

Dr. Stefan Brink

**Deutscher Bundestag**  
Innenausschuss

Ausschussdrucksache  
17(4)173 C

Stellungnahme

5. Februar 2011

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung  
Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von De-Mail-Diensten und zur Änderung weiterer Vorschriften  
**BT-Drucksache 17/3630, 17/4145**

erstattet auf Ansuchen des Innenausschusses des Deutschen Bundestages

Das Anliegen, eine rechtssichere und vertrauensvolle elektronische Kommunikation zu gewährleisten, ist gesetzgeberisch anspruchsvoll (vgl. zu 1.), für die Diensteanbieter herausfordernd (vgl. zu 2.) und für die Nutzer nicht ohne Risiken (vgl. zu 3.). Dennoch überwiegen bei diesem Versuch, „Schienen im Sumpf zu verlegen“, die Chancen.

#### 1.) **Blick auf den Gesetzgeber**

- Angesichts des Schattendaseins der elektronischen Signatur ist es nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber nunmehr **praktikable und marktgängige Regelungen** bevorzugt, welche die Kommunikationssicherheit nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich verbessern. Wegen dieser Zielsetzung erscheint es akzeptabel, dass „un“sichere Anmeldeverfahren (§ 4 Abs. 1 Satz 6 GesE) bzw. nicht durchgängige Verschlüsselungen (e2e-e , vgl. § 5 Abs. 3 GesE) hinter datenschutzrechtlich „optimalen“ Lösungen zurückbleiben.
- So sehr der Gesetzentwurf auch auf praktikable Lösungen setzt, für den Endverbraucher bleiben erhebliche Risiken bei der Nutzung von De-Mail-Diensten (dazu unter 3.), die gewerbliche Nutzer und öffentliche Stellen leichter tragen können. Dies wird sich bei der **Verbreitung der neuen Dienste** niederschlagen. Angesichts dessen erscheint die angenommene Nutzungsquote für die öffentliche Verwaltung mit 75 % (vgl. BT-Drucksache 17/3630, S. 3) deutlich übersteigert, da nicht genügend Bürger den Zugang für De-Mail-Dienste öffnen werden. Einsparpotentiale für die öffentliche Hand werden daher wohl wesentlich niedriger ausfallen.
- Unabhängig von der zukünftigen Verbreitung von De-Mail-Diensten wird durch das Gesetz ein Standard gesetzt, der das Sicherheitsniveau elektronischer Kommunikation schon dadurch erheblich verbessern wird, dass nunmehr ein **Referenzpunkt** gesetzt ist. Die groben Nachlässigkeiten beim Einsatz von E-Mail, auf welche die Datenschutzaufsichtsbehörden täglich anlässlich von Kontrollen bei

Rechtsanwälten, Ärzten, Krankenversicherungen oder auch öffentlichen Stellen stoßen, lassen sich dann wesentlich besser bekämpfen. Zudem steht zu erwarten, dass gerade Nutzerkreise mit gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten zukünftig davon absehen, durch einfache E-Mail zu kommunizieren, sei es, dass sie auf De-Mail-Dienste umsteigen, sei es, dass sie andere Medien nutzen.

- Erhebliche **Inkonsistenzen des Gesetzentwurfs** der Bundesregierung (vgl. dazu die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucksache 17/4145 Ziff. 4) werden durch den Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP zurückgeführt und um dezidiert datenschutzfreundliche Regelungen ergänzt (Innenausschuss A-Drs.17 [4] 166, Ziff. 1 b, g).

- Klärungsbedarf besteht jedoch noch hinsichtlich der **Abholbestätigung** (§ 5 Abs. 9 GesE). Schon ihre Bezeichnung ist irreführend, da sie nicht eine Abholung der Nachricht vom De-Mail-Postfach, sondern lediglich eine sichere (also: unsichere, vgl. § 4 Abs. 1 Satz 6 GesE) Anmeldung am De-Mail-Konto bestätigt. Mit der Abholbestätigung wird aber tatsächlich nicht einmal die Möglichkeit der Abholung der De-Mail bestätigt, da gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz GesE bei gesperrtem De-Mail-Konto die gesetzlich zugesicherte weitere Abrufmöglichkeit von Nachrichten entfallen kann. Sollte dieser Halbsatz so zu verstehen sein, dass hierunter auch der vertraglich vereinbarte Sperrgrund Zahlungsverzug des Nutzers fällt, dann würde beim wohl häufigsten Sperrgrund eine Abholbestätigung erteilt, obwohl eine Abholung gar nicht erfolgen kann. Die in § 10 Abs. 6 GesE vorgesehene Unterbindung des Eingangs mit Information des Absenders hilft jedenfalls bei vor Sperrung eingegangenen Nachrichten nicht weiter. Hier hat sich offenbar auch ein Abstimmungsfehler zwischen GesE und Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP (Innenausschuss A-Drs.17 [4] 166, Ziff. 1 c) aa) eingeschlichen. Durch die Neufassung des § 4 Abs. 1 gilt die Anmeldung mit Benutzername und Passwort als nicht sichere Anmeldung, was die Erteilung einer Abholbestätigung (§ 5 Abs. 9 GesE) ausschließt. Sollte das angestrebt werden?

- Auch deshalb sollte erwogen werden, auf Abholbestätigungen **ganz zu verzichten**. Für öffentliche Stellen (vgl. § 5 Abs. 9 GesE) sind sie nicht erforderlich, da die Zustellfiktion gem. Art. 3 Ziff. 2 c) aa) GesE greift. Die Übermittlung des personenbezogenen Datums, wann der Nutzer an seinem De-Mail-Konto sicher angemeldet war (§ 5 Abs. 9 Nr. 3 GesE), entfielen dann. Das wäre zugleich eine datensparsame Lösung.

## 2.) Blick auf die Dienstanbieter

- Bei der Frage der **Kennzeichnung der De-Mail-Adresse im Domain-Teil** hat der Gesetzgeber eine Gestaltungsbefugnis, die sich lediglich am verfassungsrechtlichen Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) messen lassen muss. Sachlicher Grund für eine „Kennzeichnung, die ausschließlich für De-Mail-Dienste genutzt werden darf“ (Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP, Innenausschuss A-Drs.17 [4] 166, Ziff. 1 d)aa) wäre die einfache Erkennbarkeit von De-Mail-Diensten für den Verbraucher. Dieser sachliche Grund ist allerdings kein zwingender: Gut vertretbar ist sicherlich auch, eine einheitliche Kennzeichnung schon deswegen für entbehrlich zu halten, weil die Nutzer wegen der Entgeltspflichtigkeit der De-Mail-Angebote stets sehr genau darauf achten werden, was für eine Mail-Art sie einsetzen. Versuche eines Nutzers, E-Mails an De-Mail-Konten zu adressieren, lassen sich durch einfache Benachrichtigungen des Absenders vom Fehlschlag der Übermittlung wegen fehlender Interoperabilität der Mailing-Systeme auflösen.

Die Fragen nach der Portierbarkeit von De-Mail-Adressen stellt sich demgegenüber, ebenso wie die nach der angemessenen Behandlung des früh ins Rennen gestarteten (ehemaligen) Monopolisten, als bloße Folgefrage dar, über die das Parlament nach politischen Maßstäben entscheidet.

## 3.) Blick auf den Verbraucher

- Mit der Öffnung des Zugangs für De-Mail-Dienste übernimmt der Nutzer **weitgehende Obliegenheiten**: Sein Zugang zum Netz muss jederzeit bestehen (was in den ländlichen Regionen nach wie vor nicht gesichert ist), sein Nutzungsverhältnis zum Diensteanbieter muss dauerhaft stabil sein (was nur bei Fortbestehen der eigenen finanziellen Leistungsfähigkeit und der des Diensteanbieters gelingen kann), er muss zur Vermeidung von Nachteilen spätestens alle drei Tage den De-Mail-Eingang kontrollieren und er muss – eine nahezu unlösbare Aufgabe - den eigenen Netzzugang vor Schadsoftware absichern. Angesichts von mehr als einer Million neuer Schadsoftwarevarianten pro Monat (vgl. Lagebericht 2. Quartal 2010 des BSI), perfekt abgestimmter „unique malware“ und einer Angriffsfrequenz auf jeden internetgestützten Rechner von ca. 30 Sekunden ist für jeden Endverbraucher absehbar, dass er die alleinige Herrschaft über seine Zugangsdaten verliert. Und der „Sumpf Internet“ wird nicht dadurch trocken gelegt, dass man einzelne Schienenstränge in ihm verlegt.

- Soweit Kritik daran geübt wird, dass der GesE **keine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung** zum Standard erhebt, ist dies aus datenschutzrechtlicher Sicht zwar nachvollziehbar. Da der Einsatz von e2e-e aber trotz des bestehenden Angebots kostengünstiger und relativ praktikabler Programme bislang nur eine nachgeordnete Bedeutung hat, erscheint dieses Defizit verschmerzbar – zumal es jedem Nutzer offen steht, selbst für eine hinreichende Verschlüsselung zu sorgen und dies durch den GesE auch unterstützt wird (vgl. § 5 Abs. 3 Satz 2, § 7 Abs. 1 Satz 1 GesE). Realistisch betrachtet besteht die größte Gefahr für den Nutzer nicht darin, dass seine E-Mail aus dem Datenstrom herausgefischt und gelesen wird, sondern in einer Ausspähung seiner Zugangsdaten durch Trojanereinsatz.

- Nachteile ergeben sich für den Nutzer von De-Mail-Diensten insbesondere auch gegenüber dem **Empfang von Briefpost**: Der Nachweis des Fehlschlags des Zugangs wird nunmehr komplett dem Nutzer aufgebürdet (Art. 3 Ziff. 2 c) aa GesE). Damit vollendet sich eine Rechtsentwicklung, die mit der Fiktion des Zustellungszeitpunkts bei voller Nachweispflicht des Absenders bzgl. des Zugangs (§ 41 Abs. 3 VwVfG) begann und bislang bei der Obliegenheit der Glaubhaftmachung des Nicht-Zugangs (§ 5 Abs. 7 Satz 3 VwZustG) endete. Eine Art. 3 Ziff. 2 c) aa GesE entsprechende Zugangsfiktion gab es für den Empfang von Briefpost bisher nicht.

- Wegen der Nachteile und Risiken einer Inanspruchnahme von De-Mail-Diensten ist deren **Freiwilligkeit** von eminenter Bedeutung. Richtig war es daher, in § 7 Abs. 1 Satz 2 GesE (Verzeichnisdienst) ein Koppelungsverbot vorzusehen; richtig ist es auch, im Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP, Innenausschuss A-Drs.17 [4] 166, Ziff.1 e diese Entkoppelung zu verstärken (Buchst. aa) und klar zu stellen, dass die Veröffentlichung im Verzeichnisdienst nicht als Zugangseröffnung zu werten ist. Noch richtiger wäre es allerdings, wenn verbindlich geklärt würde, ob die Antwort auf eine De-Mail in derselben Form als Zugangseröffnung zu werten ist. Gerade für Verbraucher ist es problematisch, diese wichtige Frage der „Verkehrsanschauung zu überlassen“ (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Ziff 1 d, BT-Drs. 17/4145)

- Sollte der Bundestag an der **Abholbestätigung** (§ 5 Abs. 9 GesE) festhalten wollen (vgl. dazu oben 1.), so ist eine **Hinweispflicht des Diensteanbieters** gegenüber dem Nutzer, dass gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 GesE trotz Sperrung der Abruf von Nachrichten möglich bleibt, unbedingt erforderlich: Die Sperre des De-Mail-Kontos wird nicht als Zugangssperre umgesetzt werden, denn eine Anmeldung an das gesperrte Konto muss schon wegen der hieran anknüpfenden Abholbestätigung (§ 5 Abs. 9 Satz 2 GesE) möglich bleiben. Sie wird daher wohl in der Form umgesetzt werden, dass dem Nutzer unmittelbar nach sicherer Anmeldung ein Hinweis auf die Sperrung i.S.v. § 10 Abs. 7 GesE gegeben

wird. Ob der Nutzer nach diesem Hinweis überhaupt noch versuchen wird, Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen und Nachrichten vom gesperrten Konto abzurufen, ist völlig offen. Der Diensteanbieter jedenfalls hat kein eigenes Interesse am Hinweis auf seine gesetzliche Verpflichtung aus § 10 Abs. 1 Satz 2 GesE, da ihm hierdurch – etwa bei Sperrung des Kontos wegen Zahlungsverzugs des Nutzers - ein Druckmittel gegenüber dem Nutzer verloren geht. Daher ist eine Hinweispflicht des Anbieters über die Abrufmöglichkeit trotz Sperrung **unbedingt in § 10 Abs. 7 GesE zu verankern.**

Im Netz der Vermutungen (*Sascha Lobo*) einen rechtssicheren Strang zu schaffen, ist ein anspruchsvolles, aber im Ergebnis durchaus lohnendes Unterfangen. Wichtigste Folge des Gesetzentwurf wird es wohl sein, einen verbindlichen Referenzpunkt für sicheren E-Mail-Verkehr zu schaffen, der – unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme von De-Mail-Diensten – das reale Sicherheitsniveau elektronischer Kommunikation anhebt.

Dr. Stefan Brink

### **Zur Person**

Dr. Stefan Brink, Jurist, Jahrgang 1966  
nach Promotion bei H.H. von Arnim (DHV Speyer) Richter beim LG Mainz und VG Koblenz  
Referatsleiter im Wissenschaftlichen Dienst des Landtags Rheinland-Pfalz  
Wissenschaftlicher Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts (Dez. Prof. Dr. Gaier)  
seit 2009 Leiter Privater Datenschutz beim Landesbeauftragten für den Datenschutz Rheinland-Pfalz

Lehrbeauftragter der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer sowie der Europauniversität Viadrina Frankfurt/Oder