browser herstellerseitig so eingestellt werden, dass der Zugriff auf die Informationen in Endeinrichtungen verhindert wird, auch wenn der Endnutzer eingewilligt hat, könnte wesentlich zur Stärkung der Anbieter- und Nutzerautonomie beitragen. Zudem sollte eine solche Regelung auch eine explizite Befolgungspflicht enthalten, wie sie nunmehr auch auf der Ebene eines Erwägungsgrundes im aktuellen Entwurf einer E-Privacy-VO enthalten ist (vgl. ErWG 20a - Regulation on Privacy and Electronic Communications - 5008/21, LIMITE, v. 05.01.2021).²

II. Einwilligung bei Endeinrichtungen

Der aktuelle § 22 TTDSG-E - Einwilligung bei Endeinrichtungen - orientiert sich weitestgehend am Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 der E-Privacy-Richtlinie (RL 2002/58/EG) und statuiert eine grundsätzliche Einwilligungspflicht für die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder für den Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind. Parallel zum Art. 5 Abs. 3 E-Privacy-Richtlinie (RL 2002/58/EG) enthalten die Abs. 2 und 3 Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis, wobei in der Begründung klargestellt wird, dass der Endnutzer davor geschützt ist, dass Dritte unbefugt auf seiner Endeinrichtung Informationen speichern oder auslesen und dadurch seine Privatsphäre verletzen.

¹ Auch abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/gesetz-zur-regelung-des-datenschutzes-und-des-schutzes-privatsphaere.html>

² *In light of end-user's self-determination any consent requested by a service shall not be interfered by the end user's terminal applications and, if the end user provides consent, shall be implemented directly and without further delay by the end user's terminal applications.*

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Ausnahmevorschrift des § 22 Abs. 3 TTDSG-E. Danach besteht eine Ausnahme von der grundsätzlichen Einwilligungspflicht, wenn die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf diese Informationen unbedingt erforderlich ist, um einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen zu können.

Im TTDSG-E ist jedoch die Frage außeracht geblieben, nach welchen Kriterien/Maßstäben das Setzen von Cookies und anderen Markern als „unbedingt erforderlich“ anzusehen ist. Die fehlende Umsetzung dieser Thematik birgt ein hohes rechtliches Risiko für alle Beteiligten. So ist etwa die Reichweitenmessung bzw. Mediennutzungsmessung für Medienunternehmen eine unerlässliche und entscheidende Voraussetzung für die Zurverfügungstellung von Telemedienangeboten und die wirtschaftliche Beurteilung derer. **In diesem Zusammenhang weist der VAUNET darauf hin, dass die Mediennutzungsmessung als Grundlage für die finanzielle Beurteilung der erbrachten Werbeleistung für Medienunternehmen unabdingbar ist und plädiert für die Aufnahme einer spezifischen Formulierung für Messungen im Rahmen von Telemedienangeboten im Text.**

Die unter Ziffer I. 3. angesprochene Problematik der Befolgungspflicht sollte natürlich auch flankierend im Rahmen von § 22 TTDSG-E beachtet und textlich verankert werden.

Auch weitere, im bisherigen § 9 TTDSG-E (alt) gewählte und zum Teil auch begrüßenswerte Ansätze werden bedauerlicherweise nicht mehr weiterverfolgt. So sah etwa der § 9 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG-E (alt) eine Ausnahme von der Einwilligungspflicht vor, wenn dies vertraglich ausdrücklich mit dem Endnutzer vereinbart wurde, um bestimmte Dienstleistungen zu erbringen. Die Aufnahme solch konsensualer Vereinbarungen in Ergänzung zur allgemeinen Einwilligungspflicht wäre im Ergebnis auch im aktuellen Text wünschenswert.

Zudem soll im Bereich des automatisierten und vernetzten Fahrens der Endnutzer, also der Fahrer oder Fahrzeugeigentümer, das Speichern oder Auslesen von Informationen auf Endeinrichtungen im Fahrzeug zu dulden haben, da dies aus Sicherheitsgründen erforderlich ist.³ Der VAUNET regt an, den Wortlaut der Gesetzesbegründung über diesen branchenspezifischen Anwendungsbereich hinaus zu erweitern, und eine generelle Zugriffsmöglichkeit aus Sicherheitsgründen, einschließlich der Informationssicherheit und der Betrugsbekämpfung und aus sonstigen überwiegenden Interessen, aufzunehmen.

III. Registrierungspflicht bei Telemediennutzung

Derzeit müssen gemäß § 13 Abs. 6 TMG Diensteanbieter die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonymen ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Diese Regelung wird in § 19 Abs. 2 TTDSG-E unverändert übernommen.

³ Gesetzesbegründung zu § 22 TTDSG-E, Seite 33

Im Rahmen der Ressortabstimmungen scheint es jedoch weitergehende Überlegungen zu geben, die eine Ausweitung der Nutzeridentifizierung mit sich bringen würden. Folgende Erwägungen werden von Seiten des BMWi zur Diskussion gestellt (vgl. Ziffer 4 im Anschreiben zur Verbändebeteiligung vom 12. Januar 2021):⁴

Das Bundesinnenministerium und die Innenministerkonferenz des Bundes und der Länder sprechen sich für gesetzliche Vorgaben zur Identifizierung zur Verifikation des Nutzers aus (Beschlussniederschrift der Frühjahrskonferenz, Juni 2020, zu Tagesordnungspunkt 24). Möglich wäre die Einführung einer entsprechenden Verpflichtung von Anbietern von Telemedien zur Erhebung und Verifizierung von Name, Adresse und Geburtsdatum nach dem Vorbild der bereits für Telekommunikationsdiensteanbieter geregelten entsprechenden Pflicht bei Prepaid-Mobilfunkdiensten (§ 111 Absatz 1 Satz 3, § 171 Absatz 2 TKG-Entwurf). Dabei würde jeder Nutzer weiterhin selbst entscheiden können, ob er unter einem Pseudonym oder unter seinem Namen im Internet auftritt.

Die vom BMWi zitierte Beschlussniederschrift der Innenministerkonferenz verweist zudem auf eine Initiative der Länder Niedersachsen und Mecklenburg-Vorpommern im Bundesrat, die im Februar 2020 einen Antrag eingebracht hatten, wonach Anbieter sozialer Netzwerke und Spieleplattformen verpflichtet werden sollten, die Nutzer bei der Registrierung zu identifizieren. Der Bundesrat hat entgegen der Empfehlung der Bundessratsausschüsse für Recht, Wirtschaft, Finanzen, Inneres sowie Frauen und Jugend eine Identifizierungspflicht für soziale Netzwerke und Spieleplattformen nicht beschlossen.

Der vom BMWi zur Diskussion gestellte Vorschlag geht demnach über die bisherigen Initiativen der Innenministerkonferenz und Länder, die vor allem soziale Netzwerke und Spieleplattformen adressiert hatten, hinaus, und erweitert die Identifizierungs- und Verifikationsvorgaben auf alle Telemedienangebote.

Der VAUNET macht darauf aufmerksam, dass aufgrund der sehr kurzen Anhörungsfrist und einer Vielzahl von grundlegenden Fragestellungen, die mit einer solchen Regelung einhergehen, eine abschließende Positionierung zu diesem Zeitpunkt nicht vorgenommen werden kann. Der VAUNET regt an, diese Thematik aus dem aktuellen Gesetzgebungsverfahren herauszulösen und im Rahmen einer breiteren Debatte noch einmal näher zu beleuchten. Eine Kodifizierung durch einen unausgereiften und nicht hinreichend abgestimmten „Schnellschuss“ sollte aufgrund der essenziellen Bedeutung vermieden werden. So muss etwa befürchtet werden, dass eine Ausweitung der Identifizierungs- und Verifikationsvorgaben auf alle Telemedienangebote einen erheblichen Mehraufwand sowohl für Medienunternehmen als Anbieter von Telemedienangeboten, als auch für die Nutzer bedeuten würde. Zudem - und dies gilt es vorrangig zu beachten - stellen sich in diesem Zusammenhang sehr grundlegende grundgesetzlich verankerte Fragestellungen, die eines breiteren Diskurses bedürfen.

Auf die Stellungnahme des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft ZAW e. V., dessen Mitglied der VAUNET ist, wird ebenfalls hingewiesen.

⁴ Auch abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/gesetz-zur-regelung-des-datenschutzes-und-des-schutzes-privatsphaere.html>