

Berlin, den 22. Juni 2017

Stellungnahme des Digitale Gesellschaft e.V.
zum Gesetzentwurf der Bundesregierung eines
Dritten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (BT-Drs. 18/12202)
sowie zur Stellungnahme des Bundesrates und zur Gegenäußerung der
Bundesregierung (BT-Drs. 18/12496)

Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/12202) sowie zur Stellungnahme des Bundesrates und zur Gegenäußerung der Bundesregierung (BT-Drs. 18/12496) nehmen wir wie folgt Stellung:

A. Vorbemerkungen

Wir begrüßen die Zielsetzung des Entwurfs, WLAN-Betreibern so weit wie möglich Rechtssicherheit zu verschaffen, wenn sie ihren Drahtloszugang zum Internet mit Dritten teilen.

Entgegen den Ausführungen unter dem Punkt „B. Lösung“ sind wir jedoch der Auffassung, dass der Umfang der Haftungsbeschränkung für Internetzugangsanbieter mit dem Entwurf nicht hinreichend klar geregelt wird. Sowohl die Frage, in welchen Fällen solche Anbieter überhaupt haften, als auch die Frage, zu welchen Maßnahmen sie im Haftungsfall verpflichtet werden können, beantwortet der Entwurf nicht mit der gebotenen Deutlichkeit. Darüber hinaus

sollte unser Ansicht nach auch die Hintertür für behördlich angeordnete temporäre Einstellungen des WLAN-Zugangs geschlossen werden.

Wir halten daher verschiedene Nachbesserungen für notwendig, um ein Maß an Rechtssicherheit zu herzustellen, das geeignet ist, eine flächendeckende Verbreitung offener Drahtloszugänge zum Internet tatsächlich wirksam zu befördern.

B. Im Einzelnen

Für richtig halten wir zunächst die in Artikel 1 Nr. 2 lit. a) des Entwurfs vorgesehene Ergänzung und Änderung des § 8 Abs. 1 Telemediengesetz (TMG). Mit dem expliziten Ausschluss von Unterlassungsansprüchen wird eine der zentralen Schwachstellen des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes beseitigt.

Ebenso begrüßen wir ausdrücklich die im neuen § 7 Abs. 4 S. 3 TMG geregelte Freistellung der Zugangsanbieter vom Ersatz der vor- und außergerichtlichen Kosten für die Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruchs nach § 7 Abs. 4 S. 1 TMG. Kostenpflichtige Abmahnungen für Rechtsverletzungen durch Dritte haben die Zugangsanbieter damit nicht mehr zu befürchten.

Des Weiteren begrüßen wir die Klarstellungen im Text des § 7 Abs. 4 S. 1 TMG im Verhältnis zur Fassung des Referentenentwurfs. Durch die Streichung des Wortes „insbesondere“ sowie die Spezifizierung auf „Diensteanbieter nach § 8 Abs. 3“ wird ein deutlicher Zuwachs an Rechtssicherheit erreicht. Aufgrund der Verwendung des Wortes „insbesondere“ erweckte der Text des Referentenentwurfes noch den Eindruck, dass der Anspruch nach § 7 Abs. 4 S. 1 TMG nicht allein auf die Sperrung der Nutzung von Informationen, sondern daneben auch auf andere, nicht näher bezeichnete Anspruchsziele gerichtet sein könnte. Durch die Streichung des Wortes „insbesondere“ wird klar, dass auf Grundlage von § 7 Abs. 4 S. 1 TMG ausschließlich die Sperrung der Nutzung von Informationen verlangt werden kann. Die Eingrenzung des Kreises der Passivlegitimierten auf „Diensteanbieter nach § 8 Abs. 3“ verdeutlicht des Weiteren, dass der Anspruch allein gegenüber den Anbietern von Drahtloszugängen zum Internet und nicht generell gegenüber jeglichen Internetzugangsanbietern besteht.

Gleichwohl gewährleistet § 7 Abs. 4 TMG auch in der Fassung des Entwurfs der Bundesregierung noch kein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit. Dies betrifft sowohl die Anspruchsvoraussetzungen als auch das Anspruchsziel.

1. Anspruchsvoraussetzungen, § 7 Abs. 4 TMG

Unklar ist zunächst, unter welchen Bedingungen der in § 7 Abs. 4 TMG geregelte Anspruch greifen soll. Nach dem Wortlaut der Norm setzt der Anspruch voraus, dass der Inhaber eines geistigen Eigentumsrechts „*keine andere Möglichkeit*“ hat, um „*der Verletzung des Rechts abzuhelpfen*“. Trotz ihrer vermeintlich deutlichen Formulierung geht aus der Norm nicht hervor, ob für die Bewertung der Abhilfemöglichkeiten ein rein objektiver Maßstab gilt, oder ob auch Zumutbarkeitsgesichtspunkte in die Betrachtung einfließen müssen.

So hat der Bundesgerichtshof in den Entscheidungen zu 3dl.am und goldesel.to (BGH, Urteile vom 26. November 2015 – I ZR 3/14 und I ZR 174/14) als Voraussetzung für ein Vorgehen gegen einen Zugangsprovider lediglich verlangt, dass der Inhaber des verletzten Rechts zunächst zumutbare Anstrengungen unternommen haben muss, um gegen den Täter selbst oder den genutzten Host-Provider vorzugehen.

Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass bei der Bewertung der Frage, ob der Rechteinhaber keine andere Möglichkeit hat, um der Verletzung des Rechts abzuhelpfen, Zumutbarkeitserwägungen berücksichtigt werden sollen. Dies findet jedoch keine Entsprechung in dem eigentlichen Gesetzestext. Vielmehr legt die dort verwendete Formulierung einen rein objektiven Maßstab nahe. Für einen betroffenen Diensteanbieter wird es damit schwer zu beurteilen, ob einem Rechteinhaber ein Anspruch auf Sperrung der Nutzung von Informationen zusteht oder nicht. Bereits diese Rechtsunsicherheit könnte insbesondere auf Private, die ihr WLAN der Allgemeinheit zur Verfügung stellen möchten, abschreckend wirken. Diensteanbieter müssen nach dem Entwurf der Bundesregierung zwar nicht mehr befürchten, zur Übernahme von Abmahnkosten herangezogen zu werden. Nach wie vor besteht für sie jedoch das Risiko, von einem Rechteinhaber verklagt zu werden, wenn sie sich weigern, dem vermeintlichen Anspruch auf Sperrung der Nutzung von Informationen nachzukommen. Unterliegt ein Diensteanbieter in einem solchen gerichtlichen Verfahren, so muss er auch die damit verbundenen Kosten tragen. Wie die Bundesregierung in der

Gesetzesbegründung ausführt, kann der Diensteanbieter „dieses Kostenrisiko durch rechtzeitige Erfüllung des (berechtigten) Anspruchs auf Sperrung des Zugangs zur Nutzung von Informationen ausschließen“. Diese Option setzt allerdings voraus, dass der Diensteanbieter in der Lage ist, das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen effektiv zu prüfen, was wiederum voraussetzt, dass die Anspruchsvoraussetzungen hinreichend klar formuliert sind. Andernfalls besteht die Gefahr, dass insbesondere private Diensteanbieter entweder auch unberechtigten Sperrverlangen nachkommen, um kostenpflichtige Gerichtsverfahren zu vermeiden, oder aber den Dienst komplett einstellen, um weitere Streitigkeiten zu vermeiden.

Bereits auf der Ebene der Anspruchsvoraussetzungen sind daher Konflikte vorprogrammiert, die erst in langwierigen Gerichtsverfahren rechtssicher aufgelöst werden können. Wir halten es deshalb für dringend geboten, die Anspruchsvoraussetzungen an dieser Stelle zu konkretisieren.

2. Anspruchsziel, § 7 Abs. 4 TMG

Ein weitere Quelle von Rechtsunsicherheiten liegt in der Formulierung des Anspruchsziels. Dazu heißt es in § 7 Abs. 4 S. 1 TMG, dass von dem Zugangsanbieter „*die Sperrung der Nutzung von Informationen*“ verlangt werden kann.

Unklar bleibt, zu welchen konkreten technischen Maßnahmen ein Diensteanbieter im Zuge der „Sperrung der Nutzung von Informationen“ verpflichtet werden kann. Ähnlich wie die Unwägbarkeiten bei den Anspruchsvoraussetzungen erschwert auch diese Unsicherheit einem Diensteanbieter die Beurteilung eines Sperrverlangens als berechtigt oder unberechtigt. Daher sollten auch an dieser Stelle Änderungen vorgenommen werden, um bestehende Rechtsunsicherheiten zu minimieren.

Der Bundesrat regt in diesem Zusammenhang an, im weiteren Gesetzgebungsverfahren klarzustellen, auf welche Form der Sperrung der Nutzung von Informationen ein Anspruch besteht und wie dieser Anspruch technisch so zu realisieren ist, dass er rechtlich als erfüllt gilt. Die Bundesregierung lehnt diesen Vorschlag ab mit der Begründung, dass Nutzungssperren grundsätzlich nach einer Einzelfallprüfung erfolgen sollen und die hierfür erforderliche Flexibilität durch eine gesetzliche Konkretisierung verloren ginge.

Der Bundesregierung ist insoweit zuzustimmen, als dass eine abschließende Aufzählung der Maßnahmen, die ihm Rahmen von Nutzungssperren zulässig sind, nicht mehr die für Einzelfallentscheidungen nötige Flexibilität erlauben würde.

Ein Mehr an Rechtssicherheit wäre jedoch auch zu erreichen, indem klargestellt wird, welche Maßnahmen im Zuge der Sperrung der Nutzung von Informationen jedenfalls nicht verlangt werden können. Ist der Kreis der möglichen Maßnahmen in dieser Weise eingeschränkt, wird es dem Diensteanbieter deutlich leichter fallen, die Berechtigung eines Sperrverlangens zu beurteilen. Zu den Maßnahmen, die explizit ausgeschlossen werden sollten, gehören neben einer Registrierung der Nutzerinnen und Nutzer auch die Passwortsicherung sowie die Sperrung bestimmter Ports.

Eine Registrierung und eine Passwortsicherung würden dem Ziel des Entwurfs, die Verbreitung offener Drahtloszugänge zum Internet zu fördern, diametral widersprechen. Nach dem Wortlaut der vorliegenden Entwurfssfassung sind diese Maßnahmen bislang nicht ausgeschlossen. Es ist durchaus denkbar, dass ein Gericht Registrierung und Passwortsicherung als zulässige Maßnahmen im Zuge der Sperrung der Nutzung von Informationen ansieht. Zwar ließe sich argumentieren, dass die Nutzung auf diese Weise nicht gesperrt wird, da sie für registrierte Nutzer und solche, die das Passwort kennen, weiterhin möglich ist; jedoch hat die Rechtsprechung solche Maßnahmen in der Vergangenheit immer wieder als zulässige Mittel erachtet, um Rechtsverletzungen über offene WLAN-Zugänge entgegenzuwirken. Des Weiteren schließt auch der vorgesehene § 8 Abs. 4 TMG die Verhängung solcher Maßnahmen durch Gerichte nicht aus. Vielmehr ist dort explizit nur davon die Rede, dass Diensteanbietern i.S.d. § 8 Abs. 3 TMG nicht durch eine Behörde aufgegeben werden darf, die Nutzer zu registrieren oder den Zugang mit einem Passwort zu sichern. Die Einlassung der Bundesregierung zu der Frage, warum in § 8 Abs. 4 TMG nicht auch gerichtliche Anordnungen einer Registrierung oder einer Passwortsicherung explizit ausgeschlossen werden, überzeugt nicht. Der Verweis auf eine Ressortabstimmung ist kein stichhaltiges sachliches Argument.

Die Sperrung einzelner Ports dürfte so gut wie immer unverhältnismäßig sein, weil dies stets zu einem Overblocking führen wird. Typischerweise werden bestimmte Ports nicht nur von einer bestimmten Anwendung, beispielsweise einem bestimmten Filesharing-Client, genutzt. Das Blocken einzelner Ports wird daher immer dazu führen, dass eigentlich nicht betroffene Anwendungen oder Webseiten zu Unrecht ebenfalls von der Sperre erfasst werden. Zu einem

Overblocking würde es selbst dann kommen, wenn tatsächlich nur Filesharing-Clients von einer Portsperre betroffen wären, Viele legale Anwendungen und Inhalte, etwa Linux-Distributionen oder Podcasts, werden heute über Bittorrents angeboten.

Auch im Hinblick auf das Anspruchsziel bestehen Rechtsunsicherheiten, welche Diensteanbieter dazu veranlassen könnten, auch unberechtigten Sperrverlangen nachzukommen oder den Dienst gänzlich einzustellen. Diese Rechtsunsicherheiten sollten unbedingt beseitigt oder zumindest minimiert werden, um das Ziel des Gesetzes nicht zu gefährden.

3. Behördliche Anordnungen, § 8 Abs. 4 TMG

Die vorgesehene Regelung in § 8 Abs. 4 Nr. 2 TMG wirft die Frage auf, warum es Behörden lediglich verboten sein soll, einen Diensteanbieter zur dauerhaften Einstellung des Dienstes zu verpflichten. Aus dem Umkehrschluss folgt, dass behördliche Verpflichtungen, den Dienst temporär einzustellen, grundsätzlich möglich sein sollen. Auch wenn diese Vorschrift mangels Tatbestandsvoraussetzungen und klarer Befugnis keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage für eine temporäre WLAN-Abschaltung darstellt, so könnte sie dazu beitragen, in gefahrenabwehrrechtlicher Hinsicht Begehrlichkeiten zu wecken. Bislang sieht nur das Polizeirecht von Sachsen-Anhalt eine Befugnis zur „Unterbrechung und Verhinderung von Kommunikationsverbindungen“ vor (vgl. § 33 SOG LSA). Durch die Schaffung einer ausdrücklichen Ausnahme für die vorübergehende Abschaltung eines Drahtloszugangs zum Internet, könnten sich weitere Bundesländer veranlasst sehen, derartige Ermächtigungsnormen in ihr Gefahrenabwehrrecht aufzunehmen. Dem Ziel, die Verbreitung offener WLAN-Zugänge in Deutschland voranzutreiben, würde damit entgegengewirkt.

Das Verbot behördlicher Verpflichtungen zur dauerhaften Einstellung eines drahtlosen Zugangsdienstes zum Internet in § 8 Abs, 4 Nr. 2 TMG sollte auch für Fälle nur vorübergehender Einstellungen gelten. Das Wort „dauerhaft“ sollte gestrichen werden.

4. Sonstiges

Die Ausführungen des Bundesrates unter den Nummern 2 und 3 seiner Stellungnahme halten wir für zutreffend. Wir befürworten deshalb die dort vorgeschlagenen klarstellenden Änderungen.

Die vom Bundesrat unter Nummer 4 seiner Stellungnahme geäußerte Sorge, dass das vorgesehene Verbot behördlicher Anordnungen einer Registrierung oder einer Passwortsicherung in § 8 Abs. 4 Nr. 1 TMG, dazu führen könnte, dass die Länder gehindert sind, den Schulen Sicherungsmaßnahmen für ihre IT-Systeme vorzuschreiben, teilen wir nicht. Wie die Bundesregierung zutreffend ausführt, gilt das Verbot behördlicher Verpflichtungen zu Registrierung und Passwortsicherung nicht für innerstaatliche Weisungen.