

## **Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zum „Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes“**

Berlin 9. März 2017

Am 23. Februar 2017 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) den Referentenentwurf für einen „Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes“ (3. TMGÄndG) vorgelegt.

Diesem Referentenentwurf ging bereits eine Änderung des Telemediengesetzes im Juni 2016 voran, mit der das im Koalitionsvertrag vereinbarte Ziel erreicht werden sollte, gesetzliche Grundlagen für die Nutzung offener Netze und deren Anbieter zu schaffen – u.a. durch die Klarstellung der Haftungsregelungen analog zu Access Providern. Der damalige Bundestagsbeschluss war nach langem Ringen der Koalitionsfraktionen gefällt worden, in dem auch verschiedene andere Aspekte des Telemediengesetzes hätten adressiert werden sollen. Er stellte zugleich den Schlusspunkt der Debatte um die Störerhaftung von WLAN-Betreibern und einen sinnvollen Kompromiss dar.

Die teilweise geäußerten Bedenken, dass die bereits mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes vorgenommenen Änderungen möglicherweise zur Beseitigung der Störerhaftung nicht ausreichend sein könnten, wurden erneut mit dem im September 2016 vorgelegten Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EUGH) (C-484/14, *McFadden ./.* Sony Music) diskutiert. Der EUGH räumte in seinem Urteil die Verpflichtung von Betreibern von WLANs zu verschiedenen Maßnahmen als Abhilfe gegen Urheberrechtsverstöße ein. Diese Maßnahmen umfassten den Einsatz von Passwörtern und der Identifikation der Nutzer des WLANs im Rahmen einer Unterlassungsaufforderung.

Um auch diese vermeintliche Regelungslücke zu schließen, hat das BMWi mit dem nunmehr vorliegenden Referentenentwurf eine weitere Änderung des Telemediengesetzes zur Diskussion gestellt.



## I. Grundsätzliche Anmerkungen

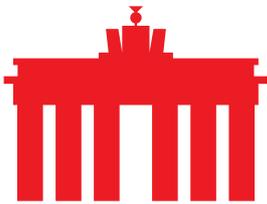
eco hat die im Koalitionsvertrag und leicht abgewandelt auch in der Digitalen Agenda enthaltene Ankündigung der Bundesregierung, für WLAN-Betreiber größere Rechtssicherheit schaffen zu wollen, stets befürwortet.

Dementsprechend hat eco die am 27. Juli 2016 in Kraft getretene Änderung im Telemediengesetz unterstützt. Mit ihr erfolgte grundsätzlich eine Gleichstellung von WLAN-Betreibern mit Zugangsanbietern. Damit ging eine Verbesserung der Rechtssicherheit für diese Dienstanbieter einher.

Gleichzeitig hat eco bereits im Zuge der Beratungen um eine Änderung des Telemediengesetzes davor gewarnt, dass eine Gleichstellung nicht durch den Vorbehalt der Erfüllung von zusätzlichen Voraussetzungen und Bedingungen konterkariert werden darf. Andernfalls besteht die Gefahr, dass durch unbedachte gesetzgeberische Eingriffe das sorgsam austarierte Haftungsgefüge des TMG und die dort enthaltenen Grundsätze aus dem Gleichgewicht gebracht werden.

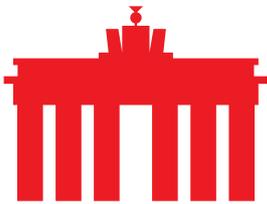
Mit dem jetzt vorliegenden Referentenentwurf für eine weitere Änderung des Telemediengesetzes besteht jedoch eben diese Gefahr. eco sieht erheblichen Nachbesserungsbedarf.

- Im Grundsatz unterstützt eco das mit dem Referentenentwurf verfolgte Anliegen, mit einer nochmaligen Änderung des Telemediengesetzes etwaige, aufgrund des Urteil des EuGH ausgelöste, Unklarheiten über eventuelle Regelungslücken durch eine weitere gesetzgeberische Klarstellung zu beseitigen und damit die Rechtssicherheit für WLAN-Betreiber nochmals zu verbessern.
- Nicht nachvollziehbar ist hingegen, dass mit dem vorliegenden Entwurf eine Anspruchsgrundlage für sogenannte Netzsperrern geschaffen wird. Der deutsche Gesetzgeber hatte sich nach intensiver parlamentarischer Diskussion im Rahmen des Zugangserschwerungsgesetzes gegen die Schaffung einer solchen Anspruchsgrundlage ausgesprochen und in der darauffolgenden Legislaturperiode von den Koalitionsfraktionen CDU, CSU und SPD bekräftigt. Dieser politische Grundkonsens wird durch den vorliegenden Referentenentwurf aufgegeben.
- Unabhängig davon, dass Netzsperrern grundsätzlich der falsche Ansatz sind, ist problematisch, dass die mit dem Entwurf vorgesehene Anspruchsgrundlage selbst hinter den von EuGH und BGH aufgestellten rechtsstaatlich gebotenen Anforderungen und hohen Hürden unter denen eine Erschwerung des Zugangs allenfalls in Betracht kommen könnte, zurückbleibt. So fehlt es unter anderem an einer stringenten Subsidiarität und dem Erfordernis einer gerichtlichen Anordnung mit denen eine Inanspruchnahme an einer Rechtsverletzung unbeteiligter Dritter eröffnet



wird. Die im Entwurf vorgeschlagene Regelung ermöglicht Netzsperrern „auf Zuruf“.

- Der vorliegende Entwurf konterkariert damit bedauerlicherweise das Anliegen der Koalitionsfraktionen die Rechtssicherheit für die Betreiber von WLAN Netzwerken zu verbessern. Mit der neu geschaffenen Anspruchsgrundlage für sogenannte Netzsperrern fehlt es an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit.
- Die als Reaktion auf das EuGH Urteil zur Klarstellung und zur Verbesserung der Rechtssicherheit für WLAN-Betreiber bezweckte Nachjustierung im Bereich des § 8 TMG-E wird mit der neu geschaffenen Anspruchsgrundlage in § 7 TMG-E gänzlich ausgehebelt und damit lediglich auf eine andere Ebene verlagert. Entgegen der mit dem Entwurf ursprünglich verfolgten Intention wird dies erneut eine erhebliche Rechtsunsicherheit, Haftungsfragen und ein erhebliches Kostenrisiko bei den Diensteanbietern zur Folge haben.
- Um dem Anliegen der Koalitionsfraktionen, insbesondere nach dem Urteil des EuGH (C-484/14 McFadden), gerecht zu werden, wäre es zielführend und ausreichend gewesen die Anspruchsgrundlage zu konkretisieren und eine Regelung über die Geltendmachung von Abmahn- und Gerichtskosten zu treffen. Hiermit wäre zum einen dem Anliegen genüge getan, dass Diensteanbieter nach § 8 Abs. 3 TMG als mögliche Abhilfemaßnahme nicht dazu verpflichtet werden dürfen, den WLAN Zugang nur nach Durchführung eines Registrierungsverfahrens bereitzustellen, eine Verschlüsselung einzurichten oder den Betrieb des WLAN-Netzwerkes gänzlich einzustellen. Zum anderen würde durch eine Kostenregelung klargestellt, dass eine Inanspruchnahme zur Übernahme von gerichtlichen oder außergerichtlichen Kosten im Zusammenhang mit Rechtsverletzungen Dritter den Diensteanbietern nicht auferlegt werden dürfen.



## II. Bewertung des Gesetzes

### ▪ Schutz von WLAN-Betreibern vor unverhältnismäßigen Auflagen

Punkt 2a des Gesetzentwurfs regelt i.V.m. § 8 (3) TMG, dass WLAN-Betreiber nicht für rechtswidrige Handlungen von Nutzern in Anspruch genommen werden können. Dies gilt sowohl für Schadenersatz als auch für Beseitigung oder Unterlassung. Maßgeblich dafür ist, dass der Diensteanbieter nicht selbst für die Rechtsverstöße verantwortlich sind (§8 (1) Satz 2 TMG-neu).

Die unmittelbaren Kosten durch Abmahnungen auf Unterlassung und Störerhaftung dürften damit eingeschränkt werden. Unklar ist, inwieweit sich dieser Schutz im Falle einer Klage vor Gericht auswirkt. Es ist davon auszugehen, dass WLAN-Betreiber, die vor Gericht in Anspruch genommen werden, die Prozesskosten zu tragen haben und auf diesem Wege noch in Anspruch genommen werden können, obwohl kein eigenes schuldhaftes Verhalten vorliegt.

Punkt 2b des Gesetzentwurfs sieht die Einfügung eines neuen Paragraphen 8 (4) in das Telemediengesetz vor, der Diensteanbieter davor schützen soll, zu bestimmten Maßnahmen verpflichtet zu werden, die im Rahmen des EuGH Urteils (C-484/14 McFadden ./ Sony Music) ins Gespräch gekommen waren, da sie in der Urteilsbegründung als mögliche Abhilfen angeführt wurden.

Konkret soll ein WLAN-Anbieter nicht dazu verpflichtet werden dürfen, vor Gewährung des Zugangs persönliche Daten von Nutzern zu erheben oder zu speichern bzw. das Netzwerk mit einem Passwort zu schützen oder den Betrieb des Netzwerks einzustellen.

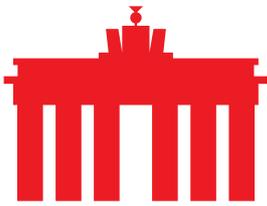
Die Wirkung dieser Regelung ist begrenzt, da diese Maßnahmen zwar nicht von Behörden, wohl aber von Gerichten noch angeordnet werden könnten. Die tatsächliche Verbesserung für WLAN-Betreiber ist also an dieser Stelle lediglich graduell.

### ▪ Rechtsgrundlage zur Durchsetzung von Netzsperrern

Der neu in das Gesetz eingeführte § 7(4) schafft für Rechteinhaber die Möglichkeit, unter bestimmten Umständen von Betreibern von Diensten der Informationsgesellschaft die Sperrung der Nutzung von Informationen verlangen zu können.

Der Geltungsbereich der hier getroffenen Regelung für „Dienste der Informationsgesellschaft“ betrifft nicht nur WLAN-Anbieter, sondern generell auch Zugangsanbieter und unter Umständen Webseitenbetreiber und Anbieter von Onlinediensten und Apps.

Der Geltungsbereich allein ist aber hier nicht das ausschließliche Problem. Denn letztlich wird mit der Regelung eine allgemeine Anspruchsgrundlage für sogenannte Netzsperrern geschaffen.



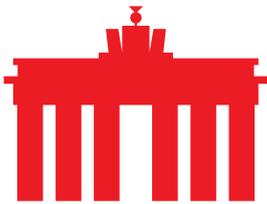
Die Schaffung einer Anspruchsgrundlage in der Haftungsprivilegierung ist nicht nur systemwidrig, sondern auch der falsche Ansatz. Hinzu kommt der Umstand, dass durch den Gesetzestext nicht nur eine Rechtsgrundlage für Internetsperren geschaffen wird, sondern diese ohne einen Richtervorbehalt und damit quasi auf Zuruf verlangt werden können. Zwar sollen diese nur verlangt werden dürfen, wenn keine andere Möglichkeit zur Abhilfe besteht, dennoch ist diese Einschränkung nur sehr unbestimmt, eine sorgfältige Prüfung wäre hier nur im Falle eines Gerichtsverfahrens möglich.

Die Gesetzesbegründung unterstreicht zwar, dass die Sperre das letzte mögliche Mittel und auch nur in wenigen Fällen möglich sein sollte, doch zeigt die Gestaltung des §7 (4) TMG-neu i.V.m. § 8 (1)-neu, dass das bloße Verlangen auf Basis des neu geschaffenen Anspruchs und damit verbundene Drohpotential einer Niederlage vor Gericht allein ausreichen könnten, um Diensteanbieter und insbesondere nichtkommerzielle, kleine und mittelständische WLAN-Betreiber dazu zu nötigen, Netzsperrern quasi „auf Zuruf“ einzurichten und zu implementieren. Die hohen Hürden für die Implementierung von Netzsperrern auf Grundlage eines Gerichtsbeschlusses, wie BGH und EUGH dies in ihren Urteilen anerkannt hatten (I ZR 3/14 und I ZR 174/14), wird mit dieser Regelung ausgehebelt. Die Rechtssicherheit für WLAN-Betreiber ist damit hinfällig.

Der in Anspruch genommene Provider wird vielmehr vor die Wahl gestellt, ob er auf Basis der neu geschaffenen Anspruchsgrundlage dem Verlangen außergerichtlich nachkommt, oder das Risiko eingeht, gerichtlich dazu in Anspruch genommen zu werden. Der Provider wird durch diese Regelung geradezu in die Richterrolle gedrängt. Denn aufgrund des hohen Gerichtskostenrisikos ist absehbar, dass ein gerichtliches Verfahren vermieden wird, um die hierdurch entstehenden Kosten zu vermeiden. Insbesondere kleinere, mittelständische oder nicht gewerbliche WLAN-Betreiber werden daher im Zweifel einem Verlangen auf Sperrung ohne gerichtliche Überprüfung nachkommen.

Unabhängig von einer gerichtlichen oder außergerichtlichen Inanspruchnahme entsteht bei den Anbietern von den adressierten Diensten der Informationsgesellschaft ein hoher administrativer Aufwand und Kosten für die Entgegennahme und Bearbeitung der Sperrungsaufforderungen. Darüber hinaus ist die Umsetzung und Implementierung von Netzsperrern mit einem erheblichen finanziellen Aufwand verbunden.

Die Breite der sogenannten Netzsperrern kann dabei, abhängig von der Größe des Betreibers, durchaus großflächig und umfassend sein. Dies kann zu einer weitreichenden Beeinträchtigung des Zugangs zu Informationen führen und zu weiteren, nicht intendierten, Nebenwirkungen. Ob der infrage stehende Inhalt indes tatsächlich rechtswidrig ist, dürfte mit Blick auf die oben beschriebene Problematik in den Hintergrund treten.



▪ Zusammenfassung

Das hier beschriebene Gesetz etabliert eine allgemeine gesetzliche Anspruchsgrundlage und damit die Grundlage für die Durchsetzung von Netzsperrern zu Lasten der Betreiber von Diensten der Informationsgesellschaft. Sofern diese nicht bereit sind, diese auf Verlangen direkt zu implementieren eröffnet die Regelung auch die gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs und Tragung der gerichtlichen Kosten. Das Gesetz sollte daher verworfen werden.

---

**Über eco**

eco - Verband der Internetwirtschaft e.V. ist Interessenvertreter und Förderer aller Unternehmen, die mit oder im Internet wirtschaftliche Wertschöpfung betreiben. Der Verband vertritt derzeit rund 1.000 Mitgliedsunternehmen. Hierzu zählen unter anderem ISP (Internet Service Provider), Carrier, Hard- und Softwarelieferanten, Content- und Service-Anbieter sowie Kommunikationsunternehmen. eco ist der größte nationale Internet-Service-Provider-Verband Europas.