

Hans G. Zeger¹,

Datenschutzrat - Votum Separatum Dr. Hans G. Zeger vom 2. Mai 2011 betreffend den Entwurf zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes 2003 (TKG 2003)

VORBEMERKUNG

Die Stellungnahme des Datenschutzrates zum Entwurf Änderung des Telekommunikationsgesetzes 2003 wird ausdrücklich begrüßt, erfordert jedoch an entscheidender Stelle, die offenbar aus klientenpolitischen Gründen nicht konsensfähig ist, eine Klarstellung.

UNZUREICHENDE UMSETZUNG DER RICHTLINIE 2009/136/EG

Die Richtlinie 2009/136/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. November 2009 enthält wesentliche Verbesserungen des Schutzes der Bürger, insbesondere im Bereich des Datenschutzes.

Unter anderem erfolgt eine Neuformulierung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation.

Kern der Neuformulierung ist eine verbesserte Rechtsstellung von Teilnehmern und Nutzern bei der Verwendung und Übertragung von Nachrichten (inklusive persönlicher Daten der Teilnehmer und Nutzer). Dies betrifft alle Formen der elektronischen Kommunikation, also sowohl alle "elektronischen Kommunikationsdienste", alle "Dienste mit Zusatznutzen", als auch alle "Dienste der Informationsgesellschaft".

Auch aus dem Erwägungsgrund 66 der RL 2009/136/EG, der detaillierte Hinweise zur Speicherung von Informationen auf Endeinrichtungen des Benutzers enthält (inklusive der Speicherung sogenannter Cookies oder des Einsatzes von Smartfon-Apps), geht hervor, dass das Ziel der Richtlinie nicht bloß die Regelung von Systemen, Diensten oder Webseiten von Telekom- und Internetanbietern (Netzbetreibern) ist, sondern alle elektronischen Kommunikationsdienste und Kommunikationsformen einschließt, egal unter welchen Titeln und von wem sie angeboten werden, jedenfalls auch alle öffentlich nutzbaren Internetangebote, Smartfondienste, soweit sie zur Kommunikation geeignet sind, egal wer sie erbringt (etwa "Anbieter" von "Diensten der Informationsgesellschaft" oder von "Diensten mit Zusatznutzen").

Eine entsprechende Klarstellung findet sich auch in den bestehenden Erwägungsgründen zur Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG), u.a. werden in EW 18 und 35 beispielhaft

¹ Autor von "MENSCH. NUMMER. DATENSATZ. Unsere Lust an totaler Kontrolle", Residenzverlag 2008, "Paralleluniversum Web2.0", Kremayr&Scheriau 2009 und zahlreicher weiterer Fachpublikationen, Lektor am Juridicum Wien, Mitglied des Datenschutzrates im Bundeskanzleramt und Geschäftsführer der "e-commerce monitoring GmbH", Obmann der "ARGE DATEN - Österreichische Gesellschaft für Datenschutz" (<http://www.zeger.at>)

Navigationshilfen, Wetterdienste oder Verkehrsdienste als Beispiele für derartige Dienste genannt und auf die Verarbeitung sonstiger, über die Standortdaten der Netzbetreiber hinausgehenden Daten Bezug genommen, die detaillierter als die Daten der Netzbetreiber sein können.

Es ist systemwidrig und für Bürger nicht nachvollziehbar, warum ein bestimmtes Kommunikationsangebot, z.B. eine webbasierte E-Mail-Plattform unter den besonderen Schutz der Richtlinie 2009/136/EG (inkl. 2002/58/EG und 2002/22/EG) fällt und eine andere, möglicherweise sogar technisch idente E-Mail-Plattform nicht, bloß weil der Anbieter in einem Fall unter die im Entwurf nach § 3 Z 3 einschränkende Definition des "Betreibers eines Kommunikationsdienstes" (Z 6 des Entwurfs) fällt und im anderen Fall nicht, da in einem Fall eine eigene Signal- bzw. Netzinfrastruktur betrieben wird und im anderen Fall nur die Infrastruktur eines Dritten genutzt wird.

Gleiches gilt auch bei Diensten, die über intelligente Telefongeräte (sog. "Smartphones") erbracht werden. Nach dem derzeitigen Entwurf wäre zwar die Verwendung und Aufzeichnung von Standortdaten durch den Telefondienstbetreiber geregelt, nicht jedoch die Aufzeichnung und Verwendung derartiger Daten durch den Hersteller des Mobiltelefons, den Hersteller des Smartphone-Betriebssystems oder durch sonstige Dritte. Die Aufzeichnung und Verwendung dieser Daten hätte jedoch dieselbe Eingriffsintensität und wäre für die Betroffenen in den Auswirkungen auf seine Grundrechte und Privatsphäre nicht unterscheidbar.

Aus der Regelung würden auch alle Dienstangebote herausfallen, die Internetverkehrsdaten zum Zwecke des "Behavioral targeting" für User-Tracking verwenden. Auch hier ergibt sich dasselbe Bild, Netzbetreiber wären strengen Regelungen unterworfen, sonstige Dienstanbieter, die kein eigenes Netz verwenden - das ist die Mehrzahl der Dienstanbieter - wären diesen Regelungen nicht unterworfen, obwohl in der Richtlinie kein derartiger Unterschied gemacht wird.

Ebenfalls nicht geregelt wäre der Einsatz von sogenannten Apps durch Dritte (etwa Verkehrsinformationen, Navigations- und Wetterdienste, wie sie in der Richtlinie ausdrücklich als Beispiele für "Dienste mit Zusatznutzen" angeführt wurden). Betreibern von Kommunikationsnetzen wäre deren Einsatz größtenteils verboten bzw. auf Grund der Richtlinie streng reguliert, Dritte könnten dieselben Apps mit derselben Funktionalität weitgehend unreguliert einsetzen.

Im Ergebnis erlegt der Entwurf einerseits den Betreibern von Kommunikationsnetzen sachlich unbegründet strengere Datenschutzbestimmungen auf als sonstige Dienstanbieter ohne eigene Infrastruktur ("Dienste mit Zusatznutzen", "Dienste der Informationsgesellschaft"), andererseits ist das Gesetz geradezu eine Einladung zu Umgehungsstrukturen. Betreiber von Kommunikationsnetzen die Zusatzdienste an Tochterunternehmen oder Dienstleister ohne eigene Infrastruktur auslagern, wären von der Regelung nicht (mehr) betroffen.

Der Änderungsentwurf des TKG 2003 zitiert zwar an verschiedenen Stellen Datenschutzbestimmungen aus der Richtlinie, u.a. in § 96 (Z 103 des Entwurfes) bzw. § 3 Z 23 (Z 11 des Entwurfes), unterlässt jedoch in den Begriffsbestimmungen (§ 3) bzw. in den speziellen Datenschutzbestimmungen (§ 92) eine Klarstellung wer und in welcher Form als "Anbieter" von

Diensten der Informationsgesellschaft zu verstehen ist und was unter "Dienste der Informationsgesellschaft" zu verstehen ist.

Es wird daher dringend empfohlen den Entwurf dahingehend zu korrigieren, dass alle modernen Angebote und Formen von Kommunikationsdiensten erfasst werden. Insbesondere ist sicherzustellen, dass

- a) die Definition der "Dienste der Informationsgesellschaft" und der "Dienste mit Zusatznutzen" in die Begriffsbestimmungen (§ 3) aufgenommen wird und dazu auf die bewährte Definition des Notifikationsgesetzes 1999 (§ 1 Abs. 1 Z 2 lit b²) zurückgegriffen wird (inklusive der Korrektur der fehlerhaften und unvollständigen Definition von Z 23a "zugehörige Dienste" (Z 12 des Entwurfes)³,
- b) die "Anbieter" von "Diensten der Informationsgesellschaft" und von "Diensten mit Zusatznutzen" ausdrücklich als Normadressaten der Datenschutzbestimmungen in § 92 aufgenommen werden und
- c) der gesamte Entwurf dahingehend überarbeitet wird, dass die Datenschutzbestimmungen jedenfalls auf alle "Dienste der Informationsgesellschaft" und "Dienste mit Zusatznutzen" - wie in der Richtlinie vorgesehen - anwendbar ist.

KONSEQUENZ EINER MANGELHAFTEN UMSETZUNG

Es sei abschließend darauf hingewiesen, dass die Regelungen der Kommunikationsrichtlinien zwar vorrangig Anbieter und Betreiber von Telefon- und Internetnetzen betreffen, dass aber auch schon bisher einzelne Regelungen auch alle anderen Benutzer und Teilnehmer einbeziehen. Dies betrifft insbesondere die Datenschutzbestimmungen oder die Bestimmungen zu unerbetener Werbung.

Schon bei der letzten Umsetzung des Kommunikationsrahmens wurde versucht in einem Teilbereich (den Spam-Bestimmungen) von den Richtlinienvorgaben abzuweichen.

Mit der vorhersehbaren Konsequenz, dass die fehlerhafte Bestimmung vom EUGH aufgehoben wurde und Österreich eine Novellierung vornehmen musste. Die aus der damalig fehlerhaften Umsetzung resultierenden Unsicherheiten hatten sowohl das Vertrauen der Benutzer in elektronische Kommunikationsmittel belastet, als auch erhebliche Kosten bei den umsetzenden Unternehmen verursacht.

² § 1 Abs. 1 Z 2 NotifG 1999: "„Dienst“: eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, das ist jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung, wobei im Sinne dieser Definition bedeuten:
a) „im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung“: eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Parteien erbracht wird,
b) „elektronisch erbrachte Dienstleistung“: eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung, einschließlich digitaler Kompression, und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen und vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischen Weg gesendet, weitergeleitet und empfangen wird, und
c) „auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“: eine Dienstleistung, die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird;

³ Die fehlende Berücksichtigung der "Dienste mit Zusatznutzen" und der "Dienste der Informationsgesellschaft" könnte sowohl als Korrektur der bestehenden Z 9 des § 3 TKG 2003 ("Kommunikationsdienst") erfolgen oder durch zusätzliche Definition der beiden Dienste.

Abgesehen von grundrechtlichen Überlegungen zum Schutz der Privatsphäre ist auch aus Wettbewerbsgründen die völlige und durch das Richtlinienpaket vorgegebene Gleichstellung aller Anbieter von Kommunikationsdiensten, Diensten mit Zusatznutzen und Diensten der Informationsgesellschaft, unabhängig von der Art der Nutzung der Kommunikationsnetze erforderlich.