

# **Stellungnahme**

**der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung e.V. (GDD)**

**betreffend den Referentenentwurf „TKG-E 2003“ (Stand 30.04.2003)**

## **1. Vorbemerkung**

Die Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung e.V. (GDD) begrüßt den Ansatz, die Vorschriften der TDSV zwecks Vermeidung von Redundanzen und zur Schaffung von Rechtsklarheit in einen eigenen Abschnitt „Datenschutz“ des TKG zu übernehmen. Des Weiteren begrüßenswert ist die Absicht, geschlossene Benutzergruppen (z.B. Corporate Networks) von unangemessenen Belastungen frei zu halten, wobei nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen sei, dass die Richtlinie 2002/58/EG, die mit der TKG-Novelle umgesetzt werden soll, lediglich öffentlich anbietende Kommunikationsdienste betrifft und insofern auch gänzlich von der Einbeziehung geschlossener Benutzergruppen in den Anwendungsbereich des TKG abgesehen werden könnte.

Mit Bedauern wird festgestellt, dass die in der vorgenannten EG-Richtlinie angelegte Technologie unabhängige Regulierung nicht – jedenfalls nicht konsequent - in das nationale Datenschutzrecht übernommen werden, sondern es bei getrennten Regelwerken für Teledienste- und Telekommunikationsdienste verbleiben soll. Nach wie vor nicht ersichtlich ist, warum eine eigenständige Regelung zu Bestandsdaten im TKG erforderlich ist. Hier ist ein Rückgriff auf das Bundesdatenschutzgesetz sinnvoll, nicht nur um den Wildwuchs im bereichsspezifischen Datenschutzrecht zurückzuschneiden, sondern auch um ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu vermeiden. Positiv zu bewerten ist aber die gesetzgeberische Intention, Mindestspeicherfristen für Verkehrsdaten bei TK-Anbietern nicht zu normieren und eine unverhältnismäßige Vorratsdatenspeicherung durch Provider zu Gunsten staatlicher Sicherheitsinteressen zu vermeiden.

Darüber hinaus sieht der Referentenentwurf eine aus Sicht des Persönlichkeitsschutzes bedenkliche Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses und im 7. Teil einige Regelungen vor, die insbesondere die Telekommunikationsunternehmen, die ihre Dienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten, unter Aufwands- und Kostengesichtspunkten erheblich belasten würden.

## **2. Zu dem Referentenentwurf im Einzelnen**

### **Zu § 3 (Begriffsbestimmungen)**

Nach dem Referentenentwurf soll die bislang in § 3 Nr. 16 TKG geregelte Legaldefinition des Begriffs der Telekommunikation entfallen und offenbar nicht durch eine neue Definition ersetzt werden. Dies wäre mit Blick auf die angestrebte Schaffung von Rechtsklarheit u. E. kontraproduktiv. Zum einen hängt von dem Begriff ab, wer Normadressat der (Datenschutz-) Regelungen ist, zum anderen bliebe damit letztlich unklar, welche Vorgänge elektronischer Kommunikation dem Anwendungsbereich des TKG unterfallen. Dies wäre aber gerade mit Blick auf eine – wegen der Beibehaltung der separaten Regelwerke für Tele- und Telekommunikationsdienste auch weiterhin notwendige - klare Abgrenzbarkeit der einzelnen Anwendungsbereiche unzureichend.

Der Begriff des „Diensteanbieters“ in Nr. 5 der Vorschrift ist unnötig weit gefasst. Bereits in der Vorbemerkung wurde darauf hingewiesen, dass die Richtlinie 2002/58/EG die Einbeziehung von geschäftsmäßigen Telekommunikationsdiensten nicht erforderlich macht.

Nach der vorgesehenen Definition des Diensteanbieters sind auch solche Stellen erfasst, die lediglich unterstützend und streng weisungsgebunden an dem Angebot mitwirken. Soweit ein Auftragsverhältnis im Sinne von § 11 BDSG vorliegt, kann dem Datenschutz durch die nach dem BDSG zwingend gebotene vertragliche Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer hinreichend Rechnung getragen werden. Eine darüber hinausgehenden - telekommunikationsrechtliche - Verpflichtung der Auftragnehmer auf den Datenschutz erscheint vor diesem Hintergrund entbehrlich.

### **Zu § 85 (Fernmeldegeheimnis)**

Gem. § 85 Abs. 1 TKG-E unterliegt dem Fernmeldegeheimnis insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Auch der Umstand, dass keine Kommunikation mit einer bestimmten Person stattgefunden hat, hat einen Ausgabewert und wird vom Schutzbereich erfasst. Da dies ersichtlich in der einschlägigen Literatur bislang nicht kommentiert ist, bietet sich eine entsprechende Klarstellung in der Gesetzesbegründung an.

In § 85 Abs. 3 Satz 3 TKG-E ist eine Erstreckung der Beschlagnahmenvorschriften der StPO auf Datenträger vorgesehen, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegende Kommunikationsvorgänge beinhalten (Anrufbeantworter, Mailbox u.s.w.). Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund bedenklich, dass hiermit der Richtervorbehalt unterlaufen werden kann, denn die Beschlagnahme kann nach der StPO auch durch die Polizei angeordnet werden. Nicht erkennbar ist ferner, ob sich die Beschlagnahmeanordnung auch an bereits nach § 100g StPO zur Auskunft verpflichtete Diensteanbieter richten kann. Insgesamt sollte zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses von der vorgesehenen Ergänzung des § 85 Abs. 3 Satz 3 TKG-E abgesehen und stattdessen klargestellt werden, dass für den Zugriff auf Telekommunikationsinhalte die §§ 100a, 100b und ggf. § 100g StPO maßgeblich sind.

### **Zu § 88 (Informationspflichten)**

§ 88 TKG-E sieht vor, dass Diensteanbieter ihre Teilnehmer „bei Vertragsschluss“ umfassend zu unterrichten haben. Eine derartige – telekommunikationsrechtliche - Informationsverpflichtung für geschäftsmäßige Anbieter wie Corporate Networks, ist u. E. unverhältnismäßig. Hier bietet die Informationsverpflichtung nach § 94 Abs. 1 Satz 3 TKG-E i. V. m. der Beteiligung der Mitarbeitervertretung einen hinreichenden Persönlichkeitsschutz.

Zumindest sollte klargestellt werden, dass die gestattete Privatnutzung arbeitgebereigener TK-Einrichtungen nicht als „Vertragsschluss“ i. S. der Vorschrift anzusehen ist.

Zur Vermeidung von Auslegungsproblemen sollte - zumindest in der TKG-Begründung – ferner klargestellt werden, dass die Information des Kunden auch mit der Auftragsbestätigung durch das TK-Unternehmen erfolgen kann. Dies entspricht der gängigen Praxis der Telekommunikationsunternehmen und trägt dem Informationsbedürfnis der Kunden hinreichend Rechnung.

### **Zu § 89 (Einwilligung im elektronischen Verfahren)**

Die Streichung der Rücknahmemöglichkeit innerhalb einer Woche (§ 4 Nr. 4 TDSV) wird begrüßt, da es den Diensteanbietern in verschiedenen Fällen auch schon vor Ablauf der Rücknahmefrist möglich sein muss, eine auf der Einwilligung basierende Datenverarbeitung vorzunehmen (Bsp.: Bonitätsprüfung vor Vertragsschluss).

### **Zu § 90 (Vertragsverhältnisse)**

Insbesondere mit Blick auf ein zukünftig übersichtlicheres Datenschutzrecht sollte sich der Gesetzgeber auf das bereichsspezifisch Erforderliche beschränken.

Der Umgang mit personenbezogenen Daten bei Vertragsverhältnissen ist bereits im BDSG geregelt. Eine bereichsspezifische Regelung für den Umgang mit „Bestandsdaten“ im TKG erscheint daher allenfalls im Zusammenhang mit Auskunftsersuchen der Sicherheitsbehörden (3. Abschnitt) angezeigt.

§ 90 Abs. 2 TKG-E ermöglicht allerdings folgerichtig die Verwendung von Vertragsdaten zu Zwecken der Werbung und der Marktforschung nach Maßgabe des § 28 Abs. 2 - 5 BDSG. Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit ist es begrüßenswert, dass das bislang in diesem Bereich bestehende Einwilligungserfordernis zugunsten einer Widerspruchslösung entfallen soll. Auch im Rahmen der Novellierung des Teledienstedatenschutzgesetzes (TDDSG) sollte auf Rechtseinheitlichkeit beim Umgang mit Vertragsdaten hingewirkt werden.

### **Zu § 92 (Entgeltermittlung und Entgeltabrechnung)**

Sachgerecht ist die Klarstellung in der Begründung zu § 92 TKG-E, wonach nunmehr deutlich wird, dass der Kunde, der sein Recht auf Datenlöschung gem. § 92 Abs. 4 Nr. 2 TKG-E geltend macht, die volle Beweislast trägt.

Die in § 92 Abs. 3 TKG-E geregelte Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten (sechs Monate) soll zu Recht beibehalten werden. Der Ansatz zur Einführung von Mindestspeicherfristen für Verkehrsdaten zu Gunsten von Aktivitäten der Sicherheitsbehörden hätte den Nutzer unter Pauschalverdacht gestellt und die Unternehmen unangemessen belastet.

Erwägenswert wäre es, die Pflicht zur Kürzung der Zielnummer (§ 92 Abs. 3 Satz 2 TKG-E) auf sämtliche Mehrwertdienstnummern auszudehnen.

### **Zu § 93 (Standortdaten)**

Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 9 der Richtlinie 2002/58/EG und macht die Verwendung von Standortdaten von einer Anonymisierung bzw. einer Einwilligung des Nutzers abhängig. Aus datenschutzrechtlicher Sicht gilt es, unzulässige Bewegungs- und Nutzerprofi-

le zu vermeiden. Um zu einer praktisch umsetzbaren Lösung zu kommen, dürfen allerdings weder an die Einwilligung selbst noch an die vorausgehende Informationsverpflichtung des Anbieters zu hohe Anforderungen gestellt werden. Es sollte daher zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass auch eine konkludente Einwilligung, die beispielsweise schon in der Inanspruchnahme des Dienstes liegen kann, ausreichend sein kann. Im Hinblick auf die in § 93 Abs. 1 Satz 2 TKG-E vorgesehene Information an den Nutzer ist festzustellen, dass diese teilweise nicht praktikabel ist. Gerade bei standortbasierten Diensten (location based services), die über Mobiltelefone erfolgen, geht die vorgesehene Informationsverpflichtung angesichts des aus Anbietersicht technisch Möglichen und des aus Kundensicht notwendigen wirtschaftlichen Nutzens derartiger Dienste zu weit (Größe des Handy-Displays, Gebühren für längere Verbindungszeiten).

### **Zu § 104 (Technische Schutzmaßnahmen)**

§ 104 TKG-E differenziert – aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zu Recht – zwischen grundlegenden („Datenschutz-“) Verpflichtungen, die auch geschäftsmäßige Diensteanbieter treffen (Abs.1), und ergänzenden Verpflichtungen, die in erster Linie die Sicherstellung der Telekommunikation betreffen und folgerichtig lediglich öffentlich anbietenden TK-Unternehmen obliegen. Die inzwischen vorgesehene separate Regelung dieser Sachverhalte in verschiedenen Absätzen sollte beibehalten werden.

### **Zu § 105 (Technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen)**

Die Vorschrift soll den Kreis der Verpflichteten nunmehr auch per Gesetz (zuvor nur durch die TKÜV) auf Anbieter für die Öffentlichkeit begrenzen. Dies ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und Rechtsklarheit sachgerecht.

Die Beibehaltung der Kostentragungspflicht der TK-Unternehmen unterliegt auch weiterhin den bekannten verfassungsrechtlichen Bedenken und stellt im internationalen Vergleich z. T. einen Standortnachteil für deutsche TK-Unternehmen dar. Insgesamt sollte die Vorschrift, die erhebliche Belastungen für die betroffenen Unternehmen impliziert, nochmals am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes überprüft werden.

### **Zu § 106 (Daten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden)**

Zunächst ist eine Begrenzung der Regelung auf Anbieter für die Öffentlichkeit aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sachgerecht. Aber auch mit dem insoweit begrenzten Kreis derer, die bestimmte Kundendaten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden vorhalten sollen, unterliegt die Vorschrift schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken, welche die GDD bereits zu einem vorherigen Änderungsentwurf zu § 90 TKG aus dem Jahr 2002 geäußert hat (vgl. Stellungnahme vom Mai 2002 = Anlage 1). Danach ist die vorgesehene Vorratsdatenspeicherung aus datenschutzrechtlicher Sicht unzulässig und mit Blick auf den in § 3a geregelten Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit kontraproduktiv.

Die Auffassung des OVG NW (RDV 2002, 243), wonach auch Anbieter von Prepaid-Produkten zur Speicherung von Kundendaten verpflichtet sein sollen, kann nicht geteilt werden. Gerade der Einsatz von Prepaid-Produkten wird zu Recht als Musterbeispiel für die Vermeidung eines unnötigen Personenbezugs angeführt. Schließlich ist auch die Wirksamkeit der geplanten Datenbevorratung im Rahmen der Strafverfolgung mehr als zweifelhaft (vgl. Anlage 1).

### **Zu § 107 (Manuelles Auskunftsverfahren)**

Im Rahmen der TKG-Novelle sollte zunächst zur Entlastung der zur Auskunft Verpflichteten klargestellt werden, dass die Sicherheitsbehörden vorrangig auf das weniger aufwendige automatisierte Auskunftsverfahren zurückzugreifen haben.

Hinsichtlich der vorgesehenen Verpflichtung zur Auskunftserteilung über Daten, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, aufgrund einer Beschlagnahmeanordnung nach § 98 StPO wird auf die vorstehenden Ausführungen zu § 85 TKG-E verwiesen. Die Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses bedarf grundsätzlich eines richterlichen Beschlusses; eine Anordnung durch die Polizei ist hier unzureichend.

### **Zu § 108 (Automatisiertes Auskunftsverfahren)**

Es entspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geschäftsmäßige Erbringer von Telekommunikationsdiensten – wie vorgesehen - vom Kreis der Verpflichteten auszunehmen.

Hinsichtlich der vorgesehenen „Jokerzeichenabfrage“, die den Sicherheitsbehörden eine Suche mit Platzhaltern ermöglichen soll, wird auf die bereits zu einem früheren Zeitpunkt geäußerten datenschutzrechtlichen Bedenken hingewiesen (vgl. Anlage 1). Mit Blick auf die vorgesehene Verordnungsermächtigung bzgl. des Abrufs mit unvollständigen Abfragedaten (§ 108 Abs. 3 Nr. 3 TKG-E) wird darauf hingewiesen, dass die wesentlichen Aspekte derartiger Abfragen nicht zuletzt aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes im TKG selbst geregelt werden sollten.

Bonn, den 26. Mai. 2003