



Deutscher Bundestag  
19. Wahlperiode  
Ausschuss für Wirtschaft und Energie  
  
Ausschussdrucksache 19(9)1042  
20. April 2021

## **Stellungnahme**

von

**Kristin Benedikt**

im Rahmen der öffentlichen Anhörung des  
Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre  
in der Telekommunikation und bei Telemedien (TTDSG-E)  
(BT-Drucksache 19/27441)

Berlin, 21.04.2021

### ZUSAMMENFASSUNG:

Fast jedes Unternehmen verwendet sie auf Websites, doch für die wenigsten Nutzer sind sie praktikabel und benutzerfreundlich – die Rede ist von „Cookie-Banner“. Sie sollen ein wesentliches Instrument der Datensouveränität und Selbstbestimmung im Internet sein. Allerdings wurde dieses Ziel bisher nicht erreicht. Nutzer verlieren zunehmend das Vertrauen in digitale Dienste. Sie erteilen unzählige pauschale Einwilligungen, ohne zu wissen, worin sie einwilligen. Außerdem erfüllen viele Cookie-Banner nicht die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung. Das liegt nicht etwa an den hohen Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung. Unternehmen sind sich häufig nicht im Klaren, in welchen Fällen eine Einwilligung vom Nutzer eingeholt werden muss und wie die Vorgaben zur Einwilligung rechtskonform und nutzerfreundlich umgesetzt werden müssen. Diese Rechtsunsicherheit konnte bisher weder durch die Rechtsprechung noch durch die Datenschutzaufsichtsbehörden beseitigt werden.

Mit dem TTDSG soll Rechtsklarheit geschaffen werden. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es zwingend notwendig, dass

- 1. Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis konkretisiert werden und**
- 2. Dienste zum Einwilligungsmanagement geregelt werden.**

Im Übrigen werden weitere Änderungen und Ergänzungen angeregt, die im Folgenden erläutert werden.

### INHALTSVERZEICHNIS:

- I. § 19 TTDSG-E - Technische und organisatorische Vorkehrungen**
- II. § 24 TTDSG-E - Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen**
- III. Dienste zum Einwilligungsmanagement (PIMS)**
- IV. Einwilligung durch Browsereinstellungen**
- V. § 26 TTDSG-E - Bußgeldvorschriften**
- VI. § 27 TTDSG-E - Zuständigkeit, Aufgaben und Befugnisse der oder des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit**

## IM EINZELNEN:

### **I. § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG-E – Technische und organisatorische Vorkehrungen**

§ 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG-E ist wie folgt zu ändern:

*„Anbieter von Telemedien haben die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung ~~anonym oder~~ unter Pseudonym zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist.“*

#### Begründung:

Eine anonyme Nutzung von Telemedien ist technisch nicht möglich. Aus diesen Gründen ist das Wort „anonym“ ersatzlos zu streichen. Gemäß Erwägungsgrund 26 der DS-GVO sind Informationen anonym, wenn sie sich nicht auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, oder personenbezogene Daten, die in einer Weise anonymisiert worden sind, dass die betroffene Person nicht oder nicht mehr identifiziert werden kann. Bei der Nutzung von Telemedien fallen stets eine Vielzahl von technischen Informationen an, die Rückschlüsse auf Nutzer zulassen. Dazu gehören insbesondere die IP-Adresse, Cookies, Werbe-ID/Ad-ID, MAC-Adresse und weitere Geräte-Identifikatoren. Im Falle von IP-Adressen und Cookies hat der EuGH bereits festgestellt, dass es sich um personenbezogene Daten handeln kann.<sup>1</sup> Aus diesen Gründen würde die Regelung, eine anonyme Nutzung von Telemedien zu ermöglichen, in der Praxis ins Leere laufen. Die Formulierung ist daher zu streichen.

### **II. § 24 TTDSG-E - Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen**

§ 24 Abs. 2 TTDSG-E ist wie folgt zu ergänzen:

*„Die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeicherte Informationen ist insbesondere gem. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG-E unbedingt erforderlich*

- 1. zur statistischen Reichweitenanalyse,*
- 2. zur Authentifizierung,*
- 3. zur Abrechnung,*
- 4. zur Erfüllung technischer und organisatorischer Maßnahmen<sup>2</sup>,*

---

<sup>1</sup> Zum Personenbezug bei IP-Adressen vgl. EuGH, Urteil vom 19.10.2016, berichtigt durch Beschluss vom 06.12.2016, C-582/14 – Rn. 49; zum Personenbezug von Cookies vgl. EuGH, Urteil vom 01.10.2019, C-673/17 – Rn. 45, 67.

<sup>2</sup> Z.B. zum Load Balancing oder bei Maßnahmen zur Sicherheit und Integrität des Dienstes.

5. zur Speicherung von Präferenzen des Nutzers oder<sup>3</sup>
6. zur Erfüllung der Rechenschaftspflicht gem. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO.“

Begründung:

Es ist zu begrüßen, dass sich die Regelung eng am Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2009/135/EG<sup>4</sup> orientiert. Die Formulierung „unbedingt erforderlich“ führt jedoch zu großer Rechtsunsicherheit bei Unternehmen.

Der Gesetzgeber sollte zwingend durch Regelbeispiele oder jedenfalls in der Gesetzesbegründung klarstellen, welche Sachverhalte unter die Ausnahmeregelung gemäß § 24 Abs. 2 TTDSG-E fallen.

Eine Klarstellung ist aus folgenden Gründen zwingend geboten:

Schon heute sind sich die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden bei der Frage, ob bei Telemedien eine Einwilligung einzuholen ist, uneins. Beispielsweise ist in Baden-Württemberg keine Einwilligung für Dienste zur Reichweitenanalyse erforderlich, wenn der Dienst vom Webseitenbetreiber selbst betrieben wird.<sup>5</sup> In Niedersachsen ist hingegen immer beim Einsatz von Cookies als auch bei der Einbindung von Drittanbietern, wie zum Beispiel Analyse-dienste, eine Einwilligung erforderlich“.<sup>6</sup>

Die bisherigen Veröffentlichungen der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden können künftig bei der Anwendung des § 24 TTDSG-E nicht berücksichtigt werden. Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) hat eine Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien veröffentlicht.<sup>7</sup> In dieser Orientierungshilfe führt die DSK im Wesentlichen aus, dass mangels unmittelbarer Anwendbarkeit der ePrivacy-Richtlinie ausschließlich die Regelungen der DS-GVO bei Websites und Apps anzuwenden sind. Außerdem könne aus Sicht der DSK im Einzelfall der Einsatz von Cookies und weiteren Tracking-Technologien ohne Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f) DS-GVO zulässig sein. Eine Interessenabwägung ist nach § 24 TTDSG-E nicht vorgesehen. Insoweit kann diese Orientierungshilfe nicht mehr als Auslegungshilfe für Unternehmen dienen.

---

<sup>3</sup> Z.B. Landes- und Spracheinstellungen des Nutzers.

<sup>4</sup> Im Folgenden: ePrivacy-Richtlinie.

<sup>5</sup> FAQ zu Cookies und Tracking, Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg, abrufbar unter: <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/faq-zu-cookies-und-tracking-2/>.

<sup>6</sup> Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten – Anforderungen an Consent-Layer (November 2020).

<sup>7</sup> DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand Mai 2019.

Auch die Hinweise zur Ausnahme des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie der Art. 29 Datenschutzgruppe<sup>8</sup> können nicht mehr als Auslegungshilfe für Unternehmen dienen. Die Stellungnahme aus dem Jahr 2012 ist nach all den technologischen Innovationen der letzten Jahre bei Websites, Apps und insbesondere für das Internet of Things nicht mehr nützlich.

Einige europäische Aufsichtsbehörden haben konkrete Praxisfälle<sup>9</sup> genannt, in denen keine Einwilligung erforderlich ist. Beispielsweise ist der Einsatz von Cookies und sonstigen Tracking-Technologien in folgenden Fällen „unbedingt erforderlich“:

- Einsatz eines Content Management Tools
- Maßnahmen zur Erfüllung datenschutzrechtlicher Sicherheitsanforderungen
- statistische Analyse (Reichweitenanalyse)
- Speicherung von Präferenzen des Nutzers zum Beispiel Sprache, Land
- Authentifizierung
- Bei Maßnahmen zur Betrugsprävention
- Zur Abrechnung

Es genügt jedoch keinesfalls ein Verweis auf Veröffentlichungen anderer europäischer Aufsichtsbehörden. Auch wenn § 24 TTDSG-E der Umsetzung europäischen Rechts, Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie, dient, konnte bisher kein einheitlicher Vollzug in Europa gewährleistet werden. Grund dafür ist, dass anders als nach der DS-GVO<sup>10</sup> die ePrivacy-Richtlinie keine Regelungen zur Zusammenarbeit und Kohärenz der Aufsichtsbehörden vorzieht. Die unabhängigen Aufsichtsbehörden wenden die Ausnahmenvorschrift des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie unterschiedlich an. Dies führt nicht nur zu Rechtsunsicherheit für Unternehmen, sondern auch zu Vollzugsdefiziten.

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur ePrivacy-Verordnung konkrete Ausnahmefälle vorgeschlagen wurden, die deutlich weitergehen als die bisherigen Regelungen des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie und somit dem künftigen § 24 TTDSG-E.

Es ist daher zwingend geboten, dass der Gesetzgeber die Formulierung „unbedingt erforderlich“ im Rahmen ihm unionsrechtlich eröffneter Umsetzungsspielräume konkretisiert, um ein Vollzugsdefizit zu verhindern und für Rechtsklarheit zu sorgen.

---

<sup>8</sup> Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 194, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht, angenommen am 7. Juni 2012.

<sup>9</sup> Agencia Española de Protección de Datos, A Guide on the use of cookies, S. 9; Information Commissioner's Office, Guidance on the use of cookies and similar technologies; Commission Nationale Informatique et Libertés, Draft recommendation on cookies and other trackers.

<sup>10</sup> Vgl. Kapitel VII DS-GVO.

### **III. Dienste zum Einwilligungsmanagement (PIMS)**

Eine Regelung zu PIMS sollte aufgenommen werden.

#### Begründung:

Der Referentenentwurf vom 14.7.2020 sah eine Regelung vor, nach der Nutzer ihre Einwilligung über Personal Information Management Services (PIMS) verwalten können. Auch im Referentenentwurf vom 12.01.2021 wurde eine Regelung für die Anerkennung und Tätigkeit von Diensten zur Verwaltung persönlicher Informationen angedeutet.

PIMS stellen neben der Möglichkeit, eine Einwilligung über Browsereinstellungen oder Betriebssysteme abzugeben, eine benutzerfreundliche Variante dar. Der Nutzer gewinnt wieder Souveränität über sein Onlineverhalten. Zugleich kann sichergestellt werden, dass die datenschutzrechtlichen Anforderungen einer Einwilligung erfüllt werden. Sollte der Gesetzgeber eine Regelung zu PIMS aufnehmen, muss zwingend sichergestellt werden, dass die Anbieter von PIMS diese Stellung als neutraler Datentreuhänder wahrnehmen. Um dies zu erreichen, könnte die Verwendung der Nutzerdaten zu eigenen wirtschaftlichen Zwecken ausgeschlossen werden.<sup>11</sup> Zumindest aber sollte eine Regelung geschaffen werden, nach der der Anbieter von PIMS die Daten, die er zur Verwaltung der Einwilligung der Nutzer verarbeitet, nicht für weitere Zwecke verarbeiten darf.<sup>12</sup>

### **IV. Einwilligung durch Browsereinstellungen**

Eine Regelung zu Einwilligungen durch Software-Einstellungen sollte aufgenommen werden.

#### Begründung:

In der Begründung des Referentenentwurfes vom 12.01.2021 wurde ausgeführt, dass der Nutzer seine Einwilligung auch über entsprechende Einstellungen eines Browsers oder einer anderen Anwendung erklären kann. Eine solche Regelung, die bereits nach der ePrivacy-Richtlinie unionsrechtlich als möglich anerkannt war<sup>13</sup>, ist grundsätzlich zu begrüßen, um die ausufernde Einbindung von „Cookie-Banner“ einzudämmen. Der aktuelle Entwurf enthält keine Regelungen zur Einwilligung durch Browsereinstellungen. Eine ausdrückliche Regelung - nicht nur die Erwähnung in der Gesetzesbegründung - sollte aufgenommen werden,

---

<sup>11</sup> Hofmann/Schwartmann/Weiß, Kurzgutachten im Auftrag der European netID Foundation (netID), Januar 2021, abrufbar unter: [https://enid.foundation/wp-content/uploads/2021/01/Hofmann\\_Schwartmann\\_Weiss\\_Kurzgutachten\\_SSO\\_netID\\_20210119.pdf](https://enid.foundation/wp-content/uploads/2021/01/Hofmann_Schwartmann_Weiss_Kurzgutachten_SSO_netID_20210119.pdf).

<sup>12</sup> Schwartmann/Hanloser/Weiß, Kurzgutachten zu PIMS im TTDSG - Vorschlag zur Regelung von Diensten zur Einwilligungsverwaltung im Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz, März 2021.

<sup>13</sup> Erwägungsgrund 66 der Richtlinie 2009/136/EG; vgl. auch Erwägungsgrund 32 DS-GVO

um einen Ausgleich zwischen den Nutzerinteressen und den datenschutzrechtlichen Regelungen zu schaffen. Sollte eine solche Regelung eingeführt werden, ist zu berücksichtigen, dass vor allem bei Nutzung mobiler Endgeräte nicht immer Browser verwendet werden. Viele Nutzer verwenden native Apps auf ihren mobilen Endgeräten. Auch Internet of Things wie z.B. Smart Home-Anwendung werden über Apps bedient und kommen ohne Browser aus.<sup>14</sup> Aus diesem Grund sollte ein technikneutraler Begriff verwendet werden, der nicht nur Browsereinstellungen berücksichtigt, sondern auch Einstellungen des Betriebssystems oder App-Einstellungen.

Sollte eine Regelung zur Nutzereinstellung in Browsern und Betriebssystemen im TTDSG-E aufgenommen werden, so muss der Gesetzgeber eine Formulierung treffen, nach der die Einwilligungen verpflichtend zu berücksichtigen sind. Eine Formulierung, nach der die Berücksichtigung der Einwilligung in die Hände der Anbieter von Browsern und Betriebssystemen gelegt wird, würde in der Praxis leerlaufen.

## **V. § 26 TTDSG-E - Bußgeldvorschriften**

### **1. Ergänzung des § 26 Abs. 1 TTDSG-E**

§ 26 Abs. 1 TTDSG-E ist wie folgt zu ergänzen:

*„Gegen Behörden und sonstige öffentliche Stellen werden keine Geldbußen verhängt.“*

#### Begründung:

Diese Formulierung entspricht § 43 Abs. 2 BDSG.

Nach Art. 15 Abs. 2 der ePrivacy-Richtlinie gelten die Bestimmungen des Kapitels III der Richtlinie 95/46/EG über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen im Hinblick auf innerstaatliche Vorschriften. Gemäß Art. 94 Abs. 2 DS-GVO gelten Verweise auf die Richtlinie 95/46/EG als Verweise auf die DS-GVO. Gemäß Art. 83 Abs. 7 DS-GVO kann jeder Mitgliedstaat festlegen, ob und in welchem Umfang gegen Behörden und öffentliche Stellen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat niedergelassen sind, Geldbußen verhängt werden können.

Insbesondere bei Websites, Apps und weiteren Online-Angeboten öffentlicher Stellen sind Verstöße gegen § 24 Abs. 1 TTDSG-E denkbar. Bei der Zurverfügungstellung von Telemedien und der sich anschließenden Verarbeitung personenbezogener Daten handelt es sich um einen einheitlichen Lebenssachverhalt, sodass im Hinblick auf die Sanktionen einheitliche Re-

---

<sup>14</sup> Schwartmann/Benedikt/Reif, RDV 2020, 231 (234).

gelungen gelten sollten. Die für eine Beschränkung der Sanktionsbefugnis gegenüber öffentlichen Stellen bei Verstößen gegen die DS-GVO herangezogenen Wertungen gelten auch für Verstöße gegen das TTDSG.

## **2. Ergänzung des § 26 Abs. 2 TTDSG-E**

§ 26 Abs. 2 TTDSG-E ist wie folgt zu ergänzen:

*„Die Regelungen gem. Art. 83 DS-GVO bleiben unberührt.“*

### Begründung:

Bei der Zurverfügungstellung von Telemedien und der sich anschließenden Verarbeitung personenbezogener Daten handelt es sich um einen einheitlichen Lebenssachverhalt.

Fallbeispiel: Ein Nutzer ruft einen Online-Shop auf. Um das Nutzungsverhalten zu erfassen, wird ein Browser-Fingerprint erhoben. Eine Einwilligung wird vom Nutzer nicht vorab eingeholt. Anschließend wird ein Nutzungsprofil erstellt. Diesem Nutzungsprofil werden Merkmale und Interessen zugeordnet, um dem Nutzer zielgerichtet Online-Werbung auszuspielen. Auch hierfür wird keine Einwilligung eingeholt. Bei dem vorliegenden Beispiel kommt ein Verstoß gegen § 24 Abs. 1 Satz 1 TTDSG-E und Art. 5 Abs. 1 lit. a), Art. 6 Abs. 1 DS-GVO in Betracht.

Da die DS-GVO einen deutlich höheren Bußgeldrahmen vorsieht, sollte eine Klarstellung erfolgen, dass die Bußgeldvorschriften bei einem Verstoß gegen das TTDSG-E nicht abschließend sind.

## **3. Ergänzung des § 26 Abs. 3 TTDSG-E**

§ 26 Abs. 3 TTDSG-E ist um eine Regelung zu ergänzen, die die zuständige Bußgeldbehörde bestimmt, soweit nicht die Bundesnetzagentur gemäß § 24 Abs. 3 Nr. 1 TTDSG-E oder der oder die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit gemäß § 24 Abs. 3 Nr. 2 TTDSG-E zuständig ist.

### Begründung:

Eine Klarstellung ist zwingend geboten, da nicht nur Landesbehörden, d.h. Landesdatenschutzaufsicht eines jeden Bundeslandes, Bußgelder verhängen können. Im Fall von Telemedien können weitere Behörden Bußgelder verhängen.

Beispielsweise ist in Bayern neben

- dem Bayerischen Landesamt für Datenschutzaufsicht und
- dem Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz



- der **Medienbeauftragte für den Datenschutz (Mediendatenbeauftragter)**

zuständige Aufsichtsbehörde im Sinne des Art. 51 DS-GVO i.V.m. Art. 20 Abs. 1 BayMG.

#### **VI. § 27 TTDSG-E - Zuständigkeit, Aufgaben und Befugnisse der oder des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit**

Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde, die die Einhaltung des § 24 TTDSG-E kontrolliert, sollte nicht an die Tätigkeit des Telekommunikationsunternehmens, geknüpft werden. Stattdessen sollte sich die Zuständigkeit daran orientieren, weshalb im konkreten Einzelfall (Zweck) die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf Informationen erfolgt.

##### Begründung:

§ 27 Abs. 2 TTDSG-E knüpft die Zuständigkeit des oder der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit im Hinblick auf § 24 TTDSG-E an die Tätigkeit von Telekommunikationsunternehmen. Unter Telekommunikationsunternehmen fallen aufgrund des erweiterten Anwendungsbereichs künftig auch Unternehmen, die internetbasierte Kommunikation ermöglichen. Dazu gehören beispielsweise Anbieter von Messenger, E-Mail-Diensten und Videokonferenzsystemen. Diese Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Anbieter von internetbasierten Kommunikationsdiensten diese Dienste nicht nur ausschließlich anbieten. Die Geschäftsmodelle der Unternehmen sind breit aufgestellt, z.B. Gmail als E-Mail-Dienst des Unternehmens Google LLC. Eine Anknüpfung ausschließlich an die Tätigkeit als Telekommunikationsunternehmen würde zu einer unbeabsichtigten und sachlich nicht gebotenen Zuständigkeit des oder der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit führen.