

Praxishilfe zur Beachtung des TTDSG im Bereich der Telemedizin

Erarbeitet von der

Deutsche Gesellschaft für Medizinische Informatik, Biometrie
und Epidemiologie e. V. (GMDS)
Arbeitsgruppe „Datenschutz und IT-Sicherheit im
Gesundheitswesen“ (DIG)



Version 1.0

Stand der Bearbeitung: 23. April 2022

Autoren (alphabetisch)

Andrea Backer-Heuveloop	ds ² Unternehmensberatung GmbH & Co. KG
David Koepe	Vivantes - Netzwerk für Gesundheit GmbH
Michael Letter	5medical management GmbH
Lukas Mempel	Sana Kliniken AG
Mark Rüdlin	Datenschutzbeauftragter und Rechtsanwalt
Johannes Schlütter	net.ter GmbH
Dr. Bernd Schütze	Deutsche Telekom Healthcare and Security Solutions GmbH

Geschlechtergerechte Sprache

Hinweis bzgl. geschlechtsneutraler Formulierung im gesamten Text:

- Eine gleichstellungsgerechte Gesellschaft erfordert eine geschlechterneutrale Sprache. Geschlechterneutrale Sprache muss im deutschen Umfeld drei Geschlechtern gerecht werden: Divers, Frauen und Männern.
- Im folgenden Text werden, soweit möglich und sinnvoll, entsprechende Formulierungen genutzt (z. B. Paarformeln, Ableitungen). Personenbezeichnungen, bei denen es sich um juristische Fachbegriffe handelt, die sowohl natürliche als auch juristische Personen bezeichnen können, werden im folgenden Text nicht durch Paarformeln ersetzt. Dies gilt auch für technische Fachbegriffe, Definitionen und Zitate aus Normen (z. B. DIN EN ISO) und gesetzlichen Vorschriften. Entsprechende Begriffe sind im Sinne der Gleichbehandlung geschlechtsneutral zu interpretieren.
- Wo aus Gründen der leichteren Lesbarkeit bei personenbezogenen Substantiven und Pronomen nur ein Geschlecht dargestellt wurde, impliziert dies jedoch keine Benachteiligung der anderen beiden Geschlechter, sondern soll im Sinne der sprachlichen Vereinfachung als geschlechtsneutral verstanden werden.

Haftungsausschluss

Das vorliegende Werk ist nach bestem Wissen erstellt, der Inhalt wurde von den Autoren mit größter Sorgfalt zusammengestellt. Dennoch ist diese Ausarbeitung nur als Standpunkt der Autoren aufzufassen, eine Haftung für die Angaben übernehmen die Autoren nicht. Die in diesem Werk gegebenen Hinweise dürfen daher nicht direkt übernommen werden, sondern müssen vom Leser für die jeweilige Situation anhand der geltenden Vorschriften geprüft und angepasst werden.

Die Autoren sind bestrebt, in allen Publikationen die Urheberrechte der verwendeten Texte zu beachten, von ihnen selbst erstellte Texte zu nutzen oder auf lizenzfreie Texte zurückzugreifen.

Alle innerhalb dieses Dokumentes genannten und ggf. durch Dritte geschützten Marken- und Warenzeichen unterliegen uneingeschränkt den Bestimmungen des jeweils gültigen Kennzeichenrechts und den Besitzrechten der jeweiligen eingetragenen Eigentümer. Allein aufgrund der bloßen Nennung ist nicht der Schluss zu ziehen, dass Markenzeichen nicht durch Rechte Dritter geschützt sind!

Copyright

Für in diesem Dokument veröffentlichte, von den Autoren selbst erstellte Objekte gilt hinsichtlich des Copyrights die folgende Regelung:

Dieses Werk ist unter einer Creative Commons-Lizenz (4.0 Deutschland Lizenzvertrag) lizenziert. D. h. Sie dürfen:



- Teilen: Das Material in jedwedem Format oder Medium vervielfältigen und weiterverbreiten
- Bearbeiten: Das Material remixen, verändern und darauf aufbauen

und zwar für beliebige Zwecke, sogar kommerziell. Der Lizenzgeber kann diese Freiheiten nicht widerrufen, solange Sie sich an die Lizenzbedingungen halten.

Die Nutzung ist unter den folgenden Bedingungen möglich:

- Namensnennung: Sie müssen angemessene Urheber- und Rechteangaben machen, einen Link zur Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Diese Angaben dürfen in jeder angemessenen Art und Weise gemacht werden, allerdings nicht so, dass der Eindruck entsteht, der Lizenzgeber unterstütze gerade Sie oder Ihre Nutzung besonders.
- Weitergabe unter gleichen Bedingungen: Wenn Sie das Material remixen, verändern oder anderweitig direkt darauf aufbauen, dürfen Sie Ihre Beiträge nur unter derselben Lizenz wie das Original verbreiten.
- Keine weiteren Einschränkungen: Sie dürfen keine zusätzlichen Klauseln oder technische Verfahren einsetzen, die anderen rechtlich irgendetwas untersagen, was die Lizenz erlaubt.

Im Weiteren gilt:

- Jede der vorgenannten Bedingungen kann aufgehoben werden, sofern Sie die Einwilligung des Rechteinhabers dazu erhalten.
- Diese Lizenz lässt die Urheberpersönlichkeitsrechte unberührt.

Um sich die Lizenz anzusehen, gehen Sie bitte ins Internet auf die Webseite:

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

bzw. für den vollständigen Lizenztext

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.de>

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
2	Abgrenzung	1
3	Einführung	2
3.1	Der Schutzzweck des TTDSG	2
3.2	Verhältnis TTDSG und DS-GVO	3
3.3	Telekommunikationsdienste vs. Telemediendienste	5
3.4	Aufbau und Struktur des TTDSG	5
3.5	Geltungsbereich des TTDSG	6
4	Begriffsbestimmungen	7
4.1	Telekommunikation	7
4.2	Telemedien	8
4.3	Dienste der Informationsgesellschaft	10
4.4	Anbieter von Telemedien	11
4.5	Nutzer	11
4.6	Endnutzer	12
4.7	Datenarten	12
4.7.1	Bestandsdaten	12
4.7.2	Nutzungsdaten	13
4.7.3	Standortdaten	13
4.7.4	Verkehrsdaten	13
4.7.5	Steuerdaten	14
4.8	Nachricht	14
4.9	Dienst mit Zusatznutzen	15
4.10	Endeinrichtung	15
5	Fernmeldegeheimnis, Datengeheimnis	16
6	Technische und organisatorische Vorkehrungen	18
6.1	Verhältnis Anforderungen TTDSG zu den Anforderungen der DS-GVO	18
6.2	Telekommunikation	18
6.3	Telemedien	18
6.3.1	Geheimnisschutz	18
6.3.2	Anonyme oder pseudonyme Nutzung/Bezahlung	18
6.3.3	Weitervermittlung ist anzuzeigen	19
6.3.4	Technische und organisatorische Maßnahmen	19

7	<i>Auskunft bei (behördlichen) Auskunftersuchen</i>	21
7.1	Telekommunikationsdienste _____	21
7.2	Telemediendienste _____	21
7.2.1	Auskunftersuchen Dritter	21
7.2.2	Auskunftsverfahren bei Bestandsdaten	22
7.2.3	Auskunftsverfahren bei Passwörtern und anderen Zugangsdaten	24
7.2.4	Auskunftsverfahren bei Nutzungsdaten.....	25
8	<i>Erlaubnistatbestände zur Verarbeitung bei Telemedien</i>	26
8.1	Einwilligung _____	26
8.2	Anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung, Endnutzereinstellungen _____	27
8.3	Nachrichtenübertragung _____	28
8.4	Erbringung von Telemediendiensten _____	29
8.4.1	Ausdrücklich gewünschter Dienst	29
8.4.2	Unbedingt erforderlich.....	31
8.4.3	Finanzierung als Grundlage für das Kriterium „unbedingt erforderlich“?	34
8.5	Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken _____	35
8.6	(Weiter-)Verarbeitung personenbezogener Daten Minderjähriger nur eingeschränkt statthaft _____	36
9	<i>Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden</i>	37
10	<i>Straf- und Bußgeldvorschriften</i>	40
11	<i>Abkürzungen</i>	41
12	<i>Literaturhinweise</i>	42
12.1	Internet _____	42
12.2	Bücher _____	43
12.3	Zeitschriften _____	44
	<i>Anhang: Zuordnung Telemediendienst oder Telekommunikation?</i>	45
	Übungsbeispiele _____	45
	Auflösung der Übungsbeispiele _____	46

1 Einleitung

Gerade telemedizinische Dienstleistungen können ohne die elektronische Kommunikation nicht stattfinden. Das Nebeneinander Bestehen von gesetzlichen Regelungen im Zusammenhang mit der elektronischen Kommunikation führt daher regelmäßig dazu, dass diese auch im Bereich der Telemedizin zu beachten sind. Telemedizinische Dienstleistungen beinhalten immer die Übertragung besonderer Kategorien personenbezogener Daten. Beispielsweise werden bei einem kardiologischen Fern-Monitoring EKG-Daten eines Patienten per Internet oder Mobilfunknetz an den telemedizinischen Dienstleister übermittelt, welcher bei Rhythmusstörungen oder anderen medizinischen Ereignissen tätig wird, z. B. durch Verständigung des örtlichen Rettungsdienstes. Gleichmaßen wird man die in §§ 341ff des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V) beschriebene elektronische Patientenakte entsprechend der Begriffsbestimmung in § 1 Telemediengesetz (TMG) zu den Telemedien (elektronische Informations- und Kommunikationsdienste) rechnen müssen.

Im Hinblick auf den Datenschutz müssen Anbieter von Telemedien neben den allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften dabei auch die Vorgaben des Telekommunikation-Telemediendatenschutz-Gesetz (TTDSG) beachten. Im Folgenden werden die wichtigsten Anforderungen diskutiert. Dabei muss beachtet werden, dass hierbei nur Anforderungen des TTDSG betrachtet werden, d. h. aus anderen Regelungen hervorgehende Anforderungen wie beispielsweise der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) werden in der Regel nicht betrachtet.

Zielgruppe für diese Ausarbeitung sind alle, die telemedizinische Dienste anbieten wie beispielsweise Mediziner oder Beschäftigte in der IT, aber natürlich auch die jeweils zuständigen Datenschutzbeauftragten.

2 Abgrenzung

Das TTDSG enthält keine spezifischen Regelungen für Gesundheitsdaten oder andere in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO genannte Kategorien von Daten. D. h. dieselben Regelungen gelten für alle Arten von elektronischen Kommunikationsdiensten im Sinne der Richtlinie 2002/21/EG¹ bzw. der Richtlinie 2018/1972² gleichermaßen, unabhängig welche Kategorien von Daten verarbeitet werden.

In Gesetzeskommentaren, Zeitschriftenartikeln usw. zum TTDSG wird daher regelmäßig nicht das Gesundheitswesen adressiert sein, die dort gefundenen Informationen können aber analog auf entsprechende medizinische Dienste angewendet werden. Diese Praxishilfe dient daher weniger dazu, erneut das gesamte TTDSG zu kommentieren, sondern will lediglich einige ausgewählte Aspekte des TTDSG in Bezug auf angebotene Dienste der Telemedizin betrachten.

Für eine umfassende Betrachtung des TTDSG verweisen wir auf entsprechende juristische Kommentierungen zum TTDSG, in den Literaturhinweisen in Kapitel 12 finden geneigte Leser eine nicht abschließende Auswahl an Literatur zum Thema.

¹ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie). Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32002L0021> bzw. aktuell konsolidierte Fassung unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02002L0021-20091219>

² Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung). Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX%3A32018L1972>

3 Einführung

3.1 Der Schutzzweck des TTDSG

Die Regelungen im TTDSG dienen der Umsetzung der in der EU Richtlinie 2002/58/EG³ („ePrivacy-Richtlinie“) enthaltenen Vorgaben. In der Begründung der Richtlinie von 2002 findet sich in den Erwägungsgründen:

- ErwGr. 6: „Öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste über das Internet eröffnen neue Möglichkeiten für die Nutzer, bilden aber auch neue Risiken in Bezug auf ihre personenbezogenen Daten und ihre Privatsphäre.“
- ErwGr. 11: „Folglich betrifft diese Richtlinie nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten zum rechtmäßigen Abfangen elektronischer Nachrichten oder zum Ergreifen anderer Maßnahmen, sofern dies erforderlich ist, um einen dieser Zwecke zu erreichen, und sofern dies im Einklang mit der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Auslegung durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erfolgt.“
- ErwGr. 17: „Für die Zwecke dieser Richtlinie sollte die Einwilligung des Nutzers oder Teilnehmers unabhängig davon, ob es sich um eine natürliche oder eine juristische Person handelt, dieselbe Bedeutung haben wie der in der Richtlinie 95/46/EG definierte und dort weiter präzisierter Begriff 'Einwilligung der betroffenen Person'.“
- ErwGr. 24: „Die Endgeräte von Nutzern elektronischer Kommunikationsnetze und in diesen Geräten gespeicherte Informationen sind Teil der Privatsphäre der Nutzer, die dem Schutz aufgrund der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten unterliegt. Sogenannte "Spyware", "Web-Bugs", "Hidden Identifiers" und ähnliche Instrumente können ohne das Wissen des Nutzers in dessen Endgerät eindringen, um Zugang zu Informationen zu erlangen, oder die Nutzeraktivität zurückzuverfolgen und können eine ernsthafte Verletzung der Privatsphäre dieser Nutzer darstellen. Die Verwendung solcher Instrumente sollte nur für rechtmäßige Zwecke mit dem Wissen der betreffenden Nutzer gestattet sein.“
- ErwGr. 25: „Solche Instrumente, z. B. so genannte "Cookies", können ein legitimes und nützliches Hilfsmittel sein, [...]. Dienen solche Instrumente, z. B. "Cookies", einem rechtmäßigen Zweck, [...] so sollte deren Einsatz unter der Bedingung zugelassen werden, dass die Nutzer gemäß der Richtlinie 95/46/EG klare und genaue Informationen über den Zweck von Cookies oder ähnlichen Instrumenten erhalten [...]. Die Nutzer sollten die Gelegenheit haben, die Speicherung eines Cookies oder eines ähnlichen Instruments in ihrem Endgerät abzulehnen.“
- ErwGr. 40: „Es sollten Vorkehrungen getroffen werden, um die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung, insbesondere durch automatische Anrufsysteme, Faxgeräte und elektronische Post, einschließlich SMS, zu schützen. [...] Bei solchen Formen unerbetener Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung ist es gerechtfertigt, zu verlangen, die Einwilligung der Empfänger einzuholen, bevor ihnen solche Nachrichten gesandt werden.“

Die ePrivacy-Richtlinie verfolgt also insbesondere folgende (Schutz-)Zwecke:

- Schutz der Privatsphäre und der personenbezogenen Daten von betroffenen Personen bei der Nutzung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste.

³ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation). Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2002/58/oj?locale=de> bzw. aktuell konsolidierte Fassung unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02002L0058-20091219>

- Endgeräte von Nutzern sowie auf diesen Endgeräten gespeicherte Daten sind Teil der Privatsphäre und unterliegen damit dem gleichen Schutz.
- Rahmenbedingungen zur Einwilligung sowie Informationspflichten richten sich nach den Vorgaben der Richtlinie 95/46/EG bzw. der dieser Richtlinie nachgefolgten DS-GVO.

Dabei beeinflussen die Regelungen entsprechend ErwGr. 11 nicht Möglichkeit **der Mitgliedstaaten** zum rechtmäßigen Abfangen elektronischer Nachrichten oder zum Ergreifen anderer Maßnahmen, welche „für den Schutz der öffentlichen Sicherheit, für die Landesverteidigung, für die Sicherheit des Staates (einschließlich des wirtschaftlichen Wohls des Staates, soweit die Tätigkeiten die Sicherheit des Staates berühren) und für die Durchsetzung strafrechtlicher Bestimmungen erforderlich sind.“

Das TTDSG, welches der nationalen Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie dient, verfolgt dementsprechend ebenfalls diese Schutzziele, dient also – gewissermaßen als Ergänzung der DS-GVO – dem Schutz der Privatsphäre und der personenbezogenen Daten von betroffenen Personen bei der Nutzung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste.

3.2 Verhältnis TTDSG und DS-GVO

Entsprechend Art. 95 DS-GVO werden natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen keine zusätzlichen Pflichten auferlegt, soweit

- a) diese Dienste besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen und
- b) die Pflichten dasselbe Ziel verfolgen wie die Vorgaben der DS-GVO.

Art. 1 Abs. 2 S. 1 der ePrivacy-Richtlinie unterstreicht dies: „Die Bestimmungen dieser Richtlinie stellen eine Detaillierung und Ergänzung der Richtlinie 95/46/EG im Hinblick auf die in Absatz 1 genannten Zwecke dar.“

Die Regelungen der ePrivacy-Richtlinie sind also *lex specialis* gegenüber der DS-GVO und vorrangig anzuwenden. Dabei ist zu beachten, dass dieser Vorrang nur gegenüber den in der ePrivacy-Richtlinie enthaltenen Regelungen gilt; von der ePrivacy-Richtlinie abweichende nationale Umsetzungen sind hiervon nicht betroffen. Der deutsche Bundesgerichtshof urteilte in einem Fall, dass die abweichenden nationalen Regelungen „richtlinienkonform“ auszulegen sind⁴.

Gemäß Art. 3 Richtlinie 2002/58/EG müssen vier Bedingungen erfüllt sein, damit der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist. Diese vier Bedingungen sind;

1. Es gibt einen elektronischen Kommunikationsdienst i. S. v. Art. 2 Ziff. 4 Richtlinie (EU) 2002/58/EG,
2. welcher über ein elektronisches Kommunikationsnetz i. S. v. Art. 2 Ziff. 1 Richtlinie (EU) 2002/58/EG angeboten wird;
3. sowohl der Kommunikationsdienst als auch das Kommunikationsnetz sind öffentlich zugänglich (Art. 3 Richtlinie 2002/58/EG) und
4. der Dienst und das Netz werden in der Europäischen Union angeboten.

⁴ So z. B.

- BGH, Urt. v. 25.10.2012, Az: I ZR 169/10. Rn. 24. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://dejure.org/2012,48325> bzw. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=63767&pos=0&anz=1>
- BGH, Urt. v. 28.05.2020, Az: I ZR 7/16. Rn. 53, 73 und insbesondere 79. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://dejure.org/2020,12443> bzw. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=107623&pos=0&anz=1>

Verarbeitungen, welche diese vier Kriterien nicht erfüllen, fallen somit nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2002/58/EG.⁵

Beispiel Erinnerungsdienst für einen Arztbesuch:

Eine deutsche Arztpraxis bietet ihren Patienten als Service an, diese per E-Mail und SMS an bestehende Termine zu erinnern. Damit ist der Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/58/EG (und dem TTDSG) eröffnet, denn

- 1) es wird ein elektronischer Kommunikationsdienst genutzt (sowohl E-Mail als auch SMS stellen einen elektronischen Kommunikationsdienst dar),
- 2) es wird ein elektronisches Kommunikationsnetz genutzt (sowohl Internet bei E-Mail als auch das Mobilfunknetz bei SMS-Versand sind elektronische Kommunikationsdienste)
- 3) Kommunikationsdienst wie Kommunikationsnetz sind öffentlich und
- 4) der Dienst wird in Deutschland und damit in der EU angeboten.

Ob die Arztpraxis diesen Service selbst erbringt oder hierfür einen Dienstleister einsetzt, spielt hingegen für die Beurteilung des Anwendungsbereiches Richtlinie 2002/58/EG keine Rolle. Und natürlich bleibt die Arztpraxis, auch wenn sie einen Dienstleister einsetzt, für den Service und die Einhaltung aller gesetzlichen Vorgaben verantwortlich.

D. h., ist der Anwendungsbereich der EU-Richtlinie eröffnet und in der ePrivacy-Richtlinie enthaltene Vorgaben verfolgen dasselbe Ziel wie die entsprechenden Vorgaben der DS-GVO, so sind die Vorgaben der ePrivacy-Richtlinie vorrangig anzuwenden. Enthält die Richtlinie 2002/58/EG hingegen keine Vorgaben, welche dieselben Ziele verfolgen wie entsprechende Vorgaben der DS-GVO, oder enthält die Richtlinie 2002/58/EG für eine Verarbeitung keine spezifischeren Vorgaben, so sind die Vorgaben der DS-GVO unmittelbar anzuwenden. Existieren in der Richtlinie 2002/58/EG jedoch spezifischere Vorgaben, so gibt es auch in diesen Fällen einige Besonderheiten zu beachten:

- 1) Nach Art. 21 Abs. 5 DS-GVO steht von Verarbeitungen mittels automatisierter Verfahren betroffenen Personen unabhängig von der ePrivacy-Richtlinie ein Widerspruchsrecht zu.
- 2) „Einwilligung“ wird entsprechend den Vorgaben der DS-GVO definiert (Art. 2 lit. f ePrivacy-Richtlinie).
- 3) Informationspflichten richten sich nach den Vorgaben der DS-GVO (Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie).
- 4) Die Bestimmungen der DS-GVO über „Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen gelten im Hinblick auf innerstaatliche Vorschriften, die nach der vorliegenden Richtlinie erlassen werden, und im Hinblick auf die aus dieser Richtlinie resultierenden individuellen Rechte“ (Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-Richtlinie).
- 5) Der europäische Datenschutz-Ausschuss nimmt seine Aufgaben auch in Hinblick auf die Regelungen der ePrivacy-Richtlinie wahr (Art. 15 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie).
- 6) Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie stellt eine Spezialregelung zur Verarbeitung von Daten hinsichtlich der Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, dar. D. h. weder Art. 6 noch Art. 9 DS-GVO können bzgl. der Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf

⁵ EDSA: Stellungnahme 5/2019 zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden. Rn. 27. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinion-board-art-64/opinion-52019-interplay-between-eprivacy_de bzw. deutsche pdf-Datei unter https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/201905_edpb_opinion_eprivacydir_gdpr_interplay_en_d_e.pdf

Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, einen Erlaubnistatbestand abseits Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie darstellen.⁶

Dementsprechend ist die DS-GVO weiterhin Regelungsbestandteil auch bei Telekommunikations- und Telemedien-Diensten, wenn sowohl der Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/58/EG als auch der der DS-GVO von der Verarbeitung eröffnet wird.

Insbesondere regelt die ePrivacy-Richtlinie die Verarbeitung und speziell die Erhebung von Daten bei der Nutzung von öffentlichen Kommunikationsnetzen. Sind die Daten gespeichert und sollen ggf. zu anderen Zwecken verwendet werden, so sind hier die Vorgaben der DS-GVO einschlägig⁷. Insbesondere bei den in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO genannten besonderen Kategorien personenbezogener Daten ist dabei zu beachten, dass Art. 9 Abs. 2 DS-GVO, welcher die Ausnahmen von dem in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO verankerten Verarbeitungsverbot regelt, im Gegensatz zur Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO keine Interessensabwägung vorsieht. Die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung dieser Kategorien bei einer Zweckänderung kann demzufolge auch nicht aus einer Interessenabwägung abgeleitet werden.

3.3 Telekommunikationsdienste vs. Telemediendienste

Die Regelungen sowie insbesondere auch die Begriffsbestimmungen im TTDSG stehen nicht für sich alleine, sondern ergänzend müssen die entsprechenden Regelungen aus Telekommunikationsgesetz (TKG) und TMG, aus Sicht der Begriffsbestimmungen insbesondere § 3 TKG (Begriffsbestimmungen) und § 2 TMG (Begriffsbestimmungen), betrachtet werden.

Das TKG regelt Telekommunikationsdienste, in der Regel gegen Entgelt über Telekommunikationsnetze erbrachte Dienste (§ 3 Nr. 61 TKG), wozu auch „interpersonelle Telekommunikationsdienste“ (§ 3 Nr. 24 TKG) gehören. Telekommunikationsdienste können sowohl nummerngebunden (§ 3 Nr. 37 TKG) als auch nummernunabhängig (§ 3 Nr. 40 TKG) angeboten werden, wodurch jetzt auch Dienste wie VoIP-Telefonie, Instant-Messaging und webgestützte E-Mail-Dienste zu den Telekommunikationsdiensten zählen⁸.

Das TMG regelt hingegen alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit diese Dienste nicht unter den Regelungen bzgl. Rundfunk oder Telekommunikation erfasst sind. Im Kontext der Telemedizin ist überwiegend der Aspekt der Telemedien von Interesse, daher wird im Folgenden überwiegend der Bereich der Telemedien betrachtet.

Weiterhin ist anzumerken, dass neben dem TTDSG für Telemedien selbstverständlich auch die Regelungen des TMG selbst gelten, für Telekommunikationsdienste die Regelungen des TKG.

3.4 Aufbau und Struktur des TTDSG

Das TTDSG besteht aus vier Teilen:

- Teil 1: Allgemeines (Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen)
- Teil 2: Telekommunikation
 - o Vertraulichkeit der Kommunikation (§§ 3-8)
 - o Verkehrsdaten, Standortdaten (§§ 9-13)
 - o Kommunikation (§§ 14-16)
 - o Endnutzerdaten (§§ 17, 18)
- Teil 3: Telemediendatenschutz, Endeinrichtungen

⁶ EDSA: Stellungnahme 5/2019. Rn. 40

⁷ Siehe auch EuGH Urteil in der Rechtssache Wirtschaftsakademie: EuGH, Urt. v. 05.06.2018 Az. C-210/16. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter <https://dejure.org/2018,14279> bzw. Volltext Urteil <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202543&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

⁸ Ferner S.: § 2 TTDSG, Rn. 1. In: Graf (Hrsg.) BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra. 42. Edition, Stand: 01.01.2022

- TOM und Verarbeitung/Auskunftsverfahren (§§ 19-24)
- Endeinrichtungen
- Teil 4: Straf- und Bußgeldvorschriften und Aufsicht

3.5 Geltungsbereich des TTDSG

Entsprechend § 1 Abs. 3 TTDSG unterliegen den Regelungen des TTDSG alle Unternehmen und Personen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes

- eine Niederlassung haben oder
- Dienstleistungen erbringen oder daran mitwirken oder
- Waren auf dem Markt bereitstellen.

Der Gesetzgeber geht hier offensichtlich vom Marktortprinzip aus. Nach § 1 Abs. 3 S. 2 TTDSG bleibt jedoch § 3 TMG unberührt, wonach das Herkunftslandprinzip gilt.

Allerdings gilt für „Dienste der Informationsgesellschaft“ (siehe Kapitel 4.3) entsprechend Art. 3 Richtlinie 2000/31/EG⁹ grundsätzlich das Herkunftslandprinzip, d. h. für die Anbieter gelten die Gesetze jenes Staates, in dem der jeweilige Anbieter seinen Hauptsitz hat. Weder Telekommunikationsdienste noch Telemediendienste fallen i. d. R. unter die im Anhang der Richtlinie 2000/31/EG genannten Ausnahmen, sodass abweichende Vorgaben Mitgliedstaaten nur unter Berücksichtigung von Art. 4, 5 Richtlinie 2000/31/EG möglich sind, wobei in diesen Fällen gemäß Art. 4 Abs. 9 Richtlinie 2000/31/EG eine Prüfpflicht seitens der EU-Kommission vorgeschrieben ist, d. h. Deutschland muss die Abweichungen melden und benötigt eine positive Rückmeldung der EU-Kommission. In einer Eilentscheidung urteilte das Verwaltungsgericht Köln¹⁰ in Bezug auf das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, dass die Vorgaben der europäischen Richtlinie Vorrang genießen und das Herkunftslandprinzip Anwendung finden muss; die Hauptverhandlung und das endgültige Ergebnis stehen allerdings noch aus.

Zu beachten: Durch die Aufnahme von „mitwirken“ in § 1 Abs. 3 TTDSG werden ggfs. auch Auftragnehmer und andere Kooperationspartner eines Anbieters von Telemedien von den Regelungen des TTDSG erfasst, sodass auch diese ggf. den Vorgaben des TTDSG genügen müssen.

⁹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"). Online, zitiert am 2022-04-07; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031>

¹⁰ VG Köln, Urt. v. 01.03.2022, Az. 6 L 1277/21, Rn. 155-157. Online, zitiert am 2022-04-07; verfügbar unter <https://dejure.org/2022,3782> bzw. Volltext unter <https://openjur.de/u/2389383.html>

4 Begriffsbestimmungen

4.1 Telekommunikation

„Telekommunikation“ selbst ist „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“ (§ 3 Ziff. 59 TKG). Ein Telekommunikationsdienst ist das Angebot von Telekommunikation und wird legal in § 3 Ziff. 61 TKG definiert:

„Telekommunikationsdienste“ in der Regel gegen Entgelt über Telekommunikationsnetze erbrachte Dienste, die – mit der Ausnahme von Diensten, die Inhalte über Telekommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben – folgende Dienste umfassen:

- a) Internetzugangsdienste,
- b) Interpersonelle Telekommunikationsdienste und
- c) Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen, wie Übertragungsdienste, die für Maschine-Maschine-Kommunikation und für den Rundfunk genutzt werden.

Telekommunikationsdienste sind durch die Transportfunktion charakterisiert, weil diese Dienste Daten ohne Aufbereitung und Ansehung von Inhalten übertragen. „Telekommunikationsgestützte Dienste“ sind gemäß § 3 Ziff. 63 TKG „Dienste, die keinen räumlich und zeitlich trennbaren Leistungsfluss auslösen, sondern bei denen die Inhaltsleistung noch während der Telekommunikationsverbindung erbracht“ werden.

2021 wurde im TKG der Begriff des „interpersonellen Telekommunikationsdienstes“ eingeführt. Dabei handelt es sich entsprechend § 3 Ziff. 24 TKG um einen „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachten Dienst, der einen direkten interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch über Telekommunikationsnetze zwischen einer endlichen Zahl von Personen ermöglicht, wobei die Empfänger von den Personen bestimmt werden, die die Telekommunikation veranlassen oder daran beteiligt sind; dazu zählen keine Dienste, die eine interpersonelle und interaktive Telekommunikation lediglich als untrennbar mit einem anderen Dienst verbundene untergeordnete Nebenfunktion ermöglichen“. E-Mail und Messenger-Dienste sind „interpersonellen Telekommunikationsdienste“ und unterliegen somit auch als sog. „Over-the-Top-Dienste“ (Näheres zu Over-the-Top-Dienste siehe auch den entsprechenden Abschnitt im Kapitel 4.2) den Regelungen bzgl. Telekommunikation.

Eine Abgrenzung zwischen Telekommunikationsdiensten und Telemedien kann im Einzelfall schwierig sein, ist jedoch auch aus Sicht des Anbieters erforderlich. Für Telekommunikation gelten andere und meist strengere Regelungen für Zugriffe auf personenbezogene Daten. So ist beispielsweise der Zugriff auf Standortdaten durch Anbieter von Telekommunikationsdiensten stark eingeschränkt. Im Zweifelsfall sollte versucht werden, eine funktionsbezogene Abgrenzung durchzuführen: ist der Inhalt oder nutzungsrelevante Komponenten der bereitgestellten Angebote betroffen, so handelt es sich wahrscheinlich um Telemediendienste, steht überwiegend der technische Vorgang der Telekommunikation bzw. Telekommunikationsdienstleistungen im Fokus des Angebotes, wird es sich wahrscheinlich um Telekommunikationsdienste oder telekommunikationsgestützte Dienste handeln. In Kapitel 4.2 wird noch weiter auf die Angrenzung zwischen Telekommunikation und Telemedien eingegangen, im Anhang finden sich Beispiele, mittels derer man eine Zuordnung zu Telekommunikationsdienst bzw. Telemediendienst selbst üben kann.

4.2 Telemedien

Entsprechend § 1 TMG sind alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste Telemedien, soweit sie nicht „reine“¹¹

- a) Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 61 Telekommunikationsgesetz (TKG),
- b) telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 63 TKG oder
- c) Rundfunk nach § 2 Rundfunkstaatsvertrag (RStV)

sind. Diese Negativdefinition des Begriffs „Telemedien“ beinhaltet eine Ausschlussdefinition, die als Oberbegriff für alle denkbaren Arten multimedialer Angebote anzusehen ist, auch solche, die erst zukünftig entstehen oder zukünftig an Bedeutung gewinnen werden. Es gibt keinen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst, den man nicht zuordnen kann, der aus dem Raster fallen würde. Voraussetzung ist lediglich, dass der Dienst bzw. die Dienstleistung selbst elektronisch erbracht werden muss. Daher sind grundsätzlich auch telemedizinische Dienste Telemedien im Sinne des TMG, wenn sie nicht unter eine der drei Ausnahmeregelungen fallen.

Dabei ist die Unterscheidung zwischen einem „reinen“ Telekommunikationsdienst und einem Telemediendienst nicht immer ganz eindeutig. Als „reine“ Telekommunikationsdienste werden n. h. M. alle Telekommunikationsdienste verstanden, welche Daten ohne Aufbereitung und Ansehung von Inhalten übertragen und bei denen sich die Leistung damit auf die einfache Transportfunktion reduziert¹².

Der Gesetzgeber führte in seiner Gesetzesbegründung¹³ einige Beispiele an, um die Einordnung zu erleichtern:

- Keine Telemediendienste sind
 - o Live-Streaming (zusätzliche parallele/zeitgleiche Übertragung herkömmlicher Rundfunkprogramme über das Internet),
 - o Webcasting (ausschließliche Übertragung herkömmlicher Rundfunkprogramme über das Internet),
 - o „Bloße“ Internet-Telefonie (Voice over Internet Protocol – VoIP).

Mit der Änderung des TKG zählen entsprechend § 3 Nr. 40 TKG nunmehr auch nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste zu den Telekommunikationsdiensten¹⁴, sodass jetzt auch sogenannte „Over-the-top-(OTT)“-Kommunikationsdienste wie webgestützte E-Mail-Dienste oder Messenger Telekommunikationsdienste darstellen. OTT-Anbieter, welche unter die Regelungen des TKG fallen, müssen insbesondere Art. 55 TKG beachten, wonach vor Vertragsabschluss mit einem Verbraucher der Anbieter seinen Informationspflichten genügen muss, insbesondere müssen

¹¹ Ricke T.: § 1 TMG, Rn. 2. In: Spindler/Schuster (Hrsg.) Recht der elektronischen Medien. C. H. Beck Verlag, 4. Auflage 2019. ISBN 9783406730122

¹² Ricke T.: § 1 TMG, Rn. 6. In: Spindler/Schuster (Hrsg.) Recht der elektronischen Medien. C. H. Beck Verlag, 4. Auflage 2019. ISBN 9783406730122

¹³ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – ElGvG). S. 13/14 Drucksache 16/3078. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/16/030/1603078.pdf>

¹⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz). Drucksache 19/26108, S. 234. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/19/261/1926108.pdf>

nach § 55 Abs. 2 TKG Informationen nach Anhang VIII Teil B der Richtlinie (EU) 2018/1972¹⁵ bereitgestellt werden. Dazu gehören z. B.:

- Informationen über das Recht der Verbraucher, bei vorausbezahlten Diensten im Falle eines Wechsels auf Anfrage etwaiges Restguthaben erstattet zu bekommen, wie in Artikel 106 Absatz 6 festgelegt (Anhang VIII, Teil A (3iii)),
- die Arten von Maßnahmen, mit denen der Anbieter auf Sicherheitsvorfälle, -bedrohungen oder -lücken reagieren kann (Anhang VIII, Teil A (5)),
- für Internetzugangsdienste: mindestens Latenz, Verzögerungsschwankung und Paketverlust (Anhang VIII, Teil B Abschnitt I(1i)).

Hinweis: Das Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation¹⁶ (GEREK, englisch Body of European Regulators for Electronic Communications, BEREC) führte eine Taxometrie für OTT-Dienste ein, sodass verschiedene Klassen unterschieden werden sollten¹⁷:

- OTT-0: Ein OTT-Dienst, der als elektronischer Kommunikationsdienst („electronic communications service“, ECS) eingestuft wird. Dies sind Dienste, die z. B. Internet-Telefonie (VoIP) anbieten.
- OTT-1: Ein OTT-Dienst, der kein elektronischer Kommunikationsdienst ist, aber potenziell mit einem elektronischen Kommunikationsdienst konkurriert. Darunter fallen Dienste, welche Kommunikationsmöglichkeiten unter Einsatz des Internets anbieten, selbst aber keine inhaltlichen Angebote beinhalten. Beispiele sind Webmail-Dienste oder Instant-Messenger.
- OTT-2: Alle anderen OTT-Dienste. Diese Dienste haben gemeinsam, dass sie auch inhaltliche Elemente beinhalten. Typische Beispiele hierfür sind On-Demand-Plattformen wie Netflix® oder Amazon Prime Video®.

OTT-0 und OTT-1 sind als Telekommunikationsdienste i. S. d. TKG anzusehen, OTT-2 als Inhalteanbieter werden eher regelhaft als Telemedien anzusehen sein.

- Zu Telemediendiensten zählen
 - Online-Angebote von Waren/Dienstleistungen mit unmittelbarer Bestellmöglichkeit, z. B. Angebot von Verkehrs-, Wetter-, Umwelt- oder Börsendaten, Newsgroups, Chatrooms, elektronische Presse, Fernseh-/Radiotext, Teleshopping
 - Video auf Abruf („Video on Demand“), soweit es sich nicht nach Form und Inhalt um einen Fernsehdienst im Sinne der Richtlinie 89/552/EWG handelt
 - Online-Dienste, die Instrumente zur Datensuche, zum Zugang zu Daten oder zur Datenabfrage bereitstellen, also Internetsuchmaschinen
 - die kommerzielle Verbreitung von Informationen über Waren-/Dienstleistungsangebote mit elektronischer Post wie beispielsweise z. B. Werbe-Mails

¹⁵ Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung): ANHANG VIII. Anforderungen hinsichtlich der gemäß Artikel 102 (Informationsanforderungen für Verträge) zu erteilenden Informationen. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:02018L1972-20181217&from=DE#tocId193>

¹⁶ Verordnung (EU) 2018/1971 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Einrichtung des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und der Agentur zur Unterstützung des GEREK (GEREK-Büro), zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/2120 und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1211/2009. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1971>

¹⁷ BEREC Report on OTT services. Stand 2016-02-26. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services bzw. pdf-Datei des Reports unter file:///C:/Users/schuetze/AppData/Local/Temp/5751-berec-report-on-ott-services_0.pdf

- geschäftsmäßige Online-Dienste wie z. B. Internetangebote („Homepages“).

Beispiele für die Unterscheidung TK-Dienst und Telemediendienst:

Ein Hausnotrufsystem wird von einer älteren Person eingesetzt. Im Falle eines Sturzes oder eines ähnlichen Vorfalles wird an einem an einem Halsband befindlichen Schalter ein Einwählvorgang ausgelöst und eine telefonische Verbindung zur telefonischen Betreuung („Hotline“) aufgebaut. Hier kann man telefonisch mitteilen, was passierte und welche Hilfe man benötigt. Dieses Hausnotrufsystem wird man nicht als elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst i. S. d. § 1 TMG ansehen. Telemedien gehören nicht zum Bereich der Übertragung, dies ist Telekommunikation. Der eigentliche Dienst „Beratung“ hingegen erfolgt nicht elektronisch. Insgesamt wird man das System als „interpersoneller Telekommunikationsdienst“ i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG ansehen.

Ein Hausnotrufsystem wird von einer älteren Person eingesetzt. Das Hausnotrufsystem ist sehr ausgereift, kann z. B. durch Positionserfassung selbstständig erfassen, ob eine Person stürzte oder nicht. Im Falle eines Sturzes baut das Hausnotrufsystem selbstständig eine telefonische Verbindung zur Betreuungszentrale auf, wenn die Person sich nicht in einem festgelegten Zeitraum erhebt. Auch hier ist die reine telefonische Verbindung nicht als elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst i. S. d. § 1 TMG ansehen. Jedoch eröffnet die Zusatzfunktionalität der Sturzerkennung den Anwendungsbereich des TMG.

Insbesondere werden auch digitale Gesundheitsanwendungen (DiGA) nach § 33a SGB V i. d. R. Telemedien darstellen, eher im Ausnahmefall wird man eine DiGA unter Telekommunikation einordnen können.

4.3 Dienste der Informationsgesellschaft

In europäischen internetspezifischen Regelungen wird häufig der Begriff „Dienste der Informationsgesellschaft“ verwendet. Dabei wird der Begriff „Dienste der Informationsgesellschaft“ in Art. 2 lit. a Richtlinie 2000/31/EG¹⁸ als „Dienste im Sinne von Artikel 1 Nummer 2 der Richtlinie 98/34/EG in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG definiert. Die Gültigkeit der Richtlinie 98/48/EG endete am 6. Oktober 2015 und wurde ersetzt durch Richtlinie (EU) 2015/1535.¹⁹ Art. 1 Abs. 1 lit. b Richtlinie (EU) 2015/1535 definiert einen „Dienst“ als Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d. h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Dabei sind die Begriffe wie folgt zu interpretieren:

- „im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung“: eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird (Art. 1 Abs 1(i) Richtlinie (EU) 2015/1535);
- „elektronisch erbrachte Dienstleistung“: eine Dienstleistung, die mittels Geräte für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über

¹⁸ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"). Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32000L0031>

¹⁹ Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (Text von Bedeutung für den EWR) . Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32015L1535>

Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird (Art. 1 Abs 1(ii) Richtlinie (EU) 2015/1535);

- „auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“: eine Dienstleistung die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird (Art. 1 Abs 1(iii) Richtlinie (EU) 2015/1535).

Die Dienste der Informationsgesellschaft umfassen einen weiten Bereich von online bzw. elektronisch erbrachten wirtschaftlichen Tätigkeiten. Dabei ist der abgedeckte Bereich von „elektronischen Informations- und Kommunikationsdiensten“ und „Dienste der Informationsgesellschaft“ nicht völlig deckungsgleich. Bei der Betrachtung von europäischen Regelungen sollte der Unterschied bedacht werden. Anhang I der Richtlinie (EU) 2015/1535 enthält Beispiele, welche unter Art. 1 Abs. 1 lit. b Richtlinie (EU) 2015/1535 fallen, davon können einige dennoch als „elektronische Informations- und Kommunikationsdienste“ i. S. d. deutschen Rechts angesehen werden.

4.4 Anbieter von Telemedien

Entsprechend § 2 Abs. 2 Ziff. 1 TTDSG wird unter „Anbieter von Telemedien“ jede natürliche oder juristische Person verstanden, welche

- eigene oder fremde Telemedien erbringt,
- an der Erbringung mitwirkt oder
- den Zugang zur Nutzung von eigenen oder fremden Telemedien vermittelt

verstanden. Es ist somit nicht entscheidend, ob eigene oder fremde Telemedien Gegenstand des Angebots sind, sondern allein die Funktion des Anbietens, also dem Kunden die Nutzung von Telemedien zu ermöglichen, genügt zur Einordnung als Diensteanbieter. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um ein gewerbliches Angebot handelt oder nicht. Diese Erweiterung ist vom Gesetzgeber gewollt: In § 2 Ziff. 1 TMG befindet sich immer noch die Definition des Diensteanbieters, sodass § 2 Abs. 2 Ziff. 1 TTDSG hier wohl in Abgrenzung zum „Diensteanbieter“ nach § 2 Ziff. 1 TMG zu verstehen ist²⁰. Als Vermittler des Zugangs zur Nutzung gelten alle Beteiligten, die gegenüber dem Nutzer den Zugriff auf die vom Anbieter von Telemedien bereitgestellten Dienste technisch herstellen.²¹

Beispiel:

Ein Krankenhaus arbeitet mit einem Sanitätshaus zusammen. Bei Bedarf kann ein Patient online im Krankenhaus Thrombosestrümpfe, Gehhilfen oder Ähnliches im Online-Shop des Sanitätsdienstes bestellen, das Sanitätsdienst liefert die Ware dann nach der Entlassung zum Patienten. Das Krankenhaus ist in diesem Fall „Anbieter von Telemedien“, es ermöglicht den Zugang zum Online-Warenshop des Sanitätshauses.

4.5 Nutzer

§ 2 TMG definiert „Nutzer“ als jede „natürliche oder juristische Person, die Telemedien nutzt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen“. Art. 2 Ziff. 13 Richtlinie (EU) 2018/1972 beinhaltet neben der Inanspruchnahme auch schon die Beantragung eines öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst, sodass „Nutzer“ von Telemedien i. S. d. Richtlinie (EU) 2018/1972 dahingehend auszulegen ist, dass nicht nur die Nutzung eines Telemediendienstes unter diese Begriffsbestimmung fällt, sondern neben der Inanspruchnahme des Dienstes auch schon die Beantragung eines Telemediendienstes eine Person als „Nutzer“ eines Telemediendienstes klassifiziert.

²⁰ Ferner S.: § 2 TTDSG, Rn. 4. In: Graf (Hrsg.) BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra. 42. Edition, Stand: 01.01.2022

²¹ Ettig D.: § 2 TTDSG, Rn. 15. in: Taeger / Gabel (Hrsg.) DSGVO - BDSG – TTDSG. Deutscher Fachverlag GmbH, 4. Auflage 2022. ISBN 978-3-8005-1760-2

4.6 Endnutzer

Der Begriff „Endnutzer“ wird im TTDSG nicht legal definiert, jedoch mehrfach verwendet. Die Richtlinie 2002/21/EG wurde von Art. 125 Richtlinie (EU) 2018/1972²² außer Kraft gesetzt. In Richtlinie (EU) 2018/1972 finden sich folgenden Begriffsbestimmungen:

Art. 2 Ziff. 14: „‘Endnutzer‘: ein Nutzer, der keine öffentlichen elektronischen Kommunikationsnetze oder öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienste bereitstellt“

Art. 2 Ziff. 13: „‘Nutzer‘: eine natürliche oder juristische Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst in Anspruch nimmt oder beantragt“.

Der Begriff „Endnutzer“ beinhaltet daher sowohl natürliche als auch juristische Personen.

4.7 Datenarten

4.7.1 Bestandsdaten

Gemäß § 2 Abs. 2 Ziff. 2 TTDSG wird unter „Bestandsdaten“ die personenbezogenen Daten verstanden, deren Verarbeitung zum Zweck

- der Begründung,
- inhaltlichen Ausgestaltung oder
- Änderung eines Vertragsverhältnisses

zwischen

- dem Anbieter von Telemedien und
- dem Nutzer über die Nutzung von Telemedien

erforderlich ist. Zu beachten ist hierbei, dass sich die Definition der Bestandsdaten im TTDSG nur auf Telemedien bezieht, während bei Telekommunikationsdiensten der Begriff im TKG definiert wird. Dabei stimmt die Definition im TTDSG mit der Begriffsbestimmung § 3 Ziff. 6 TKG, abgesehen vom unterschiedlichen Kontext Telemedien/Telekommunikation überein; der Unterschied liegt in der Zweckbindung der Verarbeitung der personenbezogenen Daten²³.

Umgangssprachlich werden mit diesem Begriff „Kundendaten“ (oder im medizinischen Kontext in vielen Fällen Patientendaten) adressiert. Die Daten dürfen zu den genannten Zwecken nur unter der Voraussetzung ihrer Erforderlichkeit verarbeitet werden; die Regelung entspricht somit weitestgehend den Anforderungen Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO, also der Anforderung personenbezogene Daten müssen „auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein“. Entscheidend für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten ist daher, ob diese Daten entsprechend der Ausgestaltung der Merkmale des Telemediendienstes erforderlich sind.

Beispiele für Bestandsdaten:

- Name und Adresse des Nutzers,
- Geburtsdatum/Alter,
- Kontaktdaten wie beispielsweise
 - E-Mail-Adresse,
 - Telefonnummer,
- Abrechnungsdaten wie beispielsweise
 - Bankdaten,
 - Kreditkarteninformationen,
- Zugangsdaten wie beispielsweise
 - Benutzername und Passwort,

²² Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX%3A32018L1972>

²³ Ferner S.: § 2 TTDSG, Rn. 6. In: Graf (Hrsg.) BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra. 42. Edition, Stand: 01.01.2022

- PIN
- IDs wie beispielsweise
 - Nutzer-ID im System,
 - IP-Adressen des Computers des Nutzers bei der Nutzung von Diensten

4.7.2 Nutzungsdaten

„Nutzungsdaten“ definiert § 2 Abs. 2 Ziff. 3 TTDSG als die personenbezogenen Daten eines Nutzers von Telemedien, deren Verarbeitung erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen; dazu gehören insbesondere

- a) Merkmale zur Identifikation des Nutzers,
- b) Angaben über Beginn und Ende sowie Umfang der jeweiligen Nutzung und
- c) Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Telemedien.

Abzugrenzen sind die Nutzungsdaten von den Bestandsdaten.

Merkmale zur Identifikation entsprechend § 2 Abs. 2 Ziff. 3(a) TTDSG sind beispielsweise²⁴:

- IP-Adresse (sowohl von registrierten als auch von nicht registrierten Nutzern),
- Nutzernamen sowie
- Verbindungsdaten, welche auch den Standort oder die URL einer Webseite beinhalten.

Tracking-Maßnahmen zur Nachverfolgung von Nutzern auf Internetseiten zeigen aber, dass auch weitere Informationen wie z. B. Betriebssystem, Browsertyp, Bildschirmauflösung, installierte Plugins usw. Nutzer identifizieren können und somit ggf. auch den Nutzungsdaten zuzurechnen sind.

Auch bei Nutzungsdaten gilt für die Verarbeitung dieser Daten die Anforderung zur Erforderlichkeit, wie sie im Abschnitt zu den Bestandsdaten besprochen wurde. Auch die Begriffsbestimmung der Nutzungsdaten adressiert den Bereich der Telemedien, korrespondiert mit der Begriffsbestimmung der „Verkehrsdaten“ in § 3 Ziff. 70 TKG.

Zu beachten ist, dass die in der Begriffsbestimmung enthaltene Aufzählung nicht abschließend ist („insbesondere“).

4.7.3 Standortdaten

Die Legaldefinition von Standortdaten findet sich nicht im TTDSG, sondern in § 3 Nr. 56 TKG. Danach sind Standortdaten diejenigen Daten, welche in einem Telekommunikationsnetz oder von einem Telekommunikationsdienst verarbeitet werden und die den Standort des Endgeräts eines Nutzers eines öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstes wie einem Mobilfunknetz oder dem Internet angeben.

4.7.4 Verkehrsdaten

Entsprechend § 9 TTDSG sind Verkehrsdaten

- die Nummer oder Kennung der beteiligten Anschlüsse oder der Endeinrichtung, d. h. des anrufenden und des angerufenen Teilnehmers (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 TTDSG);
- personenbezogene Berechtigungskennungen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 TTDSG);
- bei Verwendung von Kundenkarten auch die Kartennummer (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 TTDSG);
- bei mobilen Anschlüssen auch die Standortdaten § 9 Abs. 1 Nr. 1 TTDSG);
- den Beginn und das Ende der jeweiligen Verbindung nach Datum und Uhrzeit (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 TTDSG);
- die übermittelten Datenmengen, wenn die Entgelte davon abhängen (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 TTDSG);

²⁴ Kamp M.: § 20a PolG NRW, Rn. 48. In Möstl/Kugelmann (Hrsg.) BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen. 20. Edition, Stand: 01.12.2021

- den vom Nutzer in Anspruch genommenen Telekommunikationsdienst (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 TTDSG);
- die Endpunkte von festgeschalteten Verbindungen, ihren Beginn und ihr Ende nach Datum und Uhrzeit und, soweit die Entgelte davon abhängen, die übermittelten Datenmengen (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 TTDSG);
- sonstige zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung der Telekommunikation sowie zur Entgeltabrechnung notwendige Verkehrsdaten (§ 9 Abs. 1 Nr. 5 TTDSG).

Im Mobilfunkverkehr gehören somit beispielsweise die International Mobile Subscriber Identity (IMSI) oder International Mobile Equipment Identifikation (IMEI) zu den Verkehrsdaten, bei Internetkommunikation gehört insbesondere die IP-Adresse dazu, auch dynamische IP-Adressen.²⁵

Unabhängig vom TTDSG findet sich in § 3 Ziff. 70 TKG folgende Definition von Verkehrsdaten:

„Verkehrsdaten“ Daten, deren Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erforderlich sind.

§ 9 TTDSG ist somit spezifischer. Werden die im TTDSG enthaltenen Erlaubnistatbestände zur Verarbeitung von Verkehrsdaten genutzt, so ist auf die im TTDSG enthaltene Begriffsbestimmung von „Verkehrsdaten“ zu achten.

4.7.5 Steuerdaten

Steuerdaten werden weder durch das TKG noch durch das TTDSG legal definiert. Entsprechend § 12 TTDSG sind Steuerdaten

- Daten eines zur Datenübertragung dienenden informationstechnischen Protokolls,
- welche unabhängig vom Inhalt eines Kommunikationsvorgangs übertragen oder
- auf den am Kommunikationsvorgang beteiligten Servern gespeichert werden und welche
- zur Gewährleistung der Kommunikation zwischen Empfänger und Sender notwendig sind.

Kommunikationsinhalte sind also keine Bestandteile von Steuerdaten. Hingegen können Routinginformationen von IP-Paketen wie beispielsweise die Informationen, welche notwendig sind, um eine E-Mail vom Mailprogramm des Senders zum Postfach des Empfängers zu transportieren, als Steuerdaten angesehen werden.

4.8 Nachricht

Als „Nachricht“ wird entsprechend § 2 Abs. 2 Ziff. 4 TTDSG jede Information, die

- zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten
- über einen Telekommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird

verstanden. Ausgenommen hiervon sind jedoch Informationen,

- die als Teil eines Rundfunkdienstes
- über ein öffentliches Telekommunikationsnetz
- an die Öffentlichkeit weitergeleitet werden,

soweit diese Informationen nicht mit dem identifizierbaren Nutzer, der sie erhält, in Verbindung gebracht werden können. Diese Begriffsbestimmung entspricht weitestgehend der Begriffsbestimmung „Nachricht“ in Art. 2 lit. d Richtlinie 2002/58/EG, wobei die Richtlinie statt von „Telekommunikationsdienst“ von „elektronischen Kommunikationsnetzen“ spricht.

Nach ErwGr. 16 Richtlinie 2002/58/EG sind Informationen, welche als Teil eines Rundfunkdienstes über ein öffentliches Kommunikationsnetz weitergeleitet werden, für einen potenziell unbegrenzten Personenkreis bestimmt und stellen keine Nachricht i. S. d. Richtlinie 2002/58/EG. Kann jedoch ein einzelner Teilnehmer oder Nutzer, der eine derartige Information erhält, identifiziert werden, so ist

²⁵ Bär: § 9, Rn. 15 sowie § 12 TTDSG, Rn. 5. In: Graf (Hrsg.) BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra. 42. Edition, Stand: 01.01.2022

die Information als Nachricht i. S. d. Richtlinie 2002/58/EG zu verstehen. In diesem Sinne stellen auch Informationen auf frei zugänglichen Internet-Webseiten, d. h. Internet-Webseiten ohne Authentifizierung des Besuchers, keine Nachrichten dar.²⁶

4.9 Dienst mit Zusatznutzen

In § 2 Abs. 2 Ziff. 5 TTDSG wird „Dienst mit Zusatznutzen“ als jeder von einem Anbieter eines Telekommunikationsdienstes bereitgehaltene zusätzliche Dienst,

- welcher die Verarbeitung von Verkehrsdaten oder anderen Standortdaten als Verkehrsdaten in einem Maße erfordert,
- welche über das für die Übermittlung einer Nachricht oder für die Entgeltabrechnung des Telekommunikationsdienstes erforderliche Maß hinausgeht.

Diese Definition eines „Dienstes mit Zusatznutzen“ entstammt Art. 2 lit. g Richtlinie 2002/58/EG. Dabei geht es darum, dass diese (zusätzlichen) Dienste mehr Daten, wie beispielsweise Standortdaten, verarbeiten, als für den eigentlichen Dienst benötigt werden, d. h. bei der Nutzung dieser Dienste mit zusätzlichem Nutzen geht die Menge der verarbeiteten Daten über das erforderliche Maß hinaus.

Während Art. 2 lit. g Richtlinie 2002/58/EG „Dienst mit Zusatznutzen“ als

„jeden Dienst, der die Bearbeitung von Verkehrsdaten oder anderen Standortdaten als Verkehrsdaten in einem Maße erfordert, das über das für die Übermittlung einer Nachricht oder die Fakturierung dieses Vorgangs erforderliche Maß hinausgeht“

versteht § 2 Abs. 2 Ziff. 5 TTDSG unter „Dienst mit Zusatznutzen“ dem Wortlaut nach ausschließlich Telekommunikationsdienste. Bei einer richtlinienkonformen Auslegung sollten jedoch ggf. aber auch Telemediendienste adressiert werden.

4.10 Endeinrichtung

Gemäß § 2 Abs. 2 Ziff. 6 TTDSG wird unter einer Endeinrichtung jede

- direkt oder indirekt
- an die Schnittstelle eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes
- angeschlossene Einrichtung
- zum Aussenden, Verarbeiten oder Empfangen von Nachrichten

verstanden. Diese Regelung umfasst somit selbstverständlich Geräte wie PCs, Laptops, Tablets oder Smartphones, aber beispielsweise auch die Vielzahl von Geräten aus dem Umfeld des IoT, wenn diese an ein öffentliches Kommunikationsnetz wie z. B. das Internet angeschlossen sind²⁷. Alle Geräte mit Telefonie- oder Internetverbindung sind letztlich „Endgeräte“ i. S. d. TTDSG.²⁸ So sind insbesondere auch Geräte im Umfeld von Smarthome-Anwendungen, digitale Assistenten oder auch vernetzte Fahrzeuge hiervon erfasst. Im medizinischen Kontext können hier Monitoring-Geräte z. B. für die kardiologische Fern-EKG-Überwachung bei entsprechend gefährdeten Patienten ebenfalls darunterfallen.

Hinweis: Geräte in rein internen Netzwerken hingegen gelten i. d. R. nicht als Endeinrichtung.²⁸

²⁶ Ettig D.: § 2, Rn. 41. In: Taeger / Gabel (Hrsg.) DSGVO - BDSG – TTDSG. Deutscher Fachverlag GmbH, 4. Auflage 2022. ISBN 978-3-8005-1760-2

²⁷ Ferner S.: § 2 TTDSG, Rn. 10. In: Graf (Hrsg.) BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra. 42. Edition, Stand: 01.01.2022

²⁸ Ettig D.: § 2 TTDSG, Rn. 51. in: Taeger / Gabel (Hrsg.) DSGVO - BDSG – TTDSG. Deutscher Fachverlag GmbH, 4. Auflage 2022. ISBN 978-3-8005-1760-2

5 Fernmeldegeheimnis, Datengeheimnis

Entsprechend § 1 Abs. 2 TTDSG stehen dem Fernmeldegeheimnis unterliegende Einzelangaben über Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer juristischen Person oder Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben oder Verbindlichkeiten einzugehen, den personenbezogenen Daten gleich. D. h. auch auf diese Daten – ggf. auch auf die dem Fernmeldegeheimnis unterliegenden Einzelangaben von juristischen Personen – sind die datenschutzrechtlichen Vorgaben anzuwenden.

Das Fernmeldegeheimnis selbst wird in § 3 TTDSG geregelt. Das Fernmeldegeheimnis ist dabei weit aufzufassen. Entsprechend § 3 Abs. 1 TTDSG unterliegt

- der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war, dem Fernmeldegeheimnis.
- Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche, also z. B. wer versuchte wen anzurufen.

Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses sind nach § 3 Abs. 2 TTDSG

1. Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten sowie natürliche und juristische Personen, die an der Erbringung solcher Dienste mitwirken,
2. Anbieter von ganz oder teilweise geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten sowie natürliche und juristische Personen, die an der Erbringung solcher Dienste mitwirken,
3. Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und
4. Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mit denen geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbracht werden

verpflichtet. Leider wurde die „ewige“ Frage, ob Arbeitgeber, deren Kommunikationsmittel von ihren Beschäftigten privat genutzt werden können, hierunter fallen, vom Gesetzgeber bei der Erstellung des TTDSG wieder nicht geklärt. Kann private Nutzung dienstlicher Kommunikationsmittel daher seitens eines Arbeitgebers nicht ausgeschlossen werden, ist daher immer noch zu raten, von einem bestehenden Fernmeldegeheimnis auszugehen, wenn man rechtliche Risiken minimieren möchte. In jedem Fall ist anzuraten, eindeutige und klare Regelungen für die Nutzung der Kommunikationsmittel zu schaffen.

Gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 TTDSG besteht die Pflicht zur Geheimhaltung auch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist. Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtete Anbieter oder Betreiber müssen ihre Beschäftigten entsprechend aufklären und auf die Einhaltung des Fernmeldegeheimnisses über das Ende ihrer Tätigkeit hinaus verpflichten. Bei der Verpflichtung ist die Reichweite des Fernmeldegeheimnisses unter Beachtung der Vorgaben von § 3 Abs. 3 TTDSG zu beachten.

Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses ergibt sich aus § 3 TTDSG: „Inhalt und nähere Umstände der Telekommunikation“ werden geschützt. Entsprechend der Definition des Begriffs „Telekommunikation“ umfasst das Fernmeldegeheimnis somit alle zum technischen Vorgang des mittels Telekommunikationsanlagen stattfindenden Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen, also Informationen bzw. Daten. Bestandsdaten sind somit beispielsweise nicht vom Fernmeldegeheimnis geschützt.

Neu eingeführt wurde mit § 4 TTDSG eine Regelung für Erben eines Endnutzers oder anderen berechtigten Personen, die zur Wahrnehmung der Rechte des Endnutzers befugt ist. Entsprechend § 4 TTDSG steht das Fernmeldegeheimnis der Wahrnehmung von Rechten dieser Personen gegenüber dem Anbieter des Telekommunikationsdienstes nicht entgegen, sodass Erben oder andere mit der Wahrnehmung befugte Personen Rechte gegenüber einem Anbieter von Telekommunikationsdiensten geltend machen können.

6 Technische und organisatorische Vorkehrungen

6.1 Verhältnis Anforderungen TTDSG zu den Anforderungen der DS-GVO

In Art. 4 Abs. 1a RL 2002/58/EG heißt es: „Unbeschadet der Richtlinie 95/46/EG ist durch die in Absatz 1 genannten Maßnahmen zumindest Folgendes zu erreichen“. D. h., bei den Anforderungen hinsichtlich technischer und organisatorischer Vorkehrungen im TTDSG handelt es sich um die RL 95/46/EG *ergänzende* Maßnahmen, es erfolgt insbesondere keine Verdrängung der Anforderungen der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG, bzw. der DS-GVO als Fortsetzung der Datenschutz-Richtlinie.

Damit muss allen Anforderungen der DS-GVO genügt werden, insbesondere auch den Anforderungen aus

- Art. 25 DS-GVO Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen („Privacy by Design/Default“),
- Art. 32 DS-GVO Sicherheit der Verarbeitung und
- Art. 35 DS-GVO Datenschutz-Folgenabschätzung.

6.2 Telekommunikation

Die technischen und organisatorischen Maßnahmen bei Telekommunikation befinden sich weiterhin im TKG, insbesondere § 165 TKG. Daher wird an dieser Stelle auf eine Kommentierung verzichtet.

6.3 Telemedien

6.3.1 Geheimnisschutz

Entsprechend § 19 Abs. 1 TTDSG müssen Anbieter von Telemedien sicherzustellen, dass Nutzer von Telemedien

- die Nutzung des Dienstes jederzeit beenden können und
- diese Dienste gegen Kenntnisnahme Dritter geschützt in Anspruch nehmen können.

Die Regelung basiert auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2002/58/EG und schützt die Vertraulichkeit der Kommunikation. Die Regelung ist weit formuliert, sodass schon der Umstand einer Nutzung von Telemedien geschützt ist, d.h. einem etwaigen Dritten darf eine Nutzung nicht bekannt werden.

Auch der Einsatz von sogenannten Third-Party-Cookies kann beispielsweise dazu führen, dass bekannt wird, wer einen Telemediendienst nutzt und ein Telemediendienst muss daher einen Schutz vor dieser (unbefugten) Kenntnisnahme beinhalten. Analog gilt die Aussage für alle anderen Technologien, mit denen ein Dritter Kenntnis von der Nutzung des Telemediendienstes erhalten kann. Und natürlich müssen die bei der Nutzung des Telemediendienstes anfallenden Daten erst Recht entsprechend geschützt werden.

6.3.2 Anonyme oder pseudonyme Nutzung/Bezahlung

Gemäß § 19 Abs. 2 TTDSG müssen Anbieter von Telemedien

- den Nutzern die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist.
- Die Nutzer von Telemedien sind über diese Möglichkeit einer anonymen oder pseudonymen Nutzung bzw. Bezahlung zu informieren.

Im Bereich der Telemedizin wird eine anonyme oder pseudonyme Bezahlung bei Abrechnung mit einer Krankenkasse regelhaft technisch vielleicht möglich sein, jedoch muss einer Krankenkasse zur Abrechnung die Versichertendaten übermittelt werden. Gerade im Bereich der Telemedizin können Vorgaben aus den Sozialgesetzbüchern oder anderen Gesetzen bestehen, welche diese Regelungen einschränken. Zu beachten ist hierbei, dass Abweichungen nur gesetzlich erlaubt sein können und Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben inklusive der Gründe für die Abweichungen immer nachgewiesen werden müssen, d. h. auch hier gilt die Dokumentationspflicht.

6.3.3 Weitervermittlung ist anzuzeigen

Gemäß § 19 Abs. 3 TTDSG ist die Weitervermittlung zu einem anderen Anbieter von Telemedien dem Nutzer anzuzeigen. Bei internetbasierten Diensten ist dies beispielsweise regelmäßig der Fall, wenn ein Nutzer mittels eines Hyperlinks zu einem anderen Dienst, also einer anderen Internetpräsenz geführt wird. Keine Anwendung findet die Regelung jedoch, wenn ein Telemedium aus verschiedenen Inhalten besteht, welche ggf. auch von unterschiedlichen Servern abgerufen und im Browser des Nutzers als ein Dienst dargestellt werden²⁹; die Transparenzpflicht gebietet aber natürlich eine entsprechende Information des Nutzers.

Beispiel Weiterleitung Webseite:

Ein Krankenhaus bietet einen telemedizinischen Dienst an, um neurologische Patienten nach ihrer Entlassung weiter zu betreuen. Hierzu arbeitet das Krankenhaus mit einem häuslichen Pflegedienst zusammen. Häuslicher Pflegedienst und die Ärzte der neurologischen Klinik dokumentieren gemeinsam in einer Schlaganfallakte eines Anbieters.

Möchte ein Patient das Angebot wahrnehmen, muss er sich hierzu online registrieren und der Verarbeitung der Daten in der Schlaganfallakte zustimmen. Hierzu leiten sowohl das Krankenhaus wie auch der häusliche Pflegedienst den Patienten von ihren Webseiten auf die Webseite des Anbieters der Akte weiter.

Dies muss vor der Weiterleitung dem Patienten angezeigt werden. Hierzu existiert auf den Webseiten der beiden Leistungserbringer folgender Text:

„Für ihre telemedizinische Betreuung nutzen sowohl das Krankenhaus „Gotterbarmen“ als auch der Pflegedienst „Hilfgut“ die Schlaganfallakte des Anbieters „Verdiengut“. Ihre Daten dürfen in dieser Akte nur verarbeitet werden, wenn sie darin einwilligen. Wenn sie auf den nachfolgenden Link klicken, werden sie auf die Webseite von „Verdiengut“ weitergeleitet, wo ihnen weitere Informationen über die Verarbeitung ihrer Daten inklusive Angaben dazu, wie ihre Daten vor unberechtigtem Zugriff geschützt werden, zur Verfügung gestellt werden. Dort finden sie zudem auch eine Möglichkeit zur Abgabe Ihrer Zustimmung.

[Link zu Verdiengut](#)

6.3.4 Technische und organisatorische Maßnahmen

Anbieter von geschäftsmäßig angebotene Telemedien müssen gemäß § 19 Abs. 4 TTDSG

- soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist
- unter Berücksichtigung des Stands der Technik
- durch technische und organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass
 - o kein unerlaubter Zugriff auf die für ihre Telemedizinangebote genutzten technischen Einrichtungen möglich ist und
 - o diese gesichert sind gegen Störungen, auch soweit sie durch äußere Angriffe bedingt sind.

§ 19 Abs. 4 TTDSG verpflichtet den Anbieter von Telemedien somit:

- 1) Zur Sicherstellung, dass sicherstellen, dass kein unerlaubter Zugriff auf die für ihre Telemedizinangebote genutzten technischen Einrichtungen möglich ist. Wie der Anbieter dies gewährleistet, ist dem Anbieter überlassen. Aus technischer Sicht wird regelmäßig eine sog. „Härtung“ des Systems erforderlich sein, d. h. durch entsprechende Systemkonfigurationen

²⁹ Moos F.: § 19, Rn. 26. In: Taeger / Gabel (Hrsg.) DSGVO - BDSG – TTDSG. Deutscher Fachverlag GmbH, 4. Auflage 2022. ISBN 978-3-8005-1760-2

Betriebssystem, Datenbank usw. entsprechend dem Stand der Technik abzusichern. Desgleichen müssen Richtlinien für Zugriffe existieren sowie technische Vorkehrungen, welche eine wirksame Umsetzung der Richtlinien gewährleistet. Nicht zuletzt gehört dazu auch ein Monitoring wie beispielsweise Intrusion Detection and Prevention Systeme, welche unbefugte Zugriffsversuche erkennen lassen. Wird der Telemediendienst selbst entwickelt, so gehört eine sicherheitsorientierte Entwicklung selbstverständlich auch dazu, dies beinhaltet ggf. auch externe Code-Reviews von auf IT-Sicherheit spezialisierten Fachpersonal (welches sich selbstverständlich auch mit der Entwicklungsumgebung und -sprache auskennen muss).

- 2) Die Gewährleistung der Sicherung gegen Störungen beinhaltet insbesondere, dass Vorkehrungen für möglichst wenig Ausfälle getroffen werden, was insbesondere natürlich auch ein entsprechendes Patchmanagement beinhaltet. Dazu gehört auch die Fähigkeit, die Verfügbarkeit des Telemediendienstes bei einem physischen oder technischen Zwischenfall rasch wiederherzustellen.
- 3) Die Gewährleistung der Sicherheit auch bei äußeren Angriffen wird letztlich durch die Erfüllung der beiden erstgenannten Punkte erfüllt, insbesondere dem ersten Punkt. Aber hierzu gehört ggf. auch, dass regelmäßige Penetrationstest erfolgen, damit Schwachstellen frühzeitig erkannt und beseitigt werden.

Bei der Interpretation der Vorgaben von § 19 Abs. 4 TTDSG ist zu beachten: Art. 4 Abs. 1 RL 2002/58/EG verlangt „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen, um die Sicherheit seiner Dienste zu gewährleisten“ unter Berücksichtigung Stand der Technik und Kosten, kennt aber keine „Unzumutbarkeit“. Bei richtlinienkonformer Auslegung spielt die Zumutbarkeit daher keine Rolle. Gleichwohl beinhaltet die in Art. 4 Abs. 1 RL 2002/58/EG enthaltene „Berücksichtigung Stand der Technik und Kosten“ sicherlich, dass die Kosten zur Gewährleistung der Sicherheit der Dienste analog Art. 32 DS-GVO angemessen im Sinne des Risikos auszulegen sind, jedoch grundsätzlich ein „um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten“ ist.

Bzgl. „geschäftsmäßig“ wird auf das in Kapitel 7.2.2 Gesagte verwiesen. An dieser Stelle nur der Hinweis, dass es bzgl. des Tatbestandes „geschäftsmäßig angeboten“ auf eine Entgeltlichkeit des Dienstangebots nicht unbedingt ankommt, bei einem entgeltlichen Telemediendienst jedoch regelmäßig von einem geschäftsmäßig angeboten Telemediendienst ausgegangen werden sollte.

7 Auskunft bei (behördlichen) Auskunftersuchen

7.1 Telekommunikationsdienste

Die staatlichen bzw. behördlichen Auskunftsansprüche gegenüber Telekommunikationsdiensteanbieter/-Betreiber sind weiterhin im TKG, insbesondere in

- § 170 Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen, Erteilung von Auskünften,
- § 171 Mitwirkung bei technischen Ermittlungsmaßnahmen bei Mobilfunkendgeräten,
- § 172 Daten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden,
- § 173 Automatisiertes Auskunftsverfahren,
- § 174 Manuelles Auskunftsverfahren,
- § 177 Verwendung der Daten,
- § 182 Auskunftersuchen des Bundesnachrichtendienstes,
- § 203 Auskunftsverlangen und weitere Untersuchungsrechte; Übermittlungspflichten und
- § 204 Auskunftserteilung.

Daher wird an dieser Stelle auf eine Kommentierung verzichtet.

7.2 Telemediendienste

7.2.1 Auskunftersuchen Dritter

§ 21 TTDSG enthält ein Recht von Dritten hinsichtlich Auskunftserteilung bei Bestandsdaten. Diensteanbieter i. S. d. § 2 Ziff. 1 TMG oder ein Anbieter von Telemedien i. S. d. § 2 Abs. 2 Ziff. 2 TTDSG darf Auskunft über Bestandsdaten erteilen

- a) wenn eine Anordnung der zuständigen Stellen vorliegt und diese Auskunft zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum erforderlich ist (§ 21 Abs. 1 TTDSG) oder
- b) soweit dies zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte (§ 10a Abs. 1 TMG oder § 1 Abs. 3 NetzDG) erforderlich ist (§ 21 Abs. 2 TTDSG) und eine gerichtliche Anordnung über die Zulässigkeit der Auskunftserteilung vorliegt (§ 21 Abs. 3 TTDSG).

Dieses Auskunftsrecht Dritter umfasst jedoch ausschließlich Bestandsdaten, keine Nutzungsdaten. Somit sind insbesondere IP-Adressen von diesem Auskunftsrecht nicht erfasst. Rechtsgrundlage für die Erhebung und weitere Verarbeitung von Bestandsdaten ist im wesentlichen Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO³⁰. Grundsätzlich handelt es sich bei der Nutzung der Daten durch Dritte jedoch um eine Zweckänderung. Art. 6 Abs. 4 DS-GVO sieht die Möglichkeit vor, dass Mitgliedstaaten Zweckänderungen ohne Einwilligung durch eine Rechtsvorschrift regeln können, wenn diese Rechtsvorschrift „in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Art. 23 Abs. 1 genannten Ziele darstellt“. § 21 Abs. 2 bis 4 TTDSG dient der Durchsetzung der in Art. 23 Abs. 1 lit. j DS-GVO genannten zivilrechtlicher Ansprüche.

§ 21 Abs. 1 TTDSG stellt einen datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand als Gegenstück für in Spezialgesetzen geregelte Auskunftsansprüchen dar: Telemedienanbieter *dürfen* im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen. Es handelt sich also nicht um einen Auskunftsanspruch, den Dritte gegenüber einem Anbieter von Telemedien haben, vielmehr stellt die Auskunftserteilung eine Ermessensentscheidung des Anbieters dar. Dies ist vom Gesetzgeber bewusst so gewollt, der Bundesrat wollte einen Auskunftsanspruch, was jedoch vom Gesetzgeber bewusst nicht umgesetzt wurde.³¹ Dabei ist die Voraussetzung immer, dass eine zuständige Stelle eine entsprechende Anordnung erließ. Die Anordnungsbefugnis ist in den Spezialgesetzen geregelt, nicht immer ist eine

³⁰ Ettig D.: § 21, Rn. 3. In: Taeger / Gabel (Hrsg.) DSGVO - BDSG – TTDSG. Deutscher Fachverlag GmbH, 4. Auflage 2022. ISBN 978-3-8005-1760-2

³¹ Ettig D.: § 21, Rn. 7. In: Taeger / Gabel (Hrsg.) DSGVO - BDSG – TTDSG. Deutscher Fachverlag GmbH, 4. Auflage 2022. ISBN 978-3-8005-1760-2

richterliche Anordnung erforderlich. Der Umfang der Daten, über die eine Auskunft erteilt werden darf, ist in § 21 Abs. 1 TTDSG beschränkt. Nur die Daten, welche zur Durchsetzung von Rechten am geistigen Eigentum erforderlich sind, dürfen in einer Auskunft enthalten sein.

§ 21 Abs. 2 TTDSG erlaubt einem Anbieter von Telemedien Auskunft über Bestandsdaten soweit dies zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte erforderlich ist. Dabei sind vom Anwendungsbereich der Regelung nur die von § 10a Abs. 1 TMG oder § 1 Abs. 3 NetzDG adressierten „absolut geschützten Rechte“ erfasst:

- § 10a Abs. 1 TMG enthält Vorgaben für Videosharingplattform-Anbieter. Diese müssen ein Verfahren vorhalten, mit welchem die Nutzer Beschwerden über rechtswidrige audiovisuelle Inhalte, die auf dem Videosharingplattform-Dienst des Videosharingplattform-Anbieters bereitgestellt werden, elektronisch melden können,
- § 1 Abs. 3 NetzDG adressiert Inhalte, welche den Tatbestand der §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b, 185 bis 187, 189, 201a, 241 oder 269 des Strafgesetzbuchs erfüllen.

§ 21 Abs. 2 S. 2 TTDSG enthält in diesen Fällen auch eine Auskunftsverpflichtung für den Anbieter von Telemedien.

In § 21 Abs. 3 und 4 TTDSG wird das Verfahren zur Anordnung der Auskunftsberechtigung und Auskunftsverpflichtung einer Auskunft nach § 21 Abs. 2 TTDSG geregelt: Eine Auskunft nach § 21 Abs. 2 TTDSG steht unter den Vorbehalt einer gerichtlichen Anordnung.

7.2.2 Auskunftsverfahren bei Bestandsdaten

In § 22 TTDSG wird geregelt, wann ein Anbieter von Telemedien i. S. d. § 2 Abs. 2 Ziff. 2 TTDSG den in § 22 Abs. 3 genannten Stellen/Behörden Auskunft über Bestandsdaten geben darf. Die Bestandsdaten dürfen entsprechend § 22 Abs. 1 S. 3 TTDSG auch „anhand einer zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesenen Internetprotokoll-Adresse bestimmt werden“, wobei die IP-Adresse selbst unter Nutzungsdaten fällt und somit selbst nicht entsprechend § 22 TTDSG beauskunftet werden darf. In § 22 Abs. 4 TTDSG werden zudem die Voraussetzungen festgelegt, unter welchen Bestandsdaten mittels einer zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesenen IP-Adresse bestimmt werden dürfen.

Achtung: Diese Auskunft darf nicht

- Passwörter oder
- andere Daten, mittels derer der Zugriff auf Endgeräte oder auf Speichereinrichtungen, die in diesen Endgeräten oder hiervon räumlich getrennt eingesetzt werden, geschützt wird, beinhalten.

Derartige Auskunftersuchen werden in § 23 TTDSG geregelt. Bei Auskunftersuchen nach § 22 TTDSG ist die Weitergabe von Passwörtern und ähnlichen (Zugangs-)Daten ausdrücklich nicht erlaubt!

Auch bei diesem Auskunftsverfahren handelt es sich um eine Zweckänderung. Art. 6 Abs. 4 DS-GVO sieht die Möglichkeit vor, dass Mitgliedstaaten Zweckänderungen ohne Einwilligung durch eine Rechtsvorschrift regeln können, wenn diese Rechtsvorschrift „in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Art. 23 Abs. 1 genannten Ziele darstellt“. § 22 TTDSG dient der Durchsetzung von in Art. 23 DS-GVO Zielen:

- § 22 Abs. 2 Ziff. 1 TTDSG „Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten“ korrespondiert mit Art. 23 Abs. 1 lit. d DS-GVO „Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder die Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit;“

- § 22 Abs. 2 Ziff. 2 lit. a TTDSG „Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ korrespondiert mit Art. 23 Abs. 1 lit. c DS-GVO „öffentliche Sicherheit“
- § 22 Abs. 2 Ziff. 2 lit. b, c TTDSG adressiert verschiedene Punkte
 - „Schutz von Leib, Leben, Freiheit der Person, sexueller Selbstbestimmung“ korrespondiert mit Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO „Schutz der betroffenen Person oder der Rechte und Freiheiten anderer Personen“
 - „Bestand und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes, der freiheitlich demokratischen Grundordnung, Gütern der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt, sowie nicht unerheblichen Sachwerten“ korrespondiert mit Art. 23 Abs. 1 lit. e DS-GVO „Schutz sonstiger wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaats, insbesondere eines wichtigen wirtschaftlichen oder finanziellen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaats, etwa im Währungs-, Haushalts- und Steuerbereich sowie im Bereich der öffentlichen Gesundheit und der sozialen Sicherheit“
- § 22 Abs. 2 Ziff. 2 lit. d, e TTDSG „Verhütung einer Straftat von erheblicher Bedeutung“ korrespondiert mit Art. 23 Abs. 1 lit. d DS-GVO „Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder die Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit;“

Adressat der Regelung sind entsprechend § 22 Abs. 1 TTDSG ausschließlich Anbieter von Telemedien, welche **geschäftsmäßig** Telemediendienste erbringen. Ein Anbieter von Telemedien handelt geschäftsmäßig, wenn der Anbieter Telemedien aufgrund einer nachhaltigen Tätigkeit mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht erbringt.³² Eine Tätigkeit ist dann nachhaltig, wenn sie auf einen längeren Zeitraum ausgerichtet ist und sich nicht auf den Einzelfall beschränkt. Bei gemeinnützigen oder rein privaten Angeboten richtet sich die Datenerhebung nach den allgemeinen Regeln³³, jedoch sind auch diese Angebote nicht grundsätzlich von den Regelungen bzgl. Telemedien ausgenommen: Auch die Internetseiten von gemeinnützigen Organisationen oder Institutionen wie beispielsweise Stiftungen oder gemeinnützigen Organisationen fallen unter die Telemedien-Regelungen, solange die Inhalte des Internetauftritts nicht nur einmalig oder kurzfristig angeboten werden.³⁴

Die Auskunft darf gemäß § 22 Abs. 2 TTDSG nur erteilt werden, wenn die um die Auskunft ersuchende Stelle diese Auskunft

- a) für den jeweiligen Einzelfall anfordert,
- b) das Auskunftersuchen schriftlich oder elektronisch stellt (ausgenommen „Gefahr im Verzug“ mit nachträglicher schriftlicher oder elektronischer Bestätigung des Verlangens) und
- c) die Anforderung die Angabe einer gesetzlichen Bestimmung beinhaltet, nach welcher diese gesetzliche Bestimmung der anfordernden Stelle die Erhebung der angeforderten Bestandsdaten erlaubt.

³² So z. B.:

- Lotze P, Heinson D.: § 30 Rechtsfragen der Telemedien, Rn. 21. In: Hasselblatt (Hrsg.) Münchener Anwalts Handbuch Gewerblicher Rechtsschutz. C. H. Beck Verlag, 5 Auflage, 2017. ISBN 978-3-406-70071-2
- Micklitz HW, Schirnbacher M.: § 5 TMG, Rn. 11. In: Spindler/Schuster (Hrsg.) Recht der elektronischen Medien. C. H. Beck Verlag, 4. Auflage 2019. ISBN 9783406730122

³³ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität. S. 38: "Soweit es sich um gemeinnützige oder rein private Angebote handelt, bestimmt Absatz 5, dass sich die Datenerhebung nach den allgemeinen Regeln richtet." Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/19/177/1917741.pdf>

³⁴ Micklitz HW, Schirnbacher M.: § 5 TMG, Rn. 12. In: Spindler/Schuster (Hrsg.) Recht der elektronischen Medien. C. H. Beck Verlag, 4. Auflage 2019. ISBN 9783406730122

Zu beachten: Die Regelungen im TTDSG bzgl. Auskunftsverfahren stellen lediglich eine datenschutzrechtliche Befugnis zur Weitergabe der Daten für den Anbieter von Telemedien dar, sind selbst aber keine Eingriffsermächtigung für den Zugriff für die jeweilige anfordernde Stelle. Gesetzliche Bestimmungen, die möglicherweise einer anfordernden Stelle die Erhebung von Daten erlauben, finden sich i. d. R. in der StPO wie beispielsweise §§ 100j („Bestandsdatenauskunft“) und 100k („Erhebung von Nutzungsdaten bei Telemediendiensten“) StPO.

In § 22 Abs. 3 TTDSG werden die berechtigten Stellen hinsichtlich der allgemeinen Bestandsdatenauskunft ausdifferenziert benannt.

Die Verantwortung für die Zulässigkeit der Auskunft trägt gemäß § 22 Abs. 2 S. 5 TTDSG die um Auskunft ersuchende Stelle. Dennoch ergeben sich für den Anbieter von Telemedien diverse Pflichten:

- 1) Er muss prüfen, ob eine berechnigte Stelle anfragt.
- 2) Er muss prüfen, ob die formalen Vorgaben eingehalten wurden, d. h.
 - Wurde das Auskunftersuchen schriftlich oder elektronisch gestellt?
 - Oder liegt „Gefahr im Verzug“ vor? In diesem Fall ist das Verlangen unverzüglich nachträglich schriftlich oder elektronisch zu bestätigen, d. h. zur eigenen Absicherung sollte der Anbieter von Telemedien hier bei der anfordernden Stelle ggf. die Bestätigung nachfordern.
 - Erfolgte die Anfrage aus einem berechtigten Anlass?
- 3) Dem berechtigten Auskunftersuchen muss entsprechend § 22 Abs. 5 S. 1 TTDSG unverzüglich genügt werden und die angefragten Bestandsdaten sind vollständig zu übermitteln.
- 4) Gegenüber betroffenen Personen und Dritten muss gemäß § 22 Abs. 5 S. 3 TTDSG über das Auskunftersuchen und die Auskunftserteilung Stillschweigen bewahrt werden.

Entsprechend § 22 Abs. 5 S. 2 TTDSG bleibt eine Verschlüsselung der Daten „unberührt“. Somit muss der Anbieter die beauskunftenden Daten so herausgeben, wie diese in seiner Sphäre gespeichert sind. Eine Entschlüsselung durch den Anbieter und die Weitergabe der entschlüsselten Daten an die anfordernde Stelle ist entsprechend § 22 TTDSG nicht statthaft. Ggf. muss der Anbieter jedoch Hinweise zu den eingesetzten kryptographischen Verfahren geben³⁵, soweit sie ihm selbst bekannt sind.

7.2.3 Auskunftsverfahren bei Passwörtern und anderen Zugangsdaten

§ 23 TTDSG ergänzt § 22 TTDSG hinsichtlich der Erteilung einer Auskunft bzw. Herausgabe von Passwörtern und anderen Zugangsdaten. Aufgrund der hohen Eingriffstiefe sind nicht alle in § 22 Abs. 3 TTDSG genannten Stellen berechnigt, diese Herausgabe zu verlangen.

Auch bei diesem Auskunftsverfahren handelt es sich um eine Zweckänderung. Art. 6 Abs. 4 DS-GVO sieht die Möglichkeit vor, dass Mitgliedstaaten Zweckänderungen ohne Einwilligung durch eine Rechtsvorschrift regeln können, wenn diese Rechtsvorschrift „in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Art. 23 Abs. 1 genannten Ziele darstellt“. § 23 TTDSG adressiert dabei Art. 23 Abs. 1 lit. c, d DS-GVO.

Adressat der Regelung sind entsprechend § 23 Abs. 1 TTDSG ausschließlich Anbieter von Telemedien, welche **geschäftsmäßig** Telemediendienste erbringen. Für gemeinnützige oder rein private Angebote gilt das in Kapitel 7.2.2 Gesagte analog.

Diese Daten dürfen ausschließlich an

- die zur Verfolgung von Straftaten zuständigen Behörden (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TTDSG) sowie

³⁵ Ferner S.: § 2 TTDSG, Rn. 1. In: Graf (Hrsg.) BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra. 42. Edition, Stand: 01.01.2022

- für die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zuständigen Behörden (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TTDSG)

auf ein entsprechendes Auskunftersuchen, welches den Vorgaben von § 22 TTDSG genügen muss, herausgegeben werden.

Gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 TTDSG dürfen Passwörter und andere Zugangsdaten **nicht** an andere öffentliche und nicht-öffentliche Stellen übermittelt werden. Auch im Fall des § 23 TTDSG tragen die um Auskunft ersuchenden Stellen die Verantwortung für die Zulässigkeit der Auskunft.

Bzgl. der Formvorgaben und der Pflichten für Anbieter von Telemedien gilt das in Kapitel 7.2.2 dargestellte.

7.2.4 Auskunftsverfahren bei Nutzungsdaten

§ 24 TTDSG regelt die Zugriffsmöglichkeiten hinsichtlich der Nutzungsdaten. Die formalen Vorgaben entsprechen den Vorgaben der Auskunft von Bestandsdaten, daher wird hier auf die Ausführungen in Kapitel 7.2.2 verwiesen.

Adressat der Regelung sind entsprechend § 25 Abs. 1 TTDSG ausschließlich Anbieter von Telemedien, welche **geschäftsmäßig** Telemediendienste erbringen. Für gemeinnützige oder rein private Angebote gilt das in Kapitel 7.2.2 Gesagte analog.

§ 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG enthält die Vorgabe, dass für die Auskunftserteilung sämtliche unternehmensinternen Datenquellen zu berücksichtigen sind. Der geschäftsmäßige Anbieter von Telemedien ist daher nicht berechtigt, die Daten für die Auskunftserteilung frei auszuwählen oder gar einzuschränken.

§ 25 Abs. 2 TTDSG enthält die Regelungen zum Auskunftersuchen selbst. Die Anforderungen entsprechen weitestgehend den Anforderungen von § 22 Abs. 2 TTDSG (siehe Kapitel 7.2.2, Seite 23).

§ 25 Abs. 3 TTDSG beinhaltet die berechtigten Stellen, welche zu einer Auskunftsanfrage von Nutzungsdaten berechtigt sind; die Liste gleicht weitestgehend den in § 22 Abs. 3 TTDSG genannten Stellen. Jedoch gibt es einige Unterschiede, z. B.

- Strafverfolgungsbehörden erhalten nach § 24 Abs. 3 Ziff. 1 TTDSG nur Zugriff auf Nutzungsdaten, um den Aufenthaltsort eines Beschuldigten zu ermitteln. Auf Bestandsdaten haben Strafverfolgungsbehörden entsprechend § 22 Abs. 3 Ziff. 1 TTDSG neben dem Zweck der Ermittlung des Aufenthaltes auch Zugriff zu den Zwecken
 - o der Sachverhaltserforschung
 - o der Strafvollstreckung.
- In § 22 Abs. 3 Ziff. 5 TTDSG werden Behörden der Zollverwaltung aufgeführt, in § 24 Abs. 3 TTDSG werden sie aber nicht genannt, haben also keinen Zugriff auf Nutzungsdaten.

Wie in Kapitel 7.2.1 bereits erwähnt, besteht hinsichtlich Nutzungsdaten kein Auskunftsanspruch Dritter. IP-Adressen, die häufig bei Verfahren hinsichtlich Urheberrechtsverletzung angefragt werden, dürfen daher nur an die in § 24 Abs. 3 TTDSG genannten Stellen übermittelt werden, d. h. in Fällen einer Ermittlung bei einer Urheberrechtsverletzung können Rechteinhaber nur über Strafanzeige und entsprechende Auskunftsanfragen der Strafverfolgungsbehörden Daten bzgl. der IP-Adressen erhalten; eine direkte Weitergabe von Nutzungsdaten wie einer IP-Adresse an Dritte – hier die Rechteinhaber – ist rechtswidrig.

8 Erlaubnistatbestände zur Verarbeitung bei Telemedien

§ 25 TTDSG ist in Teil 3 des TTDSG verortet, adressiert also den Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen bei der Nutzung von Telemedien. Entsprechend § 25 TTDSG ist

- die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder
- der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind,

nur zulässig, wenn

a) der **Endnutzer** auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen **eingewilligt hat** (§ 25 Abs. 1 TTDSG) oder

b) wenn

1. der alleinige Zweck der Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder
2. der alleinige Zweck des Zugriffs auf bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeicherte Informationen

die Durchführung der **Übertragung einer Nachricht über ein öffentliches Telekommunikationsnetz** ist (§ 25 Abs. 2 Ziff. 1 TTDSG) oder

c) wenn

1. die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder
2. der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeicherte Informationen

unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen **vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst** zur Verfügung stellen kann (§ 25 Abs. 2 Ziff. 2 TTDSG).

Die Regelung von § 25 TTDSG entspricht fast wortgleich Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie und stellt eine Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt dar.

Hinweis: Auch wenn die ePrivacy-Richtlinie häufig als „Cookie“-Richtlinie bezeichnet wird, betrifft diese Regelung natürlich nicht nur Cookies, sondern alle Verarbeitungen, wenn Daten auf einem Endgerät gespeichert werden oder Informationen vom Endgerät abgerufen werden. Insbesondere sind somit auch andere Tracking-Maßnahmen als Cookies von dieser Regelung umfasst, wenn „in der Endeinrichtung gespeicherte Informationen“ wie beispielsweise Betriebssystem, Bildschirmauflösung, in Browser installierte Plug-ins usw. abgerufen werden.

8.1 Einwilligung

Art. 2 lit. f ePrivacy-Richtlinie enthält die Definition einer Einwilligung bei Telemedien:

„Einwilligung“ eines Nutzers oder Teilnehmers [bezeichnet] die Einwilligung der betroffenen Person im Sinne von Richtlinie 95/46/EG“.

Dementsprechend findet sich folgerichtig in § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG die Regelung:

„Die Information des Endnutzers und die Einwilligung haben gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 zu erfolgen.“

Die Vorgaben einer Einwilligung für die Verarbeitung personenbezogener Daten bei der Nutzung von Telemedien richtet sich daher ausschließlich nach den Vorgaben der DS-GVO bzgl. der Einwilligung. Bzgl. Umgang mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben zur Einwilligung verweisen wir auf die entsprechende Literatur.³⁶

³⁶ Z. B. die Praxishilfe von GMDS und GDD: Datenschutzrechtliche Anforderungen an eine Einwilligung. Version: 2.0, Stand der Bearbeitung: 30. April 2021. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://gesundheitsdatenschutz.org/html/einwilligung.php>

Gerade in Bezug auf Telemedien wird hier noch einmal darauf hingewiesen, dass eine Einwilligung zwingend *vor* dem Speichern oder Auslesen von Daten auf dem Endgerät des Nutzers vorliegen muss. Ein Cookie darf bei Vorliegen einer Einwilligungspflicht beispielsweise erst gesetzt werden, wenn eine Einwilligung gegeben wurde, nicht vorher. Auch stellt das Nicht-Abwählen von voreingestellten Ankreuzkästchens keine wirksame Einwilligung dar, desgleichen ist ein Hinweis „wenn sie weiter unsere Webseite besuchen, erklären sie sich mit ... einverstanden“ nicht mit einer Einwilligung gleichzusetzen. ErwGr. 32 S. 3 DS-GVO stellt eindeutig klar, dass Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit eines Nutzers keine Einwilligung darstellen.

Des Weiteren wies der EuGH in seiner „Planet49“-Entscheidung darauf hin, dass gemäß Art. 5 Abs. 3 EWG RL 2002/58 vor Abgabe einer Einwilligung ein Anbieter klare und umfassende Informationen, die gemäß den Vorgaben der Richtlinie 95/46 bzw. der DS-GVO geben muss.³⁷

8.2 Anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung, Endnutzereinstellungen

Neu eingeführt mit § 26 TTDSG wurde eine Regelung für „anerkannte Dienste zur Einwilligungsverwaltung, Endnutzereinstellungen“, auch „Personal Information Management Systeme“ oder kurz „PIMS“ genannt. Endnutzer sollen gegenüber diesen anerkannten Diensten angeben können,

- ob sie entsprechend § 25 TTDSG zu einem Telemediendienst einwilligen oder nicht,
- wenn sie einwilligen, worin genau sie einwilligen und was sie ggf. ablehnen
- und unter welchen Bedingungen sie einwilligen.

Die Idee des Gesetzgebers geht dahin, dass dann nicht mehr der Endanwender von jedem Diensteanbieter angefragt wird, sondern, dass der Einwilligungsdienst die Zustimmung oder Ablehnung im Hintergrund an den Anbieter weiterleitet, der Endnutzer so z. B. künftig nicht mehr mit Cookie-Bannern belästigt wird. Natürlich müssen auch derart erteilte Einwilligungen allen Anforderungen der DS-GVO genügen, insbesondere

- Art. 4 DS-GVO
- Art. 7 DS-GVO
- Art. 8 DS-GVO
- Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO bzw. Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO.

Dabei dürfen diese Einwilligungsdienste bzw. die Anbieter dieser Einwilligungsdienste selbst entsprechend § 26 Abs. 1 Nr. 2 TTDSG kein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Erteilung der Einwilligung und an den verwalteten Daten haben und unabhängig von Unternehmen sein, die ein solches Interesse haben können. Auch dürfen die personenbezogenen Daten und die Informationen über die Einwilligungsentscheidungen für keine anderen Zwecke als die Einwilligungsverwaltung verarbeitet werden (§ 26 Abs. 1 Nr. 3 TTDSG).

Bevor Anbieter entsprechender Dienste ihre Anerkennung beantragen können, muss die Bundesregierung durch Rechtsverordnung (mit Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates) die genauen Anforderungen festlegen, insbesondere auch über das Verfahren der Anerkennung selbst (§ 26 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG). Aufgrund der Verfahrensanforderungen ist jedoch frühestens Ende 2022 mit

³⁷ EuGH: Urt. v. 01.10.2019 Az. C-673/17, Rn. 46. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218462&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

dem Erlass der Rechtsverordnung zu rechnen.³⁸ Aktuell kann daher nicht gesagt werden, wie diese Dienste ausgestaltet sein werden oder was sie möglicherweise leisten können.³⁹

Es bleibt zu hoffen, dass mit der Rechtsverordnung auch die Frage der Kollision von Entscheidungen eines Endnutzers angesprochen werden. Entsprechend § 26 Abs. 2 Ziff. 3 lit. a (aa) TTDSG müssen Einstellungen eines Endnutzers wie beispielsweise „do-not-track“ in einem Internet-Browser **befolgt** werden, hingegen muss die Einbindung von anerkannten Diensten zur Einwilligungsverwaltung gemäß § 26 Abs. 2 Ziff. 3 lit. a(bb) TTDSG nur **berücksichtigt** werden, sodass im Zweifelsfall die Browsereinstellungen gegenüber den Einstellungen in der Einwilligungsverwaltung vorrangig gelten.⁴⁰

Weiterhin muss jede Einwilligung entsprechend der Begriffsbestimmung in Art. 4 Ziff. 11 DS-GVO „für den bestimmten Fall“ sowie „in informierter Weise“ erfolgen, was dem Grundgedanken einer Pauschaleinwilligung, wie sie eine PIMS abbildet, zuwiderläuft, was letztlich eine über PIMS erteilte Einwilligung ggf. unwirksam machen würde. Auch hier ist unklar, wie die deutsche Idee mit dem europäischen Recht zusammenspielen soll. Und insbesondere ist die Haftungsfrage ebenfalls unklar, wenn durch über PIMS erteilte unwirksame Einwilligungen ein Schaden entsteht: Haftet der Anbieter des PIMS-Dienstes, der Nutzer, der Anbieter des Telemediendienstes? Art. 82 DS-GVO kennt nur Verantwortlichen (in diesem Falle wohl der Anbieter des Telemediendienstes) und betroffene Person (der Telemedien-Nutzer). Der PIMS-Anbieter kann aufgrund seiner Unabhängigkeit kein Auftragsverarbeiter sein, wird dementsprechend von Art. 82 DS-GVO nicht adressiert.

Fazit: Viele Fragen sind hier noch nicht zu Ende gedacht, es ist unklar, wie die deutsche Regelung den europäischen Vorgaben entsprechen kann.

8.3 Nachrichtenübertragung

„Ein öffentliches Telekommunikationsnetz“ wird in § 3 Ziff. 42 TKG definiert, hierbei handelt es sich um „ein Telekommunikationsnetz, das ganz oder überwiegend der Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste dient, die die Übertragung von Informationen zwischen Netzabschlusspunkten ermöglichen“.

Die Durchführung der Übertragung einer Nachricht beinhaltet neben der reinen Übermittlung einer Nachricht auch, dass Daten zur Erkennung von Übertragungsfehlern oder Datenverlusten bei der paketgebundenen Übertragung von Informationen zwischen Netzabschlusspunkten zu verarbeitet werden, denn eine Durchführung beinhaltet gemäß § 19 Abs. 4 Ziff. 2 TTDSG insbesondere auch die Gewährleistung, dass Telemedien „gesichert sind gegen Störungen, auch soweit sie durch äußere Angriffe bedingt sind“.

Entsprechend der Auslegung der Artikel-29-Datenschutzgruppe greift diese Regelung allerdings nur, wenn die Übertragung der Nachricht ohne die Speicherung von oder Zugriff auf Informationen im

³⁸ Peterson E. (2021) Überblick: Cookie-Management und Neuerungen durch das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://haerting.de/wissen/ueberblick-cookie-management-und-neuerungen-durch-das-telekommunikation-telemedien-datenschutz-gesetz/>

³⁹ Gleichwohl gibt es ein „Kurzgutachten“ von 18 Seiten, welches Piltz Legal für die Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) anfertigte, worin Piltz Legal „Advanced Data Protection Control“ (ADPC) auf die noch nicht existierenden Anforderungen untersuchte. Die juristischen Einschätzungen im Gutachten können bei der Entwicklung ggf. eigener Dienste hilfreich sein, sodass sich das Lesen lohnt. Das Gutachten ist online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/2021-11/210923_vzbv_Memo_%C2%A726_TTDSG_CP.pdf

⁴⁰ Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz: Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien. (Stand: 22.12.2021) Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://www.datenschutz-bayern.de/presse/20211222_OH-TTDSG_Telemedien.html

Endgerät des Nutzers nicht möglich ist.⁴¹ Für die Übertragung von Nachrichten zwischen zwei Parteien über ein Netz sieht die Artikel-29-Datenschutzgruppe drei Elemente als unbedingt notwendig an:⁴¹

1. die Fähigkeit, die Informationen über das Netz weiterzuleiten, insbesondere durch Erkennung der Verbindungsendpunkte,
2. die Fähigkeit, Datenelemente in der vorgesehenen Reihenfolge auszutauschen, insbesondere durch die Nummerierung von Datenpaketen,
3. die Fähigkeit, Übertragungsfehler oder Datenverlust zu erkennen.

Zu beachten ist, dass auch, wenn keine Einwilligung zur Verarbeitung erforderlich ist, müssen trotzdem die Nutzer informiert werden. ErwGr. 66 S. 1,2 RL 2009/136/EG:

„Es ist denkbar, dass Dritte aus einer Reihe von Gründen Informationen auf der Endeinrichtung eines Nutzers speichern oder auf bereits gespeicherte Informationen zugreifen wollen, die von legitimen Gründen (wie manchen Arten von Cookies) bis hin zum unberechtigten Eindringen in die Privatsphäre (z. B. über Spähsoftware oder Viren) reichen.

Daher ist es von größter Wichtigkeit, dass den Nutzern eine klare und verständliche Information bereitgestellt wird, wenn sie irgendeine Tätigkeit ausführen, die zu einer solchen Speicherung oder einem solchen Zugriff führen könnte.“

Entsprechend der Vorgabe von Art. 1 Abs. 2 ePrivacy-Richtlinie stellen die „Bestimmungen dieser Richtlinie eine Detaillierung und Ergänzung der Richtlinie 95/46/EG“ dar, dementsprechend richten sich die Vorgaben hinsichtlich der Informationspflichten nach den Vorgaben der DS-GVO.

Beispiel Übertragung von Daten aus dem Rettungsdienst an aufnehmendes Krankenhaus:

Bei einem Unfall wird der Patient vom Notarzt in einem Rettungswagen medizinisch versorgt. Dabei werden Blutdruck, Puls, Sauerstoffsättigung und EKG kontinuierlich erfasst, sodass dem Notarzt die Einschätzung des Gesundheitszustandes des Patienten erleichtert wird.

Diese Daten werden kontinuierlich an das aufnehmende Krankenhaus mittels eines 5G-Modems übermittelt, sodass die in der Notfallambulanz des Krankenhauses tätigen Ärzte sich ebenfalls einen Eindruck vom Gesundheitszustand des Patienten verschaffen können.

Hierbei werden die Daten aus den medizinischen Überwachungsgeräten von einer Softwareanwendung ausgelesen (=Zugriff auf in der Endeinrichtung gespeicherte Daten) und mittels des Mobilfunks (= 5G, also öffentliches Telekommunikationsnetz) übertragen. Dies stellt eine reine Nachrichtenübermittlung i. S. d. § 25 Abs. 2 Ziff. 1 TTDSG dar.

8.4 Erbringung von Telemediendiensten

§ 25 Abs. 2 Ziff. 2 TTDSG gestattet das einwilligungsfreie Verarbeiten von personenbezogenen Daten im unbedingt erforderlichen Maß bei vom jeweiligen Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst.

8.4.1 Ausdrücklich gewünschter Dienst

Ein Nutzer wünscht einen Telemediendienst ausdrücklich, wenn dieser Dienst vom Nutzer bewusst und gewollt abgerufen wird oder der Nutzer den Dienst anderweitig in Anspruch nimmt. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Nutzer im Internet eine Webseite aufruft oder eine Mobile App

⁴¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe „Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht“, S. 3. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_de.pdf

öffnet; allerdings nimmt er dann nur die Webseite oder App selbst in Anspruch, nicht hingegen „versteckte“ Dienste wie z. B. von der Webseite angebotene Video on Demand; nur klar definierte und zuvor bekannte Funktionen einer Webseite, Mobile App usw. können alleine durch die Inanspruchnahme als „ausdrücklich gewünscht“ interpretiert werden. Für alle „Zusatzdienste“ ist eine eigene Willenserklärung des Nutzers notwendig. Auch wenn der Nutzer ein vernetztes Gerät für ein Home-Monitoring in Betrieb nimmt, kann damit ggf. durch den Nutzer eine ausdrückliche Willenserklärung i. S. d. § 25 Abs. 2 Ziff. 2 TTDSG ausgedrückt werden. Voraussetzung ist auch in diesem Fall, dass der Nutzer diesen Telemediendienst *informiert* nutzt; es gilt hierbei das in Kapitel 8.3 zu den Informationspflichten Gesagte. D. h., die Informationspflichten entsprechen nach Umfang und Inhalt den Vorgaben der DS-GVO. Nur so ist gewährleistet, dass der Nutzer den Dienst in Kenntnis dessen nutzt, was mit der Nutzung zusammenhängt, insbesondere, welche seiner Daten von wem zu welchen Zwecken wann verarbeitet werden, und damit auch der „Ausdrücklichkeit“ im Sinne von „bewusst wollend“ genügt wird.

Bei bewusstlosen Patienten, die ihren Willen nicht äußern können, existieren zwei Sichtweisen, warum die Nutzung eines entsprechenden Telekommunikations- oder Telemediendienstes trotzdem rechtlich statthaft ist:

- 1) Im medizinischen Kontext wird der Wille von Patienten mitunter von vertretenden Personen geäußert. Ist beispielsweise ein Nutzer aufgrund einer Notfallsituation zeitweilig nicht ansprechbar, so muss ein Arzt oder in Ausnahmefällen im Rettungsdienst auch ein entsprechender Notfallsanitäter im Sinne des Patienten entscheiden. Hier ist der sogenannte „mutmaßliche“ Wille entscheidend: hier ist entscheidend, wie ein Patient vermutlich zum Zeitpunkt der Entscheidung über die konkrete Maßnahme entscheiden würde, wenn die Person selbst entscheiden könnte.⁴² So kann beispielsweise die Nutzung von telemedizinischen Diensten wie die Übertragung von EKG, Kreislaufparametern usw. aus dem Rettungsdienstfahrzeug an das aufnehmende Krankenhaus als vom Nutzer/Patienten ausdrücklich gewünschter Dienst angesehen werden. Zu beachten hierbei ist, dass der „mutmaßliche Wille“ eines Patienten entsprechende Verarbeitung eines Telekommunikations- oder Telemediendienstes nicht im Sinne einer Einwilligung legitimiert, denn entsprechend § 25 Abs. 2 Ziff. 2 TTDSG ist in diesen Fällen keine Einwilligung erforderlich. Der mutmaßliche Wille ist der zivilrechtliche „Vertretungswille“ des jeweiligen Patienten, der zum Zeitpunkt der Entscheidung selbst keine Entscheidung treffen kann, eine Entscheidung über die Anwendung eines Dienstes erfolgen muss.
- 2) Die Artikel-29-Datenschutzgruppe sieht in entsprechenden Notfällen⁴³ in Art. 5 Abs. 3 S. 2 RL 2002/58 eine gesetzliche Zugriffserlaubnis⁴⁴, die deutsche Umsetzung dieser Regelung findet sich nahezu wortgleich zur europäischen Regelung in § 25 Abs. 2 Ziff. 1 TTDSG. Näheres zu dieser Regelung siehe Kapitel 8.3.

Unabhängig welcher Argumentation man dem Vorzug gibt, bleibt eine Nutzung von erforderlichen medizinischen Telekommunikations- oder Telemediendiensten auch bei Patienten, die ihren Willen nicht zum Ausdruck bringen können, möglich.

⁴² So z. B.

- Schneider A.: § 1901a BGB Patientenverfügung, Rn. 46. In: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.) Münchener Kommentar zum BGB Band 10. C. H. Beck Verlag, 8. Auflage 2020. ISBN 978-3-406-72610-1
- Thole C.: § 683 BGB Ersatz von Aufwendungen Rn. 24. In: Lobinger (Hrsg.) beck-online Großkommentar BGB Buch 2. C. H. Beck Verlag, Stand: 15.02.2022

⁴³ Hanloser S. (2022) Schutz der Geräteintegrität durch § 25 TTDSG. ZD: 399-403

⁴⁴ Artikel-29-Datenschutzgruppe: WP 125 Eingriffe in den Datenschutz im Rahmen der Initiative eCall. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2006/wp125_de.pdf

8.4.2 Unbedingt erforderlich

Das Kriterium der „unbedingten Erforderlichkeit“ ist nicht zwangsläufig identisch mit der Interpretation der technischen Erforderlichkeit. Jedoch ist zu beachten, dass ErwGr. 66 S. 4 RL 2009/136/EG⁴⁵ die technische Komponente adressiert:

3. „Ausnahmen von der Informationspflicht und der Einräumung des Rechts auf Ablehnung sollten auf jene Situationen beschränkt sein, in denen die **technische Speicherung oder der Zugriff unverzichtbar sind**, um die Nutzung eines vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich angeforderten Dienstes zu ermöglichen.“

Auch die deutsche Gesetzesbegründung verweist auf „technisch erforderlich“⁴⁶, sodass man davon ausgehen darf, dass der deutsche Gesetzgeber in Übereinstimmung mit dem europäischen Gesetzgeber die „unbedingte Erforderlichkeit“ im Sinne von „unbedingt aus technischen Gründen erforderlich“ interpretiert.

Der deutsche Bundesgerichtshof urteilte, dass nationalen Regelungen „richtlinienkonform“ auszulegen sind (siehe Kapitel 3.2). Somit muss insbesondere auch beachtet werden, wie innerhalb von Europa mit den Vorgaben umgegangen wird, um so eine europaweit einheitliche Auslegung der Vorgaben der Richtlinie zu gewährleisten. Im Folgenden wird die Ansicht einiger Datenschutz-Aufsichtsbehörden zum Thema vorgestellt.

1. Die Artikel-29-Datenschutzgruppe schrieb in ihrer Stellungnahme 04/2012⁴⁷, dass bzgl. des Kriteriums „unbedingt erforderlich“ die Interpretation immer
 - die Sicht des Nutzers und nicht die des Anbieters des Telemediendienstes maßgeblich ist;
 - zudem anhand des Zwecks und der konkreten Umsetzung oder Verarbeitung bestimmt werden muss, ob die Ausnahme von der Einwilligungspflicht gerechtfertigt ist;
 - bei Verarbeitungen zu verschiedenen Zwecken nur dann von einer Ausnahme der Einwilligungspflicht ausgegangen werden darf, wenn jeder einzelne Zweck von der Einwilligungspflicht ausgenommen ist.
2. Die französische Aufsichtsbehörde CNIL sieht hier – abhängig von den Umständen – verschiedene Cookies als erforderlich an:⁴⁸
 - Cookies/Tracker, die die von den Nutzern geäußerte Entscheidung über die Hinterlegung von Cookies beibehalten;

⁴⁵ Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0136>

⁴⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien. Drucksache 19/27441, Seite 38, 2. Absatz. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/19/274/1927441.pdf>

⁴⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe „Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht“. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_de.pdf

⁴⁸ Commission Nat Informatique et Liberté (CNIL): Délibération n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019. Rn. 49. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/lignes_directrices_de_la_cnil_sur_les_cookies_et_autres_traceurs.pdf

- Cookies/Tracker, die zur Authentifizierung bei einem Dienst bestimmt sind, einschließlich solcher, die die Sicherheit des Authentifizierungsmechanismus gewährleisten sollen, z. B. indem sie roboterhafte oder unerwartete Zugriffsversuche einschränken;
- Cookies/Tracker, die dazu dienen, den Inhalt eines Einkaufswagens auf einer Händlerseite zu speichern oder dem Nutzer die gekaufte(n) Ware(n) und/oder Dienstleistung(en) in Rechnung zu stellen;
- Cookies/Tracker zur Personalisierung der Benutzeroberfläche (z. B. zur Wahl der Sprache oder der Darstellung eines Dienstes), wenn eine solche Personalisierung ein inhärentes und erwartetes Element des Dienstes darstellt;
- Cookies/Tracker, die den Lastausgleich von Geräten ermöglichen, die an einem Kommunikationsdienst mitwirken;
- Cookies/Tracker, die es kostenpflichtigen Websites ermöglichen, den kostenlosen Zugang zu einer von den Nutzern gewünschten Auswahl an Inhalten zu beschränken (vordefinierte Menge und/oder über einen begrenzten Zeitraum).

Somit erkennt die CNIL sowohl technische Gegebenheiten als Kriterium der Erforderlichkeit an, aber auch andere Kriterien wie beispielsweise betriebswirtschaftliche Aspekte können sich als „erforderlich“ erweisen, damit ein Anbieter einen vom jeweiligen Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst anbieten kann. Kernelement:

- a) Der Nutzer will ausdrücklich einen Telemedien-Dienst nutzen.
- b) Für die Erbringung dieses ausdrücklich gewünschten Telemediendienst ist die Verarbeitung unbedingt erforderlich.

3. Die britische Datenschutz-Aufsichtsbehörde ICO schreibt in ihrem „Guide to Privacy and Electronic Communications Regulations“ (PECR):⁴⁹

- Die Ausnahmeregelung "unbedingt erforderlich" bedeutet, dass die Speicherung von (oder der Zugang zu) Informationen unerlässlich ist, und nicht, dass sie nach vernünftigem Ermessen erforderlich ist.
- Außerdem ist sie auf das beschränkt, was für die Erbringung des vom Nutzer angeforderten Dienstes unerlässlich ist.
- Sie deckt nicht ab, was für andere Verwendungszwecke, die sie mit den Daten anstreben, wesentlich sein könnte.
- Es ist daher klar, dass die Ausnahmeregelung der strikten Notwendigkeit einen engen Anwendungsbereich hat.
- Streng notwendig" ist auch, was erforderlich ist, um andere für sie geltende Rechtsvorschriften einzuhalten, z. B. die Sicherheitsanforderungen des Datenschutzrechts.
- Es ist zu beachten, dass das, was "unbedingt notwendig" ist, aus der Sicht des Nutzers oder Abonnenten beurteilt werden muss, nicht aus der des Diensteanbieters. So könnte der Diensteanbieter beispielsweise Werbe-Cookies als "unbedingt notwendig" ansehen, weil diese zur Finanzierung des Dienstes beitragen, aber aus der Sicht des Nutzers oder Abonnenten sind diese Cookies nicht "unbedingt notwendig".

4. Die dänische Wirtschaftsbehörde schreibt in ihren „Leitlinien zur Durchführungsverordnung über Information und Zustimmung erforderlich bei der Speicherung von und des Zugriffs auf

⁴⁹ Information Commissioner's Office (ICO): Guide to Privacy and Electronic Communications Regulations, Abschnitt "Are there any exemptions?" Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/cookies-and-similar-technologies/#exemptions>

Informationen in Endnutzer-Endgeräten⁵⁰ auf Seite 24 analog zur Richtlinie, dass 1) Nutzer einen Dienst ausdrücklich anfordern müssen und 2) die Speicherung von oder der Zugriff auf Informationen im Endgerät des Nutzers für die Erbringung dieses Dienstes erforderlich sein muss. Die dänische Wirtschaftsbehörde führt dazu aus, dass die Speicherung oder der Zugriff eine technische Voraussetzung für die Erbringung eines Dienstes sein muss, damit der Dienst entsprechend dem Zweck des Dienstes funktioniert: Voraussetzung für das Kriterium ist nach Ansicht der dänischen Wirtschaftsbehörde, dass ohne Einsatz der technischen Komponente der Dienst nicht funktionieren kann. D. h. das Erfordernis eine Speicherung oder einen Zugriff ist nicht aus der Sicht des Nutzers oder aus der Sichtweise des Anbieters zu beurteilen, sondern muss objektiven Kriterien genügen: Ist es zur Erbringung des Dienstes zwingend notwendig, d. h. ohne Speicherung bzw. Zugriff kann der Dienst unmöglich erbracht werden. Als Beispiele, wo ggf. von einem Erfordernis ausgegangen werden kann, nennt die dänische Wirtschaftsbehörde:

- Elektronische Warenkörbe
- Log-in-Situationen
- Benutzerdefinierte Browsereinstellungen - z. B. Auswahl des Landes, der Sprache oder der Schriftgröße.
Diese Cookies können vom Erfordernis der informierten Zustimmung ausgenommen werden, sofern sie vom Nutzer ausdrücklich aktiviert werden, z. B. durch Anklicken einer Schaltfläche oder Ankreuzen eines Kästchens, und nicht für andere Zwecke und für eine längere Zeit als eine Browsersitzung verwendet werden.
- Authentifizierungs-Cookies
Cookies, die zur Überprüfung der Identität des Nutzers für den Zugang zu sicheren Websites verwendet werden,
- Cookies zur Benutzervalidierung
Cookies, die zum Schutz vor (wiederholten) Fehlern beim Einloggen verwendet werden.
- Multimedia-Player-Cookies
Cookies, die für die Anpassung der Netzwerkgeschwindigkeit oder der Bildqualität und für die Aktivierung der Wiedergabe von Video- oder Audiodateien verwendet werden.
- Plug-ins für soziale Medien
Cookies, die es ermöglichen, den Inhalt einer Website über ein soziales Medium zu teilen oder zu "mögen". Das Cookie wird lediglich gesetzt, um den Nutzer auf die soziale Website zu leiten und sich dort anzumelden. Es hat nur Bedeutung für Nutzer sozialer Netzwerke, die dort bereits angemeldet sind. Wird das Cookie für die Verfolgung des Nutzers innerhalb des Netzwerks verwendet, wird es nicht berücksichtigt.
- Lastausgleich
Cookies, die für die Zuweisung von Nutzern zu einem bestimmten Server verwendet werden, um den Zugang zu einem Dienst auszugleichen.

In Anbetracht der Darstellungen der Artikel-29-Datenschutzgruppe, der französischen Aufsichtsbehörde, der Aufsichtsbehörde aus UK und der dänischen Wirtschaftsbehörde kann man die europäische Regelung nur wie folgt verstehen:

⁵⁰ Erhvervsstyrelsen: Guidelines on Executive Order on Information and Consent Required in Case of Storing and Accessing Information in End-User Terminal Equipment ("Cookie Order"). 2nd version, April 2013. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/2019-01/guidelines-cookie-order_erhvervsstyrelsen.pdf sowie „What are the rules on cookies and similar technologies?“ Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/guidance-on-the-use-of-cookies-and-similar-technologies/what-are-the-rules-on-cookies-and-similar-technologies/#rules9>

1. Voraussetzung, die erfüllt werden muss: Der Nutzer muss einen Dienst ausdrücklich wünschen. Dabei kann die Navigation eines Nutzers im Internet oder der Besuch einer bestimmten Website alleine nicht als Ausdruck einer allgemeinen Nachfrage nach den auf dieser Internetpräsenz angebotenen Telemedien-Diensten ausgelegt werden. Vielmehr ist ein bewusster Akt des Nutzers notwendig, mit dem dieser seinen Wunsch darlegt. Hierfür muss der Anbieter des Telemediendienstes auch einen Nachweis führen können.
2. Weitergehende Voraussetzung, die erfüllt werden muss: Das Erfordernis einer Speicherung oder eines Zugriffs auf personenbezogene Daten eines Nutzers von Telemedien ist aus objektiven Kriterien erforderlich, d. h. ohne Speicherung bzw. Zugriff kann der Dienst nicht angeboten oder erbracht werden.

In der DS-GVO selbst wird der Begriff der „Erforderlichkeit“ nicht definiert. Allerdings finden sich in den Erwägungsgründen Kriterien, welche die Beurteilung der Erforderlichkeit erleichtern. Die Verarbeitung von Daten ist insbesondere dann erforderlich, wenn

- der Zweck der Verarbeitung nicht in zumutbarer Weise durch andere Mittel erreicht werden kann (Erwägungsgrund 39) oder
- der Zweck der Verarbeitung im lebenswichtigen Interesse der betroffenen Person liegt (Erwägungsgrund 112).

D. h. damit eine Verarbeitung erforderlich ist, darf es kein milderes (= in die Rechte Betroffener weniger eingreifendes) Mittel bei der Verarbeitung geben, welches den gleichen Erfolg mit vergleichbarem Aufwand erreicht. Um die Erforderlichkeit beurteilen zu können, müssen daher drei Fragen beantwortet werden:

- 1) Gibt es ein anderes Mittel?
- 2) Ist dieses in gleicher Weise geeignet, den Zweck zu erreichen?
- 3) Ist dieses Mittel ein milderes, also die Rechte der betroffenen Person weniger belastendes Mittel?

Die Erforderlichkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten bei einem von einem Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst kann sich somit insbesondere aus technischen Gegebenheiten ergeben. Aber auch hier muss immer bedacht werden, was das „mildeste“ Mittel darstellt. Ist beispielsweise eine Reichweitenmessung zum Anbieten eines Telemedien-Dienstes erforderlich (z. B. weil sich der Inhalt des Dienstes an den Nachfragen und Wünschen der Nutzer orientiert), so ist damit keine Weitergabe von Daten an Dritte erforderlich, welche Daten ggf. auch zu eigenen Zwecken verarbeiten: eine Reichweitenmessung beispielsweise kann vom Anbieter des Telemediendienstes selbst auf dem eigenen Server durchgeführt werden, ohne das Daten an andere Dienstleister weitergegeben werden. Dies stellt im Vergleich zur Weitergabe der Daten an einen Dienstleister, der ggf. mit den Daten auch noch eigene Zwecke verfolgt, eine „mildere“ Form der Verarbeitung personenbezogener Daten dar. Insbesondere stellt eine Verarbeitung in Drittstaaten, in denen kein dem EU-Recht entsprechendes angemessenes Datenschutzniveau herrscht, einen sehr großen Eingriff in die Rechte von Nutzern dar und sind regelmäßig nicht erforderlich.

8.4.3 Finanzierung als Grundlage für das Kriterium „unbedingt erforderlich“?

Aber auch andere Aspekte müssen bzgl. der Beurteilung einer Erforderlichkeit herangezogen werden dürfen. Ein Telemedien-Dienst muss grundsätzlich finanziert werden. Dies kann bei einem staatlichen Angebot durch Steuermittel geschehen, auch Krankenkassen können Telemedien Dienste wie z. B. DiGA finanzieren, ein Mäzen kann der Öffentlichkeit einen entsprechenden Dienst zur Verfügung stellen und bezahlen, aber natürlich ist es auch legitim, wenn Nutzer eines Telemedien-Dienstes dafür zahlen. Dies kann konventionell z. B. durch monatliche Überweisungen eines bestimmten Geldbetrages geschehen, aber auch durch „Bezahlen mit Daten“.

2017 stellte die deutsche Justizministerkonferenz in ihrem Gutachten fest, dass das „Bezahlen mit Daten“ i. d. R. eine Einwilligung in kommerzielle Nutzung personenbezogener Daten beinhaltet.⁵¹ Entsprechend enthält § 327 Abs. 3 BGB die Regelung, dass Verbraucher die Bereitstellung digitaler Produkte durch die Bereitstellung personenbezogener Daten bezahlen können und § 327q Abs. 2 BGB enthält die Regelung, dass bei einem Widerruf der Einwilligung ein Unternehmer in diesem Fall die Bereitstellung eines digitalen Produkts gegenüber dem Verbraucher ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen darf. Die Regelungen dienen der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770⁵² sodass „Bezahlen mit Daten“ eine europarechtskonforme Regelung darstellt.

Somit ist die Auswahl „Einwilligung in Verarbeitung personenbezogener Daten“ oder „reguläre Bezahlung als Auswahl zwischen zwei verschiedenen Bezahlmethoden anzusehen. Zu beachten: Das alleinige Anbieten von „Bezahlen mit Daten“ ohne echte Alternative wird regelhaft die Freiwilligkeit der erteilten Einwilligung bezweifeln lassen. Der EDSA beurteilt den Zwang zur Erteilung einer Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten, damit ein Zugang zu Diensten und Funktionen gewährt wird, als nicht freiwillig gegebene Einwilligung.⁵³

Daher sollte immer eine „echte“ Alternative zu „Bezahlen mit Daten“ existieren, welche einem Großteil des Adressatenkreises zumutbar ist. Je nach Patientenkollektiv ist ggf. PayPal in diesem Sinne keine echte Alternative, wenn man nicht voraussetzen kann, dass jeder Nutzer ein PayPal-Konto hat und der Zwang zur Eröffnung eines PayPal-Kontos zu einer Auswahl „Bezahlen mit Daten“ führen könnte – wobei der Zwang wiederum die Freiwilligkeit der Einwilligung in Zweifel ziehen lässt. Eine „echte“ Alternative kann beispielsweise die Überweisung des Betrages auf ein Konto des Anbieters sein.

8.5 Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken

§ 25 TTDSG regelt ausschließlich

- 1) die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers und
- 2) den Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind,

nicht jedoch andere Verarbeitungen. Wenn Anbieter von Telemedien die personenbezogenen Daten anderweitig verwenden wollen, z. B. nach dem Zugriff auf die Informationen diese Informationen in einer Datenbank speichern wollen, so sind hierbei die Vorgaben der DS-GVO zu beachten, insbesondere müssen für diese Verarbeitung die Erlaubnistatbestände den Anforderungen der DS-GVO entsprechen.

D. h. die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur rechtmäßig, wenn ein Erlaubnistatbestand aus Art. 6 Abs. 1 DS-GVO erfüllt ist, bzw. bei Verarbeitung der in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO genannten besonderen Kategorien personenbezogener Daten muss mindestens eine der in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO genannten Bedingungen erfüllt sein.

⁵¹ Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 2017-05-15. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruehjahrskonferenz_neu/Bericht_der_AG_Digitaler_Neustart_vom_15_Mai_2017.pdf

⁵² Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32019L0770>

⁵³ EDSA: Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Rn. 39. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_de bzw. pdf-Datei unter https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_de.pdf

8.6 (Weiter-)Verarbeitung personenbezogener Daten Minderjähriger nur eingeschränkt statthaft

Personenbezogene Daten von Minderjährigen, welche ein Telemedienanbieter zur Wahrung des Jugendschutzes wie beispielsweise zur Altersverifikation erhebt oder anderweitig erhält, dürfen gemäß § 20 TTDSG nicht für kommerzielle Zwecke verarbeitet werden. § 20 TTDSG regelt somit Verarbeitung der erlangten Daten durch den Telemedienanbieter im Rahmen einer Zweckänderung, welche verboten wird. § 20 TTDSG schränkt somit Art. 6 Abs. 4 DS-GVO ein.

Regelungen zur Wahrung des Jugendschutzes finden sich insbesondere im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) und im Jugendschutzgesetz (JuSchG)

9 Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden

In der Stellungnahme 5/2019⁵⁴ bezieht der EDSA in Kapitel 5 Stellung zur Frage nach der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden bzgl. der Prüfung der Einhaltung der ePrivacy-Richtlinie. Hierin findet sich:

- Rn. 58: Die Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie verlangt von den jeweiligen nationalen Gesetzgebern die Festlegung der Zuständigkeit einer nationalen Aufsichtsbehörde.
- Rn. 59: Entsprechend Art. 15a Abs. 2 ePrivacy-Richtlinie muss mindestens eine Behörde benannt werden, aber es können auch mehrere Stellen benannt werden.
- Rn. 63: Die Mitgliedstaaten können die Überwachung den nationalen Datenschutz-Aufsichtsbehörden übertragen, können sich aber auch für eine oder mehrere andere Behörden entscheiden.

D. h., es sind nicht automatisch die Datenschutz-Aufsichtsbehörden auch für die Überwachung der ePrivacy-Richtlinie zuständig⁵⁵. Dies ist nur der Fall, wenn der jeweilige nationale Gesetzgeber den Datenschutz-Aufsichtsbehörden diese Aufgabe übertrug. Im TTDSG findet sich hierzu:

- Bei Telemedien bleiben die Aufsicht durch die nach Landesrecht zuständigen Behörden und § 40 des Bundesdatenschutzgesetzes unberührt (§ 1 Abs. 1 Ziff. 1 TTDSG)
- Wenn „für die geschäftsmäßige Erbringung von Telekommunikationsdiensten Daten von natürlichen oder juristischen Personen verarbeitet werden, ist der oder die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit die zuständige Aufsichtsbehörde“ (§ 29 Abs. 1 TTDSG)
- Werden/wird
 - o Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeichert oder
 - o auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, zugegriffenso ist der oder die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zuständige Aufsichtsbehörde für § 24 TTDSG (§ 29 Abs. 2 TTDSG).
- Die Bundesnetzagentur ist zuständige Aufsichtsbehörde für die Einhaltung der Vorschriften in Teil 2 (= Telekommunikation), soweit nicht gemäß § 27 TTDSG die Zuständigkeit des oder der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit gegeben ist (§ 30 Abs. 1 TTDSG).

Als Richtlinie kann man festhalten

- a) Telemedien: die nach Landesrecht zuständigen Behörden bzw. bei Einrichtungen des Bundes das BfDI
- b) Telekommunikation: BfDI oder Bundesnetzagentur.

Hierbei ist zu beachten, dass nicht automatisch die Datenschutz-Aufsichtsbehörden des jeweiligen Bundeslandes zuständig sind, vielmehr muss die Zuständigkeit gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 8 TTDSG durch das jeweilige Landesrecht geregelt werden. Zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Ausarbeitung sind die Regelungen der Bundesländer jedoch noch nicht an das TTDSG angepasst, sodass verschiedentlich in der Literatur die Frage gestellt wurde, ob die Landesbehörden für Datenschutz für das TTDSG ohne

⁵⁴ EDSA: Stellungnahme 5/2019 zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinion-board-art-64/opinion-52019-interplay-between-eprivacy_de bzw. deutsche pdf-Datei unter https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/201905_edpb_opinion_eprivacydir_gdpr_interplay_en_d_e.pdf

⁵⁵ In Dänemark ist z. B. das dänische Gewerbeamt für die Einhaltung der Überwachung der dänischen Verordnung, welche der Umsetzung der Cookie-Richtlinie dient, zuständig. Siehe Abschnitt 2.1 im Leitfaden „Behandling af personoplysninger om hjemmesidesbesøgende“ der dänischen Aufsichtsbehörde (online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter <https://www.datatilsynet.dk/media/7784/vejledning-om-behandling-af-personoplysninger-om-hjemmesidebesoegende.pdf>)

Anpassung überhaupt zuständig seien. So ist in § 2 Abs. 1 lit. b ZustVO-OWi Niedersachsen beispielsweise das Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit bei Zuwiderhandlungen zuständig, soweit diese im Zusammenhang mit dem Angebot eines Dienstes nach § 1 Abs 1 des TMG begangen werden.⁵⁶ Jedoch ist auch zu beachten, dass entsprechend § 113 Medienstaatsvertrag (MStV) die „nach den allgemeinen Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder zuständigen Aufsichtsbehörden“ für ihren Bereich die Einhaltung der allgemeinen Datenschutzbestimmungen bei Telemedien überwachen.⁵⁷ Jedoch ergibt sich auch aus dieser Regelung offenbar nicht zwingend die Zuständigkeit des oder der jeweiligen Landesbeauftragten für Datenschutz, denn in verschiedenen Bundesländern werden die Zuständigkeiten entsprechend § 113 MStV ausdrücklich geregelt.⁵⁸

Zu beachten ist weiterhin, dass es keinen „One-Stop-Shop“ entsprechend der DS-GVO gibt: Die jeweilige national zuständige Behörde entscheidet autonom⁵⁹. Somit kann beispielsweise auch die französische oder spanische Aufsichtsbehörde deutsche Unternehmen oder Einrichtungen der Gesundheitsversorgung bzgl. entsprechender Dienste sanktionieren, wenn sich diese Dienste (auch) an die Bürger des jeweiligen Landes richten.

Beispiel elektronische Patientenakte

- 1) Als Telemedien-Dienst wird eine elektronische Patientenakte angeboten. Die Akte kann nur von Bürgern genutzt werden, die in einer deutschen gesetzlichen oder privaten Krankenkasse versichert sind und einen entsprechenden Patientenausweis, der u. a. auch zur Authentifizierung der die Akte nutzenden Patienten verwendet wird, besitzen. Die in der Akte enthaltenen medizinischen Informationen werden neben der deutschen Sprache auch in französischer, englischer, italienischer und spanischer Sprache angeboten, damit im Bedarfsfall bei der Behandlung der deutschen Patienten auch ausländische Ärzte auf die medizinischen Informationen zugreifen können.
→ Zuständigkeit nur deutsche Aufsichtsbehörde
- 2) Als Telemedien-Dienst wird eine elektronische Patientenakte angeboten. Die Akte kann von jeder Person genutzt werden, welche die entsprechenden jährlichen Beiträge zahlt. Die in der Akte enthaltenen medizinischen Informationen werden neben der deutschen Sprache auch in französischer, englischer, italienischer und spanischer Sprache angeboten, damit im Bedarfsfall bei der Behandlung der deutschen Patienten auch ausländische Ärzte auf die medizinischen Informationen zugreifen können.
→ Aufgrund der Sprachauswahl könnte abgeleitet werden, dass der Anbieter des Dienstes auch gezielt Bürger aus Frankreich, Italien oder Spanien (England ist kein Mitglied in der EU mehr) ansprechen will. Neben der deutschen Aufsichtsbehörde könnte jede einzelne der vier Aufsichtsbehörden sich ebenfalls für zuständig erklären und unabhängig von der deutschen Aufsicht selbstständig agieren, ggf. auch sanktionieren.

⁵⁶ Verordnung über sachliche Zuständigkeiten für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten (ZustVO-OWi). Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://www.voris.niedersachsen.de/jportal/?quelle=jlink&query=OWiZustV+ND+%C2%A7+2&psml=bsvorisprod.psml&max=true>

⁵⁷ § 113 Medienstaatsvertrag „Datenschutzaufsicht bei Telemedien“. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/MStV-113>

⁵⁸ So z. B. in NRW in § 1 Abs. 2 Gesetz zur Regelung der Zuständigkeit für die Überwachung von Telemedien nach dem Telemediengesetz und nach §§ 24 Absatz 3, 104 Absatz 1 sowie § 106 Absatz 3 des Medienstaatsvertrages (Telemedienzuständigkeitsgesetz – TMZ-Gesetz). Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=1000000000000000713

⁵⁹ Dies bestätigte z. B. das französische Gericht bei einem Rechtsstreit zwischen der französischen Aufsichtsbehörde CNIL und Google. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://www.cnil.fr/en/cookies-council-state-confirms-sanction-imposed-cnil-2020-google>

Weiterverarbeitungen von Daten, die unter Wirkung der ePrivacy-Richtlinie erhoben wurden, können sich jedoch ggf. nach den Maßgaben der DS-GVO richten, was zu der Situation führen kann, dass zwei Zuständigkeiten bestehen.

Beispiel Einwilligung

- 1) Verarbeitung der Daten entsprechend Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie bzw. § 25 Abs. 2 TTDSG ohne Einwilligung:
 - Zuständigkeit nationale Aufsichtsbehörde
- 2) Weiterverarbeitung der Daten zu anderen Zwecken, z. B. Werbung:
 - Anwendbarkeit der DS-GVO eröffnet, daher greift ggf. das „One-Stop-Shop“-Verfahren.

10 Straf- und Bußgeldvorschriften

§ 27 Abs. 1 TTDSG adressiert ausschließlich Verstöße gegen einzelne Vorschriften in §§ 5,8 TTDSG, d. h. von diesen Strafvorschriften sind nur Telekommunikationsdienste betroffen; Telemedien bleiben bei den Strafvorschriften des TTDSG außen vor.

Die Bußgeldvorschriften adressieren ebenfalls jeweils einzelne Regelungen, und zwar entsprechend § 28 Abs. 1 TTDSG:

- Telekommunikation: §§ 8, 9, 10, 12, 13, 15 TTDSG
- Telemedien: §§ 19, 20, 22, 25 TTDSG

Die Höhe der Bußgelder richtet sich nach § 28 Abs. 2 TTDSG, wonach ein Bußgeld bis zu nachfolgend genannter Höhe verhängt werden kann:

- 300.000 Euro: Verstoß gegen einzelne Vorschriften in
 - o Telekommunikation: §§ 9, 10, 15 TTDSG
 - o Telemedien: §§ 20, 22, 25 TTDSG
- 100.000 Euro: Verstoß gegen einzelne Vorschriften in
 - o Telekommunikation: § 12 TTDSG
- 50.000 Euro: Verstoß gegen einzelne Vorschriften in
 - o Telekommunikation: § 13 TTDSG
- 10.000 Euro: Verstoß gegen einzelne Vorschriften in
 - o Telekommunikation: §§ 8, 12 TTDSG
 - o Telemedien: § 19 TTDSG

Die Bußgelder sind in Anbetracht der in Art. 83 DS-GVO genannten Bußgeldhöhen sehr überschaubar. Dabei muss jedoch bedacht werden, dass ggf. Bußgelder der DS-GVO additiv hinzukommen können, z. B.:

- Fehlerhafte Einwilligung:
 - o Bußgeld entsprechend TTDSG bis zu 300.000 Euro
 - o Ergänzend Bußgeld nach Art. 83 Abs. 5 DS-GVO, d. h. bis zu 20 000 000 EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 4 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs
- Vorgaben TOM nicht beachtet:
 - o Bußgeld entsprechend TTDSG bis zu 10.000 Euro
 - o Ergänzend Bußgeld nach Art. 83 Abs. 4 DS-GVO, d. h. bis zu 10 000 000 EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 2 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs.

11 Abkürzungen

Art.	Artikel
Artt.	Artikel (Mehrzahl)
Abs.	Absatz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BDSG	Bunddatenschutzgesetz
BEREC	Body of European Regulators for Electronic Communications
BfDI	Der oder die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
DS-GVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)
EDSA	Europäische Datenschutzausschuss (engl. European Data Protection Board, EDPB)
EG	Europäische Gemeinschaft
ErwGr.	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
GDD	Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V.
GEREK	Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GMDS	Deutsche Gesellschaft für Medizinische Informatik, Biometrie und Epidemiologie e.V.
i. d. R.	In der Regel
i. S. d.	Im Sinne des/der
IuK	Informations- und Kommunikationssysteme/-dienste
JMStV	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag
JuSchG	Jugendschutzgesetz
Kap.	Kapitel
lit.	littera (lat. „Buchstabe“)
MStV	Medienstaatsvertrag
NetzDG	Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz)
n. h. M.	Nach herrschender Meinung
OTT	Over-the-top (Dienste)
Nr.	Nummer
PIMS	Personal Information Management Systeme
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RStV	Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag)
S.	Satz
SGB	Sozialgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TTDSG	Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz)
VG	Verwaltungsgericht
VO	Verordnung
VOiP	Voice-over-IP
Ziff.	Ziffer

12 Literaturhinweise

12.1 Internet

- Artikel-29-Datenschutzgruppe: Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht. Stand: 7. Juni 2012. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_de.pdf
- Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz: Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien. (Stand: 01.12.2021) Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://www.datenschutz-bayern.de/presse/20211222_OH-TTDSG_Telemedien.html bzw. pdf-Datei unter https://www.datenschutz-bayern.de/datenschutzreform2018/OH_TTDSG_Telemedien.pdf
- Beauftragte für den Datenschutz der EKD (BfD EKD): Häufig gestellte Fragen zum TTDSG. . Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://datenschutz.ekd.de/infothek-items/haeufig-gestellte-fragen-ttdsg/>
- Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie: Forschungsgutachten zum Einwilligungsmanagement nach § 26 TTDSG. Stand: 16.12.2021. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://www.gdd.de/downloads/aktuelles/studien/Gutachten-fuer-Bundesministerium-Wirtschaft-und-Energie.pdf>
- Commission Nat Informatique et Liberté (CNIL): Délibération n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019. Rn. 49. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/lignes_directrices_de_la_cnil_sur_les_cookies_et_autres_traceurs.pdf
- Datenschutzkonferenz (DSK): Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021). Stand: 20. Dezember 2021. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf
- Erhvervsstyrelsen: Guidelines on Executive Order on Information and Consent Required in Case of Storing and Accessing Information in End-User Terminal Equipment ("Cookie Order"). 2nd version, April 2013. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/2019-01/guidelines-cookie-order_erhvervsstyrelsen.pdf
- Europäische Datenschutzausschuss (EDSA): Stellungnahme 5/2019 zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinion-board-art-64/opinion-52019-interplay-between-eprivacy_de bzw. deutsche pdf-Datei unter https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/201905_edpb_opinion_eprivacydir_gdpr_interplay_en_de.pdf
- GDD: -Praxishilfe „Das neue Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) im Überblick“. Stand: Juni 2021. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://www.gdd.de/downloads/praxishilfen/prax-praxishilfen-neustrukturierung/gdd-praxishilfe-ttdsg-im-ueberblick>
- Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit: Das TTDSG - Neue Regelungen zum Einsatz von Cookies und vergleichbaren Technologien (Stand: 30. November

- 2021) Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://datenschutz-hamburg.de/pages/ttdsg/>
- Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen: Telekommunikations-Telemediendatenschutz-Gesetz (TTDSG) - Fragen und Antworten. (Stand: Dezember 2021) Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://lfd.niedersachsen.de/startseite/infothek/faqs_zur_ds_gvo/faq-telekommunikations-telemediendatenschutz-gesetz-ttdsg-206449.html
 - Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg: FAQ zu Cookies und Tracking. Online, zitiert am 2022-03-10; verfügbar unter <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/faq-zu-cookies-und-tracking-2/> bzw. FAQ als pdf-Datei unter <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2022/03/FAQ-Tracking-online.pdf>
 - netID Foundation: PIMS im TTDSG. Vorschlag zur Regelung von Diensten zur Einwilligungsverwaltung im Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz. Stand: März 2021. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter https://enid.foundation/wp-content/uploads/2021/03/Schwartzmann_Hanloser_Weiss-Kurzgutachten_Dienste_zur_Einwilligungsverwaltung_20210302.pdf
 - Sächsischer Datenschutzbeauftragter: TTDSG tritt in Kraft: Website-Inhaber und App-Anbieter müssen ihre Angebote prüfen. (Stand: 30. November 2021) Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://www.saechsdsb.de/113-allgemein/657-ttdsg>
 - Stiernerling O, Weiß S, Wendehorst C.: Forschungsgutachten zum Einwilligungsmanagement nach § 26 TTDSG - Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Stand: 16. Dezember 2021. Online, zitiert am 2022-02-24; verfügbar unter <https://www.gdd.de/downloads/aktuelles/studien/Gutachten-fuer-Bundesministerium-Wirtschaft-und-Energie.pdf>

12.2 Bücher

- Gradow L, Greiner R. Quick Guide Consent-Management. Springer Verlag, 1. Auflage 2021. ISBN: 978-3-658-33020-0
- Graf J. (Hrsg.) BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra. 42. Edition, Stand: 01.01.2022 Spindler G, Schuster F. (Hrsg.) Recht der elektronischen Medien. C. H. Beck Verlag, 4. Auflage 2019. ISBN 9783406730122
- Taeger / Gabel (Hrsg.) DSGVO - BDSG – TTDSG. Deutscher Fachverlag GmbH, 4. Auflage 2022. ISBN 978-3-8005-1760-2

Angekündigte Bücher

- Assion (Hrsg.) TTDSG - Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz. Nomos Verlag, 1. Auflage. ISBN 978-3-8487-7054-0 (Erscheint voraussichtlich Mai 2022)
- Gierschmann / Baumgartner. Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz: TTDSG. C. H. Beck Verlag, 1. Auflage 2022. ISBN 978-3-406-78335-7 (Erscheint voraussichtlich Juli 2022)
- Riechert / Wilmer. TTDSG: Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz Kommentar (Berliner Kommentare). Erich Schmidt Verlag. 1. Auflage 2022. ISBN 978-3-503-20978-1 (Erscheint voraussichtlich Juni 2022)
- Säcker / Körber. TKG – TTDSG – Netzneutralitäts-VO. Fachmedien Recht und Wirtschaft, 1. Auflage 2022. ISBN 978-3-8005-0003-1 (Erscheint voraussichtlich September 2022)
- Schwartzmann / Jaspers / Eckhardt. TTDSG – Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz. C.F. Müller Verlag, 1. Auflage 2022. ISBN 978-3-8114-5753-9 (Erscheint voraussichtlich Mai 2022)

12.3 Zeitschriften

- Aufhauser M. (2021) Das Fernmeldegeheimnis für Arbeitgeber unter dem TTDSG. PinG: 224-227
- Botta J. (2021) Delegierte Selbstbestimmung? PIMS als Chance und Risiko für einen effektiven Datenschutz. MMR: 946-951
- Diel S, Selzer A. (2022) Konsequenzen des § 4 TTDSG für die Praxis von Telekommunikationsanbietern. CR: 119-124
- Eckhardt J. (2021) TTDSG: Wie ist die Sicherheit der Verarbeitung geregelt? Datenschutz-Praxis: 14-16
- Gola P. (2021) Gilt das Fernmeldegeheimnis am Arbeitsplatz? Anwendung des neuen TTDSG im Beschäftigungsverhältnis. RDV: 305-307
- Golland A. (2021) Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz. NJW: 2238-2243
- Grages JM. (2021) Rechtfertigung und Zweckänderung im Spannungsverhältnis von DSGVO und TTDSG. CR: 834-840
- Hanloser S. (2021) Schutz der Geräteintegrität durch § 25 TTDSG. ZD: 399-403
- Hanloser S. (2022) DSK-Orientierungshilfe Telemedien: Vereinbarkeit mit § BGB § 327e BGB. Funktionsumfang eines mangelfreien Telemediendienstes. ZD: 135-139
- Kiparski G. (2021) Die Telekommunikations-Datenschutzregelungen im neuen TTDSG. CR: 482-491
- Kühling J, Sauerborn C. (2021) TTDSG-Kabinettsentwurf und Art. 95 DSGVO. CR: 271-280
- Nebel J. (2021) Einwilligungsverwaltungsdienste nach dem TTDSG. CR: 18-24
- Nebel J. (2021) Werbe-Tracking nach Inkrafttreten des TTDSG. CR: 666-673
- Nebel M. (2022) Klarnamenpflicht nach DS-GVO und TTDSG. ZD-Aktuell: 01077
- Piltz C, Zwerschke J. (2021) Die Ausnahme von der Einwilligungspflicht nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG. PinG: 218-223
- Piltz C. (2021) Das neue TTDSG aus Sicht der Telemedien. CR: 555-565
- Piltz C, Quiel P. (2022) Was sind „interpersonelle Kommunikationsdienste“? Erste Gedanken zum Anwendungsbereich und den Ausnahmen. CR: 263-268
- Rossow O. (2022) Arbeitgeber und das Fernmeldegeheimnis nach dem TTDSG. DuD (46): 93-97
- Schmitz B, Buschuew E. (2022) (Be-)Zahlen mit Daten. MMR: 171-176
- Schumacher P, Sydow L, von Schönfeld M (2021) Cookie Compliance, quo vadis? MMR: 603-609
- Schwartzmann R, Benedikt K, Reif Y. (2020) Datenschutz bei Websites – aktuelle Rechtslage und Ausblick auf das TTDSG. RDV 231-236
- Schwartzmann R, Benedikt K. (2021) Anerkannte Dienste der Einwilligungsverwaltung. DuD: 811-6815
- Schwartzmann R, Benedikt K. (2021) Einwilligungsmanagementsysteme nach dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG) – Lösungen und Chancen für einen fairen Onlinedatenschutz. RDV: 248-253

Anhang: Zuordnung Telemediendienst oder Telekommunikation?

Übungsbeispiele

Beispiel 1: Interne Radiologie übermittelt Bilddaten an Chirurgie

Fallbeschreibung: Eine externe, rechtlich selbstständige Radiologie übermittelt Bilddaten von einem Patienten, der in der Chirurgie eines Krankenhauses operiert werden soll, an das Krankenhaus. Hierzu benutzt es das Upload-Portal des Krankenhauses. Mittels des DICOM-Protokolls werden Bilddaten an den Portal-/Webserver des Krankenhauses geschickt, welcher die Daten entgegennimmt und an das PACS des Krankenhauses mit der Bemerkung „externe Bilder, Radiologie xy“ sendet. Im PACS stehen die Bilddaten dann der Chirurgie zur Verfügung.

Eigene Bewertung: Die Übermittlung der Bilddaten ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Beispiel 2: Auslesen und Bereitstellen von Messwerten bei der Diabetes-Behandlung

Fallbeschreibung: Aus verschiedenen Glukosemessgeräten und Continuous Glucose Monitoring (CGM) Devices lesen Apps die Daten des Patienten aus und stellen diese Daten behandelnden Ärzten als auch dem jeweiligen Patienten zur Einsicht zur Verfügung.

Eigene Bewertung: Die Verarbeitung von Messwerten bei der Diabetes-Behandlung ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Beispiel 3: Auslesen von Insulinpumpen und Bereitstellung der Daten für Patienten und Ärzte

Fallbeschreibung: Mittels Apps werden die Daten von Insulinpumpen ausgelesen und in die Patientenakte des Patienten integriert. Hier haben behandelnde Ärzte Zugriff auf die Daten. Patienten können ihre Daten über eine gesicherte Webseite des Krankenhauses ansehen.

Eigene Bewertung:

Die App ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Die Webseite ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Beispiel 4: RTW überträgt Daten an Krankenhaus und Leitstelle

Fallbeschreibung: In Rettungswagen (RTW) des Kreises „Himmelsnah“ werden Behandlungsdaten wie beispielsweise das EKG- oder SO₂-Monitoring von einer Anwendung ausgelesen und in das Protokoll zur Dokumentation übernommen. Hierzu wird es während der Fahrt an den Leitstellen-Server übertragen, der die Daten entgegennimmt und in das zugehörige Protokoll einträgt. Parallel werden die Daten schon während Anfahrt zum Krankenhaus an dieses mittels einer Funkverbindung übertragen.

Eigene Bewertung: Übertragung der Daten ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Beispiel 5: E-Mail mit Link zur Gehaltsabrechnung

Fallbeschreibung: Beschäftigten eines Krankenhauses erhalten eine E-Mail, welche einen Link auf einen internen Webserver enthält. Der Link führt direkt zu einer kennwortgesicherten Abrufmöglichkeit der Gehaltsabrechnung des jeweiligen Beschäftigten.

Eigene Bewertung: Die E-Mail ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Beispiel 6: Kommunikation im Medizinwesen (KIM)

Fallbeschreibung: Die Gesellschaft für Telematikanwendungen der Gesundheitskarte mbH (gematik) etablierte Kommunikation im Medizinwesen (KIM) als Kommunikationsstandard, um darüber eine elektronische Kommunikation im Gesundheitswesen zu ermöglichen. Medizinische Dokumente der Patientenbehandlung können dabei zwischen verschiedenen Beteiligten bei der Patientenbehandlung elektronisch und sicher über die Telematikinfrastuktur (TI) ausgetauscht werden. Dazu werden die Daten bei KIM mittels E-Mail übertragen. Jede E-Mail, die mittels KIM versendet wird, wird automatisch verschlüsselt und signiert.

Eigene Bewertung: KIM ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Beispiel 7: gematik elektronischen Patientenakte (ePA)

Fallbeschreibung: Die Gesellschaft für Telematikanwendungen der Gesundheitskarte mbH (gematik) spezifizierte die elektronischen Patientenakte (ePA), welche Krankenversicherungen ihren Versicherten anbieten müssen. Die ePA ist dabei eine Web-Applikation, d. h. sie kann über internetbasierte Dienste verwendet werden. Neben dem Zugriff über eine Webseite ist auch die der Zugriff über eine spezielle ePA-App möglich.

Eigene Bewertung: ePA ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Beispiel 8: gematik Telematikinfrastuktur -Messenger (TI -Messenger, TIM)

Fallbeschreibung: Die Gesellschaft für Telematikanwendungen der Gesundheitskarte mbH (gematik) spezifizierte den Telematikinfrastuktur -Messenger (TI -Messenger, TIM). Hersteller und Anbietern können diese Spezifizierung umsetzen und entsprechende Messenger entwickeln. Diese TI-Messenger können nach Akkreditierung der Anwendung durch die gematik auf dem Markt angeboten werden und sollen die sichere Kommunikation über Kurznachrichten im Gesundheitsbereich ermöglichen.

Eigene Bewertung: TIM ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Auflösung der Übungsbeispiele

Beispiel 1: Interne Radiologie übermittelt Bilddaten an Chirurgie

Bewertung: Die Übermittlung der Bilddaten ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Begründung:

- 1) Der Dienst ist weder ein Telekommunikationsdienst nach § 3 Nr. 61 TKG, noch ein telekommunikationsgestützter Dienst gemäß § 3 Nr. 63 TKG und auch kein Rundfunk nach § 2 RStV.
- 2) Alle anderen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste sind entsprechend § 1 TMG Telemediendienste. Da es sich bei dem angebotenen Dienst um einen elektronischen Dienst handelt, der Methoden der Informations- und Kommunikationstechnik nutzt, muss es sich daher um einen Telemediendienst handeln.

Beispiel 2: Auslesen und Bereitstellen von Messwerten bei der Diabetes-Behandlung

Bewertung: Die Verarbeitung von Messwerten bei der Diabetes-Behandlung ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Begründung:

- 1) Der Dienst ist weder ein Telekommunikationsdienst nach § 3 Nr. 61 TKG, noch ein telekommunikationsgestützter Dienst gemäß § 3 Nr. 63 TKG und auch kein Rundfunk nach § 2 RStV.
- 2) Alle anderen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste sind entsprechend § 1 TMG Telemediendienste. Da es sich bei dem angebotenen Dienst um einen elektronischen Dienst handelt, der Methoden der Informations- und Kommunikationstechnik nutzt, muss es sich daher um einen Telemediendienst handeln.

Beispiel 3: Auslesen von Insulinpumpen und Bereitstellung der Daten für Patienten und Ärzte

Bewertung:

Die App ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Die Webseite ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Begründung:

- 1) Weder die App noch die Webseite stellen Dienste im Sinne von § 3 Nr. 61 TKG, § 3 Nr. 63 TKG oder § 2 RStV.
- 2) Alle anderen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste sind entsprechend § 1 TMG Telemediendienste. Da sowohl App als auch Webseite einen elektronischen Dienst darstellen, dabei Methoden der Informations- und Kommunikationstechnik genutzt werden, muss es sich bei beiden Diensten daher um jeweils einen Telemediendienst handeln.

Beispiel 4: RTW überträgt Daten an Krankenhaus und Leitstelle

Bewertung: Übertragung der Daten ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Begründung:

- 1) Die Anwendung, mit welcher die Daten aus den Geräten des RTW ausgelesen und weiterverarbeitet werden, stellt keinen Dienst im Sinne von § 3 Nr. 61 TKG, § 3 Nr. 63 TKG oder § 2 RStV dar.
- 2) Alle anderen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste sind entsprechend § 1 TMG Telemediendienste. Die Anwendung stellt einen elektronischen Dienst dar und nutzt dabei Methoden der Informations- und Kommunikationstechnik. Daher muss es sich bei der Anwendung um jeweils einen Telemediendienst handeln.

Hinweis: Würden die Daten nur zum Server in der Leitstelle übertragen und dieser Server trägt einerseits die Daten ins Protokoll ein und übermittelt über einen separaten Dienst die Daten an das Krankenhaus, so könnte der Dienst zur Übermittlung an das Krankenhaus je nach Ausgestaltung einen TK-Dienst darstellen.

Beispiel 5: E-Mail mit Link zur Gehaltsabrechnung

Bewertung: Die E-Mail ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Begründung: Die Bereitstellung der Gehaltsabrechnung würde auch funktionieren, wenn der Link als Postbrief zugestellt und abgetippt werden müsste, per Telefon diktiert würde oder auf einem anderen Weg der jeweiligen beschäftigten Person bekannt gegeben wird. Daher handelt es sich um zwei separat zu betrachtende Dienste: 1) E-Mail, mit welcher der Link übermittelt wird, sowie 2) der Webserver zur Bereitstellung der Gehaltsabrechnung.

- 1) E-Mail stellt einen „interpersonellen Telekommunikationsdienst“ i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG dar und stellt entsprechend der Definition in § 3 Nr. 61 lit. b TKG einen Telekommunikationsdienst dar.
- 2) Ein Webserver stellt keinen Dienst im Sinne von § 3 Nr. 61 TKG, § 3 Nr. 63 TKG oder § 2 RStV, wohl aber einen elektronischen Dienst, welcher Methoden der Informations- und Kommunikationstechnik nutzt dar. Daher muss der Webserver als Telemediendienst angesehen werden.

Beispiel 6: Kommunikation im Medizinwesen (KIM)

Bewertung: KIM ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Begründung: KIM stellt einen E-Mail-Dienst dar. E-Mail wiederum ist ein „interpersoneller Telekommunikationsdienst“ i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG und stellt somit entsprechend der Definition in § 3 Nr. 61 lit. b TKG einen Telekommunikationsdienst dar.

Beispiel 7: gematik elektronischen Patientenakte (ePA)

Bewertung: ePA ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Begründung: Die ePA stellt eine webbasierte Anwendung dar, welche Daten aus verschiedenen Quellen sammelt und für einen Abruf bereithält. Ein Abruf kann dabei über ein Web-Interface oder eine mobile App erfolgen.

- 1) Die ePA stellt weder einen Telekommunikationsdienst nach § 3 Nr. 61 TKG, noch einen telekommunikationsgestützten Dienst gemäß § 3 Nr. 63 TKG und auch keinen Rundfunk nach § 2 RStV dar.
- 2) Alle anderen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste sind entsprechend § 1 TMG Telemediendienste. Da es sich bei der ePA um einen elektronischen Dienst handelt, welcher Methoden der Informations- und Kommunikationstechnik nutzt, muss es sich bei der ePA daher um einen Telemediendienst handeln.

Beispiel 8: gematik Telematikinfrastruktur -Messenger (TI -Messenger, TIM)

Bewertung: TIM ist

Telemediendienst Telekommunikationsdienst Weder TK- noch TM-Dienst

Begründung: TIM stellt einen Messenger-Dienst dar. Messenger-Dienste wiederum sind „interpersonelle Telekommunikationsdienste“ i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG und stellen somit entsprechend der Definition in § 3 Nr. 61 lit. b TKG einen Telekommunikationsdienst dar.