

Stellungnahme HK 2
zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Telemediendienstegesetzes (TMÄndG
Drucks. 16/11173 sowie zum Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Ausschuss-
drucks. 16 (9) 1418

1. Zusammenfassung

Eine Novelle der Verantwortlichkeitsregeln für Anbieter von Telemedien erscheint dringend geboten. Aufgrund der Erfahrung der zurückliegenden Jahre ist hierfür eine klare, eindeutige und in das Gesamtsystem sich bruchlos einfügende Regelung erforderlich, um die Rechtsprechung tatsächlich zu ändern.

Der vorliegende Entwurf eines TMGÄndG analysiert die bestehende Situation zwar zutreffend, weist aber erhebliche Mängel hinsichtlich Transparenz und Systematik auf. Die europarechtliche Zulässigkeit der Regelungen erscheint zweifelhaft und die Ziele der Novelle dürften so nicht erreicht werden.

Sowohl die Schaffung einer soliden Neuregelung der Unterlassungsansprüche gegen bestimmte Diensteanbieter als auch des Datenschutzes bei Telemedienangeboten ist wünschenswert. Insbesondere gilt dies für Suchmaschinen und das Verwenden von Links. Bezüglich der Unterlassungsansprüche erscheint die Einführung einer Privilegierung von Informationsmittlern zusammen mit der Einführung eines „notice-and-take-down“-Verfahrens zweckmäßig. Dies erfordert aber eine systematische und transparente Integration in das bestehende Konzept der Verantwortlichkeit und kein weiteres Stückwerk in dem bereits jetzt hemmend kompliziert geregelten Bereich des elektronischen Handels.

2. Situation

Die besonderen Regelungen der Verantwortung für die Diensteanbieter des Internet gehen zurück auf den **Mediendienstestaatsvertrag** (MDStV) auf Landesebene¹ und das **Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz** (IuKDG) auf Bundesebene² aus dem Jahr 1997. Die dort entwickelten Privilegien wurden Grundlage des Abschnittes 4 der **ECRL** (2000), deren Umsetzung durch das EGG in der 14. Wahlperiode im TDG den heutigen Stand des Abschnittes 3 des TMG geschaffen

¹ MDStV vom 20.1./12.2.1997.

² IuKDG vom 22.7.1997.

hat.³ Diese besonderen Regeln finden nach der Rechtsprechung jedoch auf wesentliche Sachverhalte keine Anwendung.

Einigkeit besteht wohl darin, dass die bestehende rechtliche Situation zu unangemessenen Ergebnissen der Inanspruchnahme von bestimmten Diensteanbietern im Internet, insbesondere den Intermediären (also derjenigen Anbieter, die Informationen zwischen Inhalte-Anbietern und deren Nutzern vermitteln), führt.

Damit im Zusammenhang stehen die an die Diensteanbieter herangetragenen Wünsche von Behörden und Rechteinhabern nach Sperrung bestimmter Angebote oder Nutzer und die Bevorratung und Herausgabe von personenbezogenen Daten entsprechender Nutzungsvorgänge.

3. Mangelnde Durchsetzung der Intention der Verantwortlichkeitsregelungen

Zweck des bereits 1997 in lUKDG und MDStV angelegten Konzepts der Verantwortlichkeit der Diensteanbieter war die Entlastung insbesondere der Intermediäre um angemessene Freiräume für die wirtschaftliche Entwicklung beim Wechsel von der Produktion materieller Güter hin zu Angeboten digitaler Information und Dienstleistungen als eigenständigen Wirtschaftsgütern zu schaffen.⁴ Gesetzlich vorgesehen ist ein Konzept der abgestuften Verantwortlichkeit, welches nach verschiedenen Gruppen von Diensteanbietern unterscheidet (§§ 7 bis 10 TMG). Dieses abgestufte Konzept der Verantwortung sieht bereits vor, dass der Diensteanbieter nach Kenntnis von rechtswidrigen Handlungen oder Informationen diese zu entfernen oder zu sperren hat (beispielsweise für Hosting-Provider: § 10 Nr. 2 TMG).

Dem entstehenden Sonderrecht für Internetangebote stand die Rechtsprechung von Beginn an skeptisch gegenüber⁵. In der Folgezeit wurde das ausgewogene Privilegierungskonzept nicht nur erheblich ausgehöhlt indem der Anwendungsbereich der Regelungen wesentlich beschnitten wurde, inzwischen ist eine Tendenz zur Ausweitung der Haftung der Intermediäre unverkennbar.

³ Siehe zur Entwicklung Wandtke/Hartmann Medienrechtshandbuch 5. Teil, Kap. 1, Rz 19 ff. , 217 ff.

⁴ Siehe etwa BT-Drucks 13/7385, 16.

⁵ Man denke nur an die (durch das LG München später aufgehobene) Verurteilung des Geschäftsführers eines Internetproviders (CompuServe) für Inhalte auf den Servern des in den USA niedergelassenen Mutterunternehmens zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren auf Bewährung durch das AG München ohne Anwendung des TDG (Az. 8340 Ds 465 Js 1 73158/95). Siehe auch Hoffmann MMR 2002, 284, 284; siehe Kloos CR 1999, 46, 46 mit weiteren Beispielen; Sieber, Verantwortlichkeit im Internet – Technische Kontrollmöglichkeiten und multimedienrechtliche Regelungen München 1999 Rn 535 führt das auf mangelnde technische Durchdringung zurück.

Wesentliche Einschränkungen der Anwendbarkeit der Haftungsprivilegien durch die Rechtsprechung sind:

- Keine Anwendung auf Unterlassungsansprüche⁶
- Keine Anwendung auf „zu Eigen gemachte Inhalte“⁷
- Keine Anwendung auf das Anbieten von Links⁸
- Wohl keine Anwendung auf Suchmaschinen⁹

Die Verantwortlichkeit wird stattdessen ausgeweitet:

- Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle (Verkehrssicherungspflicht)¹⁰
- Durchführung von Kontroll- und Prüfungspflichten führen zur Kenntnis und damit zur „Zueigenmachung“ oder Behilfe
- Nachhaltige Verletzung als Störer oder Nichtdurchführung der Prüfungspflichten können zur Gehilfenhaftung führen¹¹

In der Folge werden Intermediäre immer öfter als Störer in Anspruch genommen und haben dann in **die Zukunft gerichtete Maßnahmen** zu ergreifen, um identische, kerngleiche oder ähnliche Verstöße zu verhindern. Das von der Rechtsprechung sowohl bei der Störerverantwortung als auch bei der Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle als Korrektiv verwendete Kriterium der „**zumutbaren Prüfungspflichten**“ erweist sich als konturlos und bietet keine Rechtssicherheit. Die Zumutbarkeit wird von den Gerichten unterschiedlich festgelegt. Während die Einrichtung und Fortentwicklung von intelligenten Filtern oder der Einsatz von Personal zur Vor-

⁶ Ganz herrschende Meinung: BGH v. 11. 3. 2004, I ZR 304/01 - *Internet-Versteigerung I*, 12 ff; BGH v. 19. 4. 2007, I ZR 35/04 - *Internet-Versteigerung II*; BGH v. 12. 7. 2007, I ZR 18/04 - *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; folgend OLG Brandenburg v. 16. 11. 2005, 4 U 5/05, S 10 abrufbar unter [http://www.olg.brandenburg.de/sixcms/media.php/4250/\(4%20U%20005-05.d_205\).pdf](http://www.olg.brandenburg.de/sixcms/media.php/4250/(4%20U%20005-05.d_205).pdf); siehe jüngst LG München I MMR 2007, 453 – *Usenet* (mit Anm Mantz); Spindler/Geis/Schmitz-Spindler TDG § 8 Rn 15 ff mwN; Nachweise zur a.A.: *Ehret* CR 2003, 754, 759 f.

⁷ Siehe die Nachweise bei Spindler/Geis/Schmitz-Spindler TDG § 8 Rn 5; *Spindler* MMR 2004, 440; *Engels* AfP 2000, 524, 527; vgl. BGH v 18. 10. 2007, I ZR 102/05 – *ueber18.de* Rn 20.

⁸ BGH v. 1. 4. 2004, I ZR 317/01 - *Schöner Wetten*, 9: „Spezialgesetzliche Vorschriften, nach denen die Verantwortlichkeit der Beklagten für das Setzen eines Hyperlinks in der beanstandeten Art und Weise zu beurteilen wäre, bestehen nach der geltenden Rechtslage nicht. Die Vorschriften des Mediendienste-Staatsvertrages (...) sind - nicht anders als die entsprechenden Vorschriften des Telemediengesetzes (...) - auf Fälle der vorliegenden Art nicht anwendbar“; „ohne Wenn und Aber“ zustimmend *Spindler* GRUR 2004, 724, 728; jüngst BGH v 18. 10. 2007, I ZR 102/05 – *ueber18.de* Rn 20 mwN.

⁹ So KG vom 10.2.2006, 9 U 55/05.

¹⁰ BGH v. 12. 7. 2007, I ZR 18/04 - *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; *Verkehrssicherungspflicht für Links*: OLG München v. 15. 3. 2002, 21 U 1914/02, JurPC Web-Dok. 262/2002.

¹¹ offen gelassen: BGH v. 11. 3. 2004, I ZR 304/01 - *Internet-Versteigerung I*, 18; BGH v. 1, I ZR 35/04 - *Internet-Versteigerung II*, Rn 31.

prüfung manchem großen Anbieter wirtschaftlich möglich erscheint, sind solche Maßnahmen für **mittelständische oder kleine Unternehmen** kaum im Geschäftsmodell abzubilden.

Bei der Novelle des TDG 2001 durch das EGG wurde die Chance, dem entgegenzuwirken, versäumt. Stattdessen haben missverständliche Formulierungen im Gesetzgebungsprozess¹² einer Ausweitung der Verantwortlichkeit für Links und Suchmaschinen Vorschub geleistet.¹³ Dabei erweist sich die Verantwortlichkeit für Links als besonders gravierend. Die Möglichkeit zu verlinken ist keine zusätzliche Funktionalität des World Wide Web, sondern ein **integraler Wesensbestandteil** der zugrundeliegenden Protokolle.¹⁴ Links dienen nicht nur zum vereinfachten Verweisen auf Inhalte des eigenen Angebots oder auf anderen Ressourcen. Der Umfang der Vernetzung einer Information durch Links ist auch ein wichtiger Faktor bei der Gewichtung einer Quelle beispielsweise durch Suchmaschinen. Die meisten Suchmaschinen erfassen Internetseiten, indem sie allen aufgefundenen Links folgen. Eine nicht verlinkte Seite wird daher von einer Suchmaschine regelmäßig nicht gefunden. Das Auffinden von Informationen im Internet ohne Suchmaschine oder Verlinkung ist angesichts der Anzahl von inzwischen vermutlich über 15 Milliarden Internetseiten nahezu ausgeschlossen. Der Schutz von Suchmaschinen und Verlinkungen sollte daher hohe Priorität genießen. Halten sich die Anbieter mit der Verlinkung zurück, führt dies zu Verzerrungen bei der Gewichtung der Informationen.

Eine der ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers nahe kommende Freistellung von Verantwortung hat die Rechtsprechung bislang nur der DeNIC eG zugestanden.¹⁵ Die DeNIC genießt das Privileg, bei der Registrierung von Domainnamen keinerlei Prüfungsaufgaben wahrnehmen zu müssen (selbst wenn sie denselben Namen bereits einmal gelöscht hat)¹⁶ und auch nach Kenntnis einer behaupteten Rechtsverletzung hat sie nur zu prüfen, ob eine Verletzung der Rechte Dritter offen-

¹² BT-Drucks 14/6098, 37.

¹³ Siehe KG vom 10.2.2006, 9 U 55/05; mit überzeugenden Gegenargumenten *Sieber/Liesching* MMR-Beil. Heft 8 2007, 1, 9, dort Fn 9 mwN; siehe zum Thema auch *Wandtke/Hartmann* Medienrechtshandbuch 5. Teil, Kap. 1, Rz 294 ff.

¹⁴ Statt vieler: *Möglich* CR 2002, 583, 583, MAH-Lotze § 31 Rn 221, zustimmend: LG Düsseldorf GRUR-RR 2006, 54, 56; *Kochinke/Tröndle* CR 1999, 190, 190: Links sind das „Herzstück des Internet“.

¹⁵ BGH v. 17. 5. 2001, I ZR 251/99 - *Ambiente.de*; BGH v. 19. 2. 2004, I ZR 82/01 - *kurt-biedenkopf.de*

¹⁶ BGH v. 19. 2. 2004, I ZR 82/01 - *kurt-biedenkopf.de*, S. 8

kundig und für sie ohne weiteres feststellbar ist; regelmäßig soll sich dies nur aus einem rechtskräftigen Titel ergeben.¹⁷

4. Auswirkungen auf die Praxis¹⁸

Die Inanspruchnahme der Intermediäre bietet einfache, professionelle, schnelle und ausreichend solvente Hilfe beim Vorgehen gegen rechtswidrige Angebote Dritter. Ein Vorgehen unmittelbar gegen die Quellen oder Nutzer scheitert oft an unzureichenden Informationen, mangelnder Durchsetzbarkeit oder auch dem Nichtbestehen etwaiger Ansprüche auf Grund der anwendbaren Rechtsordnung.¹⁹ Bei den Intermediären laufen einerseits die Informationen über Rechtsverletzungen und Verletzer zusammen und andererseits bestehen technische Möglichkeiten einzuwirken. Eine strenge Haftung der Intermediäre liegt also im Interesse all derer, die ihre Rechte verletzt sehen.

Die **Haftung für Inhalte Dritter** hat allerdings Einschränkungen des allgemeinen Informationszugangs zur Folge, berührt also die Informationsfreiheit als das Grundrecht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten (Art 5 Abs 1 Satz 1 GG).²⁰ Werden Intermediäre für Inhalte Dritter in Haftung genommen, so werden **im Zweifel** solche Angebote **entfernt**.²¹ Folge ist eine **Selbstzensur** um **zweifelhafte** Angebote.²² **Suchmaschinen** in Deutschland sperren bereits URLs, die entweder von staatlichen Stellen oder sonst als rechtswidrig gemeldet werden.²³

¹⁷ BGH v. 17. 5. 2001, I ZR 251/99 - *Ambiente.de*, S. 15

¹⁸ Die aufgeführten Fälle stammen - leicht abgewandelt - aus unserer Kanzlei.

¹⁹ *Schmitz/Dierking* CR 2005, 420, 422 mit zahlreichen Nachweisen.

²⁰ Zu staatlichen Sperrungsverfügungen: *Stadler* MMR 2002, 343, 346.

²¹ So auch *Fülbier* CR 2007, 515, 519.

²² Dies konnte beobachtet werden am Beispiel der Ermittlungsmaßnahmen des Generalbundesanwaltes beim BGH zu Ausgabe 154, Juni 1996, der Zeitschrift „radikal“. Mehrere Beiträge wurden vom Generalbundesanwalt als „strafrechtlich relevant“ angesehen und einige Internetprovider angeschrieben mit dem Hinweis, eine Mitwirkung an der Zugänglichmachung der im Ausland abgelegten Texte begründe möglicherweise den Tatvorwurf der Beihilfe zu Straftaten. Eine Sperrungsaufforderung enthielt das Schreiben nicht. Daraufhin wurden die entsprechenden Seiten von einigen der Provider dadurch geblockt, dass der Zugang zum Server mit den Informationen insgesamt verhindert wurde (Sachverhalt nach BT-Drucks 13/8153). Gegen andere Provider wurde ein Ermittlungsverfahren eingeleitet und später eingestellt (siehe dazu *Hartmann* Computerrecht Intern 1998, 99); ähnlich hatten nach *Sieber*, JZ 1996, 429, 494, 429 bereits die Ermittlungen zu AG München v. 28. 5. 1998, 8340 Ds 465 Js 173158/95 - *CompuServe* gewirkt.

²³ So werden durch die BPjM indizierte Telemedien auf Grund § 2 Nr. 5 b) Verhaltenssubkodex für Suchmaschinenanbieter der FSM (http://www.fsm.de/de/Subkodex_Suchmaschinenanbieter) ohne eigene Prüfung gesperrt, eine Kontrolle durch betroffene Anbieter aus dem Ausland ist ebenfalls nicht zu erwarten. Die gesetzliche Grundlage des § 24 Abs 5 JuSchG sieht dagegen gerade kein BPjM-Modul vor, sondern nutzerautonome Filterprogramme.

Gleiches ist nun für **Forenbeiträge** zu erwarten.²⁴ Eine **Prüfung** der Inhalte auf rechtliche Zulässigkeit ist den Mittlern oft mangels Informationen nicht möglich und wirtschaftlich nicht zumutbar. Es besteht kein ökonomischer Vorteil, für Inhalte Dritter Risiken einzugehen und der Mittler hat regelmäßig kein eigenes Interesse an der Verbreitung des konkreten Inhaltes. Verhindert wird damit jedoch auch der Zugang zu zweifelhaften aber **rechtmäßigen** Angeboten, ohne dass eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten der Nutzer stattfindet oder auch nur darüber informiert wird.

4.1. **Beispiel 1: Portal für Finanzinformationen**

Beispiel: Ein Portal für Finanzinformationen mit täglich vielen Tausend neuen Einträgen im Forum wird regelmäßig aufgefordert Beiträge zu entfernen. Das gilt ganz besonders für kritische Beiträge zu Unternehmen mit undurchsichtiger Finanzstruktur oder Bilanzierungspraxis. Nachdem Informationen oft mehrfach gepostet werden, wird außerdem oft verlangt, auch „ähnliche Beiträge“ zu verhindern. Soweit es um ehrverletzende Äußerungen geht, ist eine Prüfung durch die Sachbearbeiter meist ausreichend, auch die Löschung von Zweifelsfällen liegt im Interesse des respektvollen Umganges der Nutzer. Ob dagegen eine beeinträchtigende Tatsachenbehauptung (Bspw. Fehlerhafte Bilanzierung) wahr, also regelmäßig zulässig, oder unwahr, also rechtswidrig ist, kann das Portal nicht beurteilen. Das kann bereits daran liegen, dass das Portal keinen Zugang zu etwaigen Beweismitteln hat. Dem Portal ist anwaltlich zu empfehlen, auch Zweifelsfälle zu löschen. Anders als eine Zeitung kann sich das Portal nicht auf die Qualität der Recherche des Verfassers verlassen und auch nicht inhaltlich auf den Beitrag einwirken, um bspw. unter das Privileg der Verdachtsberichterstattung zu gelangen, ohne sich den Beitrag dadurch zu eigen zu machen und vollumfänglich zu haften. Mit der Entfernung streitiger Beiträge ist dagegen nur ein geringes Risiko verbunden, da dem Anbieter keine Schutzpflichten bezüglich der anderen Nutzer zur Aufrechterhaltung der Information unterstellt werden können.

4.2. **Beispiel: Shopplattform**

Eine Plattform für den Vertrieb von Artikeln mit etwa mehrere Tausend Anbietern und hunderten Artikeln sieht sich immer wieder Lösungsansprüchen diverser Rechteinhaber gegenüber, die sich auf Urheber-, Geschmacksmuster-, Na-

²⁴ BGH v. 27. 3. 2007, VI ZR 101/06 - *Meinungsforum im Internet*, abrufbar unter bundesgerichtshof.de; zur Durchsetzung mittels „virtuellem Hausrecht“ *Maume MMR* 2007, 620.

mens-, Marken- oder Wettbewerbsrecht berufen. Nach der aktuellen Rechtsprechung wäre der Anbieter wohl verpflichtet, bei wiederholten Verstößen durch die Nutzer geeignete Filterprogramme zu installieren oder durch Personal entsprechende Angebote zu sichten. Eine Beurteilung der Fälle ist der Plattform kaum möglich, da es sich um komplizierte rechtliche und tatsächliche Fragen handelt. Die Plattform befindet sich daher in dem Dilemma, entweder die vertraglichen Pflichten gegenüber dem Kunden zu verletzen und sich schadensersatzpflichtig zu machen oder andererseits vom Rechteinhaber zur Verantwortung gezogen werden zu können.

Dabei sind die e-commerce-Anbieter bereits durch die zahllosen Pflichten zur Information und andere gesetzliche Anforderungen erheblich gebremst.

4.3. Beispiel : Falschmeldung im Internet

Ein Betroffener möchte gegen eine geschäftsschädigende Falschmeldung vorgehen. Zu beachten ist hier, dass das Internet sich ständig selbst kopiert. Dies erfolgt nicht nur durch die großen Suchmaschinenbetreiber, die das gesamte indexierte Internet auf ihren eigenen Rechner vorrätig halten, um auf diese Weise eine schnelle Bearbeitung von Suchanfragen gewährleisten zu können. Es gibt auch öffentlich zugängliche Speicherungen der im Internet angezeigten Informationen (beispielsweise archive.org). Für eine weitere Verbreitung sorgen außerdem Foren, Blogger oder Linklisten.

Für den Betroffenen bedeutet dies: Wird eine Falschmeldung nicht sofort verhindert, und bei allen Intermediären gelöscht, ist die Verbreitung und spätere Abrufbarkeit nicht mehr zu kontrollieren. Spätestens wenn Informationen jenseits des hiesigen Rechtsraumes zugänglich gemacht werden, ist eine Löschung kaum noch zu erreichen. Selbst Angebote wie wikipedia entziehen sich auf diese Weise den hiesigen Standards zum Schutz der Persönlichkeitsrechte oder der informationellen Selbstbestimmung.

4.4. Beispiel: Markeninhaber gegen Domaingrabber

Die Verantwortlichkeit der Denic für die von ihr aufrecht erhaltenen Registrierungen von Domainnamen unter der Top-Level-Domain .de hat der BGH auf klare und eindeutige Verstöße reduziert, wobei den Sachbearbeitern der Denic nicht zuzumuten sei, schwierige Fragen des Markenrechts zu beurteilen, so dass regelmäßig die Vorlage einer rechtskräftigen Entscheidung gegen den Domaininhaber erforderlich sei. Dies machen sich Domaingrabber mit einigen Tausend Domains zu nutze, indem

sie ihren Sitz in das EU-Ausland verlegen. Zwar verlangen die Regeln der Denic, dass in diesen Fällen ein administrativer Kontakt mit Sitz in Deutschland als Ansprechpartner zur Verfügung zu stellen ist, der als Ansprechpartner für die Denic verbindlich über den Fortbestand der Registrierung des Domainnamens entscheiden kann. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte beurteilt die Frage jedoch unterschiedlich, ob der administrative Kontakt im Falle von Rechtsverletzungen durch die Rechteinhaber in Anspruch genommen werden kann. Dies führt dazu, dass Rechteinhaber gezwungen sein können, zunächst Urteile gegen den Domaininhaber zu erwirken, obwohl die Erstattung der dadurch entstehenden Kosten gegen den Domaininhaber kaum möglich ist.

5. Mängel des Entwurfes in Art. 1

5.1. Zu § 3 a

Eine Konzentration auf Ebene der Amtsgerichte führt nicht zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung da diese auf der Ebene der Oberlandesgerichte erfolgen müsste. Eine Einschränkung des Forumshopping wäre mit der Novelle nicht verbunden, da das Problem nicht innerhalb eines Landgerichts- oder Oberlandesgerichtsbezirks, sondern in der Auswahl weit entfernter Gerichte mit einer bestimmten Rechtsprechungstendenz besteht. Erforderlich wäre daher die Beschränkung des besonderen Gerichtsstands bei unerlaubten Handlungen und der Verletzung absoluter Rechte bei Klagen gegen Anbieter von elektronischen Informations- und Kommunikationsdiensten / Anbieter von Telemedien / Anbieter von Telemedien nach §§ 8 -10 TMG. Außerdem erscheint fraglich, ob das Forum Shopping für die Entwicklung einer einheitlichen Rechtsprechung vor- oder nachteilig ist. Durch die Konzentration bestimmter Rechtsfragen bei einem Gericht mit einer bestimmten Tendenz ist einerseits eine intensivere Beschäftigung dieses Gerichts mit der Rechtsfrage zu erwarten und außerdem durch die höhere Anzahl von Fällen auch eine große Wahrscheinlichkeit dafür gegeben, dass die Rechtsfrage durch Anrufung der höheren Instanzen geklärt wird. Ohne das Forum Shopping wäre nicht die besondere Rechtsprechung eines Gerichts verhindert, sondern nur die Anzahl der davon betroffenen Rechtsstreitigkeiten.

Was Telemediestreitsachen sind und deren Verhältnis zur Konzentration bei Urheber- oder Kennzeichenstreitsachen ist unklar. Letztere sind bereits den Landgerichten zugewiesen, § 140 MarkenG.

5.2. Zu § 5 Nr. 8:

Jede weitere Pflichtinformation fördert das **Abmahnunwesen** (Beispielsweise weil Änderungen versehentlich nicht gleich im Internetauftritt umgesetzt werden) und das Spam-Aufkommen. Diensteanbieter, die sich einen Vorteil davon versprechen, einen unmittelbaren Kontakt zum Datenschutzbeauftragten zu ermöglichen, können dies bereits jetzt umsetzen und bedürfen keiner Verpflichtung. Nutzer können sich mit allen Belangen an die verantwortliche Person eines Telemedienangebotes wenden, die in den Anbieterinformationen genannt ist. Die Änderung ist daher **überflüssig** und weitet die bereits jetzt viel zu umfangreichen Informationspflichten aus.

Der Begriff Kontaktdaten ist **ungenau**:

- Sind das auch notwendige Angaben für eine elektronische Kontaktaufnahme (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG)?
- Warum reicht ein Kontaktformular nicht aus?
- Wenn die Postanschrift ausreicht, dann ist das kein Mehrwert gegenüber den Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG

5.3. Zu § 7 Abs. 2 – 4 Satz 2

Das Verhältnis der neu einzufügenden Absätze zueinander ist **unklar**, die vorgeschlagenen Regelungen fügen sich nicht in das System der bestehenden Vorschriften ein und berücksichtigen nicht die Rechtspraxis.

Die herrschende Meinung wendet die §§ 8 ff TMG nur im Strafrecht, öffentlichen Recht oder auf Schadensersatzansprüche an. Für die wichtigen Unterlassungsansprüche gelten damit die allgemeinen Regeln, die allerdings von der Rechtsprechung auf die besondere Situation der Diensteanbieter angepasst wurden. Die vorgeschlagenen Regelungen fügen sich nicht in dieses System ein.

Nach § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG-E sollen Pflichten zur Entfernung oder Sperrung zukünftig davon abhängen, dass sich Maßnahmen gegenüber dem verantwortlichen Nutzer als nicht durchführbar oder Erfolg versprechend erweisen und die Entfernung oder Sperrung technisch möglich und zumutbar ist. Nach § 7 Abs. 3 TMG-E soll der Anbieter zur Entfernung oder Sperrung von Informationen erst nach Vorlage eines vollstreckbaren Titels verpflichtet sein. Nach § 7 Abs. 4 Satz 1 TMG n.F. sollen davon Sorgfaltspflichten zur Verhinderung „bestimmter rechtswidriger Tätigkeiten“ un-

berührt bleiben. In diesen Fällen soll sogar eine Informationspflicht gegenüber den „zuständigen Stellen“ entstehen.

§ 7 Abs. 2 und Abs. 3 enthalten zwei unterschiedliche, **nicht aufeinander abgestimmte Einschränkungen** der allgemeinen Regelungen für Unterlassungsansprüche. Zwar ist § 7 Abs. 3 als eigene Verpflichtung formuliert, die Norm stellte jedoch ausdrücklich klar, dass darüber hinausgehende Verpflichtungen zur Entfernung und Sperrung für Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 a nicht bestehen sollen. Daher enthält auch § 7 Abs. 3 eine Einschränkung der allgemeinen Regelungen der Unterlassungspflicht. Dann ist jedoch unklar, ob die Einschränkungen in § 7 Abs. 2 Satz 2 zusätzlich gelten sollen oder alternativ. § 7 Abs. 2 Satz 2 enthält keine eigene Verpflichtung des Diensteanbieters, sondern nur eine Einschränkung der allgemeinen Gesetze in Form einer vorrangigen Inanspruchnahme des „verantwortlichen Nutzers“ sowie der technischen Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Sperrung oder Entfernung. Nachdem § 7 Abs. 3 nach seinem Wortlaut eine weitergehende Verpflichtung zur Entfernung und Sperrung auszuschließen scheint, kann § 7 Abs. 2 Satz 2 nur dann eine sinnvolle Anwendung finden, wenn die Einschränkungen zusätzlich zu den Erfordernissen des § 7 Abs. 3 gelten. Der Betroffene einer Rechtsverletzung müsste also zunächst einen Titel gegen den Anbieter der Information nach § 7 Abs. 1 erwirken, und erst wenn dieser sich als wirkungslos erweist, könnte vom Diensteanbieter eine Entfernung oder Sperrung gefordert werden, soweit technisch möglich und zumutbar.

Kann der Verletzte keinen vollstreckbaren Titel gegen den Inhaltsanbieter erwirken, beispielsweise weil nicht genügend Informationen über den Gegner vorhanden sind, um eine ausreichende Bezeichnung der Partei im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu ermöglichen²⁵, so wäre nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 3 der Diensteanbieter dennoch nicht zur Entfernung oder Sperrung verpflichtet. Dies wiederum erschiene unbillig, so dass wohl eine Anwendung des § 7 Abs. 2 Satz 2 als eine Art Auffangtatbestand vertretbar erschiene.

Hinzu kommt, dass die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Satz 2 unklar gehalten sind. Wann sich Maßnahmen gegenüber dem verantwortlichen Nutzer als nicht durchführbar oder erfolgversprechend erweisen, dürfte Anlass zu erheblichen Diskussionen bieten. Erforderlich scheint nach dieser Vorschrift zumindest zu sein,

²⁵ Vgl. etwa LG Berlin NJW – RR 1998, 713 einerseits und LG Krefeld NJW 1982, 289 andererseits.

dass entsprechende Maßnahmen begonnen wurden und dann gescheitert sind („erweisen“).

Noch problematischer ist § 7 Abs. 4. Danach sollen solche Rechtsvorschriften unberührt bleiben, die dem Diensteanbieter nach pflichtgemäßem Ermessen erwartbare Sorgfaltspflichten auferlegen. Laut der Einzelbegründung soll die Vorschrift dahingehend präzisiert sein, dass durch die Anwendbarkeit allgemeiner Rechtsvorschriften nicht die durch die Novelle gerade aufgehobene Haftungsfälle neu gestellt wird. Dies soll wohl durch § 7 Abs. 4 Satz 3 geschehen, der die analoge Anwendung des Abs. 2 vorschreibt. Gesetzssystematisch würde sich allerdings Satz 3 auf Satz 2 beziehen, also für die Auslegung des Satzes 1 nichts hergeben. Sofern sich § 7 Abs. 4 Satz 3 auf Satz 1 beziehen sollte, wird unklar, weshalb überhaupt zwischen den Rechtsvorschriften nach § 7 Abs. 4 und den allgemeinen Gesetzen nach § 7 Abs. 2 Satz 2 unterschieden wird.

Kleinere **sprachliche Mängel** vermindern die Klarheit der Regelung zusätzlich, beispielsweise wird in § 7 Abs. 2 Satz 2 vom „verantwortlichen Nutzer“ gesprochen, in § 7 Abs. 3 dagegen vom „Anbieter der Information nach Abs. 1“ § 7 Abs. 4 nennt lediglich rechtswidrige Tätigkeiten ausdrücklich, nicht dagegen unzulässige Informationen.

Das Hauptargument gegen die Konzeption im neu vorgeschlagenen § 7 besteht jedoch in der **mangelnden Berücksichtigung der Anbindung** an die Regelungen in §§ 8 bis 10 TMG. Nach § 9 Nr. 5 und § 10 Nr. 2 TMG kann sich der Diensteanbieter auf die Privilegierung nach diesen Vorschriften nur berufen, sofern er nach Kenntnis bestimmter Umstände unverzüglich handelt, um Informationen zu entfernen oder zu sperren. Der neue § 7 Abs. 3 i.V.m. § 7 Abs. 2 Satz 2 beschränkt aber die Verpflichtung des Diensteanbieters hinsichtlich der Entfernung und Sperrung von Informationen auf Fälle, in denen ihm ein vollstreckbarer Titel vorliegt. Entweder gilt § 7 Abs. 3 vorrangig, mit der Folge, dass die Vorschriften des § 9 Nr. 5 und § 10 Nr. 2 TMG ausgehebelt werden, oder es kommt zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass der Diensteanbieter zwar wegen § 7 Abs. 3 und Abs. 2 keine Unterlassung schuldet, wohl aber Schadensersatz nach § 9 Nr. 5 oder § 10 Nr. 2 TMG. Der Diensteanbieter könnte sich also nicht auf § 7 Abs. 2 und 3 verlassen, sondern müsste zur Vermeidung von Schadensersatz spätestens ab Kenntnis handeln.

Europarechtswidrig erscheint dies einerseits unter dem Gesichtspunkt des Gebots effektiven Rechtsschutzes beispielsweise in Urheberrechtssachen zweifelhaft. Ande-

rerseits bestehen Bedenken hinsichtlich der Umsetzung der ECRL. Es erscheint wesentlich einfacher und systemkonformer, die Unterlassungsansprüche ausdrücklich den Regeln der §§ 8 ff. zu unterstellen, anstatt sie einer eigenen Regelung zuzuführen.

Der Entwurf **adressiert nicht die Ausweitung der Haftung** durch das Konzept der zu eigen gemachten Inhalte, der Ausweitung der Gehilfenhaftung, der Etablierung von Verkehrssicherungspflichten für Diensteanbieter sowie die Benachteiligung von solchen Anbietern, die durch Kontrollen ihrer Plattformen Kenntnis zweifelhafter Angebote erhalten und ab diesem Zeitpunkt der Privilegierungen der §§ 8 ff. verlustig gehen können.

5.4. Zu § 7 Abs. 4 Satz 3

Die Rechtsprechung sieht das Nichtbestehen eines der Privilegatsbestände als *anspruchsbegründendes* Merkmal der Verantwortlichkeit an. Damit obliegt dem Anspruchsteller bereits die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass die Privilegien des TMG **nicht** greifen.²⁶ Möglichkeit und Zumutbarkeit von wirksamen Verhinderungsmaßnahmen hat daher nach jetzigem Stand der Kläger zu beweisen. Den Anbieter trifft aber die sekundäre Darlegungs- und Beweislast. Wenn eine nicht darlegungspflichtige Partei die für einen substantiierten Vortrag der anderen Partei notwendigen Informationen im Allgemeinen besitzt oder sich leichter verschaffen kann, soll sie die andere Seite nach den Regeln zur sekundären Darlegungslast nicht durch bloßes Bestreiten in Beweisnot laufen lassen können.²⁷ Da der Kläger keinen Einblick in die technischen Möglichkeiten und die Bedingungen der Zumutbarkeit hat, trifft die Plattform eine sekundäre Beweislast dahingehend, im Einzelnen vorzutragen, welche Schutzmaßnahmen sie ergreifen kann und weshalb weitergehende Maßnahmen unzumutbar sind. Dann hat der Kläger die Möglichkeit zu konkretem Gegenvortrag und vor allem Gelegenheit, in seinen Antrag die erforderlichen Maßnahmen aufzunehmen. Die vorgeschlagene Regelung ist daher überflüssig und ändert am erkannten Problem nichts.

²⁶ So zum TDG 1997: BGH v. 23. 9. 2003, VI ZR 335/02; zum TDG 2001: BGH 10.04.2008, I ZR 227/05 – Namensklau im Internet.

²⁷ vgl. etwa BGH 21.12.2006, I ZB 17/06 – Zugang des Abmahnschreibens, S. 7, BGH vom 14.03.1987, VI ZR 282/85.

5.5. Zu § 8 a:

Suchmaschinen sollen nach dem Vorschlag weitgehend dem Reglement der Übermittlungs- und Zugangsanbieter unterstellt werden. Es fehlt die Ausnahme bei kollusivem Zusammenwirken (§ 8 Abs. 1 Satz 2 TMG)

Dies hätte zur Folge, dass Suchmaschinen selbst dann nicht haften, wenn ihnen klare und eindeutige Verstöße zur Kenntnis gebracht werden. Suchmaschinen wären erst nach Vorliegen eines Urteils gegen den Anbieter der Ursprungsseite verpflichtet, eine Information aus ihrem Index zu nehmen. Es darf bezweifelt werden, ob eine solche Privilegierung sachgerecht wäre.

Die Folge wäre eine **Verschlechterung der jetzigen Situation** für die Betroffenen von ehrverletzenden Äußerungen, geschäftsschädigenden Falschmeldungen etc. Selbst in solchen Fällen, in denen die Suchmaschinenbetreiber derzeit bereit sind, eine Sperrung vorzunehmen, wäre der Betroffene gezwungen, die Gerichte anzurufen.

5.6. Zu § 10 a:

Der vorgeschlagene § 10 a wiederholt hinsichtlich der Anbieter von Hyperlinks fast wörtlich die derzeit für die Speicherung von Informationen nach § 10 TMG geltenden Regelungen. Es hätte daher nahegelegen, lediglich klarzustellen, dass auf das Anbieten von Hyperlinks § 10 TMG Anwendung findet. Ebenso wie bei den Suchmaschinen ist damit das Problem der Nichtanwendbarkeit dieser Privilegierung auf Unterlassungsansprüche ungelöst. Vor allem aber übersieht der Vorschlag ein wesentliches Problem der derzeitigen Rechtslage. Nach dem vorgeschlagenen § 10 a Satz 2 am Ende soll die Privilegierung keine Anwendung finden, sofern der Diensteanbieter eine fremde Information als eigene darstellt. Diese Regelung ist überflüssig, da für eigene Inhalte die Haftungsprivilegien ohnehin nicht gelten, § 7 Abs. 1 TMG. Das damit verbundene Problem der sogenannten **zu Eigen gemachten Inhalte** wird von dem Entwurf jedoch insgesamt nicht angegangen. Auch das regelmäßig falsch zitierte Urteil des Landgerichts Hamburg vom 12.05.1998, 312 O 85/98 – Link, hat keine allgemeine Haftung für Links angenommen, sondern im konkreten Fall eine eigene Aussage des Anbieters der Linkliste durch deren Zusammenstellung angenommen, die durch eine pauschale Distanzierung von den Inhalten nicht rechtmäßig werde. Nachdem eine Verlinkung regelmäßig einen inhaltlichen Bezug zur Verweisquelle aufstellen wird, steht zu befürchten, dass die vorgeschlagene Regelung leer liefe. Sofern auch bezüglich der Hyperlinkanbieter auf Unterlassungsansprüche a-

lein § 7 Abs. 2 bis 4 Anwendung finden sollten, wäre das Erwirken eines gerichtlichen Entscheids, um einen Link auf ein unzulässiges Angebot entfernen zu lassen, in vielen Fällen zu aufwendig.

5.7. Zu § 13 Abs. 1 Nr. 1:

Der Entwurf schlägt vor, dass die Datenschutzinformationen ausdrücklich auch über die Dauer der Verwendung personenbezogener Daten Auskunft zu geben haben. Dies stellt den Anbieter jedoch vor **kaum lösbare Probleme** und dürfte dem Nutzer keine Verbesserung seiner datenschutzrechtlichen Position bringen. Die Speicherdauer für Daten, differenziert nach Bestandsdaten, Nutzungsdaten, Inheldaten und Einwilligungsdaten ist vom Gesetzgeber so uneinheitlich und komplex vorgegeben worden, dass eine transparente und verständliche Information des Nutzers kaum möglich ist. Die Dauer der Verwendung personenbezogener Daten hängt maßgeblich davon ab, in welche Kategorien die Daten fallen. Beispielsweise sind buchhaltungsrelevante Daten 10 Jahre aufzubewahren. An anderen Daten wird der Anbieter zumindest bei drohenden Ansprüchen während der Dauer der Verjährung ein berechtigtes Interesse zur Aufbewahrung haben. Daten, die aufgrund einer Einwilligung verwendet werden, sind ab dem Widerruf der Einwilligung zu löschen, sofern keine anderen Befugnisse zur Aufbewahrung bestehen. Schließlich ist der Beginn von Aufbewahrungsfristen manchmal zweifelhaft. Im Übrigen wäre der Nutzer dann wohl auch zu informieren, ab wann Daten zwar noch beim Anbieter vorhanden, aber gesperrt bleiben. Insbesondere würde durch die Neuregelung das gesetzgeberische Unvermögen, für verständliche und einheitliche Datenschutzbestimmungen zu sorgen, als Abmahnrisiko auf die Anbieter abgewälzt werden. Jeder Fehler in der Information birgt für den Anbieter das **Risiko**, wegen unzulässiger Datenverarbeitung in Anspruch genommen zu werden.

5.8. Zu § 13 Abs. 8:

Jede Verwendung personenbezogener Daten bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Gestattung oder der Einwilligung durch den Nutzer. Dies gilt auch jetzt bereits für Speicherungen auf Endgeräten des Nutzers. Die vorgeschlagene Regelung in Abs. 8 soll darüber hinaus die Speicherung auf dem Endgerät des Nutzers grundsätzlich von der Einwilligung abhängig machen, außer die Speicherung ist für die Erbringung des Dienstes zwingend erforderlich. Die vorgeschlagene Regelung erfasst auch triviale Speichervorgänge wie etwa Cookies, deren Abschaltung dem Nutzer jederzeit möglich ist. Allerdings kann aus dem vorgeschlagenen Entwurf ab-

geleitet werden, dass die Erbringung eines Dienstes nicht von der Gestattung solcher Cookies abhängig gemacht werden darf, da diese regelmäßig nicht zwingend erforderlich sind. In dieser Lesart führt die Regelung zu einem erheblichen Mehraufwand der inländischen Diensteanbieter, dem kein entsprechender Nutzen gegenübersteht (vgl. ErwG 25 der Datenschutzrichtlinie).

5.9. Zu § 14. Abs. 2 Satz 2:

Die Regelung **erscheint zweckmäßig**.

6. Anregungen des Entwurfes für zukünftige Regelungen

6.1. Zur Prüfung einer Regelung der Kostentragung durch den Betroffenen hinsichtlich der ersten Instanz

Ziel einer Novelle sollte es sein, die gerichtliche Inanspruchnahme der Diensteanbieter für fremde Informationen zu begrenzen, eine Regelung der Kostentragung ist dann obsolet. Als Alternative zur Privilegierung ist eine solche Regelung erwägenswert. Allerdings müsste eine solche Regelung im Kontext geprüft werden. Dem Betroffenen muss eine Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes gegen Verletzungen seiner Rechte offenstehen, die nicht von seinen finanziellen Möglichkeiten abhängt, in Vorleistung zu treten, oder ihn zur Erhebung einer Klage zwingt, ohne Aussicht auf jedwede Regressmöglichkeit. Ein weiteres Problem in diesem Zusammenhang sind nur beim Anbieter vorhandene Daten zum Inhalteanbieter, zu denen der Betroffene wohl Zugang bräuchte.

6.2. Notice-and-take-down-Verfahren

Die Einführung eines Notice-and-take-down-Verfahrens ist zweckmäßig in Verbindung einer konzeptionellen Neuregelung der Unterlassungsansprüche. Wesentliche Elemente sollten Transparenz der Kriterien, Transparenz der Praxis sowie ausreichende Schutzmechanismen gegen die sachfremde Inanspruchnahme solcher Verfahren sein. Zu Begrüßen wäre eine Regelung, welche die Intermediäre von der Inanspruchnahme auf Unterlassung und Schadensersatz freistellt, sofern sie ein anerkanntes, bestimmten Anforderungen genügendes Notice-and-take-down-Verfahren bei sich etablieren und anbieten.

7. Anmerkungen zum Beschlussantrag von Bündnis 90/Die Grünen

7.1. Haftung

Hierzu verweisen wir auf die Ausführungen zum Gesetzentwurf der FDP.

7.2. Verbraucherschutz

Die bestehenden Regelungen zur Verhinderung von Spam sind, soweit der Anwendungsbereich des Gesetzes reicht, völlig ausreichend. Das Zusenden unverlangter elektronischer Kommunikation ist in Deutschland verboten und wird regelmäßig von Wettbewerbern oder Betroffenen gerichtlich untersagt. Wünschenswert wären stattdessen handhabbare Vorgaben für die Bestellung elektronischer Werbung. Hier wäre die rechtliche Anerkennung des Double-opt-in oder des Tell-a-friend wünschenswert.

Eine Verringerung des tatsächlichen Spamaufkommens erfordert dagegen internationale Kooperation und die Etablierung international gültiger Regeln oder Standards. Eine höhere Bestrafung derjenigen, die bei ihrer elektronischen Werbung in Deutschland die sehr komplexen Vorgaben nicht immer richtig umsetzen, erscheint dagegen nicht geboten.

7.3. Datenschutz

Die dem Antrag zugrundeliegende Auffassung, bei der elektronischen Einwilligung handele es sich um ein Schlupfloch, gesetzlich nicht gewünschte Verwendungen von Daten zu rechtfertigen, verkennt nicht nur das Grundrecht auf privatautonome Gestaltung des eigenen Lebens, sondern auch die bestehenden gesetzlichen Anforderungen. Die Verwendung personenbezogener Daten auf der Grundlage einer elektronischen Einwilligung ist bereits erheblichen Restriktionen unterworfen. Diese ergeben sich nicht nur aus § 13 TMG, sondern auch aus den allgemeinen Regelungen zur Angemessenheitskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen der §§ 305 ff. BGB. Vereinfacht gesprochen ist eine protokollierte, eindeutige Erklärung des Nutzers erforderlich, die auf einer transparenten Information über den Umfang der Erklärung und die Möglichkeiten des jederzeitigen Widerrufs beruht. Weshalb Dienste nicht erbracht werden dürfen, die einer Einwilligung des Nutzers in die Verwendung seiner Daten bedürfen, erschließt sich nicht. Sofern man werbefinanzierte Dienste nicht grundsätzlich als rechtswidrig empfindet, dürfte ein Nutzer, der sich nach transparenter Information dafür entscheidet, lieber auf ihn zugeschnittene Werbung zu erhalten als andere Werbung, kein Unrecht geschehen.

Der Entstehung gigantischer Sammlungen personenbezogener Daten in privater Hand im In- und Ausland sollte in der Tat dringend mit einer konzeptionellen Überarbeitung des Datenschutzes und der Etablierung internationaler Standards begegnet werden. Das Festhalten am Konzept des Grundsatzes der Datenvermeidung

wird angesichts des Umfanges der entstehenden Datenmengen nicht ausreichen, um die informationelle Selbstbestimmung im Informationszeitalter zu gewährleisten.

Matthias Hartmann

HK2 Rechtsanwälte
Karplatz 7
10117 Berlin