

# Stellungnahme

## Regierungsentwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (2. TMGÄndG, in der Fassung vom 16. September 2015)

19. Januar 2016

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.300 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.500 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlandsumsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

### Zusammenfassung

Bitkom begrüßt die Absicht der Bundesregierung, die offene WLAN-Abdeckung in Deutschland zu verbessern und Anbieter von offenen WLAN-Zugängen als Zugangsprovider i.S.d. § 8 Telemediengesetz (im Folgenden „TMG“) zu bewerten. In der jetzigen Form baut der Regierungsentwurf aber eher Hürden auf, als dass er offene WLAN-Zugänge fördert.

Zudem verknüpft der Regierungsentwurf mit dem gesetzgeberischen Ziel zur Erweiterung der WLAN-Abdeckung eine Änderung der Regeln zur Privilegierung von Hosting-Diensten (§ 10 TMG), die eine gänzlich andere, in Teilen sogar sich widersprechende Zielsetzung hat. So besteht die Gefahr von Entscheidungen, die eher politischer Natur sind, als dass sie die Sachlage verbessern.

Dem Vorschlag des Regierungsentwurfs zu § 10 TMG steht der Bitkom aus einer ganzen Reihe von grundsätzlichen Einwänden und insbesondere europarechtlichen Fragestellungen ablehnend gegenüber.

Die durch E-Commerce-Richtlinie und Telemediengesetz vorgegebene, gestufte Haftung für eigene und fremde Rechtsverstöße (Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Äußerungsdelikte, Verstöße gegen Urheber- und Markenrechte) hat sich grundsätzlich bewährt. Die damit verbundene Rechtssicherheit war und ist

Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

**Judith Steinbrecher, LL.M.**  
**Bereichsleiterin Gewerblicher  
Rechtsschutz & Urheberrecht**  
T +49 30 27576-155  
j.steinbrecher@bitkom.org

**Nick Kriegeskotte**  
**Bereichsleiter**  
**Telekommunikationspolitik**  
T +49 30 27576-224  
n.kriegeskotte@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 2|10

wesentlicher Garant für die Praktikabilität und damit den Erfolg zahlreicher Internetdienste auf den verschiedensten Wertschöpfungsstufen. Diese unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfung im Internet (Access, Hosting, Inhalte) bedürfen auch weiterhin unterschiedlicher Haftungsregelungen. Jede Ergänzung der bestehenden Regelungen um neue Kategorien muss daher sicherstellen, dass das bestehende Haftungsgefüge davon nicht beeinträchtigt wird.

### **1 Artikel 1 Ziffer 3 des 2. TMGÄndG zur Änderung von § 8 TMG**

Bitkom begrüßt, dass sich die deutsche Bundesregierung zum Ziel setzt, die WLAN-Abdeckung zu verbessern. Wesentlicher Hemmschuh für den Ausbau war in der Vergangenheit die große Rechtsunsicherheit, inwieweit der Anbieter von offenen WLAN-Zugängen für Rechtsverstöße von Nutzern haftet. Lediglich zur Haftung privater Anschlussbetreiber hatte der BGH 2010 entschieden<sup>1</sup>, dass es zumutbar sei, dass diese mit Zugangscodes ihre Anschlüsse vor der Nutzung durch Dritte schützen. Zu der Frage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen WLAN-Betreiber haften, die einen drahtlosen Internetzugang „öffentlich“ anbieten, gibt es hingegen keine höchstrichterliche Entscheidung. Vielmehr gibt es nur diverse Entscheidungen von Instanzengerichten zu der Frage, wie sehr gewerbliche Anbieter ihre WLAN-Zugänge vor Missbrauch schützen müssen. Darauf basierend hat sich in der Praxis als ein wesentliches Modell bislang etabliert, dass WLAN-Zugänge oftmals passwortgeschützt und unter der Bedingung einer AGB-Bestätigung angeboten werden. Es finden sich in Deutschland im Vergleich zu anderen Ländern wie Großbritannien, Schweden oder Frankreich nur wenige Angebote von völlig voraussetzungslos, ungeschützt nutzbaren („öffentlich offenen“) WLAN-Zugängen. Dies bestätigt eine Bitkom-Umfrage, nach der vier von zehn Prozent (39 Prozent) der Internetnutzer außerhalb der eigenen vier Wände per WLAN ins Netz gehen. Und dort, wo offene WLAN-Zugänge angeboten werden, werden diese ganz unterschiedlich realisiert: von dem freien Nutzerzugang, über die Vergabe von allgemeingültigen oder individuellen Zugangscodes, bis hin zur Registrierung über personenbezogene Daten. Deshalb unterstützen wir die von der Bundesregierung nun im o. g. Regierungsentwurf vorgeschlagene gesetzgeberische Klarstellung, Diensteanbieter, die einen Zugang zur Nutzung ihres drahtlosen lokalen Netzwerkes vermitteln, als Zugangsprovider i.S.d. § 8 Abs. 1 TMG anzusehen.

Die Verantwortlichkeit von WLAN-Anbietern wird seit September 2014 auch in einem Vorlageverfahren beim EuGH thematisiert (C-484/14). Das LG München I hat in dem

<sup>1</sup> BGH, „Sommer unseres Lebens“, Urteil v. 12.05.2010, Az. I ZR 121/08.

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 3|10

Verfahren neun Fragen zur Haftung eines WLAN-Anbieters im Gefüge der E-Commerce-RL vorgelegt (Beschl. v. 18.9.2014 – Az. 7 O 14719/12) – u. a. die Frage, unter welchen Bedingungen WLAN-Anbieter als Access-Provider nicht der Störerhaftung unterliegen. Im Dezember 2015 fand eine erste mündliche Verhandlung beim EuGH statt. Die Schlussanträge des Generalanwaltes werden für den 16. März erwartet. Es besteht die Gefahr, dass der Gesetzgeber mit dem vorliegenden Entwurf zum TMGÄndG (im folgenden „TMG-E“) eine Regelung schafft, die auf europäischer Ebene möglicherweise gar keinen Bestand haben kann.

Doch auch inhaltlich sprechen viele Argumente gegen den aktuellen Entwurf:

### **Reichweite des Haftungsprivilegs bei Access-Providern und WLAN-Anbietern**

Der Regierungsentwurf lässt unberücksichtigt, dass nach der geltenden Rechtslage Access-Provider, die den nunmehr von der Störerhaftung befreiten Diensteanbietern von drahtlosen lokalen Netzwerken den eigentlichen Internetzugang zur Verfügung stellen, sich selbst unter Umständen weiterhin Unterlassungsansprüchen ausgesetzt sehen und gezwungen werden könnten, aus diesem Grund Maßnahmen gerade gegen diese Diensteanbieter einzuleiten. Es wäre sinnvoll, diesen Aspekt in die Richtung mit zu regeln, dass auch die den Netzzugang vermittelnden Access-Provider unter vergleichbaren Voraussetzungen von der Störerhaftung befreit werden. Es ist kein Grund ersichtlich, das bestehende und von der E-Commerce-Richtlinie vorgegebene Haftungsgefüge zu verändern, insbesondere nicht, die Abstufungen aufgrund vermeintlicher jeweiliger „Risikonähe“ in ihr Gegenteil zu verkehren bzw. den dafür gegebenen sachlichen Hintergrund auszublenden.

### **§ 8 Abs. 4 Nr. 1 TMG-E und „angemessene Sicherungsmaßnahmen“**

In § 8 Abs. 4 Nr. 1 TMG-E wird zur Bedingung gemacht, dass der Anbieter den Internetzugang mit „angemessenen Sicherungsmaßnahmen“ schützt. Mit Blick in die Gesetzesbegründung stellt sich die Frage, wovor die Sicherungsmaßnahmen tatsächlich schützen sollen – vor unberechtigtem Zugriff, vor Datenklau oder vor illegalem Up- oder Download.

Laut Begründung des Regierungsentwurfs kann eine angemessene Sicherungsmaßnahme zum einen die Verschlüsselung des Routers, aber auch die Registrierungspflicht des Nutzers sein. Beide Maßnahmen spiegeln jedoch nicht wider, was der Verbraucher nachfragt, nämlich den voraussetzungslos, offenen Zugang zum Internet sowie den einfachen Wechsel von einem WLAN-Zugang zum nächsten. Auch wird mit der Verknüpfung der Haftungsbefreiung mit dem Einsatz von angemessenen Sicherungsmaßnahmen gegen europäisches Recht verstoßen. Denn die in Vollharmonisierung festgelegten Regelungen zur Access-Provider-

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 4|10

Haftung werden damit unterlaufen. Ein verpflichtender Passwortschutz, wie man § 8 Abs. 4 Nr. 1 TMG-E auch auslegen könnte, würde darüber hinaus nicht nur viele Fragen zum notwendigen Sicherheitslevel aufwerfen (z. B. welches Sicherheitslevel (Zeichenlänge, Sonderzeichen, personenbezogen etc.)), sondern auch die Vielfalt an HotSpot-Anbietern unterschiedlich belasten. So ist es beispielsweise für einen großen HotSpot-Betreiber im Flughafen sehr viel ressourcenintensiver, ein Passwort zu kommunizieren, als für ein Hotel, das ohnehin einen vertraglich basierten, direkten Kundenkontakt hat.

### § 8 Abs. 4 Nr. 2 sowie das Zusammenspiel mit Nr. 1

Auch ist Bitkom die Verknüpfung von § 8 Abs. 4 Nr. 1 und § 8 Abs. 4 Nr. 2 TMG-E unklar.

Nimmt man die Begründung des Entwurfs zum Maßstab, soll über § 8 Abs. 4 Nr. 1 TMG-E der Betreiber eines WLANs verpflichtet werden, eine Zugriffskontrolle einzurichten, um insoweit „unberechtigten“ Zugriff auf das WLAN zu unterbinden. Die Nr. 1 dient also dem Schutz vor Rechtsverletzungen durch Nutzer des WLANs, die sich gegen den Willen des Betreibers Zugang zu dessen Netz verschafft haben. Diese Vorgabe erscheint damit kontraproduktiv zu dem gesetzten Ziel, das WLAN-Angebot auszubauen.

§ 8 Abs. 4 Nr. 2 TMG-E soll dagegen – im Sinne der beabsichtigten Förderung „offener“ WLAN-Netze – die haftungsrechtlichen Voraussetzungen für die insoweit intendierte Nutzung durch „berechtigte“ Nutzer regeln.

Die Pflicht zur Zugriffskontrolle nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 TMG-E böte weder aus IT-Sicherheits-Perspektive noch aus haftungsrechtlicher Perspektive einen eigenständigen Schutz. Sie wäre eine rein rechtliche Formalie, da die entscheidenden haftungsrechtlichen Wertungen letztlich durch § 8 Abs. 2 Nr. 2 TMG-E getroffen werden.

Auch ein Hinweis auf die Notwendigkeit eines rechtskonformen Verhaltens, beispielsweise durch das Erfordernis einer Bestätigung von AGBs, ist im Ergebnis wenig geeignet, die Nutzung eines öffentlichen WLAN-Zugangs durch solche Nutzer, die eine Rechtsverletzung intendieren, zu minimieren.

Letztendlich stellt sich hinsichtlich beider Maßnahmen und deren Zumutbarkeit die Frage des Risikos. Zumindest in Bezug auf Urheberrechtsverletzungen wird mehrfach bestätigt, dass diese (in Form von illegalem File-Sharing) über öffentliche WLAN-Zugänge in der Regel schon allein aus technischen Gründen, wie beispielsweise die geringe Bandbreite, nicht vorkommen.

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 5|10

### **Berücksichtigung besonderer Pflichten von Telekommunikationsnetzbetreibern**

Auch berücksichtigt der Regierungsentwurf in keiner Weise, ob der WLAN-Betreiber bereits den Regelungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) zu Überwachungsmaßnahmen und der Erteilung von Auskünften unterliegt oder nicht. Erbringer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste unterliegen gemäß TKG umfangreichen Verpflichtungen im Rahmen der öffentlichen Sicherheit. Deshalb sollte es bei der Bewertung der Sicherheit des Internetzugangs eine entscheidende Rolle spielen, ob der WLAN-Betreiber bereits TKÜ-Verpflichtungen unterliegt und damit schon durch deren Erfüllung einen maßgeblichen und hinreichenden Beitrag zur öffentlichen Sicherheit leistet.

Die in § 110 TKG niedergelegte und u. a. in § 3 TKÜV konkretisierte Verpflichtung zur Umsetzung von Anordnungen zur Überwachung von Telekommunikation erstreckt sich aktuell laut Bundesnetzagentur (BNetzA) entgegen der Auffassung des Bitkom nur auf klassische Telekommunikationsunternehmen oder -netzbetreiber, nicht aber auf alle Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mit denen Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbracht werden. Grundsätzlich müssten auf Basis der Begriffsbestimmungen in § 3 Nrn. 17a, 23 und 24 TKG auch alle sonstigen natürlichen und juristischen Personen (z. B. Städte und Gemeinden, aber auch Unternehmen und Vereine), die WLAN-basiert den Zugang zum Internet für die Öffentlichkeit (z. B. auch durch Aggregation von WLAN-Zugangspunkten an Endnutzerstandorten) anbieten, zum Kreis der Verpflichteten gemäß § 110 TKG i.V.m. § 3 TKÜV gehören und von der BNetzA entsprechend verpflichtet werden, sofern im Einzelfall etwaige sonstige Voraussetzungen erfüllt bzw. Ausnahmeregelungen nicht einschlägig sind. Dies wäre schon aus Gründen der Gleichbehandlung und zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zwingend geboten, wird aktuell in dieser Form aber nicht durch die BNetzA umgesetzt, was in der Konsequenz zu unterschiedlichen Rahmenbedingungen führt.

Mit dem Regierungsentwurf zum TMG wird diese Ungleichbehandlung noch verstärkt. Sollte der Bundestag in seiner Debatte um das TMG-E eine bedingungslose Haftungsprivilegierung für WLAN-Anbieter ebenfalls als nicht gerechtfertigt sehen, so müssen die TKÜ-Pflichten bei der Bewertung zwingend Berücksichtigung finden. Es wäre nicht gerechtfertigt, WLAN-Anbieter, die TKÜ-Pflichten nachkommen müssen, gegenüber anderen WLAN-Anbieter im TMG-Kontext gleich zu behandeln. Damit würde den TKÜ-pflichtigen WLAN-Anbietern, welche bereits heute in herausragendem Maße zur Verfügbarkeit von öffentlichen WLAN-HotSpots beitragen, eine extreme Benachteiligung gegenüber kleinen WLAN-Angeboten und Freifunkern drohen.

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 6|10

Sollte sich der Bundestag trotz der oben angebrachten Kritik für die Erfüllung von „angemessenen Sicherungsmaßnahmen“ aussprechen, so sollten die TKÜ-Pflichten zumindest als „angemessene Sicherungsmaßnahmen“ im Sinne des TMG-E gewertet werden. Dies könnte durch eine ergänzende Ausführung in der Gesetzesbegründung geschehen, mit der klargestellt wird, dass als hinreichend „angemessene Sicherungsmaßnahmen“ i.S.v. § 8 Abs. 4 Nr. 1 TMG-E regelmäßig auch solche Vorkehrungen zu verstehen sind, die der Diensteanbieter in Umsetzung von Verpflichtungen nach § 110 Abs. 1 TKG getroffen hat.

### Fazit zu § 8 TMG-E

Insgesamt weisen wir darauf hin, dass durch die pauschale Forderung nach „Sicherungsmaßnahmen“ die Hürden für das Anbieten eines offenen WLAN-Netzes deutlich und unnötig erhöht werden. So gibt es im Markt auch aus den Reihen unserer Mitglieder bereits eine Reihe verschiedener Geschäftsmodelle, von denen nur wenige eine Zugangssicherung zum lokalen Funknetz, dafür aber andere Sicherheitsvorkehrungen in Bezug auf den Zugang zum eigentlichen Internetzugang vorsehen und die angesichts des nun vorliegenden Gesetzesentwurfs teilweise nicht oder nur in geänderter Form Bestand haben können.

Eine Verschlüsselungspflicht behindert die Verbreitung geschäftsmäßiger offener WLAN-Angebote und widerspricht damit der politischen Zielsetzung. Der Regierungsentwurf überträgt lediglich unreflektiert die für private WLAN Zugänge in der Rechtsprechung entwickelten Obliegenheiten auf alle Anbieter. Dabei wird übersehen, dass die für private WLAN-Zugänge entwickelten Grundsätze maßgeblich davon getrieben waren, prozessuale Schutzbehauptungen des Anschlussinhabers im Sinn einer nicht identifizierbaren Drittnutzung durch unberechtigten Zugriff haftungsrechtlich einen Riegel vorzuschieben. Diese Anforderungen sind aber nicht auf die besonderen Gegebenheiten von Betreibern großer HotSpots übertragbar.

Die Haftungsbefreiung an Bedingungen zu knüpfen, wie es der Regierungsentwurf vorsieht, widerspricht zudem europäischem Recht, insbesondere der E-Commerce-Richtlinie.

Ziel der anstehenden Beratungen sollte es daher aus Sicht des Bitkom sein, einfache Zugänge zu WLAN-HotSpots zu schaffen, was durch eine Streichung der Verschlüsselungspflicht bzw. Zugangskontrolle erreicht werden könnte. Zudem ist es aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive geboten, bei den Bedingungen für eine Haftungsprivilegierung zwischen solchen Anbietern zu differenzieren, die TKÜ-Pflichten unterliegen, und denen, die insoweit keinerlei diesbezügliche Verpflichtungen zu beachten haben.

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 7|10

### 2 Artikel 1 Ziffer 4 des 2. TMGÄndG zur Änderung von § 10 TMG

Auch wenn wir die wirksame Rechtsdurchsetzung von Urheberrechtsverletzungen im Internet grundsätzlich unterstützen, so lehnen wir es dennoch ausdrücklich ab, auf nationaler Ebene den Versuch zu starten, die Regelung des § 10 TMG nunmehr auch gesetzlich und über die nationale Rechtsprechung hinausgehend noch weiter einzuschränken. Bitkom lehnt es auch ab, diese gravierende und grundsätzliche Einschränkung der Providerhaftung nahezu beiläufig im Paket mit dem Ausbau von offenem WLAN politisch verhandeln zu wollen. Die Zielsetzung beider Gesetzesvorhaben ist so unterschiedlich, dass die Klarheit der jeweiligen Interessenslage verfälscht zu werden droht.

Der Entwurf ist nicht geeignet, die von ihm selbst formulierten Ziele zu erreichen. Er verstößt gegen europäisches Recht und führt als nationaler Alleingang zu einer Zersplitterung des Binnenmarkts und zu rechtlicher Inkohärenz. Er beseitigt so nicht, er verstärkt die schon bestehenden Rechtsunsicherheiten. Unter anderem mit der Einführung einer Regelung, die die „vermutete“ statt der tatsächlichen Kenntnis von einer rechtswidrigen Handlung ausreichen lassen will, nimmt der Regierungsentwurf eine besondere Haftungsverschärfung vor. Damit müsste der Diensteanbieter – genauer gesagt jegliche Online-Plattform, die fremde Inhalte speichert – die gesetzliche Vermutung entkräften, also nachweisen, keine Kenntnis von Tatsachen gehabt zu haben, aus denen eine Rechtsverletzung offensichtlich wird. Dies widerspricht der derzeitigen Rechtslage des Art. 14 und insoweit auch der die Vollharmonisierung verlangenden E-Commerce-Richtlinie.

Die Begründung zum Regierungsentwurf ist widersprüchlich: Ein Vorgehen gegen Anbieter, die ihren Sitz in Deutschland haben, ist weder schwierig noch gar unmöglich. Die „gefährdungen Dienste“, die die Bundesregierung im Blick hat, haben ihren Sitz nicht in Deutschland. Fakt ist daher, dass es im Geltungsbereich des TMG keinen Fall in Deutschland gibt, auf den diese Regelung Anwendung finden könnte. Umgekehrt wird der Entwurf die Dienste, die er im Blick haben mag, nicht erreichen. Dagegen verstärkt der Entwurf für in Deutschland tätige Hosting-Anbieter die ohnehin schon bestehende Rechtsunsicherheit erheblich, weil er ohne Not einen weiteren unbestimmten Rechtsbegriff einfügt, der jahrelange Gerichtsverfahren nach sich ziehen wird. Dies und die ggf. nur vorsorglich umzusetzenden Verpflichtungen setzen wegen des damit verbundenen Aufwands Marktzutrittsschranken insbesondere für kleine Unternehmen und Start-ups, ersticken so Innovation und Investition am Digitalstandort Deutschland und konterkarieren die Ziele der E-Commerce-Richtlinie.

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 8|10

Jegliche Online-Plattformen, die fremde Inhalte speichern, werden mit dem Regierungsentwurf unverhältnismäßigen Rechtsunsicherheiten ausgesetzt. Mit den alternativ festgelegten Regelbeispielen in § 10 Abs. 2 lit. a) bis d) TMG-E für den Ausschluss der Haftungsbefreiung wird der gesamte deutsche und europäische Anbieterkreis von Speicherdiensten einem Generalverdacht ausgesetzt, der die Wettbewerbsfähigkeit und eine an den Nutzerbedürfnissen orientierte Entwicklung dieses Sektors verhindert. Spätestens an dieser Stelle erweist sich die zur Diskussion gestellte Konstruktion, mit einer Vermutung der Kenntnis und damit der Rechtswidrigkeit zu arbeiten, als nicht tragbar. Die Beachtung der über verschiedene grundrechtliche, einfachgesetzliche und vertragliche Verbürgungen geschützten Rechte von Nutzern von Speicherdiensten verhindert a priori, dass sich der Anbieter positive Kenntnis verschafft. Die Begründung des Entwurfs zeigt nicht nur an dieser Stelle – bei verständiger Würdigung – hinreichend klar auf, dass gerade dies dem Anbieter i. S. d. § 10 TMG-E zum Nachteil gereichen soll; vorliegend würde es sich also um eine offensichtlich widersprüchliche Wertung durch den Gesetzgeber handeln.

§ 10 TMG in der aktuellen Fassung ist die rechtmäßige Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie. Die dort niedergelegten Grundsätze zur Verantwortlichkeit von Host-Providern basieren auf einem bei Erlass der Richtlinie (und national auch zuvor) breit diskutierten Interessensausgleich, sie sind weitgehend unverändert praxisgerecht, unterdessen europaweit erprobt und durch die Rechtsprechung insbesondere des EuGH ausgeprägt.

Schon die Prämisse des Entwurfs, dass er nur unzweideutig festlege, was bei Auslegung des Rechts schon heute der Fall sei, erscheint unzutreffend: Soweit der BGH von „gefährdungen Diensten“ gesprochen hat, führte dies nicht zum Verlust einer Privilegierung oder zu einer vermuteten Kenntnis, sondern löste nur erweiterte Prüfpflichten im Rahmen der Störerhaftung aus, dies zumal nur „anlassbezogen“ auf konkrete Rechtsverletzungen (vgl. BGH GRUR 2013, 1030 Rn. 43, 44, 45 – File-Hosting-Dienst). In seinem Urteil „Hotelbewertungsportale“ (BGH, Urteil vom 19. März 2015 - I ZR 94/13) spricht der BGH sogar davon, dass erst „ein hochgradig gefährliches Geschäftsmodell [...] besondere Prüfpflichten“ auslösen könne.

Der Regierungsentwurf geht damit weit über das hinaus, was der BGH entschieden hat. Um eine Inanspruchnahme zu vermeiden, wäre ein Diensteanbieter gehalten, stets zu kontrollieren, dass nicht „weit überwiegend“ rechtswidrige Inhalte bei ihm gespeichert werden; das Gesetz erlegte ihm so faktisch eine allgemeine Überwachungspflicht auf. Es ist ein elementarer Grundsatz der E-Commerce-Richtlinie, dass einem Vermittler von Internetdiensten keine allgemeine Verpflichtung auferlegt werden darf, wonach dieser die übermittelten oder gespeicherten Informationen überwachen müsse oder aktiv nach Umständen zu forschen habe, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen würden.



## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 9|10

In einem vorgelagerten Schritt stellt sich überdies auch schon die Frage, wie ein Diensteanbieter wissen soll, in welchem Umfang sein Dienst möglicherweise für rechteevertetzende Inhalte missbraucht wird, ohne die Expertise der ebenfalls betroffenen Rechteeinhaber innezuhaben und ohne die Inhalte fortwährend zu überwachen.

Der Regierungsentwurf verstößt aber nicht nur damit gegen europäisches Recht. Die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit in der E-Commerce-Richtlinie bezwecken eine Vollharmonisierung – d. h. die Mitgliedstaaten dürfen weder weitere noch engere Regelungen im nationalen Recht vorsehen (BGH 2014, 180 Rn. 19 – Terminhinweis mit Kartenausschnitt). Die Regelungen des Regierungsentwurfs stellen aber nicht lediglich eine bloße Präzisierung, sondern eine Einschränkung der Regeln zur Verantwortlichkeit der Vermittler dar, die die E-Commerce-Richtlinie nicht vorsieht und die auch nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Richtlinie steht. Den Begriff einer „Gefahrgeneigntheit“, auf die der Regierungsentwurf abstellt, kennt der EuGH nicht nur nicht; sie reichte nach dessen Rechtsprechung auch nicht für einen derartigen Generalverdacht aus. Vielmehr muss der Anbieter seine passive Rolle als Vermittler verlassen, um haftbar zu sein (EuGH, Urt. v. 23.03.2010, Az. C-236, 237, 238/08 – Louis Vuitton/ Google, Tz. 120). Und auch dann ist er nur bezüglich des konkreten Angebots nicht schutzwürdig, für das er z. B. „aktiv“ geworben hat (EuGH GRUR 2011, 1025, Tz. 123 – L’Oréal/eBay). Eine dauerhafte Verantwortung für alle Inhalte, wie sie der Regierungsentwurf vorsieht, kennt der EuGH nicht. Umgekehrt greift der Entwurf die vom EuGH formulierten Kriterien nicht auf, sondern formuliert eigene am europarechtlichen Gefüge vorbei. Der Regierungsentwurf unterläuft damit die etablierte und sich ausbildende Rechtsprechung durch systemfremde Begriffe.

Unbestimmte Rechtsbegriffe wie „gefahrgeneignete Dienste“, „weit überwiegende Zahl“ und die weiteren Tatbestände des Regierungsentwurfs zu § 10 Abs. 2 TMG-E würden Anlass für eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten begründen, deren Auslegung und Bedeutungsgehalt bis zu einer höchstrichterlichen Klärung einschließlich Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH auf lange Zeit unklar bleiben werden und so Hosting-Dienste zusätzlicher Rechtsunsicherheit aussetzen. Der Entwurf erreicht so seine Ziele nicht nur nicht; er schafft das Gegenteil.

Die bestehenden gesetzlichen Regelungen und die breit praktizierten Notice-and-Take-Down-Verfahren spiegeln die hohe Verantwortung wider, denen sich die Diensteanbieter verpflichtet sehen. Sie stellen sicher, dass die Beurteilung der Rechtswidrigkeit von sachkundiger Stelle erfolgt und nicht einem technischen Dienstleister überantwortet wird. Eine Ausweitung der Verantwortungssphären und Haftungsverpflichtungen zulasten der Diensteanbieter steht daher weder im Einklang mit den verbindlichen EU-Normen und der Rechtsprechung des EuGH, noch

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 10|10

würde diese die technischen Möglichkeiten der Praxis korrekt abbilden. Bereits jetzt sind insbesondere Hostprovider mit einer Rechtsprechung des BGH (z. B. die Entscheidung des Bundesgerichtshofs „Kinderhochstühle II“ im Fall Stokke; Urteil vom 16.05.2013; Az.: I ZR 216/11, und zuletzt „Kinderhochstühle III“ im Fall Stokke, BGH, Urt. v. 05.02.2015 - Az.: I ZR 240/12) konfrontiert, die weit über das hinausgeht, was Gerichte anderer EU-Mitgliedstaaten vergleichbaren Providern auferlegt haben – ein Zustand, der für die deutsche Internetwirtschaft untragbar ist und letztlich über die europaweit und weltweit agierenden Anbieter auch unmittelbar Auswirkungen auf andere Länder hat.

Da es international tätigen Diensteanbietern häufig nicht möglich sein wird, in der Behandlung der Inhalte für die einzelnen Mitgliedstaaten zu unterscheiden, wird mittelbar eher der deutsche Standard in europäische Nachbarländer exportiert, als dass der europäische Haftungsstandard der E-Commerce-Richtlinie in Deutschland Anwendung findet.

Im Gegenteil sollte, wie in 2011 bereits versucht, die Verantwortlichkeit der Internet Service Provider auf ein sachgerechtes Maß begrenzt und wieder in Einklang mit den grundlegenden Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie gebracht werden.

### Fazit zu § 10 TMG-E

Der Regierungsentwurf zu § 10 TMG geht nicht nur über deutsche BGH-Rechtsprechung hinaus. Er verletzt auch die Grundsätze der E-Commerce-Richtlinie und widerspricht der EuGH-Rechtsprechung. Ohne auch nur im Ansatz das angedachte Ziel zu erreichen – nämlich illegale Plattformen zu verhindern – setzt der Regierungsentwurf einen Großteil der Online-Plattformen im Internet (von Upload-Plattformen über Cloud-Dienste und Handelsplattformen bis hin zu sozialen Netzwerken, Meinungsforen, Blogs oder sonstigen öffentlichen Wissens- und Diskursplattformen) unter den Druck erheblicher Rechtsunsicherheiten und gefährdet damit massiv den Digitalstandort Deutschland, aber auch die Medien- und Meinungsvielfalt<sup>2</sup>. Deshalb lehnt Bitkom den Regierungsentwurf zu § 10 TMG-E vollumfänglich ab.

<sup>2</sup> Übereinstimmend dazu auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 6.11.2015 (Drs. 440/15).