

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

3
K&R

Editorial: Klarstellung zur Verantwortlichkeit im Internet:
Websperren möglich · *Dr. Florian Drücke*

- 145 Das Anhängen an Angebote bei Amazon · *Dr. Bernd Lorenz*
- 150 Framing zulässig oder unzulässig? · *Christian Galetzka*
- 152 Softwaremängel 4.0 – Wieviel (Un-) Sicherheit können wir uns leisten? · *Dr. Florian Deusch und Prof. Dr. Tobias Eggendorfer*
- 158 Die Novellierung des Informationsweiterverwendungsgesetzes · *Carl Christian Müller*
- 163 Anonymitätsschutz für „Pick-Up Artists“? · *Dr. Marc-Oliver Srocke*
- 166 Telekommunikationsrechtliche Meldepflicht eines E-Mail-Dienstes · *Sebastian Telle*
- 168 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 171 BGH: Störerhaftung des Access-Providers mit Kommentar von *Franz Gernhardt*
- 179 BGH: Werbung in automatisch generierten Bestätigungs-E-Mails unzulässig
- 182 BGH: Anforderungen an Preisangabe für Telekommunikationsdienstleistung
- 185 BGH: Gutscheinaktion beim Buchankauf verstößt gegen Preisbindung
- 194 OLG Köln: Anschlussinhaber hat keinen Anspruch auf sofortige Löschung von IP-Adressen
- 197 OLG Frankfurt a. M.: Anforderungen an wirksame Werbe- und Cookie-Einwilligung mittels Gewinnspiel
- 213 LAG Mainz: Fristlose Kündigung nach Installation von Schadsoftware auf Arbeitgeber-PC mit Kommentar von *Marie Herberger*

19. Jahrgang

März 2016

Seiten 145 – 216

sondern wird ganz im Gegenteil aktuell auf der Webseite seiner Agentur weiterhin mit Bild und Angabe seines Vornamens als Coach präsentiert.

III. Fazit

Gegen das Urteil bestehen höchste Bedenken. Diese werden auch nicht etwa dadurch gemildert, dass der Senat womöglich nur in der vorliegenden Sonderkonstellation die Meinungsäußerungsfreiheit der Verfasserinnen der Beiträge verkannt hat und im Falle einer „normalen“ Presseberichterstattung zu einem anderen Abwägungsergebnis gekommen wäre. Insbesondere die gefährliche These, dass nur dann identifizierend berichtet werden dürfe, wenn es gar nicht anders gehe, wird eindeutig als allgemeingültiger Grundsatz formuliert, aus Urteilen zu grundrechtsgeschützten Medienberichterstattungen abgeleitet und nicht etwa damit begründet, dass vorliegend keine Kommunikationsgrundrechte zu berücksichtigen gewesen seien. Als der Senat ergänzend auf diesen Umstand hinweist, ist seine Interessenabwägung erkennbar bereits abgeschlossen. Die hinzutretende Verkennung der Selbstöffnung des Antrag-

stellers hat zudem von vornherein nichts mit entgegenstehenden Kommunikationsgrundrechten zu tun.

Der Antragsgegner hat somit gute Gründe, den Rechtsstreit in der Hauptsache fortzusetzen, was er auch bereits angekündigt hat. Womöglich wird also irgendwann der BGH und somit das höchste deutsche Zivilgericht über den Fall entscheiden. Man kann sich allerdings auch gut und gerne die Frage stellen, ob der Zivilrechtsweg überhaupt eröffnet ist. Zum mindesten wenn man dem AStA vorliegend mit dem OLG Frankfurt a. M. jegliche Grundrechtsfähigkeit abspricht und ihn schlicht auf seine Stellung als Organ einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft verweist, gehört der Rechtsstreit wohl vor ein VG. Dort und nicht vor den Zivilgerichten wurden Klagen gegen politische Meinungsäußerungen durch einen AStA jedenfalls in der Vergangenheit anhängig gemacht und verhandelt.¹⁵

15 VGH Kassel, 28. 7. 1998 – 8 TM 2553/98, NJW 1999, 1049; 6. 4. 1998 – 8 TG 1084/98, NVwZ 1998; VGH Kassel, 21. 2. 1991 – 6 UE 3713/88; BerlVerfGH, 21. 12. 2000 – VerfGH 136/00; OVG Bremen, 12. 5. 1999 – 1 B 143/99, NVwZ 2000, 342; BVerwG, 12. 5. 1999 – 6 C 10/98, NVwZ 2000, 323; allg. Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 40 Rn. 28.

RA Sebastian Telle, Düsseldorf*

Telekommunikationsrechtliche Meldepflicht eines E-Mail-Dienstes

Zugleich Kommentar zu VG Köln, Urteil vom 11. 11. 2015 – 21 K 450/15, K&R 2016, 141 ff. (Heft 2)

I. Überblick

Die Entscheidung bringt noch mehr Schwung in eine wichtige Debatte. Insbesondere auf europäischer Ebene setzen sich zunehmend Unternehmen aus der klassischen Telekommunikationsbranche für ein „Level Playing Field“ ein, da sie sich gegenüber den sogenannten Over-the-top-Anbietern zu Unrecht benachteiligt sehen. Denn diese sind bislang von regulatorischen Vorgaben nicht betroffen und keinen telekommunikationsrechtlichen Verpflichtungen ausgesetzt. Das vorliegende Urteil des VG Köln greift der politischen Diskussion vor und sieht jedenfalls für E-Mail-Dienste nach der derzeitigen Rechtslage eine telekommunikationsrechtliche Meldepflicht.

Anlass war ein bereits länger laufendes Verfahren zwischen Google und der Bundesnetzagentur, in dem es um die Meldepflicht als Telekommunikationsdienst nach § 6 Abs. 1 TKG für den E-Mail-Dienst Gmail ging. Die Behörde forderte das Unternehmen auf, seiner Meldepflicht nachzukommen. Da dieses dem nicht nachkam, wurde in einem Bescheid zunächst die Eigenschaft als Telekommunikationsdienst mit der Gelegenheit zur Stellungnahme festgestellt. Gleichzeitig wurden Maßnahmen des Verwaltungzwangs angeordnet, sollte der gesetzlichen Meldepflicht nicht nachgekommen werden. Im Widerspruchsverfahren vertrat die Europäische Kom-

mission in einer Stellungnahme, dass der betroffene E-Mail-Dienst jedenfalls dann nicht unter den Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes aus der Rahmenrichtlinie falle, wenn er nur IP-Dienste für die Übermittlung an das richtige Ziel verschlüssle, nicht aber die Kontrolle über und Verantwortung für die Übertragung der E-Mail vom Sender an den Empfänger über elektronische Kommunikationsnetze ausübe.

In der daraufhin gegen den Verwaltungsakt in Form des Widerspruchsbescheids erhobenen Anfechtungsklage hatte das Gericht verschiedene Fragen zu beantworten, die mit der Einordnung von Gmail als Telekommunikationsdienst zusammen hingen. Nach der Definition des § 3 Nr. 24 TKG seien dies „in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen“.

II. Ganz oder überwiegende Signalübertragung

Entscheidend ist dabei nach dem Wortlaut, ob ganz oder überwiegend Signale übertragen werden. Klassische Beispiele für einen Dienst, der ganz der Signalübertragung dient, sind die Infrastrukturanbieter mit ihren auf festen

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

Leitungen basierenden Netzen. Immer wieder fraglich war jedoch, wann überwiegend Signale übertragen werden, wenn dies gerade nicht leitungsbezogen erfolgt. Im Vergleich zur Einordnung als Telemediendienst kommt es dabei einerseits auf die Abgrenzung zwischen den übertragenden Inhalten und der Übertragung von Signalen an.¹ Andererseits ist seit jeher umstritten, was überhaupt ein „Dienst“ im Sinne der Vorschrift ist.²

Die Kammer des Gerichts entschied nun, es komme auf eine rein technische Kontrolle über die Signalübertragung nicht an. Stattdessen sei der Begriff des Telekommunikationsdienstes nach § 3 Nr. 24 TKG funktional-wertend zu betrachten. Zwar sei „Signalübertragung“ grundsätzlich ein technischer Vorgang. Allerdings sei die Bewertung, ob ein Dienst „überwiegend“ in der Übertragung von Signalen besteht, auf die Bestimmung dieses technischen Vorgangs nicht begrenzt. Stattdessen müsse der gesamte Dienst aus der Nutzer- und Anbietersicht und anhand der gesetzgeberischen Zielrichtung bewertet werden. Ziel der Regelungen aus dem TKG ist aber unter anderem jedenfalls nach § 2 Abs. 2 TKG, Nutzer- und Verbraucherinteressen zu wahren, aber auch einen chancengleichen Wettbewerb sicher zu stellen.³ Die telekommunikationsrechtlichen Vorschriften sollen also jedenfalls auch die öffentliche Sicherheit schützen. Damit aber Gefahren effektiv abgewehrt werden können, werden auch viele Dienste erfasst, die nicht leitungsgebunden über drahtgebundene Netze erbracht werden, sondern zum Beispiel auch im Sinne von § 3 Nr. 27 TKG über das Internet. Im Sinne dieser funktionalen Beurteilung spricht sich das Gericht für eine einheitliche Betrachtung des gesamten Kommunikationsvorgangs und gegen eine getrennte Bewertung einzelner Prozessschritte aus.⁴ Stattdessen komme es darauf an, dass der Kommunikationsdienst eine untrennbare Einheit bilde. Jedoch differenziert die Kammer nicht hinreichend zwischen den Regelungszwecken der beiden entscheidenden Normen, sondern legt den in § 3 Nr. 24 TKG geregelten Begriff „Telekommunikationsdienst“ seinen Wortlaut überschreitend anhand des Regelungszwecks des § 6 Abs. 1 TKG aus.

III. Zurechnung erforderlicher Signalleistungen

Konsequent ist die Entscheidung insofern, dass sie anhand des Regelungszwecks der Norm eine Differenzierung nicht nach zivilrechtlicher Verantwortlichkeit vornimmt, sondern nach öffentlich-rechtlicher Zurechnung. Denn da die Vorschriften des TKG nach §§ 1, 2 Abs. 2 TKG überwiegend öffentlich-rechtlichen Zwecken dienen, lässt sich insofern auch erklären, dass der Klägerin Signalleistungen zuzurechnen sind, die nicht von ihr selbst sondern von Internet-Providern erbracht werden, wie das Gericht dies argumentativ aus der Entscheidung UPC DTH des EuGH entnimmt.⁵ Dies ist insofern konsequent, als dass die Vorschriften des TKG nur in Ausnahmefällen vertraglich disponibel sind und es auf die genaue vertragliche Ausgestaltung sowohl gegenüber dem Endkunden als auch gegenüber Vorleistungserbringern nicht ankommen kann. Denn wenn sogar eine Zurechnung der Signalübertragung bei Resellern erfolgt, die diese einkaufen und nicht selbst erbringen, so kann bei OTT-Kommunikationsdiensten grundsätzlich nichts anderes gelten.⁶ Ebenso wie der Wiederverkäufer machen diese sich Vorleistungen für ihren Dienst zu eigen, indem sie sowohl auf Access-Leistungen anderer InfrastrukturAnbieter als auch die gewährleistete IP-Konnektivität im Internet zurückgreifen.⁷ Die genauen

vertraglichen oder entgeltlichen Bedingungen hierfür können nicht entscheidend sein, da sogar das Internet gemäß § 3 Nr. 27 TKG zu den aufgezählten Telekommunikationsnetzen gehört. Maßgeblich ist vielmehr die Entscheidung des Diensteanbieters, welche Daten zwischen den Kommunikationsteilnehmern ausgetauscht werden, was regelmäßig der Fall bei einem Mail-Server sein dürfte, über den statische Nutzerkennungen automatisch den jeweils zugeordneten dynamischen IP-Adressen der Nutzer-Anschlüsse bzw. Server zugeordnet werden.⁸

Nicht berücksichtigt wurde der Einwand der Klägerin, dass die in IP-Pakete zerlegte E-Mail sich ihren Weg über das Internet aufgrund standardisierter Internet-Protokolle suche. Da es sich hierbei aber um Umstände handelt, die geeignet sein könnten, die qualifizierte Veranlassung der Signalübertragung durch die Klägerin entfallen zu lassen, und die Regulierung als Telekommunikationsdienst die besonders zu begründende Ausnahme von der grundsätzlichen Gewerbefreiheit ist, hätte dies eine einzelfallbezogene Begründung erfordert. Andernfalls könnte die bloße Ausnutzung von Infrastrukturen bereits eine „überwiegende“ Signalübertragung ausmachen.⁹

IV. Entgeltlichkeit der Diensteerbringung

Unproblematisch sieht das Gericht die Entgeltlichkeit des Dienstes, da Gmail jedenfalls auch mit der Absicht der Kostendeckung an die Öffentlichkeit angeboten werde. Dieses Merkmal entfalle nicht, weil das Angebot der E-Mail-Dienst an die Nutzer wie bei vielen anderen in seiner Basisversion kostenlos erfolge. Denn auch eine Quersubventionierung durch Werbung oder andere Einnahmen erfülle den Begriff der Gewerblichkeit bzw. Entgeltlichkeit. Dies ist grundsätzlich im Zusammenhang mit dem Wortlaut des § 3 Nr. 24 TKG unbedenklich, da dieser bereits mit „in der Regel“ für Ausnahmen offen formuliert ist.¹⁰ Aber auch im Zusammenhang mit dem Wortlaut „gewerblich“ in § 6 Abs. 1 TKG ergibt sich nichts anderes, da eine Finanzierung zum Beispiel durch Werbende nicht ausgeschlossen ist.¹¹

V. Zusammenfassung und Ausblick

Im Zusammenhang mit aktuellen gesetzgeberischen Entwicklungen erscheint die Entscheidung der Kammer vorgreifend. Allerdings überspannt sie mit einer überwachungs- und regulierungsextensiven Auslegung des Begriffes „Telekommunikationsdienst“ den eigentlichen Gesetzes-

1 Vgl. insbesondere Art. 2 lit. c) Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie).

2 Vgl. zur Übersicht über den Meinungsstreit: *Kühling/Schall*, CR 2015, 641, 645.

3 Schumacher, K&R 2015, 771, 772.

4 *Kühling/Schall*, CR 2015, 641, 645.

5 EuGH, 30. 4. 2014 – C-475/12, K&R 2014, 513; *Kühling/Schall*, CR 2015, 641, 650; Schumacher, K&R 2015, 771, 772.

6 *Kühling/Schall*, CR 2015, 641, 650 f.; Im Übrigen können aus Erwägungsgrund 10 S. 2 f. der Richtlinie 2002/21/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) auch im Wege der genetischen Auslegung Anhaltspunkte entnommen werden, dass jedenfalls E-Mail-Übertragungsdienste erfasst werden sollten; a. A. *Gersdorf*, K&R 2016, 91, 95.

7 *Kühling/Schall*, CR 2015, 641, 651; Schumacher, K&R 2015, 771, 774; Vgl. ähnlich bereits *Martini/Zimmermann*, CR 2007, 427, 430.

8 *Kühling/Schall*, CR 2015, 641, 651; Schumacher, K&R 2015, 771, 774.

9 *Gersdorf*, K&R 2016, 91, 96.

10 *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, 2. Aufl. 2015, § 3 TKG, Rn. 104; *Kühling/Schall*, CR 2015, 641, 647; Schumacher, K&R 2015, 771, 775.

11 *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Fn. 10), § 6 TKG, Rn. 23.

zweck.¹² Dieser Begriff nach § 3 Nr. 24 TKG ist einheitlich auszulegen, nicht aber anhand des jeweiligen Regelungszwecks der Norm, die einen Telekommunikationsdienst oder sein Erbringen als Tatbestandsmerkmal voraussetzt. Außerdem wird das BVerwG klären müssen, welche Anforderungen an die Zurechnung der Telekommunikations-

leistungen Dritter zu stellen sind und wie in diesem Zusammenhang OTT-Kommunikationsdienstleistungen von OTT-Inhaltsdienstleistungen abgrenzen sind.

12 Vgl. Gersdorf, K&R 2016, 91, 96.

Länderreport USA

RA Clemens Kochinke, Washington DC*

Zahlreiche werberechtliche Themen beschäftigten die amerikanischen Gerichte in den vergangenen Monaten, die sie unter mehreren Blickwinkeln – vom Grundrechtseingriff bis zum Common Law-Verstoß – erörterten, während deutsche und amerikanische Unternehmen gespannt auf die Safe Harbor-Datenschutzabkommen- und TTIP-Verhandlungen blicken, die nach entsprechender Umsetzung in Verordnungen langfristig die bilateralen Geschäftsbeziehungen beeinflussen dürfen. Die Mehrheit der amerikanischen Wirtschaft ist sich dieser Verhandlungen kaum bewusst. Ihr Blick richtet sich regelmäßig primär auf neue Präzedenzfälle, die das Geschäftsverhalten steuern. Hier folgt eine Erörterung solcher Entscheidungen aus dem Werberecht.

I. SMS-Werbung aggressiv geahndet

Obwohl der United States Supreme Court, das oberste Bundesgericht der USA,¹ dahin tendiert, das oft missbrauchte Sammelklagerecht einzuschränken, gab er einem Kläger Recht, der gegen ein Unternehmen klagte, das im Auftrag der Marine SMS-Werbung versandte und dem Kläger unaufgefordert SMS zuschickte. Der Kläger gehörte nicht zur Zielgruppe der Marinewerbung. Das Werbeunternehmen bot dem Kläger, nachdem dieser Sammelklage im Namen aller gleichermaßen Betroffenen erhoben hatte, die Zahlung des gesetzlichen Pauschalschadensatzes an. Der Kläger lehnte dieses Angebot ab und ging bis zum höchsten Gericht, weil weder alle von der Verletzung des 47 USC § 227(b)(1)(A)(iii) im Telephone Consumer Protection Act Betroffenen von dem Angebot berücksichtigt noch seine Anwaltskosten davon erfasst waren.² Mit seiner Entscheidung vom 20. 1. 2016 erlaubte der Supreme Court dem Kläger, die Sammelklage wegen unvollständiger Erledigung des Anspruchs weiterzuverfolgen.³ Noch am 14. 12. 2015 hatte er in *DIRECTV, Inc. v. Imburgia* zugunsten eines Kabelfernsehanbieters entschieden, der in seinen Kundenverträgen das Schiedsverfahren vorschrieb und die Kunden dazu zwang, auf den ordentlichen Rechtsweg zu verzichten und damit Sammelklagen ausschloss. Die kalifornischen Bundesgerichte der ersten Instanz und der Revision verstanden das Bundesschiedsgesetz, den Federal Arbitration Act, dahingehend, dass es mit dem dortigen einzelstaatlichen Recht, das Sammelklagen vorsieht, unvereinbar ist. Die Schiedsklausel sei daher nichtig. Nicht überraschend erklärte der Supreme Court daraufhin, dass das Bundesgesetz das einzelstaatliche Recht durch eine Preemption bricht.⁴

II. Schutz gewerblicher und politischer Rede

Der erste Zusatz zur Bundesverfassung schützt die private, gewerbliche und politische Rede und Meinung.⁵ Mehrere

Bundesgerichte erörterten lesenswert seinen Anwendungsbereich anhand von im Fallrechtssystem der USA relevanten Tatsachen. Am 29. 1. 2016 entschied das Bundesberufungsgericht des vierten Bezirks der USA im Fall *Central Radio v. City of Norfolk* zugunsten eines Unternehmens. Mit einem ca. 35 m² großen Plakat am Firmengebäude protestierte es gegen eine Enteignung seines Anwesens zugunsten einer Universität und damit die Entlassung von 100 Arbeitnehmern. Die Stadtverwaltung verbot dieses Plakat wegen Verletzung der Schilderordnung. Zwar genießt die gewerbliche Rede weniger Schutz als die private und die politische und darf durch eine städtische Schilderordnung angemessen geregelt werden, doch sprachen hier die Fakten für einen unzulässigen Eingriff. Die Stadt hatte vor der Revision diese Schilderordnung gelockert. Dennoch erkannte das Gericht einen grundsätzlich schadensersatzpflichtigen Eingriff an, während die Grund-

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 Obergerichte gibt es auch in den 55 Staaten und sonstigen Rechtskreisen der USA, wobei der Begriff Supreme Court auch für ein erinstanzliches Gericht stehen kann. S. Kochinke, Grundwissen USA-Recht: Gerichtsbarkeiten, <http://anwalt.us/2014/09/02/>. Ihre Entscheidungen können auch die Bundesgerichte binden, die ihrerseits ungeklärte Rechtsfragen einzelstaatlichen Rechts diesen Gerichten vorlegen. Am 25. 1. 2016 entschied der Supreme Court des Bundes, 25. 1. 2016 – 15-493, klarstellend, dass sich ein einzelstaatlicher Supreme Court nicht über Bundesrecht hinwegsetzen darf: „It is this Court's responsibility to say what a [federal] statute means, and once the Court has spoken, it is the duty of other courts to respect that understanding of the governing rule of law.“ *James v. Boise*, <http://ius.tv/m16kr1>.

2 Das wahre Motiv dafür mag auch beim Anwalt zu finden sein. Sammelklägeranwälte profitieren oft mehr vom Ausgang des Prozesses als erfolgreiche Sammelkläger und erst recht mehr als die dem Prozess ohne deren Kenntnis hinzugefügten Opfer. Was das Abmahnungswesen in Deutschland ist, ist das Sammelklageunwesen in den USA. So rotten auf Erfolgsbasis arbeitende Anwälte potentielle Kläger zusammen, bezeichnen sie als Opfer der Ungerechtigkeit du Jour und verklagen mit Hoch- und Pressedruck Unternehmen, die entweder zu schwach für eine effektive Abwehr sind und damit gefährliche Präzedenzfälle zulassen oder aber die Riesenvergleiche verkaufen. Die Anwälte erhalten den Löwenanteil aus solchen Vergleichen, die Kläger einen Gutschein oder eine kleine Abfindung, beispielsweise \$5,000 für die benannten Kläger sowie ein Anwaltshonorar von \$5,333 Mio. im Datenschutzsammelklageurteil *Berry v. LexisNexis Risk and Information Analytics Group Inc.* vom 4. 12. 2015; *United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*, Richmond, 4. 12. 2015 – 14-2006, <http://ius.tv/m16kr2>. So finanziert sich ein System, das auch Armen in einem Land zu Recht verhelfen soll, das keine Prozesskostenhilfe oder Prozesskostenbegrenzung durch Streitwerte kennt, die ihrerseits, wie in Deutschland, Anwälte zu billiger Arbeit anhalten.

3 United States Supreme Court, 20. 1. 2015 – 14-857, *Campbell-Ewald Company v. Jose Gomez*, <http://ius.tv/m16krb>.

4 Bundesrecht bricht im Regelfall nicht das Recht der Einzelstaaten und sonstigen Rechtskreise in den USA; s. Kochinke, Grundwissen USA-Recht: Anwendbares Recht, <http://anwalt.us/2014/10/20/>. Diese Entscheidung entspricht jedoch dem Trend des Supreme Courts in Schiedsfragen.

5 Eingriffe in die politische Redefreiheit sind extrem selten. Politiker müssen sich nahezu alles gefallen lassen. Vgl. Kochinke, Justizminister Penner genannt: entlassen, <http://anwalt.us/2015/11/15/>, mit der Erörterung des Bundesrevisionsbeschlusses Devlin v. Kalm vom 13. 11. 2015 – 14-2291, <http://ius.tv/m16kr3>.