



Stellungnahme  
zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes  
(Telemedienänderungsgesetz), BT-Drs 16/11173

Anhörung des Ausschuss für Wirtschaft und Technologie am 4. März 2009

eBay bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Gesetzentwurf Stellung nehmen zu können, der einige wichtige Fragen für den verlässlichen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikations- und Informationsdienste aufgreift. eBay ist eine der führenden Internetdiensteanbieter sowohl in Deutschland als auch weltweit. eBay verbindet jeden Tag Millionen von Menschen auf der ganzen Welt. Durch global vernetzte Internet-Plattformen ermöglicht eBay es ihnen, über alle Grenzen hinweg miteinander Handel zu treiben und zu kommunizieren sowie Zahlungen zu tätigen und entgegenzunehmen. Seit der Gründung im Jahr 1995 in den USA hat eBay sich kontinuierlich weiterentwickelt und zählt einige der stärksten Marken weltweit zu seinem Unternehmensnetzwerk, darunter eBay, PayPal, Skype, Shopping.com, Kijiji sowie mobile.de.

Der vorliegende Gesetzentwurf greift zwei Themenbereiche auf. Zum einen strebt er an, offene Fragen im Bereich der Verantwortlichkeit von Telemediendiensteanbieter zu regeln, zum anderen neue Regeln zum Datenschutz einzuführen. Dieser Zweiteilung folgt auch unsere Stellungnahme.

## A. Regeln zur Verantwortlichkeit von Internetdiensteanbietern

### I. Vorbemerkung

Der Gesetzentwurf greift mit den vorgeschlagenen Änderungen und Klarstellungen zu den Verantwortlichkeitsregeln für Telemediendiensteanbieter entstandene Rechtsunsicherheiten auf.

Hiervon ist auch eBay betroffen. Der wesentliche von eBay erbrachte Dienst besteht in der Bereitstellung seines Marktplatzes für Verkaufsangebote von Nutzern, die diese unabhängig und ohne Einflussnahme oder Kontrolle von eBay erstellen. Damit qualifiziert sich dieser Teil der Geschäftstätigkeit von eBay anerkanntermaßen als ein Speichern fremder Informationen (Hosting) im Sinne des § 10 TMG.

Dabei unterstützt eBay allerdings durchaus den Ansatz, dass die Verantwortlichkeitsregeln für Telemediendiensteanbieter nicht dazu führen dürfen, dass diese quasi den Kopf in den Sand stecken und eventuell missbräuchliche Nutzungen ihrer Dienste ignorieren, solange sie nicht ausdrücklich durch konkrete Hinweise zum Handeln gezwungen werden. eBay hat selbst ein starkes eigenwirtschaftliches Interesse an einem sauberen, rechtmäßigen Marktplatz, weil nur so Vertrauen der Nutzer entstehen kann, was wiederum Grundstein für eine erfolgreiche wirtschaftliche Entwicklung ist. eBay geht deshalb in seinem Bemühen weit über gesetzliche Pflichten hinaus. Neben präventiven

Maßnahmen, die Missbräuche von vornherein verhindern sollen, bietet eBay eines der am längsten bewährten Meldeverfahren zur Abstellung von Immaterialgüterverletzungen (sog. Notice-and-Takedown-Verfahren) und unternimmt selbst technikgestützte Kontrollen, um eventuelle Rechtsverletzungen unterbinden.

Diese kooperative und auch proaktive Herangehensweise von eBay im Kampf gegen illegale Inhalte und Aktivitäten auf dem Marktplatz wird weithin anerkannt. Dennoch hat es in der Vergangenheit neben Verfahren gegen andere Host Provider auch eine erhebliche Zahl von Gerichtsverfahren, angestrengt durch eine relativ kleine Zahl von Rechteinhabern, gegeben, die eine weitergehende Verantwortlichkeit von eBay durchzusetzen suchten. Dies hat nicht unwesentlich zu der in ihren Details noch immer sehr unübersichtlichen Rechtsprechung beigetragen, die neben der an sich klaren Verantwortlichkeitsregel des § 10 TMG weitreichende Kontroll- und Sorgfaltspflichten für Host Provider etabliert hat (nicht zuletzt durch die inzwischen vier Entscheidungen des BGH zur Haftung von Online-Marktplätzen aus den Jahren 2004 bis 2008 (Internetversteigerung I-III und Jugendgefährdende Medien), die wiederum in der Folge zu vielfältigen Blüten in der unterinstanzlichen Rechtsprechung geführt haben.

Unabhängig von den zwei verschiedenen juristischen Konstruktionen, die zur Begründung für Kontroll- und Sorgfaltspflichten herangezogen wurden - zum einen die Annahme einer Störerhaftung bei Immaterialgüterrechten, zum anderen in der Begründung von „Verkehrssicherungspflichten“ aus dem Wettbewerbsrecht -, ergibt sich jeweils, dass im Mantel von Unterlassungspflichten, die nicht vom Anwendungsbereich der eCommerce-Richtlinie und damit auch nicht von den § 7 ff. TMG erfasst seien, aktive Kontroll- und Sicherungspflichten erschaffen werden. Deren Vereinbarkeit mit dem Ausschluss einer generellen Monitoringpflicht in § 7 Abs. 2 S. 1 TMG ist ebenso unklar wie deren genaue Reichweite und Grenzen. Dies führt zu einer extremen Rechtsunsicherheit, die für alle Beteiligten - nicht nur die Internetdiensteanbieter, sondern auch für die Nutzer dieser Dienste, die möglichen Anspruchsinhaber und nicht zuletzt für die in der Folge intensiv bemühten Gerichte - außerordentlich belastend ist. Das eigentliche Ziel der Regelungen in eCommerce-Richtlinie und Teledienste- bzw. heutigem Telemediengesetz, Rechtssicherheit für die Anbieter von Informations- und Kommunikationsdiensten beim Umgang mit automatisiert verarbeiteten Inhalten Dritter zu erlangen, wird dadurch massiv in Frage gestellt.

Im Einzelnen stellen sich die folgenden Probleme:

- Unklare Reichweite von Kontrollpflichten: Die Rechtsprechung geht davon aus, dass Host Provider nach der Information über einen rechtswidrigen Inhalt diesen nicht nur entfernen müssen, sondern gleichartige Verletzungen auch in Zukunft verhindern müssen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Während dies für die Wiedereinstellung eines identischen Inhalts nachvollziehbar und in vielen Fällen leistbar erscheint, führt die von der Rechtsprechung herangezogene „Kerntheorie“, wonach im Kern wesensgleiche Verletzungen zu verhindern sind, zu enormer Unsicherheit, weil die Grenzziehung des Bereichs, der besonderer Kontrolle zu unterziehen ist, komplett unbestimmt bleibt.
- Unabsehbarkeit von rechtlichen Verpflichtungen: Die in der dogmatischen Konstruktion begründete Natur der gerichtlichen Verpflichtungen als Unterlassungsansprüche führt dazu, dass keine konkreten Handlungspflichten auferlegt, sondern nur eine generelle Pflicht statuiert wird, zukünftige Rechtsverletzungen zu unterbinden, soweit möglich und zumutbar. Damit ist für den Diensteanbieter auch nach Abschluss des Gerichtsverfahrens nicht absehbar, welche Maßnahmen er ergreifen muss. Vielmehr wird diese Festlegung in eine ex-post-Betrachtung in einem eventuellen Vollstreckungsverfahren verlagert, wenn der Anspruchsteller geltend macht, es sei eben nicht alles mögliche und zumutbare geleistet worden. Bis dahin besteht vollständige Rechtsunsicherheit bezüglich der tatsächlichen Pflichten. Es wirft aber auch extreme Probleme auf, wenn diese Festlegung ex post im Einzelfall erfolgt, weil eben keine Gesamtsicht der denkbaren Pflichten erreicht werden kann.

Zudem dürften die als Vollstreckungsgericht agierenden Amtsgerichte mit den notwendigen technisch komplexen Feststellungen, die in jedem Fall einer möglichen Zuwiderhandlung zu wiederholen wären, in der Regel überfordert sein.

- Pflicht zu Darlegung und Beweis einer negativen Tatsache: Die rechtliche Konstruktion führt dazu, dass der in Anspruch genommene Diensteanbieter in jedem Einzelfall darlegen und beweisen muss, dass ihm eine Verhinderung eines Inhalts nicht möglich bzw. zumutbar war. Dies fordert den Beweis einer negativen Tatsache, der in der Sache schon kaum möglich ist, weil er den Ausschluss aller denkbaren Möglichkeiten erfordern würde.
- Ungleichmäßige Verteilung verfügbarer Ressourcen: Die Einzelfallbetrachtung im Vollstreckungsverfahren führt - ebenso schon wie die Auferlegung von Pflichten erst in einem von einem einzelnen angestregten Gerichtsverfahren - zu einer einseitigen Vergabe zwangsläufig begrenzter Ressourcen. Es ist aber entscheidend, dass Diensteanbieter wie eBay ihre erheblichen technischen und personellen Mittel, die sie bereitstellen, dort einsetzen können, wo sie aktuell am dringendsten benötigt werden. Das können heute die Verletzung einer bestimmten Marke durch Produktplagiate sein, die Verletzung eines Urheberrechts und bestimmte Jugendschutzverstöße sein, demnächst sind aber vielleicht Plagiate ganz anderer Marken, illegal angebotene Arzneimittel oder rechtsradikale Inhalte die drängenden Probleme, die besondere Aufmerksamkeit verlangen. Die Flexibilität, hier in enger Abstimmung mit Behörden und Betroffenen auf aktuell drängende Probleme zu reagieren, muss erhalten bleiben, wird aber durch einseitige Verpflichtungen massiv eingeschränkt. Im schlechteren Falle werden Ressourcen für nicht so relevante Themen gebunden, die dann bei wirklich gesellschaftlich wichtigen Themen fehlen.
- Zeitliche Unbegrenztheit von Verpflichtungen: Das Problem wird verschärft dadurch, dass die von den Gerichten verhängten Pflichten in Ewigkeit wirken. So verlangt eine im Jahr 2001 begangene Persönlichkeitsrechtsverletzung in einem damals veröffentlichten Buch heute noch Kontrollmaßnahmen von Internetdiensteanbietern, obwohl sich heute kaum noch jemand für das Buch oder die damals betroffenen Personen interessiert. Auch so werden Ressourcen ineffektiv gebunden.
- Überlagerung von Kontrollaufgaben auf Intermediäre: Die Rechtsprechung erlaubt es einigen Rechteinhabern, die eigene Verfolgung von Rechtsverletzungen gegen die eigentlichen Verletzer einzuschränken und stattdessen die Aufgabe der eigenen Rechtswahrnehmung auf Intermediäre, die selbst nur Opfer der auftretenden Rechtsverletzungen sind, abzuwälzen. Dies widerspricht dem anerkannten Prinzip, dass der Schutz eigener Rechte in erster Linie eine Obliegenheit des begünstigten Rechteinhabers ist, und es belastet den nicht von der Rechtstellung begünstigten Intermediär, der - wie wir ausdrücklich betonen müssen - auch nicht von illegalen Angeboten wie z.B. Produktplagiaten profitiert, da zum einen Gebühren für eventuell rechtsverletzende und deshalb gelöschte Angebote zurückerstattet werden, zum anderen aber die Kosten der Schutzmaßnahmen, vor allem aber der mögliche Vertrauensverlust bei den Kunden jeden denkbaren Umsatz um ein Vielfaches übertreffen. Die größte Schwierigkeit ist aber, dass der Verzicht auf direkte Verfolgung der Verletzer dazu führt, dass das zugrundeliegende Problem nicht beseitigt wird, solange nicht der eigentliche Übeltäter in der realen Welt an der Fortsetzung seines Tuns gehindert wird und eventuelle rechtsverletzende Güter aus dem Verkehr gezogen werden. Die reine Beseitigung des Online-Angebots kann das nicht verhindern.
- Fehlende Anreize oder sogar Fehlanreize für Sicherungsmaßnahmen: Das jetzt entstandene System setzt keinerlei Anreize für Diensteanbieter, selbst mit einer holistischen Perspektive Maßnahmen zur Bekämpfung illegaler Angebote zu setzen. Die ständige latente Gefahr gerichtlicher Auseinandersetzungen führt zu einer zwangsläufigen generellen Abwehrhaltung, sich weitestmöglich von einer Verantwortung für die Nutzung der eigenen Dienste zu distanzieren. Vielmehr können

über die Frage, wann Kenntnis von einer rechtswidrigen Handlung oder einem rechtswidrigen Inhalt erlangt wird, noch besondere Risiken entstehen, wenn man - wie eBay - aus eigenem Antrieb Sicherungs- und Kontrollmaßnahmen durchführt.

- Mögliche Schadensersatzpflichten im zweiten Schritt: Die Unabsehbarkeit der genauen rechtlichen Verpflichtung wird in ihrer Wirkung dadurch verschärft, dass in einem zweiten Schritt als Folge auf einen möglichen Verstoß gegen - erst im Nachhinein definierte Pflichten - auch Schadensersatzpflichten denkbar wären. Inwieweit hier noch die ausdrücklich erwünschte Schutzwirkung der § 7 ff. TMG, die jedenfalls Schadensersatzpflichten von Intermediären als Folge von ihnen unbekanntem Dritthinhalten ausschließen sollten, eingreift, ist aufgrund der dogmatischen Konstruktion über die Etablierung von Prüf- und Verkehrssicherungspflichten durchaus fraglich, bislang gerichtlich jedenfalls noch nicht entschieden. Damit droht die aktuelle Rechtsprechung aber endgültig die angestrebte Schutzwirkung des Telemediengesetzes und der eCommerce-Richtlinie zu untergraben.
- Fliegender Gerichtsstand: Das heutige Verfahrensrecht (§ 32 ZPO) lässt bei Rechtsverletzungen im Internet eine Klage vor jedem deutschen Gericht zu, da der jeweilige rechtsverletzende Inhalt überall abrufbar ist und somit ein „ubiquitärer Tatort“ gegeben ist. Dieser fliegende Gerichtsstand erlaubt dem jeweiligen Kläger bzw. Antragssteller die freie Auswahl des für ihn günstigsten Gerichts (sog. forum shopping). In der Praxis führt dies zu einer Konzentration an solchen Gerichten, die sich in der Vergangenheit als besonders radikal in den von ihnen gegen Internetanbieter ausgesprochenen Verpflichtungen erwiesen haben. Die Häufung solcher Urteile führt aber auf Dauer zu einer Radikalisierung der Rechtsprechung, die nicht aus einem besonderen Sachverstand gespeist wird und jedenfalls den Prinzipien prozessualer Fairness widerspricht. Das Problem wird verschärft durch den Umstand, dass die Konzentration auf wenige Gerichte verhindert, dass überhaupt ein heterogenes Bild der Rechtsprechung von Untergerichten entstehen kann, so dass unberechtigt eine „gefestigte Rechtsprechung“ angenommen werden kann, ohne dass überhaupt entscheidende Rechtsfragen noch den Bundesgerichtshof erreichen.

Ziel einer gesetzlichen Neuregelung sollte daher sein, die beschriebenen Probleme zu beseitigen oder zumindest zu beschränken. Der jetzt vorliegende Gesetzesvorschlag geht dabei in die richtige Richtung, könnte aber im Detail noch verbessert werden.

#### Einfügung eines § 3a TMG („Sachliche Zuständigkeit“)

Es ist lobenswert, dass der Gesetzentwurf mit dem vorgeschlagenen §3a TMG versucht, zumindest teilweise Unklarheiten über gerichtliche Zuständigkeiten und die daraus resultierenden Schwächen der Rechtsprechung zu adressieren.

Die vorgeschlagene Ergänzung dürfte am Ende aber doch nur wenig Einfluss auf die zuvor dargestellten Probleme in diesem Bereich haben. Zunächst handelt es sich hierbei in erster Linie um ein Problem der örtlichen Zuständigkeit, da die ubiquitäre Verfügbarkeit des Internets nach den heutigen Regeln dem Kläger die Wahl jedes beliebigen Gerichts erlaubt. Dies würde durch die Schaffung einer sachlichen Spezialzuständigkeit nicht geändert. Es könnte immer noch zur Konzentration an bestimmten, besonders klägerfreundlichen Gerichten kommen und dadurch eine ausgeglichene Rechtsentwicklung verhindert werden.

Darüber hinaus greift die Begrenzung der Regelung für sachliche Spezialzuständigkeiten auf Amtsgerichte zu kurz, weil die meisten Streitigkeiten, etwa im Immaterialgüter- oder Wettbewerbsrecht aufgrund höherer Streitwerte bei den Landgerichten anhängig sind. Hier erscheint aber die Bildung von Spezialkammern, möglicherweise sogar landgerichtsbezirkübergreifend ebenfalls sinnvoll, wenn es darum geht, auf den Umgang mit internetbezogenen Sachverhalten spezialisierte Spruchkörper zu schaffen.

### Änderung bzw. Ergänzung des § 7 Abs. 2 TMG

Die in § 7 Abs. 2 TMG vorgesehenen Ergänzungen und Klarstellungen sind ausdrücklich zu begrüßen. Sie greifen gleich eine ganze Reihe der oben dargestellten Problemlagen durch verschiedene Maßnahmen auf. Die Regelung bedient sich dabei vier Stellschrauben, deren Bedeutung und Auswirkung im Folgenden einzeln untersucht werden sollen:

- Subsidiarität: Durch die Einfügung des ersten Teils des neu eingefügten Bedingungssatzes in § 7 Abs. 2 S. 2 TMG wird eine Subsidiarität der Inanspruchnahme des Intermediärs gegenüber dem eigentlichen Verletzer eingeführt. Dies folgt nicht nur einem berechtigten Abgleich des Grads der Beteiligung (der Intermediär ist eben selbst nicht Tatbeteiligter, sondern bestenfalls nicht schuldhaft handelnder Störer), es dient vor allem dem übergeordneten Interesse, dass tatsächlich eine Rechtsverfolgung, wo möglich, gegenüber dem Verletzer erfolgt, um diesen nachhaltig und dauerhaft von weiteren Rechtsverletzungen abzuhalten. Die Ausgestaltung der Subsidiarität, wie sie in Abs. 2 vorgesehen ist, schafft auch keine unzumutbare Belastung der Betroffenen, da (anders als in Abs. 3, der insofern umstrittener sein dürfte) nicht die umfassende Durchführung rechtlicher Maßnahmen erforderlich ist, wenn diese von vornherein aussichtslos erscheinen. Schließlich bleibt gegen früher geäußerte Bedenken, dass das Zivilrecht anders als das öffentliche Recht das Prinzip der Subsidiarität nicht kenne, auf entsprechende Konstruktionen etwa im Bereich der Bürgschaft, im Erb- und Unterhaltsrecht, im Mietrecht oder im Amtshaftungsrecht zu verweisen.
- Begrenzung auf konkrete Rechtsverletzung: Das Gesetz greift durch die Einfügung des Wortes „vorhandener“ vor „Informationen“ in Satz 2 des Absatz 2 auch das Problem der unbestimmten Reichweite heute von der Rechtsprechung etablierter Kontrollpflichten auf, indem solche Pflichten konkret auf bereits vorhandene Informationen beschränkt werden. Zugleich wird hiermit auch das zuvor dargestellte Problem der unbegrenzt in die Zukunft reichenden Kontrollpflichten gelöst und ein angemessener Interessenausgleich zwischen Mitwirkungspflichten zur Beseitigung konkret festgestellter Rechtsverletzungen auf der einen Seite und der eigenen Kontrollobliegenheit des von einem Recht Begünstigten geschaffen. In jedem Fall - auch bei eventuell noch erfolgenden Anpassungen - ist es sehr wichtig, dass eine Formulierung an dieser Stelle eindeutig zum Ausdruck bringt, dass jede Kontrollpflicht nur auf eine klar definierte Rechtsverletzung erstreckt werden kann.
- Festlegung von Pflichten zumindest im Hauptsacheverfahren: Die generelle Problematik, die entsteht, wenn Gerichte bezogen auf Einzelfälle über Prüf- und Kontrollpflichten entscheiden, die in der Gesamtschau aber zu kaum mehr handhabbaren allgemeinen Überwachungspflichten werden, wurde eingangs dargestellt. Dies könnte nur durch einen Vorbehalt solcher Festlegungen für den Gesetzgeber erreicht werden, wie es ansatzweise im vorgeschlagenen Absatz 4 angelegt ist (siehe dort). Der zweite Teil des in Satz 2 eingefügten Bedingungssatzes bewirkt aber zumindest, dass die Frage der technischen Möglichkeit und Zumutbarkeit und damit die Frage, welche Maßnahmen denn zu ergreifen sind, zum Tatbestandsmerkmal werden und somit bereits im Erkenntnisverfahren vor einem Urteilsspruch zu erörtern sind. Es wird also die aktuell bestehende Verlagerung dieser Fragen ins Vollstreckungsverfahren vermieden. Dies ist ein wesentlicher Beitrag zu mehr Rechtsklarheit, die dann durch eine entsprechend eindeutige Tenorierung im Urteil nach Erörterung im Erkenntnisverfahren erreicht werden kann, und ist deshalb nachdrücklich zu unterstützen.
- Regelung der Darlegungs- und Beweislast: Derselbe Satzteil bewirkt schließlich, dass die zur Zeit bestehende Problematik, dass der Internetdiensteanbieter die technische Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit als negative Tatsache ins Verfahren einbringen, d.h. darlegen und im Bestreitensfall auch beweisen muss, aufgelöst wird. Richtigerweise wird nun der Antragsteller bzw. Kläger verpflichtet, zunächst zu

den von ihm gewünschten Sicherungsmaßnahmen vorzutragen, wodurch der Streit konkretisiert wird und somit fokussiert über Durchführbarkeit und Wirkung der konkreten Maßnahme geführt werden kann. Eine solche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ist damit nicht nur angemessen, sondern auch der allen Parteien nutzbringenden Rechtssicherheit dienlich. Dem möglichen Gegenargument, dass dem Antragsteller bzw. Kläger hiermit eine übermäßige Last aufgebürdet würde, die er mangels interner Kenntnisse nicht erfüllen könne, kann mit dem im bestehenden Verfahrensrecht etablierten Konzepten einer Pflicht des Prozessgegners zum substantiierten Gegenvortrag oder gar einer „sekundären“ Darlegungs- und Beweislast im Falle interner Kenntnisse begegnet werden. Dies stünde der gebotenen Änderung, wie sie in diesem Gesetzesvorschlag vorgesehen ist, also nicht entgegen.

In der Summe sind somit die vorgeschlagenen Änderungen in § 7 Abs. 2 TMG ausgesprochen geeignet, um viele der eingangs beschriebenen Probleme, die durch die aktuell sich entwickelnde Rechtsprechung entstehen, einzuschränken oder gar zu lösen. Der Vorschlag ist damit ausdrücklich unterstützenswert. Angesichts der aktuell großen Rechtsunsicherheit ist es auch unbedingt zu wünschen, dass zumindest diese Änderungen in § 7 Abs. 2 TMG (zusammen mit den Regeln zu Suchmaschinen und Hyperlinks), die in die gleiche Richtung wie Überlegungen in den Fachministerien weisen, noch mit dieser Gesetzesinitiative in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden. Es würde erheblichen Schaden verursachen und die lähmende Rechtsunsicherheit unnötig verlängern, würde man mit den von allen Seiten als notwendig erkannten Schritten noch bis zur nächsten Legislaturperiode warten.

#### Einfügung eines § 7 Abs. 3 TMG

Die in einem neuen Absatz 3 des § 7 TMG vorgesehene Ergänzung erscheint von der richtigen Absicht getragen, mehr Rechtssicherheit für Diensteanbieter zu erreichen und zudem das Subsidiaritätsprinzip in voller Konsequenz durchzusetzen, indem zunächst immer erst ein vollstreckbarer Titel gegen den eigentlichen Informationsanbieter erwirkt werden müsste, durch den einerseits die Rechtsverletzung klar dokumentiert und andererseits der Versuch der Inanspruchnahme belegt wäre.

Diese Vorgabe geht aber möglicherweise doch über ein praktikables Maß für die in berechtigten Interessen Verletzten hinaus. Es erscheint fraglich, ob eine so weitgehende und recht formale Vorgabe über das bereits durch die Ergänzungen in Absatz 2 geregelte Prinzip hinaus, das zunächst den Versuch rechtlicher Schritte gegen den eigentlichen Verletzer erfordert, notwendig und in jedem Fall angemessen ist.

Um eine von allen Seiten tragbare Lösung für die aktuell für alle Beteiligten rechtsunsichere Situation zu erreichen, erscheint es bedenkenswert, auf den vorgeschlagenen Absatz 3 zu verzichten.

#### Einfügung eines § 7 Abs. 4 TMG

Der vorgeschlagene neue Abs. 4 in § 7 TMG greift den ebenfalls von der Rechtsprechung entwickelten Gedanken von Sorgfaltspflichten von Telemedienanbietern auf. Dabei ist zunächst ausdrücklich die Klarstellung zu begrüßen, dass solche Sorgfaltspflichten eben nicht in freier Rechtsschaffung in einer ex-post-Betrachtung eines Einzelfalls entwickelt werden können, weil hierdurch jede Vorhersehbarkeit für den Diensteanbieter genommen ist, sondern eine solche Festlegung ex ante durch gesetzliche Maßnahmen erfolgen muss. Wegen der hohen Bedeutung solcher Festlegungen, bei denen es in der Regel um die Abgrenzung der Grundrechte der Meinungsfreiheit zur Reichweite anderer Schutzrechte geht, sollte - anders als bislang formuliert - eine solche Festlegung nicht durch jede Art von Rechtsvorschrift, sondern nur durch formales Gesetz erfolgen können.

Ob allerdings gesetzliche Regeln zum einen den vielfältigen Angeboten im Internet, zum anderen aber auch der stetigen rasanten Entwicklung in der Informationstechnik Rechnung tragen können, erscheint fraglich. Deshalb erscheint es sehr viel wichtiger, Anreize zu freiwilligen Maßnahmen von Internetdiensteanbietern zur Bekämpfung illegaler Aktivitäten zu schaffen. Diese könnten etwa in einem hohen Standards genügenden Notice-and-Takedown-Verfahren, gegebenenfalls aber auch proaktiven Kontrollmechanismen oder sonstigen Sicherungsmaßnahmen bestehen. Entscheidend ist, dass solche Maßnahmen in keinem Falle zu einer Benachteiligung solch vorsorgender Diensteanbieter führt, weil an die eventuelle Kenntnisnahme potentiell rechtswidriger Inhalte nachteilige Rechtsfolgen gekoppelt sind. Im Gegensatz müssten solche Maßnahmen an positive Anreize geknüpft werden, die insbesondere an bestimmte Privilegierungen gegenüber weitergehender Haftung bestehen könnte. So könnte für die Anbieter, die sich entscheiden, bestimmten Standards genügende Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen, die Gefahr gebannt werden, vor Gericht zu anderen, von ihnen nicht vorhersehbaren und möglicherweise weniger sachgerechten Maßnahmen verpflichtet zu werden. Hierzu enthält der vorliegende Gesetzentwurf leider keinen Ansatz. Dies sollte kein Grund sein, jetzt nicht die in Abs. 2 vorgesehenen positiven Veränderungen vorzunehmen; weitere Schritte in der skizzierten Form sollten aber bald folgen.

Von diesen grundsätzlichen Erwägungen, die den Wert der vorgelegten Regel zweifelhaft erscheinen lassen, abgesehen, enthält die Norm aber auch einige Defizite im Detail:

- So ist bereits verfehlt, dass als denkbare Sorgfaltspflichten ausgerechnet solche hervorgehoben werden, die darauf zielen, „bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern“. Denn gerade solche Sorgfaltspflichten dürften vor dem Hintergrund des allgemeinen Monitoring-Verbots in der eCommerce-Richtlinie wie auch in § 7 Abs. 2 TMG kaum etablierbar sein. Sofern man durch formales Gesetz bestimmte Mindeststandards etablieren will, sollte man einer breiteren Vielfalt von denkbaren Sicherungsmaßnahmen Raum lassen.
- Die in Satz 2 des Abs. 4 vorgesehene Notifizierungspflicht der „zuständige[n] Stelle“, wenn Kenntnis einer vermutlich rechtswidrigen Tat erlangt wird, ist völlig unpraktikabel. Nicht nur bleibt völlig unklar, wer zuständige Stelle ist - dies in jedem Einzelfall zu ermitteln, wäre wohl kaum zumutbar -, die völlige Unbegrenztheit einer solchen Notifizierung auf jeden Fall einer irgendwie gearteten „vermutlich rechtswidrigen Tätigkeit“ könnte zu einer unkontrollierbaren Flut von Meldungen führen. Im Rahmen der von eBay bereits vorgenommenen proaktiven Kontrollen löscht eBay täglich (!) tausende von Listings wegen des Verdachts auf einen Verstoß gegen eBay-eigene Regeln, die aber oft auch einen sonstigen Rechtsverstoß darstellen können. Es erscheint schwer vorstellbar, dass irgendeine Behörde in Deutschland in der Lage wäre oder auch nur Interesse hätte, hierüber in jedem Einzelfall informiert zu werden, zumal eBay ja wiederum nur einer von vielen anderen Diensten ist, bei denen es - etwa im Bereich von Videoportalen - sicher zu einer mindestens vergleichbaren Zahl von potentiellen Regel- oder Rechtsverstößen kommt.
- Der Verweis auf Absatz 2 in Satz 3 des Abs. 4 ist wohl gedacht, um die in Absatz 2 aufgestellten Grenzen von Kontrollpflichten auch in den Absatz 4 zu übertragen. Die genaue Tragweite bleibt aber unklar.
- Die Bedeutung von Satz 4, der noch einmal die Frage einer Darlegungs- und Beweislast anspricht, bleibt in diesem Zusammenhang ebenfalls unklar, weil es nach Satz 1 ja gerade nicht um von Gerichten auferlegte Sorgfaltspflichten geht (bei denen es überhaupt nur einen „Antragsteller“ geben kann, wie er in Satz 4 bezeichnet wird, und wo es auch nur auf Darlegungs- und Beweislasten ankommen könnte), sondern um gesetzliche Vorgaben. Die Regelung des Satz 4, deren Inten-

tion doch eher eine Grenzziehung sein sollte, höhlt so schon eher den mit Satz 1 des Abs. 4 vorgesehenen Gesetzesvorbehalt aus, da verwischt wird, durch wen Sorgfaltspflichten definiert werden können.

Abschließend erscheint es daher angebracht, angesichts der zahlreichen Unklarheiten der vorgeschlagenen Regelung zumindest zunächst auf den gesamten Absatz 4 wie schon auf Absatz 3 zu verzichten und sich zunächst auf die richtigen und hilfreichen Klarstellungen innerhalb des Absatzes 2 zu beschränken.

#### Einfügung eines § 8a TMG (Suchmaschinen)

Die vorgeschlagene Änderung wird unterstützt, da sie zur Klärung der Verantwortlichkeit von Suchmaschinen beiträgt.

#### Änderung des § 10 TMG

- keine Anmerkung -

#### Einfügung eines § 10a TMG (Hyperlinks)

Die vorgesehene Änderung wird unterstützt, da sie in angemessener Form zur Klärung der bislang oft umstrittenen Verantwortlichkeit für den Inhalt verlinkter Seiten beiträgt.

### B. Regeln zum Datenschutz

#### Ergänzung des § 5 TMG (Kontakt Daten des Datenschutzbeauftragten)

Die geplante Ergänzung der Informationspflichten um die Angabe von Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten (DSB) scheint zunächst von einem nachvollziehbaren Streben nach größerer Transparenz für Nutzer eines Telemediums motiviert. Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine solche öffentliche Rolle der Funktion des DSB entspricht. Die Aufgaben des DSB sind in § 4g BDSG definiert. Danach hat er auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften hinzuwirken und dabei insbesondere erstens „die ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen, zu überwachen; zu diesem Zweck ist er über Vorhaben der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten rechtzeitig zu unterrichten,“ und zweitens „die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen durch geeignete Maßnahmen mit den Vorschriften dieses Gesetzes sowie anderen Vorschriften über den Datenschutz und mit den jeweiligen besonderen Erfordernissen des Datenschutzes vertraut zu machen.“

Diese gesetzliche Tätigkeitsbeschreibung macht deutlich, dass die Aufgabe des DSB eine nach innen gerichtete Koordinations- und Überwachungsfunktion ist. Als Außenkontakt sieht das Gesetz nur vor, dass sich der DSB zur Wahrnehmung seiner Aufgabe „in Zweifelsfällen an die für die Datenschutzkontrolle bei der verantwortlichen Stelle zuständige Behörde wenden“ kann. Das Gesetz sieht aber in keiner Weise vor, dass der Datenschutzbeauftragte Ansprechpartner und Kontaktperson für die Öffentlichkeit oder Vertragspartner des verantwortlichen Unternehmens sein soll. Dies ist auch dringend erforderlich, da es der wichtigen Rolle als unabhängiger Berater und Kontrolleur für Datenschutzfragen innerhalb der jeweiligen Organisation abträglich wäre, wenn der

DSB zugleich in das möglicherweise konfliktgeprägte Verhältnis zwischen Unternehmen und seinen Vertragspartnern hineingezogen würde. So sieht auch das BDSG etwa bei der Frage eines Auskunftsanspruchs Betroffener über gespeicherte Daten keine Rolle des DSB vor; der Anspruch ist gegen und direkt an das Unternehmen zu richten. Insofern führt die Pflicht zur Angabe von Kontaktdaten eines DSB eher in die Irre, wer richtiger Adressat bei datenschutzbezogenen Anfragen ist.

#### Änderung des § 13 Abs. 1 TMG (Unterrichtungspflichten)

Der bisherige § 13 Abs. 1 TMG soll durch die vorgeschlagene Formulierung nur geringfügig verändert werden. Auch heute bestehen entsprechende Unterrichtungspflichten; es wird hier nur die Struktur verändert und eine weitere Informationspflicht eingeführt.

Die vorgeschlagene neue Struktur ist im Satzbau verunglückt, da zwei verschiedene Verben in einem Satz verwandt werden („zu informieren“ im Obersatz, „in allgemein verständlicher Form zu unterrichten“ im Satzteil unter 2.). Dies ist natürlich zu korrigieren, wobei eindeutig die auch bisher im Gesetz verwandte Formulierung „in verständlicher Form zu unterrichten“ vorzugswürdig erscheint, weil hierzu bereits eine etablierte Praxis besteht und so Rechtsunsicherheiten vermieden werden.

Die dann noch vorgesehene Erweiterung der Unterrichtungspflicht in Hinsicht darauf, „wie lange“ Daten erhoben, verarbeitet und genutzt werden, erscheint auf den ersten Blick nachvollziehbar, führt in der Praxis allerdings zu kaum absehbaren Schwierigkeiten. Denn in den meisten Fällen ist im Zeitpunkt der Erhebung der Daten genau diese Information nicht sicher vorab feststellbar, weil sie oftmals von der weiteren Nutzung und späteren Ereignissen abhängig ist. So ist nicht absehbar, ob eventuelle spätere Geschäftsabschlüsse vertrags-, steuer- oder handelsrechtliche Dokumentationspflichten auslösen. Weitere Speicherpflichten können sich nutzungsabhängig aus Vorgaben der Speicherung von TK-Verbindungsdaten ergeben. Es ist praktisch nicht möglich, diese verschiedenen Bedingungen in einer Datenschutzmitteilung entsprechend differenziert darzustellen, ohne insbesondere auch die Wahrnehmungsfähigkeit des Nutzers zu überfordern. In der Regel wird daher vorab überhaupt nur eine sehr allgemeine Information möglich sein, dass Daten nur solange gespeichert und verwendet werden, wie dies für vertragliche oder andere gesetzliche Zwecke erforderlich ist. Dies folgt aber schon aus allgemeinen datenschutzrechtlichen Prinzipien und Gesetzen. Ein Mehrwert für den Nutzer durch eine entsprechende Information ist nicht erkennbar.

Um aber nicht ohne erkennbaren Gewinn zusätzliche Rechtsunsicherheiten zu schaffen, empfehlen wir, auf die vorgeschlagene Veränderung des § 13 Abs. 1 TMG insgesamt zu verzichten und bei der bewährten bisherigen Fassung zu bleiben.

#### Einfügung eines § 13 Abs. 8 TMG (Cookies)

Die vorgeschlagene Regelung in § 13 Abs. 8 TMG zielt auf eine Stärkung der Nutzerautonomie bei der Verwendung von sog. Cookies ab, d.h. auf dem Endgerät des Nutzer zwischengespeicherte Daten, die die Erbringung von Diensten erlaubt und etwa Voreinstellungen bei deren Nutzung speichern. Diese Cookies werden von Internetdiensteanbietern in erster Linie genutzt werden, um die Dienstenutzung zu erleichtern, für den Verbraucher also komfortabler zu gestalten, sowie die Internetsicherheit zu erhöhen.

Das grundsätzliche Ziel der Nutzerautonomie ist zu befürworten. Das hier vorgeschlagene Modell einer immer vorab geltenden Hinweispflicht mit jederzeitiger individueller Widerspruchsmöglichkeit gegenüber dem jeweiligen Diensteanbieter verfehlt das verfolgte Ziel jedoch, da es vor allem für den Nutzer kaum praktikabel ist. Denn nicht nur würde er mit einer Flut von Hinweisen auf Cookie-Verwendungen in der Dienstenut-

zung massiv behindert werden (der sehr eng formulierte Ausnahmetatbestand in Satz 2, der nur „zwingend“ erforderliche Speicherungen ohne ein solches Prozedere erlauben würde, ist hier keine Hilfe), eine Einschränkung der Cookie-Verwendung durch Widersprüche würden einen kaum beherrschbaren Aufwand für den Nutzer verursachen. Denn er müsste diese Erklärung jedem Dienst gegenüber einzeln abgeben und, sofern es sich nicht Dienste mit Registrierung handelt, die eine Wiedererkennung bei erneuter Nutzung erlauben, auch jedes Mal bei erneutem Aufruf. So müsste zum Beispiel der Aufruf einer elektronischen Zeitungsseite im Netz jeweils mit Akzeptanz einer Beherrschungsseite und danach vorgenommenem Widerspruch beginnen - und das bei jedem erneuten Aufruf im Laufe eines Tages, da der Diensteanbieter den Nutzer höchstens anhand seines Endgerätes wiedererkennen könnte, hierfür aber wiederum einen Cookie setzen müsste, was aber gerade nicht erlaubt wäre.

Der viel praktikablere und deshalb weit hochwertigere Schutz ist hingegen heute schon über die Einstellungen des vom Nutzer verwandten Browsers verfügbar. Hier kann er - z.B. im am weitest verbreiteten „Explorer“ von Microsoft - in den Sicherheitseinstellungen ganz individuelle Einstellungen zur akzeptierten Cookie-Verwendung vornehmen, die dann ohne weiteres für alle aufgerufenen Webseiten Geltung hat. Im Rahmen des weitest verbreiteten Browsers, dem Explorer von Microsoft, stehen hierfür allein sechs vordefinierte Sicherheitsstufen zur Verfügung, die darüber hinaus noch ganz individuell angepasst werden können, u.a. dadurch, dass vertrauenswürdige Seiten definiert werden, für die weitergehende Rechte festgelegt werden können.

Damit sind heute bestmögliche Voraussetzungen für eine nutzerautonome Gestaltung der Cookie-Nutzung gegeben. Die einzig sinnvolle Maßnahme - anstelle einer die Nutzerposition nur verschlechternden gesetzlichen Regelung - läge daher in einer noch verstärkten Information der Nutzer über diese bestehenden Möglichkeiten.

#### Einfügung eines § 14 Abs 2 Satz 2 TMG:

Die Zielrichtung der klarstellenden Ergänzung, die eine Entschädigungsmöglichkeit bei fremdnütziger Auskunftserteilung eröffnet, ist grundsätzlich zu begrüßen. Es mag allerdings fraglich sein, ob die datenschutzrechtliche Regelung des § 14 Abs. 2 TMG, die nur die Erlaubnis zur Datenweitergabe im genannten Fall schafft, aber keine solche Pflicht etabliert, der richtige Ort für eine derartige Regelung ist, oder ob Entsprechendes, wenn gewollt, nicht in den jeweiligen eine Auskunftspflicht etablierenden Spezialgesetzen geregelt werden müsste.

eBay arbeitet im Übrigen eng mit staatlichen Stellen, aber auch Rechteinhabern zusammen, um missbräuchliche Nutzungen des eBay-Marktplatzes zu unterbinden und eine angemessene Rechtsverfolgung zu gewährleisten. Im Regelfall verzichten wir hierbei auf die Geltendmachung eines finanziellen Ausgleichs, da wir die von uns unterstützte Verfolgungsarbeit nicht unnötig belasten wollen und hierfür auch auf eventuell zustehende Ansprüche verzichten, solange grundlegende datenschutzrechtliche Prinzipien und das Ziel einer möglichst effektiven und effizienten Zusammenarbeit von allen Seiten berücksichtigt wird. Letzteres ist im Interesse einer bestmöglichen Zielerreichung wichtiger als eventuelle Aufwandsentschädigungen.

Europarc-Dreilinden, den 25. Februar 2009

Kontakt:

Dr. Wolf Osthaus

Legislative Counsel Europe & Head of Government Relations Germany  
eBay GmbH, Marktplatz 1, 14532 Europarc Dreilinden