

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – EIGVG)

28. August 2006

Seite 1

Der BITKOM vertritt mehr als 1.000 Unternehmen, davon 750 Direktmitglieder mit 120 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Geräte-Hersteller, Anbieter von Software, IT- und Telekommunikationsdiensten sowie Content.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10
10117 Berlin
+49. 30. 27576-0
Fax +49. 30. 27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Zusammenfassung

Das Bundeskabinett hat am 14.06.2006 den Entwurf für ein Gesetz zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – EIGVG) beschlossen. Kernstück des Gesetzesvorhabens bildet das neue Telemediengesetz (TMG). Ziel ist die Vereinheitlichung des Rechtsrahmens für elektronische Medien, die bislang im Teledienstegesetz (TDG), Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) sowie im Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) geregelt sind. Das Vorhaben soll der Fortentwicklung der Medienlandschaft Rechnung tragen.

Ansprechpartner
Dr. Volker Kitz LL.M. (NYU)
Rechtsanwalt
Bereichsleiter
Telekommunikations- und
Medienpolitik
+49. 30. 27576-221
Fax +49. 30. 27576-222
v.kitz@bitkom.org

Wir begrüßen die von uns lange geforderte Vereinheitlichung der Regelungen für Tele- und Mediendienste. Sie kann bislang schwierige Abgrenzungsfragen an künstlich geschaffenen Unterscheidungslinien und die damit verbundene investitionshemmende Rechtsunsicherheit vermeiden helfen. Jedoch gibt es noch an einigen Stellen Verbesserungspotenzial. Hauptsächlich kritisieren wir

Präsident
Willi Berchtold

- die Gefahr einer schleichenden Ausweitung der klassischen Rundfunkregulierung auf neue Medien,
- ungelöste Probleme bei den Verantwortlichkeitsregeln und beim Datenschutz,
- Unsicherheiten für seriöse E-Mail-Werbung.

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

TMG-E

Seite 2

Inhalt	Seite
1 § 1 TMG-E (Anwendungsbereich)	3
1.1 Abs. 1.....	3
1.1.1 Begrifflichkeiten	3
1.1.2 Abgrenzung zum Rundfunk.....	3
1.1.3 Anwendbarkeit in Dienst- oder Arbeitsverhältnissen	4
1.2 Abs. 4.....	4
2 §§ 3, 4 TMG-E (Herkunftslandprinzip, Zulassungsfreiheit)	4
3 § 5 TMG-E (Informationspflichten)	4
4 § 6 TMG-E (Informationspflichten bei kommerzieller Kommunikation)	5
5 § 7 TMG-E (Verantwortlichkeit / Allgemeine Grundsätze)	7
6 § 8 TMG-E (Durchleitung von Informationen)	8
7 § 10 TMG-E (Speicherung von Informationen)	9
7.1 Notice-and-Takedown-Verfahren.....	9
7.2 Haftung für Hyperlinks	10
8 § 11 TMG-E (Datenschutz / Anbieter-Nutzer-Verhältnis)	11
9 § 12 TMG-E (Grundsätze)	11
9.1 Abs. 1 und 2	11
9.2 Abs. 3.....	11
9.3 Sonstiges: Einführung einer Konzernklausel	11
10 § 13 TMG-E (Pflichten des Diensteanbieters)	12
10.1 Abs. 1.....	12
10.2 Abs. 5.....	12
11 §§ 14, 15 TMG-E (Bestandsdaten, Nutzungsdaten)	13
11.1 § 14 Abs. 1.....	13
11.1.1 Systematische Klarstellung zur Nutzereinstimmung.....	13
11.1.2 Umsetzung der Kommunikations-Datenschutzrichtlinie.....	13
11.1.3 Klarstellung im Hinblick auf praktische Erfordernisse	14
11.2 § 14 Abs. 2.....	14
11.3 § 15 Abs. 1.....	14
11.4 Sonstiges: Entschädigungsregelung	14
12 § 16 TMG-E (Bußgeldvorschriften)	14

Stellungnahme

TMG-E

Seite 3

1 § 1 TMG-E (Anwendungsbereich)

1.1 Abs. 1

Wir begrüßen im Grundsatz die Vereinheitlichung in einem Gesetz, die eine Abgrenzung zwischen Tele- und Mediendiensten entbehrlich macht. Allerdings löst die neue Begrifflichkeit nicht alle Abgrenzungsprobleme zufrieden stellend, sondern verursacht einige Probleme. Dies kann zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und – insbesondere für neue Medien – zu einer deutlichen Ausweitung der Regulierung führen.

1.1.1 Begrifflichkeiten

Wir regen an, begrifflich zwischen einem Dienstangebot und seinem technischen Verbreitungsvorgang zu differenzieren. Statt von Telemedien und Telekommunikation sollte daher die Rede sein von Telemediendiensten und von Telekommunikationsdiensten (vgl. auch § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG sowie § 3 Nr. 22 bzw. 24 TKG). Dies betont auch den Unterschied zur Individualkommunikation ohne Dienstecharakter. Insoweit sollte zusätzlich die Begründung klarstellen, dass Telemediendienste ohne Dienstecharakter vom Anwendungsbereich des TMG ausgenommen sind. Anderenfalls könnten z.B. Informationspflichten gem. § 5 auch für private Individualkommunikation gelten.

1.1.2 Abgrenzung zum Rundfunk

Eine zukunftsgerichtete Innovationspolitik darf nicht vorschnell neue Dienste der Rundfunkregulierung unterwerfen, sondern sollte vielmehr die bisherige Rundfunkregulierung daraufhin überprüfen, ob diese noch in Zeiten gerechtfertigt ist, in denen sich der Nutzer aus einer Vielzahl von Informationsquellen über unterschiedliche Plattformen bedienen kann. Vor diesem Hintergrund halten wir es für bedenklich, wenn die Entwurfsbegründung ohne Not bestimmte Dienste pauschal als Rundfunk einordnet, ohne genau zu prüfen, ob die Übertragung einer – ohnehin teilweise überkommenen – Rundfunkregulierung sachlich gerechtfertigt ist.

Stellungnahme

TMG-E

Seite 4

1.1.3 Anwendbarkeit in Dienst- oder Arbeitsverhältnissen

Die Einschränkung aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 TDDSG sollte für den gesamten Anwendungsbereich des TMG gelten: Ausschließlich zu beruflichen und dienstlichen Zwecken im Dienst- oder Arbeitsverhältnis betriebene Telemediendienste (also z.B. firmeneigene Intranetinhalte) sowie Medien, die ausschließlich zur Steuerung von Arbeits- und Geschäftsprozessen innerhalb von oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen betrieben werden, dürfen dem Telemediengesetz nicht unterfallen. Andernfalls müssten etwa Arbeitgeber gegenüber ihren Arbeitnehmern, denen sie Telemediendienste wie Intranetinhalte bereitstellen, Informationspflichten erfüllen.

1.2 Abs. 4

§ 1 Abs. 4 TMG-E sollte klar stellen, dass die Zuständigkeit der Länder sich lediglich auf journalistisch-redaktionell gestaltete Inhalte bezieht. Informationen, die bisher unter das Teledienstegesetz fallen (wie z.B. Wetterinformationen), werden durch die Vereinheitlichung nicht per se zur Ländersache. Auch Werberegelungen werden sich künftig außerhalb der Länderzuständigkeit in allgemeinen Gesetzen, z.B. dem UWG, finden.

2 §§ 3, 4 TMG-E (Herkunftslandprinzip, Zulassungsfreiheit)

Wir begrüßen die unerlässliche Beibehaltung dieser tragenden Grundpfeiler unserer Medienordnung.

3 § 5 TMG-E (Informationspflichten)

§ 5 Abs. 1 TMG-E begrenzt die allgemeinen Informationspflichten auf Anbieter von Telemedien, die geschäftsmäßig, in der Regel gegen Entgelt angeboten werden. Die Eingrenzung des Kreises der Verpflichteten ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings führt die vorgenommene Abgrenzung zu einigen Unsicherheiten, wenn man davon ausgeht, dass das Merkmal „geschäftsmäßig“ nur eine gewisse Dauerhaftigkeit voraussetzt: Es sollte noch deutlicher werden, dass private Homepages nicht den allgemeinen Informationspflichten unterliegen und zwar auch dann nicht, wenn sie Dienste oder Informationen anbieten, die anderswo möglicherweise gegen Entgelt angeboten werden. Ansonsten würde § 5 Abs. 1 TMG-E viele private Internetangebote unsachgemäß mit allgemeinen Informationspflichten belasten. Zu denken ist etwa an kostenlose Informationen auf einer privaten Homepage oder einer Vereinswebsite, Weblogs, Meinungsforen oder Chats, ebenso an andere kostenlose Inhalte, z.B. Fotos, eigene Musikkompositionen oder privat entwickelte Software. Hier ist insbesondere auf Sha-

Stellungnahme

TMG-E

Seite 5

reware- und Open-Source-Angebote hinzuweisen, die einen großen Teil zur Entwicklung der Wissens- und Informationsgesellschaft beitragen. Solche Angebote machen das Wesen des Internets aus, das gerade den freien und ungehinderten Austausch von Informationen zwischen unterschiedlichen Beteiligten dienen soll. Sie können aber auch Alternativen zu entgeltlichen Diensten darstellen.

Nach § 5 Abs. 1 TMG-E wären dann viele private Anbieter eines Telemediendienstes verpflichtet, ihre Identität preiszugeben. Informationen wie die Adresse oder Telefon- und Faxnummern wären frei zugänglich. Gerade Weblogs und Internetforen, wie auch z.B. Chats, leben aber davon, dass die Chatroombetreiber und Teilnehmer anonym sind. Alles andere würde ihre Kommunikationsfreiheit unangemessen einschränken und ist auch aus Datenschutzgründen unhaltbar. Dem Missbrauch der veröffentlichten Daten würden Tür und Tor geöffnet. Wenigstens die Begründung sollte hier eine Abgrenzung zu § 55 Rundfunkstaatsvertrag vornehmen und klarzustellen, dass die genannten Fälle nicht den Informationspflichten unterliegen

Außerdem halten wir nach wie vor an unserer Forderung nach einer Medienverträglichkeitsklausel fest, denn neue Dienste, die zunehmend über unterschiedliche Medien (z.B. Mobiltelefone, MDAs etc.) erbracht werden, verfügen über andere, wesentlich beschränktere Darstellungsmöglichkeiten als etwa ein herkömmlicher PC-Bildschirm. Hier sollte die Bundesregierung auch auf EU-Ebene für das immer akuter werdende Problem der Darstellbarkeit verpflichtender Informationen ein Bewusstsein schaffen. Dies wäre auch im Sinne der gebotenen Technologieneutralität, um auszuschließen, dass bestimmte Technologien, z.B. Mobilfunkendgeräte, auf Grund ihrer systemimmanenten Beschränkungen in der Darstellung gegenüber den klassischen Empfangsmedien wie z.B. dem herkömmlichen PC benachteiligt werden.

4 § 6 TMG-E (Informationspflichten bei kommerzieller Kommunikation)

Zu Abs. 2 teil BITKOM die Ansicht der Entwurfsverfasser, dass die Zahl unerwünschter E-Mails (Spam) stetig steigt und inzwischen einen erheblichen Anteil der elektronischen Kommunikation ausmacht, sieht aber auch das wichtige Erfordernis, sich der Thematik differenziert zu nähern und Augenmaß zu bewahren. Wichtig ist, dass nicht jede E-Mail mit Werbeinhalten als Spam gelten kann. Vielmehr stellt die Nutzung dieses Kommunikationsmittels zur Werbung, etwa mit regelmäßigen Newslettern, individualisierten Angeboten usw. eine gerade auch für den Nutzer sehr bequeme Form der Information über Produkte und Dienstleistungen dar. Seriöse Werbe-E-Mails von tatsächlichem Spam zu unterscheiden, ist eine zentrale Aufgabe der aktuellen Debatte.

Aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe des „Verschleierns“ und „Verheimlichens“ kommt unserer Ansicht nach der Gesetzesbegründung eine entscheidende Bedeutung zu. Ihr entnehmen wir bereits in der Entwurfsfassung, dass die Rechtsbegriffe des „Verschleierns“ und „Verheimlichens“ eng auszulegen sein sollen (S.21). Aus § 6 Abs. 2 TMG-E geht bereits hervor, dass für die Beurteilung, ob der kommerzielle Cha-

Stellungnahme

TMG-E

Seite 6

rakter einer Nachricht verschleiert/verheimlicht wird, eine Gesamtschau von Kopf- und Betreffzeile vorzunehmen ist. Geschützt werden soll nämlich die Entscheidungsfreiheit des E-Mail-Empfängers, eine bestimmte E-Mail zu öffnen (S. 21). Dies ist auch die Vorgabe von Art. 7 der E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG).

Die Begründung des Gesetzentwurfs ist insofern aber unklar. Dort wird nämlich ausgeführt, ein Verschleiern des kommerziellen Charakters einer E-Mail könne sich durch bestimmte Aussagen in der Betreffzeile ergeben (S.21). Auf eine isolierte Betrachtung der Betreffzeile darf es aber nicht ankommen. Ausreichend ist, wenn sich dies aus der Zusammenschau von Absenderinformation und Betreffzeile ergibt: Folgt der kommerzielle Charakter bereits klar aus dem kommerziellen Absender, so kann es auf den Inhalt der Betreffzeile nicht mehr ankommen. Bekommt der Empfänger etwa eine Nachricht vom Absender „Ikea“, hat er bereits genügend Informationen, um die Nachricht als kommerziell einordnen zu können. Verschickt hingegen ein Möbelhaus eine Werbenachricht über den Mitarbeiter Frank Schulz unter dessen – unverschleiertem – Absender „Frank Schulz“, so geht der kommerzielle Charakter aus dem Absender noch nicht hervor. In diesem Fall muss er sich aus der Betreffzeile ergeben. Die Gesetzesbegründung sollte insofern klarstellen, dass es ausreicht, wenn sich der kommerzielle Charakter entweder aus dem Absender oder der Betreffzeile ergibt.

Sehr wichtig ist unserer Ansicht nach zudem die im Gesetzestext enthaltene Absichtskomponente. Als Grund nennt die Gesetzesbegründung zutreffend, dass Bagatellfälle nicht sanktioniert werden dürfen, wenn „beispielsweise kleine Unternehmen versehentlich irreführende Angaben machen“.

Schließlich sehen wir Bedarf für eine ausdrückliche Legalisierung so genannter Blocking-Instrumente. Wie die Pressemitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 14.06.2006 zutreffend feststellt, stammt der überwiegende Teil der aktuell versendeten Spam-E-Mails aus dem Ausland, weshalb nationale Rechtsmittel allein nicht ausreichend sein können. Zur erfolgreichen Eindämmung des Spam-Aufkommens sind die gesetzlichen Regelungen daher um den Einsatz von effektiven technischen Maßnahmen zu ergänzen. Um ihre Kunden wirksam vor Spam-E-Mails zu schützen, setzen Provider bereits heute sehr erfolgreich Blocking-Tools ein. Dabei erkennen die E-Mail-Systeme der Provider unerwünschte Massen-E-Mails beispielsweise anhand heuristischer Verfahren (wie z.B. Bayes-Filtern), verweigern deren Annahme und schicken sie mit einem Vermerk über die Nicht-Akzeptanz an den Versender zurück. Auf diese Weise wehren die Unternehmen täglich Milliarden unerwünschter E-Mails ab, die sonst die Postfächer ihrer Kunden verstopft hätten. Um den Providern Rechtssicherheit zu geben, sollte der Gesetzentwurf ausdrücklich klarstellen, dass solche Blocking-Maßnahmen zum Schutz vor unerwünschten Massen-E-Mails rechtmäßig sind.

Stellungnahme

TMG-E

Seite 7

5 § 7 TMG-E (Verantwortlichkeit / Allgemeine Grundsätze)

Wir begrüßen, dass der Entwurf die Verantwortlichkeit nicht verschärft und damit ein Signal gegen die schleichende Erodierung der Haftungsregelungen durch die Rechtsprechung setzt. Auch wenn immer von „Haftungsprivilegierung“ gesprochen wird, handelt es sich in der Sache um eine Korrektur des durch die Masseneffekte des Internet atypisch gesteigerte Haftungsrisiko der Provider auf das normale Maß – und nicht etwa um eine interessen geprägte einseitige Bevorzugung, wie es zuweilen unterstellt wird.

Wir bedauern allerdings, dass der Entwurf nicht die Gelegenheit nutzt, bisherige Gesetzesunklarheiten zu beseitigen, die zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Die Bundesregierung führt in ihrer Gesetzesbegründung (S. 14) aus, dass ihr die aktuellen Problematiken bekannt sind. Allerdings will sie erst die Entwicklung auf europäischer Ebene abwarten. Ein solches Abwarten ist aber aufgrund der derzeitigen Rechtsunsicherheiten für die Branche sehr belastend. Dies gilt umso mehr, als zu befürchten steht, dass die Diskussionen um eine Fortentwicklung der E-Commerce Richtlinie noch einige Zeit in Anspruch nehmen wird. Es herrscht hier ein unabweisbar dringender Klarstellungsbedarf. Zu dem Problem im Einzelnen:

Nach § 8 Abs. 2 Satz 2 TDG oder § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG-E bleiben Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit der Diensteanbieter nach den §§ 9–11 TDG unberührt. Diese Formulierung bringt derzeit hauptsächlich zwei Probleme mit sich:

Zum einen hat sie zu der unserer Ansicht nach nicht vom Gesetzestext gedeckten, gleichwohl weit verbreiteten Auffassung geführt, die Haftungsprivilegierung erstrecke sich grundsätzlich nicht auf verschuldensunabhängige Verantwortlichkeit, namentlich nicht auf Unterlassungsansprüche. In Kombination mit einer in die Zukunft gerichteten Komponente hat die Rechtsprechung auf diese Weise Prüfpflichten statuiert und damit den Diensteanbietern im klaren Widerspruch zu § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG-E proaktive Überwachungsmaßnahmen aufgebürdet. Hier muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass die tatsächliche Rechtslage weiterhin mit den Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie, die gerade Überwachungspflichten ausschließen will, und der entsprechenden Intention des deutschen Gesetzgebers im Einklang bleibt. Folgte man der Auffassung, die Haftungsprivilegierung sei nicht auf Unterlassungsansprüche anwendbar, bestünde eine Rechtslage, nach welcher ein Provider zwar nicht aktiv nach Kinderpornographie, wohl aber aktiv nach wesensgleichen Markenverletzungen suchen muss, sobald ein Rechteinhaber einen Unterlassungstitel erwirkt hat. Dies wäre schwerlich zu erklären.

Zum anderen ist der Provider erheblicher Rechtsunsicherheit ausgesetzt, wenn ein vermeintlicher Rechteinhaber eine vermeintliche Rechtsverletzung geltend macht, ohne diese jedoch näher zu belegen. Der Hostprovider kann die behauptete Rechtsverletzung nicht überprüfen; gerade im Bereich von Marken- und Urheberrechtsverletzungen sind genauere Hintergrundinformationen unabdingbar. Nicht umsonst zie-

Stellungnahme

TMG-E

Seite 8

hen sich allein Rechtsstreitigkeiten etwa um eine Markeninhaberschaft oft über Jahre hin. Es ist nicht angemessen, von einem Diensteanbieter dieselbe Entscheidung ohne die erforderlichen Angaben und Unterlagen und ohne die Ermittlungsbefugnisse eines Gerichts innerhalb kürzester Zeit zu verlangen und ihm dabei die Folgen für eine Fehlentscheidung aufzubürden: Sperrt er die Inhalte nicht und besteht die geltend gemachte Rechtsverletzung, haftet er gegenüber dem Rechteinhaber. Sperrt er dagegen einen zulässigen Inhalt, drohen Schadensersatzforderungen seines Vertragspartners. Hier bedarf es unbedingt eines Einschreitens des Gesetzgebers, um den Diensteanbieter nicht zum Schnellhilfsrichter mit Privathaftung zu machen. In § 7 Abs. 2 TMG-E kann der Gesetzgeber das Problem dadurch lösen, dass die Pflicht zur Sperrung/Entfernung nach Satz 2 nur aufgrund einer vollstreckbaren Gerichts- oder Behördenentscheidung oder jedenfalls nur bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit eines Inhalts besteht.

Generell möchten wir auf ein Strukturproblem der geltenden (EU-) Haftungsregelungen aufmerksam machen, bei deren Beseitigung die Bundesregierung auf europäischer Ebene mitwirken kann. Die geltenden Haftungsregeln setzen im Kampf gegen strafbare und schädliche Inhalte im Internet kontraproduktive Anreize. Diejenigen Provider, die freiwillig nach schädlichen Inhalten auf den eigenen Systemen suchen, stehen haftungsrechtlich schlechter als diejenige Provider, die solche Anstrengungen nicht unternehmen. Werden schädliche Inhalte nämlich fälschlicherweise in den freiwilligen Kontrollen nicht als solche identifiziert, wird dem Provider die Kenntnis des Inhalts haftungsverschärfend angerechnet. Aus Sicht des Providers wäre es dann besser gewesen, auf die freiwilligen Anstrengungen zu verzichten. Wünschenswert wäre es, dass diejenigen Provider, die das Ihre zur Bekämpfung von schädlichen Inhalten leisten, haftungsrechtlich bevorzugt, nicht benachteiligt werden.

6 § 8 TMG-E (Durchleitung von Informationen)

Die Verantwortlichkeit von Suchmaschinen ist im TMG-E nicht eindeutig geregelt – dies führt zu rechtlichen Unsicherheiten und Unklarheiten. Da die Bedeutung der Suchmaschinen im Internet sehr hoch ist, müssen auch die Suchmaschinen Eingang in das Verantwortlichkeitsschema des TMG-E erhalten.

Dabei ist zu beachten, dass bei vollautomatischen Suchmaschinen keine inhaltliche Auswahl und keine Speicherung fremder Inhalte oder deren Zwischenspeicherung stattfinden. Eine inhaltliche Auswahl entfällt bereits aufgrund der vollständigen Automatisierung des Suchvorgangs durch „Crawler“, „Spider“ oder „Robots“. Durch die stetige Veränderung der Angebote im Internet ist eine ständige Kontrolle der Suchergebnisse durch z.B. Suchmaschinenbetreiber praktisch nicht möglich.

Deshalb schlagen wir vor, § 8 TMG-E insoweit zu ergänzen, dass Abs. 1 entsprechende Anwendung auf Diensteanbieter findet, die Nutzern eine automatisierte Suchmaschine oder vergleichbare Hilfsmittel zur Suche nach fremden Informationen be-

Stellungnahme

TMG-E

Seite 9

reitstellen. Einem Missbrauch einer solchen Haftungsprivilegierung etwa durch inhaltspezifische Programmierung oder Modifikation der Sucheinstellung des Crawlers steht entgegen, dass es sich dabei um eine Auswahl im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 3 TMG-E handeln würde. Die abstrakt-generelle Programmierung des automatisierten Suchvorgangs ist hingegen nicht als „Auswahl“ im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 3 TMG-E zu klassifizieren.

7 § 10 TMG-E (Speicherung von Informationen)

7.1 Notice-and-Takedown-Verfahren

Das Problem der Rechtsunsicherheit stellt sich bei § 10 TMG-E: Hier sehen sich Hostprovider täglich mit Unterlassungsbegehren konfrontiert, ohne dass sie deren Begründetheit kurzfristig überprüfen könnten. Unterschiedliche Auffassungen über die Bezugspunkte der Kenntnis verschärfen das Problem noch.

Diese Unsicherheiten lassen sich zum einen beheben, indem sich eine Neuregelung am Wortlaut des Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie orientiert, der von einer „tatsächlichen“ Kenntnis spricht. Der Entwurf sollte ferner klarstellen, dass sich die Kenntnis auf einen konkreten Inhalt beziehen muss.

Zudem hat BITKOM zur Lösung dieses Problems bereits im Vorfeld die Verankerung eines Notice-And-Take-Down-Verfahrens vorgeschlagen. Wir halten ein solches Verfahren nach wie vor für dringend nötig. Auch eine vertragliche Gestaltung kann dieses tägliche Dilemma für Hostprovider nicht lösen. Im Verhältnis zu den Nutzern sind Anpassungen in zum Teil Millionen Altverträgen nicht durchsetzbar; vor allem aber kann eine vertragliche Regelung nicht die Schutzwirkung zugunsten des die Kooperation anbietenden Hostproviders gegenüber nicht kooperationswilligen Rechteinhabern erreichen. Es muss aber auch hier der Grundsatz gelten, dass derjenige, der freiwillig zusätzliche Verfahren zur Bekämpfung von Rechtsverletzungen anbietet, besser steht als ein komplett unkooperativer Hostprovider. Augenblicklich ist das genaue Gegenteil der Fall, da trotz Aufwendungen für freiwillige Kooperationsverfahren unverändert das Risiko unmittelbarer gerichtlicher Verfügungen besteht.

Ein Notice-And-Take-Down-Verfahren nach dem Vorbild des US-amerikanischen Digital Millennium Copyright Act (DMCA) gibt Rechteinhabern und Host-Providern bei Rechtsverletzungen eine Möglichkeit zur Kooperation, die einem gerichtlichen Verfahren vorgeschaltet ist und es im Idealfall vermeidet. Ein solches Verfahren dient damit auch der Entlastung der Gerichte. Es sollte bestimmen, dass der Host-Provider, der unter bestimmten formellen Voraussetzungen tätig wird (also Inhalte entfernt), in jedem Fall von einer Haftung frei ist. Diese Haftungsfreistellung muss sowohl gegenüber dem angeblichen Rechtsverletzer als auch gegenüber dem (sich berühmenden)

Stellungnahme

TMG-E

Seite 10

Rechteinhaber gelten. Voraussetzung für ein solches Einschreiten des Host-Providers sollte eine schriftliche Versicherung des sich berühmenden Rechteinhabers hinsichtlich seiner Rechtsinhaberschaft, einer eventuellen Vertretungsbefugnis und hinsichtlich der behaupteten Rechtsverletzung sein. Diese schriftliche Versicherung muss das angeblich geschützte Werk/Produkt, den angeblich verletzenden Inhalt sowie einen Ansprechpartner bei dem sich berühmenden Rechteinhaber benennen. Dem Host-Provider ist es dann möglich, einzuschreiten und so eine Haftung für sich auszuschießen.

War die Versicherung falsch, so soll der sich berühmende Rechteinhaber dem wahren Rechteinhaber bzw. dem behaupteten Verletzer unter bestimmten Voraussetzungen schadensersatzpflichtig sein. Nur so kann verhindert werden, dass eine Flut leichtfertig abgegebener Versicherungen das gesamte Notice-And-Take-Down-System lahm legt. Denkbar wäre hier zum einen eine Gefährdungshaftung nach dem Vorbild von § 717 Abs. 2 ZPO bei der vorläufigen Vollstreckung noch nicht rechtskräftiger Urteile. Eine solche Lösung bietet sich an, weil ein Handeln auf Grundlage einer Versicherung im Notice-And-Take-Down-Verfahren im Prinzip auf einem mutmaßlichen Urteil beruht und somit der Sache nach eine noch vorläufigere Form der „Vollstreckung“ darstellt. Alternativ kommt eine Verschuldenshaftung des Versicherungsgebers in Betracht. Hier sollte der Versicherungsgeber allerdings den Entlastungsbeweis erbringen müssen, damit die Haftung für schuldhaft falsch abgegebene Versicherungen nicht leer läuft.

7.2 Haftung für Hyperlinks

Darüber hinaus ist die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Setzen von Links auf Fremdangebote im TMG nicht ausdrücklich geregelt. Einerseits findet hier eine inhaltliche Auswahl zu den verwiesenen Seiten statt. Andererseits hat der Linksetzer über die in Bezug genommenen Informationen regelmäßig nur eine stark eingeschränkte inhaltliche Kontrolle, besonders wenn die verlinkte Seite ihrerseits auf eine Vielzahl von anderen Informationen verweist. Hier können, wie z.B. bei großen Nachrichtenportalen, Hunderte und Tausende von Unterseiten zu verschiedenen Themen bestehen, die wiederum sekundlich verändert werden können. Insofern besteht eher eine Parallele zur Situation des Hostproviders. Dies hat auch der Österreichische Gesetzgeber erkannt, der mit § 17 des Österreichischen E-Commerce-Gesetzes die Verantwortlichkeit für das Setzen von Links derjenigen eines Hostproviders gleichsetzt. Wir schlagen daher vor, in § 10 TMG eine entsprechende ausdrückliche gesetzliche Regelung aufzunehmen.

Stellungnahme

TMG-E

Seite 11

8 § 11 TMG-E (Datenschutz / Anbieter-Nutzer-Verhältnis)

Wie eingangs bereits erwähnt, halten wir eine Herausnahme der in § 11 Abs. 1 beschriebenen Nutzerverhältnisse aus dem gesamten Anwendungsbereich des TMG für sachgerecht und befürworten eine entsprechende Verankerung bereits in § 1.

Der Einstieg in die Regelungen zum Datenschutz sollte auch weiterhin wie im TDDSG durch eine positive Feststellung erfolgen: „(1) Die nachfolgenden Vorschriften gelten für den Schutz personenbezogener Daten der Nutzer von Telediensten im Sinne des Telemediengesetzes bei der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten durch Diensteanbieter.“ Dies grenzt den Anwendungsbereich klar ab und erleichtert die Lesbarkeit.

9 § 12 TMG-E (Grundsätze)

9.1 Abs. 1 und 2

Die Aufnahme des Begriffs „ausdrücklich“ scheint aus unserer Sicht nicht notwendig und könnte neue Auslegungsdiskussionen provozieren. Das Subsidiaritätsprinzip gilt im Datenschutzrecht auch ohne besondere Erwähnung.

Sinnvoll wäre eine Definition des Begriffs „Verwenden“, der sich auch im neuen TKG findet, gemäß einem Umkehrschluss aus § 3 Abs. 5 BDSG: Daraus ergibt sich, dass Verwenden die Verarbeitung und Nutzung umfasst.

9.2 Abs. 3

Die Regelung sollte gestrichen werden. Die Rahmenbedingungen, die seinerzeit zu der Regelung geführt haben, existieren so heute nicht mehr: Derzeit sind für alle wesentlichen Produkte Alternativen vorhanden. Es sollte der Gestaltungsfreiheit des Anbieters überlassen sein, sein Angebot entweder als Einzelangebot oder als „Gesamtpaket“ zu gestalten. Es ist nicht einsichtig, weshalb ein Koppelungsverbot den Anbieter in seiner unternehmerischen Handlungsfreiheit einschränken soll.

9.3 Sonstiges: Einführung einer Konzernklausel

Besonders im Kommunikationsrecht ist eine Regelung erforderlich, wonach ein Datenaustausch innerhalb eines Unternehmensverbundes (verbundene Unternehmen

Stellungnahme

TMG-E

Seite 12

i.S.v. §§ 15 ff. AktG) keine Datenübermittlung im datenschutzrechtlichen Sinne darstellt („Konzernklausel“).

Der Kunde sieht heute Konzerne als eine Einheit und erwartet daher auch zu einem gewissen Grad eine einheitliche Betreuung, z.B. Informationen über Produkte aller Konzerngesellschaften. Der Kunde erwartet, dass alle Konzerngesellschaften bei seiner Beratung auf einen gemeinsamen Datenpool zurückgreifen können. Dabei dient eine einheitliche konzernweite Regelung auch der Vereinfachung von konzerninternen Verfahrensabläufen sowohl bei Mitarbeiter- als auch bei Kundendaten. Durch zentrale Datenhaltung könnten die Grundsätze der Datensparsamkeit und der Datenqualität besser erfüllt werden. Ferner haben die Konzerne heutzutage ihr Geschäft nicht nach Legalstrukturen aufgebaut, sondern nach virtuellen Strukturen. Die Arbeit innerhalb einer virtuellen Struktur wird aber ohne Konzernklausel erheblich erschwert.

10 § 13 TMG-E (Pflichten des Diensteanbieters)

10.1 Abs. 1

Die Unterrichtungspflicht ist in Verbindung mit der Vorhaltepflcht zum Abruf unpraktikabel, wenn Detailinformationen gefordert sind. In der Praxis ist es relevant, dass der Nutzer die Möglichkeit hat, sich entsprechend über den vorgesehenen Umgang mit den Daten zu informieren. An die Stelle einer Unterrichtungspflicht sollte daher eine Pflicht zur Bereitstellung der Informationen treten. Auch hier sollte die Medienvertrglichkeitsklausel (siehe oben) gelten.

10.2 Abs. 5

Die Anzeigepflicht für den Fall der Weiterübermittlung personenbezogener Daten an einen anderen Diensteanbieter ist mit den Gepflogenheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs nicht vereinbar, wenn Telemediendienste im Zusammenspiel von zwei oder mehr Diensteanbietern erbracht werden. Daher bietet sich eine Klarstellung analog § 28 Abs. 1 BDSG an, nach der diese Einschränkung nicht gilt, sofern die Weitervermittlung der Zweckbestimmung der vertraglichen Leistung für den Nutzer dient oder dem Nutzer offensichtlich ist.

Stellungnahme

TMG-E

Seite 13

11 §§ 14, 15 TMG-E (Bestandsdaten, Nutzungsdaten)

11.1 § 14 Abs. 1

11.1.1 Systematische Klarstellung zur Nutzereinwilligung

§ 12 Abs. 1 TMG-E stellt klar, dass neben einem gesetzlichen Erlaubnistatbestand grundsätzlich immer auch die Nutzereinwilligung zur Datenverarbeitung berechtigt. Wohl deshalb fehlt eine nochmalige Bezugnahme auf die Nutzereinwilligung – wie sie sich bisher in den §§ 5 und 6 I TDDSG und in § 17 MDStV findet – in §§ 14 und 15 TMG-E. Damit hieraus keine falschen Schlüsse gezogen werden, sollte aber zumindest auch das Wort „nur“ ausschließlich in § 12 Abs. 1 TMG-E vorkommen. Die Wiederholung des Wortes „nur“ in §§ 14 und 15 TMG-E könnte den Eindruck erwecken, als sei hier doch keine Nutzereinwilligung möglich. Alternativ sollte man entweder bei der Formulierung in den früheren Entwürfen oder der Fassung des TDDSG bleiben.

11.1.2 Umsetzung der Kommunikations-Datenschutzrichtlinie

Zudem entspricht die bisherige Regelung in § 5 TDDSG nicht mehr den europäischen Vorgaben (Art. 13 Abs. 2 Kommunikationsdatenschutz-Richtlinie) und steht überdies im Widerspruch zu § 7 Abs. 3 UWG. Danach muss für alle Telemediendienste im Rahmen bereits bestehender Kundenbeziehungen ein Opt-Out-Prinzip gelten. Für Telemediendienste, die überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen, schafft § 95 Abs. 2 Satz 2 TKG einen europarechts- und UWG-konformen Erlaubnistatbestand. Eine vergleichbare Regelung für die übrigen Telemediendienste fehlt im TMG-E. Wir können nicht nachvollziehen, warum der Entwurf insoweit einen Teil der Telemediendiensteanbieter benachteiligt. Auch Anbieter von Telemediendiensten, die nicht überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen, haben ein berechtigtes Interesse an der Bewerbung ihrer Kunden. Aufgrund der Eigenart spezieller Telemediendienste (so z.B. in Form von SMS-Diensten, bei denen die Zeichenanzahl begrenzt ist) ist zusätzlich erforderlich, die Opt-Out-Lösung mit einer Medienverträglichkeitsklausel zu versehen. Die Belehrungspflichten über die Opt-Out-Möglichkeit sollten sich somit an der Eigenart des speziellen Mediendienstes orientieren und eine entsprechende Flexibilität für den Diensteanbieter schaffen.

Stellungnahme

TMG-E

Seite 14

11.1.3 Klarstellung im Hinblick auf praktische Erfordernisse

Die Regelung wird darüber hinaus neuartigen Diensten nicht in allen Fällen gerecht. Dies gilt z.B. für den Fall, dass es dem Diensteanbieter, der Klingeltöne anbietet, möglich sein muss, die Rufnummer des den Klingelton anfordernden Kunden vom Telekommunikationsdiensteanbieter auch dann zu erhalten, wenn die Rufnummernunterdrückung aktiviert ist. Wir schlagen daher vor, dass der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten eines Nutzers „bei diesem oder bei dem den Zugang zur Nutzung vermittelnden Diensteanbieter“ erheben darf.

Schließlich sollte der Entwurf klarstellen, dass Im Übrigen die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes gelten.

11.2 § 14 Abs. 2

Soweit es um Auskunftserteilung an Private geht, verweisen wir auf die BITKOM-Stellungnahme zum „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“ vom 14.02.2006, die dieses Thema ausführlich diskutiert.

11.3 § 15 Abs. 1

Bezüglich § 15 Abs. 1 TMG-E gelten die Ausführungen zu § 14 Abs. 1 TMG-E entsprechend.

11.4 Sonstiges: Entschädigungsregelung

Schließlich muss auch das TMG-E zur Vermeidung von Missverständnissen deutlich eine Anspruchsgrundlage zur angemessenen Entschädigung für Auskünfte nach den §§ 14 und 15 TMG vorschreiben.

12 § 16 TMG-E (Bußgeldvorschriften)

Die Begründung zu § 16 TMG-E enthält vermutlich einen Schreibfehler. Richtig muss es heißen: „...auf das in § 6 Abs. 2 enthaltene Verbot ...“.