

Berlin, den 27.02.2007  
Unser Zeichen: BVDW\_TMG\_070224

## **Stellungnahme zum Gesetz zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – EIGVG)**

### Über den BVDW:

Der BVDW vertritt als größte Interessenvertretung der deutschen Internet- und Multimediabranche die Interessen seiner rund 750 Mitglieder und fungiert als Bindeglied zwischen der Branche und den staatlichen Organen auf nationaler und internationaler Ebene.

Der BVDW steht im ständigen Dialog mit Politik, Öffentlichkeit und anderen Interessengruppen (Verbraucherorganisationen, andere Branchenverbände etc.), um ergebnisorientiert, praxisnah und effektiv die dynamische Entwicklung der Branche zu unterstützen. Er hat sich zur Aufgabe gemacht, Effizienz und Nutzen digitaler Technologien transparent zu machen und so den Einsatz in der Gesamtwirtschaft, Gesellschaft und Administration zu fördern.

### **Inhalt**

	Seite
Zusammenfassung	2
I. Einzelne Kritikpunkte	2
1. Abgrenzung zum Rundfunk	2
2. Bekämpfung von Spam-E-Mails	3
3. Verantwortlichkeitsregeln	3
II. Stellungnahme zum Artikel 1 des EIGVG (Telemediengesetz)	4
1. Grundsätzliches	4

2. Zu § 1 (Anwendungsbereich)	4
3. Zu § 2 (Allgemeine Informationspflichten)	6
4. Zu § 6 (Besondere Kommunikationspflichten bei kommerziellen Kommunikationen)	6
5. Zu § 7 (Verantwortlichkeit / Allgemeine Grundsätze)	8
6. Zu § 8 (Durchleitung von Informationen)	8
7. Zu § 10 (Speicherung von Informationen)	9
8. Zu § 11 (Datenschutz / Anbieter-Nutzer-Verhältnis)	9
9. Zu § 12 (Grundsätze)	10
10. Zu § 13 (Pflichten des Diensteanbieters)	10
11. Zu § 14 (Bestandsdaten)	11
12. Zu § 15 (Nutzungsdaten)	12
13. Zu § 16 (Bußgeldvorschriften)	13

## **Zusammenfassung**

Der BVDW begrüßt die Entscheidung des Gesetzgebers, die in wesentlichen Punkten inhaltsgleichen Regelungen des Teledienstegesetzes (TDG) und des Mediendienste-Staatsvertrages (MDStV) in einem Telemediengesetz (TMG) zu vereinheitlichen. Durch die Neuregelung werden jedoch nicht nur bestehende Abgrenzungsprobleme nicht abschließend gelöst, sondern darüber hinaus neue Probleme geschaffen. Das am 18. Januar 2007 beschlossene Gesetz ist bereits vor Inkrafttreten am 1. März 2007 novellierungsbedürftig.

### **I. Einzelne Kritikpunkte**

Der BVDW sieht insbesondere hinsichtlich der folgenden Punkte deutlichen Novellierungsbedarf:

#### **1. Abgrenzung zum Rundfunk**

Eine Abgrenzung zwischen Rundfunk und Mediendienst im Bereich der Online-Angebote war bereits in der Vergangenheit schwierig. Das Ziel des Gesetzgebers, mit dem TMG eine zukunftsorientierte Fortentwicklung der Medienordnung zu schaffen, misslingt, indem neue Dienste ohne sachliche Rechtfertigung der Rundfunkregulierung unterworfen werden. Dies wird einerseits der technischen Entwicklung des Rundfunks nicht gerecht und führt andererseits zur Ausweitung der klassischen Rundfunkregulierung auf neue Medien. Fehlende

klare Abgrenzung zu Telekommunikations- und Rundfunkdiensten bewirkt neben der Rechtsunsicherheit für die Marktteilnehmer eine Überregulierung und Doppelzuständigkeiten von Aufsichtsbehörden.

## **2. Bekämpfung von Spam-E-Mails**

Die Einführung eines Ordnungswidrigkeitstatbestandes ist nicht geeignet, das Aufkommen von Spam-E-Mails wirksam zu bekämpfen. Der Versand von Spam-E-Mails erfolgt überwiegend aus dem Ausland. Eine effektive Verfolgung ausländischer Spam-Versender ist jedoch mit den Mitteln des deutschen Ordnungswidrigkeitsrechts nicht möglich.

Spam-E-Mails werden von der Bußgeldvorschrift nicht generell erfasst, weil sich der Tatbestand nur auf solche Werbe-E-Mails beschränkt, die den Absender oder den kommerziellen Charakter der Nachricht verschleiern oder verheimlichen. Der Gesetzgeber regelt damit einseitig für deutsche Marktteilnehmer die Ausgestaltung der Kopf- und Betreffzeile von Werbe-E-Mails und greift damit in die Gestaltung der vom Empfänger ausdrücklich erwünschten Werbe-E-Mails ein. Nicht berücksichtigt werden demgegenüber jedoch solche Werbe-E-Mails, die zwar die Anforderungen des TMG erfüllen, aber dennoch für den Empfänger unerwünscht sind.

## **3. Verantwortlichkeitsregeln**

In der Rechtsprechung ist die Tendenz zu beobachten, bei festgestellten Rechtsverletzungen eine Pflicht zur Prüfung von Inhalten als Störerhaftung auch für solche Marktteilnehmer zu begründen, die lediglich eine Plattform zur Verfügung stellen. Damit werden den Marktteilnehmern Überwachungspflichten zur Vermeidung von künftigen Rechtsverletzungen auferlegt. Der Gesetzgeber muss klarstellen, dass die bestehende Haftungsprivilegierung auch Unterlassungsansprüche umfasst.

Zusätzlich ist für Suchmaschinenanbieter, die lediglich den Zugang zu Inhalten herstellen, eine gesetzliche Klarstellung dahingehend erforderlich, dass diese den Zugangsprovidern gleichgestellt und von der Haftung für Inhalte Dritter freigestellt werden.

Hinsichtlich der Haftung für Hyperlinks ist ebenfalls eine klare gesetzliche Regelung notwendig.

## **II. Stellungnahme zum Artikel 1 des EIGVG (Telemediengesetz)**

### **1. Grundsätzliches**

Das in Artikel 1 des EIGVG geregelte Telemediengesetz (TMG) in der Fassung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie tritt zeitgleich mit dem neuen Staatsvertrag der Länder für Rundfunk und Telemedien am 1. März 2007 in Kraft. Dabei enthält das TMG die wirtschaftsbezogenen Vorschriften, während die medienrechtlichen Bestimmungen im neuen Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien normiert sind.

Hinweise und Verbesserungsvorschläge seitens der Wirtschaftsverbände und Experten zu Datenschutz- und Verbraucherfragen anlässlich einer Anhörung im Wirtschaftsausschuss im Dezember 2006 haben im neuen TMG keinen Niederschlag gefunden. Dagegen fand auf Anregung des Bundesrates die umstrittene Regelung Eingang ins Gesetz, wonach die Anbieter zur Herausgabe von Bestandsdaten der Nutzer „zur Gefahrenabwehr durch die Polizeibehörden der Länder“ ermächtigt werden.

Bereits jetzt zeichnet sich ab, dass das TMG aufgrund des baldigen Abschlusses einer EU-Studie zur E-Commerce-Richtlinie umfassend novelliert werden muss.

Unberücksichtigt blieb bisher auch die kurz vor der Verabschiedung stehende Novelle der EU-Fernsehrichtlinie, die nicht mehr den Fernsehdienst, sondern (lineare und non-lineare) audiovisuelle Mediendienste erfassen soll. Nach dem nun beschlossenen TMG fallen Rundfunkdienste dagegen gänzlich unter die Rundfunkregulierung. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist nicht nur im Hinblick auf die europäische Rechtsentwicklung zu kritisieren. Fraglich ist zudem, ob im Hinblick auf den stark fortgeschrittenen Außenpluralismus im Bereich des Rundfunks und unter Beachtung der Rechtsprechung von EGMR und EuGH zum Grundrecht der Rundfunkfreiheit überhaupt noch an der bisherigen Rundfunkregulierung festgehalten werden kann.<sup>1</sup>

### **2. Zu § 1 (Anwendungsbereich)**

Der BVDW begrüßt den Wegfall der Abgrenzung zwischen Tele- und Mediendiensten. Der neue Begriff der Telemedien führt jedoch in Abgrenzung zu Telekommunikations- und Rundfunkdiensten weiterhin zu Rechtsunsicherheit bei den Marktteilnehmern.

Auf die positivrechtliche Definition der Telemedien wird in § 1 Absatz 1 TMG ausdrücklich verzichtet. Damit erfasst das TMG

---

<sup>1</sup> Urteil des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs vom 9.9.2005 – Az: StGH 4/04, S. 17; vgl. dazu das anhängige Normenkontrollverfahren vor dem BVerfG, Az: 2 BvF 4/03.

zwangsläufig alle Informationsdienste- und Kommunikationsdienste, die nicht ausschließlich dem Telekommunikations- oder Rundfunkbereich unterfallen. So bleibt für einige Dienste – z.B. „Video-on-Demand“-Dienste - die Abgrenzung schwierig und führt zu einer Doppelregulierung. Diese ist nach der Gesetzesbegründung zum Beispiel für Access- und E-Mail-Provider beabsichtigt, die neben Übertragungsdienstleistungen auch inhaltliche Dienstleistung anbieten.<sup>2</sup> Solche Dienste fallen in den Anwendungsbereich des TMG und des TKG, werden aber bei den Vorschriften zum TMG-Datenschutz gemäß § 11 Absatz 3 TMG ausgeklammert.

Damit wird im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 TMG nicht zwischen dem technischen Übertragungsweg und dem Dienstangebot differenziert, in § 11 Absatz 3 TMG aber schon. Die Übertragung von E-Mails stellt nach der Gesetzesbegründung einen Telekommunikationsdienst dar, die Verbreitung von „Werbe-E-Mails“ zählt wiederum zu den Telemedien. Eine solche Abgrenzungsregelung ist inkonsequent und für die Marktteilnehmer unübersichtlich. Eine Trennung zwischen dem inhaltlichen Dienstangebot und dem rein technischen Übertragungsweg wäre bereits ein sinnvolles Unterscheidungskriterium.

Die Schwierigkeiten setzen sich bei der Abgrenzung der Telemedien vom Rundfunk fort. Das TMG kennt eine Zweiteilung in Telemedien und Rundfunk. Auf der europäischen Ebene wird in der vor der Verabschiedung stehenden EU-Fernsehrichtlinie dagegen zwischen nicht-linearen und linearen audiovisuellen Diensten unterschieden. Daneben bleiben die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der E-Commerce-Richtlinie bestehen und behalten ihren Regelungsbereich. Damit wird auf der europäischen Ebene von einer Dreiteilung ausgegangen. Als Beispiel für Rundfunk nennt die Gesetzesbegründung das „Video-on-Demand“.<sup>3</sup> Auf europäischer Ebene wird dieser Dienst als sog. nicht-linearer Dienst betrachtet. Sollten die nicht-linearen audiovisuellen Dienste künftig als Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der E-Commerce-Richtlinie angesehen werden, so dürfte das „Video-on-Demand“ nicht mehr unter die deutsche Rundfunkregulierung fallen und der jetzige Regelungsgehalt wird gänzlich ausgehebelt. Damit wird die Entwicklung auf der europäischen Ebene ignoriert und führt dazu, dass während der deutschen Ratspräsidentschaft ein Gesetz in Kraft tritt, das den Entwicklungen auf europäischer Ebene deutlich widerspricht.

Im Rückschluss aus § 11 Absatz 1 Nr. 1 und 2 TMG fallen auch solche Telemedien in den Anwendungsbereich des TMG, die ausschließlich zu beruflichen und dienstlichen Zwecken betrieben werden sowie diejenigen, die ausschließlich zur Steuerung von Arbeits- und Geschäftsprozessen innerhalb von

---

<sup>2</sup> BT-Drucksache 16/3078, S. 13.

<sup>3</sup> BT-Drucksache 16/3078, S. 13.

oder zwischen Unternehmen oder öffentlichen Stellen betrieben werden. Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund ein Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern (z.B. bei den firmeneigenen Intranetdiensten) umfassende Informationspflichten erfüllen soll. Die Anwendbarkeit des TMG in Arbeits- und Dienstverhältnissen sollte bereits in § 1 TMG ausdrücklich ausgeschlossen werden.

In § 1 Absatz 4 TMG wird bezüglich der Inhalte der Telemedien auf die Anforderungen des Staatsvertrages für Rundfunk und Medien verwiesen. Es fehlt jedoch an der Klarstellung, dass der Verweis nicht für alle Inhalte, sondern nur für die journalistisch-redaktionell gestalteten gilt.

### **3. Zu § 5 (Allgemeine Informationspflichten)**

§ 5 Absatz 1 TMG verpflichtet diejenigen Anbieter zur Erfüllung von Informationspflichten, die „geschäftsmäßig“ Telemedien anbieten, die in der Regel gegen Entgelt bereitgehalten werden. In der Begründung zum § 5 TMG heißt es, dass Homepages, die rein privaten Zwecken dienen und keine Dienstleistung bereitstellen, die sonst nur gegen Entgelt verfügbar sind sowie entsprechende Informationen von Idealvereinen keinen Informationspflichten im Sinne des § 5 TMG unterliegen. Dabei wird die Tatsache übergangen, dass auch private Homepages Dienste oder Informationen bereitstellen können, die anderswo gegen Entgelt angeboten werden. Eine gesetzliche Klarstellung, die eine Abgrenzung zum § 55 Rundfunkstaatsvertrag vornimmt, könnte eine unangemessene Impressumverpflichtung für private Homepagebetreiber verhindern.

Im Übrigen sind die allgemeinen Informationspflichten im Bereich mobiler Telemedien gänzlich unpraktikabel. Schon aufgrund der Bildschirmgröße von Mobiltelefonen oder Handhelds können die vorgeschriebenen Informationen nicht dargestellt werden. Eine Befreiung mobiler Telemedien von den umfassenden Informationspflichten wäre ein großer Schritt in Richtung zur Medienverträglichkeit.

### **4. Zu § 6 (Besondere Kommunikationspflichten bei kommerziellen Kommunikationen)**

Die in § 6 Absatz 2 TMG geregelte Gestaltung von Werbe-E-Mails soll die Entscheidungsfreiheit des Empfängers schützen und eine Irreführung mittels manipulierter Kopf- und Betreffzeile verhindern.<sup>4</sup> Die vorliegende gesetzliche Regelung greift jedoch auch massiv in die Gestaltung ausdrücklich erwünschter Werbe-Nachrichten ein. Sie lässt unberücksichtigt,

---

<sup>4</sup> BT-Drucksache 16/3078, S. 14; Vorgabe der E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG).

dass nicht jede Nachricht, die Werbeinhalte enthält, zugleich Spam darstellt.

Wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt, stellt das unaufgeforderte Versenden von Werbe-Nachrichten einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht dar und wird bereits von § 7 UWG erfasst. Die in der Gesetzesbegründung zu § 6 Absatz 2 TMG gewählten Beispiele, die die Notwendigkeit der Regelung untermauern sollten, stammen jedoch alle aus dem Bereich des Spam-Versandes. Seriöse Werbe-E-Mails werden dadurch mit Spam-E-Mails gleichgesetzt, was eine einseitige Benachteiligung deutscher Marktteilnehmer zur Folge hat.

Sowohl § 6 Absatz 2 TMG als auch der dazu korrespondierende Bußgeldtatbestand in § 16 Absatz 1 TMG sind nicht dazu geeignet, das Aufkommen von Spam zu bekämpfen, weil sie sich nur auf solche Nachrichten beschränken, die den Absender oder den kommerziellen Charakter der Nachricht absichtlich verschleiern oder verheimlichen.<sup>5</sup> Bagatellfälle, in denen kleine Unternehmen versehentlich irreführende Angaben machen, sollen gemäß der Gesetzesbegründung nicht sanktioniert werden.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber sollte zumindest klarstellen, dass es ausreicht, wenn sich der kommerzielle Charakter der Nachricht entweder aus dem Absender oder der Betreffzeile ergibt.

Dem Gesetzgeber ist bekannt, dass der Versand von Spam-E-Mails überwiegend aus dem Ausland erfolgt und eine wirksame Bekämpfung nur auf der Ebene der Selbstregulierung der Wirtschaft und durch internationale Zusammenarbeit erreicht werden kann. Eine effektive Verfolgung ausländischer Spam-Versender ist mit den Mitteln des Ordnungswidrigkeitsrechts nicht erreichbar.

Selbst bei einer unaufgefordert versandten Werbe-E-Mail kann es nicht auf die Gestaltung der Kopf- und Betreffzeile ankommen. So entschied Amtsgericht München jüngst, dass die Verwendung des Double-Opt-In-Verfahrens keine unzumutbare Belästigung des Empfängers darstellt.<sup>7</sup> Beim Double-Opt-In-Verfahren wird der Versand einer Bestätigungs-E-Mail an eine – etwa über ein Internetformular eingegebene – E-Mail-Adresse ausgelöst mit der Bitte des Diensteanbieters, die Aufnahme in den Verteiler zu bestätigen. Kommt der Empfänger der Aufforderung nicht nach, wird er nicht in den Verteiler aufgenommen und erhält folglich keine weiteren Werbe-E-Mails.

---

<sup>5</sup> BT-Drucksache 16/3078, S. 15; BT-Drucksache 16/3135, S. 1.

<sup>6</sup> BT-Drucksache 16/3078, S. 15.

<sup>7</sup> Amtsgericht München, Urteil vom 16.11.2006, Az.: 161 C 29330/06 (rechtskräftig).

## **5. Zu § 7 (Verantwortlichkeit / Allgemeine Grundsätze)**

In der Rechtsprechung ist die Tendenz zu beobachten auch für solche Diensteanbieter eine Störerhaftung auf Unterlassung künftiger Rechtsverletzungen zu begründen, die lediglich eine Plattform zur Verfügung stellen. Die Haftungsprivilegierungen erstrecken sich bei solchen Diensten nach der BGH-Rechtsprechung nur auf die strafrechtliche Verantwortung der Diensteanbieter bzw. auf die Verpflichtung zum Schadenersatz. Die Auferlegung von Überwachungspflichten zur Vermeidung künftiger Rechtsverletzungen führt bei den Marktteilnehmern zur Rechtsunsicherheit. Neben Betreibern von Foren und Online-Marktplätzen sind auch Anbieter von Suchmaschinen von der Praxis der Gerichte betroffen. Dies widerspricht der Regelung des § 7 Absatz 2 Satz 1 TMG, der den Diensteanbietern gerade keine Überwachungspflichten auferlegt und sich mit den Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie deckt. Eine gesetzliche Klarstellung, die die Haftungsprivilegierung auch auf Unterlassungsansprüche bezieht, würde die Rechtsunsicherheiten im Bezug auf das Haftungsrisiko der Diensteanbieter beseitigen.

Der Gesetzgeber hat sich gegen die von der Wirtschaft geforderte Klarstellung der Verantwortlichkeitsregeln im TMG entschieden, da im Rahmen des Abschlusses der EU-Studien zur E-Commerce-Richtlinie Empfehlungen hinsichtlich der Gestaltung Haftung bei Suchmaschinenanbietern und Hyperlinks erwartet werden.<sup>8</sup>

Die in § 7 Absatz 2 Satz 2 TMG geregelte Verpflichtung zur Entfernung von Einträgen oder Sperrung von Zugängen ist dahingehend klarstellungsbedürftig, inwieweit der Diensteanbieter bei jeder behaupteten Rechtsverletzung ohne näheren Nachweis zur Entfernung oder Sperrung von Informationen verpflichtet ist, ob er diese Maßnahmen also nur bei offensichtlichen Rechtsverletzungen vornehmen bzw. erst aufgrund einer gerichtlichen oder behördlichen Anordnung tätig werden kann/soll. Liegt eine behauptete Rechtsverletzung tatsächlich nicht vor, wird der Diensteanbieter bei Entfernung oder Sperrung zulässiger Inhalte einem Haftungsrisiko gegenüber seinem Vertragspartner ausgesetzt. Hier wäre ebenfalls eine klarstellende gesetzliche Regelung erforderlich, die beispielsweise eine schriftliche Versicherung des Rechteinhabers über die behauptete Rechtsverletzung vorsieht und damit das Haftungsrisiko des Diensteanbieters minimieren könnte.

## **6. Zu § 8 (Durchleitung von Informationen)**

In § 8 TMG wird die Verantwortlichkeit solcher Anbieter geregelt, die fremde Informationen in einem Kommunikations-

---

<sup>8</sup> BT-Plenarprotokoll 16/76 vom 18.1.2007, S. 7605, 7607.

netz lediglich übermitteln oder den Zugang zur Nutzung vermitteln. Dieser Vorschrift sollte auch die Haftung von Suchmaschinenbetreibern unterliegen, da diese lediglich den Zugang zu Angeboten Dritter vermitteln, ohne die Übermittlung veranlasst zu haben und weder die Adressaten noch die Informationen ausgewählt haben. Die bei Suchmaschinen angewendete Technik stellt einen automatisierten Vorgang dar und verhindert die Beherrschbarkeit der Inhalte. Folgerichtig muss der Gesetzgeber die Verantwortlichkeit der Betreiber von Suchmaschinen und vergleichbaren Diensten nach § 8 TMG regeln.

## **7. Zu § 10 (Speicherung von Informationen)**

Nach § 10 TMG soll der Diensteanbieter für fremde Inhalte solange nicht verantwortlich sein, solange er keine positive Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder Information hat und diese für ihn nicht offensichtlich sind oder mit Erlangen der Kenntnis unverzüglich durch Entfernung oder Sperrung der Information tätig wurde. An dieser Stelle fehlt es wiederum an einer gesetzlichen Klarstellung, welche Voraussetzungen an die Kenntnis des Diensteanbieters zu stellen sind. Auf die Ausführungen zu § 7 Absatz 2 Satz 2 TMG wird insoweit verwiesen.

Auch die Haftung für Hyperlinks sollte sich nach § 10 TMG richten. Im Vergleich zu den von § 10 TMG umfassten Diensteanbietern stellt das Setzen eines Hyperlinks ein „Weniger“ gegenüber der Speicherung fremder Informationen dar. Zwar werden die Inhalte, auf die verwiesen wird, zu einem bestimmten Zeitpunkt aktiv ausgewählt, eine inhaltliche Kontrolle scheitert jedoch an der mangelnden Einflussmöglichkeit auf künftige Inhalte des Drittanbieters. Der Gesetzgeber wird angehalten, eine entsprechende Regelung in § 10 TMG zu treffen.

## **8. Zu § 11 (Datenschutz / Anbieter-Nutzer-Verhältnis)**

Bezüglich der Herausnahme der in § 11 Absatz 1 TMG erwähnten Nutzerverhältnisse wird auf die Ausführungen zu § 1 TMG verwiesen.

Auch hinsichtlich der Regelung in § 11 Absatz 3 TMG im Bezug auf die inkonsequente Abgrenzung zwischen Telekommunikationsdiensten und Telemedien in § 1 TMG gilt das zuvor gesagte. Das Problem der Doppelzuständigkeit der Datenschutzbehörden für Access- und E-Mail-Provider wird durch die Regelung in § 11 Absatz 3 TMG aufgrund des auslegungsbedürftigen Abgrenzungskriteriums „überwiegend“ nur unzureichend beseitigt. Zuständig für die Datenschutzkontrolle für Telekommunikationsdienste ist der Bundesbeauftragte für den Datenschutz, für die

Datenschutzaufsicht über Telemedien hingegen sind es die Aufsichtsbehörden der Länder. Die erforderliche Auslegung des Markkmals „überwiegend“ bewirkt eine Doppelbefassung der Aufsichtsbehörden und nicht etwa, dass diese Anbieter ausschließlich dem Telekommunikationsdatenschutz unterliegen.<sup>9</sup> Diese Regelung führt ebenfalls zu Rechtsunsicherheit bei den Marktteilnehmern und erfordert gesetzgeberisches Handeln.

## **9. Zu § 12 (Grundsätze)**

Die in § 12 Absatz 3 TMG getroffene Regelung zielt auf die Ausübung einer Monopolstellung eines Diensteanbieters ab. Die Regelung greift dann nicht, wenn dem Nutzer ein anderer Zugang, beispielsweise über einen anderen Anbieter, möglich ist. Ein „Kopplungsverbot“ von Nutzung eines Dienstes und Verwendung der Daten zu Werbezwecken wurde durch den Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt. Aufgrund der herrschenden Breite der Angebote ist eine Monopolstellung eines Diensteanbieters inzwischen quasi undenkbar<sup>10</sup>. Die Regelung im § 12 Absatz 3 TMG läuft somit ins Leere und kann demzufolge auch gänzlich entfernt werden.

## **10. Zu § 13 (Pflichten des Diensteanbieters)**

§ 13 Absatz 1 TMG enthält die Pflicht des Diensteanbieters zu Beginn des Nutzungsvorganges über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie deren Verarbeitung zu unterrichten. Auch diese Regelung erfordert im Hinblick auf die Medienverträglichkeit, beispielsweise bei Nutzung mobiler Dienste, eine entsprechende Erleichterung zum Umfang der zu übermittelnden Informationen. Als milderes Mittel könnte beispielsweise die Angabe über die Identität des Anbieters ausreichend sein.

Die in § 13 Absatz 5 TMG enthaltene Anzeigepflicht bei Weiterleitung bedarf ebenfalls einer Konkretisierung. In der Praxis werden Teledienste durch mehrere Diensteanbieter erbracht und haben zwangsläufig eine Weiterleitung der Daten zur Folge. Die Regelung des § 13 Absatz 5 TMG sollte sich daher an die Regelung in § 28 Absatz 1 BDSG anlehnen, die eine Weiterleitung ohne Einschränkung erlaubt, soweit sie zum Zwecke der Erfüllung der vertraglichen Leistung erfolgt oder für den Nutzer offensichtlich ist.

---

<sup>9</sup> a.A.: BT-Plenarprotokoll 16/76 vom 18.1.2007, S. 7605.

<sup>10</sup> Brandenburgisches Oberlandesgerichtes, Urteil vom 11.01.2006 - Aktenzeichen 7 U 52/05)

## 11. Zu § 14 (Bestandsdaten)

§ 14 Absatz 1 TMG bestimmt, dass der Diensteanbieter personenbezogene Daten des Nutzers nur in dem genannten Umfang erheben und verwenden darf. In der Praxis haben sowohl Diensteanbieter als auch die Nutzer selbst ein Interesse daran, über weitere Angebote informiert zu werden. Es fehlt an einer Regelung, dass Bestandsdaten auch für Werbung für eigene Angebote und zu Zwecken der Marktforschung verwendet werden können, sofern der Nutzer zuvor eingewilligt hat oder bereits eine Kundenbeziehung besteht. Die Befugnis zur Datennutzung auch für Marketingzwecke ergibt sich hier bereits zwangsläufig aus Art. 13 der Kommunikations-Datenschutz-Richtlinie (2002/58/EG). Daher wird eine Regelung vorgeschlagen, die sich an § 95 Absatz 2 TKG anlehnt.

§ 12 Absatz 2 TMG enthält dazu eine Regelung, die dem Diensteanbieter die Verwendung der bereits erhobenen personenbezogenen Daten für andere Zwecke erlaubt, sofern der Nutzer eingewilligt hat oder es sich aus anderen Vorschriften zu Telemedien ergibt. Diese Regelung lässt zwar eine dahingehende gesetzgeberische Absicht erkennen, ist jedoch weder für den Nutzer noch für den Diensteanbieter transparent.

Nach der in § 14 Absatz 2 TMG aufgenommenen Regelung darf der Diensteanbieter auf Anordnung der zuständigen Stellen Bestandsdaten der Nutzer weitergeben soweit sie „für Zwecke der Strafverfolgung, zur Gefahrenabwehr durch die Polizeibehörden der Länder, zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes oder des Militärischen Abschirmdienstes oder zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum“ erforderlich sind. Diese datenschutzrechtliche Öffnungsklausel begründet nach der Gesetzesbegründung jedoch keine Pflicht auf Seiten des Diensteanbieters einem Auskunftersuchen nachzukommen und schreibt auch keine Befugnisse von Sicherheitsbehörden fest. Diese sollten künftig spezialgesetzlich geregelt werden.<sup>11</sup>

Neben Auskünften für Zwecke der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung wird eine Möglichkeit zur Auskunftserteilung „zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum“ eröffnet. Die bereits in der Anhörung im Wirtschaftsausschuss von der Seite der Datenschutzexperten geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Ausweitung der Auskunftspflichten auf private Rechteinhaber sind mit Hinweis auf die in der europäische Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum<sup>12</sup> vorgesehenen Auskunftsrechte unbeachtet geblieben.

---

<sup>11</sup> BT-Plenarprotokoll 16/76 vom 18.1.2007, S. 7605.

<sup>12</sup> Richtlinie 2004/48/EG vgl. BT-Drucksache 16/3078, S. 16.

Die erhobenen verfassungs- und datenschutzrechtlichen Bedenken werden auch durch die Gesetzesbegründung nicht ausgeräumt, wonach die Regelung des § 14 Absatz 2 TMG für den Diensteanbieter kein Ermessen über eine Auskunftserteilung an die Sicherheitsbehörden begründet, weil sie nur das Verhältnis des Diensteanbieters zum Nutzer regelt und als bloße Klarstellung dient.<sup>13</sup> Demzufolge sind noch vor Inkrafttreten des Gesetzes Verfassungsbeschwerden gegen § 14 TMG zu erwarten. Bei Auskunftersuchen zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum bestehen Bedenken, ob sie auch auf die in der Praxis am häufigsten auftretenden Rechtsverletzungen in Peer-to-Peer Netzwerken überhaupt anwendbar sind, da sie als telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG gemäß § 1 Absatz 1 TMG ohnehin aus dem Anwendungsbereich des TMG fallen.

§ 14 TMG sieht schließlich keine angemessene Entschädigung des Diensteanbieters für die eingeholte Auskunft vor und belastet die Marktteilnehmer unangemessen. Sowohl im Verwaltungsverfahren als auch in der Rechtspflege sind entsprechende Gebührenerhebungen für Auskünfte und Akteneinsichten vorgesehen. Auch hier wird eine gesetzliche Nachbesserung gefordert, die in Form einer Anspruchsgrundlage für eine Gebührenerhebung der Diensteanbieter im TMG geregelt werden sollte.

## **12. Zu § 15 (Nutzungsdaten)**

Im Hinblick auf die in § 15 TMG geregelte Verwendung der Nutzungsdaten fehlt eine gesetzliche Klarstellung, ob der Nutzer in eine Verwendung seiner Nutzungsdaten einwilligen kann. Ein Rückgriff auf § 12 Absatz 2 TMG scheint hierbei nicht möglich, da darin ausschließlich von den für die Bereitstellung von Telemedien erhobenen personenbezogenen Daten gesprochen wird.

Die in § 15 Absatz 8 TMG getroffene Regelung zielt ausschließlich auf die Fälle ab, in denen das Entgelt nicht oder nicht vollständig gezahlt wird. Werden dem Diensteanbieter trotz gegenteiliger gesetzlicher Regelung in § 7 Absatz 2 TMG mittels Unterlassungserklärungen Überwachungspflichten auferlegt, so muss im Gegenzug dem Diensteanbieter erlaubt sein, über den Rückgriff auf die Nutzungsdaten gegen eine rechtswidrige Inanspruchnahme seiner Dienste durch den Nutzer oder zu deren Aufklärung tätig zu werden und die Nutzungsdaten über die in Absatz 7 genannte Speicherfrist hinaus zu verwenden, soweit dies für Zwecke der Rechtsverfolgung erforderlich ist. Auch hier wird eine gesetzliche Klarstellung gefordert.

---

<sup>13</sup> BT-Drucksache 16/3135, S. 2.

**13. Zu § 16 (Bußgeldvorschriften)**

Bezüglich des Bußgeldtatbestandes in § 16 Absatz 1 TMG wird auf die Ausführungen zu § 6 Absatz 2 TMG verwiesen.