

**Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 16/1724**



**UNABHÄNGIGES LANDESZENTRUM  
FÜR DATENSCHUTZ SCHLESWIG-HOLSTEIN**

An die  
Mitglieder des  
Innen- und Rechtsausschusses  
des Schleswig-Holsteinischen Landtags

30. Januar 2007

**Betr.:**  
**Datenschutz im Telemediengesetz**





UNABHÄNGIGES LANDESZENTRUM  
FÜR DATENSCHUTZ SCHLESWIG-HOLSTEIN

ULD • Postfach 71 16 • 24171 Kiel

An die Vorsitzende des  
Ausschusses für Wirtschaft und Technologie  
des Deutschen Bundestages  
Frau Edelgard Bulmahn

Holstenstraße 98  
24103 Kiel  
Tel.: 0431 988-1200  
Fax: 0431 988-1223  
Ansprechpartner/in:  
Dr. Johan Bizer  
Durchwahl: 988-1296  
Aktenzeichen:  
LD7-61.03/01.213

Kiel, den 11.12.2006

## Datenschutz im Telemediengesetz

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Elektronisches-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz (EIGVG), BT-Drs. 16/3078

1. Die **Vereinheitlichung** der materiellen für Telemedien-, Rundfunkdienste sowie TK-Dienste geltenden Datenschutzregelungen bietet die Chance, über das Mittel einfacher und stringenter Regelungen ihre Wirksamkeit in der Praxis deutlich zu erhöhen. Vor diesem Hintergrund wird mit dem Gesetzentwurf allenfalls eine Teilstrecke auf dem Weg zur Modernisierung des Datenschutzrechtes zurückgelegt, denn nach wie vor müssen Dienstanbieter und Nutzer drei Regelungskomplexe auf einen für den normalen Rechtsanwender einheitlichen Lebenssachverhalt eines Onlineangebotes anwenden, nämlich Datenschutzregelungen aus dem Recht für TK-Dienste, für Telemedien und den Inhaltsdatenschutz nach dem BDSG. Bundesregierung und Bundestag sind auch vor diesem Hintergrund daher nicht aus der Pflicht entlassen, für einen wirksamen Grundrechtsschutz das Projekt der Modernisierung des Datenschutzrechts durch Vorlage eines diskussionsfähigen Gesetzentwurfes auf der Grundlage des Modernisierungsgutachtens aus dem Jahr 2001 aufzugreifen und ernsthaft zu verfolgen. Hierzu gehört es auch, zum Schutz der elektronischen Kommunikation der Nutzer ein einheitliches dienstübergreifendes Mediennutzungsgeheimnis zu installieren.
2. Die im Gesetzentwurf vorgesehene **Trennlinie zwischen TK-Diensten** (=TK-Datenschutz) **und Telemedien** (TMG-Datenschutz) ist akademisch und unpraktikabel. Bereits die umfassenden und widersprüchlichen Ausführungen in der Gesetzesbegründung belegen, dass die Formulierungen in § 1 Abs. 2 TMG nicht aus sich heraus verständlich sind:
  - a) Ein Satz wie „telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG fallen vor allem deshalb nicht unter das zukünftige TMG, weil es sich weder um Abruf- noch um Verteildienste handelt“, ist ein sprechender Beleg für die fehlende Stringenz des Entwurfes. An keiner Stelle trifft der Gesetzentwurf eine positive Aussage, ob und unter welcher Voraussetzung Telemedien „Abruf- und/oder Verteildienste“ sind.

- b) Problematisch ist der Ausschluss der „telekommunikationsgestützten Dienste“ aus dem Anwendungsbereich des TMG, deren Tatbestandsmerkmal nach § 3 Nr. 25 TKG ist, dass „Inhaltsleistungen noch während der TK-Verbindung erfüllt werden“. Auf diese Weise wird das bislang für Nutzungsverhältnisse im Bereich der Inhalte konstitutive Merkmal der individuellen Nutzung von Inhalten in den Bereich der Telekommunikation verlagert, ohne dass die Abgrenzung zu den Inhaltsangeboten der klassischen Telemedien deutlich wird.
- c) Weder für einen Nutzer noch für einen mittelständischen Dienstleister ist bspw. nachvollziehbar, warum laut Begründung die Übertragung von E-Mail ein TK-Dienst ist, der „überwiegend in der Übertragung von Signalen über TK-Netze besteht“ und daher kein Telemediendienst sein sollte, aber zwei Absätze später die Verbreitung von „Werbe-Mails“ zu den Telediensten gezählt wird.
3. In der Praxis provoziert der Gesetzentwurf für die **Datenschutzaufsicht** eine Reihe von Auslegungsfragen: Für die Datenschutzkontrolle für TK-Dienste ist nach wie vor der Bundesbeauftragte für den Datenschutz zuständig, weil die Telekommunikation trotz der Privatisierung der Deutschen Bundespost noch immer als besondere Aufgabe der Bundesverwaltung zählt. Für die Datenschutzaufsicht über Telemedien sind die Aufsichtsbehörden der Länder zuständig. Der Gesetzentwurf macht nicht deutlich, dass die Datenschutzkontrolle des Bundes nach der Neuregelung zusätzliche Kontrollaufgaben insbesondere im Bereich der Access Provider zuwachsen werden, für die eine entsprechende Personalausstattung nicht vorhanden ist. Gleichzeitig bleiben die Länder nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verwaltungskompetenz für dieselben Provider im Bereich ihrer sonstigen Internetangebote zuständig.
4. Unpraktikabel ist der in § 11 Abs. 1 Nr. 1 TMG vorgesehene Anwendungsausschluss der **Internetnutzung im Arbeitsverhältnis**. In der bisherigen Praxis führt diese Regelung insbesondere dann zur Verwirrung, wenn die Arbeitgeber eine gelegentliche private Nutzung des Internets nicht ausschließen wollen. Um zwei Regelungsregime zu vermeiden, sehen sich Arbeitgeber durch diese Regelung veranlasst, die private Nutzung des Internet am Arbeitsplatz zu untersagen. Dies ist jedoch in der Regel unpraktikabel und befördert eine unerwünschte Misstrauenskultur, weil der gelegentliche Blick bspw. auf eine Online-Zeitungen ebenso unproblematisch ist wie der Blick in eine Zeitung, wenn die Arbeitsleistung in der Summe stimmt. Die unpraktikable Lösung geht zu Lasten des Gesetzgebers, der seit über 20 Jahren die Bundesregierung immer wieder erfolglos aufgefordert hat, einen Gesetzentwurf zum Arbeitnehmerdatenschutz vorzulegen. Eine gesetzliche Regelung sollte innerbetriebliche Regelung unter Beachtung der Regelungen des TMG fördern.
5. Der Bundesrat hat im Gesetzgebungsverfahren ein „**uneingeschränktes Koppelungsverbot**“ vorgeschlagen, dem die Bundesregierung nicht zugestimmt hat. Aus Datenschutzsicht ist dieser Vorschlag des Bundesrates ausdrücklich zu begrüßen. Die Datenschutzpraxis zeigt, dass die Findigkeit der Anbieter unbegrenzt ist, das flüchtige Medium und die Unerfahrenheit der Nutzer durch eine komplizierte und verschachtelte Nutzerführung zur Erhebung nicht erforderlicher Daten zu nutzen. Ein uneingeschränktes Koppelungsverbot im TMG dient dem Verbraucherdatenschutz und schützt damit die Freiheit zur Vertragsbindung der Nutzer.
6. Ausdrücklich gewarnt werden muss der Gesetzgeber vor dem pauschalen Verweis in § 13 Abs. 7 TMG auf den **Auskunftsanspruch** nach § 34 BDSG. Bislang bestand ein originärer Auskunftsanspruch nach dem TDDSG: Die Gesetzesbegründung macht an dieser Stelle die substantielle Änderung nicht deutlich: § 34 BDSG enthält zwar einen

Auskunftsanspruch des Betroffenen, der aber durch den Verweis in § 34 Abs. 4 auf § 33 Abs. 2 BDSG umfassend ausgeschlossen wird. So schließt bspw. § 33 Abs. 2 Nr. 2 den Auskunftsanspruch aus, wenn die Daten lediglich gesperrt, aber nicht gelöscht worden sind. Angesichts der Möglichkeiten, den Auskunftsanspruch bei der Nutzung von Telemedien elektronisch zu gestalten, sind derartige Ausnahmen alles andere als innovativ. Stattdessen sollte der Gesetzgeber von den Anbietern erwarten, die Auskunftsansprüche durch die elektronische Einsicht in das vom Anbieter geführte Kundendatenkonto zu unterstützen..

7. Verfassungsrechtlich neue Dimensionen eröffnet der Gesetzentwurf mit der Ausweitung der **Auskünfte gegenüber den Sicherheitsbehörden**, zunächst mit der Ausweitung auf Abrechnungsdaten, durch die Ausweitung auf die Nachrichtendienste sowie schließlich auch auf die Behörden der Gefahrenabwehr.
  - a) Für die Ausweitungen ist ein praktisches Bedürfnis weder erkennbar noch begründet, so dass es auch an der verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit fehlt. Das allgemeine Tatbestandsmerkmal „im Einzelfall zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe erforderlich“, ist verfassungsrechtlich nicht ausreichend bestimmt, um einen Zugriff auf Bestands- und Abrechnungsdaten zu rechtfertigen. Auch fehlt es an den notwendigen **verfahrensrechtlichen Vorkehrungen** bspw. einer Dokumentationspflicht, welche Sicherheitsbehörde die Daten welcher Nutzer erhalten hat. Ohne eine solche Dokumentationspflicht ist von dem Betroffenen nicht nachvollziehbar, welche staatliche Stelle welche Informationen für welchen Zweck erhalten und verwendet hat. Ohne eine solche Dokumentationspflicht kann im Übrigen auch das Parlament seiner Kontrollpflicht gegenüber der Regierung nicht nachkommen, weil ohne eine Verpflichtung zur Statistik keine Regierung die erforderlichen Daten zur Praxis der Eingriffsregelung erheben wird und damit keine Auskünfte geben kann.
  - b) Verfassungsrechtlich unzureichend ist die Ausweitung der Auskunftspflichten ferner, weil sich der Gesetzentwurf nicht mit dem **milderen Mittel** auseinandersetzt, die Verpflichtung der Dienstanbieter zur Anbieterkennzeichnung konsequent durchzusetzen. Über die Anbieterkennzeichnung geschäftsmäßiger Angebote sollen die Verbreiter rechtswidriger Inhalte identifiziert können. Wird sie unterlassen, so wären die Hostinganbieter zu einer entsprechenden Vertragsgestaltung gegenüber ihren Kunden verpflichtet und stünden insoweit auch in der Haftung. Stattdessen wird die Verpflichtung zur Anbieterkennzeichnung in § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG nur auf die Angebote gegen Entgelt beschränkt, so als ob die Verbreitung rechtswidriger Inhalte in der Regel kostenpflichtig wäre. Auch fehlt in der datenschutzrechtlichen Unterrichtungspflicht nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TMG, die Verpflichtung zur Angabe der Identität des Anbieters als für die Datenverarbeitung verantwortliche Stelle.
  - c) Verfassungsrechtlich unzureichend ist die Ausweitung der Auskunftspflichten auch deswegen, weil der Gesetzgeber jeden **Ausgleichsmechanismus** verweigert, der den Betroffenen die Transparenz über die eingeholten Auskünfte und dem Gesetzgeber eine Übersicht über Art und Umfang der Auskunftspraxis und ihrer Erfolge vermitteln könnte. Für die Betroffenen verhängt der Hinweis auf die Auskunftspflichten nach den jeweiligen Befugnisnormen der Sicherheitsbehörden wenig, weil in der Regel keine ausreichenden gesetzlichen Verpflichtungen bestehen, die Betroffenen über die Auskunft auch dann in Kenntnis zu setzen, wenn bspw. ein Verfahren eingestellt oder beendet worden ist.
  - d) Verfassungsrechtlich unzulässig ist schließlich die Ausweitung der Auskünfte über Bestands- und Abrechnungsdaten „**zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Ei-**

**gentum**“, denn mit dieser Regelung eröffnet der Gesetzentwurf die Daten aus Kundenbeziehungen zwischen dem Dienstleister und dem Nutzer jenseits einer strafrechtlichen Verfolgung insbesondere dem Zugriff einer privaten Rechtsverfolgung. Eine solche Ausweitung ist jedoch unverhältnismäßig, weil er die Nutzer einseitig belastet, ohne die Inhaber der Verwertungsrechte in die Pflicht zu nehmen, ihre Verwertungsrechte durch geeignete Technologien und Geschäftsmodelle zu schützen. Im Übrigen bestehen erhebliche Zweifel, ob nach dem Gesetzentwurf die in der Regel einschlägigen Peer-to-Peer-Netzwerke nicht telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 23 TKG sind und damit aus dem Anwendungsbereich des TMG fallen.

Dr. Johann Bizer

Stellvertretender Landesbeauftragter für den Datenschutz in Schleswig-Holstein.