



Gesellschaft für Datenschutz
und Datensicherheit e.V.

GDD-Praxishilfe

Das neue Telekommunikation-Telemedien-
Datenschutz-Gesetz (TTDSG) im Überblick



INHALT

1. Hintergrund der Neuregelung.....	3
2. Von der Gesetzesänderung betroffene Stellen	3
3. Wesentliche Neuerungen durch das TTDSG	4
3.1. Bestimmungen zum Datenschutz und zum Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation (Teil 2 des TTDSG – §§ 3 bis 18)	4
3.2. Regelung zum digitalen Erbe	4
3.3. Cookies & Co.	4
3.4. Anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung	6
4. Konsequenzen für die Praxis	6
4.1. Geltung des TTDSG auch für „OTT-Dienste“	6
4.2. Geltung des Fernmeldegeheimnisses für Arbeitgeber, welche die private Nutzung von dienstlichen Kommunikationsmitteln gestatten?	6
4.3. Cookies & Co.	7
4.4. Bußgelder	8
5. Zeitrahmen	8

1. Hintergrund der Neuregelung

Ziel der Neuregelung ist die erforderliche Anpassung der Datenschutzbestimmungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und des Telemediengesetzes (TMG) an die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) sowie die – bereits lange ausstehende – Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie (RiLi 2002/58/EG in der durch die RiLi 2009/136/EG geänderten Fassung). Zugleich soll mit der Gesetzesänderung die Rechtsunsicherheit beseitigt werden, die durch das bisherige Nebeneinander von DS-GVO, TMG und TKG entstand. Die Datenschutzbestimmungen von TKG und TMG werden hierzu in einem Gesetz zusammengefasst.

Parallel zur Schaffung des TTDSG hat der Bundesgesetzgeber das TKG modernisiert. Verbraucher und Unternehmen nutzen zunehmend neue Internetdienste, die eine interpersonelle Kommunikation ermöglichen, z.B. Voice-over-IP (VoIP-)Telefonie, Sofortnachrichtenübermittlung (Instant-Messaging) und webgestützte E-Mail-Dienste. Auf diese war das Telekommunikationsrecht jedoch bislang nicht anwendbar. So entschied der EuGH 2019¹ im Verfahren zu Googles E-Mail-Dienst „Gmail“, dass dieser kein Telekommunikationsdienst im Sinne des TKG ist. Mit der Novellierung des TKG und dem TTDSG werden die bestehenden Schutzlücken geschlossen und der europäische Kodex für die elektronische Kommunikation umgesetzt (RL (EU) 2018/1972)².

2. Von der Gesetzesänderung betroffene Stellen

Das TTDSG enthält „besondere Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten bei der Nutzung von Telekommunikationsdiensten und Telemedien“, vgl. § 1 Nr. 2 TTDSG.

Anbieter von Telemedien ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien erbringt, an der Erbringung mitwirkt oder den Zugang zur Nutzung von eigenen oder fremden Telemedien vermittelt. Telemedien sind nach § 1 Abs. 1 S. 1 TMG alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste, telekommunikationsgestützte Dienste oder Rundfunk sind (Telemedien).

Beispiele für Telemediendienste sind u.a.:

- >> Online-Angebote von Waren/Dienstleistungen mit unmittelbarer Bestellmöglichkeit (z.B. Angebot von Verkehrs-, Wetter-, oder Börsendaten, elektronische Presse, Fernseh-/Radiotext, Teleshopping),
- >> Video on Demand,
- >> Internetsuchmaschinen,
- >> Werbemails, aber auch bereits
- >> „einfache“ Homepages zur Information über ein Unternehmen bzw. eine öffentliche Stelle.

Für die Beantwortung der Frage, was ein Telekommunikationsanbieter ist, verweist das TTDSG in § 2 Abs. 1 auf das zeitgleich novellierte Telekommunikationsrecht. Orientiert am europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation erfasst das

¹ Urteil vom 13.06.2019 – C-193/18.

² Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972> (zuletzt abgerufen am 07.06.2021).

novellierte TKG neben sog. nummerngebundenen interpersonellen Telekommunikationsdiensten nunmehr auch sog. nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste (vgl. § 3 TKG neu). Damit stellen nunmehr auch sog. „Over-the-top-(OTT)“-Kommunikationsdienste, etwa webgestützte E-Mail-Dienste oder Messenger wie WhatsApp oder Threema, Telekommunikationsdienste dar.

„Over-the-top“-Dienste sind Dienste, die über eine Internetverbindung angeboten werden, ohne dass die Internetanbieter selbst Einfluss auf den Dienst oder Kontrolle hätten. OTT-Dienste sind also entkoppelt von den Infrastrukturanbietern.

Nicht unter die telekommunikationsrechtliche Regulierung fallen weiterhin reine Inhaltenanbieter, etwa Nachrichtenportale.

3. Wesentliche Neuerungen durch das TTDSG

3.1. Bestimmungen zum Datenschutz und zum Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation (Teil 2 des TTDSG – §§ 3 bis 18)

Teil 2 (§§ 3 bis 18) des TTDSG enthält die Bestimmungen zum Datenschutz und zum Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation, insbesondere Bestimmungen zum Fernmeldegeheimnis, zur Verarbeitung von Verkehrs- und Standortdaten, zur Rufnummernanzeige und -unterdrückung sowie zu Endnutzerverzeichnissen.

Die §§ 3 bis 18 TTDSG enthalten im Schwerpunkt keine neuen materiellen Regelungen, sondern stellen im Wesentlichen eine Überführung der bislang in §§ 88 ff. TKG enthaltenen Vorschriften und deren Anpassung an die DS-GVO dar. Die wesentliche Neuerung besteht primär darin, dass der Anwendungsbereich des speziellen Telekommunikationsdatenschutzes erweitert wird, indem sog. „Over-the-Top-(OTT)“-Kommunikationsdienste einbezogen werden. Zum Begriff der OTT-Kommunikationsdienste vgl. unter 2. Der Kreis der Anbieter, welche die – im Vergleich zur DS-GVO strengeren Vorgaben – des Telekommunikationsdatenschutzes zu beachten haben, hat sich hierdurch deutlich erweitert.

Nicht neu ist hingegen, dass der Schutz des Fernmeldegeheimnisses und die speziellen Datenschutzregeln im Bereich der Telekommunikation auch juristische Personen schützen.

3.2. Regelung zum digitalen Erbe

§ 4 TTDSG enthält eine neue Regelung für Erben eines Endnutzers. Mit dieser stellt der Gesetzgeber klar, dass das Fernmeldegeheimnis nicht entgegensteht, wenn Erben eines Endnutzers Rechte gegenüber einem Anbieter von Telekommunikationsdiensten geltend machen.

3.3. Cookies & Co.

Im Hinblick auf den Schutz der Privatsphäre bei der Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder beim Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, wurde – eng am Wortlaut der Vorgaben der ePrivacy-Richtlinie orientiert –

ein explizites Einwilligungserfordernis geschaffen (§ 25 TTDSG).

Eine Einwilligung ist nach § 25 Abs. 2 TTDSG lediglich in zwei Ausnahmen nicht erforderlich:

- >> wenn der alleinige Zweck der Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung oder der alleinige Zweck des Zugriffs auf bereits in der Endeinrichtung gespeicherte Informationen die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein öffentliches Telekommunikationsnetz ist oder
- >> wenn die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf bereits gespeicherte Informationen unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann.

§ 25 TTDSG hat einen weiten Anwendungsbereich. Insbesondere gilt die Regelung entsprechend den Vorgaben der ePrivacy-Richtlinie unabhängig davon, ob bei dem Zugriff auf die Endeinrichtung personenbezogene Daten anfallen.

Die Regelung in § 25 TTDSG ist zudem technologieneutral, erfasst also nicht nur die (noch) gebräuchlichen Cookies, sondern jegliche Techniken, die ein Speichern und/oder Auslesen von Informationen auf Endeinrichtungen erfordern, z.B. also auch das sog. Browser Fingerprinting. Bei Letzterem erfassen die Webserver unterschiedliche Merkmale der Browser der Besucher und ermitteln auf dieser Basis jeweils einen individuellen

digitalen Fingerabdruck, mittels dessen die Nutzer – bzw. genauer: ihre Browser – später wiedererkannt werden können. Auch die Nachverfolgung über Werbe-IDs, MAC-Adressen, IMEI-Nummern wird von § 25 TTDSG erfasst.

Vom Anwendungsbereich des § 25 TTDSG erfasst sind auch die Vielzahl von Gegenständen im Internet, die inzwischen – sei es direkt oder über einen WLAN-Router – an das öffentliche Kommunikationsnetz angeschlossen sind, etwa im Bereich von Smarthome-Anwendungen (z.B. Küchengeräte, Heizkörperthermostate, Alarmsysteme).

Im Hinblick auf Cookies & Co. bedarf es einer zweistufigen Prüfung:³

1) Zugriff auf die Endeinrichtung:

Das Verhältnis von § 25 TTDSG zur DS-GVO ist nicht eindeutig. Die Praxisrelevanz des exakten Verhältnisses ist allerdings gering. Werden im Zug des Zugriffs auf die Endeinrichtung personenbezogene Daten verarbeitet, wird regelmäßig, wenn die Vorgaben von § 25 Abs. 2 TTDSG eingehalten sind, auch ein Zulässigkeitstatbestand nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO vorliegen.⁴ Bedarf es nach § 25 TTDSG der Einwilligung, so kann diese die personenbezogene Datenverarbeitung mitabdecken.

2) Weiterverarbeitung erhobener Daten:

Eindeutig ist, dass sich die nachfolgende Verwendung von personenbeziehbaren Daten, die durch Schritt 1) erlangt werden, sich nach den Anforderungen des Datenschutzrechts richtet, d.h. insbesondere der DS-GVO.⁵

³ So auch Benedikt, Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz – Endlich Rechtsklarheit beim Tracking? Datenschutz-Berater 2021, S. 76 (79).

⁴ Vgl. Stellungnahme von Golland zum Regierungsentwurf (S. 4) unter <https://t1p.de/h6fx>.

⁵ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf BT-DRs. 19/27441, S. 38.

3.4. Anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung

Mit dem TTDSG wird der Weg für Dienste zur Einwilligungsverwaltung freigemacht (§ 26 TTDSG). Idee dahinter ist, dass Internetnutzer einmalig gegenüber entsprechend anerkannten Diensten angeben können, ob, wo und unter welchen Voraussetzungen sie ihre Einwilligung oder Ablehnung zum Setzen von Cookies geben. Der Diensteanbieter leitet die Informationen dann anschließend automatisch im Hintergrund an die Webseiten weiter. So sollen lästige Cookiebanner entbehrlich werden. Bevor entsprechende Dienste ihre Anerkennung beantragen können, muss die Bundesregierung aber zunächst noch in Form einer Rechtsverordnung das Anerkennungsverfahren und das Zusammenspiel der verschiedenen Beteiligten (Dienst zur Einwilligungsverwaltung, Telemedienanbieter, Browseranbieter) konkretisieren.

4. Konsequenzen für die Praxis

4.1. Geltung des TTDSG auch für „OTT-Dienste“

Für Anbieter von „OTT-Kommunikationsdiensten“⁶ ergeben sich durch das TTDSG erhöhte Anforderungen im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage, da diese nicht mehr nur die Vorgaben des allgemeinen Datenschutzrechts, sondern die speziellen datenschutzrechtlichen Vorgaben für Telekommunikationsanbieter zu beachten haben.

⁶ Vgl. zum Begriff unter 2.

Für Personen bzw. Stellen, die solche Dienste in Anspruch nehmen, erweitert sich demgegenüber der Schutz.

4.2. Geltung des Fernmeldegeheimnisses für Arbeitgeber, welche die private Nutzung von dienstlichen Kommunikationsmitteln gestatten?

Nach § 3 Abs. 1 TTDSG unterliegen dem Fernmeldegeheimnis der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche. Wer zur Achtung des Fernmeldegeheimnisses nach Abs. 1 verpflichtet ist, regelt § 3 Abs. 2 TTDSG. Neben Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TTDSG) gehören hierzu auch Anbieter von ganz oder teilweise geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TTDSG).

Die Adressaten der übrigen speziellen Datenschutzbestimmungen des Teils 2 des TTDSG werden durch Verweis auf die zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses Verpflichteten nach § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG bestimmt. Danach sollen auch Anbieter von ganz oder teilweise geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten zur Wahrung der Regelungen zur Verarbeitung von Verkehrsdaten (§ 9 TTDSG), zur Entgeltermittlung und -abrechnung (§ 10 TTDSG), zum Einzelverbindungs nachweis (§ 11 TTDSG) und zur Störungs- und Missbrauchsverhinderung (§ 12 TTDSG) verpflichtet sein.

Von Geschäftsmäßigkeit ist auszugehen, wenn ein nachhaltiges Angebot für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht vorliegt.⁷ Im Rahmen

⁷ Geppert/Schütz/Eckhardt, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. (2013), TKG § 111 Rn. 10.

der bisherigen Rechtslage wird auch der Arbeitgeber von der herrschenden Meinung als ein solcher geschäftsmäßiger Anbieter eingestuft, sofern dieser die private Nutzung der betrieblichen Kommunikationsmittel erlaubt und diese seinen Mitarbeitern somit nachhaltig für private Zwecke zur Verfügung stellt.⁸ Ein entsprechendes Anbieter-Nutzer-Verhältnis wird sogar bei bloßer Duldung seitens des Arbeitgebers angenommen, sofern der Arbeitgeber die sich eingebürgerte private Nutzung durch die Beschäftigten offensichtlich kennt und über einen längeren Zeitraum ohne Beanstandungen hinnimmt.⁹ Anders als noch der Referentenentwurf es vorsah, soll insofern durch das TTDSG die bestehende Rechtslage beibehalten werden.

Fraglich ist allerdings, ob der nationale Gesetzgeber überhaupt befugt ist, auch Anbieter von geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten den speziellen Regelungen des Telekommunikationsdatenschutzes zu unterwerfen, denn weder Art. 95 DS-GVO noch die ePrivacy-Richtlinie kennen das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit. In der Literatur mehren sich insofern Stimmen, welche im weiten Anwendungsbereich der TKG-Bestimmungen, sofern personenbezogene Daten Gegenstand der Verarbeitung sind, eine überschießende Regelung sehen, die durch die DS-GVO verdrängt wird.¹⁰ Nach dieser Auffassung richtet sich die Datenverarbeitung von Arbeitgebern, welche die Privatnutzung von Telefon, Internet und/oder E-Mail gestatten, ausschließlich nach der DS-GVO. Zentraler Unterschied insofern ist insbesondere die Möglichkeit, Datenverarbeitungen auch auf eine Interessenabwägung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO) stützen zu können.

Auch wenn man der Literaturansicht folgt, soll nach dieser ein Zugriff auf Kommunikationsinhalte bzw. -umstände durch den Arbeitgeber dennoch prinzipiell nach § 206 Strafgesetzbuch (StGB)

strafbar sein können. Denn § 206 StGB knüpfe nicht an die datenschutzrechtlichen Vorschriften des TKG, sondern sei eine eigenständige nationale Sanktionsvorschrift.¹¹ Für das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ aus § 206 Abs. 1 StGB sei auf die Erlaubnisnormen der DS-GVO abzustellen, soweit diese, namentlich bei geschlossenen Nutzergruppen, anwendbar seien.¹² Ob eine derart weitreichende Interpretation von § 206 StGB noch mit dem strafrechtlichen Analogieverbot vereinbar ist, erscheint aus GDD-Sicht fraglich.

Welches Datenschutzrecht für die Privatnutzung betrieblicher Kommunikationsmittel gestattende Arbeitgeber gilt, ist umstritten.

Aus praktischer Sicht bleibt vor allem von Bedeutung, eine Privatnutzung betrieblicher Kommunikationsmittel nicht einfach zu dulden, sondern, wenn eine solche erlaubt werden soll, dies explizit zu tun und zugleich klare „Spielregeln“ und Kontrollmechanismen aufzustellen, z.B. per Betriebs-/Dienstvereinbarung und hierauf Bezug nehmender Einwilligungen der einzelnen Mitarbeiter/innen.

4.3. Cookies & Co.

Soweit der praxisrelevante Einsatz von Cookies bzw. vergleichbaren Techniken betroffen ist, ergeben sich aus dem TTDSG keine neuen Anforderungen an die Zulässigkeit derartiger Verfahren.

Denn die Regelungen zur Zulässigkeit des Cookieeinsatzes in § 25 TTDSG orientieren sich unmittel-

8 Gola, Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl. (2019), Rn. 1290; Weth/Herberger/Wächter/Sorge/Baumgartner, Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. (2019), Teil B. IX. Telefon-, Internet- und E-Mail-Nutzung.

9 Gola, a.a.O., Rn. 1297 ff.

10 Kühling/Sauerborn, CR 2021, 271, 273 f. mit weiteren Nachweisen.

11 Koreng/Lachenmann/Bergt, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 2. Aufl. (2018), C. VII. 2.

12 Koreng/Lachenmann/Bergt, a.a.O.

bar an den Vorgaben von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie. Da nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 28.05.2020 – I ZR 7/16 „Cookie-Einwilligung II“) bereits das geltende nationale Recht mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie richtlinienkonform auszulegen war, ergibt sich insofern kein Unterschied zur bisherigen Rechtslage.

Hinsichtlich der Anforderungen an eine wirksame Einwilligung in das Setzen bzw. Auslesen von Cookies und damit die Gestaltung von Cookiebannern¹³ ergeben sich ebenfalls keine Änderungen. Maßgeblich für das „Wie“ der Einwilligung waren nach der angesprochenen BGH-Entscheidung die DS-GVO-Vorgaben. Entsprechendes regelt nun § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG.

Obwohl der Gesetzgeber sich auf die Fahnen geschrieben hatte, mittels des TTDSG für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, werden auch durch § 25 TTDSG wichtige Praxisfragen rund um Cookies bzw. vergleichbare Verfahren weiterhin nicht eindeutig beantwortet.

Insbesondere stellt sich die Frage, ob Cookies zur Websiteoptimierung, sog. First-Party-Analyse-Cookies, noch als „unbedingt erforderlich“ i.S.v. § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG angesehen werden dürfen. Letzteres dürfte man zumindest für Warenkorb- und Session-Cookies sowie Identifier zum Vorhalten von Nutzerpräferenzen, wie z.B. Sprach- und Bildschirmeneinstellungen, oder zur Gewährleistung der technischen Sicherheit und Integrität der Website annehmen können.

¹³ Vgl. hierzu Schulz, Cookies, Schrems und Co. – Webseitengestaltung zwischen rechtlichen Vorgaben und Businessperspektive, RDV 2020, 302; LfD Niedersachsen, Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten – Anforderungen an Consent-Layer, Stand: November 2020, abrufbar unter <https://t1p.de/vvuu> (zuletzt aufgerufen am 07.06.2021).

4.4. Bußgelder

In § 26 TTDSG finden sich Regelungen zu Ordnungswidrigkeiten, wobei sich die Höhe des Bußgeldrahmens nicht an der DS-GVO, sondern am Bußgeldrahmen des bisherigen TKG orientiert und damit verhältnismäßig gering ist.

Anbieter von Telemediendiensten müssen sich aber im Klaren sein, dass ein Verstoß gegen § 26 TTDSG nicht den höheren Bußgeldrahmen der DS-GVO sperrt, sondern die Regelungen nebeneinander anwendbar sind. Bei einem Verstoß gegen das Einwilligungserfordernis könnte der Anbieter von Telemediendiensten insofern gleich doppelt zur Kasse gebeten werden.¹⁴

5. Zeitrahmen

Die Regelungen des TTDSG treten am 1. Dezember 2021 in Kraft.

¹⁴ Benedikt, Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz – Endlich Rechtsklarheit beim Tracking? Datenschutz-Berater 2021, S. 76.



Gesellschaft für Datenschutz
und Datensicherheit e.V.

Mitglied werden? Mehr Informationen?

<https://www.gdd.de/service/mitglied-werden> oder eine E-Mail an: info@gdd.de

Eine Mitgliedschaft bietet wesentliche Vorteile:

- >> Mitglieder-Nachrichten mit aktuellen Fachinformationen
- >> Bezug der Fachzeitschrift RDV (Recht der Datenverarbeitung)
- >> Beratung bei konkreten Einzelfragen
- >> Zugriff auf Rechtsprechungs- und Literaturarchiv
- >> Online-Service „Dataagenda Plus“ (Muster, Checklisten, RDV ONLINE Archiv, Arbeitspapiere etc.)
- >> Mitarbeit in Erfahrungsaustausch- und Arbeitskreisen
- >> Teilnahme an den kostenfreien GDD-Informationstagen sowie Vergünstigungen bei Seminaren u.v.m.

Schließen Sie sich unseren mehr als 3.800 Mitgliedern an.

Eine Mitgliedschaft erhalten Sie schon ab 150,- EUR/Jahr für Privatpersonen und ab 300,- EUR/Jahr für Firmen.

Herausgeber:

Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD e.V.)

Heinrich-Böll-Ring 10

53119 Bonn

Tel.: +49 228 969675-00

Fax: +49 228 969675-25

www.gdd.de

info@gdd.de

Ansprechpartnerin: RAin Yvette Reif, LL.M.

Satz: S. Roller, GDD-Geschäftsstelle, Bonn

Stand:

Version 1.0 (Juni 2021)