Jaschinski Biere Brexl

Rechtsanwälte

JBB . Rechtsanwälte . Christinenstraße 18/19 . 10119 Berlin

Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit
Herrn Dr. Alexander Dix
An der Urania 4 - 10

10787 Berlin

Dr. Martin Jaschinski
Sebastian Biere*
Oliver Brexl*
Thorsten Feldmann, LL.M.
Dr. Till Jaeger**
Thomas Nuthmann*
Julian Höppner, LL.M.
Dr. Markus Wiedemann
Dennis Gehnen, LL.M.

Christinenstraße 18/19
10119 Berlin

Telefon +49 30 . 443 765 0
Telefax +49 30 . 443 765 22

www.jbb.de
rae@jbb.de

*Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz
**Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

Vorab per Telefax
Nummer: 030 - 215 50 50
Seiten: 10

Berlin, 14. Mai 2009

Niggemeier ./. Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit
Unser Zeichen: 1304/08
Sekretariat: Jacqueline Moderack

Sehr geehrter Herr Dr. Dix,

in vorbezeichneter Angelegenheit bedanken wir uns für die Fristverlängerung. Namens und im Auftrag unseres Mandanten nehmen wir zu Ihren Schreiben vom 18. November 2008 und 23. März 2009 wie folgt Stellung:

I. Sachverhalt

1. Unser Mandant ist Medienjournalist. Unter anderem war er als Redakteur für die Neue Osnabrücker Zeitung, die Tageszeitung Monopol, Werben & Verkaufen, die Süddeutsche Zeitung und den kressreport tätig. Von 2001 bis Anfang 2006 war er verantwortlicher Medienredakteur der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung. Im Jahre 2003 erhielt unser Mandant den Bert-Donnepp-Preis für Medienpublizistik und im Jahre 2005 den Leuchtturm-Sonderpreis des Netzwerks Re-

Berliner Volksbank
BLZ 100 900 00
Kto. 520 522 20 08

HypoVereinsbank München
BLZ 700 202 70
Kto. 658 706 373

cherche. Im Jahre 2007 wurde er als Journalist des Jahres der Zeitschrift Medium Magazin ausgezeichnet.

2. Im Jahre 2004 hat unser Mandant den medienkritischen Telemediendienst www.bildblog.de mitgegründet. Noch heute ist unser Mandant der verantwortlicher Redakteur im Sinne des § 55 Abs. 2 RfStV. Bildblog begleitet die Arbeit der Springer-Publikationen „Bild", „Bild am Sonntag" sowie „Bild.de" kritisch, indem häufig Fehler in der Berichterstattung, ungenügend recherchierte Artikel und Schleichwerbung nachgewiesen werden und auf Verstöße gegen den Pressekodex aufmerksam gemacht wird. Heute lesen täglich rund 50.000 Menschen den „Bildblog", und es ist einer im August/September 2008 durchgeführten repräsentativen Studie zufolge das bekannteste deutschsprachige Blog.

   Darüber hinaus betreibt unser Mandant den von Ihnen beanstandeten medienkritischen Blog, der unter www.stefan-niggemeier.de zum Abruf bereit gehalten wird. Auch dabei handelt es sich um einen genuin journalistischen Telemediendienst.

3. In der Vergangenheit wurde unser Mandat mehrfach zivilrechtlich aufgrund seiner kritischen Berichterstattung in Anspruch genommen. Besondere Aufmerksamkeit erfuhr ein im Jahre 2007 gegen unseren Mandanten geführter Rechtsstreit. Seinerzeit verklagte die in München ansässige Firma Callactive unseren Mandanten wegen kritischer Berichterstattung sowie wegen angeblich rechtsverletzenden Kommentaren, die ein Nutzer in den Dienst unseres Mandanten eingestellt hatte. Die Firma Callactive produzierte so genannte Call-In-Shows für das Fernsehen, bei denen Zuschauer aufgefordert werden, kostenpflichtige Mehrwerttelefonnummern anzurufen, um an Gewinnspielen teilzunehmen, die live im Fernsehen ausgestrahlt werden. Hauptabnehmer von Callactive war der Sender 9live.

   Nach Auffassung des Landgerichts Hamburg war unser Mandant für die Äußerung des anonymen Nutzers verantwortlich. Die für Presse-

und Persönlichkeitsrecht zuständige 24. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg verurteilte unseren Mandanten, es künftig zu unterlassen, kerngleiche Inhalte über seinen Dienst zu verbreiten. Unser Mandant wurde von dem Gericht demnach verpflichtet, seinen Dienst dahingehend zu überwachen, dass es nicht mehr zu ähnlichen Verletzungen kommt. Dies setzt u.a. eine Identifikation derjenigen Nutzer voraus, die bereits in der Vergangenheit den Dienst unseres Mandanten missbraucht haben, um Dritte durch Äußerungen zu schädigen. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay" (BGH NJW 2008, 758) die einmal entstandenen Prüfungspflichten nämlich nicht ohne Grund dahingehend konkretisiert, dass der Plattformanbieter sein Angebot nicht nur mit Blick auf gleichartige Rechtsverstöße prüfen muss, sondern eben auch für die Zukunft zu kontrollieren hat, ob der konkrete Nutzer, der den (ersten) Rechtsverstoß begangen hat, weitere Rechtsverstöße begeht.

In der Anlage haben wir Ihnen eine Kopie des Beitrags der Financial Times Deutschland vom 18. Dezember 2007 beigefügt, der die Hintergründe des erwähnten Verfahrens näher beleuchtet.

II. Rechtliche Würdigung

Nach unserem Dafürhalten verstöß unser Mandant nicht gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen.

1. Alle von unserem Mandanten betriebenen Telemediendienste dienen ausschließlich journalistisch-redaktionellen Zwecken. Er kann sich daher als Teil der institutionellen Presse auf die Medienprivilegien der §§ 57 RfStV, 41 BDSG berufen. Dass die von unserem Mandanten verfassten Artikel und die von den Nutzern in den Dienst eingestellten Leserbriefe über das Internet verbreitet werden und der Anbieter der Dienste kein Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag im klassischen Sinne ist, ist für das Wesen der Dienste und die damit einhergehende datenschutzrechtliche Privilegierung irrelevant. Eine Schlechterstellung

unseres Mandanten gegenüber rein wirtschaftlich ausgerichteten Unternehmen, deren Publikationen mitunter weniger journalistische Qualität aufweisen, wäre nicht rechtfertigungsfähig.

Die in Ihren Schreiben zitierten Normen finden daher keine Anwendung auf unseren Mandanten.

2. Ungeachtet dessen, wäre die Datenverarbeitung unseres Mandanten auch bei uneingeschränkter Anwendbarkeit von BDSG und TMG zulässig:

a) Die E-Mail-Adresse eines Nutzers ist weder Bestands- noch Nutzungsdatum im Sinne der §§ 14, 15 TMG, sondern allenfalls ein Inhaltsdatum, das den Regelungen des BDSG unterworfen ist.

aa) Vorab ist in diesem Zusammenhang allerdings zu betonen, dass nicht jede E-Mail-Adresse einen Personenbezug aufweist. Wie Sie wissen, können Nutzer bei so genannten Freemailern (allen voran google-mail.com, hotmail.com u.ä.) E-Mail-Adressen mit Fantasienamen erhalten, die bloßen Empfängern von Mails wie unserem Mandanten keinerlei Rückschluss auf die hinter der Adresse stehende natürliche Person erlauben. Gerade die Landesdatenschutzbeauftragten empfehlen Internetnutzern auch zu Anonymisierungszwecken die Registrierung solcher E-Mail-Adressen mit Fantasienamen bei Freemailern (http://www.datenschutz-bremen.de/sv_internet/spam.php#inhalt oder http://www.datenschutz-bremen.de/sv_internet/regeln.php#inhalt).

bb) Sofern die E-Mail-Adresse ein personenbezogenes Datum darstellt, ergibt sich die Zulässigkeit ihrer Verarbeitung durch unseren Mandanten aus § 28 Abs. 1 BDSG.

(1) Nachdem ein Nutzer einen Kommentar in den Dienst unseres Mandanten eingestellt hat, gibt es Situationen, in denen die Kontaktaufnahme zum Nutzer sinnvoll oder gar erforderlich ist, etwa, wenn es

Beschwerden oder Rückfragen zu einem Kommentar gab oder wenn dieser inhaltlich zu korrigieren ist. Wenn etwa in einer Beschwerde eines Dritten geltend gemacht wird, dass der Nutzerkommentar eine unwahre Tatsachenbehauptung enthält, muss unser Mandant sich zur Vermeidung einer Haftung auf die Suche nach der Wahrheit begeben und selbst recherchieren. Vor allem muss er dann denjenigen befragen, der den Kommentar eingestellt hat, und diesen um Mitteilung von Belegtatsachen bitten. Auch ist der Nutzer mitunter Urheber eines Sprachwerks im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, so dass Änderungen an dem Kommentar, insbesondere Kürzungen, gemäß § 23 UrhG seiner Zustimmung bedürfen.

Schließlich stellt das Erfordernis der Eingabe einer E-Mail-Adresse eine Hürde für diejenigen Nutzer dar, die den Dienst unseres Mandanten missbrauchen wollen, um Rechte Dritter zu verletzen. Nutzer mit bösen Absichten, die ihre wirkliche E-Mail-Adresse eingeben, müssen befürchten, von unserem Mandanten mit ihren eigenen Äußerungen im Nachgang per E-Mail konfrontiert zu werden. Und die (zusätzliche) Hürde, eine falsche E-Mail-Adresse zu hinterlassen (Betrug!), ist eine höhere, als einen lediglich rechtsverletzenden Kommentar abzugeben.

(2) Jeder Nutzer gibt seine E-Mail-Adresse eigenhändig in das entsprechende Formular auf der Website unseres Mandanten ein. Es ist daher davon auszugehen, dass er nichts gegen die Verarbeitung dieser Adresse oder eine Kontaktaufnahme aus berechtigtem Anlass einzuwenden hat. Ansonsten würde der Nutzer von dieser Angabe absehen. Schutzwürdige Belange des Nutzers, die der Speicherung der E-Mail-Adresse entgegen stehen könnten, sind schlichtweg nicht ersichtlich. Auch hat sich noch kein einziger Nutzer bei unserem Mandanten wegen der Erhebung und der Speicherung beschwert. In diesem Zusammenhang sei abermals klargestellt, dass unser Mandant selbstverständlich die E-Mail-Adresse nicht an Dritte übermittelt.

b) Wir kennen die Rechtsauffassung der Landesdatenschutzbeauftragten zu IP-Adressen im Hinblick auf ihre pauschale Einordnung als personenbezogene Daten, auf die sich die Behörden bereits vor Jahren festgelegt haben. Wir möchten uns auch gar nicht anmaßen, dass Sie aus Anlass unserer hiesigen Ausführungen von Ihrer Meinung ernsthaft abrücken. Gleichwohl wollen wir daran arbeiten, eine entsprechende Überzeugung bei Ihnen herbeizuführen. Wir können Ihre Auffassung jedenfalls nicht teilen und sind aus den folgenden Gründen der Meinung, in der Streitfrage die besseren Argumente zu haben:

aa) IP-Adressen sind erforderlich, um eine Kommunikation zwischen zwei technischen Geräten aufzubauen. IP-Adressen identifizieren – anders als etwa eine Personalausweis- oder Steuernummer – keine Personen. IP-Adressen sind auch nicht an einen bestimmten Ort gebunden. Die IP-Adresse identifiziert im Moment der Einwahl allenfalls den „Internetanschluss", von dem aus die Einwahl erfolgt. Unser Mandant hat keine Möglichkeit, nur anhand der IP-Adresse den Nutzer zu identifizieren, der seine Website aufsucht.

bb) Von vornherein ausgeschlossen ist die Zuordnung einer dynamisch vergebenen IP-Adresse zu einer bestimmten Person. In Ihrem Schreiben vom 23. März 2009 führen Sie wörtlich aus:

„Es ist für uns jedoch nicht ersichtlich, dass es sich bei der Sperrung von IP-Adressen um eine in diesem Sinne wirksame Maßnahme handelt, weil ein Großteil der IP-Adressen dynamisch vergeben wird, so dass Nutzer anhand der IP-Adresse bei zwei aufeinanderfolgenden Besuchen nicht wiedererkannt werden können."

Genau so ist es. Und genau deswegen fehlt der IP-Adresse für die hier „verarbeitende Stelle", nämlich unseren Mandanten, der Personenbezug.

cc) Die Zuordnung einer dynamischen IP-Adresse zu dem konkret benennbaren Inhaber eines „Internetanschlusses" kann nur der Provider

herstellen, der diese IP-Adresse vergeben hat und ein Vertragsverhältnis zu dem Nutzer unterhält. Diese Daten unterliegen – wie Sie wissen – einem besonderen datenschutzrechtlichen Schutz. Unser Mandant hat keinen Auskunftsanspruch gegen den Provider auf Übermittlung dieser Daten, selbst wenn der betroffene Nutzer die Rechte Dritter verletzt und dadurch auch unserem Mandanten Schaden zufügt. Der Provider würde sich unter Umständen sogar strafbar machen, wenn er unserem Mandanten die für die Herstellung des Personenbezugs erforderlichen Daten übermittelt. Unser Mandant ist auch nicht die Musikindustrie, die ggf. über Akteneinsichtsrechte verfügt, weil ihre Urheberrechte durch Internetnutzer massenhaft verletzt werden, wobei das Bestehen eines solchen Einsichtsrechts freilich ohnehin heillos umstritten ist.

dd) Statische IP-Adressen weisen ebenso wenig einen Personenbezug auf. Auch diese identifizieren keine natürliche Person, sondern allenfalls Internetanschlüsse. Die meisten Internetanschlüsse werden allerdings von mehreren Personen benutzt. Dies gilt insbesondere für Internetanschlüsse, denen von dem Provider eine konstant bleibende IP-Adresse zugewiesen wurde. Ferner sind Internetzugangsverträge, die dem Anschluss des Vertragspartners eine feste IP-Adresse zuordnen, preislich im oberen Segment der Bandbreite erhältlicher Leistungspakete angesiedelt, so dass sich ihr Bezug in der Regel nur für Firmen, keinesfalls aber für Einzelpersonen rentiert. Die Vorteile einer festen IP-Adresse (sicherer Fernzugriff etc.) können in der Regel auch nur von Unternehmen genutzt werden.

Der von Ihnen stillschweigend gezogene Rückschluss eines automatischen Personenbezugs bei einer fixen IP-Adresse verbietet sich aufgrund der wirklichen Verhältnisse. Ihre gegenteilige These, wonach angeblich auch *„ein Einzelunternehmer"* oder *„eine sonstige Einzelperson"* Inhaber eines Anschlusses sein kann, dem oder der eine fixe IP-Adresse zugewiesen ist, bleibt unbewiesen als pauschale Behauptung im Raume stehen. Jedenfalls liegt ihr keinerlei faktische Untermauerung zugrunde, die die Androhung eines Bußgeldes gegen unseren

Mandanten – dabei handelt es sich um eine Strafe! – rechtfertigte. Die theoretische Möglichkeit, dass es so ist, wie Sie behaupten, genügt nicht: Sie als derjenige, der die Strafe androht, haben den Beweis zu führen, dass ein Datenschutzverstoß vorliegt. Auch im Ordnungswidrigkeitsverfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo" (Göhler, OWiG, 15. Auflage 2009, vor § 65, Rndnr. 1).

ee) In Ihrem Schreiben vom 23. März 2009 heißt es ferner:

„Da für Sie als Betreiber des Telemediendienstes nicht von vornherein unterscheidbar ist, ob es sich bei der von Ihnen gespeicherten IP-Adresse um eine dynamische oder eine statische Adresse handelt und wie diese statische Adresse ggf. vergeben ist, müssen Sie den Gesamtdatenbestand so behandeln, als wäre er personenbezogen."

Wir erlauben uns, dieser Auffassung mit allem Nachdruck zu widersprechen: Unterstellt, eine feste IP-Adresse könnte tatsächlich einer natürlichen Person zugewiesen werden – abermals: diese Annahme ist nach unserer Auffassung schlichtweg falsch –, kann dies datenschutzrechtlich selbstverständlich nicht zur Folge haben, dass alle IP-Adressen über einen Kamm geschert werden müssen. Das von Ihnen angeführte subjektive Kriterium der „Erkennbarkeit" ist kein taugliches Unterscheidungskriterium für die Abgrenzung von personenbezogenen zu nicht-personenbezogenen Daten. Im Übrigen findet Ihr Ansatz im Gesetz noch nicht einmal andeutungsweise Erwähnung. Vielmehr sind nur personenbezogene Daten personenbezogene Daten; nicht-personenbezogene Daten erhalten nicht dadurch den erforderlichen Personenbezug, dass andere Daten diesen aufweisen.

gg) Die von Ihnen zitierten Urteile zum angeblichen Personenbezug von IP-Adressen sind uns bekannt. Uns überzeugen diese Entscheidungen allerdings nicht. Dies gilt vor allem für das von Ihnen angeführte Urteil des Landgerichts Berlin, das in der Fachwelt „zerrissen" wurde. Auch in der Literatur sind uns – abgesehen von veröffentlichten Äußerungen von Mitarbeitern der Landesdatenschutzbehörden – keine

Stimmen bekannt, die einer IP-Adresse einen generellen Personenbezug zusprechen, wie Sie ihn mit Vehemenz und unter Androhung von Strafe für journalistische Blogger vertreten.

Anstatt vieler verweisen wir an dieser Stelle lediglich auf folgende Publikationen jüngeren Datums, die allesamt unsere Position stützen: *Eckhardt*, K&R 2008, 768; *derselbe*, K&R 2007, 602; *Meyerdierks*, Sind IP-Adressen personenbezogene Daten, MMR 2009, 8; *Köcher*, MMR 2007, 800.

Nach alledem sind wir der Auffassung, dass die von unserem Mandanten vorgenommene Datenverarbeitung rechtlich in keiner Hinsicht zu beanstanden ist. Es gibt keine Veranlassung, unserem Mandanten die Umgestaltung seines Dienstes anzuraten. Um dem von Ihnen angedrohten Bußgeld zu entgehen, haben wir unserem Mandanten aber geraten, die Einwilligung der Nutzer in die Datenverarbeitung gemäß den §§ 13 Abs. 2 TMG, 4a BDSG einzuholen. Diese wäre unproblematisch möglich und künftig zwingende Voraussetzung für das Hinterlassen von Kommentaren im Dienst unseres Mandanten. Sofern unser Mandant dieser Empfehlung folgt, geschieht dies ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und einzig und alleine zur Vermeidung der von Ihnen in Aussicht gestellten Strafe für das nach unserer Auffassung rechtskonforme Verhalten.

Unser Mandant behält sich vor, die Angelegenheit einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.

Mit freundlichen Grüßen

Thorsten Feldmann
Rechtsanwalt

Anlage