

Stellungnahme zum Referenten- entwurf für ein Telekommunikations- Telemedien-Datenschutz-Gesetz vom 13.01.2021

Berlin, Januar 2021

Ansprechpartner zum Thema

Geschäftsführung
Dr. Martin Koers

Abteilungsleiter
Dr. Ralf Scheibach
Tel. 030-897842-260
Ralf.scheibach@vda.de

A. Vorbemerkung

Die im VDA vertretene Automobilindustrie – Hersteller und Zulieferer – ist geprägt von einer weitreichenden digitalen Transformation ihrer Produkte. In modernen Fahrzeugen enthalten sind inzwischen ganz überwiegend die vom Verbraucher genutzten Funktionen digitaler Elemente und der Kommunikationstechnik. Dabei geht es nicht nur um Komfort- und Entertainment-funktionen, sondern auch um Sicherheit, Antrieb, Bremsen, Fahrwerk und Abgasstrang sowie nunmehr auch das Lade- und Energiemanagement bei Elektrofahrzeugen. Bei der Erhebung, Speicherung, Verarbeitung und Übermittlung von Fahrzeugdaten werden die Vorgaben des Datenschutzrechts beachtet. Hierzu haben die Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder und der VDA bereits gemeinsame Erklärungen verabschiedet.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) veröffentlichte am 13.01.2021 einen Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien“ (TTDSG-E). Hauptziel des Referentenentwurfs ist die Schaffung von Rechtsklarheit durch Zusammenführung der auf der Basis der ePrivacy-Richtlinie 2002/58/EG i.d.F. Citizens' Rights Richtlinie 2009/136/EG (ePrivacy-RL) erlassenen und gemäß Art 95 DSGVO weiter gültigen Bestimmungen im TKG und TMG. Zudem sollen bestehende Umsetzungsdefizite der ePrivacy-RL im deutschen Recht behoben werden. Dennoch ist aus Sicht der Automobilindustrie zu besorgen, dass die notwendigen Anpassungen insbesondere mit dem neuen § 22 TTDSG-E zu erheblichen und nicht notwendigen Auflagen für vernetzte Verbraucherprodukte wie z.B. Kraftfahrzeuge führen.

B. Im Einzelnen:

Aus der Sicht der Automobilindustrie sticht dabei insofern § 22 TTDSG-E heraus, da dieser den bisher in Deutschland nicht unmittelbar im Gesetz umgesetzten Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL idF. Art 2 Citizens' Rights-RL 2009/136/EG (im deutschsprachigen Raum auch „Cookie-RL“ genannt) nun fast wortwörtlich in deutsches Recht überführt. Die bisherigen Umsetzungsdefizite im deutschen Recht, die ihren begründeten Grund im anderen Regelungsschwerpunkt der §§ 11 ff TMG (bzw. bis 2007 TDDSG aF) hatten, werden damit beseitigt. Im Ergebnis hat § 22 TTDSG-E folgende Auswirkungen:

- Jeder Zugriff auf eine „Endeinrichtung“ oder Abruf von Informationen von einer Endeinrichtung wird pauschal unter Einwilligungsvorbehalt gestellt (§ 22 Abs 1 TTDSG-E).
- Dies gilt nur dann nicht, wenn dies
 - o zur Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz erforderlich ist (§ 22 Abs 2 TTDSG-E).
 - o erforderlich ist, um einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst (europarechtlich gemäß E-Commerce-RL „Dienst der Informationsgesellschaft“) zur Verfügung stellen zu können (§ 22 Abs 3 TTDSG-E).

Im Umkehrschluss bedeutet das, dass alle Stellen, die keine Telemediendienste („Dienst der Informationsgesellschaft“) und keine Telekommunikationsdienste (i.S.v. Nachrichtenübertragung) sind, sich nicht auf die Ausnahmen in § 22 Abs 2 und Abs 3 TTDSG-E berufen können.

Der Begriff „Endeinrichtung“ wird in § 2 Abs 2 Nr 6 TTDSG-E legaldefiniert und orientiert sich an Art 1 RL 2008/63/EG. Nach Ansicht des BMWi im Referentenentwurf (Umkehrschluss zur Aussage des BMWi bzgl. Security Updates im vernetzten Fahren auf S. 33) als auch nach der französischen CNIL („véhicule connecté“; vgl. Art 1^{er} Délibération n° 2020-092 du 17 septembre 2020 portant adoption d'une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux « cookies et autres traceurs ») wäre ein vernetztes Fahrzeug – wenn dort Informationen über öffentlichen Telekommunikationsnetze abgerufen (z.B. Bilddaten, Sensordaten) oder abgelegt (z.B. Updates) werden – eine „Endeinrichtung“ i.S.d. Art 1 RL 2008/63/EG bzw. § 2 Abs 2 Nr 6 TTDSG-E.

Da ein Automobilhersteller i.Z.h. mit dem vernetzten und autonomen Fahren pauschal kein „Telemedienanbieter“ sein wird (als Telemedium kommt das betriebsinterne Infotainment-system mit Online-Schnittstelle in Frage), stellen sich große Fragen zur rechtlichen operativen Umsetzung des § 22 TTDSG-E beim vernetzten und autonomen Fahren. Dies führt einerseits zu erheblichen Rechtsunsicherheiten, weil die bisherigen Geschäftsmodelle anhand der DSGVO ausgerichtet sind und zudem ist der telekommunikationsrechtliche Begriff des „Endnutzers“ (vgl. Art 2 Nr. 14 RL Kodex elektronische Kommunikation / § 3 Nr 8 TKG) nicht mit dem Begriff des „Betroffenen“ (vgl. Art 4 Nr. 1 DSGVO) identisch. Der Anmerkung im Referentenentwurf (S. 33), dass mit Ausnahme von Security Updates das vernetzte Fahren ansonsten nicht betroffen wäre, kann unserer Ansicht nach so nicht rechtssicher gefolgt werden.

Folglich bleibt unklar, wer beim vernetzten Fahrzeug „Endnutzer“ ist (i.d.R. wohl die natürliche oder juristische Person, die den Vertrag über den Internetanschluss hat). Für den Fall, dass der „Endnutzer“ nicht der Fahrer ist, sondern bspw. nur der Halter, scheint offen, ob die Zustimmung des Halters als bspw. nicht mitfahrender „Endnutzer“ zugleich die Datenverarbeitung für alle anderen Betroffenen (z.B. Beifahrer, etc.) ebenso als Rechtsgrundlage legitimiert. Dies würde unserer Ansicht sowohl dem primärrechtlichen Art 8 EU-GRC und den deutschen Art 2 Abs 1 i.V.m. Art 1 Abs 1 GG widersprechen, da eine andere Person (ggf. sogar juristische Person als Halter) über das informationelle Selbstbestimmungsrecht anderer natürlicher Personen entscheiden würde. Wäre dies der Fall, wird durch § 22 TTDSG-E das informationelle Selbstbestimmungsrecht im vernetzten Fahrzeug sogar reduziert. Die Argumentation im BMWi-Referentenentwurf (vgl. S. 33), man brauche beides (im Sinne eines rechtlichen Gleichlaufs von § 22 TTDSG-E mit Art 6 DSGVO) entspricht nicht dem Wortlaut des Art 95 DSGVO, der Verantwortliche i.S.d. DSGVO, die zugleich von der ePrivacy-RL spezialreguliert werden, keine zusätzlichen DSGVO Pflichten auferlegt.

Legt man die Begriffsbestimmungen im europäischen Telekommunikationsrecht zugrunde, so sind „Endnutzer“ (Art 2 Nr. 14 RL Kodex elektronische Kommunikation / § 3 Nr 8 TKG) eine Teilgruppe der „Nutzer“ (Art 2 Nr. 13 RL Kodex elektronische Kommunikation / § 3 Nr 14 TKG), welche Kommunikationsdienste als Endkunden in Anspruch nehmen. Der „Endnutzer“ ist jede natürliche oder juristische Person, die einen öffentlichen Telekommunikationsdienst in Anspruch nimmt, ohne dabei selbst ein öffentlichen Telekommunikationsnetz oder einen öffentlich

zugänglichen Telekommunikationsdienst bereitzustellen. Endnutzer ist folglich der Kunde am Ende der Leistungskette eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes. Dass möglicherweise andere Personen an dem vom „Endnutzer“ bezogenen Angebot teilhaben (z.B. WLAN-Internetzugang in der Wohnung oder im vernetzten Fahrzeug, Multi-User-Situationen bei Diensten im vernetzten Fahrzeug), ändert an der Position als „Endnutzer“ nichts. Insoweit können auch juristische Personen (Unternehmen) „Endnutzer“ darstellen, obwohl sie nachgeschaltet ein eigenes Firmennetzwerk, eine eigene unternehmensinterne Telekommunikationsnebenstellenanlage oder ein WLAN-Netz als nicht-öffentlichen Kommunikationsdienst betreiben. Dies erkennt auch der Referentenentwurf auf S. 33 und führt weitere Beispiele an (Arbeitgeber in Corporate Networks, Smartmeter, etc.), welche aber bzgl. der Anwendungsfälle in der Automobilindustrie (vernetztes Fahren, „Pay as you drive“ Versicherungstarife) gerade nicht passen.

In folgenden Situationen im vernetzten Fahrzeug fallen „Endnutzer“, „Nutzer“ und „Betroffene“ unserer Ansicht auseinander mit der Folge von rechtlichen Unsicherheiten durch § 22 TTDSG-E im Verhältnis zur DSGVO:

Ein Arbeitgeber als juristische Person ist Halter und zugleich „Endnutzer“. Der Arbeitgeber als „Endnutzer“ lässt seine Mitarbeiter als „Nutzer“ mit dem Fahrzeug fahren. Hat die juristische Person und Arbeitgeber zugleich als „Endnutzer“ gemäß § 22 TTDSG zugestimmt, erscheint die Datenverarbeitung im Fahrzeug als *lex specialis* zur DSGVO legitimiert, denn Art 95 DSGVO bestimmt, dass der ePrivacy-RL unterliegende Verantwortliche keine weiteren Pflichten nach DSGVO auferlegt werden. Es muss nach der DSGVO gelten, dass für die Verarbeitungsschritte der „Erhebung“ allein Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL als *lex specialis* gilt. Der Referentenentwurf folgt dem nicht und verlangt für die Erhebung der Beschäftigtendaten weiter eine Rechtsgrundlage nach DSGVO: „Unberührt bleibt die Frage der Rechtmäßigkeit der Verwendung von personenbezogenen Daten, die auf diese Weise erlangt und verarbeitet werden und den Anforderungen des Datenschutzrechts, das heißt insbesondere der DSGVO, unterliegt.“ (S. 33).

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich, wenn ein Halter als Endnutzer Familienmitglieder und Freunde mit seinem Fahrzeug fahren lässt, die dann schlichte „Nutzer“ und „Betroffene“ sind. Vor dieser Problematik ist letztlich zu erwarten, dass sich der als einzig logische und damit vom BMWi auch gewählte – aber von Art 95 DSGVO *ex lege* nicht gewollte – Weg durchsetzt, dass für eine Ablage oder dem Abruf von Informationen an einem Endgerät sowohl eine Zustimmung des Endnutzers nach § 22 TTDSG-E (Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL) parallel zu Rechtsgrundlagen nach Art 6 DSGVO vorliegen muss. Bei Laptops, Smartphones, etc. stellt dies i.d.R. kein Problem dar, weil in Single-User Situationen der „Endnutzer“ zugleich „Betroffener“ i.S.d. DSGVO ist und zudem ein Telemediendienst vorliegt (Vertragsdurchführung gemäß § 22 Abs 3 TTDSG-E i.V.m. Art 6 Abs 1 lit b DSGVO). In Multi-User Situationen kann der „Endnutzer“ als Halter aber eine juristische Person sein, die Fahrer und Beifahrer wären nur „Betroffene“ bzw. schlichte „Nutzer“. Somit bestünde in Multi-User-Situationen ein Einwilligungserforderlich gegen den „Endnutzer“ und zusätzlich ergänzend müssten alle Anforderungen an DSGVO-Rechtsgrundlagen gegenüber den „Betroffene“ als schlichte „Nutzer“ erfüllt sein. Ein letztlich erheblicher neuer Aufwand für Verantwortliche ist damit verbunden.

Zudem können von einem „Endnutzer“ in Multi-User-Situationen im Falle einer Verweigerung der Einwilligung nach § 22 TTDSG-E (Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL) alle anderen „Nutzer“ und „Betroffenen“ quasi völlig „overruled“ werden. Trotz Vertrags und damit datenschutzrechtlicher

Rechtsgrundlage nach Art 6 Abs 1 lit b DSGVO bzw. einer DSGVO Einwilligung gem. Art 6 Abs 1 lit a DSGVO könnte ein gewöhnlicher „Nutzer“ als „Betroffener“ ohne Zustimmung des „Endnutzers“ das konkrete „Endgerät“ vernetztes Fahrzeug nicht für die vertragskonforme Verarbeitung (bzw. mit datenschutzrechtlicher Einwilligung) benutzen. Ein solcher Schutz macht bei Smartphones, Laptops oder Spielkonsolen durchaus Sinn, da hier i.d.R. „Betroffener“, „Nutzer“ und „Endnutzer“ dieselbe Person sind. Im vernetzten Fahrzeug als Multi-User-System stellt sich dies völlig anders dar. Insofern „passt“ § 22 TTDSG-E nicht für den Use Case vernetztes Fahrzeug.

C. Schlussfolgerung und Empfehlungen:

1.

Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL wurde im Jahr 2002 zuerst als „Opt out“-Lösung verabschiedet und im Jahr 2009 mit Art 2 RL 2009/136/EG zu einer „Opt in“-Lösung verschärft. Zum damaligen Zeitpunkt waren vernetzte Fahrzeuge und oder das Internet der Dinge nicht absehbar. Diese Regelungen dienen allein dem Ziel das Problem mit Cookies und vergleichbaren Tracking-technologien i.Z.h. mit Internetbrowsern in den Griff zu kriegen. Der EU-Gesetzgeber des Jahres 2009 hatte nicht vor Augen damit vernetzte Fahrzeuge oder das Internet der Dinge zu regulieren (vgl. ErwGr 24 und 25 ePrivacy-RL 2002/58/EG; ErwGr 66 RL 2009/136/EG). Aus diesem Grund sollte auch § 22 TTDSG-E – wie aus der Historie des Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL hervorgeht – ausschließlich auf Telekommunikationsdienste und Telemediendienste eingeschränkt Anwendung finden, folglich auch im vernetzten Fahrzeug nur auf solche Dienste, die eindeutig rechtlich als Telemediendienste einzustufen sind (falls vorhanden). Die Regulierung des Internets der Dinge sollte allein der zukünftigen und in Verhandlung befindlichen ePrivacy-VO überlassen werden. Das vernetzte Fahrzeug sollte damit nicht generell als „Endeinrichtung“ i.S.d. § 22 TTDSG-E angesehen werden. Eine „Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind“ i.S.d. § 22 TTDSG-E sollte sich somit nur auf (mögliche) „öffentlich-zugängliche Telekommunikationsdienste“ und „Telemediendienste“ im Fahrzeug – also auf die dafür ausgerichteten Funktionen beziehen – und nicht pauschal auf das vernetzte Fahrzeug als solches.

Als deutschsprachiges Beispiel kann § 96 Abs 3 österr. TKG (öBGBI. I Nr. 70/2003; öBGBI. I Nr. 102/2011; öBGBI. I Nr. 78/2018) angeführt werden, welcher ex lege ausschließlich nur an „öffentlich-zugängliche Telekommunikationsdienste“ und „Dienste der Informationsgesellschaften“ (Telemedien) adressiert ist. Alle anderen Akteure werden nicht von der Bestimmung erfasst und unterliegen in Österreich allein der DSGVO (vgl. *Riesz* in *Riesz/Schilchegger* (Hrsg) TKG, 1. Auflage 2016 Verlag Österreich, § 96 Rz 4; Rz 15 ff).

2.

Die Bestimmung Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL hat den PC, den Laptop sowie die ersten Smartphones vor Augen. Multi-User-Situationen wie in einem vernetzten Fahrzeug, wo „Endnutzer“, „Nutzer“ und „Betroffene“ zugleich aufeinander treffen, hat die Bestimmung nie vor Augen gehabt und kann sie folglich auch nicht lösen. Da § 22 TTDSG-E eine fast wortwörtliche Umsetzung des Europarechts aus dem Jahre 2009 ist, findet sich im Gesetzestext folglich auch keine Lösung für Multi-User-Situationen, sei es im vernetzten Fahrzeug oder im Internet der Dinge. § 22 TTDSG-E sollte folglich auf die Anwendungsfälle reduziert werden, für die Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL geschaffen wurde (Cookies, Internetbrowser und vergleichbare Tracking-Technologien).

3.

Automobilhersteller sind auch Arbeitgeber. In Zeiten von mobiler Arbeit, wo Beschäftigte nicht ausschließlich über nicht-öffentliche Corporate Networks zusammenarbeiten sondern Arbeitnehmer vom Home Office über öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste mit ihrem Arbeitgeber kommunizieren, könnte folglich in der Konstellation des Home Office oder der mobilen Arbeit auch der Firmenlaptop gemäß § 2 Abs 2 Nr 6 TTDSG-E (Art 1 RL 2008/63/EG) zu einem „Endgerät“ werden. Denn Mitarbeiter kommunizieren als „Endnutzer“ ihres privaten Internetanschlusses mit Hilfe ihres Firmenlaptops mit ihrem Arbeitgeber. Sie sind nicht mehr ausschließlich im Corporate Network aktiv. Aufgrund des Zugriffs über den privaten Internetanschluss könnte das Tatbestandsmerkmal „direkt oder indirekt an die Schnittstelle eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes angeschlossene Einrichtung“ eines „Endnutzers“ (privater Internetanschluss des Kunden) rechtlich erfüllt sein, womit selbst der Arbeitgeber-entgegen der Ansicht im Referentenentwurf S. 33 – unter den § 22 TTDSG-E fallen könnte. Es bestünde gemäß Art 95 DSGVO das rechtliche Risiko, dass § 26 BDSG i.V.m. Art 88 DSGVO bei im Home-Office über öffentlichen Telekommunikationsnetze arbeitende Mitarbeiter durch § 22 TTDSG-E verdrängt werden würde mit der Konsequenz der Einwilligung des Arbeitnehmers als alleinige Rechtsgrundlage (Art 95 DSGVO) für den Zugriff oder den Abruf auf Informationen im Endgerät des Mitarbeiters im Home Office bzw. mobiler Arbeit über öffentliche Telekommunikationsnetze (privater Internetanschluss des Mitarbeiters).

4.

Aufgrund der angeführten Fokussierung auf Cookies und andere Trackingmechanismen iZw. mit Internetbrowsern in der Regelungsthematik des Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL aus dem Jahr 2009, wurden damals auch keine IT-Security Updates oder Useability-Updates im Gesetzestext mitberücksichtigt. Sie finden sich jetzt erst in Art 8 ePrivacy-VO-E. So nachvollziehbar die Anmerkungen im Referentenentwurf zu dieser Thematik sind, so wenig finden sie sich in im Gesetzestext des § 22 TTDSG-E bzw. Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL idF. RL 2009/136/EG wieder und sollten im Gesetzestext verankert werden.

Herausgeber	Verband der Automobilindustrie e.V. (VDA) Behrenstrasse 35, 10117 Berlin www.vda.de
Copyright	Verband der Automobilindustrie e.V. (VDA)
Stand	22. Januar 2021