

**Stellungnahme zum Referentenentwurf des
Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für ein
Telekommunikations-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG)
vom 12. Januar 2021 – im Folgenden TTDSG-E**

Stand: 20.1.2021

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum TTDSG-E und beantworten in diesem Zusammenhang auch die ergänzenden Fragen unter Ziffer 1 und 2 des Anschreibens vom 12. Januar 2021.

Zusammenfassung

1. Der TTDSG-E ist im Zentrum existenzieller Regulierungsfragen für die digitale Werbewirtschaft angesiedelt. Er ist jedoch bemerkenswert unambitioniert. Mit dem TTDSG sollte aber alles unternommen werden, um auf nationaler Ebene das Versprechen der Bundesregierung einzuhalten, das sie bei den laufenden Beratungen zur ePrivacy-VO im Rahmen ihrer Ratspräsidentschaft gegeben hat:

„Die Erhaltung und Förderung innovativer Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, insbesondere im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit der in der Union ansässigen kleinen und mittleren Unternehmen und Start-ups gegenüber den außerhalb der Union ansässigen großen Marktteilnehmern;

Die Verwirklichung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen einem hohen Maß an Schutz der Privatsphäre der Endnutzer und den berechtigten Interessen der Online-Medien angesichts ihrer wichtigen Rolle für die Meinungsfreiheit und den Medienpluralismus.“

2. Zwingend erforderlich ist eine Regelung im TTDSG, die die Internetzugangsoftware von Endgeräten verpflichtet, jede Einwilligung, die der Nutzer einem Dienst erteilt, unmittelbar und ohne Weiteres umzusetzen (unten A 2.).
3. Regelungen zu Einwilligungsmanagern (PIMs) bedürfen die gleichen Sicherungen des jederzeitigen Vorrangs individueller Einwilligungsabfrage und -erteilung (unten A 3.).
4. Der Ertrag von § 22 TTDSG-E ist in erster Linie rein formaler Natur – und damit sehr gering. § 22 TTDSG-RefE muss um weitere Regelungen ergänzt werden (unten B 4.).
5. Die Regelungen zu Teilnehmerverzeichnissen beinhalten unzeitgemäße Beschränkungen zu Lasten der mittelständischen Branche. Das TTDSG spart zu Gunsten der Digitalplattformen interpersonelle Kommunikationsdienste aus und beschränkt Teilnehmerverzeichnisse auf die Eintragung von Festanschlüssen. Das Antragserfordernis geht über die Vorgaben des EU-Rechts hinaus (unten B 1. ff).

A. Werbewirtschaftlicher Datenschutz bei Telemedien (Webseiten, Apps) nach dem TTDSG-E

1. Zur Bedeutung des Vorhabens aus werbewirtschaftlicher Sicht

Der TTDSG-E ist im Zentrum existenzieller Regulierungsfragen für die digitale Werbewirtschaft angesiedelt.

Für die Sicherung der Vielfalt, Qualität und Unabhängigkeit, die Wettbewerbs- und Innovationskraft digitaler Medien ist eine tragfähige digitale Werbefinanzierung unverzichtbar. Digitale Medien und Inhaltenanbieter sind zur Refinanzierung ihrer Inhalte durch digitale Werbung (und ebenso im Hinblick auf die Bereitstellung, Gestaltung, Bewerbung und den Vertrieb ihrer Inhalte) zwingend auf den Austausch von Informationen mit den Endgeräten der Endnutzer angewiesen. Die digitale Medienlandschaft ist eine zentrale Grundbedingung für individuelle Freiheiten im Netz und den mehr denn je benötigten breiten Zugang der Bürger zu Informationen und ihre Teilhabe an verlässlichen Meinungsbildungsprozessen, ohne die die Stabilität demokratischer Prozesse nicht denkbar ist.

Unabhängig erhobene und verifizierte Reichweiten- und Medianutzungsdaten – Grundlage für die Planung, Preisbildung und den Einkauf/Verkauf von Online-Werbung –, die Auslieferung, Überprüfung und Optimierung zielgruppenspezifischer Online-Werbung, darin eingeschlossen ihre quantitative oder Umfeld bezogene Begrenzung, die Bekämpfung von Ad-Fraud, die Abrechnung und Bezahlung von Werbeschaltungen, der Schutz der Integrität von werbefinanzierten Angeboten (insbesondere gegenüber Ad-Blockern) und nicht zuletzt die Bewerbung/Vermarktung digitaler Inhalte von Medienangeboten selbst sind Existenzbedingungen, die ohne sog. Cookies und ähnliche endgerätebezogene Datenspeicher- und -verarbeitungstechnologien nicht realisiert werden können.

Auch Werbungtreibende und Ihre Marktpartner sind für die Planung und Überprüfung von Investitionen darauf angewiesen, „nicht im Blindflug“ zu agieren. Die erfolgreiche Bewerbung und Vermarktung von Produkten und Dienstleistungen, die Etablierung von Marken, der Markterfolg von Innovationen und damit auch die Wettbewerbsfähigkeit der digitalen Wirtschaft basieren auf endgerätebezogenen Verarbeitungsvorgängen. Für E-Commerce-Angebote und den Aufbau digital wettbewerbsfähiger stationärer E-Commerce-Angebote sind sie ergebniskritisch.

a) Endgerätebezogene Verarbeitungen im Sinne des TTDSG-E, § 22 TTDSG-E

Der Entwurf regelt in § 22 die endgerätebezogenen Datenzugangs- und Datennutzungsbefugnisse für sämtliche Telemedien (Webseiten, Apps). Sämtliche endgerätebezogenen Informationen sind betroffen. Erfasst werden auch Verarbeitungen, die unterhalb der Schwelle der Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne der DSGVO liegen. Die Regeln gelten unabhängig von jedweder auch nur potentiellen Personenbeziehbarkeit der Informationen. Die erfassten Sachverhalte sind in Bezug auf die Nutzung des Internets vollkommen ubiquitär.

Das Speichern von Informationen und der Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Endnutzers bereits gespeichert sind (im Folgenden: „Verarbeitung“), werden in § 22 TTDSG-E mit unter Einwilligungsvorbehalt gestellt. Hierzu wird Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL weitgehend abgeschrieben (§ 22 Abs. 1 S. 1 TTDSG). Die Ausnahmen, die die ePrivacy-RL vorsieht, werden (ebenfalls) mittels Übernahme des Richtlinientextes in das TTDSG übertragen (§ 22 Abs. 2, 3).

Damit (und durch die in Art. 2 TTDSG-E vorgenommenen Streichungen der datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TMG) bestünde für Unternehmen, die in Deutschland eine Niederlassung haben oder in Deutschland Dienstleistungen erbringen oder hieran mitwirken (§ 1 Abs. 3 TTDSG-E), keinerlei endgerätebezogene Verarbeitungserlaubnis ohne Einwilligung des Endnutzers mehr, die sich außerhalb des mit den Worten des Richtlinientextes formulierten Ausnahmebereichs bewegt.

b) Bewertung: Geringer Ertrag des TTDSG-E und verpasste Chancen

Mit der vorgeschlagenen Regelung würde die Grundaussage des BGH¹ zur richtlinienkonformen Auslegung von § 15 Abs. 3 TMG, wonach das Setzen von Cookies für werbewirtschaftliche oder marktforscherische Zwecke die Einwilligung des Nutzers verlangt, in das Gesetz geschrieben. Dieser Schritt hat als solcher keinen nennenswerten Mehrwert, weil die Rechtslage seit dem Urteil des BGH bereits geklärt ist.

Das Bemühen um eine geschlossene Datenschutzregulierung und die Stärkung der Rechtssicherheit beim telemedienrechtlichen Datenschutz (Begründung TTDSG-E, S. 23)

¹ BGH, v. 28.5.2020 - I ZR 7/16 - Cookie-Einwilligung II.

sind anerkennenswert. Allein gesetzesredaktionelle Schritte sind hierfür aber nicht ausreichend.

Viel wichtiger ist es aber, mit dem TTDSG-E nicht nur für die „*Verwirklichung eines wirksamen und handhabungsfreundlichen Datenschutzes und Schutzes der Privatsphäre*“ Sorge zu tragen (s. Einleitung Gesetzesbegründung, S. 1), sondern alles zu unternehmen, um auf nationaler Ebene das Versprechen der BReg einzuhalten, das sie bei den laufenden Beratungen zur ePrivacy-VO im Rahmen ihrer Ratspräsidentschaft gegeben hat:

- *„Die Erhaltung und Förderung innovativer Geschäftsmodelle in der digitalen Welt zu gewährleisten, insbesondere im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit der in der Union ansässigen kleinen und mittleren Unternehmen und Start-ups gegenüber den außerhalb der Union ansässigen großen Marktteilnehmern“;*
- *„Die Verwirklichung eines ausgewogenes Verhältnis zwischen einem hohen Maß an Schutz der Privatsphäre der Endnutzer und den berechtigten Interessen der Online-Verleger angesichts ihrer wichtigen Rolle für die Meinungsfreiheit und den Medienpluralismus“.²*

Die Zielsetzung, die benötigten datenverarbeitende Geschäftsmodelle von Telemedien durch ePrivacy-Regeln nicht auszuheben und ihren Bestand und ihre Fortentwicklung angemessen zu unterstützen, hat insbesondere auch Bundesminister Altmaier in seinen Schreiben an den ZAW und seine Mitglieder mehrfach bestätigt.

Entsprechende Schritte sind möglich. Die Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie vermittelt nicht nur Handlungsspielräume, die Richtlinie gibt selbst Anlass, weitergehende Regelungen in das TTDSG aufzunehmen, als dies bislang der Fall ist. Die Regelungen der DSGVO stehen dem nicht entgegen. Zum einen, weil sie selbst auslegungsfähig und bedürftig sind, zum anderen, weil seit den Entscheidungen des EuGH in der Rechtssache „Planet 49“ und dem erwähnten Urteil des BGH „Cookie-Einwilligung II“ klar ist, dass für endgerätebezogene Verarbeitungen die Richtlinie eine Spezialregelung darstellt und die DSGVO nur insoweit herrscht, wie die ePrivacy-RL auf das Datenschutzrecht verweist und dieser Verweis wegen Art. 94 DSGVO nunmehr auf die Grundverordnung hinleitet. Dies gilt namentlich in Bezug auf die Informationspflichten bei der Einwilligung.

In der Sache handelt es sich zudem, wie nachfolgend ausgeführt, um Regelungen, die entweder im Rahmen der laufenden Verhandlungen für eine ePrivacy-VO von der BReg

² German Presidency Discussion Paper (9243/20), S. 2, 4 (*Übersetzung d. ZAW*)

selbst vertreten werden oder die bereits Niederschlag in dem jüngsten Vorschlag der aktuellen (portugiesischen) Ratspräsidentschaft gefunden haben.

Sie dienen allesamt den aner kennenswerten Zielen, die Nutzerautonomie zu stärken, einen anwendungsfreundlicheren Datenschutz zu fördern und für gleiche Wettbewerbschancen beim Zugang zu endgerätebezogenen Daten zu sorgen. Mit Blick auf die „in vielen Fällen erforderliche Einwilligung ... in das Speichern und Abrufen von Informationen auf Endeinrichtungen der Endnutzer“ (Einleitung Gesetzesbegründung S. 1) sind damit nach Meinung des ZAW die folgenden Ergänzungen unerlässlich.

2. Verpflichtung von Internetzugangssoftware, jede Einwilligung, die der Nutzer einem Dienst erteilt, unmittelbar und ohne Weiteres umzusetzen (zugleich Beantwortung von Frage 2 des Anschreibens)

Das Wachstum im Online-Werbemarkt verläuft klar zugunsten weniger Superplattformen. Dieser strukturelle Trend wird durch die Corona-Krise in einem außergewöhnlichen Maß verstärkt. Der Großteil der Werbeeinnahmen in diesem Sektor entfällt damit auf wenige Konzerne, die nicht nur mit ihren eigenen Diensten (Werbeträgern), sondern auch in Bezug auf die Werbefinanzierung anderer Webseiten und Apps als dominante Intermediäre (Gatekeeper) positioniert sind.³

Ein wesentlicher Faktor für die Herausbildung solcher werbewirtschaftlicher Gatekeeper liegt darin begründet, dass wenige Unternehmen sämtliche für die endgerätebezogene Datenverarbeitung strategischen Hügel – Browser, Betriebssysteme und App-Stores – besetzt haben.⁴ Damit ist der für die Refinanzierung von Internetangeboten (und darüber hinaus) entscheidende Kernbereich der Beziehungen zwischen einer Webseite/App und ihren bestehenden oder potentiellen Nutzern dem (technischen) Zugriff der Gatekeeper ausgesetzt.

³ Zur Marktentwicklung auf Basis der Nettowerbeinvestitionen, vgl. ZAW-Jahrbuch 2010-2019; Hans-Bredow Institut, Zur Entwicklung der Medien in Deutschland zwischen 2013 und 2016 (Gutachten zum Medien- und Kommunikationsbericht der Bundesregierung), S. 143 ff; OMG/FOMA Preview 2020, abrufbar unter: <https://www.omg-mediaagenturen.de/presse/pressemitteilungen/omg-preview-2020-verhaltene-werbekonjunktur-mit-starker-tendenz-zu-digital/>;

⁴ Vgl. ZAW, abrufbar unter: <https://zaw.de/zaw-marktprognose-2020-und-ausblick-2021/>; Horizont <https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/zaw-und-die-digitalisierung-warum-die-werbekunden-ein-so-grosses-problem-mit-der-macht-der-gafa-haben-186497>.

a) Der TTDSG-E stellt Telemedien schutzlos und unterwirft die dienstbezogene Nutzereinwilligungen der Disposition der Gatekeeper

Der TTDSG-E schafft keinerlei Abhilfe gegenüber dem bereits derzeit sehr virulenten und perspektivisch dringlichsten Problem im Online-Werbemarkt: Eingriffen von Gatekeepern in Datennutzungsbefugnisse von Webseiten/Apps, wenn sie ihre Position im Browsermarkt ausspielen und erteilte Einwilligungen der Nutzer zum Setzen von Cookies oder anderen Markern im Sinne der eigenen Geschäftspolitik blocken. Vergleichbar sind Praktiken, bei denen ein zentrales Betriebssystem für den Bereich Mobile Hand in Hand mit dem dazugehörigen App-Store von App-Anbietern verlangt, ihr legales Einwilligungsmanagement an den Forderungen des Gatekeepers auszurichten, andernfalls der App-Store die App nicht mehr berücksichtigen könne, während endgerätebezogene Verarbeitungen konkurrierender Dienste des Gatekeepers erleichterten Bedingungen unterliegen.

In all diesen Fällen wird der Aufbau und die Unterhaltung eigener Kundenbeziehungen von Webseiten/Apps mit ihren Nutzern verhindert oder fremdgesteuert und zwar ohne Rücksicht darauf, dass die Webseiten/Apps ihren datenschutzrechtlichen Pflichten im Verhältnis zum Nutzer nachgekommen sind und eine wirksame Einwilligung bzw. Datennutzungsbefugnis (im Sinne von § 22 Abs. 2, 3 TTDSG-E) erlangt haben oder erlangen wollen.⁵

Ohne eine solche Regelung werden die Gatekeeper mittels ihrer marktdominanten Browser oder Betriebssysteme dagegen allein darüber entscheiden können, ob überhaupt und ggf. welche Telemedien noch Daten verarbeiten und sich finanzieren können und/oder welche inhaltlichen (oder wirtschaftlichen) Bedingungen hierfür einzugehen sind. Eine Webseite könnte möglicherweise ihre Leser zwar noch nach einer Einwilligung fragen und die Nutzer dürfen diese auch noch gegenüber dem Webseitenbetreiber erklären: Die Einwilligung ginge jedoch ins Leere, weil der Browser (oder sonstige Einwilligungsgatekeeper/-manager) die Umsetzung verweigern.⁶

⁵ Die Theorie, wonach Wettbewerbsverzerrungen durch Fehlregulierung oder Regulierungslücken beim Datenschutz durch das Wettbewerbsrecht „zurückgeholt“ werden können, ist vor allem eines: Theorie. Denn ist der Wettbewerb erst einmal beseitigt, kann auch ein fokussiertes Wettbewerbsrecht diesen nur schwer wiedergebären. Die Effektivität des Wettbewerbsrechts ist mit § 19a GWB zwar voraussichtlich gestärkt worden, das BKartA wird aber kaum in der Lage sein, gesetzgeberische Versäumnisse und Lücken der datenschutzrechtlichen Fachregulierung auszumerzen. Die Diskussionen zum DMA, dessen endgültige Gestalt noch nicht absehbar ist, haben gerade erst begonnen.

⁶ Zu Datenmanagementsystemen („PIMs“) siehe unter 3.

Die Verpflichtung zur Beachtung des Vorrangs der dienstbezogenen Nutzereinwilligung sichert auch die Souveränität des Nutzers über die Verarbeitung seiner Daten. Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in § 22 TTDSG-E dient mithin auch der Stärkung der Nutzerautonomie. Schließlich ist es schlechterdings nicht vorstellbar, dass der Gatekeeper in seiner (Browser-)Software die Datenverarbeitungsanforderungen allein sämtlicher deutscher Telemedien aufnimmt und dabei die angebotsbezogen ganz unterschiedlichen Nutzerpräferenzen angemessen abbildet. Ein Nutzer wird aber immer beispielsweise der Webseite A mehr oder weniger Datenverarbeitungen erlauben wollen als der Webseite B, ein anderer Nutzer mag dies anders sehen und keine Einwilligung erteilen; wieder ein anderer Nutzer will seine Einwilligungen über einen Einwilligungsmanager steuern.

Schließlich ist die Verpflichtung für Internetzugangsoftware, Einwilligungen der Nutzer – gleichgültig, ob sie gegenüber einzelnen Webseiten unmittelbar erteilt werden oder anderweitig (z.B. über PIMs) erteilt wurden – unmittelbar umzusetzen, auch praktisch vorteilhaft. Einmal erteilte Einwilligungen müssen dann nicht mehr, so wie dies derzeit oft moniert wird, in der Zugangsoftware bestätigt oder ständig neu erteilt werden, weil die Technik den Nutzer, nicht aber der Nutzer die Technik steuert. Nicht nur wettbewerbspolitisch, auch aus der Sicht der Nutzerautonomie muss aber das Gegenteil zweifelsfrei feststehen: Vorrang vor (zunehmend) komplexen Technik-Entscheidungen muss die individuelle Einwilligungsentscheidung des Nutzers haben. Anderenfalls wird das Datenverarbeitungsselbstbestimmungsrecht des Nutzers und das Recht der Unternehmen, über ihr Geschäftsmodell zu entscheiden, durch die globalen Gatekeeper übernommen.⁷

b) Unzureichende Überlegungen des BMWi, tragfähiger Ansatz in der geplanten ePrivacy-VO

Das BMWi skizziert im Anschreiben zum TTDSG-E zu diesem Thema ein Verbot, Browser herstellerseitig so voreinzustellen, dass der Zugriff auf das Endgerät verhindert wird, wenn der Nutzer eingewilligt hat. Eine solche Verpflichtung greift jedoch zu kurz. Einwilligungen, die ein Nutzer im Einzelfall Diensten erteilt, müssen immer Vorrang vor den Mechanismen

⁷ Der von den Gatekeepern verbreitete Einwand, man könne und dürfe den Endnutzern nicht verbieten, Browser einzustellen, ist irreführend: Beim Befolungsgebot für Browser geht es nicht darum, dem Nutzer Einstellungsmöglichkeiten im Browser oder Betriebssystemen per Gesetz zu versagen. Die Befolungspflicht wirkt als eine B2B-Neutralitätsverpflichtung. Sie ändert nichts an den Einstellungsmöglichkeiten der Nutzer im Browser. Sie setzt lediglich um, was der Nutzer gegenüber einem Telemedienangebot entscheidet, und zwar ohne Umweg.

der Gatekeeper-Software haben. Nur so ist der Nutzer in der Lage etwa einem neu angesteuerten Dienst eine Einwilligung zu erteilen.

Die portugiesische Ratspräsidentschaft hat in ihrem Entwurf vom 5. Januar 2021 die Problematik einem vorzugswürdigen Ansatz zugeführt. Recital (20a) lautet übersetzt:

„Im Hinblick auf die Selbstbestimmung des Endnutzers muss die direkt von einem Endnutzer geäußerte Zustimmung immer Vorrang vor Softwareeinstellungen haben. Jede von einem Endnutzer angeforderte und erteilte Zustimmung zu einem Dienst muss von den Anwendungen des Endgeräts des Endnutzers direkt und ohne weitere Verzögerung umgesetzt werden. Wenn die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf bereits im Endgerät des Endnutzers gespeicherte Informationen erlaubt ist, gilt das Gleiche.“

Der ZAW spricht sich dafür aus, dieses Prinzip in § 22 TTDSG-E umzusetzen. Die DSGVO steht dem nicht entgegen. Hiermit zugleich wäre ein wichtiges Signal für den europäischen Verhandlungsprozess gesetzt.

3. Regelungen zu Einwilligungsmanagern (PIMs) bedürfen der gleichen Sicherungen des Vorrangs individueller Einwilligungsabfragen und -erteilungen (zugleich Beantwortung von Frage 1 des Anschreibens)

Die Aufnahme von Regelung zu Datenmanagementsystemen/PIMs im TTDSG ist denkbar, allerdings müssen hierbei eine Reihe von Voraussetzungen beachtet werden.

Solche Dienste bezwecken, Einwilligungsprozesse für viele Webseiten/Apps zu bündeln und sie ggf. für den Nutzer zu übernehmen. Sie sind insbesondere auch für Superplattformen verheißungsvoll – und teilweise bereits eingeführt. Denn sie tendieren ebenfalls ganz natürlich in die Richtung ausgeprägter Marktkonzentration. Aus diesem Grund sind hier die gleichen Sicherungen geboten und erforderlich wie oben unter 2. geschildert: Individuelle Abfragen von

Webseiten dürfen durch solche Dienste eben so wenig behindert werden wie direkt gegenüber einem Telemedium erteilte Nutzereinigilligungen durch den Dienst unmittelbar beachtet werden müssen. Wird dies beachtet, können PIMs die Nutzerfreundlichkeit und den freien Wettbewerb befördern.

4. Weitere notwendige Verbesserungen von § 22 TTDSG-E

Wie unter 1. ausgeführt, ist der Ertrag von § 22 TTDSG-E in erster Linie rein formaler Natur – und damit sehr gering. Denn mit dem vorgelegten TTDSG-E werden noch nicht einmal die Positionen aufgegriffen, die Deutschland im Rahmen der Verhandlungen zur ePrivacy-VO, also an fachlich identischer Stelle, vertritt. Auch greift der Entwurf Verbesserungen, die der VO-Vorschlag mittlerweile aufgrund von Initiativen anderer Mitgliedstaaten erfahren hat, nicht auf. Ein solch unambitioniertes Vorgehen ist nicht nachvollziehbar. Die nachfolgenden Punkte sollten daher im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens berücksichtigt werden.⁸

a) Darlegungs- und Beweisführung bei Einwilligungen praxistauglich ausgestalten

Eine Regelung vergleichbar Art. 4a Abs. 2a ePrivacy-VO-E, wodurch die Darlegungs- und Beweisanforderungen für den Nachweis einer Einwilligung in den gegebenen technischen Zusammenhängen so spezifiziert werden, dass sie überhaupt erst rechtssicher praktisch erfüllbar sind, darf nicht vergessen werden. Die Regelung des VO-Entwurfs ist auf Vorschlag Deutschlands in den Text aufgenommen wurden. Es sind keine Gründe ersichtlich, wieso das nationale Gesetz diesen Standard unterschreitet, die Unternehmen im Ungewissen lässt und sie damit insbesondere dem Risiko missbräuchlicher Abmahnungen aussetzt.

b) Verarbeitung aufgrund vertraglicher Vereinbarung rechtsicher ermöglichen

Ebenso geboten ist eine Regelung, die klarstellenderweise feststellt, dass Telemedienanbieter den Zugriff auf Ihre Leistungen/Angebote an die Bedingung einer Einwilligung des Nutzers in die Datenverarbeitung zu legitimen Zwecken knüpfen dürfen. Ein starres oder allgemeines Kopplungsverbot, das den genannten Zusammenhang ausschließen würde, ist in Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO nicht zu entnehmen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang aber ohnehin, dass die ePrivacy-RL in ErwG 25 selbst einen solchen Bedingungs Zusammenhang erlaubt: *„Der Zugriff auf spezifische Website-Inhalte kann nach wie vor davon abhängig gemacht werden, dass ein Cookie oder ein ähnliches Instrument von einer in Kenntnis der Sachlage gegebenen*

⁸ Die in der Begründung zum TTDSG-E (S. 33) angestellten Überlegungen, bestimmte endgerätebezogene Verarbeitungsszenarien von vorne herein vom Anwendungsbereich von § 22 Abs. 1 S.1 auszunehmen oder anzudeuten, dass sie den Ausnahmen in Absatz 2, 3 zugeordnet werden können, belegen holzschnittartige Konzeption des § 22 TTDSG. Die angestellten Überlegungen sind gemessen am Wortlaut Ausnahmeregelung infolge der blanken Übernahme des Richtlinien textes mutig.

Einwilligung abhängig gemacht wird, wenn der Einsatz zu einem rechtmäßigen Zweck erfolgt“; s. das Zitat auf S. 32 der Gesetzesbegründung).

Die Anerkennung eines Bedingungszusammenhangs ist damit nicht nur markt- und medienpolitisch alternativlos, sie ist auch von der europarechtlichen Spezialregelung zu endgerätebezogenen Verarbeitungen vorgesehen. Überdies: Die BReg selbst hat sich bei den Verhandlungen im Rat für eine ePrivacy-VO für eine solche Regelung ausgesprochen (*„The provision of information society services, that are wholly or partly financed by advertising, may be made conditional upon the consent to the storage and collection of information for advertising purposes, as far as the end-user is informed accordingly“*).

c) Verarbeitungen aufgrund vertraglicher Vereinbarung rechtssicher anerkennen

Obschon in der Gesetzesbegründung angekündigt (*„Weiterhin erfolgen Klarstellungen im Hinblick auf Endeinrichtungen, auf die aufgrund vertraglicher Vereinbarung ... zugegriffen werden darf.“*; vgl. Gesetzesbegründung, S. 23) fehlt in § 22 TTDSG-E eine Formulierung, die endgerätebezogene Verarbeitung auf vertraglicher Basis eindeutig absichert. Dies verwundert, denn genau dies liegt im Interesse der Rechtssicherheit. Es ist auch nicht anzunehmen, dass die ePrivacy-RL diese Rechtsgrundlage ausschließen wollte. Der Bedarf für eine hinreichende Anerkennung von Verarbeitungen aufgrund entsprechender Vereinbarungen ist real. Die Unternehmen erwarten nicht zu viel, wenn sie davon ausgehen, dass die nationale Gesetzgebung diesem Zusammenhang Rechnung trägt, statt sich damit zu begnügen, hinter den Standard der DSGVO zurückzufallen, die eine solche Rechtsgrundlage selbst bei personenbezogenen Daten enthält (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO).

d) Bislang legale und legitime notwendige Verarbeitungen absichern

Der Bedarf für eine Regulierung, die die endgerätebezogene Verarbeitung hinreichend legitimiert, wenn sie für die Erbringung oder Abrechnung einer angeforderten Webseite, erforderlich ist, ist evident – insbesondere, wie eingangs dargelegt, bei entgeltlosen, weil werbefinanzierten Angeboten. Dies gilt auch für die Ermittlung von Beeinträchtigungen der Integrität des Angebots bspw. durch Ad-Blocker oder für die objektive neutrale Reichweitenmessungen. Die Übernahme des alten Richtlinien textes ist hierfür denkbar ungeeignet.

In den Verhandlungen zur ePrivacy-VO ist mittlerweile eine brauchbare Rechtsgrundlage für Reichweitenmessungen im Kreis der Mitgliedstaaten entworfen worden. Sie ist geeignet, den

fachlich notwendigen und datenschutzrechtlich akzeptierten Standard in Deutschland zu tragen. Dies kann und sollte nun ebenso klargestellt werden.

Schließlich sollte – um das Programm der Entwurfsbegründung mit Leben zu füllen und für Rechtssicherheit zu sorgen – die Erforderlichkeit in § 22 TTDSG präzisiert werden. Die BReg selbst hat den Verhandlungen zur ePrivacy-VO eine entsprechende Formulierung eingebracht. Sie lautet nach dem aktuellen Verhandlungsstand, dass endgerätebezogene Verarbeitungen *„auch für die Erbringung eines vom Endnutzer angeforderten Dienstes der Informationsgesellschaft erforderlich sein können, z.B. bei Diensten, die im Einklang mit der Meinungs- und Informationsfreiheit, auch für journalistische Zwecke, bereitgestellt werden, z.B. Online-Zeitungen oder andere Presseveröffentlichungen im Sinne von Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie (EU) 2019/790, die ganz oder überwiegend durch Werbung finanziert werden, sofern der Endnutzer darüber hinaus klare, präzise und benutzerfreundliche Informationen über die Zwecke von Cookies oder ähnlichen Techniken erhalten hat und eine solchen Nutzung akzeptiert.“*⁹

B. Regelungen zu Teilnehmerverzeichnissen und Auskunftsdiensten im TTDSG-E

1. Systematische Umsetzung der EU-Vorgaben mit dem TTDSG-E und des TKMoG-E nicht gelungen

Die Abgrenzung zwischen TKMoG-E und TTDSG-E ist für Teilnehmerverzeichnis- und Auskunftsdienste nicht überzeugend.

Das TTDSG-E enthält nicht nur datenschutzrechtliche Regelungen, die das Verhältnis zwischen Endnutzern und den Anbietern von Teilnehmerverzeichnis- und Auskunftsdiensten betreffen. Bestimmungen, die das Verhältnis zwischen den Anbietern von Teilnehmerverzeichnis- und Auskunftsdiensten auf der einen und den Teilnehmernetzbetreibern auf der anderen Seite („im B2B-Verhältnis“) regeln, sollten, insbesondere was die Bereitstellung von Verzeichnisdaten betrifft, jedoch Gegenstand des TKMoG sein. Die Inhalte des bisherigen § 47 TKG sollten daher vollständig in angepasster Fassung in das TKMoG überführt werden. Nur so kann die für diese Anbieter existenzielle Voraussetzung, Verzeichnisdaten von den Teilnehmernetzbetreibern zu gerechten, objektiven, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur

⁹ Übersetzung des ZAW aus Ratsdokument v. 5. 1.2021, Doc. 5008/21.

Verfügung gestellt zu bekommen, erreicht werden. Auch mit Blick auf die Vorgaben des Art. 112 der RL 2018/1972 ist dies erforderlich. Gem. Art. 112 der RL 2018/1972 ist die Überlassung von Verzeichnisdaten Gegenstand der sektorspezifischen Regulierung, die die Zuständigkeit spezifischer nationaler Regulierungsbehörden anerkennt.

2. Unzeitgemäße Beschränkungen zu Lasten des Mittelstands: TTDSG spart interpersonelle Kommunikationsdienste aus und beschränkt Teilnehmerverzeichnisse auf die Eintragung von Festanschlüssen

Der vorliegende Entwurf des TTDSG beschränkt die Regelungen bereits im Titel auf den Schutz der „*Privatsphäre in der Telekommunikation*“ und verkennt damit, dass zwischenzeitlich in der interpersonellen Kommunikation Dienste eine erhebliche Rolle spielen, die über die technologisch gefasste Definition der Telekommunikation hinausgehen.

Die §§ 17 und 18 des Entwurfs beschränken Endnutzerverzeichnisse sogar auf die Teilnehmerdaten „*nummerngebundener Interpersoneller Telekommunikationsdienste*“ und damit auf klassische Telefonanbieter.

OTT-Dienste, die gerade in den letzten Monaten verstärkt z.B. für Videokonferenzen oder andere Kommunikationsoptionen im Home-Office genutzt werden, aber auch E-Mail-Dienste können damit nicht unter die genannten Regelungen des TTDSG subsumiert werden, obwohl erstere nach der Definition des EUGH durchaus bereits als Telekommunikationsdienste definiert werden. Das TTDSG sollte daher technologie-neutral auf alle elektronischen Kommunikationsdienste abstellen, ansonsten es gegenüber dem Telekom-Kodex und selbst der ePrivacy-RL im Rückstand wäre.

Auch wirtschaftspolitisch ist diese Ungleichbehandlung nicht nachvollziehbar. Der Bedarf für entsprechende Verzeichnisse ist vorhanden. Die Regulierung sollte daher auch für den Bereich nicht rufnummernbasierter elektronischer Kommunikationsdienste ein technologie-neutrales level-playing-field für alle Anbieter von elektronischen Kommunikationsdiensten sicherstellen. Hiervon abzusehen würde bedeuten, die bestehende übermächtige Marktposition der Superplattformen auch hier abzusichern.

§ 17 Abs. 1 gibt „*Inhabern von Teilnehmeranschlüssen*“ das Recht, in Verzeichnisse eingetragen werden zu können. Gem. § 3 Nr. 21 TKG ist bei einem „Teilnehmeranschluss“ die physische Verbindung mit dem der Netzanschlusspunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers mit den Hauptverteilerknoten oder mit einer gleichwertigen Einrichtung in festen öffentlichen Telefonnetzen erforderlich. Das TTDSG beschränkt die Möglichkeit, in Teilnehmerverzeichnissen

und für den Auskunftsdienst eingetragen zu werden, damit allein auf Festnetzanschlüsse und fällt damit in die Frühzeit der Telekommunikation zurück. Dies widerspricht dem Inhalt des EU-Telekom-Kodex, der in den ErwG 299f ausdrücklich auf die „*Endnutzer ... interpersoneller Kommunikationsdienste*“ abstellt und insofern selbstverständlich alle heute nutzbaren Dienste unabhängig von den technischen Plattformen oder Übertragungswegen umfasst. Nach dem Jahresbericht der Bundesnetzagentur waren im Jahr 2019 in Deutschland rund 38 Mio. Festnetzanschlüsse registriert, demgegenüber standen rund 107 Mio. aktivierte Sim-Karten für die mobile Nutzung. 81 Prozent der Deutschen nutzen ein Smartphone. In Großstädten sind 30 Prozent der Bewohner nur noch mobil zu erreichen, darunter vielfach auch Gewerbetreibende, die kein eigenes Büro mehr unterhalten und auch nur noch mobil erreichbar sind. Die Einschränkung auf „Inhaber von Teilnehmeranschlüssen“ ist zu streichen.

3. Antragserfordernis nach TTDSG bedeutet unnötige Überregulierung von mittelständischen Unternehmen

§ 17 Abs. 1 sowie § 18 Abs. 1 nennen – entsprechend § 47 TKG – einen ausdrücklichen Antrag des Teilnehmers bzw. des Endnutzers als zwingende Voraussetzung, in ein Endnutzer- oder Teilnehmerverzeichnis aufgenommen zu werden. Weder der EU-Kodex, noch die DSGVO oder andere datenschutzrechtliche Vorschriften sehen einen ausdrücklichen Antrag als datenschutzrechtlich relevante Voraussetzung für eine Veröffentlichung von Kommunikationsdaten vor. Deutschland ist EU-weit der einzige Mitgliedsstaat, der das Vorliegen eines ausdrücklichen Antrags, der gegenüber der Einwilligung eine verschärfte formale Hürde darstellt, für eine Eintragung in ein Endnutzer- oder Teilnehmerverzeichnis vorsieht. Die Voraussetzung einer DSGVO-konformen Einwilligung des Nutzers sollte grundsätzlich als Eintragungsvoraussetzung vollkommen ausreichen. Möglich wäre es zudem – so wie von der in Verhandlung befindlichen ePrivacy-Verordnung vorgesehen (Art. 15 Abs. 3 EPrivacy-VO-E) – für von Gewerbetreibenden genutzte elektronische Kommunikationsformen eine Widerspruchsregelung einzuführen. Dies liegt im Interesse insbesondere von kleineren Gewerbetreibenden, deren digitale Präsenz und damit Auffindbarkeit von Suchmaschinen oftmals nur nachrangig erfasst wird.

ZAW, Berlin, 21.1.2021