Dr. Patrick Breyer – Stellungnahme vom 3. Dezember 2006 gegenüber dem Ausschuss des Deutschen Bundestages für Wirtschaft und Technologie

Neues Internetrecht – Forderungen aus Sicht der Nutzerinnen und Nutzer

Zusammenfassung

Verbraucher fordern besseren Schutz ihrer Daten im Internet

Werbemüll („Spam"), Datenklau („Phishing") und Dauerüberwachung („Spyware", „Tracking") – Deutschlands Internetnutzer müssen zunehmend den Missbrauch ihrer Daten befürchten. Elf Organisationen fordern vom Gesetzgeber jetzt ein mutiges Gegensteuern: Die Sammlung und Aufzeichnung von Daten im Internet soll auf ein Mindestmaß beschränkt werden, verlangen unter anderem die Deutsche Vereinigung für Datenschutz und die Verbraucherzentrale Bundesverband in einem gemeinsamen Forderungspapier.

„Den besten Schutz vor Datendiebstahl und Datenmissbrauch stellt es dar, wenn von vornherein möglichst wenige persönliche Daten erhoben und gespeichert werden", heißt es in dem Dokument. „Verbraucherinnen und Verbraucher erwarten daher, dass sie im virtuellen Leben ebenso anonym und überwachungsfrei handeln können wie im wirklichen Leben." Die Organisationen fordern den Gesetzgeber zudem auf, für mehr Transparenz bei der Aufzeichnung und Speicherung persönlicher Daten im Internet zu sorgen.

Der Regierungsentwurf des Elektronischen-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetzes (ElGVG) sieht dagegen sogar noch erhebliche Absenkungen des bestehenden Datenschutzniveaus vor. Die Parlamentarier müssen hier mutig gegensteuern und die Anhäufung privater Informationen durch Betreiber von Websites unterbinden. In einer Informationsgesellschaft sind die persönlichen Daten, die wir dem Internet anvertrauen, Schlüssel zu unserem Privatleben. Internetunternehmen sollten diese Daten nicht endlos horten und dem Zugriff von Datendieben und Betrügern, aber auch der Schnüffelei von Behörden aussetzen dürfen.

Hintergrund

Die neuen Medien werden für das tägliche Leben immer wichtiger. Immer mehr Aktivitäten finden in den Informations- und Kommunikationsnetzen statt. Dadurch wachsen die neuen Medien zu einer immer wichtigeren Säule für die Wirtschaft heran. „Wer sich langfristig Marktchancen und Innovationspotenziale sichern will, muss die Ängste und Befürchtungen der Verbraucher ernst nehmen", mahnt Verbraucherschutzminister Seehofer.[1] Die erfolgreiche Entwicklung der Telemediendienste hängt davon ab, dass die Nutzer darauf vertrauen können, dass ihre Privatsphäre gewahrt bleibt.[2] Dieser Zusammenhang ist durch verschiedene Umfragen ebenso erwiesen wie die Tatsache, dass viele Verbraucherinnen und Verbraucher derzeit aus Sorge um ihre Privatsphäre noch auf die Nutzung von Telemediendiensten verzichten.[3]

So hat eine repräsentative Umfrage im Oktober 2005[4] ergeben, dass 61% der deutschen Internet-Nutzer beim Online-Shopping um ihre Internetsicherheit besorgt sind. 45% der befragten Nutzer sagten, dass die Internetsicherheit ihr Einkaufsverhalten beeinflusst; weitere 10% kaufen derzeit überhaupt nicht im Inter-

1 Pressemitteilung vom 15.03.2006, http://snipurl.com/novm.

2 Erwägungsgrund 5 der RiL 2002/58/EG.

3 Vgl. nur Kommission, Umfrage „Your Views on Data Protection", http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/consultation-citizens_en.pdf, 8.

4 Forrester Custom Consumer Research, http://www.bsa.org/germany/presse/newsreleases/upload/BSA-Forrester-Deutsch.ppt.

net ein. 78% der Internet-Nutzer gaben an, dass ihre Hauptsorge dem Diebstahl ihrer persönlichen Daten und dem Weiterverkauf ihrer Daten an Dritte gilt. 85% der Nutzer vertraten die Ansicht, dass die Anbieter nicht genug tun, um ihre Kunden im Internet zu schützen.

Die Veröffentlichung der Sucheingaben von 600.000 Menschen durch das Internetunternehmen AOL hat die besondere Dringlichkeit eines verbesserten Datenschutzes im Internet in das öffentliche Bewusstsein gerückt. Den 20 Mio. Datensätzen ließen sich Namen, finanzielle Informationen, Krankheiten, Informationen über das Sexualleben, teilweise sogar ganze Lebensschicksale entnehmen.[5] Ein Missbrauch solcher Informationen durch Kriminelle liegt nahe (z.B. für Einbrüche, Erpressung, Identitätsdiebstahl, Kontakte Pädophiler zu Minderjährigen, Stalking).

Den besten Schutz vor Datendiebstahl und Datenmissbrauch stellt es dar, wenn von vornherein möglichst wenige persönliche Daten erhoben und gespeichert werden. Verbraucherinnen und Verbraucher erwarten daher, dass sie im virtuellen Leben ebenso anonym und überwachungsfrei handeln können wie es im wirklichen Leben weitgehend noch der Fall ist.[6] Dies ist derzeit nicht gewährleistet: Während jedermann öffentliche Bibliotheken, Buchläden und Kaufhäuser anonym betreten und nutzen kann, wird das Verhalten von Nutzern im Internet auf Schritt und Tritt aufgezeichnet. Während Verbraucherinnen und Verbraucher jederzeit Briefe ohne Absenderangabe verschicken können, müssen sie sich vor dem Versand von Emails selbst gegenüber kostenlosen Diensten identifizieren.

Angesichts dessen ist es zur Stärkung der Privatsphäre und des Nutzervertrauens dringend erforderlich, durchzusetzen, dass Telemediendienste so wenige persönliche Daten wie möglich verarbeiten (Forderungen 6, 9, 13, 15, 16, 17 und 22 unten) und dass Nutzer über den Umgang mit ihren Daten wirklich frei entscheiden können (Forderungen 5, 7 und 8 unten). Weitere Forderungen aus Verbrauchersicht betreffen eine höhere Transparenz der Datenverarbeitung (Forderungen 2 und 10 unten) und die Sicherung der Meinungsfreiheit im Internet (Forderung 3 unten). In jedem Fall müssen die im Regierungsentwurf vorgesehenen Absenkungen des bestehenden Datenschutzniveaus verhindert werden (Forderungen 1, 4, 12, 14, 18, 21 und 23 unten).

Um diese Forderungen klar zu artikulieren, haben elf Gruppen der Zivilgesellschaft konkrete Änderungsvorschläge für das aktuelle Gesetzesvorhaben vorgelegt:

- Der Große Bruder (https://www.dergrossebruder.org)
- Deutsche Vereinigung für Datenschutz DVD e.V. (www.datenschutzverein.de)
- Forum InformatikerInnen für Frieden und gesellschaftliche Verantwortung (FIfF) e.V. (www.fiff.de)
- Humanistische Union e.V. (www.humanistische-union.de)
- Institut für Bürgerrechte & öffentliche Sicherheit e.V. (www.cilip.de)
- naiin - no abuse in internet e.V. (www.naiin.org)
- Netzwerk Neue Medien e.V. (www.nnm-ev.de)
- STOP1984 (www.stop1984.com)
- Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (www.vzbv.de)
- Verein zur Förderung des öffentlichen bewegten und unbewegten Datenverkehrs (FoeBuD) e.V. (www.foebud.org)
- Virtueller Ortsverein der SPD (www.vov.de)

Die Vorschläge wurden von dem Juristen Patrick Breyer ausgearbeitet (www.telemediengesetz.de.vu).

---

5 Breyer, http://www.daten-speicherung.de/index.php/aol-skandal-erfordert-aenderungen-am-telemediengesetz-entwurf/.

6 Ebenso Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum ElGVG-E vom 06.05.2005, http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_elgvg_06_05_2005.pdf, 2.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenstellung der Forderungen

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
Artikel 1 -		
Telemediengesetz (TMG)		
§ 1 Anwendungsbereich		
(1) Dieses Gesetz gilt für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen **oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes** oder Rundfunk im Sinne von § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind (Telemedien). Dieses Gesetz gilt für alle Anbieter einschließlich der öffentlichen Stellen unabhängig davon, ob für die Nutzung ein Entgelt erhoben wird.	1	(1) Dieses Gesetz gilt für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen ~~oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes~~ oder Rundfunk im Sinne von § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind (Telemedien). Dieses Gesetz gilt für alle Anbieter einschließlich der öffentlichen Stellen unabhängig davon, ob für die Nutzung ein Entgelt erhoben wird.
§ 5 Allgemeine Informationspflichten		
(1) Diensteanbieter haben für geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien folgende Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten:		
1. den Namen und die ladungsfähige Anschrift, unter der sie niedergelassen sind, bei juristischen Personen zusätzlich den Vertretungsberechtigten,		
2. Angaben, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit ihnen ermöglichen, einschließlich der Adresse der elektronischen Post,		
3. soweit der Dienst im Rahmen einer Tätigkeit angeboten oder erbracht wird, die der behördlichen Zulassung bedarf, Angaben zur zuständigen Aufsichtsbehörde,		
4. das Handelsregister, Vereinsregister, Partnerschaftsregister oder Genossenschaftsregister, in das sie eingetragen sind, und die entsprechende Registernummer,		

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
5. soweit der Dienst in Ausübung eines Berufs im Sinne von Artikel 1 Buchstabe d der Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen (ABl. EG Nr. L 19 S. 16), oder im Sinne von Artikel 1 Buchstabe f der Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG (ABl. EG Nr. L 209 S. 25), die zuletzt durch die Richtlinie 97/38/EG der Kommission vom 20. Juni 1997 (ABl. EG Nr. 184 S. 31) geändert worden ist, angeboten oder erbracht wird, Angaben über a) die Kammer, welcher die Diensteanbieter angehören, b) die gesetzliche Berufsbezeichnung und den Staat, in dem die Berufsbezeichnung verliehen worden ist, c) die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen und dazu, wie diese zugänglich sind, 6. in Fällen, in denen sie eine Umsatzsteueridentifikationsnummer nach § 27a des Umsatzsteuergesetzes oder eine Wirtschafts-Identifikationsnummer nach § 139c der Abgabenordnung besitzen, die Angabe dieser Nummer.		
	2	**7. falls ein Beauftragter für Datenschutz bestellt ist Angaben, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit diesem ermöglichen, einschließlich der Adresse der elektronischen Post.**
§ 7 Allgemeine Grundsätze (1) Diensteanbieter sind für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.		

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
(2) Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 sind nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt. Das Fernmeldegeheimnis nach § 88 des Telekommunikationsgesetzes ist zu wahren.	3	(2) Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 sind nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt. Das Fernmeldegeheimnis nach § 88 des Telekommunikationsgesetzes ist zu wahren. **Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 sind zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nur nach Vorlage eines dahin gehenden, vollstreckbaren Titels verpflichtet, der gegen sie oder den Anbieter der Informationen nach Absatz 1 gerichtet ist. Wer einen Anspruch auf Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen gegen einen Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 gerichtlich geltend macht, trägt die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens.**
Abschnitt 4 Datenschutz		
§ 11 Anbieter-Nutzer-Verhältnis		
(1) Die nachfolgenden Vorschriften gelten nicht für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten der Nutzer von Telemedien, soweit die Bereitstellung solcher Dienste		
a) im Dienst- und Arbeitsverhältnis zu ausschließlich beruflichen oder dienstlichen Zwecken oder		
b) innerhalb von oder zwischen nicht öffentlichen Stellen oder öffentlichen Stellen ausschließlich zur Steuerung von Arbeits- oder Geschäftsprozessen erfolgt.		
(2) Nutzer im Sinne der nachfolgenden Vorschriften sind nur natürliche Personen.		

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
(3) Bei Telemedien, die überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, gelten für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten der Nutzer nur § 12 Abs. 3, § 15 Abs. 8 und § 16 Abs. 2 Nr. 2 und 5 dieses Gesetzes.	4	(3) Bei Telemedien, die überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen **(zum Beispiel die Bereitstellung von Internetzugängen oder von Emailkonten)**, gelten für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten der Nutzer nur § 12 Abs. 3 **und 4**, **§ 13 Abs. 7,** § 15 Abs. 8 und § 16 Abs. 2 Nr. 2**, 2a** und 5 dieses Gesetzes**; im Übrigen finden die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes Anwendung.**
§ 12 Grundsätze		
(1) Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten zur Bereitstellung von Telemedien nur erheben und verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.		(1) Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten zur Bereitstellung von Telemedien nur erheben und verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.
(2) Der Diensteanbieter darf für die Bereitstellung von Telemedien erhobene personenbezogene Daten für andere Zwecke nur verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.	5	(2) Der Diensteanbieter darf für die Bereitstellung von Telemedien erhobene personenbezogene Daten für andere Zwecke nur verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat. **Auf vorformulierte Einwilligungserklärungen finden die §§ 305 bis 310 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter den dort genannten Voraussetzungen Anwendung.**
	6	**(3)** Der Diensteanbieter hat dem Nutzer die Inanspruchnahme von Telemedien und ihre Bezahlung anonym ~~oder unter Pseudonym~~ zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. **Die anonyme Bereitstellung ist zumutbar, wenn Telemedien dieser Art am Markt anonym angeboten werden, es sei denn, dass die besonderen Verhältnisse des Diensteanbieters entgegen stehen.** Der Nutzer ist über **die** Möglichkeit **der anonymen Inanspruchnahme** zu informieren.

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
(3) Der Diensteanbieter darf die Bereitstellung von Telemedien nicht von **der Einwilligung des Nutzers in eine Verwendung seiner Daten für andere Zwecke** abhängig machen, wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu **diesen** Telemedien **nicht oder** in **nicht** zumutbarer Weise möglich ist.	7	**(4)** Der Diensteanbieter darf die Bereitstellung von Telemedien nicht von **der Angabe personenbezogener Daten** abhängig machen, **die zur Bereitstellung der Telemedien nicht erforderlich sind. Entsprechendes gilt für die Einwilligung des Nutzers in die Verarbeitung oder Nutzung der Daten für andere Zwecke. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht,** wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu **den angebotenen** Telemedien in zumutbarer Weise möglich ist. **Im Fall des Satzes 3 hat der Diensteanbieter** **1. kenntlich zu machen, von welchen Angaben oder Einwilligungserklärungen die Bereitstellung der Telemedien abhängig gemacht wird und** **2. die Unterrichtung des Nutzers nach § 12 Abs. 1 auch darauf zu erstrecken, in welcher Weise ein anderer Zugang zu den Telemedien möglich ist.**
(4) Soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, sind die jeweils geltenden Vorschriften für den Schutz personenbezogener Daten anzuwenden, auch wenn die Daten nicht automatisiert verarbeitet werden.		(wird zu Abs. 5)
	8	**(6) Der Diensteanbieter darf den Nutzer nicht benachteiligen, weil dieser in zulässiger Weise von Rechten aus diesem Gesetz Gebrauch macht. Wenn im Streitfall der Nutzer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung im Sinne des Satzes 1 vermuten lassen, trägt der Diensteanbieter die Beweislast dafür, dass andere, sachliche Gründe die Behandlung des Nutzers rechtfertigen.**

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
	9	**§ 12a Telemediennutzungsgeheimnis** (1) Dem **Telemediennutzungsgeheimnis** unterliegen der Inhalt der **Nutzung von Telemedien** und **die** näheren Umstände **der Nutzung**, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem **Telemediennutzungsvorgang** beteiligt ist oder war. Das **Telemediennutzungsgeheimnis** erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser **Telemediennutzungsversuche sowie auf Bestandsdaten**. (2) Zur Wahrung des **Telemediennutzungsgeheimnisses** ist jeder Diensteanbieter verpflichtet. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist. (3) Den nach Absatz 2 Verpflichteten ist es untersagt, sich oder anderen über das für die **Bereitstellung** der **Telemedien** erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der **Telemediennutzung** zu verschaffen. Sie dürfen Kenntnisse über Tatsachen, die dem **Telemediennutzungsgeheimnis** unterliegen, nur für den in Satz 1 genannten Zweck verwenden. Eine Verwendung dieser Kenntnisse für andere Zwecke, insbesondere die Weitergabe an andere, ist nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere gesetzliche Vorschrift dies vorsieht und sich dabei ausdrücklich auf **Telemedien** bezieht. Die Anzeigepflicht nach § 138 des Strafgesetzbuches hat Vorrang.

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
§ 13 Pflichten des Diensteanbieters		
(1) Der Diensteanbieter hat den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs **über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie** über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) in allgemein verständlicher Form zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist. Bei einem automatisierten Verfahren, das eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglicht und eine Erhebung oder Verwendung personenbezogener Daten vorbereitet, ist der Nutzer zu Beginn dieses Verfahrens zu unterrichten. Der Inhalt der Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein.	10	(1) Der Diensteanbieter hat den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs ~~über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie~~ **1. darüber, welche personenbezogenen Daten wie lange, in welchem Umfang und zu welchen Zwecken erhoben, verarbeitet und genutzt werden, und** **2.** über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) in allgemein verständlicher Form zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist. Bei einem automatisierten Verfahren, das eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglicht und eine Erhebung oder Verwendung personenbezogener Daten vorbereitet, ist der Nutzer zu Beginn dieses Verfahrens zu unterrichten. Der Inhalt der Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein.
(2) Die Einwilligung kann auch elektronisch erklärt werden, wenn der Diensteanbieter sicherstellt, dass		
1. der Nutzer seine Einwilligung bewusst und eindeutig erteilt hat,		
2. die Einwilligung protokolliert wird,		
3. der Nutzer den Inhalt der Einwilligung jederzeit abrufen kann und		
4. der Nutzer die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann.		
(3) Der Diensteanbieter hat den Nutzer vor Erklärung seiner Einwilligung auf sein Recht nach Absatz 2 Nr. 4 hinzuweisen. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.		
(4) Der Diensteanbieter hat durch technische und organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass		
1. der Nutzer die Nutzung des Dienstes jederzeit beenden kann,		

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
2. die anfallenden personenbezogenen Daten über den Ablauf des Zugriffs oder der sonstigen Nutzung unmittelbar nach deren Beendigung gelöscht werden,		
3. der Nutzer Telemedien gegen Kenntnisnahme Dritter geschützt in Anspruch nehmen kann,		
4. die personenbezogenen Daten über die Nutzung verschiedener Telemedien durch denselben Nutzer getrennt verwendet werden können,		
5. Daten nach § 15 Abs. 2 nur für Abrechungszwecke zusammengeführt werden können und		
6. Nutzungsprofile nach § 15 Abs. 3 nicht mit Angaben zur Identifikation des Trägers des Pseudonyms zusammengeführt werden können.		
An die Stelle der Löschung nach Satz 1 Nr. 2 tritt eine Sperrung, soweit einer Löschung gesetzliche, satzungsmäßige oder vertragliche Aufbewahrungsfristen entgegenstehen.		
(5) Die Weitervermittlung zu einem anderen Diensteanbieter ist dem Nutzer anzuzeigen.		
(6) Der Diensteanbieter hat die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Der Nutzer ist über diese Möglichkeit zu informieren.	11	(entfällt)
(7) Der Diensteanbieter hat dem Nutzer **nach Maßgabe des § 34 BDSG** auf Verlangen Auskunft über die zu seiner Person oder zu seinem Pseudonym gespeicherten Daten zu erteilen. Die Auskunft kann auf Verlangen des Nutzers auch elektronisch erteilt werden.	12	**(6)** Der Diensteanbieter hat dem Nutzer ~~nach Maßgabe des § 34 BDSG~~ auf Verlangen **unentgeltlich und unverzüglich** Auskunft über die zu seiner Person oder zu seinem Pseudonym gespeicherten Daten zu erteilen. Die Auskunft kann auf Verlangen des Nutzers auch elektronisch erteilt werden.
	13	**(7) Die Speicherung von Daten im Endgerät des Nutzers und der Zugriff auf Daten, die im Endgerät des Nutzers gespeichert sind, ist nur zulässig, wenn der Nutzer darüber gemäß Absatz 1 unterrichtet und auf sein Recht hingewiesen worden ist, der Speicherung oder dem Zugriff zu widersprechen. Dies gilt nicht, wenn der alleinige Zweck der Speicherung oder des Zugriffs die Durchführung oder Erleichterung der Übertragung einer Nachricht über ein Telekommunikationsnetz ist oder soweit dies zwingend erforderlich ist, um einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst zur Verfügung zu stellen.**

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
§ 14 Bestandsdaten		
(1) Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten eines Nutzers erheben und verwenden, soweit sie für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer über die Nutzung von Telemedien erforderlich sind (Bestandsdaten).		
(2) **Auf Anordnung der zuständigen Stellen darf der Diensteanbieter im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung, 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 ist.**	14	(2) **Für Zwecke der Strafverfolgung kann unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe der §§ 100a und 100b der Strafprozessordnung angeordnet werden, dass Diensteanbieter an Strafverfolgungsbehörden oder Strafgerichte unverzüglich Auskunft über Bestandsdaten zu erteilen haben. § 101 der Strafprozessordnung gilt entsprechend.**
§ 15 Nutzungsdaten		
(1) Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten eines Nutzers erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen (Nutzungsdaten). Nutzungsdaten sind insbesondere		
1. Merkmale zur Identifikation des Nutzers,	15	1. Merkmale zur Identifikation des Nutzers **einschließlich Internet-Protocol-Adressen**,
2. Angaben über Beginn und Ende sowie des Umfangs der jeweiligen Nutzung und		
3. Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Telemedien.		
(2) Der Diensteanbieter darf Nutzungsdaten eines Nutzers über die Inanspruchnahme verschiedener Telemedien zusammenführen, soweit dies für Abrechnungszwecke mit dem Nutzer erforderlich ist.		
(3) Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 12 Abs. 1 hinzuweisen. Diese Nutzungsprofile dürfen nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.	16	(3) Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer ~~dem nicht widerspricht~~ **eingewilligt hat**. ~~Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 12 Abs. 1 hinzuweisen.~~ Diese Nutzungsprofile dürfen nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
(4) Der Diensteanbieter darf Nutzungsdaten über das Ende des Nutzungsvorgangs hinaus verarbeiten und nutzen, soweit sie für Zwecke der Abrechnung mit dem Nutzer erforderlich sind (Abrechnungsdaten). Zur Erfüllung bestehender gesetzlicher, satzungsmäßiger oder vertraglicher Aufbewahrungsfristen darf der Diensteanbieter die Daten sperren.		
(5) Der Diensteanbieter darf an andere Diensteanbieter oder Dritte Abrechnungsdaten übermitteln, soweit dies zur Ermittlung des Entgelts und zur Abrechnung mit dem Nutzer erforderlich ist. Hat der Diensteanbieter mit einem Dritten einen Vertrag über den Einzug des Entgelts geschlossen, so darf er diesem Dritten Abrechnungsdaten übermitteln, soweit es für diesen Zweck erforderlich ist. Zum Zwecke der Marktforschung anderer Diensteanbieter dürfen anonymisierte Nutzungsdaten übermittelt werden. § 14 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.		
(6) Die Abrechnung über die Inanspruchnahme von Telemedien darf Anbieter, Zeitpunkt, Dauer, Art, Inhalt und Häufigkeit bestimmter von einem Nutzer in Anspruch genommener Telemedien nicht erkennen lassen, es sei denn, der Nutzer verlangt einen Einzelnachweis.		
(7) Der Diensteanbieter darf Abrechnungsdaten, die für die Erstellung von Einzelnachweisen über die Inanspruchnahme bestimmter Angebote auf Verlangen des Nutzers verarbeitet werden, höchstens bis zum Ablauf des sechsten Monats nach Versendung der Rechnung speichern. Werden gegen die Entgeltforderung innerhalb dieser Frist Einwendungen erhoben oder diese trotz Zahlungsaufforderung nicht beglichen, dürfen die Abrechnungsdaten aufbewahrt werden, bis die Einwendungen abschließend geklärt sind oder die Entgeltforderung beglichen ist.		

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
(8) Liegen dem Diensteanbieter zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte vor, dass seine Dienste von bestimmten Nutzern in der Absicht in Anspruch genommen werden, das Entgelt nicht oder nicht vollständig zu entrichten, darf er die personenbezogenen Daten dieser Nutzer über das Ende des Nutzungsvorgangs sowie die in Absatz 7 genannte Speicherfrist hinaus nur verwenden, soweit dies **für Zwecke der Rechtsverfolgung** erforderlich ist. Der Diensteanbieter hat die Daten unverzüglich zu löschen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 nicht mehr vorliegen oder die Daten für die Rechtsverfolgung nicht mehr benötigt werden. Der betroffene Nutzer ist zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung des mit der Maßnahme verfolgten Zweckes möglich ist.	17	(8) Liegen dem Diensteanbieter **im Einzelfall** zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte vor, dass seine Dienste von bestimmten Nutzern in der Absicht in Anspruch genommen werden, das Entgelt nicht oder nicht vollständig zu entrichten, darf er die personenbezogenen Daten dieser Nutzer über das Ende des Nutzungsvorgangs sowie die in Absatz 7 genannte Speicherfrist hinaus nur verwenden, soweit dies **zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegenüber dem Nutzer** erforderlich ist. Der Diensteanbieter hat die Daten unverzüglich zu löschen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 nicht mehr vorliegen oder die Daten für die Rechtsverfolgung nicht mehr benötigt werden. Der betroffene Nutzer ist zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung des mit der Maßnahme verfolgten Zweckes möglich ist.
Abschnitt 5 Schlussbestimmungen		
§ 16 Bußgeldvorschriften		
(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig		
1. entgegen § 5 Abs. 1 eine Information nicht, nicht richtig oder nicht vollständig verfügbar hält,		
2. entgegen § 12 Abs. 3 die Bereitstellung von Telemedien von einer dort genannten Einwilligung abhängig macht,	18	2. entgegen § 12 Abs. **4** die Bereitstellung von Telemedien von einer dort genannten Einwilligung abhängig macht,
	19	**2a. entgegen § 12 Abs. 4 die Bereitstellung von Telemedien von der Angabe nicht erforderlicher personenbezogener Daten abhängig macht,**
3. entgegen § 13 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 den Nutzer nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig unterrichtet,	20	3. entgegen **§ 12 Abs. 4 Satz 4 oder** § 13 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 den Nutzer nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig unterrichtet,
4. einer Vorschrift des § 13 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bis 4 oder 5 über eine dort genannte Pflicht zur Sicherstellung zuwiderhandelt,	21	4. einer Vorschrift des § 13 Abs. **2 oder** 4 Satz 1 Nr. 1 bis 4 oder 5 über eine dort genannte Pflicht zur Sicherstellung zuwiderhandelt,
5. entgegen § 14 Abs. 1 oder § 15 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 8 Satz 1 oder 2 personenbezogene Daten erhebt oder verwendet oder nicht oder nicht rechtzeitig löscht oder		
6. § 15 Abs. 3 Satz 3 ein Nutzungsprofil mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammenführt,		

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
	22	**Artikel 4b -** **Änderung des Strafgesetzbuchs** **§ 206 des Strafgesetzbuchs wird wie folgt gefasst:** **§ 206** Verletzung des Post-**, Telemediennutzungs-** oder Fernmeldegeheimnisses (1) Wer unbefugt einer anderen Person eine Mitteilung über Tatsachen macht, die dem Post-**, Telemediennutzungs-** oder Fernmeldegeheimnis unterliegen und die ihm als Inhaber oder Beschäftigtem eines Unternehmens bekannt geworden sind, das geschäftsmäßig Post-**, Telemedien-** oder Telekommunikationsdienste erbringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer als Inhaber oder Beschäftigter eines in Absatz 1 bezeichneten Unternehmens unbefugt 1. eine Sendung, die einem solchen Unternehmen zur Übermittlung anvertraut worden und verschlossen ist, öffnet oder sich von ihrem Inhalt ohne Öffnung des Verschlusses unter Anwendung technischer Mittel Kenntnis verschafft, 2. eine einem solchen Unternehmen zur Übermittlung anvertraute Sendung unterdrückt oder 3. eine der in Absatz 1 oder in Nummer 1 oder 2 bezeichneten Handlungen gestattet oder fördert. (3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Personen, die 1. Aufgaben der Aufsicht über ein in Absatz 1 bezeichnetes Unternehmen wahrnehmen, 2. von einem solchen Unternehmen oder mit dessen Ermächtigung mit dem Erbringen von Post-**, Telemedien-** oder Telekommunikationsdiensten betraut sind oder 3. mit der Herstellung einer dem Betrieb eines solchen Unternehmens dienenden Anlage oder mit Arbeiten daran betraut sind.

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
		(4) Wer unbefugt einer anderen Person eine Mitteilung über Tatsachen macht, die ihm als außerhalb des Post-**, Telemedien-** oder Telekommunikationsbereichs tätigem Amtsträger auf Grund eines befugten oder unbefugten Eingriffs in das Post-**, Telemediennutzungs-** oder Fernmeldegeheimnis bekannt geworden sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (5) Dem Postgeheimnis unterliegen die näheren Umstände des Postverkehrs bestimmter Personen sowie der Inhalt von Postsendungen. Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Das **Telemediennutzungs- und das** Fernmeldegeheimnis **erstrecken** sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungs-**und Nutzungs**versuche **und auf Bestandsdaten**.

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
	23	**Artikel 4b -** **Änderung des Telekommunikationsgesetzes** **§ 95 Abs. 2 des Telekommunikationsgesetzes wird wie folgt gefasst:** (2) Der Diensteanbieter darf die Bestandsdaten der in Absatz 1 Satz 2 genannten Teilnehmer zur Beratung der Teilnehmer, zur Werbung für eigene Angebote und zur Marktforschung nur verwenden, soweit dies für diese Zwecke erforderlich ist und der Teilnehmer eingewilligt hat. Ein Diensteanbieter, der im ~~Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung~~ **Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung** rechtmäßig Kenntnis von der Rufnummer oder der Postadresse, auch der elektronischen, eines Teilnehmers erhalten hat, darf diese für die Versendung von Text- oder Bildmitteilungen an ein Telefon oder an eine Postadresse ~~zu den in Satz 1 genannten Zwecken~~ **zur Beratung der Teilnehmer, zur Werbung für eigene ähnliche Angebote und zur Marktforschung** verwenden, es sei denn, dass der Teilnehmer einer solchen Verwendung widersprochen hat. Die Verwendung der Rufnummer oder Adresse nach Satz 2 ist nur zulässig, wenn der Teilnehmer bei der Erhebung oder der erstmaligen Speicherung der Rufnummer oder Adresse und bei jeder Versendung einer Nachricht an diese Rufnummer oder Adresse zu einem der in Satz 1 genannten Zwecke deutlich sichtbar und gut lesbar darauf hingewiesen wird, dass er der Versendung weiterer Nachrichten jederzeit schriftlich oder elektronisch widersprechen kann**, und wenn dem Teilnehmer unmittelbar und kostenfrei eine Widerspruchsmöglichkeit eingeräumt wird.**

Begründung

1. Datenschutz bei Mehrwertdiensten

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
Telemediengesetz (TMG)		
§ 1 Anwendungsbereich		
(1) Dieses Gesetz gilt für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen **oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes** oder Rundfunk im Sinne von § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind (Telemedien). Dieses Gesetz gilt für alle Anbieter einschließlich der öffentlichen Stellen unabhängig davon, ob für die Nutzung ein Entgelt erhoben wird.	1	(1) Dieses Gesetz gilt für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen ~~oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes~~ oder Rundfunk im Sinne von § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind (Telemedien). Dieses Gesetz gilt für alle Anbieter einschließlich der öffentlichen Stellen unabhängig davon, ob für die Nutzung ein Entgelt erhoben wird.

Bisher gilt das Telemedienrecht auch für sogenannte „telekommunikationsgestützte Dienste“ wie etwa Mehrwertdienste, die über Mehrwertrufnummern (z.B. 0900-...) erbracht werden. Solche Mehrwertdienste haben regelmäßig die Bereitstellung bestimmter Inhalte zum Gegenstand (z.B. Wetteransage, Faxabruf) und fallen daher in den Anwendungsbereich von TDG und TDDSG.[7] Dies hat der Bundesgerichtshof mehrfach entschieden.[8]

Der aktuelle Entwurf des Telemediengesetzes sieht nun – anders als noch der erste Entwurf – vor, telekommunikationsgestützte Dienste generell vom Anwendungsbereich des Gesetzes auszunehmen. Zur Begründung heißt es, bei diesen Dienste handle es sich „weder um Abruf- noch um Verteildienste“, sondern um „Individualkommunikation“. Dass dies unzutreffend ist, wurde bereits dargelegt. Eine telefonische Wetteransage oder ein Angebot zum Faxabruf von Wirtschaftsinformationen stellen durchaus Abrufdienste dar, nicht anders als das Angebot vergleichbarer Informationen im Internet. Es gibt keinen Grund, telefonbasierte Dienste zu privilegieren. Wenn in der Begründung von Abgrenzungsschwierigkeiten die Rede ist, bestehen diese Schwierigkeiten allgemein. Auch im Internet ist nicht immer klar, ob ein Telemedien- oder ein Telekommunikationsdienst vorliegt.

Telekommunikationsgestützte Dienste insgesamt aus dem Anwendungsbereich des TMG auszunehmen, würde aus Sicht der Nutzer vor allem dazu führen, dass die besonderen Datenschutzvorschriften für Telemedien nicht mehr anwendbar wären. Die Datenschutzvorschriften des TKG gelten für Mehrwertdienste ebenfalls nicht, so dass nur noch das allgemeine Bundesdatenschutzgesetz anwendbar wäre. Dies wäre nicht akzeptabel, weil bei telefonischen Informationsdiensten sensible Informationen anfallen, z.B. bei Gesundheitsinformationsdiensten oder beim Telefonbanking. Die besonderen Datenschutzregelungen des TMG müssen daher ohne Rücksicht auf das eingesetzte Medium für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste gelten.

---

7 BR-Drs. 755/03, 3: „Zwar sollen Content-Dienste nach den EU-Vorgaben nicht der sektorspezifischen Regulierung unterliegen, sondern fallen vielmehr im nationalen Recht unter das Teledienstegesetz bzw. den Mediendienstestaatsvertrag.“

8 Urteil vom 22.11.2001 - III ZR 5/01; Urteil vom 04.03.2004 - III ZR 96/03.

Auch die Anwendbarkeit der übrigen Regelungen der §§ 3 ff. TMG-E ist bei telekommunikationsgestützten Diensten sinnvoll und erforderlich. Diese Dienste sind deswegen – wie bisher – in den Anwendungsbereich des Gesetzes einzubeziehen, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 1 TMG-E erfüllt sind.

2. Erreichbarkeit der Datenschutzbeauftragten

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
Telemediengesetz (TMG) **§ 5** Allgemeine Informationspflichten (1) Diensteanbieter haben für geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien mindestens folgende Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten: [...]		
	2	**7. falls ein Beauftragter für Datenschutz bestellt ist Angaben, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit diesem ermöglichen, einschließlich der Adresse der elektronischen Post.**

Das Bundesdatenschutzgesetz bestimmt: „Betroffene können sich jederzeit an den Beauftragten für den Datenschutz wenden." (§ 4f Abs. 5 S. 2 BDSG). Dieser Anspruch des Gesetzgebers wird bei Telemediendiensten regelmäßig dadurch vereitelt, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte vom Diensteanbieter nicht benannt wird und auch nicht erreichbar ist. Wenden sich Nutzer an die allgemeine Kontaktadresse, erhalten sie oftmals keine oder keine kompetente Antwort, selbst wenn ihr Schreiben ausdrücklich an den betrieblichen Datenschutzbeauftragten gerichtet ist. Es ist davon auszugehen, dass dieser Missstand nicht auf bösen Willen seitens der übrigen Mitarbeiter der Dienste zurückzuführen ist, sondern dass ihnen die erforderliche Sachkompetenz fehlt, um Datenschutzanfragen ordnungsgemäß bearbeiten zu können.

Um zu gewährleisten, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte seine gesetzliche Aufgabe als Ansprechpartner der Betroffenen erfüllen kann, ist es folglich erforderlich, dass Angaben verfügbar sind, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit ihm ermöglichen, einschließlich einer Email-Adresse. Die vorgeschlagene Formulierung orientiert sich an dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG-E.

3. Schutz der Meinungsfreiheit im Internet

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
Telemediengesetz (TMG) **§ 7** Allgemeine Grundsätze (1) Diensteanbieter sind für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.		

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
(2) Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 sind nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt. Das Fernmeldegeheimnis nach § 88 des Telekommunikationsgesetzes ist zu wahren.	3	(2) Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 sind nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt. Das Fernmeldegeheimnis nach § 88 des Telekommunikationsgesetzes ist zu wahren. **Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 sind zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nur nach Vorlage eines dahin gehenden, vollstreckbaren Titels verpflichtet, der gegen sie oder den Anbieter der Informationen nach Absatz 1 gerichtet ist. Wer einen Anspruch auf Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen gegen einen Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 gerichtlich geltend macht, trägt die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens.**

Nach geltendem Recht obliegt es dem Betreiber (Hoster) der technischen Plattform eines Telemediendienstes (z.B. Webseite, Internet-Forum), Anzeigen Dritter bezüglich angeblicher Rechtsverletzungen zu prüfen und Inhalte gegebenenfalls zu sperren (§ 11 TDG, § 10 TMG-E). Der Hoster befindet sich insofern in einem Dilemma: Hält er Inhalte irrtümlich für rechtmäßig und verweigert er zu Unrecht die Sperrung, dann trägt er das Risiko, nach einer gerichtlichen Entscheidung Schadensersatz an den Rechteinhaber (beispielsweise den Inhaber gewerblicher Schutzrechte) zahlen und die Kosten des Gerichtsverfahrens tragen zu müssen. Hält der Hoster die Inhalte dagegen irrtümlich für rechtswidrig und sperrt er sie zuunrecht, dann trägt er das Risiko, nach einer entsprechenden gerichtlichen Entscheidung Schadensersatz an den Inhalteanbieter wegen Vertragsverletzung zahlen und ebenfalls die Kosten des Gerichtsverfahrens tragen zu müssen.

Diese Situation wird von Seiten der Wirtschaft zurecht kritisiert.[9] Sie führt dazu, dass Hoster im Zweifel zu einer Sperrung kritischer Inhalte neigen und sich vertraglich weitgehende Sperrungsrechte vorbehal-

[9] BITKOM-Stellungnahme, Ausschussdrucksache 16(9)516 vom 30.11.2006, Seiten 7 f.: „Zum anderen ist der Provider erheblicher Rechtsunsicherheit ausgesetzt, wenn ein vermeintlicher Rechteinhaber eine vermeintliche Rechtsverletzung geltend macht, ohne diese jedoch näher zu belegen. Der Hostprovider kann die behauptete Rechtsverletzung nicht überprüfen; gerade im Bereich von Marken- und Urheberrechtsverletzungen sind genauere Hintergrundinformationen unabdingbar. Nicht umsonst ziehen sich allein Rechtsstreitigkeiten etwa um eine Markeninhaberschaft oft über Jahre hin. Es ist nicht angemessen, von einem Diensteanbieter dieselbe Entscheidung ohne die erforderlichen Angaben und Unterlagen und ohne die Ermittlungsbefugnisse eines Gerichts innerhalb kürzester Zeit zu verlangen und ihm dabei die Folgen für eine Fehlentscheidung aufzubürden: Sperrt er die Inhalte nicht und besteht die geltend gemachte Rechtsverletzung, haftet er gegenüber dem Rechteinhaber. Sperrt er dagegen einen zulässigen Inhalt, drohen Schadensersatzforderungen seines Vertragspartners. Hier bedarf es unbedingt eines Einschreitens des Gesetzgebers, um den Diensteanbieter nicht zum Schnellhilfsrichter mit Privathaftung zu machen. In § 7 Abs. 2 TMG-E kann der Gesetzgeber das Problem dadurch lösen, dass die Pflicht zur Sperrung/Entfernung nach Satz 2 nur aufgrund einer vollstreckbaren Gerichts- oder Behördenentscheidung oder jedenfalls nur bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit eines Inhalts besteht."

ten. Unter dem Aspekt der Meinungsfreiheit ist es jedoch misslich, wenn Anbieter kritischer Informationen im Internet mundtot gemacht werden können, indem dem Hoster von Dritten mit rechtlichen Schritten gedroht wird. Es darf nicht – wie bisher – schon die Drohung mit rechtlichen Schritten und den damit einher gehenden Kosten genügen, um einen Hoster zur Entfernung oder Sperrung zu bewegen.

Zwangsläufig können Hoster nicht über die Sachkunde eines Gerichts verfügen, wenn es um die Frage einer Sperrungsverpflichtung geht. Dies spricht gegen ein außergerichtliches Notice-and-take-down-Verfahren. Im Interesse des Inhalteanbieters, aber auch des Hosters,[10] muss eine Pflicht zur Sperrung von Informationen deswegen eine gerichtliche Prüfung voraussetzen.[11]

Die gerichtliche Prüfung sollte möglichst im Verhältnis zum Anbieter der Informationen erfolgen[12], nicht im Verhältnis zum Hoster. Der Hoster hat regelmäßig kein eigenes Interesse an dem Informationsangebot und wird im Zweifel zur vorsorglichen Sperrung von Angeboten geneigt sein. Dies ist der Meinungsfreiheit abträglich und belastet auch die Gerichte, weil der Inhalteanbieter gegebenenfalls anschließend ein gesondertes Verfahren zur Aufhebung der Sperrung einleiten muss. Eine gerichtliche Prüfung im Verhältnis zum Anbieter der Informationen hat auch den Vorteil, dass der – im Grundsatz nicht verantwortliche – Hoster nicht involviert ist und dementsprechend keine Kosten tragen muss. Der Informationsanbieter kann unmittelbar Rechtsmittel gegen eine ihn betreffende Gerichtsentscheidung einlegen. Auch hat er einen Schadensersatzanspruch gegen den vermeintlichen Rechteinhaber, wenn dieser zu Unrecht einen vorläufigen Titel erwirkt und vollstreckt (§§ 945, 717 Abs. 2 ZPO).

Ein gerichtliches Vorgehen gegen den Anbieter der Informationen ist Rechteinhabern regelmäßig zumutbar.[13] Die Vorschriften der Zivilprozessordnung ermöglichen es, innerhalb kürzester Zeit eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Wenn sich eine ladungsfähige Anschrift des Anbieters der Informationen nicht ermitteln lässt, kennt das Zivilprozessrecht Erleichterungen (z.B. öffentliche Zustellung). Leitet der Rechteinhaber dennoch ein Verfahren gegen den Diensteanbieter ein, ist es ihm zuzumuten, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu tragen. Er kann den Inhalteanbieter dann auf Erstattung dieser Kosten in Anspruch nehmen (§ 823 BGB). Ein gesondertes Notice-and-take-down-Verfahren ist demnach nicht im Interesse der Rechteinhaber erforderlich. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Rechteinhaber im Bereich der Telemedien besser gestellt werden sollten als allgemein. Rechteinhabern begegnen bei der Durchsetzung ihrer Rechte stets Schwierigkeiten, nicht nur im Bereich von Telemedien.

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 7 Abs. 2 TMG-E regelt dreierlei: Erstens werden Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 TMG verpflichtet, gerichtliche Entscheidungen im Verhältnis zum Inhalteanbieter zu beachten. Rechteinhaber müssen die Gerichte dadurch nicht doppelt in Anspruch nehmen. Für Hoster hat diese Regelung den Vorteil, dass sie von der Haftung gegenüber ihrem Kunden befreit sind. Sind sie nämlich rechtlich zur Sperrung verpflichtet, können sie auch im Fall der späteren Aufhebung des Titels nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Zweitens wird bestimmt, dass Diensteanbieter zur Entfernung oder Sperrung von Informationen nur verpflichtet sind, wenn der Anspruchsteller einen entsprechenden, vollstreckbaren Titel vorlegt. Für Inhalteanbieter hat diese Regelung den Vorteil, dass die Gefahr einer voreiligen Sperrung von Angeboten ohne gerichtliche Prüfung eingedämmt wird. Auch

---

10 Vgl. Ebay, Stellungnahme vom Mai 2005, http://www.zukunft-ebusiness.de/E-Business/Redaktion/Pdf/Gesetze/Stellungnahmen/ebay-stellungnahme-telemediengesetz-rundfunk,property=pdf,bereich=ebusiness,sprache=de,rwb=true.pdf, Seite 7; Deutsche Telekom AG, Stellungnahme vom 06.05.2005, http://www.zukunft-ebusiness.de/E-Business/Redaktion/Pdf/Gesetze/Stellungnahmen/deutsche-telekom-ag-stellungnahme-telemediengesetz-rundfunk,property=pdf,bereich=ebusiness,sprache=de,rwb=true.pdf, Seite 15.

11 Ebenso BITKOM, Stellungnahme vom 12.05.2005, http://www.bitkom.org/files/documents/050512_BITKOM-Stellungnahme_TMG_und_9_RAeStV.pdf, Seite 6.

12 Ebenso OLG Düsseldorf 26.04.2006, Az. 1-15 U 180/05: „Dafür spricht auch, dass der Streit, ob eine Meinungsäußerung zulässig ist, grundsätzlich zwischen demjenigen, der sie als eigene aufgestellt hat und demjenigen, der sich durch sie verletzt fühlt, ausgetragen werden sollte."

13 Ebenso OLG Düsseldorf 26.04.2006, Az. 1-15 U 180/05.

„Abmahnwellen“ gegen Hoster werden auf diese Weise unterbunden. Schließlich sieht die vorgeschlagene Regelung vor, dass Diensteanbieter von den Kosten der erstinstanzlichen gerichtlichen Prüfung freigehalten werden.

Die vorgeschlagene Regelung stärkt damit die Meinungsfreiheit in der Informationsgesellschaft und beseitigt die für Hoster bisher bestehende Rechtsunsicherheit.[14]

4. Datenschutz bei Internetzugängen und Emaildiensten

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
Telemediengesetz (TMG)		
§ 11 Anbieter-Nutzer-Verhältnis		
(3) Bei Telemedien, die überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, gelten für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten der Nutzer nur § 12 Abs. 3, § 15 Abs. 8 und § 16 Abs. 2 Nr. 2 und 5 dieses Gesetzes.	4	(3) Bei Telemedien, die überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen **(zum Beispiel die Bereitstellung von Internetzugängen oder von Emailkonten)**, gelten für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten der Nutzer nur § 12 Abs. 3 **und 4**, **§ 13 Abs. 7,** § 15 Abs. 8 und § 16 Abs. 2 Nr. 2**, 2a** und 5 dieses Gesetzes**; im Übrigen finden die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes Anwendung.**

In der Praxis wirft die Abgrenzung der Telemediendienste von Telekommunikationsdiensten schon seit Erlass der entsprechenden Gesetze bisher ungelöste Fragen auf. § 11 Abs. 3 TMG-E in Verbindung mit seiner Begründung löst die Abgrenzungsprobleme überzeugend. Zur Klarstellung sollte allerdings die Absicht der Entwurfsverfasser in den Gesetzestext aufgenommen werden, die Bereitstellung von Internetzugängen und von Emailkonten zu regeln. Ob diese Dienste nämlich „ganz“ oder „überwiegend“ Telekommunikation zum Gegenstand haben, ist unklar. Dass Email- und Internet-Access-Provider „neben der Übertragungsdienstleistung noch eine inhaltliche Dienstleistung anbieten“ würden, wie die Entwurfsverfasser meinen[15], ist unzutreffend. Diese Provider bieten lediglich den Zugang zu einem Kommunikationsnetz an und ermöglichen damit mittelbar den Zugriff auf fremde Inhalte. Nicht anders verhält es sich mit Anbietern von Telefonanschlüssen, die ebenfalls den Abruf fremder Inhalte über das Telefonnetz ermöglichen (z.B. Faxabruf, Mehrwertdienste), ohne dass sie dadurch zu Anbieter von Telemedien würden.

Der zweite Halbsatz des hier unterbreiteten Änderungsvorschlags („im Übrigen finden die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes Anwendung“) stellt klar, dass auf Internet-Kommunikationsdienste vollumfänglich die Datenschutzvorschriften des TKG Anwendung finden einschließlich des Fernmeldegeheimnisses und der §§ 91 ff. TKG. Ohne diese Klarstellung besteht die Gefahr, dass Anbieter, die nur „überwiegend“ Telekommunikation anbieten, meinen könnten, auch nur teilweise den Datenschutzvorschriften des TKG zu unterstehen und im Übrigen nur denen des BDSG. Eine solche Absenkung des Datenschutzniveaus wäre im Hinblick auf die hochsensiblen persönlichen Daten, die bei Internetzugangs- und Emailprovidern anfallen, inakzeptabel.

Halbsatz 1 des Änderungsvorschlags berücksichtigt, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers des TDDSG auch Kommunikationsdienste im Internet von den strengen Datenschutzregelungen des Gesetzes erfasst sein sollten. Nachdem die Vermittlung fremder Inhalte aus Gründen des Rechtssicherheit dem Telekommunikationsdatenschutzrecht zuzuordnen ist, darf dies nicht zu einem unangemessenen Absinken des Datenschutzniveaus führen. Die besonderen Gefahren für die Privatsphäre im Bereich von Kom-

[14] Vgl. BITKOM-Stellungnahme, Ausschussdrucksache 16(9)516 vom 30.11.2006, Seiten 7 f.

[15] Entwurfsbegründung zu § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG.

munikationsdiensten im Internet erfordern ein höheres Datenschutzniveau als es bisher bei sonstigen Telekommunikationsdiensten (z.B. Sprachtelefonie) gewährleistet ist. Gerade im Bereich des Internet fällt eine Vielzahl sensibler Daten an (z.B. der genaue Ablauf der Internetnutzung, sog. „Clickstream"), weswegen dasselbe Datenschutzniveau gewährleistet sein sollte wie bei sonstigen Telemediendiensten.

Wenigstens die datenschutzrechtlichen Grundprinzipien des Telemedienrechts müssen auch auf Internet-Kommunikationsdienste Anwendung finden. Das TKG gewährleistet dies nicht. Insbesondere gibt es keine Vorschriften, die den Grundsatz der Anonymität und Datensparsamkeit festschreiben, wie es § 12 Abs. 3 und 4 TMG in der hier vorgeschlagenen Fassung tun (siehe Forderungen 6 und 7[16]). Hinsichtlich der zentralen Bedeutung dieser Grundsätze wird auf die Begründung der Forderungen 6 und 7[17] verwiesen.

Es ist inakzeptabel, dass der TMG-Entwurf nicht auf den Grundsatz der Anonymität (§ 13 Abs. 6 TMG-E bzw. § 12 Abs. 3 TMG in der hier vorgeschlagenen Fassung) Bezug nimmt und dadurch den Eindruck erweckt, dieser finde auf Internet-Kommunikationsdienste keine Anwendung mehr. Diese im Entwurf nicht begründete Verschlechterung der bisherigen Rechtslage muss beseitigt werden, indem ein entsprechender Verweis aufgenommen wird.

Auch die Regelung über die Verarbeitung von Daten im Endgerät des Nutzers (siehe 13. Forderung[18]) muss auf Internet-Kommunikationsdienste Anwendung finden. Dies ist europarechtlich vorgegeben. Aus diesem Grund wurde ein Verweis auf § 13 Abs. 7 TMG in der hier vorgeschlagenen Fassung (siehe 13. Forderung[19]) aufgenommen.

Schließlich verweist der vorgeschlagene § 11 Abs. 3 TMG auf § 16 Abs. 2 Nr. 2, 2a und 5 TMG-E, um die Anwendbarkeit der Bußgeldbestimmung klarzustellen, soweit sie § 12 Abs. 3 und 4 sowie § 15 Abs. 8 TMG-E absichern, die auch auf Internet-Kommunikationsdienste Anwendung finden sollen.

5. Vorformulierte Einwilligungserklärungen

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
Telemediengesetz (TMG)		
§ 12 Grundsätze		
(2) Der Diensteanbieter darf für die Bereitstellung von Telemedien erhobene personenbezogene Daten für andere Zwecke nur verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.	5	(2) Der Diensteanbieter darf für die Bereitstellung von Telemedien erhobene personenbezogene Daten für andere Zwecke nur verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat. **Auf vorformulierte Einwilligungserklärungen finden die §§ 305 bis 310 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter den dort genannten Voraussetzungen Anwendung.**

Dieser Vorschlag dient dem Zweck, den Zugriff auf sensible Nutzerdaten auf das erforderliche Maß zu beschränken. Er ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Anbieter von Telemediendiensten in der Praxis verbreitet das Schlupfloch der elektronischen Einwilligung nutzen, um sich den ausgewogenen gesetzlichen Regelungen über die Erhebung und Verwendung von Nutzerdaten zu entziehen. Die Erbringung eines Telemediendienstes wird gegenwärtig oft davon abhängig gemacht, dass der Nutzer eine – meist unklar formulierte und mehrere Seiten lange – Einwilligungserklärung abgibt. Insbesondere große US-

16 Seite 25.

17 Seite 25.

18 Seite 35.

19 Seite 35.

amerikanische Unternehmen nutzen diese Möglichkeit, um die gesetzlichen Regelungen quasi insgesamt abzubedingen: Sie verlangen bei der Anmeldung die Einwilligung des Kunden, jeden Klick und jede Eingabe des Nutzers auf Vorrat speichern zu dürfen, vorgeblich, um Missbrauch bekämpfen und eine bedarfsgerechte Gestaltung ihrer Dienste anbieten zu können.

Im „wirklichen" Leben ist eine derartige Praxis undenkbar. Niemand würde unterschreiben, wenn ihm ein Buchladen oder Kaufhaus ein entsprechendes Einwilligungsformular vorlegen würde. Dass die Einwilligung im Internet mit nur einem Klick zu haben ist, nutzen Telemediendienste zur Umgehung der gesetzlichen Verarbeitungsrestriktionen aus.

Dabei hat der Bundesgerichtshof wiederholt die Grenzen derartiger vorformulierter Einwilligungserklärungen aufgezeigt und diese Erklärungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen eingeordnet.[20] Als solche unterliegen vorformulierte Einwilligungserklärungen einer Angemessenheits- und Transparenzkontrolle (§ 307 BGB). Insbesondere sind Regelungen unwirksam, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Leider hat sich diese Rechtsprechung in der Praxis der Telemedien noch nicht durchgesetzt. Weder den Diensteanbietern noch den Aufsichtsbehörden ist bewusst, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit für vorformulierte Einwilligungserklärungen nicht gilt, weil hier keine echte Einflussmöglichkeit des Einwilligenden besteht. Selbst Obergerichte verkennen die höchstrichterliche Rechtsprechung.[21] Diese betont zurecht, dass der Staat kraft grundrechtlicher Schutzpflicht „die einzelnen Grundrechtsträger auch vor einer unverhältnismäßigen Beschränkung ihrer Grundrechte durch privatautonome Regelungen bewahren" muss.[22] Speziell zu personenbezogenen Daten hat das Bundesverfassungsgericht entschieden: „Ist jedoch ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt".[23]

Zur Durchsetzung des geltenden Rechts ist es daher dringend erforderlich, die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auf vorformulierte Einwilligungserklärungen gegenüber Telemediendiensten klarzustellen.[24] Die vorgeschlagene Formulierung stellt mit dem Ausdruck „unter den dort genannten Voraussetzungen" klar, dass sämtliche, in § 305 BGB genannten Merkmale allgemeiner Geschäftsbedingungen erfüllt sein müssen. Es soll also keine Änderung, sondern nur eine Klarstellung der gegenwärtigen Rechtslage erfolgen.

---

20 Grundlegend BGH 19.09.1985, Az. III ZR 213/83 – Schufaklausel –; seither vgl. nur BGH 27.01.2000, Az. I ZR 241/97: „Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß die in den Kontoeröffnungsanträgen enthaltene Einverständniserklärung nach § 1 Abs. 1 AGBG als Allgemeine Geschäftsbedingung zu behandeln ist. Auch auf eine vom Verwender vorformulierte einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung des anderen Teils, die im Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis steht, sind mit Rücksicht auf den Schutzzweck des AGB-Gesetzes dessen Vorschriften anzuwenden (BGHZ 98, 24, 28, m.w.N.)." Ebenso BGH 23.01.2003, Az. III ZR 54/02 m.w.N. Ebenso die Bundesregierung in BT-Drs. 15/4725, 20.

21 Etwa OLG Brandenburg 11.01.2006, Az. 7 U 52/05 – Ebay-Datenverarbeitungsklausel.

22 BAG 29.06.04, Az. 1 ABR 21/03.

23 Beschluss vom 23.10.2006, Az. 1 BvR 2027/02, Rn. 35.

24 Ebenso Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum ElGVG-E vom 06.05.2005, http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_elgvg_06_05_2005.pdf, 6.

6. Recht auf Anonymität

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
Telemediengesetz (TMG)		
§ 13 Pflichten des Diensteanbieters		**§ 12** Grundsätze
(6) Der Diensteanbieter hat die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym **oder unter Pseudonym** zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Der Nutzer ist über **diese** Möglichkeit zu informieren.	6	(3) Der Diensteanbieter hat dem Nutzer die Inanspruchnahme von Telemedien und ihre Bezahlung anonym ~~oder unter Pseudonym~~ zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. **Die anonyme Bereitstellung ist zumutbar, wenn Telemedien dieser Art am Markt anonym angeboten werden, es sei denn, dass die besonderen Verhältnisse des Diensteanbieters entgegen stehen.** Der Nutzer ist über **die** Möglichkeit **der anonymen Inanspruchnahme** zu informieren.

Der Grundsatz der Anonymität (§ 4 Abs. 6 TDDSG, jetzt § 13 Abs. 6 TMG-E) konkretisiert den allgemeinen Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit (§ 3a BDSG). Können Telemediendienste anonym genutzt werden, so brauchen sich Verbraucher keine Sorgen um einen Missbrauch ihrer Daten zu machen. Umfragen zeigen, dass gerade solche Sorgen bisher viele Verbraucher von der unbefangenen Nutzung der neuen Medien abhalten. Das Geschäft der Diensteanbieter wird durch anonyme Dienste also gefördert. Gerade das Geschäftsmodell kostenfreier Dienste, wie sie im Internet verbreitet angeboten werden, basiert auf Werbung, zu deren Einblendung es keiner personenbezogenen Daten bedarf. Im „wirklichen" Leben bewegen sich die Bürger ganz regelmäßig anonym. Es gibt keinen Grund, warum dies im virtuellen Leben anders sein sollte.

Der Änderungsvorschlag soll erstens das Verhältnis des Anonymitätsgrundsatzes zum Koppelungsverbot (§ 3 Abs. 4 TDDSG, jetzt § 12 Abs. 3 TMG-E) klarstellen, indem der Anonymitätsgrundsatz dem Koppelungsverbot vorangestellt wird, und zwar als neuer § 12 Abs. 3 TMG. Das anonyme Angebot von Telemedien muss aus den genannten Gründen die Regel darstellen. Nur, wenn ein Anbieter auf die Erhebung personenbezogener Daten nicht zumutbarerweise verzichten kann, kann es darauf ankommen, wie viele Daten erhoben werden dürfen und zu welchem Zweck sie genutzt werden dürfen (Koppelungsverbot, siehe 7. Forderung[25]).

Zweitens wird vorgeschlagen, den bisherigen Verweis auf ein pseudonymes Angebot zu streichen (Satz 1 des Änderungsvorschlags). Der Verweis birgt in der bisherigen Formulierung die Gefahr, dass Diensteanbieter die Vergabe von Pseudonymen als gleichwertige Alternative zu einem anonymen Angebot ansehen. Verfügt der Diensteanbieter jedoch über die Zuordnungsfunktion eines Pseudonyms, so bietet dieses keinen wirksamen Schutz der personenbezogenen Daten. Die Vergabe von Pseudonymen darf daher nicht als gleichwertige Alternative zu einem anonymen Angebot zur Verfügung stehen. Vielmehr muss ein anonymes Angebot den Regelfall darstellen. Nur dies verhindert Datenmissbrauch effektiv und stärkt das Nutzervertrauen. Gerade die zwangsweise Erhebung überflüssiger personenbezogener Daten und die daraus resultierende Missbrauchsgefahr hält viele Bürger von der Nutzung der neuen Medien ab.

Drittens ist eine Präzisierung des unbestimmten Begriffs der Zumutbarkeit und eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast erforderlich (Satz 2 des Änderungsvorschlags), um dem vom Gesetzgeber gewollten Regelfall eines anonymen Angebots zur Geltung zu verhelfen. Gegenwärtig sind Angebote zur anonymen Nutzung von Telemediendiensten nämlich, wie bereits dargelegt, leider noch die Ausnahme.

Satz 2 des Änderungsvorschlags hat Dienste zum Gegenstand, die in der Praxis bereits erfolgreich anonym angeboten werden. Werden Dienste einer Art erfolgreich anonym angeboten, ist zunächst einmal

[25] Seite 26.

kein Grund dafür ersichtlich, warum ein anonymes Angebot nicht auch anderen Anbietern von Diensten dieser Art zumutbar sein soll. In solchen Fällen muss es dem Anbieter obliegen, darzulegen, warum gerade ihm ein anonymes Angebot unzumutbar sein soll. Gründe hierfür können nur in seinen besonderen Verhältnissen liegen. In diese haben Außenstehende keinen Einblick, so dass eine Beweislastumkehr angemessen ist.

Unbenommen bleibt es den Anbietern, für anonyme Zugänge ein Entgelt oder ein zusätzliches Entgelt zu erheben, um entgangene Einnahmen auszugleichen, die sie bei Angabe persönlicher Daten durch den Nutzer hätten erzielen können (z.B. durch Werbung). Die daraus resultierende Möglichkeit der Nutzer, ihre persönlichen Daten „verkaufen" zu können, ist freiheits- und marktgerechter als ein Recht der Anbieter, die Frage ohne Wahlrecht des Nutzers einseitig selbst zu entscheiden.

Die Entwicklung kundenspezifischer Angebote wird nicht behindert, da Nutzungsdaten in anonymisierter Form erhoben und verwendet werden dürfen. Die Technik erlaubt insbesondere die Erstellung anonymer Nutzerprofile. Anbieter können überdies die Wünsche der Kunden erfragen und entsprechende „personalisierte" Dienste auf freiwilliger Basis anbieten. Die „bedarfsgerechte Gestaltung" von Angeboten muss auch den Bedarf nach anonymen Zugängen berücksichtigen, dass viele Nutzer also gerade keine „bedarfsgerechte Gestaltung" wünschen. Dies stellt der Änderungsvorschlag sicher.

7. Schutz vor zwangsweiser Datenerhebung (Koppelungsverbot)

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
Telemediengesetz (TMG)		
§ 12 Grundsätze		
(3) Der Diensteanbieter darf die Bereitstellung von Telemedien nicht von **der Einwilligung des Nutzers in eine Verwendung seiner Daten für andere Zwecke** abhängig machen, wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu **diesen** Telemedien **nicht oder** in **nicht** zumutbarer Weise möglich ist.	7	**(4)** Der Diensteanbieter darf die Bereitstellung von Telemedien nicht von **der Angabe personenbezogener Daten** abhängig machen, **die zur Bereitstellung der Telemedien nicht erforderlich sind. Entsprechendes gilt für die Einwilligung des Nutzers in die Verarbeitung oder Nutzung der Daten für andere Zwecke. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht,** wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu **den angebotenen** Telemedien in zumutbarer Weise möglich ist. **Im Fall des Satzes 3 hat der Diensteanbieter** **1. kenntlich zu machen, von welchen Angaben oder Einwilligungserklärungen die Bereitstellung der Telemedien abhängig gemacht wird und** **2. die Unterrichtung des Nutzers nach § 13 Abs. 1 auch darauf zu erstrecken, in welcher Weise ein anderer Zugang zu den Telemedien möglich ist.**
(4) Soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, sind die jeweils geltenden Vorschriften für den Schutz personenbezogener Daten anzuwenden, auch wenn die Daten nicht automatisiert verarbeitet werden.		(wird zu Abs. 5)

Um den Zugriff auf sensible Nutzerdaten auf das erforderliche Maß zu beschränken, ist weiter eine Neugestaltung des bisherigen § 3 Abs. 4 TDDSG (§ 12 Abs. 3 TMG-E) erforderlich. Der Bundesrat beklagt in

seiner Stellungnahme[26] zurecht: „In der jetzigen Praxis gewähren die Anbieter von Online-Dienstleistungen den Verbrauchern häufig nur Zugang zu diesen Diensten, wenn eine Zustimmung zu einer weit reichenden Datenverwendung erteilt wird. [...] Es ist nicht ersichtlich, warum ein Verbraucher dem Anbieter von Online-Diensten als Voraussetzung zur Nutzung dieser Dienste persönliche Informationen zu einer umfangreichen Verwendung zugestehen sollte. Diese Zustimmung erfolgt somit nur, um den angebotenen Dienst nutzen zu können und entspricht nicht der Willensfreiheit des Zustimmenden."

In der Tat begegnen Internetnutzer immer wieder Diensten, deren Bereitstellung von der Offenbarung von Geburtsdatum, Beruf oder persönlichen Interessen abhängig gemacht wird. Entsprechende Angaben werden unter anderem zu Werbezwecken genutzt oder weitergegeben. Diese Praxis muss zur Verhinderung von Datenmissbrauch und zur Stärkung des Nutzervertrauens unterbunden werden. Gerade die zwangsweise Erhebung überflüssiger Daten und die daraus resultierende Missbrauchsgefahr hält viele Bürger von der Nutzung der neuen Medien ab.[27]

Neben der Angabe überflüssiger Daten wird die Erbringung von Telemediendiensten oft auch davon abhängig gemacht, dass der Nutzer eine – meist unklar formulierte und mehrere Seiten lange – Einwilligungserklärung abgibt. Insbesondere große US-amerikanische Unternehmen nutzen diese Möglichkeit, um die gesetzlichen Regelungen quasi insgesamt abzubedingen: Sie verlangen bei der Anmeldung die Einwilligung des Kunden, jeden Klick und jede Eingabe des Nutzers auf Vorrat speichern zu dürfen, vorgeblich, um Missbrauch bekämpfen und eine bedarfsgerechte Gestaltung ihrer Dienste anbieten zu können. Bei nicht im Internet tätigen Unternehmen ist es unüblich, sich eine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten über das erforderliche Maß hinaus erteilen zu lassen. Da nicht im Internet tätige Unternehmen problemlos auch ohne eine solche Einwilligung auskommen, ist ein berechtigtes Interesse der Anbieter von Telemediendiensten hieran nicht ersichtlich. Es widerspricht dem Zweck des Telemediengesetzes, Anbietern über den Umweg der Einwilligung eine weiter gehende Datenverarbeitung zu erlauben als sie bei nicht im Internet tätigen Unternehmen derselben Branche üblich ist. Insofern droht die von der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung befürchtete Benachteiligung von Unternehmen im Online-Bereich nicht. Umgekehrt sind gegenwärtig Online-Nutzer gegenüber sonstigen Verbrauchern benachteiligt.

Es genügt nicht, die Nutzer lediglich auf andere Anbieter zu verweisen, die auf die Erhebung und Verarbeitung unnötiger persönlicher Daten bzw. auf eine entsprechende Einwilligung verzichten. Diese alternativen Anbieter bieten nämlich nicht dieselben Waren oder Dienstleistungen zu denselben Konditionen an, weshalb keine echte Wahlmöglichkeit des Nutzers besteht. Dies verkennt die Gegenäußerung der Bundesregierung. Es trifft zwar zu, dass echte Monopole im Online-Bereich nicht bestehen.[28] Zur Frage einer marktbeherrschenden Stellung verhält sich das von der Bundesregierung zitierte, nicht rechtskräftige Urteil des OLG Brandenburg zu Ebay demgegenüber nicht.

Eine echte Wahlmöglichkeit der Verbraucher ist wegen der dominanten Marktmacht gerade einiger großer amerikanischer Unternehmen (z.B. Ebay, Amazon, Google) nicht gegeben. Mangels vergleichbarer Konkurrenzangebote kommt praktisch kein Nutzer an einer Inanspruchnahme dieser Marktbeherrscher vorbei. Wer z.B. Ware einkaufen möchte, sucht ein vergleichbares Angebot wie auf dem Ebay-Marktplatz vergeblich. Umgekehrt muss, wer seinen Lebensunterhalt als Online-Händler bestreiten will, seine Ware auf dem Ebay-Marktplatz anbieten, weil bei andere Marktplätzen keine nennenswerte Nachfrage vorhanden ist und eine Berufsausübung finanziell nicht möglich ist. Eine Vielzahl von Menschen ist auf diese Weise von Ebay abhängig. Gleiches gilt für den „Amazon Marketplace" (Bücher) sowie für die vielfältigen Dienste von Google. Die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers im Internet ist hier schon lange nicht mehr gewährleistet; die theoretisch bestehende Vertragsfreiheit läuft leer. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betont den gesetzgeberischen Handlungsbedarf, „wenn auf Grund erheblich

---

26 BR-Drs. 556/06 (B), 2.

27 Vgl. die Umfrage von Forrester Custom Consumer Research, http://www.bsa.org/germany/presse/newsreleases/upload/BSA-Forrester-Deutsch.ppt.

28 OLG Brandenburg 11.01.2006, Az. 7 U 52/05.

ungleicher Verhandlungspositionen der Vertragspartner einer von ihnen ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann; dann ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtsposition der beteiligten Parteien hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt".[29]

Zur Lösung des Problems ist eine Neufassung des § 12 Abs. 3 TMG-E erforderlich. Die hier vorgeschlagene Formulierung der Sätze 1 und 2 entspricht § 3 Abs. 2 S. 1 und 2 der ehemaligen Telekommunikations-Datenschutzverordnung (TDSV). [30] Die Formulierung des bisherigen § 12 Abs. 3 TMG-E ist unzureichend, weil sie den in der Praxis sehr verbreiteten Fall nicht erfasst, dass Diensteanbieter die Erbringung eines Telemediendienstes von der Angabe nicht erforderlicher personenbezogener Daten abhängig machen.[31] Die Regelung des § 14 Abs. 1 TMG-E genügt zur Lösung des Problems nicht, weil sie sich durch Einsatz vorformulierter Einwilligungserklärungen aushebeln lässt.

Satz 3 des Änderungsvorschlags macht eine Ausnahme von den Sätzen 1 und 2. Eine Bestimmung, die eine alternative Zugangsmöglichkeit genügen lässt, ist zwar weder in dem geltenden § 4 Abs. 6 TDDSG (§ 13 Abs. 6 TMG-E) vorgesehen, noch fand sie sich in § 3 Abs. 2 TDSV. Jedoch stellen § 3 Abs. 4 TDDSG (§ 12 Abs. 3 TMG-E) und § 95 Abs. 5 TKG darauf ab, ob „dem Nutzer ein anderer Zugang zu diesen Telediensten [...] möglich ist". Die Klausel kann daher – wenn sich der Gesetzgeber nicht zu ihrer Streichung entschließt – in abgewandelter Form beibehalten werden.[32] Allerdings werden die Formulierungen des § 3 Abs. 4 TDDSG (§ 12 Abs. 3 TMG-E) und des § 95 Abs. 5 TKG von den Aufsichtsbehörden und Gerichten derzeit so ausgelegt, dass es genüge, wenn auch nur ein Dienst einer Art angeboten wird, der ohne die unnötige Erhebung oder Verarbeitung persönlicher Daten auskommt.[33] Dies stellt die Nutzer in der Praxis vor die unmögliche Aufgabe, Dutzende von Internet-Buchhändlern, Auktionsplattformen, Versandhäuser usw. überprüfen zu müssen, um einen Anbieter zu finden, der auf die Erhebung und Verarbeitung unnötiger persönlicher Daten verzichtet. Hinzu kommt, dass sich jeder angebotene Dienst von anderen Diensten dieser Art unterscheidet. Jeder Anbieter bietet unterschiedliche Waren oder Dienstleistungen mit unterschiedlichen Merkmalen zu unterschiedlichen Konditionen an.

Zur Lösung dieses Problems muss erstens eine Beweislastumkehr und eine Informationspflicht vorgesehen werden. Der Anbieter, der unnötige persönliche Daten erheben oder verarbeiten will, muss also darlegen und beweisen, dass dem Nutzer eine zumutbare Alternative zur Verfügung steht (Satz 3 des Änderungsvorschlags)[34], und er muss den Nutzer darüber unterrichten, in welcher Weise ein anderer Zugang möglich ist (Satz 4 Nr. 2 des Änderungsvorschlags). Während diese Informationen dem Anbieter, der sich auf alternative Zugangsmöglichkeiten beruft, bekannt sein müssen, müssten Nutzer alternative Zugangsmöglichkeiten erst mühsam recherchieren.

Zweitens ist das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Nutzers nur gewährleistet, wenn er bestimmen kann, ob er dem von ihm ausgewählten Dienst freiwillig die Erhebung oder Verarbeitung nicht erforderlicher persönlicher Daten erlaubt. Deswegen legt Satz 3 des Änderungsvorschlags fest, dass jeder Anbieter eine Zugangsmöglichkeit zu seinen Diensten anbieten muss, die ohne Erhebung oder Verarbei-

---

29 BVerfG, 1 BvR 240/98 vom 29.05.2006, Absatz-Nr. 23, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20060529_1bvr024098.html.

30 Die Bestimmung lautete: „(2) Diensteanbieter dürfen die Erbringung von Telekommunikationsdiensten nicht von der Angabe personenbezogener Daten abhängig machen, die nicht erforderlich sind, um diese Dienste zu erbringen. Entsprechendes gilt für die Einwilligung des Beteiligten in die Verarbeitung oder Nutzung der Daten für andere Zwecke. Erforderlich können auch Angaben sein, die mit einem Telekommunikationsdienst in sachlichem Zusammenhang stehen."

31 Ebenso Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum ElGVG-E vom 06.05.2005, http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_elgvg_06_05_2005.pdf, 6 f.

32 Die Abschaffung fordert Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum ElGVG-E vom 06.05.2005, http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_elgvg_06_05_2005.pdf, 6 f.

33 OLG Brandenburg 11.01.2006, Az. 7 U 52/05.

34 Ebenso Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum ElGVG-E vom 06.05.2005, http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_elgvg_06_05_2005.pdf, 7.

tung nicht erforderlicher persönlicher Daten auskommt. Unbenommen bleibt es den Anbietern, für solche Zugänge ein Entgelt oder eine zusätzliches Entgelt in zumutbarer Höhe zu erheben, um entgangene Einnahmen auszugleichen, die sie bei Angabe persönlicher Daten oder bei Abgabe einer Einwilligung durch den Nutzer oder ohne seinen Widerspruch hätten erzielen können (z.B. durch Werbung). Die daraus resultierende Möglichkeit der Nutzer, ihre persönlichen Daten „verkaufen“ zu können, ist freiheits- und marktgerechter als ein Recht der Anbieter, die Frage ohne Wahlrecht des Nutzers einseitig selbst zu entscheiden.

Weiter ist in Satz 4 Nr. 1 des Änderungsvorschlags vorgesehen, dass gegenüber dem Nutzer kenntlich zu machen ist, von welchen Angaben oder Einwilligungserklärungen die Erbringung des Dienstes anhängig gemacht wird. Während manche Telemediendienste Pflichtangaben bereits heute kenntlich machen (z.B. durch ein Sternchen) erfährt man bei anderen Diensten die Pflichtangaben erst dadurch, dass man versucht, sich ohne die Angaben anzumelden. Dieser Aufwand ist den Nutzern nicht zumutbar. Den Diensteanbietern ist eine Kennzeichnung von Pflichtangaben ohne Weiteres möglich. Eine solche Kennzeichnung ermöglicht es den Nutzern, von ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Gebrauch zu machen. Die vorgeschlagene Regelung ist daher ein wichtiger Schritt zu mehr Transparenz.

Schließlich macht die systematische Stellung des hier vorgeschlagenen § 12 Abs. 4 TMG im Vergleich zum hier vorgeschlagenen § 12 Abs. 3 TMG (siehe 6. Forderung[35]) deutlich, dass die anonyme Nutzungsmöglichkeit den Regelfall darstellen soll. Nur, wenn ein Anbieter auf die Erhebung persönlicher Daten nicht zumutbarerweise verzichten kann, kann es darauf ankommen, wie viele Daten erhoben werden dürfen und zu welchem Zweck sie genutzt werden dürfen.

8. Benachteiligungsverbot

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
Telemediengesetz (TMG) **§ 12** Grundsätze	8	**(6) Der Diensteanbieter darf den Nutzer nicht benachteiligen, weil dieser in zulässiger Weise von Rechten aus diesem Gesetz Gebrauch macht. Wenn im Streitfall der Nutzer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung im Sinne des Satzes 1 vermuten lassen, trägt der Anbieter die Beweislast dafür, dass andere, sachliche Gründe die Behandlung des Nutzers rechtfertigen.**

In der Praxis werden unabdingbare Regelungen des Datenschutzrechts immer wieder dadurch umgangen, dass Anbieter von Telemediendiensten mit einer Kündigung reagieren, wenn Nutzer von ihren gesetzlich garantierten Rechten Gebrauch machen. Zu diesen unabdingbaren Nutzerrechten zählt insbesondere das Recht, Auskunft über die zur eigenen Person gespeicherten Daten verlangen zu dürfen (§ 4 Abs. 7 TDDSG, § 13 Abs. 7 TMG-E), sowie die nach § 1 Abs. 2 TDDSG i.V.m. § 35 BDSG bestehenden Rechte auf Berichtigung, Löschung und Sperrung personenbezogener Daten. Auch hat der Nutzer das Recht, der Erstellung von Nutzungsprofilen zu widersprechen (§ 6 Abs. 3 TDDSG, § 15 Abs. 3 TMG-E).

Dass Nutzern, die von ihren gesetzlichen Rechten in zulässiger Weise Gebrauch machen, derzeit allein wegen dieses Umstands gekündigt werden kann, stellt eine empfindliche Regelungslücke dar. Die Unabdingbarkeit der gesetzlichen Nutzerrechte muss einschließen, dass ihre Inanspruchnahme nicht sanktioniert werden darf.

[35] Seite 25.

Zur Gewährleistung der unabdingbaren Nutzerrechte darf deren Ausübung keine Nachteile nach sich ziehen. Dies stellt der hier vorgeschlagene § 12 Abs. 6 TMG sicher. Der Wortlaut des Satzes 1 ist § 612a BGB nachgebildet. Die § 611a Abs. 1 S. 3 BGB nachgebildete Beweiserleichterung in Satz 2 ist erforderlich, weil eine ordentliche Kündigung ohne Angabe von Gründen erklärt werden kann und regelmäßig nur die äußeren Umstände (z.B. ein vorausgegangenes Auskunftsersuchen des Nutzers) auf eine unzulässige Benachteiligung hindeuten werden.

9. Telemediennutzungsgeheimnis

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
Telemediengesetz (TMG)		
	9	**§ 12a Telemediennutzungsgeheimnis** (1) Dem **Telemediennutzungsgeheimnis** unterliegen der Inhalt der **Nutzung von Telemedien** und **die** näheren Umstände **der Nutzung**, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem **Telemediennutzungsvorgang** beteiligt ist oder war. Das **Telemediennutzungsgeheimnis** erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser **Telemediennutzungsversuche sowie auf Bestandsdaten**. (2) Zur Wahrung des **Telemediennutzungsgeheimnisses** ist jeder Diensteanbieter verpflichtet. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist. (3) Den nach Absatz 2 Verpflichteten ist es untersagt, sich oder anderen über das für die **Bereitstellung** der **Telemedien** erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der **Telemediennutzung** zu verschaffen. Sie dürfen Kenntnisse über Tatsachen, die dem **Telemediennutzungsgeheimnis** unterliegen, nur für den in Satz 1 genannten Zweck verwenden. Eine Verwendung dieser Kenntnisse für andere Zwecke, insbesondere die Weitergabe an andere, ist nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere gesetzliche Vorschrift dies vorsieht und sich dabei ausdrücklich auf **Telemedien** bezieht. Die Anzeigepflicht nach § 138 des Strafgesetzbuches hat Vorrang.

Der Änderungsvorschlag greift ein altes, aber zunehmend dringliches Anliegen des Datenschutzes auf. Die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder forderten schon 2001: *„Angesichts der technischen Entwicklung und der Konvergenz der Medien darf der Grad der Vertraulichkeit nicht mehr allein davon abhängig sein, ob ein Kommunikationsvorgang der Telekommunikation, den Tele- oder den Mediendiensten zugeordnet wird. Vielmehr muss für alle Formen der Kommunikation und der Mediennutzung ein angemessen hoher Schutz gewährleistet werden. Aus diesem Grund fordert die Konferenz, das*

Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG zu einem allgemeinen Kommunikations- und Mediennutzungsgeheimnis weiter zu entwickeln und einfachgesetzlich abzusichern.“ [36]

Dass der deutsche Gesetzgeber die Vertraulichkeit auch von Informationen, die über das Internet übertragen werden, gewährleisten muss, ergibt sich schon aus Art. 5 RiL 2002/58/EG. Insbesondere Internet-Access-Provider müssen Daten über die Internetnutzung ihrer Kunden vertraulich behandeln. Wie die Datenschutzbeauftragten zurecht betonen, kann es – anders als bisher – keinen Unterschied machen, ob die Internetnutzung der Bürger von Internet-Access-Providern überwacht wird oder von den Anbietern der genutzten Telemediendienste. In beiden Fällen muss der Nutzer vor dem Aufzeichnen und Überwachen seines Nutzungsverhaltens geschützt sein. Auf dem Gebiet der Telemedien wollte der Gesetzgeber sogar „den erweiterten Risiken der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten“ in diesem Bereich Rechnung tragen. [37] Es kann daher nicht angehen, dass für Telekommunikationsdienste das Fernmeldegeheimnis gilt, für Telemediendienste dagegen kein Telemediennutzungsgeheimnis.

Das Telemediengesetz sollte daher auf einfachgesetzlicher Ebene ein Telemediennutzungsgeheimnis einführen, das einen dem Fernmeldegeheimnis entsprechenden Schutz gewährleistet. Die Formulierung des Änderungsvorschlags entspricht daher § 88 TKG. Gerade in Verbindung mit der strafrechtlichen Absicherung (22. Forderung[38]) stellt die vorgeschlagene Regelung eine deutliche Verbesserung gegenüber dem bisherigen Recht dar.

Die vorgeschlagene Formulierung des § 12a TMG weicht lediglich insofern von § 88 TKG ab, als auch Bestandsdaten in den Schutz des Telemediennutzungsgeheimnisses einbezogen werden sollen. Bestandsdaten sind gerade auf dem Gebiet von Telemediendiensten sehr sensibel, denn Telemediendienste haben das Angebot bestimmter Inhalte zum Gegenstand. Schon die Information, welche Telemediendienste eine bestimmte Person in Anspruch nimmt, kann weit reichende Rückschlüsse auf ihre politischen, finanziellen, sexuellen, weltanschaulichen, religiösen oder sonstigen persönlichen Interessen und Neigungen zulassen. [39]

---

36 Beschluss der 62. Konferenz vom 24. – 26. Oktober 2001 in Münster, http://www.datenschutz-berlin.de/doc/de/konf/62/medienordnung.htm.

37 Begründung zum Entwurf des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG), BT-Drs. 13/7385.

38 Seite 45.

39 Vgl. näher Breyer, RDV 2003, 218 (218 ff.).

10. Transparenz der Datenverarbeitung

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
Telemediengesetz (TMG)		
§ 13 Pflichten des Diensteanbieters		
(1) Der Diensteanbieter hat den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs **über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie** über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) in allgemein verständlicher Form zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist. Bei einem automatisierten Verfahren, das eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglicht und eine Erhebung oder Verwendung personenbezogener Daten vorbereitet, ist der Nutzer zu Beginn dieses Verfahrens zu unterrichten. Der Inhalt der Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein.	10	(1) Der Diensteanbieter hat den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs ~~über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie~~ **1. darüber, welche personenbezogenen Daten wie lange, in welchem Umfang und zu welchen Zwecken erhoben, verarbeitet und genutzt werden, und** **2.** über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) in allgemein verständlicher Form zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist. Bei einem automatisierten Verfahren, das eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglicht und eine Erhebung oder Verwendung personenbezogener Daten vorbereitet, ist der Nutzer zu Beginn dieses Verfahrens zu unterrichten. Der Inhalt der Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein.

Nach § 4 Abs. 1 TDDSG in der geltenden Fassung (§ 13 Abs. 1 TMG-E) ist der Nutzer über „Art, Umfang und Zwecke“ der Verarbeitung seiner Daten zu unterrichten. Die Gewährleistung von Transparenz ist zur Wahrung des informationellen Selbstbestimmungsrechts und zur Stärkung des Nutzervertrauens von zentraler Bedeutung. In seiner bisherigen Formulierung ist § 4 Abs. 1 TDDSG jedoch zu unbestimmt und verfehlt sein Ziel in der Praxis daher regelmäßig. So wird oft nur in allgemeiner Form über die Art der verarbeiteten Daten unterrichtet, z.B. durch Verwendung der Begriffe „Nutzungsdaten“ oder „Abrechnungsdaten“, ohne dass konkret darüber unterrichtet wird, welche Datentypen im Einzelnen verarbeitet werden. Auch über den Umfang der Verarbeitung wird regelmäßig nur unzureichend aufgeklärt, insbesondere über den zeitlichen Umfang der Speicherung der einzelnen Datentypen. Dabei sieht bereits die Begründung zum vergleichbaren § 91 TKG vor, dass sich die Unterrichtung auch auf „typische Speicherfristen“ erstrecken muss.[40] Derselben Ansicht ist die EU-Datenschutzgruppe.[41] Ohne Zeitabgabe kann der Nutzer nicht erkennen, ob eine Speicherung einen Monat oder zehn Jahre lang erfolgt. Schließ-

[40] BT-Drs. 15/2316, 1 (88).

[41] Vgl. Dokument WP 37 vom 21.11.2000, 65: „Die Betroffenen müssen klar und deutlich über den Verwendungszweck informiert werden, über die Art der erfassten Daten und die mögliche Dauer der Datenspeicherung.“

lich wird die Unterrichtung häufig langatmig und unklar formuliert anstatt in allgemeinverständlicher Form, wie es wiederum die Begründung zum vergleichbaren § 91 TKG fordert. [42]

Bisher kann der Nutzer akkurate Informationen über die Speicherung von Daten zu seiner Person meist nur durch ein Auskunftsverlangen nach § 4 Abs. 7 TDDSG (§ 13 Abs. 7 TMG-E) erhalten. Dieser Weg ist aber für beide Seiten aufwändig und unbefriedigend: Für den Nutzer, weil vollständige Auskünfte oft erst nach Monaten und nach Einschaltung der zuständigen Aufsichtsbehörde erteilt werden. Für den Diensteanbieter, weil er für das Zusammensuchen der Daten Zeit und Geld aufwenden muss.

Die allseits beste Lösung besteht folglich darin, zu gewährleisten, dass die nach § 13 Abs. 1 TMG-E vorgeschriebene Unterrichtung so genau und umfassend erfolgt, dass eine Auskunftsanforderung entbehrlich wird. Dazu muss der Nutzer in allgemein verständlicher Form darüber unterrichtet werden, „welche personenbezogenen Daten wie lange, in welchem Umfang und zu welchen Zwecken erhoben, verarbeitet und genutzt werden". Der Änderungsvorschlag sieht die Aufnahme dieser präziseren Formulierung in das Telemediengesetz vor.

11. Folgeänderung

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
Telemediengesetz (TMG)		
§ 13 Pflichten des Diensteanbieters		
(6) Der Diensteanbieter hat die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Der Nutzer ist über diese Möglichkeit zu informieren.	11	(entfällt)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur 6. Forderung[43]. Wie dort näher erläutert, soll der Anonymitätsgrundsatz (§ 13 Abs. 6 TMG-E) in veränderter Form in § 12 Abs. 3 TMG geregelt werden. § 13 Abs. 6 TMG-E entfällt dadurch.

12. Auskunftsrecht des Nutzers

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
Telemediengesetz (TMG)		
§ 13 Pflichten des Diensteanbieters		
(7) Der Diensteanbieter hat dem Nutzer **nach Maßgabe des § 34 BDSG** auf Verlangen Auskunft über die zu seiner Person oder zu seinem Pseudonym gespeicherten Daten zu erteilen. Die Auskunft kann auf Verlangen des Nutzers auch elektronisch erteilt werden.	12	**(6)** Der Diensteanbieter hat dem Nutzer ~~nach Maßgabe des § 34 BDSG~~ auf Verlangen **unentgeltlich und unverzüglich** Auskunft über die zu seiner Person oder zu seinem Pseudonym gespeicherten Daten zu erteilen. Die Auskunft kann auf Verlangen des Nutzers auch elektronisch erteilt werden.

§ 4 Abs. 7 TDDSG bestimmt derzeit: „*Der Diensteanbieter hat dem Nutzer auf Verlangen unentgeltlich und unverzüglich Auskunft über die zu seiner Person oder zu seinem Pseudonym gespeicherten Daten zu erteilen. Die Auskunft kann auf Verlangen des Nutzers auch elektronisch erteilt werden.*" Der Entwurfs-

[42] BT-Drs. 15/2316, 1 (88).

[43] Seite 25.

text sieht nun vor, auf § 34 BDSG zu verweisen,[44] der nur einen eingeschränkten Auskunftsanspruch vorsieht (§ 34 Abs. 4 BDSG). Dem Entwurf fehlt nicht nur jegliche Begründung für diese versteckte Verschlechterung des Datenschutzniveaus. Die geplante Änderung widerspricht auch der Ankündigung der Entwurfsverfasser, „inhaltlich [sollten] die geltenden Vorschriften weitgehend unverändert bleiben, soweit nicht ein Änderungsbedarf unabweisbar ist."[45]

Die geplante Einschränkung des Auskunftsrechts ist auch inhaltlich inakzeptabel. § 4 Abs. 7 TDDSG ist ein notwendiges Gegengewicht zu den besonderen Möglichkeiten der Aufzeichnung und Überwachung des Nutzerverhaltens auf dem Gebiet der Telemedien. Die in diesem Bereich anfallenden Daten können zudem weit reichende Rückschlüsse auf politische, finanzielle, sexuelle, weltanschauliche, religiöse oder sonstige persönliche Interessen und Neigungen zulassen. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber in § 4 Abs. 7 TDDSG bewusst ein besonderes und uneingeschränktes Auskunftsrecht eingeräumt. Wenn bei Telemedien schon eine derart umfangreiche Datensammlung und Profilerstellung möglich ist, müssen die Nutzer wenigstens die uneingeschränkte Möglichkeit haben, die gesammelten Daten einzusehen und zu überprüfen. Dies ist den Anbietern von Telemedien durchaus zumutbar, denn sie selbst können bestimmen, wie viele personenbezogene Daten sie sammeln wollen und folglich auch beauskunften müssen. Möglichen Missbräuchen, falls sie überhaupt geschehen, kann schon durch das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs Rechnung getragen werden.

In der Praxis berufen sich große US-amerikanische Unternehmen mit jährlichen Milliardengewinnen verbreitet auf § 34 Abs. 4 BDSG mit dem Argument, eine Auskunftserteilung verursache ihnen einen unverhältnismäßigen Aufwand. Richtig ist, dass diese Unternehmen jede einzelne Eingabe und jeden Klick ihrer Kunden im Internet personenbezogen in den USA speichern und damit personenbezogene Daten weit über das erforderliche Maß hinaus vorhalten. Wenn eine Auskunft über die gespeicherten Daten deshalb großen Aufwand verursacht, kann dies einem Auskunftsrecht jedoch nicht entgegen stehen. Wegen unklarer Informationen nach § 4 Abs. 1 TDDSG (§ 13 Abs. 1 TMG-E) ist ein Auskunftsersuchen oftmals der einzige Weg, um zu erfahren, welche personenbezogenen Daten der Diensteanbieter wie lange speichert. Die Auskunft über die gespeicherten Daten ist auch Voraussetzung dafür, dass der Nutzer von seinen Rechten auf Berichtigung, Löschung und Sperrung gespeicherter Daten Gebrauch machen kann (§ 35 BDSG). Ein uneingeschränktes Auskunftsrecht ist daher ein unabdingbares Gegengewicht zu den besonderen Möglichkeiten der umfassenden Aufzeichnung und Überwachung des Nutzerverhaltens auf dem Gebiet der Telemedien. § 4 Abs. 7 TDDSG muss deswegen unverändert erhalten bleiben.

Bei der vorgeschlagenen Absatz-Umnummerierung handelt es sich um eine Folgeänderung zur 11. Forderung[46].

---

44 Vgl. BITKOM, Stellungnahme vom 12.05.2005, http://www.bitkom.org/files/documents/050512_BITKOM-Stellungnahme_TMG_und_9_RAeStV.pdf, Seite 8.

45 Entwurfsbegründung unter A.II.1.

46 Seite 33.

13. Ausspionieren des Nutzers durch „Spyware“, „Web-Bugs“ usw.

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
Telemediengesetz (TMG) **§ 13** Pflichten des Diensteanbieters	13	**(7) Die Speicherung von Daten im Endgerät des Nutzers und der Zugriff auf Daten, die im Endgerät des Nutzers gespeichert sind, ist nur zulässig, wenn der Nutzer darüber gemäß Absatz 1 unterrichtet und auf sein Recht hingewiesen worden ist, der Speicherung oder dem Zugriff zu widersprechen. Dies gilt nicht, wenn der alleinige Zweck der Speicherung oder des Zugriffs die Durchführung oder Erleichterung der Übertragung einer Nachricht über ein Telekommunikationsnetz ist oder soweit dies zwingend erforderlich ist, um einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst zur Verfügung zu stellen.**

Die vorgeschlagene Änderung ist europarechtlich geboten. Art. 5 Abs. 3 der RiL 2002/58/EG bestimmt: „*Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Benutzung elektronischer Kommunikationsnetze für die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur unter der Bedingung gestattet ist, dass der betreffende Teilnehmer oder Nutzer gemäß der Richtlinie 95/46/EG klare und umfassende Informationen insbesondere über die Zwecke der Verarbeitung erhält und durch den für diese Verarbeitung Verantwortlichen auf das Recht hingewiesen wird, diese Verarbeitung zu verweigern. Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn der alleinige Zweck die Durchführung oder Erleichterung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder, soweit dies unbedingt erforderlich ist, um einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen.*“

Diese Bestimmung ist bisher in Deutschland nicht umgesetzt, weswegen der Europäischen Kommission eine Beschwerde vorliegt. Zwar sehen TKG, TDG und MDStV Informationspflichten vor. Sie machen die Zulässigkeit der „Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind“, aber nicht von einer ordnungsgemäßen Information abhängig, wie es Art. 5 Abs. 3 RiL 2002/58/EG vorschreibt. Es existiert bisher auch nicht das in der Richtlinie vorgesehene Widerspruchsrecht des Nutzers. Zudem ist der Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 RiL 2002/58/EG nicht auf personenbezogene Daten beschränkt.

Eine Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 der RiL 2002/58/EG ist nicht nur rechtlich geboten, sondern auch aus Gründen des Datenschutzes erforderlich. Die Richtlinie führt in ihrem Erwägungsgrund 24 dazu aus: „*Die Endgeräte von Nutzern elektronischer Kommunikationsnetze und in diesen Geräten gespeicherte Informationen sind Teil der Privatsphäre der Nutzer, die dem Schutz aufgrund der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten unterliegt. So genannte "Spyware", "Web-Bugs", "Hidden Identifiers" und ähnliche Instrumente können ohne das Wissen des Nutzers in dessen Endgerät eindringen, um Zugang zu Informationen zu erlangen, oder die Nutzeraktivität zurückzuverfolgen und können eine ernsthafte Verletzung der Privatsphäre dieser Nutzer darstellen. Die Verwendung solcher Instrumente sollte nur für rechtmäßige Zwecke mit dem Wissen der betreffenden Nutzer gestattet sein.*“

Der vorgeschlagene § 13 Abs. 7 TMG regelt daher, unter welchen Bedingungen Diensteanbieter den Computer des Benutzers als „Datenspeicher“ verwenden oder Informationen daraus auslesen dürfen. Er

unterwirft also speziell den Zugriff auf das Endgerät des Nutzers besonderen Einschränkungen. Demgegenüber stellt die Vorschrift keinen zusätzlichen Erlaubnistatbestand für die Erhebung oder Verwendung personenbezogener Daten dar. Inwieweit personenbezogene Daten erhoben oder verwendet werden dürfen, richtet sich nach den übrigen Vorschriften des Telemediengesetzes. Um dies klarzustellen, sollte – wie in der Richtlinie auch – der Begriff des „Zugriffs" auf Daten gewählt werden und nicht die Begriffe der „Erhebung" oder „Verwendung" von Daten.

Der vorgeschlagene § 13 Abs. 7 TMG setzt Art. 5 Abs. 3 der RiL 2002/58/EG inhaltsgleich um und passt lediglich die Terminologie dem deutschen Sprachgebrauch an.

14. Datenübermittlung zur Strafverfolgung, an Geheimdienste, an Inhaber geistigen Eigentums und zur Gefahrenabwehr

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
Telemediengesetz (TMG)		
§ 14 Bestandsdaten		
(2) **Auf Anordnung der zuständigen Stellen darf der Diensteanbieter im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung, 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 ist.**	14	(2) **Für Zwecke der Strafverfolgung kann unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe der §§ 100a und 100b der Strafprozessordnung angeordnet werden, dass Diensteanbieter an Strafverfolgungsbehörden oder Strafgerichte unverzüglich Auskunft über Bestandsdaten zu erteilen haben. § 101 der Strafprozessordnung gilt entsprechend.**

1. Bisher gilt für Auskünfte über Bestands- und Nutzungsdaten die folgende Regelung: „*Nach Maßgabe der hierfür geltenden Bestimmungen darf der Diensteanbieter Auskunft an Strafverfolgungsbehörden und Gerichte für Zwecke der Strafverfolgung erteilen.*" (§§ 5 S. 2, 6 Abs. 5 S. 5 TDDSG). Diese Vorschrift soll „klarstellen, dass die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TDDSG nicht der Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden entgegenstehen."[47] Auch § 14 Abs. 2 TMG-E soll ausweislich der Begründung sicherstellen, „dass Diensteanbieter aus der Aufgabenerfüllung im Bereich der Strafverfolgung sowie der genannten Behörden erwachsende Auskunftsansprüche nicht aus datenschutzrechtlichen Erwägungen zurückweisen können."

Eine solche „Klarstellung" war und ist überflüssig, denn nach § 3 Abs. 1 TDDSG (§ 12 Abs. 2 TMG-E) bleiben spezialgesetzliche Vorschriften über die Verwendung personenbezogener Daten unberührt. Bereits aus dieser Regelung ergibt sich, dass Diensteanbieter gesetzliche Auskunftsansprüche „nicht aus datenschutzrechtlichen Erwägungen zurückweisen können". Eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung impliziert notwendig auch ein Recht zur Auskunftserteilung. Dementsprechend enthält auch das Telekommunikationsgesetz (TKG) keine gesonderte Bestimmung über die Datenübermittlung etwa an Strafverfolgungsbehörden.

Ohnehin laufen die §§ 5 S. 2, 6 Abs. 5 S. 5 TDDSG bisher leer, weil es keine „Bestimmungen" gibt, nach denen Anbieter von Telemedien „Auskunft an Strafverfolgungsbehörden und Gerichte für Zwecke der Strafverfolgung erteilen" dürfen. Aus demselben Grund würden auch die §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 5 S. 4 TMG-E leer laufen. Diese Vorschriften sollen eine „Anordnung der zuständigen Stellen" voraussetzen. Eine solche „Anordnung" bedarf als Grundrechtseingriff jedoch stets einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Auch § 12 Abs. 2 TMG-E fordert eine gesetzliche Regelung, „die sich ausdrücklich auf

[47] BT-Drs. 14/6098, 1 (30).

Telemedien bezieht". Dieses grundrechtliche Erfordernis einer bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlage für staatliche Auskunftsansprüche würden die §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 5 S. 4 TMG-E aushebeln.

In keinem Fall weisen die §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 5 S. 4 TMG-E selbst die erforderliche Normenklarheit und Regelungsdichte auf, um die Erhebung von Telemedien-Bestands- und Nutzungsdaten durch staatliche Stellen zu rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich entschieden, dass eine hinreichend normenklare Zweckbestimmung fehlt, wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten pauschal „zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben" einer Behörde erlaubt wird und nicht klar festgelegt wird, „um welche konkreten, klar definierten Zwecke es sich dabei handelt".[48] Vor allem aber wären die §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 5 TMG-E inhaltlich als Ermächtigungsgrundlage ausufernd weit, weil sie keinerlei Erheblichkeitsschwelle vorsehen. Eben dies steht auch dem Vorschlag des Bundesrates[49] entgegen, das Auskunftsrecht einfach durch eine Auskunftspflicht zu ersetzen. Regierungsentwurf und Bundesratsvorschlag fordern nicht einmal eine richterliche Anordnung der Auskunftserteilung.

2. Wie bereits ausgeführt, sind Daten über die Nutzung von Telemedien nicht weniger sensibel als Daten über die Individualkommunikation der Bürger untereinander, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen. Unter der Voraussetzung, dass das Telemediennutzungsgeheimnis gesetzlich garantiert wird (9. Forderung[50]), ist es akzeptabel, zur Verfolgung schwerer Straftaten auch auf dem Gebiet der Telemedien einen Anspruch der Strafverfolgungsbehörden auf Auskunft über Nutzerdaten einzuräumen.

Allerdings müssen die Voraussetzungen des § 100a StPO für die Anordnung einer Telefonüberwachung gegeben sein. Die Voraussetzungen der §§ 100g, 100h StPO für die Auskunftserteilung über Telekommunikations-Verbindungsdaten können keine Anwendung finden. Erstens sind die §§ 100g, 100h StPO verfassungsrechtlich bedenklich unklar formuliert („Straftat von erheblicher Bedeutung") und zu weit. Zweitens sind Verbindungsdaten nicht typischerweise weniger sensibel als Inhaltsdaten.[51] Drittens sind Telemedien-Nutzungsdaten eher Telekommunikationsinhalten vergleichbar, weil sie ganz regelmäßig den Inhalt der abgerufenen Informationen erkennen lassen (z.B. URLs).

Für Telemedien-Bestandsdaten dürfen keine geringeren Anforderungen gelten. Der Gesetzgeber hat zurecht betont, dass sie nicht weniger schutzwürdig sind als Nutzungsdaten.[52] Erst Bestandsdaten ermöglichen es, Informationen über die Nutzung von Telemedien einer Person zuzuordnen. Bestandsdaten sind gerade auf dem Gebiet von Telemedien sehr sensibel, denn Telemedien haben das Angebot bestimmter Inhalte zum Gegenstand. Schon die Information, welche Telemedien eine bestimmte Person in Anspruch nimmt, kann weit reichende Rückschlüsse auf ihre politischen, finanziellen, sexuellen, weltanschaulichen, religiösen oder sonstigen persönlichen Interessen und Neigungen zulassen. Die Vorschriften über Telekommunikations-Bestandsdaten lassen sich nicht auf das Gebiet der Telemedien übertragen. § 113 TKG ist ausufernd weit und sieht keinerlei Erheblichkeitsschwelle vor. Selbst zur Verfolgung eines Parksünders kann Auskunft verlangt werden. § 113 TKG ist deswegen bereits Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde.[53]

Die hier vorgeschlagene Fassung des § 14 Abs. 2 TMG sieht vor, dass unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe der §§ 100a und 100b der Strafprozessordnung gerichtlich angeordnet werden kann, dass Diensteanbieter für Zwecke der Strafverfolgung unverzüglich Auskunft über Bestandsdaten zu erteilen haben. Nach § 15 Abs. 5 S. 4 TMG-E gilt das Gleiche für Nutzungsdaten.

3. Abzulehnen ist die geplante Aufnahme der Nachrichtendienste in den Kreis der „berechtigten Stellen". Weder das TDDSG noch das TKG sehen eine besondere Ermächtigung zur Datenübermittlung an Nachrichtendienste vor. Dass ein Zugriff auf Telemediendaten durch Nachrichtendienste erforderlich sei, wird

---

48 BVerfGE 65, 1 (66 f.).

49 BR-Drs. 556/06 (B), 3.

50 Seite 29.

51 Ausführlich Breyer, Vorratsspeicherung (www.vorratsspeicherung.de.vu), 211 ff.

52 BT-Drs. 14/6098, 1 (29): „Hier besteht eine gleichwertige Interessenlage sowohl hinsichtlich der Nutzungsdaten als auch hinsichtlich der Bestandsdaten".

53 Siehe http://www.tkg-verfassungsbeschwerde.de.

in der Entwurfsbegründung nicht einmal behauptet, geschweige denn nachgewiesen. Im Übrigen bleiben die spezialgesetzlichen Vorschriften, die den Nachrichtendiensten bislang die Erhebung von Telemediendaten erlauben (§§ 8 Abs. 8 BVerfSchG, 10 Abs. 3 MAD-G und 8 Abs. 3a BND-G), gemäß § 12 Abs. 2 TMG-E ohnehin unberührt, so dass kein Bedürfnis für eine Benennung der Nachrichtendienste im Telemediengesetz besteht. Die geplante Aufnahme der Nachrichtendienste in § 14 Abs. 2 TMG-E würde die besonderen Voraussetzungen dieser spezialgesetzlichen Vorschriften aushebeln.

4. Vollends undurchdacht ist die beabsichtigte Zulassung von Auskünften „zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum". Schon der Begriff des „geistigen Eigentums" ist tendenziös und unbestimmt. Der Regierungsentwurf begründet diese beabsichtigte, empfindliche Verschlechterung des Datenschutzniveaus mit einem „Vorgriff auf die notwendige Umsetzung der europäischen Richtlinie 2004/48/EG (Enforcement-Richtlinie)".[54] Zur Gewährleistung der Privatsphäre und der Verhältnismäßigkeit sieht diese Richtlinie eine Auskunftserteilung jedoch ausdrücklich nur im Rahmen gerichtlicher Verfahren und auf gerichtliche Anordnung vor.[55] § 14 Abs. 2 TMG-E fehlt jegliche Einschränkung in dieser Richtung. Die geplante Änderung hat damit eine vollkommen andere Zielsetzung als die Richtlinie.

Nachdem die Richtlinie bereits im Rahmen eines anderen Gesetzgebungsverfahrens umgesetzt wird, ist ein „Vorgriff" im ElGVG nicht erforderlich. Zumal bereits nach § 12 Abs. 2 TMG-E spezialgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben. Derzeit ist weder im Telemediengesetz noch an anderer Stelle geregelt, welche „Stelle" für die „Anordnung" von Auskünften an Rechteinhaber zuständig sein soll. Es widerspricht den Grundsätzen ordentlicher Gesetzgebung, ein Gesetz im „Vorgriff" auf ein noch gar nicht vorhandenes anderes Gesetz abzuändern. Eine ordentliche Gesetzgebung nimmt eine solche Änderung gleichzeitig und aufeinander abgestimmt vor. Im Bereich der Gefahrenabwehr ist dementsprechend beabsichtigt, dass ein Auskunftsanspruch erst „im Rahmen des dafür anstehenden Gesetzesvorhabens (Gesetz zur Änderung des BKA-G) geprüft werden" soll.[56] Die geplante Blankoermächtigung in § 14 Abs. 2 TMG-E würde die besonderen Voraussetzungen der – noch zu schaffenden – spezialgesetzlichen Vorschriften über die Auskunftserteilung an Rechteinhaber aushebeln.

Inhaltlich wäre es unangemessen, wenn zugunsten privater Dritter beliebig über sensible Nutzerdaten verfügt werden dürfte, wie es § 14 Abs. 2 TMG-E vorsieht. Auf dem Gebiet der Telemedien wollte der Gesetzgeber zurecht „den erweiterten Risiken der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten" in diesem Bereich Rechnung tragen.[57] Er hat dabei entschieden, dass Rechteinhaber im Fall von Rechtsverletzungen – wie jede andere Person auch – darauf zu verweisen sind, sich an die für die Strafverfolgung zuständigen Stellen zu wenden. Es gibt keinen Grund, auf dem Gebiet des Telemedienrechts diese bewährte Regelung aufzugeben, mit der Inhaber gewerblicher Schutzrechte nun schon seit Jahren ohne erkennbare Beeinträchtigung zurecht kommen.

Schließlich geht die geplante Auskunftsregelung auch deshalb fehl, weil es in der Praxis regelmäßig um Urheberrechtsverletzungen geht, zu deren Ahndung Rechteinhaber die Auskunft benötigen, welchem Nutzer eine bestimmte IP-Adresse zugewiesen war. Über diese Information verfügt jedoch nur der Internet-Zugangsprovider. Dieser erbringt einen Telekommunikationsdienst, so dass eine Auskunftsregelung im Telemediengesetz fehl am Platze ist. Die §§ 14 und 15 TMG-E finden auf Internet-Zugangsprovider keine Anwendung (§ 11 Abs. 3 TMG-E). Im TKG findet sich keine Ermächtigung zur Datenübermittlung an Rechteinhaber. Da Telemedien-Daten nicht weniger sensibel sind als Telekommunikationsdaten, ist eine abweichende Regelung im Vergleich zum TKG nicht gerechtfertigt.

---

54 Entwurfsbegründung unter A.II.3.

55 Art. 8 Abs. 1 RiL 2004/48/EG lautet: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums auf einen begründeten und die Verhältnismäßigkeit wahrenden Antrag des Klägers hin anordnen können, dass Auskünfte [...] erteilt werden [...]".

56 Entwurfsbegründung unter B.I.8.e.

57 Begründung zum Entwurf des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG), BT-Drs. 13/7385.

5. Die vom Bundesrat geforderte Zulassung einer Auskunftserteilung „zur Gefahrenabwehr durch die Polizeibehörden der Länder“[58] ist abzulehnen. Wegen § 12 Abs. 2 TMG-E, der nicht auf Bundesrecht beschränkt ist, ist eine solche gesonderte Zulassung überflüssig. Mögen die Länder in ihrem Polizeirecht Auskunftsansprüche regeln, wenn überhaupt ein entsprechendes Bedürfnis besteht. Die vom Bundesrat angeführten Beispiele lassen ein solches Bedürfnis jedenfalls nicht erkennen. Gegen Anbieter strafbarer Inhalte im Internet können bereits die Strafverfolgungsbehörden vorgehen. Gegen Anbieter legaler Inhalte im Internet darf demgegenüber auch die Polizei nicht vorgehen oder ermitteln. Wenn gegen „Anleitungen zum Bau von Sprengsätzen, Blankoformulare für Dienstausweise der Polizei oder Zugangsberechtigungen für einen bestimmten Flughafen“ vorgegangen werden soll, dann muss deren Verbreitung normenklar verboten werden, anstatt unkonturierte Auskunftsansprüche einzuführen. Welche Folge die Forderung des Bundesrats hätte, wird in der Begründung zutreffend dargestellt: „Soweit die Länderpolizeigesetze die Erhebung von Bestands- und Nutzungsdaten von Telemediendiensten nicht bereichsspezifisch in den Länderpolizeigesetzen geregelt haben, kann die Datenerhebung nur auf die allgemeinen Befugnisnormen zur Datenerhebung gestützt werden.“[59] Die Bundesratsforderung soll also das aus dem Grundgesetz und aus § 12 Abs. 2 TMG-E folgende Erfordernis einer bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlage für staatliche Ansprüche auf Auskunft über Telemediendaten aushebeln. Dieses Vorhaben ist inakzeptabel.

6. Falls der hier vorgeschlagene Verweis auf die §§ 100a, 100b StPO nicht durchsetzbar sein sollte, muss jedenfalls die bisherige Regelung der §§ 5 S. 2, 6 Abs. 5 S. 5 TDDSG unverändert übernommen werden.

15. IP-Adressen

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
Telemediengesetz (TMG)		
§ 15 Nutzungsdaten		
(1) Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten eines Nutzers erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen (Nutzungsdaten). Nutzungsdaten sind insbesondere		
1. Merkmale zur Identifikation des Nutzers,	15	1. Merkmale zur Identifikation des Nutzers **einschließlich Internet-Protocol-Adressen**,

Das praxisrelevanteste Beispiel von Internet-Nutzungsdaten ist die IP-Adresse. Diese Nummernfolge ist mit einem Kfz-Kennzeichen vergleichbar. Ähnlich einem Autofahrer, der beim Einkaufsbummel von einem Geschäft zum nächsten fährt, bewegt sich auch der Internetnutzer mit seiner IP-Adresse im Internet von Anbieter zu Anbieter.

Während es undenkbar ist, dass ein Einkaufsmarkt sämtliche Kfz-Kennzeichen seiner Kunden protokolliert, speichern Telemediendienste die IP-Adressen ihrer Nutzer ganz regelmäßig dauerhaft ab, und zwar zusammen mit Daten über das Nutzungsverhalten (abgerufene Informationen, eingegebene Suchbegriffe usw.). Sie berufen sich dabei darauf, dass die IP-Adresse kein personenbezogenes Datum darstelle, da ihnen unbekannt sei, welcher Person die IP-Adresse zugewiesen sei.

Dagegen ist für die Datenschutzbeauftragten des Bunds und der Länder klar: *„Auf jeden Fall sind statische IP-Adressen personenbezogene Daten, da diese einen direkten und andauernden Bezug zu den Nut-*

[58] BR-Drs. 556/06 (B), 4 f.

[59] BR-Drs. 556/06 (B), 5.

zenden enthalten und auf diesen ohne weiteres rückschließen lassen." [60] Welcher Person eine statische, also unveränderliche, IP-Adresse zugeordnet ist, lässt sich meist über Verzeichnisse ermitteln, die im Internet öffentlich zugänglich sind.

Kunden von Internet-Access-Providern wird dagegen oft bei jeder Einwahl eine andere IP-Adresse zugewiesen (sogenannte „dynamische IP-Adresse"). Es handelt sich also sozusagen um einen „Mietwagen", um bei dem oben angesprochenen Kfz-Beispiel zu bleiben. In diesem Fall können Anbieter von Telemediendiensten die Person des Nutzers nur im Zusammenwirken mit dem Nutzer oder mit seinem Internet-Access-Provider ermitteln. Internet-Access-Provider dürfen die Daten wegen des Fernmeldegeheimnisses jedoch nicht übermitteln. Dies wird verbreitet gegen einen Personenbezug dynamischer IP-Adressen angeführt.

Gleichwohl betonen die Datenschutzbeauftragten des Bunds und der Länder: *„Wenn z.B. für Inhalte-Anbieter der Personenbezug von IP-Adressen verneint und das TDDSG beziehungsweise die TDSV nicht für anwendbar erklärt werden, hätte dies nicht nur die mit dem Grundrechtsschutz unvereinbare Konsequenz, dass der Diensteanbieter die Daten unbegrenzt selbst verarbeiten oder nutzen könnte, sondern er dürfte diese Daten auch ohne Restriktionen an Dritte übermitteln, die ihrerseits die Möglichkeit hätten, den Nutzer aufgrund der IP-Adresse zu identifizieren. Es bedarf keiner näheren Begründung, dass dies dem Schutzgedanken des Datenschutzrechts diametral zuwiderlaufen würde."* [61]

Überdies lässt eine IP-Adresse nicht erkennen, ob sie statisch oder veränderlich vergeben wird, so dass aus Sicht der Anbieter von Telemediendiensten immer die Möglichkeit besteht, dass sich die Person des Nutzers anhand seiner IP-Adresse ermitteln lässt. In Verbindung mit den übrigen gespeicherten Daten über das Nutzungsverhalten der Person kann auf diese Weise ein sehr detailliertes Nutzerprofil erstellt werden. Mit Hilfe von Datamining-Techniken lassen sich so die Interessen und Vorlieben der Nutzer ohne ihr Wissen auskundschaften.

Die in der Praxis bestehende Rechtsunsicherheit auf der einen und die enorme Praxisrelevanz der Frage auf der anderen Seite erfordern eine gesetzliche Regelung der Einordnung von IP-Adressen.[62] Sie soll durch Ergänzung des § 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TMG-E um das Beispiel der IP-Adresse erreicht werden, um klarzustellen, dass IP-Adressen Nutzungsdaten im Sinne des Telemedienrechts darstellen und daher nicht unbegrenzt verarbeitet werden dürfen. Die klare Einordnung von IP-Adressen als Nutzungsdaten fordert auch die Wirtschaft.[63]

---

60 Arbeitskreis Medien der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder in seiner „Orientierungshilfe zum Umgang mit personenbezogenen Daten bei Internetdiensten" unter Punkt 3.1, http://www.datenschutz.hessen.de/Tb31/K25P03.htm.

61 Arbeitskreis Medien der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder in seiner „Orientierungshilfe zum Umgang mit personenbezogenen Daten bei Internetdiensten" unter Punkt 3.1, http://www.datenschutz.hessen.de/Tb31/K25P03.htm.

62 Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum ElGVG-E vom 06.05.2005, http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_elgvg_06_05_2005.pdf, 9.

63 BITKOM, Stellungnahme vom 12.05.2005, http://www.bitkom.org/files/documents/050512_BITKOM-Stellungnahme_TMG_und_9_RAeStV.pdf, Seite 9.

16. Erstellung von Nutzerprofilen

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
Telemediengesetz (TMG)		
§ 15 Nutzungsdaten		
(3) Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 12 Abs. 1 hinzuweisen. Diese Nutzungsprofile dürfen nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.	16	(3) Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer ~~dem nicht widerspricht~~ **eingewilligt hat**. ~~Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 12 Abs. 1 hinzuweisen.~~ Diese Nutzungsprofile dürfen nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.

In Durchbrechung des Erforderlichkeits- und Zweckbindungsgrundsatzes des § 6 Abs. 1 TDDSG (§ 15 Abs. 1 TMG-E) erlaubt der geltende § 6 Abs. 3 TDDSG (§ 15 Abs. 3 TMG-E) die Erstellung von Nutzerprofilen ohne Einwilligung des Nutzers für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Dienste. Obwohl das Gesetz die Verwendung von Pseudonymen vorsieht, ist diese Regelung unter dem Aspekt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und des Nutzervertrauens abzulehnen.[64] Das bußgeldbewehrte Verbot, ein Nutzerprofil der Person des Nutzers zuzuordnen, ist nämlich ungeeignet, eine solche Zuordnung zu verhindern. Vielmehr haben Mitarbeiter von Telemediendiensten Zugriff auf äußerst sensible Daten über das Verhalten und die Interessen der einzelnen Nutzer, wenn eine Erstellung von Nutzerprofilen erlaubt und vorgenommen wird.

Nicht nur die Bonusmeilenaffäre hat in den letzten Jahren gezeigt, dass derartige Zugriffsmöglichkeiten immer wieder missbraucht werden und welche gravierenden Folgen dies haben kann. Auch die Veröffentlichung der Sucheingaben von 600.000 Menschen durch das Internetunternehmen AOL hat die Gefahren der Erstellung von Nutzerprofilen im Internet in das öffentliche Bewusstsein gerückt. Den 20 Mio. Datensätzen ließen sich Namen, finanzielle Informationen, Krankheiten, Informationen über das Sexualleben, teilweise sogar ganze Lebensschicksale entnehmen. Ein Missbrauch solcher Informationen durch Kriminelle liegt nahe (z.B. für Einbrüche, Erpressung, Identitätsdiebstahl, Kontakte Pädophiler zu Minderjährigen, Stalking). Obwohl die AOL-Datensätze pseudonymisiert worden waren, dauerte es nur zwei Tage, bis Reporter der New York Times aus den Suchanfragen der Ziffernkombination 4417749 nach Namen und Orten auf eine Person geschlossen hatte. Die 62-jährige Witwe Thelma Arnold staunte ungläubig, als der Journalist ihre Suchanfragen „taube Finger“ oder „Hund uriniert auf alles“ präsentierte: „Ja, das sind meine Suchanfragen“, bestätigte sie.[65]

Die Erstellung von Persönlichkeitsabbildern zu verhindern, ist seit dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts zentrales Ziel des Datenschutzes. Auf dem Gebiet der Telemedien genügen schon wenige Klicks und Eingaben, um ein aussagekräftiges Interessen- und Verhaltensprofil über den Nutzer zu erstellen.[66] Im „wirklichen“ Leben ist eine derart umfassende Speicherung des Verhaltens von Bürger

---

64 Ebenso Verbraucherzentrale Bundesverband, Pressemitteilung vom 11.05.2005, http://www.vzbv.de/go/presse/536/index.html.

65 Bleich/Zota, Verfolgerwahn - Wie Online-Nutzer die Kontrolle über ihre Daten zurückgewinnen können, http://www.heise.de/ct/06/24/202/.

66 Bäumler, Helmut / Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine / Tinnefeld, Marie-Theres: Grenzenlose Überwachung des Internets? Steht die freie Internetkommunikation vor dem Aus? Stellungnahme zum Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 31. Mai 2002, http://www.rainer-gerling.de/aktuell/-vorrat_stellungnahme.html, Punkt 1.

schlichtweg nicht möglich. Hier können personenbezogene Kundenprofile allenfalls mithilfe von Bonuskarten erstellt werden, die aber eine Einwilligung der Betroffenen voraussetzen. Selbst diese Kaufprofile sind lange nicht so aussagekräftig wie die Aufzeichnung des gesamten Kundenverhaltens im Internet.

Angesichts dessen ist es unangemessen, wenn der Gesetzgeber im Bereich der Telemedien das Recht zur Erstellung personenbezogener Nutzerprofile als Regelfall vorsieht und es dann dem Nutzer überlässt, sich gegen diese unnötige, umfassende Protokollierung zu wehren. Eine Widerspruchslösung („Opt-Out") ist nur dort angemessen, wo der Nutzer mutmaßlich einverstanden ist. Dies ist im Online-Bereich wegen der Sensibilität von Nutzerprofilen jedoch nicht der Fall.

Für die Diensteanbieter ist es unschwer möglich, im Rahmen der Anmeldung für einen Dienst elektronisch abzufragen, ob der Nutzer mit der Erstellung von Nutzerprofilen für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Dienste einverstanden ist. Auch Anbieter von Telekommunikationsdiensten dürfen gemäß Art. 6 Abs. 3 der RiL 2002/58/EG personenbezogene Daten über die Inanspruchnahme der Dienste „zum Zwecke der Vermarktung [...] oder zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen" nur mit Einwilligung des Betroffenen speichern und nutzen.[67] Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Anbieter von Telemediendiensten weiter gehende Rechte haben sollten.

Diensteanbieter können Anreize anbieten, um die Nutzer zur Einwilligung zu ermuntern. Auch dürfen Diensteanbieter anonyme Nutzerprofile ohne Einschränkung erstellen. In Verbindung mit Technologien wie Cookies oder Benutzerkennungen können anonyme Nutzerprofile hervorragend zur Werbung, zur Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Dienste eingesetzt werden. Da schon nach heutigem Recht Nutzerprofile nicht der Person des Nutzers zugeordnet werden dürfen, entstehen den Diensteanbietern durch die Einführung eines Einwilligungserfordernisses keine Nachteile.

Ohne das Vertrauen der Nutzer in den möglichst sparsamen Umgang mit ihren personenbezogenen Daten und ohne Gewährleistung des informationellen Selbstbestimmungsrecht der Nutzer kann E-Commerce nicht funktionieren. Folglich dürfen personenbezogene Nutzerprofile nur mit Einwilligung des Nutzers erstellt werden.

Für den Fall, dass die vorgeschlagene Änderung des § 15 Abs. 3 TMG-E trotz allem nicht durchsetzbar sein sollte, muss wenigstens eine Verschmelzung von § 15 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 TMG-E erfolgen. Bisher bleibt es folgenlos, wenn der Nutzer entgegen § 6 Abs. 3 Satz 2 TDDSG (§ 15 Abs. 3 Satz 2 TMG-E) nicht über sein Widerspruchsrecht unterrichtet wird. Ohne eine solche Unterrichtung ist das Widerspruchsrecht jedoch vollends wertlos. Zudem muss der Widerspruch, ebenso wie die Einwilligung, elektronisch erklärt werden können (so schon § 95 Abs. 2 S. 3 TKG). § 15 Abs. 3 TMG-E wäre dann wie folgt umzuformulieren:

> (3) Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern
>
> **1. der Diensteanbieter dem Nutzer unmittelbar und kostenfrei eine Widerspruchsmöglichkeit einräumt,**
>
> **2. der Diensteanbieter den Nutzer auf diese Widerspruchsmöglichkeit im Rahmen der Unterrichtung nach § 13 Abs. 1 hinweist und**
>
> **3.** der Nutzer nicht widerspricht.

---

[67] Art. 6 Abs. 3 der RiL 2002/58/EG lautet: „Der Betreiber eines öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes kann die in Absatz 1 genannten Daten zum Zwecke der Vermarktung elektronischer Kommunikationsdienste oder zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen im dazu erforderlichen Maß und innerhalb des dazu oder zur Vermarktung erforderlichen Zeitraums verarbeiten, sofern der Teilnehmer oder der Nutzer, auf den sich die Daten beziehen, seine Einwilligung gegeben hat. Der Nutzer oder der Teilnehmer hat die Möglichkeit, seine Einwilligung zur Verarbeitung der Verkehrsdaten jederzeit zurückzuziehen."

Diese Nutzungsprofile dürfen nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.

Weiterhin dürfte es – anders als nach bisherigem Recht – keine Nachteile, insbesondere keine Kündigung, nach sich ziehen, wenn ein Nutzer der Profilerstellung widerspricht. Dies stellt Änderungsvorschlag 8[68] sicher.

17. Datenspeicherung zur Missbrauchsbekämpfung

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
Telemediengesetz (TMG)		
§ 15 Nutzungsdaten		
(8) Liegen dem Diensteanbieter zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte vor, dass seine Dienste von bestimmten Nutzern in der Absicht in Anspruch genommen werden, das Entgelt nicht oder nicht vollständig zu entrichten, darf er die personenbezogenen Daten dieser Nutzer über das Ende des Nutzungsvorgangs sowie die in Absatz 7 genannte Speicherfrist hinaus nur verwenden, soweit dies **für Zwecke der Rechtsverfolgung** erforderlich ist. Der Diensteanbieter hat die Daten unverzüglich zu löschen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 nicht mehr vorliegen oder die Daten für die Rechtsverfolgung nicht mehr benötigt werden. Der betroffene Nutzer ist zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung des mit der Maßnahme verfolgten Zweckes möglich ist.	17	(8) Liegen dem Diensteanbieter **im Einzelfall** zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte vor, dass seine Dienste von bestimmten Nutzern in der Absicht in Anspruch genommen werden, das Entgelt nicht oder nicht vollständig zu entrichten, darf er die personenbezogenen Daten dieser Nutzer über das Ende des Nutzungsvorgangs sowie die in Absatz 7 genannte Speicherfrist hinaus nur verwenden, soweit dies **zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegenüber dem Nutzer** erforderlich ist. Der Diensteanbieter hat die Daten unverzüglich zu löschen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 nicht mehr vorliegen oder die Daten für die Rechtsverfolgung nicht mehr benötigt werden. Der betroffene Nutzer ist zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung des mit der Maßnahme verfolgten Zweckes möglich ist.

§ 6 Abs. 8 S. 1 TDDSG bestimmt gegenwärtig: „*Liegen dem Diensteanbieter zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte vor, dass seine Dienste von bestimmten Nutzern in der Absicht in Anspruch genommen werden, das Entgelt nicht oder nicht vollständig zu entrichten, darf er die personenbezogenen Daten dieser Nutzer über das Ende des Nutzungsvorgangs sowie die in Absatz 7 genannte Speicherfrist hinaus nur verarbeiten und nutzen, soweit dies zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegenüber dem Nutzer erforderlich ist.*“

Die ursprünglich geplante Ausdehnung dieser Bestimmung sieht der aktuelle TMG-Entwurf zurecht nicht mehr vor. Allerdings wurde versäumt, den gegenwärtigen Gesetzeswortlaut korrekt fortzuschreiben. Die in § 6 Abs. 8 S. 1 TDDSG vorgesehene Zweckbestimmung „zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegenüber dem Nutzer“ ist präziser als die Formulierung im TMG-Entwurf („für Zwecke der Rechtsverfolgung“). Diese birgt die Gefahr, dass die Daten – in Durchbrechung des Zweckbindungsgrundsatzes – zur Verfolgung ganz anderer Rechte, gar der Rechte anderer Personen verwendet werden könnten. Diese von den Entwurfsverfassern nicht begründete Verschlechterung des bestehenden Datenschutzniveaus ist abzulehnen, zumal sie der Ankündigung der Entwurfsverfasser widerspricht: „*Inhaltlich sollen die geltenden Vorschriften weitgehend unverändert bleiben, soweit nicht ein Änderungsbedarf unabweisbar ist.*“[69] Der Gesetzgeber wollte die Norm des § 6 Abs. 8 TDDSG (§ 15 Abs. 8 TMG-E) bewusst auf die Bekämpfung der Leistungserschleichung beschränken.

---

[68] Seite 29.

[69] Entwurfsbegründung unter A.II.1.

In jedem Fall muss klargestellt werden, dass eine Datenspeicherung nach § 14 Abs. 8 TMG stets nur „im Einzelfall“ zulässig ist, nie pauschal und rein vorsorglich bezüglich aller Nutzer, wie es derzeit leider verbreitet gehandhabt wird. Zu diesem Zweck müssen die Worte „im Einzelfall“ in § 15 Abs. 8 TMG eingefügt werden. Dies entspricht der Formulierung des vergleichbaren § 9 TDSV.[70]

18.- 20. Folgeänderungen

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
Telemediengesetz (TMG)		
§ 16 Bußgeldvorschriften		
(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig [...]		
2. entgegen § 12 Abs. 3 die Bereitstellung von Telemedien von einer dort genannten Einwilligung abhängig macht,	18	2. entgegen § 12 Abs. **4** die Bereitstellung von Telemedien von einer dort genannten Einwilligung abhängig macht,
	19	**2a. § 12 Abs. 4 die Bereitstellung von Telemedien von der Angabe nicht erforderlicher personenbezogener Daten abhängig macht,**
3. § 12 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 den Nutzer nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig unterrichtet,	20	3. **§ 11 Abs. 4 Satz 4 oder** § 12 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 den Nutzer nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig unterrichtet,

Es handelt sich um Folgeänderungen zur 6. Forderung[71] und zur 7. Forderung[72].

21. Elektronische Einwilligung

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
Telemediengesetz (TMG)		
§ 16 Bußgeldvorschriften		
(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig [...]		
4. einer Vorschrift des § 13 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bis 4 oder 5 über eine dort genannte Pflicht zur Sicherstellung zuwiderhandelt,	21	4. einer Vorschrift des § 13 Abs. **2 oder** 4 Satz 1 Nr. 1 bis 4 oder 5 über eine dort genannte Pflicht zur Sicherstellung zuwiderhandelt,

§ 4 Abs. 2 TDDSG (§ 13 Abs. 2 TMG-E) sieht vor, dass elektronische Einwilligungen des Nutzers nur unter bestimmten Voraussetzungen wirksam sind, um die informationelle Selbstbestimmung des Nutzers zu gewährleisten. Eine elektronische Einwilligung muss bewusst und eindeutig erteilt werden, protokolliert werden, jederzeit abrufbar sein und widerrufen werden können. § 9 Abs. 1 Ziff. 3 TDDSG sanktioniert Verstöße gegen diese wichtigen Sicherungsmechanismen als Ordnungswidrigkeit, da sie ansonsten weitgehend zur Disposition des Diensteanbieters stünden.

Ohne Not und ohne Begründung soll nach dem Regierungsentwurf der Verstoß gegen § 4 Abs. 2 TDDSG (§ 13 Abs. 2 TMG-E) keine Ordnungswidrigkeit mehr sein, obwohl der Referentenentwurf dies noch vorsah. Für diese weitere Verschlechterung des Datenschutzniveaus gibt es keine Rechtfertigung. Im

[70] „(1) Soweit es im Einzelfall erforderlich ist, darf der Diensteanbieter [...]“

[71] Seite 25.

[72] Seite 26.

Regierungsentwurf findet sich dementsprechend auch keine Begründung. Umgekehrt wird dort unzutreffend behauptet, § 16 sei „bis auf redaktionelle Anpassungen unverändert übernommen“ worden.

Übrigens musste man schon bei der Novelle des Telekommunikationsgesetzes die Erfahrung machen, dass datenschutzrechtliche Verschlechterungen ohne Begründung und kaum erkennbar in einer Neufassung versteckt wurden. Diese Praxis ist ausgesprochen undemokratisch. Es fällt schwer, zu glauben, dass es sich dabei um Versehen handelt.

Der Änderungsvorschlag gewährleistet die Fortschreibung der geltenden Rechtslage.

22. Folgeänderung

ElGVG-Regierungsentwurf	**Nr**	**Änderungsvorschlag**
	22	**Artikel 4b -** **Änderung des Strafgesetzbuchs** **§ 206 des Strafgesetzbuchs wird wie folgt gefasst:** **§ 206** Verletzung des Post-**, Telemediennutzungs-** oder Fernmeldegeheimnisses (1) Wer unbefugt einer anderen Person eine Mitteilung über Tatsachen macht, die dem Post-**, Telemediennutzungs-** oder Fernmeldegeheimnis unterliegen und die ihm als Inhaber oder Beschäftigtem eines Unternehmens bekanntgeworden sind, das geschäftsmäßig Post-**, Telemedien-** oder Telekommunikationsdienste erbringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer als Inhaber oder Beschäftigter eines in Absatz 1 bezeichneten Unternehmens unbefugt 1. eine Sendung, die einem solchen Unternehmen zur Übermittlung anvertraut worden und verschlossen ist, öffnet oder sich von ihrem Inhalt ohne Öffnung des Verschlusses unter Anwendung technischer Mittel Kenntnis verschafft, 2. eine einem solchen Unternehmen zur Übermittlung anvertraute Sendung unterdrückt oder 3. eine der in Absatz 1 oder in Nummer 1 oder 2 bezeichneten Handlungen gestattet oder fördert. (3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Personen, die 1. Aufgaben der Aufsicht über ein in Absatz 1 bezeichnetes Unternehmen wahrnehmen, 2. von einem solchen Unternehmen oder mit dessen Ermächtigung mit dem Erbringen von Post-**, Telemedien-** oder Telekommunikationsdiensten betraut sind oder

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
		3. mit der Herstellung einer dem Betrieb eines solchen Unternehmens dienenden Anlage oder mit Arbeiten daran betraut sind. (4) Wer unbefugt einer anderen Person eine Mitteilung über Tatsachen macht, die ihm als außerhalb des Post-**, Telemedien-** oder Telekommunikationsbereichs tätigem Amtsträger auf Grund eines befugten oder unbefugten Eingriffs in das Post-**, Telemediennutzungs-** oder Fernmeldegeheimnis bekanntgeworden sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (5) Dem Postgeheimnis unterliegen die näheren Umstände des Postverkehrs bestimmter Personen sowie der Inhalt von Postsendungen. Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Das **Telemediennutzungs- und das** Fernmeldegeheimnis erstreck**en** sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungs-**und Nutzungs**versuche **und auf Bestandsdaten**.

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur 9. Forderung[73] (Telemediennutzungsgeheimnis).

[73] Seite 30.

23. Datennutzung zu Werbezwecken

ElGVG-Regierungsentwurf	Nr	Änderungsvorschlag
	23	**Artikel 4b -** **Änderung des Telekommunikationsgesetzes** **§ 95 Abs. 2 des Telekommunikationsgesetzes wird wie folgt gefasst:** (2) Der Diensteanbieter darf die Bestandsdaten der in Absatz 1 Satz 2 genannten Teilnehmer zur Beratung der Teilnehmer, zur Werbung für eigene Angebote und zur Marktforschung nur verwenden, soweit dies für diese Zwecke erforderlich ist und der Teilnehmer eingewilligt hat. Ein Diensteanbieter, der im ~~Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung~~ **Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung** rechtmäßig Kenntnis von der Rufnummer oder der Postadresse, auch der elektronischen, eines Teilnehmers erhalten hat, darf diese für die Versendung von Text- oder Bildmitteilungen an ein Telefon oder an eine Postadresse ~~zu den in Satz 1 genannten Zwecken~~ **zur Beratung der Teilnehmer, zur Werbung für eigene ähnliche Angebote und zur Marktforschung** verwenden, es sei denn, dass der Teilnehmer einer solchen Verwendung widersprochen hat. Die Verwendung der Rufnummer oder Adresse nach Satz 2 ist nur zulässig, wenn der Teilnehmer bei der Erhebung oder der erstmaligen Speicherung der Rufnummer oder Adresse und bei jeder Versendung einer Nachricht an diese Rufnummer oder Adresse zu einem der in Satz 1 genannten Zwecke deutlich sichtbar und gut lesbar darauf hingewiesen wird, dass er der Versendung weiterer Nachrichten jederzeit schriftlich oder elektronisch widersprechen kann**, und wenn dem Teilnehmer unmittelbar und kostenfrei eine Widerspruchsmöglichkeit eingeräumt wird.**

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollten gerade Kommunikationsdienste im Internet vom Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) erfasst sein. Nachdem die Vermittlung fremder Inhalte aber dem Telekommunikationsrecht zuzuordnen ist, darf dies nicht zu einem unangemessenen Absinken des beabsichtigten Datenschutzniveaus führen.[74]

§ 95 Abs. 2 TKG, der künftig auch auf Internet-Kommunikationsdienste Anwendung finden soll, erlaubt die Verwendung von Bestandsdaten zu Werbezwecken bereits dann, wenn der Betroffene dem nicht widersprochen hat. Der Norm liegt Art. 13 Abs. 2 der RiL 2002/58/EG zugrunde, der wie folgt lautet: „*Ungeachtet des Absatzes 1 kann eine natürliche oder juristische Person, wenn sie von ihren Kunden im Zu-*

[74] Die Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage fordert der Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum ElGVG-E vom 06.05.2005, http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_elgvg_06_05_2005.pdf, 6 f.

sammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung gemäß der Richtlinie 95/46/EG deren elektronische Kontaktinformationen für elektronische Post erhalten hat, diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwenden, sofern die Kunden klar und deutlich die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen, wenn der Kunde diese Nutzung nicht von vornherein abgelehnt hat."

§ 95 Abs. 2 TKG setzt diese Vorschrift zulasten des Verbrauchers nicht korrekt um. Die Richtlinie erlaubt eine Datennutzung zu Werbezwecken nur, wenn Kunden „die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen". Das nach deutschem Recht bestehende Widerspruchsrecht ermöglicht es nicht, die Nutzung der eigenen Daten zu Werbezwecken „problemlos abzulehnen". Vielmehr setzt ein Widerspruch voraus, mit dem Anbieter umständlich in Verbindung zu treten, indem man eine gesonderte Nachricht an ihn verfasst. Wegen des damit verbundenen Aufwands gewährleistet § 95 Abs. 2 TKG das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht hinreichend.

Die Möglichkeit der „problemlosen Ablehnung" einer Nutzung der eigenen Daten zu Werbezwecken ist nur dann gegeben, wenn der Kunde bei jeder Datenerhebung und -nutzung unmittelbar widersprechen kann, etwa durch Klicken auf ein Auswahlfeld oder auf einen Link. Eine derartige unmittelbare Widerspruchsmöglichkeit wird dem Kunden bereits heute verbreitet eingeräumt (z.B. bei der Anmeldung zu Internet-Diensten oder bei Email-„Newslettern").

Den Diensteanbietern ist es ohne weiteres zumutbar, dem Nutzer eine unmittelbare und kostenfreie Widerspruchsmöglichkeit einzuräumen. Dies sieht folglich der Änderungsvorschlag vor. Nur, wenn eine unmittelbare und kostenfreie Widerspruchsmöglichkeit angeboten wird, kann ein Absenken des Datenschutzniveaus bei Internet-Kommunikationsdiensten auf das Niveau des Telekommunikationsgesetzes hingenommen werden.

Emailwerbung ist nach der Richtlinie außerdem nur zulässig, wenn das Unternehmen die Emailadresse „im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung [...] erhalten hat". Es reicht also beispielsweise nicht, wenn sich ein Kunde wegen einer Reklamation per Email an das Unternehmen wendet, denn in einem solchen Fall kann von einem Einverständnis mit Werbung nicht ausgegangen werden. Schließlich ist Emailwerbung nach der Richtlinie nur für „eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen" zulässig. Die beworbenen Produkte müssen also denjenigen vergleichbar sein, für die sich der Verbraucher im Rahmen eines Verkaufsgesprächs interessiert hat. Zur korrekten Umsetzung dieser Einschränkungen ist § 95 Abs. 2 S. 2 TKG anzupassen.