

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



Wir bedanken uns für die Möglichkeit einer Stellungnahme zu dem vorliegenden Referentenentwurf sowie der Abgabe einer Einschätzung zu den vom BMWi in diesem Zusammenhang explizit gestellten Fragen und positionieren uns hierzu wie folgt:

## I. Einschätzung zu den vom BMWi im Anschreiben zum Referentenentwurf angesprochenen Diskussionspunkten:

### 1. Regelung/Hinweis auf PIMS/Data Governance Act aufnehmen:

Es ist aktuell nicht absehbar, wie der Data Governance Act final gestaltet sein wird. Aus diesem Grund ist eine nationale Regulierung von PIMS im Rahmen des TTDSG angeraten. Neben inhaltlich unterschiedlichen Schwerpunkten spricht auch die prozessuale Situation für eine nationale Regulierung: Der Data Governance Act der Kommission befindet sich aktuell noch in einem sehr frühen Stadium und es ist aufgrund des Gesetzgebungsprozesses nicht absehbar, welche inhaltliche Ausprägung das Vorhaben aufweisen und zu welchem Zeitpunkt es umgesetzt werden wird. Eine Regulierung von Datentreuhändern im Rahmen des TTDSG könnte schneller erreicht werden und könnte als nationaler Ansatz Beispielcharakter für eine europäische Regulierung entfalten (wie in der Vergangenheit auch bei anderen Gesetzgebungsvorhaben geschehen – z. B. bei dem deutschen IT-Sicherheitsgesetz und der nachfolgenden NIS-Richtlinie auf europäischer Ebene). Das Argument, das ursprüngliche Vorhaben mit Blick auf den auf europäischer Ebene geplanten Data Governance Act zurückzustellen, überzeugt nicht. Das Stocken des ePrivacy-Prozesses zeigt, wie wichtig Impulse aus den Mitgliedstaaten für die europäische Regulierung sind. Hier sollte Deutschland seine Rolle als Impulsgeber wahrnehmen.

### 2. Regelung zu Browsereinstellungen korrespondierend zu consent-Entscheidungen von Telemediendienstnutzern

Es muss gesetzlich sichergestellt werden, dass die vom Nutzer gegenüber dem Diensteanbieter abgegebene Willenserklärung auch faktisch erfüllbar ist und die erwartete Datenverarbeitung durchgeführt werden kann. Der Referentenentwurf des TTDSG beinhaltet bislang jedoch keine Befolgungspflicht, durch die sichergestellt ist, dass erteilte Einwilligungen von Endnutzern gemäß § 22 effektive Wirkung entfalten. Die Einwilligung eines Nutzers oder auch Einstellungen des Nutzers über Personal Information Management Systemen müssen Vorrang vor Softwareeinstellungen (beispielsweise von Brow-

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



ern, Betriebssystemen oder anderen Voreinstellungen) haben. Eine entsprechende Regelung, wie sie vom Bundeswirtschaftsministerium angedacht ist, ist daher absolut zu begrüßen und sollte in den Entwurf zum TTDSG aufgenommen werden. Eine solche Regelung verhindert, dass Dienstanbieter nicht über die Software einzelner Hersteller Wettbewerbsbeeinträchtigungen erleiden.

Die aktuelle Entwicklung des Marktes unterstreicht, dass Internetbrowser und andere Software zum Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet zunehmend die Rolle von Torwächtern einnehmen: Durch Voreinstellungen der Software wird die Schnittstelle zwischen Endnutzern und Unternehmen, die Dienste anbieten, teilweise verschlossen. Diensteanbieter verlieren dadurch direkte Interaktionsmöglichkeiten mit ihren Endnutzern und infolgedessen auch Möglichkeiten der Refinanzierung der Dienste. So ist der Fall vorstellbar, dass trotz vorliegender Einwilligung nach § 22 die Anbieter von Diensten (z. B. einer Nachrichtenseite) nach einem Softwareupdate nicht mehr zu den Endnutzern vordringen können und keinen Zugriff auf gespeicherte Informationen (z. B. Cookies) erhalten. Ebenfalls denkbar ist der Fall, dass Endnutzer bei der Nutzung eines Dienstes eine Einwilligung nach § 22 erteilen, diese jedoch keine Wirksamkeit entfalten kann, da die Softwareeinstellung diese bewusst erteilte Einwilligung unwirksam machen.

Wichtig ist, dass dieses Phänomen nicht allein auf Internetbrowser beschränkt ist. Insbesondere in Hinblick auf mobile Endgeräte oder auch andere internetfähige Haushaltsgeräte (z. B. Fernsehgeräte) wird deutlich, dass die zum Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet eingesetzten Betriebssysteme und Softwareanwendungen eine solche Torwächterfunktion einnehmen. Die Regelung darf deshalb nicht auf Browser beschränkt sein. Es muss daher sichergestellt werden, dass unabhängig von den Einstellungen der Software die Anbieter der Dienste zu den Endnutzern vordringen können und erteilte Einwilligungen effektive Wirkung entfalten. Die Möglichkeit der Endnutzer zur Vornahme von Datenschutzeinstellungen an zentraler Stelle bleibt davon unberührt.

Grundsätzlich erachten wir es als wichtig, auf eine einheitliche europäische ePrivacy-Verordnung hinzuwirken, um eine sowohl rechtskonforme als auch nutzerfreundliche Datenverarbeitung in der elektronischen Kommunikation zu erwirken. So kann es gelingen die Gesetzgebung zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation den aktuellen technischen Gegebenheiten als auch den etablierten Standards der DSGVO anzupassen. Hierzu wird eine Abkehr vom Einwilligungszwang, der viele Nutzer entweder überfordert oder ermüdet, erforderlich sein. Stattdessen bedarf es der Überführung der

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



in der Datenschutzgrundverordnung etablierten Ermächtigungsgrundlage des „berechtigten Interesses“ (Art. 6 Abs. 1f DSGVO) in die ePrivacy-Verordnung. So ließen sich im Wege der Interessenabwägung der Beteiligten und deren Rechten und Freiheiten zielführende Ergebnisse erzielen. Nutzer könnten zusätzlich und unabhängig von den Abwägungsentscheidungen der Diensteanbieter, ihre Interessen durch entsprechende Datenschutzeinstellungen der von ihnen genutzten Browser wahren.

### 3. Regelung zum Ausschluss der Rufnummernunterdrückung für Rufnummern von Strafverfolgungsbehörden

Der Ausschluss von Rufnummernunterdrückungen für im Einzelfall festgelegte zentrale Rufnummern von Strafverfolgungsbehörden hätte aus unserer Sicht nach allgemeiner Kenntnis dieser Regelung einerseits keinen erkennbaren Nutzen, würde aber andererseits zu einem sehr hohen Umsetzungsaufwand für die betroffenen TK-Unternehmen führen (z. B. zur ständigen Aktualisierung der Liste der entsprechenden Teilnehmeranschlüsse). Eine solche Regelung wird daher abgelehnt.

Die Regelung des bisherigen § 108 Abs. 3 TKG (entspr. § 15 Abs. 1 Satz 4 TTDSG-Entwurf), die entsprechend und ergänzend auch für die Übermittlung von Standortdaten gilt (§ 13 Abs. 3 TTDSG-Entwurf) sollte daher ausreichen.

Insbesondere ist eine Verpflichtung der Diensteanbieter und Netzbetreiber zur Aufhebung der Rufnummernunterdrückung zu bestimmten Destinationen auch nicht erforderlich.

Technisch wird die Rufnummer des Anrufers (A-Rufnummer) immer in der Signalisierung übertragen. Anders wäre schon eine Abrechnung der jeweiligen Verbindung aber auch die Störungsbeseitigung oder TKÜ-Maßnahmen nicht oder nur eingeschränkt möglich. Die Signalisierung kann schon jetzt ausgelesen und so der Anrufer ermittelt werden.

Die Auswahl des Endnutzers zur Rufnummernunterdrückung hat hierauf keinen Einfluss.

### 4. Regelungen zur Identifikation von Telemediennutzern

#### a. Die Anonymität im Internet muss als Grundansatz gewahrt werden.

Der Erfolg des Internets basiert unter anderem auch auf der Möglichkeit der anonymen Nutzung und Bezahlung, was durch § 13 Abs. 6 TMG anerkannt wird (vgl. Müller-Broich, in TMG, § 13, Rn. 10). Die anonyme Nutzung dient der Konkretisierung des

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



Datenvermeidungsgebots und gleichzeitig auch der nach Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Position der Meinungsfreiheit (ebenda). Die Einführung einer Verpflichtung zur Erhebung der Nutzerdaten durch Telemediendiensteanbieter entspräche einer Abkehr von diesem Grundsatz.

Darüber hinaus ist die Speicherung von personenbezogenen Daten auf Vorrat zu unbestimmten und noch nicht bestimmaren Zwecken unzulässig (vgl. BVerfGE 125, 260 ff.) Der Verweis auf die Regelung des § 111 Abs. 1 Satz 3 TKG legt nahe, dass an eine entsprechende Vorratsdatenspeicherung im Bereich der Telemedien eine Beauskunftung an Sicherheitsbehörden entsprechend der §§ 112, 113 TKG anknüpfen soll. Eine wie dort ausgestaltete Bereitstellung einer Datenbasis für spezifische Auskünfte fällt nicht unter das strikte Verbot der Vorratsdatenspeicherung, so dass der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung insoweit auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genüge (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05). Ob dies entsprechend auch für die Erhebung von Nutzerdaten von Telemediendiensten zur Beauskunftung an Sicherheitsbehörden gelten kann, ist fraglich. Zu berücksichtigen ist hierbei zudem, dass die Überprüfung der erhobenen Daten durch Ausweisdokumente entsprechend § 111 Abs. 1 Satz 3 TKG ausschließlich für im Voraus bezahlte Mobilfunkdienste gilt, während im Übrigen die Daten zwar zu erheben, jedoch nicht zu überprüfen sind.

Eine Pflicht zur Verifikation von Nutzern von Telemediendiensten widerspricht im Übrigen den Werten einer freiheitlichen Gesellschaft und eignet sich somit als „Vorbild für Unrechts- und Polizeistaaten“. Auch aus Gründen des Wettbewerbs sprechen wir uns gegen den Vorschlag des BMI aus, da eine solche Regelung zu gravierenden Wettbewerbsnachteilen für deutsche Unternehmen im Vergleich zu anderen EU-Staaten führen dürfte, in denen keine Verifikation erforderlich/durchsetzbar ist.

## **b. Unverhältnismäßige Aufwände**

Insbesondere mit einer Verpflichtung zur Authentifizierung mittels Ausweisdokumenten sind nicht unerhebliche Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verbunden. Darüber hinaus entstünde ein erheblicher Aufwand für Nutzer und Diensteanbieter, wenn die Nutzung von Telemediendienste stets an die Authentifizierung des Nutzers geknüpft würde. Besondere Herausforderungen ergeben sich dabei hinsichtlich der Nutzung von Telemediendiensten durch Minderjährige.

Eine Identitätsprüfung bei Telemedien würde zwangsläufig in einem Video-Ident-Verfahren münden, das nach den Erfahrungen dieses Verfahrens im Mobilfunkbereich

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



eine erhebliche Schwelle darstellt und viele Nutzer abschrecken wird. Im Prinzip ist dies ein Verfahren nur für Internet- und PC/Laptop; allein per Smartphone ist dies kaum durchzuführen. Zudem ist es mit erheblichen Kosten verbunden. Insoweit stellt sich die Frage der Refinanzierung. Dem Anbieter diese Kosten aufzubürden wäre völlig unangemessen. Zudem würde dies den Anbieter zum Aufbau entsprechender Datenbanken zwingen, was ebenfalls mit erheblichen Kosten verbunden ist. Der Vorstoß ist daher verfassungsrechtlich in Hinblick auf die Eingriffe in die Rechte der Nutzer und der Anbieter (Eigentums- und Berufsfreiheit) mehr als nur bedenklich und daher abzulehnen.

Eine Verpflichtung zur Verifikation hätte nicht zuletzt weitere datenschutzrechtliche Pflichten zur Folge, deren Einhaltung zu einem immensen Folgeaufwand führen würde, da die Nutzer durch die Verifikation identifizierbar sind (z. B. Gewährleistung des Rechts auf Auskunft und Datenlöschung). Teils dürfte eine Verifizierung von Nutzern aber auch schlicht unmöglich sein, etwa wenn sich ein Nutzer im Ausland befindet.

## II. Zum vorliegenden Referentenentwurf:

### 1. Erheblicher operativer Aufwand

Der Entwurf weist in Abschnitt E.2 darauf hin, dass für die Wirtschaft kein Erfüllungsaufwand entstünde. Dieser Aussage muss widersprochen werden, da der Entwurf Regelungen aufweist, deren Einhaltung erheblichen operativen Aufwand mit sich bringen wird (z. B. die umfassende Meldepflicht in § 12 Abs. 2, siehe auch Ziff. 10). Der Hinweis auf einen scheinbar nicht vorhandenen Erfüllungsaufwand birgt die Gefahr, dass Abgeordnete hierdurch irreführt werden.

### 2. Unklare Begriffe und uneinheitliche Formulierungen

Der Entwurf enthält an einigen Stellen nicht näher definierte und im Zusammenhang unklare Begriffe und uneinheitliche Formulierungen. Der Anspruch, durch das TTDSG mehr Rechtssicherheit zu schaffen, kann damit nach Auffassung der TK-Branche nicht erfüllt werden.

- Eine klare Definition des Begriffs des Anbieters von öffentlichen Kommunikationsdiensten und Betreibers von öffentlichen Telekommunikationsnetzen wurde nicht vorgenommen. Eine Klarstellung mit Blick auf OTT-Dienste im Gesetzestext wäre jedoch zu begrüßen.

# Stellungnahme des VATM

## Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



- Der Begriff des Anbieters von Telemedien in § 19 Abs. 1 ist nicht definiert.
- Der Entwurf enthält einerseits den Begriff des Endnutzers, andererseits wird auf den Nutzer abgestellt (vgl. § 13 Abs. 1). Die Unterscheidung ist nicht ersichtlich. Hier liegt vermutlich ein redaktionelles Versehen vor.

### **3. Fehlende Differenzierung zwischen Teilnehmern und Nutzern**

Der Entwurf enthält keine Differenzierung zwischen Teilnehmern und Nutzern, sondern verwendet insoweit (überwiegend) den Begriff „Endnutzer“. Die fehlende Unterscheidbarkeit dürfte jedoch zu teils erheblichen Auswirkungen führen, etwa bei Erfüllung der Regelungen zur Einwilligung in die Verarbeitung von Verkehrsdaten nach § 9 Abs. 2. Soweit demnach die Einwilligung des tatsächlichen Nutzers des Dienstes erforderlich ist, ist eine Einwilligung durch den Vertragspartner unter Umständen nicht mehr ausreichend und daher mit erheblichen Risiken verbunden. Das TTDSG sollte daher – wie das aktuelle TKG – generell eine Unterscheidung zwischen Teilnehmer und Nutzer vorsehen. Eventuell liegt hier ein redaktionelles Versehen vor oder das Verständnis für die Notwendigkeit der Unterscheidung war nicht gegeben.

### **4. Aufnahme einer datenschutzrechtlichen Ermächtigungsgrundlage für Offline-Billing-Dienste (Call-by-Call, Auskunftsdienste etc.)**

Im TTDSG bedarf es einer Berechtigung zur Weitergabe von Endnutzerdaten zum Zwecke zur Fakturierung und Inkassierung von Telekommunikationsleistungen im Bereich von Diensten, die im so genannten Offline-Billing abgerechnet werden. Dies sind zum Beispiel Call-by-Call-Leistungen und Auskunftsdienste so wie sie derzeit in § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG 2004 enthalten sind und derzeit in § 25 TK-ModG, der aber entfallen soll.

Durch den Ende 2020 getroffenen Branchenkompromiss soll der § 25 TK-ModG gestrichen werden. Das Verfahren wird aber noch mindestens bis Ende 2024 auf Basis der 2004 gefunden Branchenvereinbarung fortgeführt. Für dieses Verfahren bedarf es einer entsprechenden Datenschutzgrundlage, welche auch die Weitergabe der Bestandsdaten erfasst und in § 10 TTDSG aufgenommen werden muss.



## 5. Ausgestaltung von Auskunftsdiensten

Auskunftsdienste sind grundsätzlich im TKG definiert, siehe dazu § 3 Ziff. 5. TK-ModG (Kabinettsbeschluss). Die bisherige nähere Ausgestaltung der Auskunftsdienste gem. §105 TKG (alt) ist allerdings im TK-ModG entfallen. Thematisch wäre eine Überführung von § 105 TKG (alt) ins TTDSG im Kapitel 4 „Endnutzerverzeichnisse, Endnutzerdaten **und Auskunftsdienste**“ passend. Demgemäß wäre als neuer § 19 ins TTDSG einzufügen (Wortlaut entsprechend angepasst aus § 105 TKG (alt)):

### **§19 (neu) Auskunftserteilung**

*(1) Über die in Endnutzerverzeichnissen enthaltenen Rufnummern dürfen Auskünfte unter Beachtung der Beschränkungen des § 17 und der Absätze 2 und 3 erteilt werden.*

*(2) Die Telefonauskunft über Rufnummern von Teilnehmern darf nur erteilt werden, wenn diese in angemessener Weise darüber informiert worden sind, dass sie der Weitergabe ihrer Rufnummer widersprechen können und von ihrem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch gemacht haben. Über Rufnummern hinausgehende Auskünfte über nach § 17 veröffentlichte Daten dürfen nur erteilt werden, wenn der Teilnehmer in eine weitergehende Auskunftserteilung eingewilligt hat.*

*(3) Die Telefonauskunft von Namen oder Namen und Anschrift eines Teilnehmers, von dem nur die Rufnummer bekannt ist, ist zulässig, wenn der Endnutzer, der in ein Teilnehmerverzeichnis eingetragen ist, nach einem Hinweis seines Diensteanbieters auf seine Widerspruchsmöglichkeit nicht widersprochen hat.*

*(4) Ein Widerspruch nach Absatz 2 Satz 1 oder Absatz 3 oder eine Einwilligung nach Absatz 2 Satz 2 sind in den Kundendateien des Diensteanbieters und des Anbieters nach Absatz 1, die den Verzeichnissen zugrunde liegen, unverzüglich zu vermerken. Sie sind auch von den anderen Diensteanbietern zu beachten, sobald diese in zumutbarer Weise Kenntnis darüber erlangen konnten, dass der Widerspruch oder die Einwilligung in den Verzeichnissen des Diensteanbieters und des Anbieters nach Absatz 1 vermerkt ist.*

## 6. Überführung des § 95 II 2 TKG

§ 95 II 2 TKG (privilegierte Kontaktdatenverwendung von Bestandskunden) wurde nicht ins TTDSG überführt. Zwar könnte man annehmen, dass dieser in § 7 UWG, der seinerseits ebenfalls (u. a.) der Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie gedient hat, die Streichung hinreichend auffängt. Dies ist aber nicht der Fall. Während § 7 UWG sich auf die nahezu wortgetreue Umsetzung beschränkte, hat der Gesetzgeber in § 95 II 2 TKG auch die

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



Marktforschung privilegiert. Diese kann aber – nach h. M. – nicht auf § 7 III UWG gestützt werden.

Da die Streichung nicht begründet wurde, ist von einem redaktionellen Versehen auszugehen. Die Wiederaufnahme der Norm – zumindest der Privilegierung der Marktforschung – ist dringend erforderlich. Die Durchführung von Kundenumfragen per E-Mail und SMS findet in ganz erheblichem Umfang auf der Grundlage von § 95 II 2 TKG statt. Eine Umstellung dieser Praxis auf eine rein einwilligungsbasierte Durchführung bzw. die Rechtsunsicherheit, die eine Datenverarbeitung nach Art. 6 I f DSGVO mit sich brächte, ist für die betroffenen Unternehmen unzumutbar. Die Privilegierung von Marktforschungsmaßnahmen, die dem TKG-Gesetzgeber ein wirtschaftspolitisches Anliegen war, muss fortgeführt werden.

## 7. Zu den Regelungen im Einzelnen

### § 2 Begriffsbestimmungen

1. § 2 Abs. 2 Nr. 1: Nach der neuen Definition von Verkehrsdaten (in TK-ModG und TTDSG-E) sind nur noch solche Daten Verkehrsdaten, deren Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung bei der Dienstleistungserbringung erforderlich ist. Abrechnungsdatensätze wären demnach möglicherweise keine Verkehrsdaten mehr. Laut Kommentierung TK-ModG sei die Definition unverändert aus § 3 Nummer 30 übernommen worden, dies ist jedoch falsch.

**TKG:** „Verkehrsdaten“ Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden;

**TK-ModG (Kabinettdraft):** „Verkehrsdaten“ Daten, deren Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erforderlich sind;

**TTDSG (Entwurf):** „Verkehrsdaten“ Daten, deren Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erforderlich ist

2. § 2 Abs. 2 Nr. 2: Standortdaten sind nur noch Daten, die den geografischen Standort eines Endgeräts angeben. Dies wären zum Beispiel geografische Koordinaten vom GPS-Modul eines Endgeräts, jedoch fallen die Kennungen von Funkzellen in Mobilfunknetzen oder die Standortdaten von Antennen- bzw. Sendeanlagen nicht mehr darunter. Die Definition ist nicht identisch mit der im TK-ModG. Es ist somit unklar, welche Informationen vom Begriff nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 umfasst sind.



# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



**TKG:** „Standortdaten“ Daten, die in einem Telekommunikationsnetz oder von einem Telekommunikationsdienst erhoben oder verwendet werden und die den Standort des Endgeräts eines Endnutzers eines öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstes angeben;

**TK-ModG (Kabinettvorlage):** „Standortdaten“ Daten, die in einem Telekommunikationsnetz oder von einem Telekommunikationsdienst verarbeitet werden und die den Standort des Endgeräts eines Nutzers eines öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstes angeben;

**TTDSG (Entwurf):** „Standortdaten“ Daten, die in einem öffentlichen Telekommunikationsnetz oder von einem öffentlichen Telekommunikationsdienst verarbeitet werden und die den geografischen Standort des Endgeräts eines Nutzers eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes angeben

3. § 2 Abs. 2 Nr. 6: Es werden die Begriffe Endeinrichtung und Endgerät verwendet, nur ersteres ist in den Begriffsbestimmungen definiert. Der Unterschied ist nicht klar.

## § 9 Verarbeitung von Verkehrsdaten

Die Verarbeitung von Verkehrsdaten ist strenger als in § 96 TKG geregelt. Insbesondere § 9 Abs. 1 a.E. TTDSG-E formuliert, dass eine über Satz 1 hinausgehende Verarbeitung der Verkehrsdaten unzulässig ist und **nur die Pflicht zur Verarbeitung von Verkehrsdaten aufgrund anderer Rechtsvorschriften bleibt unberührt**. § 96 Abs. 1 a.E. TKG öffnet die Verarbeitung von Verkehrsdaten jedoch dahingehend, dass diese für die in Satz 1 genannten oder durch andere gesetzliche Vorschriften begründete Zwecke erforderlich sein muss.

Nach der Neuregelung dürften Verkehrsdaten nur aufgrund anderer Rechtsvorschriften und nur soweit diese eine Pflicht begründen, verarbeitet werden. Dies konterkariert jedoch die Rechtslage im Übrigen, da andere Rechtsvorschriften nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht zur Verarbeitung von Verkehrsdaten vorsehen (vgl. schon § 9 Abs. 2, 3 TTDSG-E). Verschärft wird zudem die Regelung über **Einwilligungen** zur Verkehrsdatenverarbeitung (Abs. 2, 3). Im Ergebnis werden dem Verarbeiter zusätzliche Transparenzverpflichtungen bezüglich der Verarbeitungsdauer, der konkret verarbeiteten Daten sowie der Zwecke auferlegt.

Es ist fraglich, ob dies angesichts der konkreten Ausgestaltung der Art. 6 und Art. 7 DSGVO erforderlich ist. Aus unserer Sicht sind einheitliche Regelungen zur Einwilligung, so wie sie in der DSGVO beschrieben sind, ausreichend. Nicht wünschenswert sind un-

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



terschiedliche gesetzliche Regelungen für Tatbestände. So erscheint es uns insbesondere untunlich die Einwilligung für die Verarbeitung von Nutzungsdaten (Telemedien) gemäß Art. 6, 7 DSGVO zu regeln, während die Einwilligung zur Verarbeitung von – strukturell ähnlichen – Verkehrsdaten im nationalen TTDSG geregelt würde. Den Verweis auf die DSGVO in § 22 Abs. 1 TTDSG-E halten wir für vorzugswürdig und regen eine konsistente Regelung im neuen § 9 Abs. 2, 3 TTDSG an.

Ebenfalls zur Harmonisierung mit der DSGVO sollte § 9 TK-ModG dahingehend erweitert werden, dass eine **zweckändernde Weiterverarbeitung von Verkehrsdaten zu den vom Gesetzgeber in Art. 89, 5 I b) DSGVO privilegierten Zwecken** möglich sein muss, nämlich für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke. Dies könnte bspw. durch die Einfügung eines neuen § 9 Absatz 1, Satz 2 geschehen: „Art. 6 Absatz 4 und Art. 5 Absatz 1 Buchstabe b) der Datenschutzgrundverordnung findet auf Verkehrsdaten entsprechende Anwendung, sofern die Weiterverarbeitung den in Art. 89 Absatz 1 Datenschutzgrundverordnung genannten Zwecken dient.“

§ 9 Abs. 2 Satz 1 erfordert die Einwilligung des Endnutzers, im § 96 Abs. 3 Satz 1 TKG stand an dieser Stelle der Betroffene.

Unter „Betroffenem“ wird in diesem Zusammenhang bislang der Teilnehmer (Vertragspartner) verstanden, bei dem die Einwilligung für diese Verkehrsdatenverarbeitung eingeholt wird, die Einholung beim konkreten Nutzer dürfte wohl kaum möglich sein. Die Befürchtung ist daher, dass diese Verarbeitung praktisch nicht mehr möglich ist (auch die bereits eingeholten Einwilligungen werden wertlos, da sie sich nur auf die Teilnehmer beziehen). Eigentlich dürfte das vom Gesetzgeber nicht gewünscht sein, sonst wäre der § 10 Abs. 2 TTDSG-E entbehrlich.

Der eingeschobene Satz „die vom Diensteanbieter verarbeitet werden“ sollte in § 9 Abs. 2 Satz 1 gestrichen werden, um der Diskussion vorzubeugen, ob Betroffene auch in die werbliche Verarbeitung von Verkehrsdaten einwilligen können, die der Diensteanbieter auf anderer Rechtsgrundlage nicht (mehr) verarbeitet. Die Einwilligung muss auch die alleinige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Verkehrsdaten darstellen können.

## § 10 – Entgeltermittlung und Entgeltabrechnung

Die TK-Branche wird den Wegfall des § 25 TK-ModG aufgrund des Ende 2020 geschlossenen Branchenkompromisses zwischen der Telekom Deutschland GmbH und den al-

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



alternativen Wettbewerbern fordern. Die bisher bereits existierende freiwillige Vereinbarung, welche ihre gesetzliche Verankerung in § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG 2004 gefunden hatte, bleibt aufrechterhalten. Der diesbezügliche Datenaustausch für den so genannten Bereich der Forderungs- und Inkassierungs-Leistungen (F&I-Verfahren), bedarf aber weiterhin einer Ermächtigungsgrundlage.

Es bedarf durch den Wegfall des § 25 TK-ModG der ausdrücklichen Berechtigung der Datenweitergabe für Dienste, die im so genannten Offline-Billing abrechnet werden (z. B. Call-by-Call und Auskunftsdienste)

Die Berechtigung zur Weitergabe der Endnutzerdaten zum Zwecke der Fakturierung und des Inkassos sollte in § 10 TTDSG integriert werden, da dort die Weitergabe von Endnutzerdaten zur Abrechnung bereits vorgesehen ist, allerdings nicht für die Zwecke der Abrechnung von Leistungen der Telekommunikation und telekommunikationsgestützter Dienste im Rahmen des Offline-Billing-Verfahrens (F&I-Verfahrens der TK-Branche).

Die Integration dieser datenschutzrechtlichen Ermächtigung ist Grundlage dafür, dass der Datenaustausch weiterhin vorgenommen werden kann, sofern § 25 TK-ModG zugestimmt wird. Aber auch ohne Streichung des § 25 TK-ModG muss diese datenschutzrechtliche Ermächtigungsgrundlage aufgenommen werden, da das Verfahren bereits unter § 97 TKG 2004 nicht ausreichend eindeutig normiert war.

## Textvorschlag:

### § 10 Abs. 5

*(5) Jeder Anbieter eines nummerngebundenen interpersonellen Telekommunikationsdienstes ist berechtigt Endnutzerdaten zum Zweck der Abrechnung und Reklamationsbearbeitung von Telekommunikationsdiensten und telekommunikationsgestützten Diensten an einen anderen Anbieter von nummerngebundenen Telekommunikationsdiensten und telekommunikationsgestützten Diensten weiterzugeben, sofern diese Daten dem Empfänger nicht vorliegen und diese für die Abrechnung und Reklamationsbearbeitung von Telekommunikationsdiensten und telekommunikationsgestützten Diensten des Empfängers erforderlich sind, welche dieser in seinem Telekommunikationsnetz erbracht hat. Eines gesonderten Vertrages nach Art. 28 DSGVO bedarf es nicht.*

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



## § 11 – Einzelverbindungs nachweis

Die Regelung entspricht weitgehend dem § 99 TKG. Wir regen an, die in Abs. 1 vorgesehenen Erklärungen des Endnutzers nicht nur wie bisher in Textform, sondern entsprechend des fortschreitenden technischen Standards auch elektronisch, zum Beispiel im Rahmen eines Bestellprozesses über ein Telemedium, zuzulassen.

In den §§ 10 und 11 wird mehrfach auf § 8 verwiesen, korrekt wäre § 9.

## § 12 – Störungsbeseitigung

Die in § 12 Abs. 2 aufgenommene Berichtspflicht gegenüber dem BfDI ist nunmehr nicht auf automatisiert erhobene Daten (vgl. § 100 Abs. 1 S. 5 und 6 TKG) beschränkt, sondern betrifft sämtliche Entstörungsmaßnahmen. Wir sind der Auffassung, dass eine solche Regelung europarechtswidrig ist und daher nicht aufgenommen werden sollte. Ungeachtet dessen würde die Verpflichtung zu einem deutlich höheren, unverhältnismäßigen Dokumentationsaufwand führen.

Im Ergebnis ist auch die Ergänzung in § 12 Abs. 4 abzulehnen, nach der die Verarbeitung von Verkehrsdaten zum Schutz der Endnutzer im Zusammenhang mit einer unzumutbaren Belästigung nach § 7 UWG ermöglicht wird. Es ist davon auszugehen, dass dies in eine Verpflichtung des Diensteanbieters zur Überprüfung der Inanspruchnahme der Telekommunikationsnetze- und Dienste auf Anforderung mündet oder sogar in einer Störer-Eigenschaft des Diensteanbieters, wenn diese unterbleibt. Diensteanbieter sähen sich einerseits den Aufforderungen der Betroffenen zur Unterbindung der angeblichen Belästigungen ausgesetzt und könnten diese andererseits schon aus Haftungsgründen nicht einfach unterbinden.

Zur Vermeidung solcher Effekte ist mindestens eine Klarstellung dahingehend aufzunehmen, dass die in § 12 Abs. 4 geschaffene Erlaubnis einer Verkehrsdatenverarbeitung weder eine Anspruchsgrundlage für betroffene Endnutzer oder Verbraucherschutzverbände noch eine Eingriffsbefugnis für staatliche Stellen darstellt.

### a) Erlaubnis zur Datenverarbeitung für Systeme zur Angriffserkennung

Der Novellierungsansatz, datenschutzrechtliche Anforderungen an die Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste wie auch der Telemedien in einem Spezialgesetz zu konzentrieren, muss auf eine Kohärenz mit der DSGVO und dem EECC sowie dem dazu im Entwurf vorliegenden Telekommunikationsmodernisierungsgesetz achten. Dieses greift seinerseits nunmehr spezifische Anforderungen des IT SIG 2.0 auf und setzt diese insbesondere in § 162 TK-ModG um.

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



§ 12 TTDSG-E lässt eine solche harmonisierte Umsetzung jedoch in diesem entscheidenden Punkt vermissen.

§ 162 TK-ModG verpflichtet TK-Diensteanbieter Systeme zur Angriffserkennung zu betreiben, dies jedoch ohne eine Erlaubnis zur Datenverarbeitung vorzusehen. Eine solche Erlaubnis wäre nach der neu gewählten Systematik in § 12 TTDSG-E zu vermuten gewesen, fehlt aber auch hier. Um Systeme zur Angriffserkennung effektiv einsetzen zu können und auch sinnvolle Abwehr zu betreiben, ist es erforderlich, dass Verkehrs-, Steuer und Inhaltsdaten des Datenverkehrs nach Mustern und Indizien für Angriffe ausgewertet werden dürfen. Dies muss mittels sog. Intrusion Detection Systeme erfolgen.

Es ist daher entweder in § 12 TTDSG-E eine Erlaubnis zur entsprechenden Datenverarbeitung für die Zwecke des § 162 TK-ModG aufzunehmen oder klarzustellen, dass die entsprechende Verarbeitung nicht in Widerspruch zu §§ 3 und 9 TTDSG steht. Dies könnte geschehen, indem bei den vorgenannten Bestimmungen ein Zusatz beigefügt wird: „Unberührt bleibt die Nutzung von Verkehrs-, Steuer und Inhaltsdaten für Zwecke der Angriffserkennung und -abwehr.“ Da Angriffsmuster nur durch Auswertung der Verkehrsdaten über einen längeren Zeitraum erkannt werden können, ist § 12 TTDSG-E zudem durch eine verlängerte Speicherfrist zu ergänzen. Sofern der Erstangriff Wiederholungen vergleichbarer Art und Weise befürchten lässt, müssen die relevanten Verkehrsdaten bis zu 2 Jahre gespeichert werden dürfen.

## § 18 – Bereitstellen von Endnutzerdaten

In Abs. 1 hat sich ein redaktioneller Fehler eingeschlichen: Statt „Endnutzerdaten nach § 14 Abs. 1“ muss es lauten „Endnutzerdaten nach § 17 Abs. 1“.

Analog zum bisherigen § 47 TKG ist es notwendig, den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, die Bundesnetzagentur bei Streitigkeiten anzurufen, damit diese ein Streitschlichtungsverfahren einleitet. Ein solches Streitschlichtungsverfahren ist zudem ein milderer Mittel als ein (sofortiges) Missbrauchsverfahren.

Daher ist in § 18 ein Abs. 5 zu ergänzen:

*„Ergeben sich Streitigkeiten zwischen Unternehmen über die Rechte und Verpflichtungen aus den Absätzen 1 bis 4, gilt § 211 TK-ModG entsprechend.“*

# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



## § 22 – Einwilligung bei Endeinrichtungen

Nach § 22 Abs. 3 TTDSG-E ist eine Speicherung von Informationen auf Endeinrichtungen ohne Einwilligung nur zulässig, wenn die Speicherung erforderlich ist. Es wird sich in den Urteilsgründen auf die Entscheidung des BGH in der Sache „Planet 49“ bezogen (Entscheidung BGH 25.5.2020 – I ZR 7/16).

Es ist nicht klar, warum auf dieser Grundlage nun allein auf die Rechtsgrundlage der Einwilligung abgestellt werden soll. In den Urteilsgründen des BGH wird darauf hingewiesen, dass nur für den Einsatz von Cookies zur Erstellung von Nutzerprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung eine Einwilligung des Nutzers erforderlich ist. Die bedarfsgerechte Gestaltung wird nicht erwähnt. Es findet somit durch den BGH eine Einschränkung auf den konkreten Zweck statt. Reine Analyse-Cookies, mit denen man den inhaltlichen Bedarf der Nutzer auf Webseiten überhaupt nachvollziehen und damit die Angebote entsprechend präsentieren kann, waren bisher weiterhin nicht einwilligungsbedürftig. Auch fällt eine reine Ergebnismessung per Definition des BGH nicht unter den Regelungsbereich des § 15 Abs. 3 TMG und konnte weiterhin durch berechtigtes Interesse i.S.d Art. 6. Abs. 1 lit. f DSGVO gerechtfertigt sein. Auch dies soll gemäß § 22 TTDSG-E nach aktuellem Stand ohne Einwilligung ausgeschlossen werden. Eine so weitreichende Einschränkung geht an den Anforderungen moderner Telemediendienste vorbei.

Im Ergebnis muss eine Regelung zur Speicherung von Informationen in Endeinrichtungen der Tatsache Rechnung tragen, dass die Zurverfügungstellung, neben der rein technischen Erbringung des Dienstes, auch die generelle Bereitstellung eines konkreten Angebots beinhaltet. Um ein Angebot bewerten zu können gehören aber dann z. B. neben Cookies für Warenkorb, Login oder Spracheinstellungen, auch solche, die der Zuordnung von Transaktionen, Reichweitenmessung, Missbrauchskontrolle, Betrugsprävention oder der Angebotsoptimierung dienen. Diese Möglichkeit hat vergleichbar auch jedes Unternehmen im stationären Handel. Aus diesem Grund sollte auch ein Setzen von Cookies auf vertraglicher Basis möglich sein. Es ist nicht nachvollziehbar, dass diese Möglichkeit in dem vorliegenden TTDSG-E nicht berücksichtigt ist, denn in der Praxis besteht hierfür ein erheblicher Bedarf. In vorangegangenen Diskussionen wurde diese Ausnahme, die im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie steht, noch angedacht.

## § 24 – Bußgeldvorschriften

Keiner Zuständigkeit zugewiesen ist Nr. 1 (Werbung für Telekommunikationsanlagen nach § 8). Die Nummern 1, 10, 11 und 12 weisen auch datenschutzrechtliche Bezüge



# Stellungnahme des VATM

Zum Referentenentwurf des BMWi für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG-Entwurf, Stand 22.01.2021)



auf, was nahelegt, dem BfDI im Wege einer Konnexzuständigkeit auch diese Zuständigkeit zuzuweisen, um sachwidrige Aufspaltungen der Zuständigkeit zu vermeiden.

## **§ 25 – Zuständigkeit, Aufgaben und Befugnisse der oder des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit**

Mit der in § 25 TTDSG-E vorgesehenen Regelung wird das Gegenteil einer Vereinheitlichung der behördlichen Aufsichtsstrukturen erreicht: Anstatt der bisher klaren Trennung und Abgrenzung der Zuständigkeit ist eine noch kleinteiligere Aufteilung die Folge. Die vorgesehenen Zuständigkeitszuweisungen schaffen die Gefahr gedoppelter Zuständigkeiten und einer Zuständigkeitszersplitterung, die es zu vermeiden gilt.

Für Telekommunikationsdienste muss vermieden werden, dass die Zuständigkeit des BfDI mit der Aufsichtsfunktion der Bundesnetzagentur in Konflikt tritt. Eine solche doppelte Aufsichtsstruktur würde erhebliche Rechtsunsicherheit bei Unternehmen zur Folge haben.

Die Regelung des § 25 TTDSG-E sieht für Telekommunikationsunternehmen in Zukunft eine Zuständigkeit des BfDI für die Einhaltung der Vorgaben des § 22 TTDSG-E vor. Weitere Inhalte, die den Internetauftritt eines TK-Dienstleisters betreffen, verbleiben hingegen im Zuständigkeitsbereich der Landesdatenschutzbehörden. Teilweise gleiche Inhalte eines Internetauftritts müssten dann zukünftig durch zwei Behörden bewertet werden. In der Konsequenz wird durch die betroffenen Unternehmen eine regelmäßige Auseinandersetzung mit Abgrenzungsfragen notwendig, wo bisher eine klare Trennung zwischen Nutzer (z. B. auf einer Internetseite) und dem Kunden einer TK-Dienstleistung stattfinden konnte.

Eine solche Zuständigkeitszersplitterung resultiert in Mehraufwänden bei den betroffenen Unternehmen und steigert zudem die Rechtsunsicherheit. Auch aus Gründen der Wirtschaftlichkeit sowie einer einheitlichen Linie zum Zugriff auf die Endeinrichtung ist es nicht zu begrüßen, hier nun noch eine weitere Behörde mit diesem Thema zu beschäftigen.

Im Sinne der Vereinheitlichung sollte es somit nicht angestrebt werden, ein einzelnes Thema wie den § 22 TTDSG-E für eine kleine Gruppe von Unternehmen anders zu behandeln. Wir sprechen uns daher dafür aus, den § 25 Abs. 2 zu streichen.

Stand: 22.01.2021