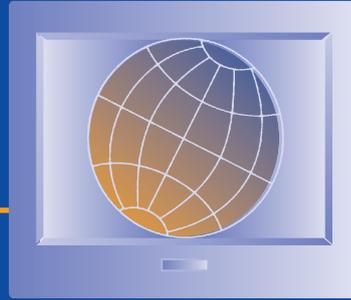


Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

5
K&R

- Editorial: „Super-Konsortium“ gefährdet Publikationsvielfalt in der Wissenschaft · *Dr. Stephanie Pautke und Isabel Oest*
- 289 Nachbessern: ja, verteufeln: nein. Das NetzDG ist besser als sein Ruf
Dominik Höch
- 292 Zum Referentenentwurf eines NetzDG: Eine kritische Betrachtung
Thorsten Feldmann
- 297 § 90 TKG – Anwendbarkeit des Verbotes von „Minispionen“ im Zeitalter smarterer Geräte · *Dr. Thomas Schwenke*
- 303 Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2016
Dr. Sebastian Meyer und Dr. Christoph Rempe
- 310 Der Hinwirkungsanspruch bei unwahren Tatsachenbehauptungen
Dr. Simon Haug und Christopher Virreira Winter
- 319 Urheberrechtsschutz auf Onlineplattformen · *Miriam Angelstorff*
- 321 Länderreport Schweiz · *Dr. Ursula Widmer*
- 323 EuGH: Verpflichtung zur europaweiten Bereitstellung von Telefon-Teilnehmerdaten
- 327 BVerfG: Verletzung der Meinungsfreiheit durch Verurteilung wegen Beleidigung mit Kommentar von *Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Heinz Ladeur*
- 330 BGH: Cordoba: Öffentliche Zugänglichmachung durch Kopieren eines frei zugänglichen Bildes im Internet
- 334 BGH: Videospiele-Konsolen III: Ansprüche bei Umgehung wirksamer technischer Schutzmaßnahmen
- 341 OLG München: 1000 Euro Streitwert bei unerlaubter E-Mail-Werbung
- 342 LG Frankfurt a. M.: Unterlassungsanspruch gegen presserechtliche Informationsschreiben mit Kommentar von *Dr. Verena Hoene*

20. Jahrgang

Mai 2017

Seiten 289 – 360

nente Schwäche des Gesetzesentwurfs selbst an, denn in den meisten Fällen ist eine Prüfung der Rechtmäßigkeit eines bestimmten Inhalts ohne Berücksichtigung des Kontextes und weiterer, außerhalb der Äußerung stehenden Tatumstände nicht möglich. Häufig sind es erst komplexe Abwägungsprozesse unter Berücksichtigung solch externer Faktoren, die das richtige Prüfungsergebnis zu Tage fördern. Daher ist dem Betroffenen zumindest eine schlüssige Begründung der Rechtswidrigkeit abzuverlangen.

Darüber hinaus bezieht sich die Verpflichtung zur Entfernung einer Information nach Art. 14 ECRL immer nur auf den konkret als rechtswidrig gemeldeten Inhalt. Nach weiteren Verletzungen muss der Anbieter nicht suchen. § 3 Abs. 2 Ziffer 6 NetzDG-E begründet aber genau diese Verpflichtung und erweitert damit den von der E-Commerce-Richtlinie gezogenen Pflichtenkreis, so dass auch ein Verstoß gegen Art. 15 ECRL nahe liegt, wonach von einem Anbieter nicht verlangt werden kann, nach Verletzungen zu forschen.

Schließlich begründen die §§ 2, 3 Abs. 2 Ziffern 1, 4 und 5, 3 Abs. 3 und Abs. 4 NetzDG-E neue Pflichten gerade auch

für nicht im Inland ansässige Anbieter, die nicht gerechtfertigte Einschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ECRL begründen.

III. Fazit

Der Entwurf des NetzDG stellt eindrucksvoll unter Beweis, dass es nicht viel Licht braucht, um viel Schatten zu erzeugen. Er krankt an vielen Stellen. Verfassungs- und europarechtliche Zweifel drängen sich auf. Vor allem ist die Neuregelung nicht erforderlich. Das bestehende Haftungs- und Verantwortlichkeitssystem für Intermediäre erfasst schon heute alle durch den Entwurf adressierten Sachverhalte. Dort, wo der Gesetzesentwurf Verbesserungen für die Betroffenen bieten könnte, springt er zu kurz, so dass man auch Bedenken an seiner Wirksamkeit anmelden muss. Wenn es wirklich Defizite bei der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken zu beklagen gibt, wird sie dieser Entwurf nicht beheben. Er gehört verworfen. Am elegantesten wäre es, ihn der sachlichen Diskontinuität des Bundestags zum Opfer fallen zu lassen.

RA Dr. Thomas Schwenke, LL.M., Berlin*

§ 90 TKG – Anwendbarkeit des Verbotes von „Minispionen“ im Zeitalter smarter Geräte

Als „smart“ werden Geräte bezeichnet, die dank Sensoren, wie z. B. Mikrofonen, Computereinheiten und Anbindung an das Internet, den Alltag von Menschen bequemer oder effizienter gestalten sollen. Da die Geräte immer unauffälliger werden und z. B. auch in Spielzeugen Eingang finden, werden ihnen zunehmend Verletzungen der Privatsphäre vorgeworfen. So erklärte die Bundesnetzagentur mit Verweis auf das Verbot des Missbrauchs von Sende- oder sonstigen Telekommunikationsanlagen gem. § 90 TKG, die smarte Spielzeugpuppe „My Friend Cayla“ (kurz „Cayla“) für verboten. Der folgende Aufsatz nimmt diesen Fall zum Anlass, um zu untersuchen, inwieweit das Verbot des § 90 TKG der Verbreitung und Nutzung von smarten Technologien entgegenstehen könnte und ob es überhaupt noch zeitgemäß ist.

I. Einleitung

Als der Gesetzgeber 1986 das heute in § 90 TKG normierte Verbot von so genannten „Minispionen“ verabschiedete, hatte er typische Spionagewerkzeuge im Sinne, die als Alltagsgegenstände getarnt waren. Das Verbot richtete sich gegen sendefähige und als Alltagsgegenstände getarnte Geräte, wie z. B. Feuerzeuge oder Kugelschreiber mit eingebauten Mikrofonen, die „von vornherein keinem aner kennenswerten Zwecke, sondern nur dem heimlichen Abhören der Gespräche anderer dienen sollten.“¹ Auch optische Geräte, wie z. B. Gürtelkameras oder Lasermikrofone fügten sich in die Vorstellung des Gesetzgebers.²

Diese Eindeutigkeit des gesetzlichen Tatbestandes wird im Zeitalter smarter Geräte jedoch auf eine Probe gestellt.

Anders als frühere Technologien, weisen die modernen Geräte oft keinen fest definierten und geschlossenen Funktionsumfang auf. Ganz im Gegenteil zeichnen sie sich als Minicomputer oder aufgrund der Eingliederung in größere Computersysteme durch eine Vielfalt an Funktionen aus. Diese Geräte sind häufig mobil, sehr klein und bedürfen neuartiger Schnittstellen zur Kommunikation mit Menschen.³

Dabei setzt sich zunehmend die Sprachsteuerung durch, die vor allem in „digitalen Assistenten“ zum Einsatz kommt. Diese in Smartphones (z. B. „Siri“ in iPhones von Apple) oder in Lautsprechern (z. B. „Alexa“ in Lautsprechern von Amazon) eingesetzten Systeme nehmen dabei die Worte der Anwender auf, um sie an die Serviceanbieter weiter zu leiten. Von diesen wird das Gesprochene verarbeitet, um den Anwendern z. B. Fragen zu beantworten, Einkaufsvorgänge auszulösen oder um Haushaltsgeräte zu steuern.⁴ Auch die von einem US-Hersteller entwickelte smarte Spielzeugpuppe „Cayla“ ist ein digitaler Assistent, der Kindern dienen soll und seit 2014 auch in Deutschland vertrieben wird.⁵

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

1 BT-Drs. 10/1618, S. 6 u. 10; BT-Drs. 10/5453, S. 9.

2 BT-Drs. 17/5707, S. 78; *Foderà-Pierangeli*, JurPC Web-Dok 2008, Nr. 179 (alle nachfolgenden Links zuletzt abgerufen am: 20. 3. 2017).

3 *Fabian*, Bestimmungsfaktoren des Ubiquitous Computing, in: TAUCIS – Technikfolgenabschätzung Ubiquitäres Computing und Informationelle Selbstbestimmung, 2006, S. 63, 12 ff.; mit smarten Geräte verwirklicht sich das Konzept einer, als „Ubiquitous Computing“ bezeichneten Durchdringung des Alltags mit Computergeräten, s. *Weiser*, Scientific American 1991, Vol. 265, Nr. 3, p. 94.

4 *Hager*, BvD-NEWS, 2017, Nr. 1, https://www.bvdnet.de/fileadmin/BvD_eV/BvDNews/17_BvDNews17-1.pdf, S. 51 ff.

5 Über uns, Vivid GmbH, <http://vivid.de/about/>.

II. Eigenschaften der smarten Spielzeugpuppe „Cayla“

Technisch verfügt die Puppe über ein Mikrofon, das nach dem Einschalten der Spielzeugpuppe, gesprochene Worte in einem Radius von bis zu ca. einem Meter aufzeichnen kann.⁶ Die Audioaufzeichnungen werden anschließend via Bluetooth-Technologie an ein sich in einem Radius von maximal ca. 10 Metern entferntes Smartphone gesendet, auf dem eine zum Systemverbund der Spielzeugpuppe gehörende Applikation (kurz „App“) aktiv sein muss.⁷ Anschließend werden die Audioaufzeichnungen an den Server des Herstellers in den USA gesendet, wo sie zwecks Spracherkennung analysiert und verarbeitet werden.⁸ So können Kinder der Puppe z. B. Wissensfragen stellen, die dann auf dem Server anhand von Onlinequellen beantwortet und an die Spielzeugpuppe zwecks Ausgabe zurück-gesendet werden.⁹

Der Aufzeichnungsvorgang wird mit Hilfe eines Anhängers am Hals der Puppe signalisiert.¹⁰ Der Anhänger soll dann aufleuchten, wenn sich das Mikrofon einschaltet. Allerdings weist der Hersteller der Puppe darauf hin, dass der Anhänger bei manchen Smartphones mit dem Betriebssystem Android nicht aktiviert wird.¹¹ Zudem bietet die App eine Möglichkeit, die Signalfunktion des Anhängers insgesamt abzuschalten.¹² In diesem Fall wird der Aufnahmevorgang des Mikrofons nicht mehr signalisiert.

Die Audioaufnahmen können zwar, z. B. von den Eltern, nicht über die App wiedergegeben werden können, jedoch werden sie an den Server des Herstellers gesendet. Ferner soll es zumindest theoretisch in Frage kommen, dass jemand mit Hilfe einer speziell programmierten Dritt-App die Audioaufzeichnungen heimlich auf dem Weg zwischen der Puppe und dem Smartphone abfangen könnte.¹³

Die Spielzeugpuppe wurde von dem Jurastudenten Stefan Hessel analysiert, der im Ergebnis deren Verbot gem. § 90 TKG annahm.¹⁴ Schließlich verkündete auch die Bundesnetzagentur in einer Pressemitteilung, dass die Spielzeugpuppe „Cayla“ verboten sei, „aus dem Verkehr“ gezogen werde und die Eltern die Puppe „unschädlich“ machen sollten.¹⁵ Nachfolgend soll geprüft werden, ob diese Annahme zutreffend ist.

III. Tatbestandsvoraussetzungen des § 90 TKG

§ 90 TKG wurde als Reaktion auf die Miniaturisierung der Aufnahme- und Sendetechnik sowie das Aufkommen sog. „Minispione“, d. h. sendefähiger Minimikrophone und -kameras, geschaffen.¹⁶ Laut Erwägungen des Gesetzgebers machen es solche Geräte den Betroffenen schwer, etwaige Rechtsverstöße gegen die Vertraulichkeit des Wortes gem. § 201 StGB zu entdecken und sie den Tätern nachzuweisen.¹⁷

Da sich jedoch Nachweisschwierigkeiten entsprechend dem verfassungsrechtlichen Grundsatz „in dubio pro reo“ des Art. 103 Abs. 2 GG zugunsten der Angeklagten auswirken, wäre ein Persönlichkeitsschutz, der erst ab dem Versuchsstadium der Persönlichkeitsrechtsverletzung eingreift, im Hinblick auf Minispione ineffektiv.¹⁸ Das heißt, mit dem § 90 TKG kommt der Staat also seinem Auftrag zum aktiven Schutz der Persönlichkeitsrechte seiner Bürger aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG nach.¹⁹

Dabei richtet sich § 90 TKG gegen die Vorfeldmaßnahmen der Nutzung von Anlagen und verbietet deren Herstellung, Besitz, Vertrieb, Einfuhr oder Bewerbung. Auf Rechts-

folgenseite ist der vorsätzliche Verstoß gegen § 90 TKG gem. § 148 Abs. 1 Nr. 2 TKG mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bedroht. Die Herstellung, der Vertrieb, die Einfuhr und sonstiges Verbringen, also nicht der Besitz, werden auch beim fahrlässigen Handeln mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe geahndet.²⁰

Voraussetzung eines Verbotes und der Sanktionen ist, dass die vom Verbot erfassten Anlagen, zum heimlichen Abhören besonders geeignet und bestimmt sind.

1. Anlagenbegriff und Abhörfunktion

§ 90 TKG richtet sich gegen Sende- und sonstige Telekommunikationsanlagen, die sich zum unbemerkten Abhören von nichtöffentlich gesprochenen Worten oder unbemerkten Aufnahmen vom Bild eines anderen eignen.

Mit nichtöffentlich gesprochenen Worten werden alle menschlichen Geräusche mit einem gedanklichen Inhalt erfasst, bei denen die sprechende Person berechtigterweise damit rechnen konnte, dass sie nur von einem von ihr beschränkten Kreis von Personen vernommen wird.²¹ Sie werden abgehört, wenn die durch das Abhörgerät vernommenen Worte akustisch wahrgenommen werden, sei es zeitlich parallel oder nachträglich als gespeicherte Aufnahme.²²

Der Begriff der Sendeanlage umfasst elektrische Sende- oder Empfangseinrichtungen, zwischen denen die Informationsübertragung ohne Verbindungsleitungen stattfinden kann.²³ 2011 wurde der Anwendungsbereich auf sonstige Telekommunikationsanlagen im Sinne des § 3 Nr. 23 TKG erweitert, also „technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden“.²⁴

Dieser sehr weite Anlagenbegriff erfasst auch die Spielzeugpuppe „Cayla“, die aufgenommene Audiosignale mit-

6 My Friend Cayla – FAQ/Troubleshooting, http://myfriendcayla.de/public/downloads/cayla_FAQ.pdf, S. 9.

7 My Friend Cayla – FAQ/Troubleshooting (Fn. 6), S. 3 ff.

8 My Friend Cayla – FAQ/Troubleshooting (Fn. 6), S. 9.

9 Forbrukerrådet, #Toyfail – An analysis of consumer and privacy issues in three internet-connected toys, 2016, <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2016/12/toyfail-report-desember2016.pdf>, 5; Hessel, JurPC Web-Dok 2017, Nr. 13 (Abs. 14).

10 Johnsen, Report – Investigation of privacy and security issues with smart toys, Forbrukerrådet, 2016, <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2016/12/2016-11-technical-analysis-of-the-dolls-bouvet.pdf>, S. 12.

11 My Friend Cayla – FAQ/Troubleshooting (Fn. 6), S. 16.

12 Hessel, JurPC Web-Dok 2017, Nr. 13 (Abs. 19).

13 Hessel, JurPC Web-Dok 2017, Nr. 13 (Abs. 18).

14 Hessel, JurPC Web-Dok 2017, Nr. 13 (Abs. 14).

15 Bundesnetzagentur zieht Kinderpuppe „Cayla“ aus dem Verkehr, Bundesnetzagentur, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/14012017_cayla.html.

16 BT-Drs. 10/1618, S. 6.

17 BT-Drs. 10/1618, S. 6.

18 BT-Drs. 10/1618, S. 6.

19 Vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 88; BT-Drs. 10/5453, S. 9; Bock, in: Geppert/Schütz, BeckOK TKG, 4. Aufl. 2013, § 90 Rn. 6; vgl. Dierlamm, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 90 Rn. 1.

20 Ferner kann gem. § 149 Abs. 1 Nr. 15 TKG ein Bußgeld von bis zu 100 000 Euro verhängt werden, wenn die Anlagen beworben werden.

21 St. Rspr., BVerfG, 10. 12. 2010 – 1 BvR 1739/04, NJW 2011, 1859, 1862; BVerfG, 9. 10. 2002 – 1 BvR 330/96 u. 1 BvR 348/9, BVerfGE 106, 28, 40 ff.; BGH, 10. 3. 1987 – VI ZR 244/85, NJW 1987, 2667, 2668; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 201 Rn. 2; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 201 Rn. 5 ff.

22 Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 21), § 201 Rn. 5.

23 Die Definition der Sendeanlage entstammt dem ehemaligen § 3 Nr. 4 TKG 1996, Graulich, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 9; Kalf/Papsthart, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 195. EL 2013, § 65 TKG Rn. 4; mit gleichem Ergebnis auf § 2 FTG verweisend, Kluszczewski, in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 90 Rn. 6.

24 Altenhain, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB, 2. Aufl. 2015, § 148 TKG Rn. 44.

tels der Bluetooth-Technologie elektromagnetisch senden kann. Ebenso eignet sich die Puppe zum heimlichen Abhören nichtöffentlich gesprochener Worte, da sie über ein Mikrofon verfügt und die aufgenommenen akustischen Signale an den Server des Herstellers gesendet werden.

Hierbei ist es irrelevant, ob jemand tatsächlich heimlich abgehört wird. Das Verbot richtet sich gegen Vorfeldmaßnahmen der Nutzung von Anlagen und lässt damit die Möglichkeit des heimlichen Abhörens als abstrakte Gefahr, unabhängig von der konkreten Anwendung, ausreichen.²⁵

Folglich fallen auch alle smarten Geräte unter den Anlagenbegriff des § 90 TKG, wenn sie akustische Signale kabellos übertragen oder sonst senden können, sei es via Bluetooth, Mobilfunk oder WLAN.²⁶

Ausgenommen sind nur Geräte die das Gehörte selbst z. B. in Text umwandeln und die akustischen Signale nicht mitsenden können. Angesichts des Umstands, dass die Stimmerkennung hoher Rechenkapazitäten bedarf und die Sprachaufnahmen den Anbietern helfen, die Erkennungsalgorithmen zu verbessern,²⁷ ist mit der Sprachumwandlung auf den Geräten in nächster Zeit eher nicht zu rechnen.

2. Besondere Eignung zum heimlichen Abhören

Um verboten zu sein, müssen die untersagten Anlagen zudem „ihrer Form nach einen anderen Gegenstand vortäuschen oder die mit Gegenständen des täglichen Gebrauchs verkleidet sein“ und sich aufgrund dieser Umstände in besonderer Weise zum heimlichen Abhören eignen. Daneben kann sich eine Abhöreignung auch ohne die Tarnung aufgrund der Funktionsweise ergeben, wobei damit die im Rahmen dieser Prüfung weniger relevanten Geräte, wie z. B. Lasermikrofone gemeint sind.²⁸

Es genügt also nicht, dass ein Gerät aufgrund der kleinen Bauweise objektiv besonders gut und unauffällig versteckt ist und nur aus diesen Gründen für heimliche Aufnahmen verwendet werden kann.²⁹ Das Gerät muss vielmehr besonders getarnt, also in seiner Form und Funktion darauf angelegt sein, unbefugt die Privatsphäre zu verletzen.³⁰ Erst so realisiert sich die Gefahr von Minispionen, die es den Betroffenen schwermachen, etwaige Rechtsverstöße zu entdecken und nachzuweisen.³¹ Damit sind z. B. kleine sendefähige Mikrofone (sog. Wanzen) nicht verboten, solange sie nicht besonders verkleidet sind.³²

a) Besondere Eignung bei smarten Geräten

Ob eine Tarnung im Sinne des Gesetzes vorliegt, muss im Einzelfall anhand der konkreten Geräte beurteilt werden. So kann z. B. bei Mobiltelefonen heutzutage davon ausgegangen werden, dass aufgrund deren Verbreitung jedermann um ihre Aufnahme- und Sendefähigkeiten weiß.³³ Anders sieht es dagegen bei Spielzeugpuppen aus, die zumindest derzeit üblicherweise keine sendefähigen Abhöreranlagen enthalten. Das gilt vor allem, wenn man auf die Kenntnis der Kinder als typische Nutzer abstellt.³⁴

Aufgrund der Einzelfallbeurteilung im Prüfungszeitpunkt, kann im Hinblick auf andere smarten Geräte keine pauschale Aussage getroffen werden. So könnte z. B. vertreten werden, dass Menschen in Lautsprechern, wie sie von dem Anbieter Amazon mit der digitalen Assistentin „Alexa“ vertrieben werden, keine Abhöreranlagen vermuten. Auf der anderen Seite sind diese kleinen säulenartigen Lautsprecher optisch neuartig und entsprechen eher Bluetooth-

Lautsprechern, die typischerweise über ein Mikrofon verfügen.³⁵

Ebenfalls als getarnte Abhöreranlagen könnte man derzeit noch smarte TV-Geräte betrachten, die ebenfalls auf Sprachbefehle hören und sich von bisherigen Flachbildschirmen ohne diese Funktionen, optisch nicht wesentlich unterscheiden. Bei Smartglasses, d. h. kleinen Computern mit Kamera und Mikrofon, die vor den Augen auf einem Brillengestell getragen werden, kann eine Tarnung zumindest dann verneint werden, wenn sie optisch anhand von Wülsten oder Bildschirmen als solche identifizierbar sind.³⁶ Eine Tarnung von Sendeanlagen kommt auch in einem „Smart Home“ in Betracht, wenn z. B. Lampen oder Lichtschalter auf Sprachbefehle hören sollten.³⁷

b) Signalwörter und Signalfunktionen

Die besondere Eignung zum heimlichen Abhören, kann jedoch durch Konstruktionsmaßnahmen und zusätzlicher Hinweise vermieden werden. Zum einen können spezielle Befehle für die Aktivierung des Aufzeichnungsvorgangs vorausgesetzt werden.

So muss jede Sprachaufnahme bei der smarten Spielzeugpuppe „Hello Barbie“ von Mattel mittels eines Knopfes aktiviert werden.³⁸ Auch werden die Aufnahme und Sendevorgänge bei digitalen Assistenten typischerweise mit bestimmten voreingestellten Signalwörtern ausgelöst, wie z. B. „Hey Siri“, „OK Google“ oder „Alexa“.³⁹ Zwar ist die Aufnahmefunktion permanent aktiviert. Die Erkennung der Signalwörter erfolgt jedoch nur in dem Gerät. Erst wenn das Signalwort erkannt wurde, wird das Gesagte an den Server des Anbieters gesendet.⁴⁰

Die Signalwörter sollten von Nutzern nicht frei belegt werden dürfen, da sonst eine Aktivierung mit Alltagsbegriffen, wie z. B. „und“ möglich wäre. Ebenso muss die Fehlertoleranz gering genug sein, damit die Aufnahmen nicht aus Versehen ausgelöst werden.⁴¹ Generell sollten die Aufnahmefunktionen mit deutlich erkennbaren optischen oder akustischen Hinweisen, z. B. mittels von Leuchtdioden oder speziellen Tonfolgen signalisiert werden. Derart konstruiert, lenken die Geräte die Aufmerksamkeit ohnehin auf sich und eignen sich nicht besonders für heimliche Abhörvorgänge.

Allerdings muss bedacht werden, dass die Signalfunktionen durch Eingriffe auf der Hard- als auch auf der Softwareebene umgangen werden könnten. Es ist daher zu

25 BT-Drs. 10/1618, S. 8; Bock, in: Geppert/Schütz (Fn. 19), § 90 Rn. 12.

26 Vgl. Kleszczewski, in: Säcker (Fn. 23), § 90 Rn. 7.

27 Nicola, Nature 2014, S. 146.

28 Altenhain, in: Joecks/Miebach (Fn. 24), § 148 TKG Rn. 49.

29 Vgl. Kalf/Papsthart, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 23), § 65 TKG Rn. 6.

30 Bock, in: Geppert/Schütz (Fn. 19), § 90 Rn. 11.

31 BT-Drs. 10/5453, S. 9; Bock, in: Geppert/Schütz (Fn. 19), § 90 Rn. 5.

32 Bock, in: Geppert/Schütz (Fn. 19), § 90 Rn. 11; Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Fn. 23), § 90 Rn. 15.

33 BT-Drs. 17/5707, S. 79; Bock, in: Geppert/Schütz (Fn. 19), § 90 Rn. 8.

34 Hessel, JurPC Web-Dok 2017, Nr. 13 (Abs. 26).

35 Hansen/Zota, Amazon: Sprachassistentin Alexa kommt nach Deutschland, heise online, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Amazon-Sprachassistentin-Alexa-kommt-nach-Deutschland-3321290.html>.

36 Schwenke, Private Nutzung von Smartglasses im öffentlichen Raum, 2016, S. 161 ff.

37 Unterputzdosen erwähnend, Kleszczewski, in: Säcker (Fn. 23), § 90 Rn. 10.

38 Johnsen, Report – Investigation of privacy and security issues with smart toys, Forbrukerrådet, 2016 (Fn. 10), S. 14.

39 Hager, BvD-NEWS, 2017, Nr. 1 (Fn. 4), S. 51 ff.

40 Hager, BvD-NEWS, 2017, Nr. 1 (Fn. 4), S. 51, 52.

41 Hager, BvD-NEWS, 2017, Nr. 1 (Fn. 4), S. 51, 52.

fragen, inwieweit dieses Umgehungspotential zu berücksichtigen ist.

c) Berücksichtigung von technischen Mängeln und Umgehungspotential

Die Signalfunktionen der smarten Geräte könnten von Nutzern z. B. abgeklebt oder übermalt werden, wodurch deren Eignung zum heimlichen Abhören ohne Weiteres wiederhergestellt wäre. Mangelnde technische Schutzmechanismen könnten dazu führen, dass z. B. Dritte die Sendeanlagen mithilfe von Umgehungssoftware auslösen könnten, ohne dass die Signalfunktionen aktiv werden.

Würde man derartiges Missbrauchspotential genügen lassen, würden sich jedoch praktisch alle smarten Geräte zum heimlichen Abhören im Sinne des § 90 TKG eignen.

aa) Interessensabwägung

Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich jedoch, dass der Gesetzgeber nicht nur die Umgehung des Verbotes von getarnten Sendeanlagen, sondern umgekehrt auch dessen Ausuferung verhindern wollte.⁴² Damit wog er inhaltlich das Interesse der Betroffenen an deren Privatsphäre aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG mit den Interessen, die für die Sendeanlagen sprachen, ab. Zu den letzteren gehören insbesondere die Kommunikations- und Informationsinteressen der Nutzer gem. Art. 5 Abs. 1 GG oder deren allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG, als auch die gem. Art. 12, 14 GG geschützten Interessen der Wirtschaft sowie generell des technischen Fortschritts.⁴³

Das heißt die Kriterien, die an die besondere Eignung getarnter Geräte zum heimlichen Abhören gelegt werden, müssen das Ergebnis einer praktischen Konkordanz der sich gegenüberstehenden Interessen sein. Die vorzunehmende Interessensabwägung erinnert dabei an Überlegungen, die der Gesetzgeber im Hinblick auf Bausätze für Sendeanlagen zu treffen hatte.

bb) Kriterien für Bausätze für Sendeanlagen

Ursprünglich umfasste die Definition der Sendeanlage im mittlerweile aufgehobenen § 5 a Abs. 3 FAG Bausätze, die „entweder ohne jegliches Werkzeug oder mit Werkzeug hergestellt werden können, das man üblicherweise für den Zusammenbau solcher Teile zu benutzen pflegt, oder mit Werkzeug, das zu diesem Zweck mitgeliefert wird.“⁴⁴ Schon diese Definition würde einen Missbrauch durch Ausnutzung technischer Mängel mithilfe von zusätzlicher Software oder Überkleben der Signalfunktionen nicht ausreichen lassen, da es sich dabei um keine üblicherweise zum Zusammenbau smarter Geräte verwendeten oder mitgelieferten Werkzeuge handelt.

Nach Ansicht der Literatur sollen entsprechend nur solche Bausätze erfasst werden, die modular derart vorgefertigt sind, dass z. B. nur noch unwesentliche Arbeiten und Handgriffe, wie das Anstecken einer Antenne oder Einlegen von Batterien notwendig sind.⁴⁵ Das heißt die besondere Eignung einer verbotenen Sendeanlage muss sich bereits aus der Gesamtheit der zusammenzufügenden Komponenten ergeben.⁴⁶

cc) Übertragung der Kriterien für Bausätze auf smarte Geräte

Die Erwägungen zu Bausätzen, können aufgrund einer vergleichbaren Sachlage auch auf die potentiell zum Missbrauch durch Umgestaltung oder Eröffnung neuer Nut-

zungsmöglichkeiten geeigneten smarten Geräte übertragen werden. Die Schwelle zu einer inhärenten besonderen Eignung zum heimlichen Abhören wäre demnach dann erreicht, wenn die Umgestaltung keiner wesentlichen technischen Umsetzung seitens des Nutzers bedarf.

Das heißt, die besondere Abhöreignung müsste entweder zum Funktionsumfang des Gerätes gehören oder aus einem Mangel resultieren, der einer Gerätefunktion gleichkommt.⁴⁷ Es müsste also ein offensichtlicher Mangel sein, der sich vom durchschnittlichen Nutzer ohne weiteren Aufwand ausnutzen lässt.

Dementsprechend führt die Möglichkeit Signallampen abzukleben oder abzutrennen, nicht zu deren besonderen Eignung zum heimlichen Abhören. Auch wenn es nur kleine technische Schritte sind, so erfordern sie doch eine Aktivität der Nutzer und den Einsatz von Werkzeugen. Wird das Gerät dagegen bereits mit einer Möglichkeit ausgeliefert, die Signalfunktionen mechanisch zu verdecken oder abzuschalten, dann ist es zum heimlichen Abhören besonders geeignet.

Die Möglichkeit des Missbrauchs durch ein Eindringen oder Umfunktionieren des Gerätes auf Softwareebene, führt ebenfalls nicht zu dessen Bestimmung zum heimlichen abhören. Es sei denn, der Hersteller des Gerätes baut z. B. Schnittstellen oder Funktionen ein, die eine derartige Umgestaltung auch ohne besondere technische Kenntnisse erlauben.

Da es bei der Eignung auf die objektiven Umstände ankommt, sind auch solche Missbrauchsmöglichkeiten mitumfasst, die der Hersteller nicht beabsichtigte oder wollte. Das heißt, wenn es sich herausstellt, dass z. B. die optischen Hinweise auf ein eingeschaltetes Mikrofon nicht funktionstüchtig sind oder die Abschaltmöglichkeiten auf Softwareebene aus Versehen nicht deaktiviert wurde, ist das Gerät zum heimlichen Abhören besonders geeignet.

Fraglich bleibt jedoch, wie mit Mängeln umzugehen ist, die sich erst nachträglich realisieren.

c) Unerkannte Mängel

Die vorgenannten Kriterien der besonderen Eignung durch ein Missbrauchspotential, werden bei Mängeln in Frage gestellt, die erst nachträglich bei bestimmten Gerätekonstellationen zu Tage treten. Z. B. könnte es sich wie bei der Spielzeugpuppe „Cayla“ herausstellen, dass die optischen Signalfunktionen im Fall der Kopplung mit bestimmten Smartphones nicht funktionieren. Damit wäre das Gerät zum heimlichen Abhören besonders geeignet und damit gem. § 90 TKG verboten.

aa) Kompensation fehlender Normenklarheit auf Sanktionsebene

Ein derart nachträglich eintretendes Verbot könnte jedoch aufgrund seiner straf- und ordnungsrechtlichen Konsequenzen aus § 148 Abs. 1 Nr. 2 TKG dem Gebot der Normenklarheit und -bestimmbarkeit gem. Art. 103 Abs. 2 GG

42 BT-Drs. 10/1618, S. 6 ff.; Vgl. zum Übermaßverbot bei Regulierung der Technik, *Murswiek*, Technische Risiken, in: Westphalen, Technikfolgenabschätzung, 1997, S. 238, 240.

43 BT-Drs. 10/1618, S. 6 ff.

44 BT-Drs. 10/1618, S. 8.

45 *Altenhain*, in: Joecks/Miebach (Fn. 24), § 148 TKG Rn. 44; *Bock*, in: Geppert/Schütz (Fn. 19), § 90 Rn. 9 f.; *Frenzel*, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, 8. EL 2007, § 90 Rn. 5; *Kleszczewski*, in: Säcker (Fn. 23), § 90 Rn. 7.

46 *Bock*, in: Geppert/Schütz (Fn. 19), § 90 Rn. 10.

47 So auch i. E., *Hessel*, JurPC Web-Dok 2017, Nr. 13 (Abs. 28 ff.).

widersprechen.⁴⁸ Angesichts des rasanten und unbestimmten technologischen Fortschritts, würden praktisch alle smarten Geräte eine kaum vorhersehbare Sanktionsgefahr mit sich bringen. Diese latente Strafbarkeit würde auch dem gesetzgeberischen Willen nach einer Ausnahmevorschrift, die den technologischen Fortschritt nicht behindern, entgegenstehen.⁴⁹

Diese Konsequenzen werden jedoch auf der sanktionsrechtlichen Ebene verhindert. Sind nachträglich auftretende Missbrauchsmöglichkeiten im Zeitpunkt der Herstellung, Verbreitung, Einfuhr, Bewerbung oder Besitzes nicht bekannt gewesen, dann entfällt der subjektive Tatvorwurf.⁵⁰ Erst wenn den Normadressaten die Kenntnis des entsprechenden Mangels bekannt wird oder hätte bekannt sein müssen, werden ein Vorsatz, bzw. in Fällen des § 148 Abs. 2 TKG zumindest eine Fahrlässigkeit angenommen werden können. Folglich drohen keine strafrechtlichen Sanktionen wegen fehlender Normenklarheit des § 90 TKG und damit ist auch kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG zu befürchten.

bb) Zumutbarkeit nachträglicher Verbote

Auf der Ebene des § 90 TKG bleibt es zwar bei einer latenten Verbotsmöglichkeit. Diese stellt jedoch ein typisches Risiko technischer Geräte dar, die ohne konkrete Anhaltspunkte weder die Nutzer, noch die Wirtschaft oder die technische Entwicklung über Gebühr behindert.

Es ist nicht ungewöhnlich, dass technische Geräte über unentdeckte Mängel verfügen, die sich erst mit der Zeit realisieren. So kann ein Kraftfahrzeug unter bestimmten Witterungsbedingungen, z. B. durch einen Kurzschluss in der Elektrik, seine Fahrtüchtigkeit verlieren. Es ist dann eine zivilrechtliche Frage, wer letztendlich das wirtschaftliche Risiko dieser Mängel trägt.

d) Beurteilung der Spielzeugpuppe „Cayla“

Bei der Spielzeugpuppe „Cayla“ muss der Aufnahme- und Sendevorgang weder mittels Knopfdruck noch mittels Signalwörtern ausgelöst werden. Die Puppe verfügt jedoch über einen Anhänger, der aufleuchtet und die Tarnung damit preisgeben soll.

aa) Unzureichende Signalfunktion

Weil sich die Signalfunktion im Halsanhänger der Puppe jedoch mittels der Smartphone-App ausschalten lässt, ist die Spielzeugpuppe zum heimlichen Abhören im Sinne des § 90 TKG besonders geeignet. Da das Tatbestandsmerkmal der Geeignetheit keine Vorgaben für die Empfänger der Aufnahmen festlegt, ist es ohne Bedeutung, dass nur der Hersteller, aber nicht die Nutzer der App die Audioaufzeichnungen empfangen können. Das Verbot erwuchs ohnehin auch daraus, dass die Signalfunktion bei der Nutzung mit manchen Smartphone-Typen nicht funktionierte.

Dagegen führt die theoretische Möglichkeit, dass technisch versierte Dritte mit Hilfe von Programmierkenntnissen das Mikrofon unter Umgehung der Signalfunktion kapern oder die Besitzer den Anhänger überkleben könnten, für sich nicht zu einer besonderen Eignung zum heimlichen Abhören. In diesem Fall würden erst diese Maßnahmen in den konkreten Fällen zur Herstellung einer verbotenen Anlage führen.

Allerdings hätte eine besondere Eignung zum heimlichen Abhören auch dann angenommen werden müssen, wenn

die Anhänger auf allen Geräten funktionieren würden und nicht hätten abgeschaltet werden können. Denn die Signalwirkung des Halsanhängers ist nicht ausreichend, um die Mikrofonaktivität zu kennzeichnen und die Heimlichkeit der Aufnahme aufzuheben.

bb) Anforderungen an Signalfunktionen

Zwar dürfen die Anforderungen an die Erkennbarkeit der Aufnahme nicht überstrapaziert werden. Das Gesetz soll gerade verhindern, dass die Arglosigkeit der Abgehörten überwunden wird und sie keinen Verdacht schöpfen.⁵¹ Von einem Signalgeber, der synchron zum Gesprochenen aufleuchtet, kann generell erwartet werden, dass er den Argwohn der abgehörten Person weckt.

Allerdings müssen die Anforderungen an die Deutlichkeit der Signalfunktion vom typischen Gebrauch der Geräte abhängig gemacht werden. Bei Spielzeugpuppen kann insbesondere die Puppenkleidung einen Anhänger am Hals verdecken. Zudem ist ein blinkendes Spielzeug nicht unüblich. Dies spricht dafür, dass die Signalwirkung des Anhängers am Hals der Spielzeugpuppe Cayla nicht ausreichend ist, um eine besondere Eignung zum heimlichen Abhören zu verhindern. Aufnahmesignale bei Spielzeugen müssen daher von Kindern deutlich als solche erkennbar sein und das Mikrofon sollte nur mit Hilfe von Signalwörtern und noch besser via Knopfdruck ausgelöst werden können.

cc) Besondere Abhöreignung der Spielzeugpuppe

Zusammenfassend ist die Spielzeugpuppe „Cayla“ aufgrund ihrer Tarnung zum heimlichen Abhören nichtöffentlich gesprochener Worte besonders geeignet.⁵² Zu überlegen ist jedoch, ob neben der besonderen Eignung auch eine zusätzliche Bestimmung zum heimlichen Abhören zu fordern ist und im Fall der Spielzeugpuppe vorliegt.

3. Bestimmung zum heimlichen Abhören

Neben der technischen Komponente der Eignung, setzt § 90 TKG auch eine sanktionswürdige Zweckbestimmung der Anlagen voraus. Das Bestimmungsmerkmal wurde im Jahr 2012 zusammen mit der Erweiterung auf sonstige Telekommunikationsanlagen, die sich auch ungetarnt „aufgrund ihrer Funktionsweise“ zum heimlichen Abhören eignen, in den Tatbestand des § 90 Abs. 1 TKG aufgenommen. Dadurch sollte laut Gesetzesbegründung dessen Ausuferung über den bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Verbotsbereich für Sendeanlagen vermieden werden.⁵³ Die Bestimmung hat daher im Hinblick auf Sendeanlagen keine zusätzlich einschränkende Wirkung, sondern entspricht dem Merkmal des „besonderen Eignung“, wie er im Tatbestand bereits enthalten war.

a) Nützliche Funktionen als Ausschlusskriterium

Allerdings waren traditionelle „Minispione“, wie z. B. Sendeanlagen in Kugelschreibern offensichtlich nur zum heimlichen Abhören bestimmt. Bei smarten Geräten fehlt

48 Kleszczewski, in: Säcker (Fn. 23), § 148 Rn. 4.

49 BT-Drs. 10/1618, S. 6 ff.

50 Vgl., Fetzter, in: Arndt/Fetzter/Scherer/Graulich (Fn. 23), § 148 Rn. 10; Kleszczewski, in: Säcker (Fn. 23), § 148 Rn. 13 f.

51 Frenzel, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, 8. EL 2007, § 90 Rn. 7.

52 So auch, Hessel, JurPC Web-Dok 2017, Nr. 13 (Abs. 26).

53 BT-Drs. 17/5707, S. 30, 78; Altenhain, in: Joecks/Miebach (Fn. 24), § 148 TKG Rn. 49; Bock, in: Geppert/Schütz (Fn. 19), § 90 Rn. 12; Fetzter, in: Arndt/Fetzter/Scherer/Graulich (Fn. 23), § 90 Rn. 15.

es an dieser Deutlichkeit. So dient z. B. die Sendeanlage in der Spielzeugpuppe Cayla zwar auch dem Abhören, zugleich unterhält und belehrt sie die Kinder mithilfe ihrer Sende- und Empfangs-Funktionen. Insoweit scheint sie nicht der gesetzgeberischen Vorstellung eines Gerätes zu entsprechen, das „von vornherein keinem aner kennenswerten Zweck, sondern offensichtlich nur dem heimlichen Abhören von Gesprächen“ dienen soll.⁵⁴ Zudem können die Nutzer der offiziellen App die Audioaufzeichnungen nicht selbst abhören. Die Aufzeichnungen werden nur an den Server des Anbieters gesendet, der im Regelfall nicht an dem Missbrauch des Gehörten zu Lasten Betroffener interessiert sein dürfte.

b) Hohes Gefährdungspotential

Allerdings besteht die Gefahr, dass Ermittlungsbehörden oder Geheimdienste an den Aufzeichnungen interessiert sind und potentielle Datenlecks sie dem Zugriff Dritter oder gar der Öffentlichkeit ausliefern können.⁵⁵ Die Spielzeugpuppe „Cayla“ wurde zudem von dem Norwegischen Verbraucherrat „Forbrukerrådet“ erheblich beanstandet, da die Sprachaufzeichnungen laut den Datennutzungsbedingungen auch an Dritte weitergegeben sowie für Forschungs-, Werbe- oder Marketingzwecke analysiert werden dürfen.⁵⁶

Umgekehrt fehlt es mangels Kenntnis der Aufzeichnung, an einem wirksamen Rechtsschutz der Betroffenen. Dies führt wiederum zu einer erheblichen Belastung des durch den Schutz der Menschenwürde wesentlich geprägten Rechts am nichtöffentlich gesprochenen Wort der Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. 1 Abs. 1 GG.⁵⁷ Folglich entspricht diese Gefahrenlage der Intentionen des Gesetzgebers, der einer fehlenden Nachweisbarkeit von Verletzungen der Privatsphäre entgegentreten wollte.⁵⁸

c) Vermeidung der Umgehung des Verbotes

Würde man zudem mögliche aner kennenswerte Nutzungszwecke als ein Ausschlusskriterium betrachten, dann könnten Hersteller das Verbot bei praktisch allen smarten Geräten umgehen. Zwar handelt es sich bei der Bestimmung entsprechend der besonderen Eignung, um ein objektives Tatbestandsmerkmal, so dass die bloße subjektive Deklaration eines anderen aner kennenswerten Zwecks nicht ausreicht.⁵⁹

So könnten z. B. Abhörenanlagen in Kugelschreibern ohne großen Aufwand um eine aner kennenswerte Funktion ergänzt werden, mit der sich die aufgezeichneten Gespräche auf dem Smartphone in einem Notizblock speichern ließen.⁶⁰ Damit ließe sich das Gesetz angesichts heutiger technischer Möglichkeiten, ebenfalls sehr einfach umgehen.

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der auf die Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten bedachte Gesetzgeber, dieses Ergebnis gewollt hat.⁶¹ Vielmehr ist die Annahme, dass verbotenen Geräten ein aner kennenswerter Zweck fehlen dürfte, eine Schätzung, die vor dem Hintergrund der Technologie der 1980er Jahre getroffen wurde. Dass es keine unumstößliche Voraussetzung des Verbotes war und der Gesetzgeber nicht nur typische Spionagewerkzeuge erfassen wollte, zeigt sich an der Verwendung des Konjunktivs in „[...] Verwendung für aner kennenswerte Zwecke kaum in Frage kommen dürfte“.⁶² Das heißt, dass eine mögliche Nutzung zu aner kennenswerten Zwecken, dem Verbot des § 90 TKG nicht per se entgegenseht.

d) Besondere Eignung zum Abhören als maßgebliches Kriterium

Folglich ergibt sich eine Bestimmung zum heimlichen Abhören bereits daraus, dass eine zum heimlichen Abhören besonders geeignete Anlage entsprechend § 90 TKG in einem Gegenstand des täglichen Gebrauchs verborgen wurde oder einen anderen Gegenstand vortäuscht.⁶³ Wie bereits auf der Ebene der besonderen Eignung zum Abhören festgestellt wurde, führt diese Sichtweise nicht zur Ausuferung oder fehlender Bestimmbarkeit des Verbots tatbestandes.⁶⁴

Folglich ist es damit unbeachtlich, dass die Sendeanlage in der Spielzeugpuppe „Cayla“ auch für aner kennenswerte Zwecke verwendet werden kann. Weil die Anlage als eine Puppe getarnt ist und sich so zum heimlichen Abhören nichtöffentlich gesprochener Worte besonders eignet, ist sie auch zu diesem Zweck bestimmt und damit gem. § 90 TKG verboten.

IV. Ergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass das Verbot des § 90 TKG auch in einer „smarten Welt“ weiterhin seine Berechtigung findet und weder einfach umgebar noch ausufernd ist.

Die smarten Geräte stellen zwar sendefähige Abhörenanlagen dar, die häufig einen anderen Gegenstand vortäuschen oder mit Gegenständen des täglichen Gebrauchs verkleidet sind.

Allerdings werden sie dann nicht besonders zum heimlichen Abhören von Menschen geeignet sein, wenn sie über optische oder akustische Signalfunktionen verfügen, die den Abhörvorgang erkennen lassen und im Optimalfall zusätzlich nur durch bestimmte Signalwörter aktiviert werden können.

Jedoch muss die Signalfunktion je deutlicher sein, je weniger die Geräte verbreitet sind und ihre Abhörtauglichkeit nicht allgemein hin bekannt ist. Auch muss die Möglichkeit der Verdeckung der Signalfunktion berücksichtigt werden. Ebenso sollten die Signalwörter von den Benutzern nicht frei bestimmt werden oder so gewählt sein, dass sie zur ungewollter Aktivierung führen. Das zumindest sofern diese Schutzschwäche nicht durch deutliche Signalfunktionen ausgeglichen wird.

Ferner darf die Abschaltung der Signalfunktion nicht zum Funktionsumfang des Gerätes gehören. Ebenso dürfen die Geräte nicht über Mängel verfügen, die von den Nutzern ohne zusätzliche Werkzeuge oder spezielle technische

54 Vgl. BT-Drs. 10/1618, S. 6.

55 Weiß Amazon, wer der Mörder ist?, FAZ, <http://www.faz.net/aktuell/kriminalfall-in-amerika-weiss-amazon-wer-der-moerder-ist-14596382.html>; Wilkens, Cloudpets: 2,2 Millionen Sprachdateien von Kinderspielzeug offen im Netz, heise security, <https://www.heise.de/security/meldung/Cloudpets-2-2-Millionen-Sprachdateien-von-Kinderspielzeug-offen-im-Netz-3637923.html>.

56 Forbrukerrådet, (Fn. 9), 8 ff.

57 Vgl., BVerfG, 9.10.2002 – 1 BvR 330/96 u. 1 BvR 348/9, BVerfGE 106, 28, 40 ff.; zur Abwägung der Privatsphäre mit Nutzerinteressen eingehend, Schwenke (Fn. 36), S. 153 ff.

58 BT-Drs. 10/1618, S. 6.

59 Alenhain, in: Joecks/Miebach (Fn. 24), § 148 TKG Rn. 49; Möllers/Vogelsang/Hessel/Leffer, Mit Schirm, Charme und Kamera – Verbotene Sendeanlagen i. S. d. § 90 TKG, in: Tagungsband IRIS2017, S. 683, 691 ff. Vgl. Möllers/Vogelsang/Hessel/Leffer (Fn. 59), S. 683, 691 f.

60 Vgl. BT-Drs. 10/1618, S. 8.

61 Vgl. BT-Drs. 10/1618, S. 10.

62 Vgl. BT-Drs. 10/1618, S. 10.

63 So auch, Hessel, JurPC Web-Dok 2017, Nr. 13 (Abs. 28) ff.; Kleszczewski, in: Säcker (Fn. 23), § 90 Rn. 11.

64 S. oben, III. 2.

Kenntnisse zur Abschaltung dieser Schutzmechanismen verwendet werden können.

Nachträglich bekannt gewordene technische Schwachstellen dieser Art führen zwar zu einem Verbot der Geräte, die Normadressaten werden jedoch erst ab deren Kenntnis, bzw. fahrlässiger Unkenntnis straf- oder ordnungsrechtlich sanktioniert. Die Möglichkeit der Nutzer oder Dritter Signalfunktionen durch mechanische Umgestaltung, z. B. abkleben oder durch technisch versierte softwareseitige Eingriffe zu umgehen, bleiben dabei außer Betracht.

Diese Kriterien belasten die Normadressaten nicht über Gebühr und entsprechend dem Willen des Gesetzgebers nur solche Geräte zu verbieten, die offensichtlich nur dem heimlichen Abhören und keinen aner kennenswerten Zwecken dienen. Mögliche aner kennenswerte Nutzungen, Deklarationen oder fehlender Missbrauch bei konkreter Anwendung müssen dabei außer Betracht bleiben, da die Vorschrift ansonsten ohne Weiteres umgangen werden könnte.

Folglich hätte auch das Verbot der Spielzeugpuppe „Cayla“ durch eine deutlichere Signalfunktion und Aktivierung

des Mikrofons mittels eines Knopfes oder Signalwörter verhindert werden können.

Ferner hätte der Hersteller auch verhindern müssen, dass die Signalfunktion sich abschalten lässt oder im Zusammenspiel mit bestimmten Smartphone-Arten nicht funktioniert. Dazu hätte die Signalfunktion z. B. als ein inhärentes Funktionsmerkmal der Hardware der Spielzeugpuppe verbaut werden können.

Zu beachten ist schließlich, dass dieses Ergebnis nicht generell die Frage beantwortet, ob § 90 TKG einen hinreichenden Schutz vor der Ausbreitung überwachender Technologien bietet.⁶⁵ Sollte diese Frage verneint werden, müsste der Gesetzgeber jedoch entweder den Tatbestand des § 90 TKG erweitern oder alternative Schutzmöglichkeiten, wie z. B. Zertifizierungsverfahren für smarte Geräte schaffen.⁶⁶

⁶⁵ Vgl. Möllers/Vogelsang/Hessel/Leffer (Fn. 59), S. 683, 694.

⁶⁶ Wobei § 90 TKG gerade einen mit der Genehmigung von Anlagen einhergehenden Verwaltungsaufwand verhindern sollte, BT-Drs. 10/1618, S. 7.

RA Dr. Sebastian Meyer, LL.M. und RA Dr. Christoph Rempe, Bielefeld*

Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2016

Der Bericht gibt einen Überblick über die rechtlichen Entwicklungen im Zusammenhang mit Suchmaschinen. Berücksichtigt sind gerichtliche Entscheidungen, wissenschaftliche Aufsätze und sonstige Veröffentlichungen aus dem letzten Jahr. Damit knüpft der Bericht an den Überblick des Vorjahres (K&R 2016, 308) an.

I. Einleitung

In der Öffentlichkeit wird sehr kontrovers über die Verantwortung der Medien für die Verbreitung von Inhalten diskutiert. Vor allem die großen Anbieter von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken sind dabei in die Kritik geraten, weil sie angeblich nicht ausreichend gegen die Verbreitung von rechtswidrigen bzw. falschen Informationen vorgehen.¹

Im Rahmen der Diskussion über „Fake News“ und „Alternative Facts“ zeichnet sich ein Wandel ab. In der Vergangenheit wurden Anbieter von Suchmaschinen regelmäßig dafür kritisiert, keinen diskriminierungsfreien Zugang zu sämtlichen Informationen zu gewähren. In diesem Zusammenhang wurde gefordert, die Anbieter von Suchmaschinen dürften sich nicht als Gatekeeper betätigen und entscheiden, welche Informationen ein Nutzer eingeblendet erhält. Es sollte gerade kein Einfluss auf die angezeigten Ergebnisse genommen werden. Jetzt sollen die Anbieter aber in die Pflicht genommen werden, bestimmte Inhalte unverzüglich bei Beschwerden zu entfernen.² Damit wird letztlich doch eine inhaltliche Überprüfung und Bewertung von Inhalten gefordert.

In diesem Spannungsfeld ist es für Anbieter von Suchmaschinen nicht immer einfach, allen Anforderungen und Vorgaben gerecht zu werden. Viele Diskussionen und Streitigkeiten bezogen sich daher auch im vergangenen Jahr wieder auf die Frage, welche Inhalte zulässigerweise angezeigt werden und welche Beteiligten für etwaige Rechtsverletzungen verantwortlich sind.

II. Marktentwicklung

Die Reviere für die Anbieter von Suchmaschinen sind weitgehend abgesteckt, Veränderungen bei den Marktanteilen gibt es nur in einem sehr geringen Umfang. Google gelingt es seit Jahren, mit gewissen regionalen Unterschieden einen globalen Marktanteil von etwa 90 % zu erreichen.³ Zur Erreichung der faktischen Monopolstellung haben auch die Kooperationen mit großen Internetportalen wie AOL beigetragen. In Deutschland ist der Abstand von Google zu den Wettbewerbern noch höher; der Marktanteil liegt hier bei fast 95 %.⁴ Weltweit verfügen daneben nur Microsoft mit Bing und Yahoo! noch über relevante Marktanteile, wobei Yahoo! aufgrund einer

* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der Sozietät BRANDI Rechtsanwälte. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII.

¹ Kuntz, ZD-Aktuell 2016, 05318.

² Kersten, JuS 2017, 193, 197.

³ luna-park GmbH, Suchmaschinenanteile weltweit 2016, <https://www.luna-park.de/blog/9907-suchmaschinen-marktanteile-weltweit-2016/> (Stand: 31. 3. 2017).

⁴ Statista, Marktanteile führender Suchmaschinen in Deutschland bis 2016, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/167841/umfrage/marktanteile-ausgewaehlter-suchmaschinen-in-deutschland/> (Stand: 31. 3. 2017).