

**Mitteilung**  
**der Regierung der Bundesrepublik Deutschland**  
**an die Kommission der Europäischen Union**  
**vom 13. September 2010**

**Beschwerde – EU Pilot 2010/931**

**hier: Beschwerde des deutschen Staatsbürgers Patrick Breyer über die vermeintlich fehlende Umsetzung bestimmter Regelungen der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation)**

Bezug: Schreiben der Europäischen Kommission vom 15. Juni 2010 (INFSO/B2/PS/gt D(2010) 221201)

Mit dem o.g. Schreiben übermittelte die Europäische Kommission die Beschwerde des Herrn Patrick Breyer (Beschwerdeführer), welche insbesondere den Vorwurf enthält, Deutschland halte die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) bei der Umsetzung in deutsches Recht nicht ein. Mit den nachfolgenden Ausführungen wird eine Stellungnahme der Bundesregierung zur übersandten Beschwerde übermittelt.

**A. Sachverhalt**

Der Beschwerdeführer legte am 19. Februar 2010 eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission ein und moniert darin die vermeintlich fehlende Umsetzung bestimmter Regelungen der Richtlinie 2002/58/EG. Insbesondere behauptet er, dass das deutsche Recht Regelungen nach Artikel 5 Absatz.3, Artikel 6 Absatz 1 und Artikel 13 Absatz 2 der Richtlinie 2002/58/EG nicht nachkommt.

Der Beschwerdeführer beanstandet insbesondere drei Punkte:

Nach Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie 2002/58/EG ist die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur unter der Bedingung zulässig, dass der betreffende Teilnehmer oder Nutzer gemäß der Richtlinie 95/46/EG klare und umfassende Informationen über

die Zwecke der Verarbeitung erhält. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass entgegen europäischen Rechts die Zulässigkeit solch einer Speicherung oder Zugriffs im deutschen Recht nicht von einer ordnungsgemäßen Information abhängig sei.

Weiter kritisiert der Beschwerdeführer, dass § 100 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) den Vorgaben des Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2002/58/EG nicht gerecht werde.

Darüber hinaus wendet der Beschwerdeführer ein, dass Artikel 13 Absatz 2 der Richtlinie 2002/58/EG nicht ordnungsgemäß in deutsches Recht umgesetzt worden sei. Nach Artikel 13 Absatz 2 sind Werbe-E-Mails nur dann erlaubt, wenn die private oder juristische Person die E-Mail-Adresse „im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produktes oder einer Dienstleistung“ erhalten hat sowie dem Kunden klar und deutlich die Möglichkeit gibt, eine solche Nutzung seiner elektronischen Kontaktinformationen bei der Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen. Außerdem darf der Diensteanbieter die E-Mail-Adresse nur für Direktwerbung eigener ähnlicher Produkte oder Dienstleistungen verwenden.

Die Kritik von Herrn Breyer ist vor allem vor dem Hintergrund des zunehmenden Problems der Speicherung von Daten auf Benutzerendgeräten durch Dritte („Cookies“) sowie der ansteigenden Zahl von sogenannten „Spam-Mails“ zu sehen.

## B. Stellungnahme

Der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Bundesregierung habe Regelungen der Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) nicht vollständig in nationales Recht umgesetzt, ist unzutreffend.

### I. Umsetzung von Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie 2002/58/EG

Das deutsche Recht hat die Regelung des Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) zunächst im Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) des Bundes und im Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) der Länder umgesetzt. Seit dem 1. März 2007 erfolgt die Umsetzung im Telemediengesetz (TMG).

#### 1. Entstehungsgeschichte der aktuell geltenden Regelung

Die betreffende Regelung lautete in der bis zum 31. Oktober 2003 umzusetzenden Fassung wie folgt:

*"Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Benutzung elektronischer Kommunikationsnetze für die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur unter der Bedingung gestattet ist, dass der betreffende Teilnehmer oder Nutzer gemäß der Richtlinie 95/46/EG klare und umfassende Informationen insbesondere über die Zwecke der Verarbeitung erhält und durch den für diese Verarbeitung Verantwortlichen auf das Recht hingewiesen wird, diese Verarbeitung zu verweigern. Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn der alleinige Zweck die Durchführung oder Erleichterung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder, soweit dies unbedingt erforderlich ist, um einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen."*

Diese Regelung bezieht sich auf technische Vorgänge, die von Diensten der Informationsgesellschaft angewendet werden. Dies wird im neu gefassten Wortlaut des Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie 2002/58/EG deutlicher als in der ursprünglichen Fassung, die noch auf „die Benutzung elektronischer Kommunikationsnetze für die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen“ abstellte. Die neue Fassung stellt nicht mehr auf die Benutzung elektronischer Kommunikationsnetze, sondern auf den tatsächlichen Vorgang der Speicherung oder des Zugriffs auf solche Informationen ab. Die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, erfolgt nicht durch Anbieter von elektronischen Kommunikationsdiensten, deren Tätigkeit in der reinen Durchleitung

von Informationen liegt, auch wenn diese als Internet-Zugangsvermittler zugleich als Dienste der Informationsgesellschaft anzusehen sind. Vielmehr ist der von Art. 5 Absatz 3 der RL 2002/58/EG angesprochene Vorgang eine Maßnahme, die von reinen Content-Anbietern, also nicht Anbietern von elektronischen Kommunikationsdiensten angewendet wird.

## 2. Umsetzung in deutsches Recht

Der Schutz der personenbezogenen Daten bei Diensten der Informationsgesellschaft unterliegt in Deutschland einer spezifischen Regelung im Telemediengesetz (TMG). Diese spezifische Regelung steht neben dem Telekommunikationsdatenschutz, der die Richtlinie 2002/58/EG in erster Linie umsetzt. Sie ergänzt das Bundesdatenschutzgesetz, das die RL 95/46/EG in deutsches Recht umsetzt.

Der Telemediendatenschutz gilt in Deutschland als eine besondere Errungenschaft des Datenschutzrechts für die neuen Dienste der Informationsgesellschaft. Er wurde bereits 1997 bundesrechtlich mit dem Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz (Art. 2 IuKDG - Teledienstedatenschutzgesetz - TDDSG) und landesrechtlich mit dem Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) eingeführt und zielt darauf ab, für die neuen Dienste der Informationsgesellschaft ein ambitioniertes und den neuen Bedürfnissen entsprechendes Datenschutzrecht einzuführen. Die Datenschutzregelungen des TDDSG und weitestgehend auch des MDStV wurden 2007 in das TMG überführt.

Die in Deutschland 1997 eingeführten Tele- bzw. Mediendienste entsprachen in ihrer Definition den Diensten der Informationsgesellschaft, wie sie in Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34/EG europarechtlich definiert sind. Es handelte sich um elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistungen. Diese wurden durch die neuen Regelungen von den Telekommunikationsdiensten (geregelt im Telekommunikationsgesetz) und den Rundfunkdarbietungen (geregelt durch die Länder im Rundfunkstaatsvertrag) abgegrenzt. Die bisherige deutsche Medienordnung, die vom landesrechtlich geregelten Rundfunk und von der bundesrechtlich geregelten Telekommunikation geprägt war, wurde so mit den Tele- und Mediendiensten, die sowohl bundes- wie auch landesrechtlich geregelt wurden, fortentwickelt.

Bereits nach dem TDDSG bzw. durch den MDStV von 1997 war die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur mit Einwilligung gestattet. Insofern ging das

in Deutschland geltende Recht bereits über die in der ursprünglichen Fassung des Art. 5 Absatz 3 der RL 2002/58/EG enthaltene Opt-out-Regelung hinaus, so dass für Deutschland kein besonderer Umsetzungsbedarf dieser Regelung bestand.

Dies ergibt sich aus dem damals geltenden und bis heute weiterhin gültigen Grundsatz, dass die Verwendung personenbezogener Daten im Rahmen von Telediensten bzw. Telemedien nur zulässig ist, wenn das für diese Dienste gesetzlich erlaubt ist oder der Nutzer eingewilligt hat. Im Hinblick auf den Begriff der personenbezogenen Daten ist das Bundesdatenschutzgesetz maßgeblich. Danach sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (§ 3 BDSG). Diese Begriffsbestimmung trifft auch auf die in Art. 5 Absatz 3 der RL 2002/58/EG genannten Informationen zu.

### 3. Die ursprüngliche Regelung in § 3 TDDSG von 1997 (BGBl I S. 870, 871)

Diese lautete wie folgt:

*„(1) Personenbezogene Daten dürfen vom Diensteanbieter zur Durchführung von Telediensten nur erhoben, verarbeitet und genutzt werden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.*

*(2) Der Diensteanbieter darf für die Durchführung von Telediensten erhobene personenbezogene Daten für andere Zwecke nur verarbeiten und nutzen, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.“*

Der MDStV von 1997 (z. B. Baden-WürttGBl. 1997 S. 181) enthielt in § 12 Absatz 2 und 3 eine inhaltlich gleich lautende Regelung für Mediendienste.

§§ 5 und 6 TDDSG bzw §§ 14 und 15 MDStV enthielten gesetzlich geregelte Erlaubnistatbestände zur Verwendung von Bestands- und Nutzungsdaten, innerhalb derer die Verwendung dieser Daten ohne Einwilligung zulässig war. § 6 TDDSG und § 15 MDStV legten dabei gleichlautend fest, dass ein Diensteanbieter personenbezogene Daten eines Nutzers ohne dessen Einwilligung nur verwenden darf, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Tele- bzw. Mediendiensten zu ermöglichen und abzurechnen.

Weder das TDDSG noch der MDStV noch andere Rechtsvorschriften in Deutschland enthielten über die genannten Vorschriften hinausgehend eine gesetzliche Erlaubnis zur Speicherung von Informationen oder zum Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind. Nach § 3 Absatz 1 und 2 TDDSG

bzw. § 12 Absatz 2 und 3 MDStV war ein solcher Vorgang also bereits seit 1997 in Deutschland nur mit Einwilligung des Nutzers zulässig.

#### 4. Unterrichtungspflicht nach § 4 Absatz 1 TDDSG

Im Hinblick auf die in Art. 5 Absatz 3 geregelte Unterrichtungspflicht enthielten sowohl § 4 Absatz 1 TDDSG wie auch gleichlautend § 12 Absatz 6 MDStV eine detaillierte Verpflichtung der Diensteanbieter.

§ 4 Absatz 1 TDDSG lautete wie folgt:

*„Der Diensteanbieter hat den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sowie über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist. Bei automatisierten Verfahren, die eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglichen und eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten vorbereiten, ist der Nutzer zu Beginn dieses Verfahrens zu unterrichten. Der Inhalt der Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein.“*

Bedeutsam für die Umsetzung von Art. 5 Absatz 3 der RL 2002/58/EG ist der Satz 2 von § 4 Absatz 1 TDDSG. Die dort genannten „automatisierten Verfahren, die eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglichen und eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten vorbereiten“ umfassen genau die in Art. 5 Absatz 3 der Richtlinie genannten Vorgänge, insbesondere die Verwendung von „Cookies“.

#### 5. Die aktuellen Regelungen im TMG

Die Datenschutz-Vorschriften des TDDSG und des MDStV wurden 2007 nahezu unverändert in das TMG (geltend für Telemedien, also für Tele- und Mediendienste) überführt. Eine Änderung ergab sich lediglich insoweit, als klargestellt wurde, dass Erlaubnisvorschriften aus anderen Rechtsvorschriften außerhalb des TMG sich ausdrücklich auf Telemedien beziehen müssen, um einen Rückgriff auf allgemeine Erlaubnistatbestände (etwa des BDSG) auszuschließen.

Die heute geltenden zur Umsetzung von Art. 5 Absatz 3 der RL 2002/58/EG maßgeblichen Vorschriften lauten wie folgt:

§ 12 TMG:

„(1) Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten zur Bereitstellung von Telemedien nur erheben und verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.

(2) Der Diensteanbieter darf für die Bereitstellung von Telemedien erhobene personenbezogene Daten für andere Zwecke nur verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.“

#### § 13 TMG:

(1) Der Diensteanbieter hat den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) in allgemein verständlicher Form zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist. Bei einem automatisierten Verfahren, das eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglicht und eine Erhebung oder Verwendung personenbezogener Daten vorbereitet, ist der Nutzer zu Beginn dieses Verfahrens zu unterrichten. Der Inhalt der Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein.

#### § 15 TMG:

(1) Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten eines Nutzers nur erheben und verwenden, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen (Nutzungsdaten).

Aus diesen Vorschriften ergeben sich (seit 1997) in Deutschland folgende der Umsetzung von Art. 5 Absatz 3 der Richtlinie 2002/58/EG entsprechende rechtliche Anforderungen für die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind:

- Nach § 13 TMG muss der Diensteanbieter den Nutzer unterrichten. Die darin geregelte Unterrichtung entspricht den Vorgaben der Richtlinie 95/46/EG.
- Nach § 15 TMG darf der Diensteanbieter die in Art. 5 Absatz 3 der RL 2002/58/EG genannten Verfahren ohne Einwilligung verwenden, wenn dies für den Zweck der Inanspruchnahme oder Abrechnung erforderlich ist. Dies entspricht der in Art. 5 Absatz 3 der Richtlinie enthaltenen Einschränkung für den Fall, dass die betreffenden Verfahren unbedingt erforderlich sind, um einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen. § 15 Abs. 3 TMG enthält für den Fall, dass

der Diensteanbieter personenbezogene Daten des Nutzers für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien zur Erstellung von pseudonymen Nutzerprofilen verwenden will, einen besonderen gesetzlichen Erlaubnistatbestand, der eine Widerspruchslösung (opt-out) vorsieht. Diese Regelung bestand bereits vor Inkrafttreten der RL 2002/58/EG, steht aber wegen des darin enthaltenen opt-out auch in Einklang mit Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie.

- In allen übrigen Fällen ist für die in Art. 5 Absatz 3 der Richtlinie genannten Verfahren die Einwilligung erforderlich.
- Die Einhaltung dieser Bestimmungen ist nach § 16 Absatz 2 Nr. 2 und 4 TMG bußgeldbewehrt.

#### 6. Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG in der neuen geänderten Fassung

Diese Regelung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG wurde durch Art. 2 Nr. 5 der Änderungsrichtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009, die bis Mitte 2011 in nationales Recht umzusetzen ist, durch folgende Fassung ersetzt:

*"Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG u. a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat. Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn der alleinige Zweck die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder wenn dies unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen Dienst zur Verfügung stellen kann."*

Die wesentliche Änderung besteht darin, dass die bisherige Opt-out-Regelung durch eine Opt-in-Regelung ersetzt wurde. Damit wurde der Schutz der personenbezogenen Daten auf europäischer Ebene insbesondere im Hinblick auf die Verwendung von sog. „Cookies“ gestärkt.

Derzeit wird noch geprüft, ob und inwieweit der neue Art. 5 Abs. 3 Maßnahmen des Gesetzgebers zur Umsetzung erfordert.

## **II. Umsetzung von Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2002/58/EG**



Die Behauptung, dass § 100 TKG gegen Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2002/58/EG verstößt, ist ebenfalls nicht begründet.

### 1. Die Umsetzungsnorm des § 100 TKG

Die Bestimmungen der § 100 Absatz 1 und Absatz 3 TKG sind vollumfänglich mit den Richtlinienvorgaben vereinbar.

Die Norm des § 100 Absatz 1 TKG erlaubt die Erhebung und Verwendung von Bestands- und Verkehrsdaten der Teilnehmer und Nutzer, soweit dies zum Erkennen, Eingrenzen oder Beseitigungen von Störungen oder Fehlern an TK-Anlagen erforderlich ist. Die Vorschrift lautet:

*„Soweit erforderlich, darf der Diensteanbieter zum Erkennen, Eingrenzen oder Beseitigen von Störungen oder Fehlern an Telekommunikationsanlagen die Bestands- und Verkehrsdaten der Teilnehmer und Nutzer erheben und verwenden.“*

Die Regelung in Absatz 3 verfolgt den Zweck Leistungerschleichungen und sonstige rechtswidrige Inanspruchnahmen der TK-Netze und -dienste zu unterbinden. Die Vorschrift führt dazu an:

*„Soweit erforderlich, darf der Diensteanbieter bei Vorliegen zu dokumentierender tatsächlicher Anhaltspunkte die Bestandsdaten und Verkehrsdaten erheben und verwenden, die zum Aufdecken sowie Unterbinden von Leistungerschleichungen und sonstigen rechtswidrigen Inanspruchnahmen der Telekommunikationsnetze und -dienste erforderlich sind. Zu dem in Satz 1 genannten Zweck darf der Diensteanbieter die erhobenen Verkehrsdaten in der Weise verwenden, dass aus dem Gesamtbestand aller Verkehrsdaten, die nicht älter als sechs Monate sind, die Daten derjenigen Verbindungen des Netzes ermittelt werden, für die tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht der rechtswidrigen Inanspruchnahme von Telekommunikationsnetzen und -diensten begründen. Insbesondere darf der Diensteanbieter aus den nach Satz 1 erhobenen Verkehrsdaten und den Bestandsdaten einen pseudonymisierten Gesamtdatenbestand bilden, der Aufschluss über die von den einzelnen Teilnehmern erzielten Umsätze gibt und unter Zugrundelegung geeigneter Missbrauchskriterien das Auffinden solcher Verbindungen des Netzes ermöglicht, bei denen der Verdacht einer Leistungerschleichung besteht. Die Daten der anderen Verbindungen sind unverzüglich zu löschen. Die Bundesnetzagentur und der oder die Bundesbeauftragte für den Datenschutz sind über Einführung und Änderung eines Verfahrens nach Satz 1 unverzüglich in Kenntnis zu setzen.“*

Die in den Regelungen erlaubten Maßnahmen sind zur Verhinderung von Störungen, zur Missbrauchsbekämpfung, zur Gewährleistung der Sicherheit der Dienste und zur Erfüllung der für die Diensteanbieter geltenden gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen erforderlich. Die Regelungen sind sowohl mit der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (Richtlinie 2002/58/EG) als auch mit der allgemeinen Datenschutzrichtlinie Richtlinie 95/46/EG vollumfänglich vereinbar.

## 2. Rechte und Pflichten der Telekommunikationsanbieter

Nach Art. 4 der Richtlinie 2002/58/EG ist der Betreiber eines öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes verpflichtet, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, um die Sicherheit seiner Dienste zu gewährleisten. Darüber hinaus hat der Diensteanbieter seine Leistungen in hinreichender technischer Qualität zu erbringen (vgl. u.a. Art. 11 und Art. 22 der Universaldienstrichtlinie, Richtlinie 2002/22/EG). Nach Art. 7 b der allgemeinen Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG) ist die „Verarbeitung personenbezogener Daten“ erlaubt, soweit dies „erforderlich“ ist, um vertragliche Verpflichtungen zu erfüllen. Erwägungsgrund 29 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (Richtlinie 2002/58/EG) gestattet dem Diensteanbieter darüber hinaus die für Fakturierungszwecke notwendigen Daten für die Ermittlung von Betrugsfällen festhalten.

Die beanstandeten Vorschriften des § 100 Absatz 1 und Absatz 3 erfüllen diese zitierten europarechtlichen Vorgaben.

Sowohl das Erkennen, Eingrenzen oder Beseitigen von Störungen oder Fehlern an Telekommunikationsanlagen als auch das Aufdecken und Unterbinden von Leistungserleichterungen und sonstigen rechtswidrigen Inanspruchnahmen der Telekommunikationsnetze und – dienste dienen der Gewährleistung der Sicherheit der Dienste. Darüber hinaus werden die Einhaltung des Fernmeldegeheimnisses sowie die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen, die Dienstleistungen in hinreichender technischer Qualität zu erbringen, sichergestellt.

§ 100 Absatz 3 S. 2 TKG begründet damit kein eigenständiges Recht zur Speicherung, sondern regelt den Umgang mit vorhandenen Daten zum Zweck der Missbrauchsbekämpfung.

Damit dienen die Vorschriften der Umsetzung der in den Richtlinien enthaltenen Ziele und Vorgaben, eines funktionierenden und sicheren Telekommunikationssystems (vgl. Erwägungsgrund 22). Die europarechtlich vorgegebenen Grenzen einer erlaubten Erhebung und Verwendung von Verkehrs- und Bestandsdaten werden dabei eingehalten.

### 3. Datenverarbeitung nach § 100 Absatz 1 TKG

Eine Datenverarbeitung nach § 100 Absatz 1 TKG ist begrenzt auf die Tatbestände des „Erkennen, Eingrenzen oder Beseitigen von Störungen oder Fehlern an Telekommunikationsanlagen“. Damit sind in erster Linie Fallgestaltungen adressiert, die auf Maßnahmen abzielen, die aufgrund konkret vorliegender Störungen und Fehler erfolgen.

Richtig ist zwar, dass das in der Vorgängerfassung (§ 9 Telekommunikations-Datenschutzverordnung, BGBl. I S. 1746 ff.) noch enthaltende „Einzelfallkriterium“ weggefallen ist, allerdings gilt nach wie vor das strenge „Erforderlichkeitsprinzip“. Die Streichung des engen „Einzelfallkriteriums“ trägt den vielfältigen bestehenden und drohenden Gefahrenszenarien, denen TK-Netze ausgesetzt sind, Rechnung. Mit einer lediglich einzelfallbezogenen Regelung, wäre eine wirksame Bekämpfung der unterschiedlichen Bedrohungen (Virenangriffe, Spamangriffe) nur sehr unzureichend möglich.

Zudem ist § 3a BDSG zu beachten, der heranzuziehen ist, da das TKG keine vergleichbare Regelung enthält. Dessen Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit präzisiert das Erforderlichkeitskriterium hinreichend. Hiernach wird Datenschutz bereits durch einen technischen Ansatz gewährleistet, sodass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten bereits auf der Ebene der technischen Einrichtungen verringert wird. Dieses technische Gestaltungsrecht vor dem Hintergrund der Datensparsamkeit gewährleistet die in Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2002/58/EG geforderten Vorgaben, womit der Umsetzung der Richtlinie genüge getan ist.

### Datenverarbeitung nach § 100 Absatz 3 TKG

Für die in Absatz 3 Satz 1 genannten Zwecke dürfen Bestands- und Verkehrsdaten nur erhoben und verwendet werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für ein rechtswidrige Inanspruchnahme von Telekommunikationsnetzen und – dienste vorliegen.

Eine Auswertung dieser vorhandenen Daten zum Zwecke der Missbrauchsbekämpfung ist nur unter den sehr engen, in § 100 Absatz 3 S. 2 – 4 TKG genannten Voraussetzungen zulässig. Eine Zusammenführung dieser Verkehrsdaten mit den Bestandsdaten ist nur in pseudonymisierter Form erlaubt. Über die Verfahrensabläufe sind zudem die zuständigen Behörden, die Bundesnetzagentur und der Bundesbeauftragte für Datenschutz und die Informationsfreiheit, zu informieren. Durch diese strengen Anforderungen wird zum einen eine restriktive Datenspeicherung garantiert, durch das Erfordernis der Meldepflicht zum anderen, die Behandlung der datenschutzrechtlich besonders sensiblen Daten Dritter, transparent gehalten. Zudem stellt §100 Absatz 3 S. 4 klar, dass sämtliche anderen Daten, die nicht für die Aufklärung von Missbrauchsfällen erforderlich sind, unverzüglich zu löschen sind. Diese Festsetzung verdeutlicht, dass eine zeitweise Datenspeicherung nur unter den engen Voraussetzungen des „Erforderlichkeitskriteriums“ in Verbindung mit den strikten Tatbestandsvoraussetzungen des § 100 TKG zulässig ist.

Eine generelle bedarfsunabhängige Datenspeicherung sämtlicher Verkehrsdaten – wie vom Beschwerdeführer vorgetragen - ist nach dem Wortlaut und dem vorgegeben Erforderlichkeitsprinzip der § 100 Absatz 1 und § 100 Absatz 3 TKG nicht zulässig.

Neben der Verpflichtung, die Daten unverzüglich zu löschen, sobald eine Verarbeitung nicht mehr erforderlich ist, gelten auch die Vorgaben des § 35 Absatz 2 S. 2 Nr. 3 BDSG. Danach sind die Diensteanbieter verpflichtet, die Daten zu löschen, sobald ihre Kenntnis für die Erfüllung des Zwecks der Speicherung nicht mehr erforderlich ist. Damit wird dem vom Beschwerdeführer gerügten Kriterium, dass Verkehrsdaten der Teilnehmer sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt werden zu löschen sind, Rechnung getragen. Diese Vorschrift ist gem. § 1 Absatz 3 BDSG neben dem TKG anwendbar und gewährleistet damit eine vollumfängliche Umsetzung der Richtlinie 2002/58/EG.

Folglich sind die Bestimmungen des § 100 TKG mit den europarechtlichen Vorgaben des Art. 4 der Richtlinie 2002/58/EG als auch der allgemeinen Datenschutzrichtlinie (Art. 7 b, Richtlinie 95/46/EG) vollumfänglich vereinbar.

### **III. Umsetzung von Artikel 13 Absatz 2 der Richtlinie 2002/58/EG**

Die Rüge hinsichtlich der Falsch- bzw. Nichtumsetzung des Artikel 13 Absatz 2 der Richtlinie 2002/58/EG ist ebenfalls nicht begründet.

#### **1. Werbung im Zusammenhang mit dem Produktverkauf**

Werbung per E-mail ist nach Artikel 13 Absatz 2 der Richtlinie 2002/58/EG nur zulässig, wenn das Unternehmen die „elektronische Kontaktinformation des Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung (...) erhalten hat“. Diesbezüglich äußert der Beschwerdeführer die Ansicht, dass eine Kenntniserlangung der elektronischen Adresse durch eine spätere Reklamation nicht durch diese Formulierung der Richtlinie gedeckt sei.

Dem ist entgegenzuhalten, dass auch eine Kundenreklamation nur im „Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung“ erfolgt. § 95 Absatz 2 S. 2 TKG verlangt, dass der Diensteanbieter „im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung rechtmäßig Kenntnis [...]“ von den Kontaktdaten seiner Kunden erlangt. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass sich eine Kundenbeziehung vorliegend nur aus dem Verkauf bzw. Kauf von Produkten ergeben kann. Es besteht also im Falle einer Reklamation bereits eine Geschäftsbeziehung, auf deren Produkt oder Leistung die Reklamation Bezug nimmt. Lediglich aus der primär vereinbarten vertraglichen Verpflichtung der Leistung kann sich nachträglich ein Reklamationsrecht für den Kunden ergeben. Um das Produkt reklamieren zu können, muss der Käufer dieses zuvor beim Händler erworben haben, sodass sich eine spätere Reklamation folgerichtig nur „im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung“ bzw. im Zusammenhang mit dem vorausgegangenen Kauf ergeben kann. Insofern ist auch eine durch eine Reklamation des Kunden dem Unternehmen zur Kenntnis gelangte elektronische Adresse eine solche, die im „Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung“ erlangt wurde.

#### **2. Widerruf**

Der Beschwerdeführer moniert, dass die Nutzung von E-mail-Adressen zu Werbezwecken durch die Richtlinie nur erlaubt ist, wenn Kunden „die Möglichkeit erhalten, eine

solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformation zum Zeitpunkt ihrer Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen (...).

§ 95 Absatz 2 Satz 2 TKG regelt hierzu, dass die Verwendung der rechtmäßig erlangten Daten nur dann zulässig ist, „wenn der Teilnehmer bei der Erhebung (...) und bei jeder Versendung einer Nachricht (...) deutlich sichtbar und gut lesbar darauf hingewiesen wird, dass er der Versendung weiterer Nachrichten jederzeit schriftlich oder elektronisch widersprechen kann.“ Diese Widersprüche erfolgen in der Praxis problemlos und entgeltfrei. Es liegt in der Natur der Sache und wird durch die Richtlinie nicht ausgeschlossen, dass der Teilnehmer hierzu in schriftlicher oder elektronischer Form mit dem Anbieter in Kontakt treten muss. Darüber hinaus verlangt § 95 Absatz 2 S. 3, dass der Teilnehmer bereits bei der Erhebung oder erstmaligen Speicherung seiner Daten auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen ist, sodass ihm bereits zu diesem frühen Zeitpunkt die Möglichkeit des Widerspruchs einzuräumen ist. Das Kriterium des „gebührenfreien Widerrufs“ ist nach Erwägungsgrund 41 der Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG durch die Belastung des Teilnehmers mit den Telekommunikationskosten der Übermittlung nicht ausgeschlossen. Insofern ist auch hier eine vollumfängliche Umsetzung der Richtlinie erfolgt.

### 3. Vermeidung von „Spam“

Auch der Einwand des Beschwerdeführers, die Richtlinienvorgabe hinsichtlich der Werbung „für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen“ sei nicht umgesetzt, geht fehl.

Hierzu normiert § 95 Absatz 2 Satz 1 TKG, „Der Diensteanbieter darf die Bestandsdaten (...) zur Werbung für eigene Angebote (...) nur verwenden, soweit dies für diese Zwecke erforderlich ist und der Teilnehmer eingewilligt hat“. Dadurch wird deutlich, dass der Anbieter die Kundendaten lediglich für Eigenwerbung nutzen und nicht an Dritte Anbieter weiter geben darf. Solch eine strikte Einschränkung kannte die Vorgängernorm (vgl. § 5 TDSV) nicht.

Zudem ist auf das parallele Regelungskonzept des Gesetzes für Unlauteren Wettbewerb (UWG) hinzuweisen, wonach der gewerbliche Missbrauch unter Verwendung elektronischer Post in Deutschland gem. § 7 Absatz 3 UWG verboten ist. Dort heißt es:

*"Abweichend von Absatz 2 Nummer 3 ist eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung unter Verwendung elektronischer Post nicht anzunehmen, wenn*

- 1. ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat,*
- 2. der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,*
- 3. der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und*
- 4. der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen."*

Aus dem Wortlaut wird deutlich, dass auch § 7 Absatz 3 UWG die Vorgaben des Artikel 13 Absatz 2 der Richtlinie 2002/58/EG umfassend umsetzt; dies betrifft insbesondere die von dem Beschwerdeführer gerügten Aspekte. Aus dem Umkehrschluss dieser Norm ergibt sich, dass sämtliche Werbemaßnahmen, die nicht den Maßgaben des § 7 Absatz 3 UWG Rechnung tragen als unzumutbare Belästigung zu werten und damit gem. § 7 Absatz 1 UWG unzulässig sind.

Insofern wird auf folgende Systematik verwiesen:

- Email-Werbung ist nur zulässig, wenn das Unternehmen die Email-Adresse "im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung [...] erhalten hat"; vgl. § 7 Absatz 3 Nummer 1 UWG
- Die Nutzung von Email-Adressen zu Werbezwecken ist nur erlaubt, wenn Kunden "die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen"; vgl. § 7 Absatz 3 Nummer 4 UWG.
- Email-Werbung ist nur für "eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen" zulässig; vgl. § 7 Absatz 3 Nummer 2 UWG.

Neben der Umsetzungsnorm des § 95 Absatz 2 S. 2 TKG gilt folglich § 7 Absatz 3 UWG. Das Zusammenspiel dieser beiden Normen gewährleistet eine vollumfängliche Umsetzung der Richtlinie 2002/58/EG, sodass die Bestimmungen mit den europarechtlichen Vorgaben des Artikel 13 Absatz 2 der Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG vereinbar sind.



**C. Ergebnis**

Demzufolge hat die Bundesregierung die Vorgaben der Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) vollumfänglich umgesetzt. Die Beschwerde ist unbegründet.