

## **Stellungnahme**

Berlin, den 27.02.2009

***Gesetzentwurf der FDP-Fraktion für ein ... Gesetz zur Änderung des  
Telemediengesetzes  
(... Telemedienänderungsgesetz - ...TMÄndG) - Drs. 16/11173***

***Öffentliche Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen  
Bundestages am 04. März 2009***

eco - Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V. versteht sich als Interessenvertreter und Förderer aller Unternehmen, die mit oder im Internet wirtschaftliche Wertschöpfung betreiben. Der Verband vertritt über 400 Mitglieder. Hierzu zählen unter anderem ISP (Internet Service Provider), ASP (Application Service Provider), Carrier, Hard- und Softwarelieferanten, Content- und Service-Anbieter sowie Kommunikationsunternehmen.

Das Telemediengesetz ist am 01.03.2007 in Kraft getreten. Die Verantwortlichkeitsregeln (§§ 7-10 TMG) sind darin aus §§ 5-11 TDG und §§ 6-9 MDStV unverändert übernommen worden, obwohl insbesondere die TK-Wirtschaftsverbände aufgrund der BGH-Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit von Internetauktionshäusern übereinstimmend für die Aufnahme klarstellender Regelungen auf diesem Gebiet eingetreten waren. Die Forderung wurde mit der Rechtsprechung des BGH zur Verantwortlichkeit von Internetauktionshäusern begründet (BGH v. 11.03.2004 „Internetversteigerung I“, noch weitgehender später BGH v. 19.04.2007 „Internetversteigerung II“). Die Bundesregierung hatte diese Bedenken damals ernst genommen, Änderungsüberlegungen im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsverfahrens jedoch zurückgestellt, da diese „im Bereich der Verantwortlichkeit (...) sorgfältiger Prüfung (bedürften), besonders wenn die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber und der Diensteanbieter abgewogen werden“ müssten (Begründung Telemediengesetz).

Im Sommer 2007 wandte sich das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie an die von den einschlägigen Regelungen betroffenen Wirtschaftskreise (Diensteanbieter, Rechteinhaber und Verbraucher) und rief zu Stellungnahmen zu einem detaillierten Fragenkatalog auf. Dies sollte dazu dienen, einen

eco  
Verband der deutschen  
Internetwirtschaft e.V.  
Marienstraße 12  
10117 Berlin

Fon + 49 (0) 30-24 08 36-96  
Fax + 49 (0) 30-24 08 36-97  
info@eco.de  
www.eco.de

Beurteilungsmaßstab für mögliche Verbesserungen der Haftungsregeln im TMG zu erhalten. eco beteiligte sich mit einer eigenen Stellungnahme.<sup>1</sup>

Die Fraktion der FDP hat nun Ende 2008 einen eigenen Entwurf für ein Telemedienänderungsgesetz vorgelegt, der sich insbesondere auf die Haftungsregeln der §§ 7-10 TMG konzentriert. eco nimmt die Gelegenheit gerne wahr, anlässlich der Anhörung im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages zu diesem Entwurf Stellung zu nehmen.

### **Kernpunkte im Überblick:**

- eco unterstützt den mit dem vorgelegten FDP-Entwurf verfolgten Zweck, das TMG teilweise zu überarbeiten und dadurch eine verbesserte Rechtssicherheit für die Diensteanbieter zu schaffen.
- eco erachtet die Verankerung des Prinzips der Subsidiarität, dass eine nachrangige Inanspruchnahme der lediglich vermittelnden bzw. zwischengeschalteten Diensteanbieter gewährleistet, im TMG für erforderlich. Insofern wird die Regelung des § 7 Abs. 2, S. 2 TMG-E als sinnvoll erachtet.
- eco sieht zugunsten der Rechtssicherheit einen erheblichen gesetzgeberischen Handlungs- und Klarstellungsbedarf zur Haftung der Diensteanbieter. Es muss ausgeschlossen sein, dass die in der BGH Rechtsprechung zu Internetversteigerungen aufgestellten Grundsätze auch auf andere, nicht mit Internetversteigerungen vergleichbare Bereiche, unreflektiert übertragen werden. Die etablierten Regelungen der ECRL und des TMG, insbesondere das Verbot einer allgemeinen Überwachungspflicht in Art. 15 ECRL, dürfen nicht aufgeweicht werden. Die vorgeschlagenen Regelungen im FDP-Entwurf stellen einen sinnvollen Ansatz dar, diese Tendenzen zu korrigieren und gesetzlich klarzustellen. Es besteht jedoch weitergehender Handlungs- bzw. Diskussionsbedarf, insbesondere ist die Regelung des § 7 Abs. 4 TMG-E unklar gefasst.
- eco fordert zugunsten der Rechtssicherheit zudem seit langem eine Regelung für Suchmaschinen und Hyperlinks im TMG. Es ist nicht ersichtlich, warum Suchmaschinen und Hyperlinks, die wesentlich zur Funktionalität des Internet beitragen und ebenfalls als Diensteanbieter nur Zugang zu fremden Inhalten vermitteln, haftungsrechtlich schlechter gestellt sein sollen als die ausdrücklich genannten Access-, Cache-, und Hostprovider. Die neuen Regelungen in § 8a und § 10a TMG-E werden daher von eco befürwortet.

---

<sup>1</sup> eco Stellungnahme vom 10.12.2007.

- eco erachtet die in § 3a TMG-E enthaltene Möglichkeit zur Bildung von Schwerpunktgerichten als einen Schritt in die richtige Richtung. Allerdings besteht hier weiterer Nachbesserungsbedarf.

### **Sachliche Zuständigkeit, § 3a TMG-E**

§ 3a TMG-E eröffnet den Landesregierungen die Möglichkeit, für die Bezirke mehrerer Amtsgerichte ein Gericht für Telemedienstreitsachen zu bestimmen. eco begrüßt diese dadurch möglich werdende Bildung von Schwerpunktgerichten.

Im Bereich der Schutzrechtsverletzungen können Internet-Diensteanbieter von Rechteinhabern in ganz Deutschland verklagt werden, was es ermöglicht, prozesstaktisch das für sie „erfolgversprechendste“ Gericht auszusuchen. Schwerpunktgerichte würden zumindest in einem ersten Schritt diesem sog. „forum shopping“ entgegenwirken (wenn auch noch nicht eine vollständige Verhinderung erreichen) und zu einer konsistenten Rechtsfortbildung beitragen. Ein Ausschluss des „forum shopping“ kann zudem nicht allein durch das TMG, sondern bestenfalls durch eine entsprechende Änderung der ZPO erreicht werden.

Da allerdings davon auszugehen ist, dass der Streitwert in den typischen Telemedienstreitsachen 5.000 Euro übersteigt oder zudem die Landgerichte sachlich ausschließlich zuständig sind (z.B. § 13 UWG), wird angeregt, die Vorschrift auf Landgerichte auszudehnen.

### **Allgemeine Informationspflichten, § 5 Abs. 1 Nr. 8 TMG-E**

§ 5 Abs. 1 Nr. 8 TMG-E sieht vor, dass ein Diensteanbieter, der einen Beauftragten für Datenschutz bestellt hat, dessen Kontaktdaten anzugeben hat. Der damit verfolgte Zweck, den Nutzern einen kundigen Ansprechpartner für ihre datenschutzrechtlichen Belange zur Verfügung zu stellen, wird jedoch bereits durch die bestehenden Vorschriften erreicht. Diese Vorschrift wird von eco daher als nicht sinnvoll betrachtet.

Ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter dient seiner gesetzlichen Rolle nach (§§ 4f, 4g BDSG) allein der internen Beratung – eine Tätigkeit im Außenverhältnis ist dagegen nicht vorgesehen. Er genießt innerhalb des Betriebes eine Sonderstellung mit einer gewissen Unabhängigkeit und besonderem Kündigungsschutz, um sich mit den internen datenschutzrechtlichen Belangen angemessen auseinandersetzen zu können. Werden die Kontaktdaten eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten den Nutzern mitgeteilt, wird dieser seiner eigentlichen Rolle nicht mehr gerecht werden können. Insofern unterscheidet ihn das auch

deutlich von einem Jugendschutzbeauftragten, dessen Tätigkeit deutlich nicht nur auf den internen, sondern auch auf den externen Bereich ausgerichtet ist.

Den Nutzern wird vielmehr durch die bereits durch § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 TMG gewährleistete Anbieterkennzeichnung eine Kontaktmöglichkeit/ein Ansprechpartner zur Verfügung gestellt. Sollten datenschutzrechtliche Belange berührt und eine besondere Sachkenntnis erforderlich sein, ist der Diensteanbieter nach eigenem Ermessen in der Lage, die entsprechenden Fragen etc. intern an den Datenschutzbeauftragten weiterzuleiten.

Den Belangen der Nutzer kann daher bereits heute mit den bestehenden Informationspflichten ausreichend Rechnung getragen werden. Eine Erweiterung der Vorschrift des § 5 TMG durch eine Abkehr vom Rollenbild des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist nicht erforderlich und sollte auch nicht in das TMG aufgenommen werden.

### **Verantwortlichkeitsregeln, §§ 7-10a TMG-E**

Den Verantwortlichkeitsregeln der §§ 7 ff. TMG ist der Grundsatz vorangestellt, dass Diensteanbieter im Sinne der §§ 8-10 TMG nicht verpflichtet sind, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen, § 7 Abs. 2 TMG. Dies ist die Ausgestaltung des grundsätzlichen Verbots allgemeiner Überwachungspflichten aus Art. 15 der ECRL, welche keinesfalls angetastet werden sollte. Art. 15 ECRL stellt einen der wichtigsten haftungsrechtlichen Grundsätze für die Diensteanbieter dar, ohne dessen Existenz sämtliche Diensteanbieter praktisch nicht mehr am Markt teilnehmen könnten. In den letzten Jahren wurde durch die Rechtsprechung jedoch an diesem Grundsatz „gerüttelt“, was eine immer stärker werdende Rechtsunsicherheit für diese Diensteanbieter nach sich zog. Die Rechtsprechung bezog sich bisher auf die Fälle der Haftung von Online-Auktionshäusern, die als eine spezielle Art des Hostings einzuordnen und nicht mit dem klassischen Bereich des Hostings<sup>2</sup> zu vergleichen sind. So wurde auch in Gerichtsentscheidungen damit argumentiert, dass das beklagte Online-Auktionshaus deshalb hafte, weil es von den streitgegenständlichen Rechtsverletzungen der verantwortlichen Nutzer selbst profitierte.

Dennoch besteht die Gefahr, dass diese Rechtsprechung auf die „klassischen Hosting-Anbieter“ durchschlagen könnte. Der klassische Hosting-Bereich, bei dem Kunden Speicherplatz zur eigenen Verwendung überlassen wird, ist jedoch gerade nicht mit einer Online-Auktionsplattform, bei der ein direktes wirtschaftliches Interesse des Anbieters an jeder einzelnen Transaktion besteht, zu vergleichen.

Eine Anwendung der durch die Rechtsprechung geschaffenen Haftungsfälle auf die klassischen Hosting-Anbieter oder sogar auf sonstige Diensteanbieter wie z.B.

---

<sup>2</sup> Diensteanbieter, die fremde Informationen für einen Nutzer speichern (Wortlaut § 10 TMG).

Suchmaschinen oder reine Zugangsanbieter ist mit dem wichtigen Grundsatz des Art. 15 ECRL nicht vereinbar.

## **Rechtsprechungsübersicht**

### **Haftung der Online-Auktionshäuser**

Die erste „Aufweichung“ begann mit dem BGH Urteil vom 11.03.2004, dem sog. „**Internetversteigerung I**“-Urteil. Hierin wurde erstmals festgestellt, dass das Haftungsprivileg des § 11 S. 1 TDG 2001 (heute § 10 S. 1 TMG) nur für die strafrechtliche Verantwortlichkeit und Schadensersatzhaftung, nicht aber für eine Störerhaftung gelte. Ein Auktionshaus, auf dessen Seiten Nutzer gefälschte Markenartikel zur Versteigerung anbieten könnten, wäre zwar nicht als Täter oder Teilnehmer zu beurteilen, hafte jedoch als Störer, da zumindest ein willentlicher und kausaler Beitrag zu einer Markenrechtsverletzung geleistet werde. Die Störerhaftung sei zumindest im Marken-, Wettbewerbs- und Urheberrecht auf die Verletzung von Prüfpflichten zu beschränken, und zöge einen Unterlassungsanspruch nach sich. Das beklagte Auktionshaus wurde somit verpflichtet, bzgl. künftiger Verletzungen der klägerischen Marke Vorsorge zu treffen, was durch den Einsatz von Filtersoftware realisiert werden könne.

Bereits nach diesem Urteil wurde Kritik laut, dass dadurch eine allgemeine Überwachungspflicht (und keine spezifische Überwachungspflicht nach § 7 Abs. 2 S. 2 TMG) konstruiert werde, die gesetzlich gerade nicht vorgesehen wäre.

Mit Urteil des BGH v. 19.04.2007, dem sog. „**Internetversteigerung II**“-Urteil, wurde diese Rechtsprechung bestätigt und sogar noch erweitert. Erneut wurde ein Auktionshaus als Störer zur Haftung herangezogen, mit der Folge eines nun auch vorbeugenden Unterlassungsanspruches, wenn der potentielle Störer eine Erstbegehungsgefahr begründe. Abermals wurde auf die Möglichkeit des Einsatzes von Filtersoftware hingewiesen, mit der Einschränkung, dass die Prüfpflichten für den Betreiber des Auktionshauses nicht unzumutbar sein dürften.

Erneut wurde Kritik laut, dass dem Verbot proaktiver Überwachungspflichten in § 7 Abs. 2 durch die bloße Konkretisierung der jeweiligen Prüfpflichten des Internetauktionshauses nicht ausreichend Rechnung getragen würde.

Die zu erwartenden Beurteilungsprobleme, ob ein verschuldeter Verstoß gegen Prüfpflichten vorläge, würde auf die Ebene des Zwangsvollstreckungsverfahrens verlagert werden.

Eine neue Richtung nahm die Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit im Jahr 2007, mit dem Urteil des BGH zu „**Jugendgefährdenden Medien bei ebay**“ vom 12.07.2007.

Statt der zuvor angewendeten Störerhaftung wurde eine täterschaftliche Verantwortlichkeit in Bezug auf die wettbewerbliche Generalklausel des § 3 UWG angenommen, indem die im Deliktsrecht entwickelte Lehre von den Verkehrspflichten auf das Wettbewerbsrecht übertragen wurde. Demgemäß sei derjenige, der gegen eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht verstößt, Täter einer unlauteren Wettbewerbshandlung. Die Verkehrspflicht wiederum sei eine Prüfungspflicht des Auktionshauses, die durch den Hinweis auf eine bestimmte jugendgefährdende Offerte eines Anbieters begründet werde. Begründet wurde der Wechsel von der Störerhaftung zur täterschaftlichen Verantwortlichkeit nicht, auch eine Abgrenzung blieb offen.

So nahm der BGH das Institut der Störerhaftung wieder auf, als er mit Urteil vom 30.04.2008, sog. „**Internet-Versteigerung III**“, die Störerhaftung eines Auktionshauses bestätigte und den verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch anführte.

Das **OLG Hamburg**, Urteil v. 24.07.2008 (nicht rechtskräftig), nahm dagegen die Rechtsprechung des BGH zur Täterhaftung wieder auf und entschied, dass ein Online-Auktionshaus als Täter bzw. Teilnehmer durch Unterlassen für eine Markenverletzung neben dem anbietenden Nutzer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann. Das OLG findet hier klare Worte und verweist mehrmals ergänzend auf das Urteil des BGH v. 12.07.2007 zu „Jugendgefährdenden Medien bei ebay“. Es widerspricht deutlich den vorangegangenen Entscheidungen des BGH (Internetversteigerungen I-III), die eine täterschaftliche Haftung noch ausgeschlossen hatten.

Das beklagte Online-Auktionshaus sei ein „Überwachergarant“. Es habe durch das „Betreiben einer Internetplattform, auf der Dritte unstreitig in erheblichem Umfang rechtswidrig markenverletzende Artikel vertreiben, eine Gefahrenquelle eröffnet“, Urteil unter B.I.2.d. Es bestehe somit die Pflicht (Verkehrspflicht), angesichts der Gefahrenquelle gefahrverhütende Maßnahmen – in den Grenzen der Zumutbarkeit – zu ergreifen.

Das OLG Hamburg dehnt diese Rechtsfigur auch auf das Lauterkeitsrecht aus und stellt fest, dass die Pflicht zur proaktiven Kontrolle sämtlicher eingestellter Angebote auf der Auktionsplattform auf die Verwendung bestimmter Marken Ausfluss dieser Prüfungspflichten sein kann.

### **Haftung der Internetzugangs-Provider (Access-Provider)**

Für Access-Provider ist die Rechtslage dagegen klarer, wenn auch noch keine BGH-Rechtsprechung hierzu vorliegt. Das OLG Frankfurt am Main entschied mit Beschluss v. 22.01.2008, dass die vom BGH entwickelten Grundsätze über die wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht nicht auf Access-Provider übertragbar seien. Denn ausschlaggebend für die Garantenstellung bzw. die Verkehrspflicht

sei, dass das Unternehmen die Gefahrenquelle für Wettbewerbsverstöße Dritter im eigenen geschäftlichen Interesse schaffe, während ein Access-Provider nur den Zugang zu etwaigen Wettbewerbsverstößen „ermögliche, die aus einer von einem Dritten eröffneten Gefahrenquelle herrühren“ (OLG Frankfurt Beschluss). Diverse Landgerichte schlossen sich dieser Rechtsprechung an.

### **Schlussfolgerung**

Die bisher ergangene Rechtsprechung zum Thema der Verantwortlichkeit von Providern zeigt die unklare Rechtslage auf, mit der sich die Provider konfrontiert sehen. Auch das „neue“ Konstrukt der täterschaftlichen Haftung, die auch Schadensersatzansprüche usw. nach sich ziehen könnten, hat diese Unklarheit nicht beseitigen können. Insbesondere auch der laufende Wechsel, der von den Gerichten zwischen Täter- und Störerhaftung vollzogen wird, lässt keine klare Linie erkennen und trägt schon allein dadurch zur Rechtsunsicherheit bei. Allerdings ist ein Umstand offensichtlich: die Rechtsprechung des BGH, wie auch des OLG Hamburg, beziehen sich auf Host-Provider, und zwar auf den ganz speziellen und mit klassischem Hosting nicht vergleichbaren Fall des Online-Auktionshauses. Denn nur in diesen Fällen lässt sich eine mögliche Störer- oder neuerdings auch Täterhaftung konstruieren. Ein Durchschlagen dieser Rechtsprechung auf sonstige Diensteanbieter wäre rechtlich nicht vertretbar.

### **Zu den von der Fraktion der FDP vorgeschlagenen Regelungen im Einzelnen:**

#### **§ 7 Abs. 2, S. 2 TMG-E**

Die neue Formulierung des § 7 Abs. 2, S. 2 TMG-E lehnt sich teilweise an den ehemaligen § 5 TDG (1997) sowie an den § 59 Abs. 4 RStV (ehemals § 22 Abs. 3 MDStV) an. Er schreibt deutlich die subsidiäre Inanspruchnahme der Diensteanbieter vor, die nur greifen soll, wenn sich „Maßnahmen gegenüber dem verantwortlichen Nutzer als nicht durchführbar oder Erfolg versprechend erweisen“. Die Subsidiarität gesetzlich auch im TMG zu verankern, wird grundsätzlich begrüßt. Es ist eine Ausprägung des allgemeinen Haftungsregimes, den unmittelbaren Verursacher einer Rechtsverletzung direkt zur Verantwortung heranzuziehen und erst nachrangig einen Dritten in Anspruch zu nehmen. Das Konstrukt der Subsidiarität, das in diesem Zusammenhang bisher nur in den Staatsverträgen und damit dem Öffentlichen Recht anzutreffen war, ist dem Zivilrecht auch keinesfalls fremd. So ist z.B. der Grundsatz der Subsidiarität der Bürgschaft gegenüber der Hauptschuld in § 770 Abs. 2 BGB verankert. Es erscheint sachgerecht, die Subsidiarität auch allgemein im TMG und nicht nur im RStV festzuschreiben. Es ermöglicht auf diese Weise, dass der Grundsatz der nachrangigen Heranziehung der Diensteanbieter auch außerhalb des Anwendungsbereichs des RStV Anwendung finden wird.

Positiv zu bewerten ist zudem die Einfügung des Wortes „vorhandener“ Informationen, die deutlich macht, dass eine Sperrung oder Entfernung „zukünftiger“ Informationen nicht vorgenommen werden soll. Sie dient der Klarstellung und trägt auf diese Weise zur Durchsetzung des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten bei. Durch die Formulierung wird sichergestellt, dass den Diensteanbietern keine in die Zukunft gerichteten proaktiven Überwachungspflichten auferlegt werden sollen.

### **§ 7 Abs. 3 TMG-E**

Die Regelung des § 7 Abs. 3 TMG-E, der die Vorlage eines vollstreckbaren Titels gegen den Anbieter der Informationen vorschreibt, um den Diensteanbieter zur Entfernung oder Sperrung dieser Informationen verpflichten zu können, ist grundsätzlich zu begrüßen. Sie ist eine erweiterte Ausprägung des Subsidiaritätsgedankens, bringt Rechtssicherheit insbesondere für die Provider und befreit diese von einer eventuellen Schadensersatzhaftung gegenüber ihren Kunden. Die Gefahr, Provider „als Hilfssheriffs“ heranzuziehen und ihnen die Entscheidung über das Vorliegen einer Rechtsverletzung aufzubürden, wäre gebannt. Auf der anderen Seite sind zudem die Inhalteanbieter vor einer voreiligen Sperrung voreilender Provider geschützt.

Zudem entschärft die Vorschrift die viel diskutierte und umstrittene Frage, wann ein Diensteanbieter Kenntnis von einer rechtswidrigen Information hat. Bei Vorlage eines vollstreckbaren Titels muss es auf diese „Kenntnis“ nicht mehr ankommen.

### **§ 7 Abs. 4, S. 1 TMG-E**

Die Regelung des § 7 Abs. 4, S. 1 TMG-E sieht vor, dass „Rechtsvorschriften, die Diensteanbietern nach pflichtgemäßem Ermessen von diesen zu erwartende Sorgfaltspflichten auferlegen, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern, ... unberührt“ bleiben. Diese Vorschrift, die laut Entwurf neu in das TMG aufgenommen werden soll, ist in ihrer Formulierung sehr unklar und wirft einige Fragen auf, die auch die Entwurfsbegründung nicht zu beantworten vermag. Es scheint fast, als ob die zuvor statuierten Grundsätze, wie das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten oder die Pflicht, Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen - die sogar gerichtlich abgesichert sein sollen (Abs. 3 TMG-E) - nachzukommen, mit der vorgeschlagenen Regelung in Abs. 4 konterkariert würden. Ein Verstoß gegen die Vorgaben der ECRL (Art. 15) steht zu befürchten, sollten durch die Regelung allgemeine Sorgfaltspflichten in Form von Überwachungs- oder Prüfpflichten in das Haftungsgefüge des TMG aufgenommen werden sollen.

Der BGH argumentiert in seinem Urteil zu „Jugendgefährdenden Medien“ mit den Ausführungen in seinem Urteil „Internetversteigerung I“ und zieht des weiteren den Erwägungsgrund 48 der ECRL heran, der auf die Anwendung der „in

innerstaatlichen Rechtsvorschriften niedergelegten Sorgfaltspflicht“ verweist, um „bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern“, BGH MMR 2007, 634, 635. Der Wortlaut ist des § 7 Abs 4, S. 1 TMG-E ist somit deutlich dem Erwägungsgrund angelehnt. Allerdings bleibt fraglich, welche Rechtsvorschriften unter diese Vorschrift fallen werden und welche Sorgfaltspflichten den Diensteanbietern auferlegt werden sollen. Da der BGH bereits die „Sorgfaltspflichten“ heranzieht, um letztlich die Zulässigkeit einer täterschaftlichen Haftung auf Unterlassung zu begründen, entsteht hier ein Einfallstor, dessen Auswirkungen nicht absehbar sind.

Das bestehende Haftungsregime des TMG sollte nicht gefährdet werden. Die Begründung des TMG-E geht in diesem Punkt auch vielmehr darauf ein, dass Diensteanbieter erfasst werden sollen, denen durch die Rechtsverletzung Dritter „auch Vorteile entstehen“ können. Diese sollten sodann selbst an der bestmöglichen Verhinderung von Rechtsverletzungen mitwirken.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sehr kritisch, eine allgemeine, unklar gefasste Regelung in den § 7 TMG zu integrieren, der „Allgemeine Grundsätze“ für alle Provider-Typen vorsieht.

#### **Weitere Regelung § 7 Abs. 4, S. 2 TMG-E**

§ 7 Abs. 4 S. 2 TMG-E sieht vor, dass Diensteanbieter für den Fall, dass sie im Zuge der Sorgfaltspflichten Kenntnis vermutlich rechtswidriger Tätigkeiten erlangen, die zuständige Stelle zu informieren haben. Laut Begründung des Gesetzentwurfs soll der Abs. 4 dazu führen, dass Diensteanbieter einen Anreiz erhalten, an der Abwehr von Rechtsverletzungen zu partizipieren, auf der anderen Seite dadurch aber nicht in eine sog. „Haftungsfalle“ geraten sollen. Eine solche Haftungsfalle sei durch die neue Formulierung des Entwurfs ausgeschlossen. eco sieht hier erheblichen Klärungsbedarf. Ein Ausschluss der Haftungsfalle ist durch die Formulierung des § 7 Abs. 4 TMG-E nicht deutlich erkennbar.

#### **Darlegungs- und Beweislast. § 7 Abs. 4, S. 3 TMG-E**

Die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast, welche nicht mehr dem Diensteanbieter, sondern dem Antragsteller obliegen soll, ist sinnvoll, ergänzt das vorgeschlagene Haftungsgefüge und trägt zur Rechtssicherheit bei.

#### **Suchmaschinen und Hyperlinks**

eco forderte bereits in der Stellungnahme zum Fragenkatalog des BMWi angesichts der unklaren Rechtslage und dem erheblichen Haftungsrisiko von Suchmaschinen und Hyperlinks eine gesetzliche Klarstellung im Hinblick auf die Verantwortlichkeit bei Suchmaschinen und Hyperlinks. Suchmaschinen und Hyperlinks fallen bisher in eine rechtliche Grauzone, da sie den Haftungsregeln der §§ 8-10 TMG nicht eindeutig zuzuordnen sind. So können sie nach der geltenden Rechtslage auch nicht auf das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht des § 7 Abs. 2 TMG zurückgreifen (s. LG Hamburg Teilurteil v. 26.09.2008

zu Thumbnails, Abs. 81), was solch erhebliche Konsequenzen wie Schadensersatzhaftung aber auch die strafrechtliche Verantwortung nach sich ziehen kann. Aufgrund der ihnen einerseits zukommenden wesentlichen Bedeutung für die Nutzung des Internet als Informationsmedium und des ihnen drohenden erheblichen Haftungsrisikos aufgrund der ungeklärten Verantwortlichkeit andererseits ist diese Regelungslücke mit der Novellierung des TMG zu füllen. Der vorliegende TMG-E sieht hierfür die Einführung eigener Paragraphen vor. Suchmaschinen werden der Haftung von Access-Providern (§ 8a TMG-E), Hyperlinks der Haftung von Host-Providern (§ 10a TMG-E) angelehnt. Damit wird die entstandene Rechtsunsicherheit beseitigt.

eco regt allerdings an, die Formulierung des § 8a TMG-E sprachlich leicht abzuändern. Insbesondere die bisherige Fassung mit doppelter Verneinung („weder nicht-automatisiert“) ist missverständlich. Da es letztlich auf das Kriterium des „Auswählens“ ankommt, wodurch bereits Suchen anhand manuell erstellter Kataloge von der Haftungsprivilegierung ausgeschlossen wären, sollte sich die sprachliche Fassung des § 8a TMG-E direkt an den Wortlaut des § 8 TMG anlehnen. Der Begriff „nicht-automatisiert“ sollte der besseren Verständlichkeit halber nicht verwendet werden.

Der Deutlichkeit halber sollte zudem „abgefragte Informationen“ in „fremde Informationen“ umformuliert werden.

### **Sonderregelung: Bildersuche (thumbnails)**

Suchmaschinen sehen sich darüber hinaus noch mit dem Sonderproblem der Bildersuche konfrontiert, dass besonders in den letzten Jahren Gegenstand der Rechtsprechung war. Die Gerichte stellten auf eine fehlende Haftungsprivilegierung durch das TMG für Suchmaschinen ab und gelangten zu einer täterschaftlichen Haftung der Suchmaschine, da die Verwendung sog. „thumbnails“ in der Suchanzeige das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung verletze (§§ 19a, 97 UrhG). Ohne eine rechtliche Regelung würde dies bedeuten, dass die Bildersuche in Deutschland vor „dem Aus“ stünde. Eine Suchmaschine kann sich nicht dem Risiko aussetzen, neben einer Unterlassungsverpflichtung auch strafrechtlich verfolgt (§ 106 UrhG) oder auf Schadensersatz verklagt zu werden (§ 97 Abs. 2 UrhG).

Dies unterstreicht erneut die Notwendigkeit der deutlichen Einbeziehung der Suchmaschinen in die Haftungsregelungen des TMG. Darüber hinaus ist es jedoch für den Fall der Bildersuche erforderlich, eine spezielle Regelung für dieses Rechtsproblem in das Urheberrechtsgesetz aufzunehmen, da dies nicht allein vom TMG geleistet werden kann.

### **Speicherung von Informationen, § 10 TMG-E**

eco regt an, die bisherige Formulierung „für einen Nutzer“ um die neue Formulierung „(oder) auf Veranlassung eines Nutzers“ zu ergänzen, um sicherzustellen,

dass nun nicht nur die neuen Web 2.0 Anbieter (Foren, Gästebücher, Wikis usw.), sondern auch alle bisher erfassten Hosting-Anbieter weiterhin von der Haftungsregelung des § 10 TMG profitieren.

### **Pflichten des Diensteanbieters, § 13 Abs. 1, Abs. 8 TMG-E**

Die Ergänzung des § 13 Abs. 1 TMG, mit zusätzlichen Informationspflichten über die konkret gespeicherten Daten („welche“) sowie über den zeitlichen Umfang („wie lange“) der Speicherung personenbezogener Daten, soll der Transparenz dienen. Grundsätzlich sind klare und umfassende Vorschriften zur Transparenz zu begrüßen, um den Nutzern ein größtmögliches Maß an Überblick bzgl. der Verwendung ihrer Daten zu ermöglichen.

Allerdings müssen hier Praktikabilität mit dem Gewinn an Transparenz für den Nutzer abgewogen werden. Der Nutzer ist bereits durch den bestehenden § 13 Abs. 1 TMG über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu informieren. Die Transparenz wird damit bereits umfassend gewährleistet. Eine Erweiterung um eine genaue Einordnung, „welche“ personenbezogenen Daten gespeichert werden, ist nicht praktikabel umsetzbar. Das Gleiche gilt für die Information über den zeitlichen Umfang der Speicherung. Der Nutzer selbst kann durch sein Verhalten diese Umstände beeinflussen, sie sind für den Diensteanbieter nicht von Beginn an absehbar. Der Diensteanbieter wäre sonst verpflichtet, z.B. in seiner Datenschutzerklärung für jedes mögliche Szenario eines Nutzerverhaltens die korrespondierenden Speicherumstände anzugeben. Ein Web-E-Mail-Dienst z.B. müsste nach den einzelnen Daten differenzieren, um auch die Vorgaben aus der Vorratsdatenspeicherungs-Verpflichtung umfassend mitteilen zu können. Dies wäre weder praktikabel, noch würde es der Transparenz für den Nutzer zuträglich sein.

Aus diesem Grund und da zudem durch die Erweiterung keine dringend notwendige Transparenzausweitung erfolgt, regt eco an, diese nicht in das Gesetz aufzunehmen und es bei der alten Formulierung des Abs. 1 zu belassen.

Gleiches gilt für die vorgeschlagene Erweiterung des § 13 TMG um einen Abs. 8. Diese sieht ein Widerspruchsrecht des Nutzers für Daten vor, die in seinem Endgerät gespeichert sind. Bei dieser Vorschrift besteht bereits ein praktisches Umsetzungsproblem. Denn um den Widerspruch des Nutzers „verwalten“ zu können, müssten eventuell mehr Daten erhoben werden, als es zuvor erforderlich gewesen wäre. Dies wäre datenschutzrechtlich gar kontraproduktiv. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum in Abs. 8 nicht mehr auf personenbezogene Daten abgestellt wird, die die vorigen Absätze des § 13 TMG bestimmen. Der Begriff „Daten“ ermöglicht so ein Einfallstor für solch verschiedene Daten wie „Cookies“, aber auch für temporäre Internetdateien, den Source Code einer Webseite usw. Es ist jedoch nicht hinnehmbar, dem Diensteanbieter aus einer

datenschutzrechtlichen Vorschrift heraus Beschränkungen aufzuerlegen, die sich nicht ausschließlich auf personenbezogene Daten beziehen.

Der vorgeschlagene § 13 Abs. 8 TMG-E ist daher zu streichen.

**Bestandsdaten, § 14 Abs. 2, S. 2 TMG-E**

eco begrüßt die Regelung des § 14 Abs. 2, S.2 TMG-E, der den Diensteanbietern die Möglichkeit des Ersatzes seiner zur Auskunftserteilung erforderlichen Aufwendungen einräumt. Wird ein Diensteanbieter für den Staat tätig, § 14 Abs. 2, S. 1 TMG, muss gewährleistet sein, dass ihm seine dabei entstehenden Kosten auch ersetzt werden.

---