

Meinhard Starostik

Rechtsanwalt

Rechtsanwaltskanzlei:

Wittestr. 10 * 13509 Berlin

Tel.: 030 - 88 000 345

Fax: 030 - 88 000 346

email: Kanzlei@Starostik.de

USt-ID-Nr. DE165877648

Kanzlei vereidigter Buchprüfer:

Schwarzenberger Str. 7 * 08280 Aue

Tel.: 03771-564 700

Berlin, den 31.10.2014

Gutachtliche Stellungnahme zur Frage der Datenspeicherung bei Nutzung des Internetzugangs in öffentlichen Bibliotheken der Stadt Frankfurt

I. Auftrag

Die ELF Piraten Fraktion erteilte mir den Auftrag zu einer gutachtlichen Stellungnahme über die Rechtmäßigkeit der bei der Stadt Frankfurt durchgeführte Speicherung von Benutzerdaten die bei Nutzung eines von der Stadt Frankfurt in deren öffentlichen Bibliotheken zur Verfügung gestellten Internetzugangs anfallen.

II. Zugrundeliegender Sachverhalt

A. Generelle Regelung in den Bibliotheken der Stadt Frankfurt

In den 19 öffentlichen Bibliotheken der Stadt Frankfurt wird ein Internet-Zugang mit einer auf eine Stunde beschränkten Nutzungsdauer angeboten. Die Nutzung ist kostenfrei. Sie erfolgt nach einem den Nutzer anhand seines Benutzerkontos identifizierenden Log-ins.

Bei Start der Internet-Nutzung erscheint ein Pop-Up mit folgendem Text:

„Hinweise zur kostenfreien Internetnutzung in den Bibliotheken der Stadtbücherei Frankfurt am Main.

1. Um Ihnen die Möglichkeit der kostenfreien Internetnutzung zur Verfügung stellen zu können, muss die Stadtbücherei Frankfurt am Main folgende Daten Ihrer Sitzung protokollieren: Die Stadtbücherei speichert Ihre Verkehrsdaten (Nutzernummer, Datum und Uhrzeit, aufgerufene Internetseiten) im Rahmen der Haftungsverpflichtung der Stadt und zu Abrechnungszwecken. Die Daten werden nach 90 Tagen von der Stadtbücherei gelöscht. Eine Protokollierung der Internetnutzung erfolgt ausschließlich im Rahmen der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes (TKG).

2. Ausloggen: Die Stadtbücherei weist Sie darauf hin, dass Sie verpflichtet sind, sich nach jeder Internetsitzung ordnungsgemäß auszuloggen.

Bitte bestätigen Sie mit dem Klicken auf <Ja>, dass Sie diese Informationen zur Kenntnis genommen haben und dieser Regelung zustimmen.“

Unter diesem Text befindet sich ein „Ja“- und ein „Nein“- Button.

Zum Start der Nutzung ist der „Ja“-Button zu drücken. Mit Auswahl des „Nein“-Buttons wird die Nutzung abgebrochen.

Die allgemeinen Nutzungsbedingungen der Stadtbibliothek Frankfurt enthalten für die Internetnutzung Regelungen. Rechtsgrundlage ist hierbei die

„Benutzungsordnung der Stadtbücherei Frankfurt am Main gültig ab: 1. Januar 2014“ - künftig: BenO
-

vgl.: [http://www.frankfurt.de/sixcms/detail.php?id=2962&ffmpar\[id_inhalt\]=20255599](http://www.frankfurt.de/sixcms/detail.php?id=2962&ffmpar[id_inhalt]=20255599)

Nach § 1 Absatz 1 Satz BenO ist die Stadtbücherei eine öffentliche Einrichtung der Stadt Frankfurt am Main.

Gleichwohl ist das Benutzungsverhältnis gemäß § 1 Absatz 4 Satz 2 BenO privatrechtlicher Natur.

Die Benutzung der Stadtbücherei erfordert grundsätzlich eine Anmeldung mit Identitätsprüfung anhand des Personalausweises oder Reisepasses mit Meldebescheinigung, § 2 Absatz 1 BenO. Bei Minderjährigen ab dem vollendeten 16. Lebensjahr wird darüber hinaus die Angabe eines gesetzlichen Vertreters, bis zum vollendeten 16. Lebensjahr zusätzlich die selbstschuldnerische Bürgschaft eines gesetzlichen Vertreters unter Identitätsprüfung desselben verlangt, § 2 Absatz 2 und 3 BenO.

Anschriftenänderungen müssen die Nutzungsberechtigten unter Vorlage der in Absätzen 1) bis 3) erforderlichen Identitätspapiere unverzüglich nachweisen, § 2 Absatz 4 BenO.

Bei der Erstanmeldung erhält der Benutzer die Benutzungsordnung ausgehändigt und bestätigt, diese in der jeweils geltenden Fassung anzuerkennen, § 2 Abs. 5 BenO.

Die Speicherung der zur Anmeldung erforderlichen Angaben der Benutzer erfolgt elektronisch. Der Nutzer stimmt der elektronischen Speicherung und Verarbeitung der Angaben zur Person nach Maßgabe der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu, § 2 Absatz 6 BenO.

Der angemeldete Benutzer erhält einen Bibliotheksausweis und wird in die Nutzerdatei aufgenommen, § 3 Absatz 1 Satz 1 BenO. Wer nur das Internet nutzen will, erhält einen auf diese Nutzung beschränkten kostenfreien Bibliotheksausweis, § 3 Absatz 10 BenO.

Nach § 3 Absatz 3 BenO werden für die **Abwicklung des Ausleihverfahrens** folgende Daten unter Beachtung der §§12 und 18 Hessisches Datenschutzgesetz (HDSG) gespeichert und verarbeitet:

1. Familienname,
2. Vorname(n),
3. Geburtsdatum,
4. Geschlecht,
5. vollständige Adresse,

6. E-Mail-Adresse (freiwillige Angabe),
7. Telefonnummer (freiwillige Angabe).

Eine ausdrückliche Regelung für die bei Nutzung des Internet gespeicherten Daten enthält die Bibliotheksordnung nicht.

B. Feststellungen der gespeicherten Daten bei Benutzung des Bibliotheksinternet durch einen Stadtverordneten

Ein Stadtverordneter hat Auskunft über die zu seiner Person bei Nutzung des Bibliotheksinternets gespeicherten Daten beantragt und für eine am 6. Dezember 2012 von 15:05 bis 15:20 Uhr erfolgte Nutzung Auskunft erhalten.

Das mit dem Namen des Stadtverordneten versehene Nutzungsprotokoll liegt hier vor. Es umfasst ausgedruckt 81 DIN A4 Seiten und enthält die vollständigen URL der aufgerufenen Webseiten bei Benutzung des Http-Protokolls.

Gespeichert werden die IP-Adresse des benutzten Clients, das Protokoll, der Port, die besuchte Webseite, Datum und Zeit.

Bei Benutzung eines SSL-tunnels wird nur die aufgesuchte Seite wiedergegeben, z.B. „connect.facebook.net:443“, der Kommunikationsinhalt selbst ist nicht zu erkennen.

III. Rechtliche Beurteilung

A. Rechtliche Einordnung des Benutzungsverhältnisses.

Die Eröffnung der Bibliotheksnutzung der Stadt Frankfurt ist eine öffentlich-rechtliche Aufgabe. Daher bezieht die Benutzungsordnung der Stadt Frankfurt sich auf die Datenschutzvorschriften für öffentliche Stellen, das hessische Datenschutzgesetz, insofern ist die Erhebung und Verarbeitung von Daten der Benutzer nach §§ 12 und 18 HDSG geregelt.

Das Benutzungsverhältnis selbst ist privatrechtlicher Natur, § 1 Absatz 4 Satz 2 BenO. Insofern sind neben dem HDSG die Datenschutzbestimmungen für Private ggfls. zusätzlich einschlägig und die zivilrechtlichen Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen.

Fraglich ist, ob die Stadt Frankfurt mit der Zur-Verfügungstellung einer Internetnutzung durch PCs in den Bibliotheken dem Regelungsbereich des Telekommunikationsgesetzes (TKG) unterliegt. Auf dessen Vorschriften zur Protokollierung der Internetnutzung bezieht sich der Einwilligungshinweis bei Start der Internetverbindung.

1. Einordnung der Bibliotheken als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen

Der oben II. A. wiedergegebene Einwilligungshinweis kündigt dem Nutzer die Speicherung von dessen Verkehrsdaten (Nutzernummer, Datum und Uhrzeit, aufgerufene Internetseiten), sowie deren Protokollierung ausschließlich im Rahmen des TKG an.

Die Nutzernummer ist, soweit das TKG überhaupt zur Anwendung käme, grundsätzlich ein Bestandsdatum, § 3 Nr. 3 TKG. Die Legaldefinition der Bestandsdaten in dieser Vorschrift lautet:

„Daten eines Teilnehmers, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung, Änderung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses über Telekommunikationsdienste erhoben werden“

Die Nutzernummer gehört zu den Nutzerdaten. Die Nutzerdaten sind gemäß §§ 2, 3 Absatz 1 Satz 1 BenO Daten, die für die Begründung des Bibliotheksnutzungsverhältnisses erhoben werden.

Verkehrsdaten sind hingegen nach der Definition des § 3 Nr. 30 TKG:

„Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.“

Insofern die Nutzernummer im Zusammenhang mit einer zeitlich bestimmten Internetnutzung erhoben und gespeichert wird, steht hierbei die Nutzung des zur Verfügung gestellten Dienstes im Vordergrund. In diesem Zusammenhang ist die Nutzernummer also ein Verkehrsdatum.

Die übrigen gespeicherten Daten werden erst bei der Benutzung des Dienstes erhoben und sind damit Verkehrsdaten.

Sind die bei der Internetnutzung erhobenen Daten Verkehrsdaten, so folgt die Befugnis, bei der Telekommunikation anfallende Daten zu speichern, aus § 96 TKG. (Es wird zunächst weiterhin die Anwendung des TKG unterstellt.)

§ 96 Absatz 1 TKG lautet:

„Der Diensteanbieter darf folgende Verkehrsdaten erheben, soweit dies für die in diesem Abschnitt genannten Zwecke erforderlich ist...“

Tatbestandliche Voraussetzung für die Speicherung von Verkehrsdaten ist also das Vorhandensein eines Diensteanbieters. Nur wenn die städtischen Bibliotheken Diensteanbieter wären, griffe der Erlaubnistatbestand des § 96 Absatz 1 TKG für die Speicherung der dort bezeichneten Verkehrsdaten ein.

Nach § 3 Nr. 6 TKG ist Diensteanbieter,

„jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig
a) Telekommunikationsdienste erbringt oder
b) an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt“.

Unter Telekommunikationsdienstleistungen sind nach § 3 Nr. 24 TKG Dienste zu verstehen,

„die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen“.

Diese Definition ist denkbar weit gefasst und entspricht der tatbestandlichen Vorgabe in Art. 2 Buchstabe c) der Richtlinie 2002/21/EG. Entscheidend für die Beurteilung, ob die Bibliothek einen Telekommunikationsdienst erbringt, ist die Frage, ob im Vordergrund des Dienstes die Übertragung von Signalen steht.

Vgl. wie hier: Schütz, in: Beck'scher TKG Kommentar, 4. Auflage 2013, § 3 Rn. 78 und § 6 Rn. 25, ganz herrschende Meinung.

Inhalt des Benutzerverhältnisses für den Internetzugang in einer öffentlichen Bibliothek ist die Benutzung eines PC mit Internetzugang. Im Vordergrund steht die Benutzung des PC und dessen Software – der Internetbrowser -. Der Anschluss des PC an das Internet ist eine technische Voraussetzung für die vertraglich gewollte Nutzung, die Zurverfügungstellung der Telekommunikationsleitung selbst, ist nicht Gegenstand des Benutzungsverhältnisses mit der Bibliothek. Vielmehr hat die Stadt Frankfurt hierüber Verträge geschlossen, in deren Rahmen die Übermittlung von Telekommunikationssignalen im Vordergrund steht. Dem Nutzer aber wird nicht ein Anschluss zur Verfügung gestellt, sondern die Arbeitsstation.

Stellt die Stadt Frankfurt dem Nutzer also keine Leitung zum Internet zur Verfügung, so ist sie kein Dienstleister im Sinne des TKG. Damit greift auch der Erlaubnistatbestand des § 96 TKG für die Speicherung von Verkehrsdaten nicht ein.

2. Zwischenergebnis

Die öffentlichen Bibliotheken der Stadt Frankfurt sind bei der Erlaubnis der Internetnutzung an PCs keine Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen.

B. Gleichwohlbetrachtung

1. Datenspeicherungsvoraussetzungen des § 96 TKG

Aus zwei Gründen will ich untersuchen, ob bei einer gleichwohl gegebenen Anwendbarkeit des TKG auf die Internetnutzung durch Bibliotheksbenutzer, die vorgenommene Datenspeicherung zulässig ist.

Zum einen könnte das bisher gefundene Untersuchungsergebnis bestritten werden, zum anderen könnte das Ergebnis anders ausfallen, wenn die Stadt Frankfurt einen WLAN-Zugang zur Verfügung stellte. In einem solchen Falle könnte vertreten werden, dass im Vordergrund der Leistung die Internetverbindung selbst steht. Dann wäre das TKG unmittelbar auf das Benutzerverhältnis anwendbar. Dann wäre im Übrigen subsidiär auch das Bundesdatenschutzgesetz – BDSG – anwendbar,

- vgl. Braun in Beck'scher TKG Kommentar, 4. Auflage 2013, § 91 Rn. 7f.

Richtigerweise wird man in einem solchen Falle eher das Vorliegen eines Dienstes nach dem Telemediengesetz – TMG – annehmen müssen.

- so schon Roggenkamp, jurisPR-ITR 12/2006 Anm. 3 und Mantz, Anm. zu: LG Hamburg, Urteil vom 26.07.2006 - 308 O 407/06 – MMR 2006, 763 (765).

Ich will an dieser Stelle vorsorglich erörtern, welche Daten nach § 96 TKG zu welchem Zwecke erhoben und wie lange gespeichert werden dürften.

Der abschließende Katalog der nach § 96 Absatz 1 Satz 1 TKG zu erhebenden Daten ist:

- „1. die Nummer oder Kennung der beteiligten Anschlüsse oder der Endeinrichtung, personenbezogene Berechtigungskennungen, bei Verwendung von Kundenkarten auch die Kartennummer, bei mobilen Anschlüssen auch die Standortdaten,
2. den Beginn und das Ende der jeweiligen Verbindung nach Datum und Uhrzeit und, soweit die Entgelte davon abhängen, die übermittelten Datenmengen,
3. den vom Nutzer in Anspruch genommenen Telekommunikationsdienst,
4. die Endpunkte von festgeschalteten Verbindungen, ihren Beginn und ihr Ende nach Datum und Uhrzeit und, soweit die Entgelte davon abhängen, die übermittelten Datenmengen,
5. sonstige zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung der Telekommunikation sowie zur Entgeltabrechnung notwendige Verkehrsdaten.“

Hiernach ist gemäß Ziff. 1 die Nutzernummer erhebbar, denn sie ist eine personenbezogene Berechtigungskennung.

Gemäß Ziffer 2 könnte auch die Erhebung von Datum und Uhrzeit erlaubt sein. § 96 Abs. 1 Ziffer 2 TKG erlaubt die Erhebung von Beginn und Ende der Verbindung. Darunter wäre Beginn und Ende der Nutzung durch den Bibliotheksbenutzer zu verstehen. Ausweislich des vorliegenden Nutzungsprotokolls werden aber nicht Anfang und Ende der Internetnutzung erhoben, sondern der Zeitpunkt des jeweiligen Aufrufs einer Webseite.

Fraglich ist, inwieweit die aufgerufenen Internetseiten nach § 96 Absatz 1 Satz 1 TKG gespeichert werden dürfen. Sie sind offenkundig nicht der in Anspruch genommene Telekommunikationsdienst, das ist die Internetnutzung als solche, nicht aber die konkret aufgerufene Webseite. Die aufgerufenen Webseiten gehören auch nicht zu einem Endpunkt einer geschalteten Verbindung. Bleibt als Erlaubnistatbestand nur Ziffer 5 übrig. Die Erhebung der aufgerufenen Webseiten ist zur Aufrechterhaltung der Verbindung nicht erforderlich. Der zweite Erlaubnistatbestand des § 96 Absatz 1 Satz 1 Nr. 5 TKG kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil Entgelte nicht erhoben werden.

Nach § 96 Absatz 1 Satz 3 TKG sind die zulässigerweise erhobenen Verkehrsdaten nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen. Hiernach wäre also auch die Benutzernummer nach Beendigung der Verbindung zu löschen.

Ausnahmsweise ist die Verwendung der erhobenen Verkehrsdaten zulässig, wenn ein Zweck im Sinne des § 91 Abs. 1 Satz 1 TKG vorliegt, was nicht der Fall ist, oder ein anderer durch gesetzliche Vorschrift begründeter Zweck vorliegt. Eine Verwendung der zulässigerweise erhobenen Benutzernummer, wozu auch die Speicherung gehört, wäre

nur bei Vorliegen eines durch ein anderes Gesetz klar definierten Zweckes möglich. Inwieweit dies durch eine evtl. Störerhaftung der Stadt Frankfurt, auf die sich der Einwilligungshinweis bezieht, gerechtfertigt sein kann, erörtere ich weiter unten.

2. Zwischenergebnis

Die Erhebung der aufgerufenen Webseiten und des Zeitpunkt des Aufrufs bei Benutzung des Internetzugangs, den die städtischen Bibliotheken zur Verfügung stellen, ist nach § 96 TKG nicht zulässig. Die Benutzernummer ist nach Ende der Nutzung zu löschen.

C. Störerhaftung der Stadt Frankfurt bei Urheberrechtsverletzungen

Nach dem Wortlaut des Einwilligungshinweises erfolgt die Protokollierung der Internetnutzung zu Abrechnungszwecken und im Rahmen der Haftungsverpflichtung der Stadt Frankfurt.

Die Protokollierung zu Abrechnungszwecken kann schon deshalb ausgeschlossen werden, weil es sich um eine kostenfreie Internetnutzung handelt, wie schon die Überschrift des Einwilligungshinweises zutreffenderweise feststellt. Abrechnungszwecke scheiden also unter jedem Gesichtspunkt als Rechtfertigung für die Protokollierung des Nutzerverhaltens aus.

Anders sieht es bei der Haftung der Stadt Frankfurt für Urheberrechtsverletzungen im Rahmen der Nutzung des Internets durch die Bibliotheksnutzer aus.

Hier herrschte und herrscht Unklarheit, wobei der Bundesgerichtshof – BGH – zuletzt mit dem BearShare-Urteil für weitere Klarstellung gesorgt hat, die auch im vorliegenden Falle weiterführt.

- vgl. BGH Urteil vom 08.01.2014 – I ZR 169/12 – NJW 2014, 2360.

Der BGH hat in jenem Urteil zwar nur die Haftungsverhältnisse bei Nutzung von Internetanschlüssen im Familienkreis klargelegt, die dort aufgestellten Grundsätze sind aber auch für die vorliegende Fallgestaltung von Bedeutung.

In dem vorerwähnten Urteil hat der BGH entschieden, dass der Anschlussinhaber eines Internetanschlusses grundsätzlich nicht verpflichtet ist, volljährige Familienangehörige über Rechtsverletzungen im Internet zu belehren oder gar die Nutzung des Internetanschlusses zu Rechtsverletzungen im Internet zu verbieten, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für Rechtsverletzungen bestehen. Einer der Gründe hierfür ist, dass Volljährige grundsätzlich für ihr Tun selbst verantwortlich sind.

- vgl. wie hier: Borges, Die Haftung des Internetanschlussinhabers für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte, NJW 2014, 2305 (2307); BGH aaO Rn. 24.

In diesem Zusammenhang ist auf eine eventuelle Pflicht des Anschlussinhabers zur Überwachung der Nutzung durch Dritte einzugehen. Der BGH hält dies im BearShare Urteil nicht für erwähnenswert. Auch die Instanzgerichte lehnen dies als unzumutbar ab

- vgl. Borges aaO mit den dortigen Nachweisen Fn. 27.

Der BGH hatte eine solche Überwachungspflicht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern bereits in seinem Morpheus Urteil abgelehnt

- vgl. BGH Urteil vom 15.11.2012 – I ZR 74/12 – NJW 2013, 1441 Rn. 20 – 28.

Der BGH hat in der BearShare Entscheidung eine Vermutung für die Täterschaft des Inhabers eines Internetanschlusses abgelehnt

- BGH aaO, Leitsatz 2,

legt dem Anschlussinhaber aber eine sekundäre Darlegungslast für den Fall einer Rechtsverletzung, die von dessen Anschluss ausging, auf. Dieser Darlegungslast genügt der Anschlussinhaber im Prozess, indem er vorträgt, dass andere Personen den Anschluss nutzen und diese angibt oder im Rahmen des Zumutbaren Nachforschungen hierzu anstellt

- BGH aaO, Leitsatz 3.

Da die BearShare Entscheidung auf den Fall der Internetnutzung durch Familienangehörige begrenzt ist, sind damit die Unsicherheiten für Fälle wie den vorliegenden aber nur teilweise beseitigt. Der BGH hat vielmehr ausdrücklich offengelassen, ob diese Grundsätze uneingeschränkt anzuwenden sind, wenn der Anschlussinhaber die Internetnutzung anderen ihm nahestehenden Personen, insbesondere auch Freunden, gestattet

- vgl. BGH aaO Rn. 28 mit den dortigen Rechtsprechungsnachweisen.

Insbesondere ist die hier vorliegende Fallgestaltung, dass die Internetnutzung einem großen Personenkreis gestattet wird, noch nicht vom BGH entschieden.

Heute ist die Nutzung offener WLAN-Zugänge weit verbreitet und in der Rechtsprechung wird eine Störerhaftung des Anschlussinhabers immer dann abgelehnt, wenn der WLAN-Anschluss marktüblich verschlüsselt ist und ein Hinweis darauf erfolgte, dass eine rechtswidrige Nutzung nicht erlaubt sei.

So lehnte das Landgericht Frankfurt mit Urteil vom 28.06. 2013 – 2-06 O 304/12 - GRUR-RR 2013, 507, die Haftung des Vermieters einer Ferienwohnung für eine über seinen Internetanschluss begangene Urheberverletzung ab, weil der Vermieter die Nutzung auf berufliche Zwecke und Email-Abruf durch den Mieter eingeschränkt habe. Bei solch einer eingeschränkten Nutzung habe es eines weitergehenden Verbots von Urheberrechtsverletzungen nicht bedurft.

Bei einem Hotelbetreiber ließ das Landgericht Frankfurt mit Urteil vom 18.08.2010 - 2-6 S 19/09 – MMR 2011, 401, den Hinweis auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben ausreichen.

- vgl. LG Frankfurt aaO Ziff. II b) der Entscheidungsgründe; des Weiteren: Borges aaO S. 2308.

Die marktübliche Verschlüsselung interessiert für die Fälle des Bibliothekszugangs am PC nicht. Reicht aber der Hinweis darauf aus, dass eine rechtswidrige Nutzung nicht erlaubt ist? Man wird dies mit der ganz überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung bejahen dürfen, ohne die Stadt Frankfurt einem unzumutbaren Haftungsrisiko auszusetzen.

Hinzu kommt, dass zunehmend diskutiert wird, ob die städtischen Bibliotheken – so wie andere Zugangsanbieter im vorerwähnten Sinne, also z.B. Hotels, Cafés, Vermieter, als Diensteanbieter im Sinne von § 2 TMG anzusehen sind. Dies ist von der Rechtsprechung bisher offengelassen worden. Es hätte zur Folge, dass dann die Haftungsprivilegierung des § 8 TMG griffe. Danach wären die Bibliotheken von einer Haftung ausgenommen. So ist auch im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD die Haftungsprivilegierung von Anbietern öffentlicher WLAN-Zugänge analog § 8 TMG in Aussicht gestellt.

- vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 48

http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=371697854D82910F784726A922EC4283.s4t1?_blob=publicationFile&v=2

D. Verfassungsrechtliche Einordnung der Nutzungsüberwachung durch die Stadt Frankfurt

Aus der im Einwilligungshinweis angekündigten Protokollierung des Internetverhaltens tritt neben der einfachrechtlichen Wertung die Frage auf, wie die Protokollierung verfassungsrechtlich einzuordnen ist.

Hier ist namentlich zunächst die Frage zu beantworten, welches Grundrecht betroffen ist.

In Betracht kommen das Grundrecht aus Artikel 10 GG (Telekommunikationsgeheimnis) und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG.

Das Bundesverfassungsgericht – BVerfG – hat sich in seiner Entscheidung zur Bestandsdatenspeicherung mit der Abgrenzung beider Grundrechte zueinander bei der Erfassung von Daten im Zusammenhang mit Telekommunikationsvorgängen befasst

- vgl. BVerfG, Beschluss vom 28.01.2012 – 1 BvR 1299/05 – BVerfGE 130, 151 – 212 .

Danach sind nicht nur die Inhalte des jeweiligen Telekommunikationsvorganges von dem Grundrecht aus Artikel 10 Absatz 1 GG geschützt, sondern auch die näheren Umstände des Vorganges, die sogenannten Metadaten, also Beginn und Ende des Vorganges, Teilnehmer, bei Internetnutzung die Menge der bewegten Daten, usw. . Voraussetzung ist aber immer der schiere Kommunikationsvorgang, ferner eine Kommunikation, die in mehr besteht als dem einseitigen Abruf von Daten, vielmehr in der Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger

- vgl. BVerfG, Urteil vom 02.03.2006 - 2 BvR 2099/04 – NJW 2006, 946 Rn. 66 und 68 mit den dortigen weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

Unter den Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses fallen daher hier die E-Mail-Abrufe, der Versand von Nachrichten z.B. über Twitter, Chats und die Internettelefonie.

Da nicht nur der Inhalt des Telekommunikationsvorganges, sondern auch die näheren Umstände desselben geschützt sind, greift die Protokollierung dieser Vorgänge durch die Stadtbibliotheken Frankfurt in das Grundrecht Ihrer Nutzer aus Artikel 10 Absatz 1 GG ein.

Die Einschränkung des Grundrechts aus Artikel 10 Absatz 1 GG steht unter Gesetzesvorbehalt. Die Protokollierung ist durch § 96 TKG nicht erlaubt. Ein anderes einschränkendes Gesetz ist nicht vorhanden. Die Benutzungsordnung regelt die Erhebung dieser Daten nicht und ist auch keine geeignete gesetzliche Grundlage, da sie kein formelles Gesetz (kein Parlamentsgesetz) ist, sondern nur eine Ortssatzung

- vgl. Baldus in: Beck'scher Online-Kommentar GG, Art. 10, Rn. 31, ganz herrschende Meinung.

Nicht unter den Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses, sondern unter den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung fällt die Erfassung des sonstigen Surfverhaltens des Internetnutzers. Dies betrifft vorliegend die Protokollierung der aufgesuchten Webseiten und des Zeitpunktes dieser Vorgänge.

Auch hier ist ein rechtfertigendes Schutzbedürfnis der Stadt Frankfurt nicht erkennbar. Ihre Haftungsrisiken kann sie nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung durch entsprechende Warnhinweise abwenden, ggfls. durch Feststellung der Person des Internetnutzers zu einem bestimmten Zeitpunkt.

Die Protokollierung der aufgesuchten Webseiten lässt Rückschlüsse auf die den Nutzer interessierenden Themen zu. Ferner wird das gesamte Informationsverhalten des Nutzers protokolliert. Es handelt sich daher um einen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.

Damit bleibt die Frage offen, ob mit der Betätigung des „Ja“-Buttons ein wirksamer Grundrechtsverzicht ausgeübt wurde.

Der Verzicht auf Grundrechte ist eine sich aus der persönlichen Dispositionsfreiheit ergebende rechtlich zulässige Möglichkeit der Grundrechtsausübung. Allerdings ist der Grundrechtsverzicht nicht schrankenlos möglich.

Es sind vielmehr folgende Voraussetzungen zu beachten:

3. Es bedarf einer Verzichtserklärung gegenüber dem zuständigen Hoheitsträger,
4. der Verzicht muss freiwillig erfolgen und
5. der Grundrechtsträger muss über das Grundrecht disponieren dürfen

- vgl. die Darstellung bei Fischinger, JuS 2007, 808.

Die Verzichtserklärung wird mit Betätigung des „Ja“-Buttons ausgeübt.

Hierbei ist fraglich, ob damit überhaupt eine Erklärung gegenüber einem Hoheitsträger abgegeben wird. Es handelt sich vielmehr um einen automatisierten Vorgang, den kein Bibliotheksangehöriger zur Kenntnis nimmt. Es liegt somit keine Zustimmungserklärung vor, sondern eine elektronische Zugangssperre, die mit Betätigung des „Ja“-Buttons überwunden wird. Das ist keine Einverständniserklärung, sondern die Auslösung der Protokollierung.

Erhebliche Zweifel ergeben sich auch im Hinblick auf die Freiwilligkeit des Grundrechtsverzichtes. Der Grundrechtsträger hat keine andere Wahl. Da es sich um eine Fürsorgeleistung der Stadt handelt, ist auf die faktischen Zwänge der Benutzer abzustellen. Wer nicht über die finanziellen Mittel zum Bereithalten eines Internetanschlusses und zur Anschaffung eines PC verfügt, ist auf Angebote wie die kostenfreie Internetnutzung in den Bibliotheken der Stadt Frankfurt angewiesen. Drückt er nicht den „Ja“-Button, hat er keinen Internetzugang. Zumindest die Bürger, die aus finanziellen Gründen auf den kostenfreien Internetzugang angewiesen sind, handeln nicht freiwillig, denn sie haben keine andere Wahlmöglichkeit.

Zur Freiwilligkeit gehört auch eine informierte Entscheidung des Grundrechtsträgers, die frei von Irrtümern und Täuschung ist. Das ist vorliegend nicht gegeben. Bereits der Hinweis, die Stadt Frankfurt müsse die nachfolgend dargestellten Sitzungsdaten protokollieren, um die kostenfreie Internetnutzung zur Verfügung zu stellen, ist unzutreffend. Die Erforderlichkeit der Protokollierung des Surfverhaltens wird als alternativlos hingestellt. Ohne diese Aufzeichnung kann, nach dem Wortlaut des Einwilligungshinweises, die Stadt Frankfurt die kostenfreie Internetnutzung nicht zur Verfügung stellen. Es kann bei dem Nutzer der Eindruck entstehen, dass die Stadt Frankfurt in einer Zwangslage ist, die es ihr unmöglich macht, ohne Protokollierung den Internetzugang zur Verfügung zu stellen.

Ferner wird der Eindruck erweckt, die Speicherung sei zu Abrechnungszwecken erforderlich. Dies ist eine unzutreffende Sachinformation, also eine Täuschung. Gleichfalls täuscht der Hinweis, eine Protokollierung erfolge ausschließlich im Rahmen der Vorschriften des TKG, eine rechtmäßige, gesetzlich angeordnete Protokollierung vor. Zugleich wird damit vorgetäuscht, das TKG ordne eine Speicherung des Protokolls für 90 Tage an. Bei der Feststellung der Täuschung kommt es auf Böswilligkeit des Täuschenden nicht an. Diese muss im Rahmen dieses Gutachtens nicht festgestellt werden. Entscheidend ist allein, dass der Nutzer bei Ausübung seiner Dispositionsfreiheit durch eine unzutreffende Sachinformation beeinflusst wird.

Ergänzend bemerke ich, dass die Einwilligungserklärung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit, der verfassungsrechtlichen Eingrenzung jeglichen staatlichen Handelns, unzulässig sein dürfte, denn das von der Stadtverwaltung angestrebte Ziel der Freihaltung der Stadt von Schadensersatzansprüchen Dritter kann mit einfacheren und milderer Mitteln erreicht werden als der Überwachung des Kommunikationsverhaltens der Bibliotheksnutzer.

E. Zulässigkeit der Datenerhebung nach dem HDSG

Nach § 7 HDSG ist die Erhebung von Daten nur zulässig, wenn dies gesetzlich durch ein vorrangiges Gesetz angeordnet ist, vom HDSG zugelassen ist, oder der Betroffene ohne jeden Zweifel eingewilligt hat.

Die Voraussetzungen der ersten Alternative liegen nicht vor, insbesondere liegt keine Ermächtigung zur Datenerhebung durch das TKG vor.

Eine Zulassung der Datenerhebung durch das HDSG ist nicht ersichtlich.

Die Einwilligung des Betroffenen könnte in der Auslösung des „Ja“-Buttons liegen. Hier dürfte bereits die Formvorschrift des § 7 Absatz 2 HDSG verletzt sein. Danach ist die Einwilligung in Schriftform zu erteilen, wenn nicht nach den Umständen eine andere Form angemessen ist. Das könnte hier die Auslösung des „Ja“-Buttons sein, denn nur so ist zeitnah eine Internetbenutzung durch den Bibliotheksnutzer möglich.

Nach § 7 Absatz 2 Satz 4 HDSG ist der Bibliotheksnutzer über die Bedeutung der Einwilligung und insbesondere über den Verwendungszweck der Daten aufzuklären. Diese Aufklärung fehlt. Insbesondere wird weder auf den damit ausgesprochenen Grundrechtsverzicht hingewiesen, noch auf den nach Satz 6 der Vorschrift jederzeit möglichen Widerruf hingewiesen.

Es fehlt wegen der irreführenden Angaben in dem Einwilligungshinweis und der dargestellten fehlenden Belehrung nach § 7 Absatz 2 Satz 4 und 6 HDSG an einer Einwilligung ohne Zweifel, § 7 Absatz 1

IV. Ergebnis

Die Erhebung und Speicherung der Nutzerdaten bei der kostenfreien Internetnutzung der Stadtbücherei Frankfurt ist rechtswidrig.

Das Telekommunikationsgesetz ermächtigt die Stadt Frankfurt nicht zur Erhebung und Speicherung der Daten.

Die Protokollierung des Surfverhaltens der Internetnutzer an den PC-Stationen der Frankfurter Bibliotheken ist ein schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht aus Artikel 10 Abs. 1 GG, soweit bei der Internetnutzung Fernkommunikation stattfindet, ansonsten ist es ein schwerwiegender Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Die Auslösung des „Ja“-Buttons vor Nutzung des Internetzugangs hebt diesen Grundrechtseingriff nicht auf. Es liegt darin kein wirksamer Grundrechtsverzicht.

Die hier für den Bibliotheksverkehr aufgeführten Grundsätze sind für die Nutzung der Internetzugänge der Stadt Frankfurt in anderen Bereichen entsprechend anwendbar. Das betrifft insbesondere die Internetnutzung durch Stadtverordnete als auch die Möglichkeit der außerdienstlichen Internetnutzung durch städtische Bedienstete.

Berlin, den 31.10.2014

Meinhard Starostik