

Wir bauen die Netze!

BREKO | Reuterstraße 159 | 53113 Bonn

Per Email: tmg@bmwi.bund.de

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Referat VIB5

Frau Sabine Maass

Scharnhorststraße 34-37

10115 Berlin

bonn.berlin

BREKO Bundesverband
Breitbandkommunikation e.V.

Reuterstraße 159

53113 Bonn

Tel.: +49 228 24999-70

Fax: +49 228 24999-72

Hauptstadtbüro

Invalidenstraße 91

10115 Berlin

Tel.: +49 30 58580-410

Fax: +49 30 58580-412

breko@brekoverband.de

08. April 2015

Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes

Sehr geehrte Frau Maass,
sehr geehrte Damen und Herren,

am 11.03.2015 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) den Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (TMG) vorgelegt.

Mit der geplanten Gesetzesänderung soll insbesondere Rechtssicherheit für die Betreiber von WLAN-Hotspots geschaffen werden.

Der Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. (BREKO), in dem mehr als 115 Netzbetreiber und Zugangsanbieter organisiert sind, bedankt sich für die Möglichkeit zu dem vorliegenden Referentenentwurf Stellung zu nehmen.

Nachfolgend finden Sie unsere Bewertung und unsere Anmerkungen zum Referentenentwurf.

I. Einleitung

Das Landgericht München hat dem EuGH mit Beschluss vom 18.09.2014, Az. 7 O 14719/12 eine Reihe von Fragen im Zusammenhang mit der Haftung von WLAN-Anbietern zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vorgelegt.

Der EuGH hat dabei zu prüfen, ob der gewerblich handelnde Betreiber eines offenen WLANs als

Diensteanbieter gem. § 8 TMG von einer Haftung von Urheberrechtsverstößen, die über das offene WLAN begangen worden sind, freigestellt ist.

Da die Vorlage zum EuGH elementare Bereiche und Formulierungen des vorliegenden Gesetzentwurfs betrifft, sollte der Gesetzentwurf zur Änderung des TMG bis zur Klärung der Fragen auf europäischer Ebene zurückgestellt werden, um zu verhindern, dass die im Gesetzentwurf gewählten Formulierungen gegen europäisches Recht verstoßen.

Die nachfolgenden Ausführungen gelten hilfsweise für den Fall, dass das BMWi trotz der Vorlage des LG München zur Vorabentscheidung durch den EuGH an dem Gesetzentwurf festhält.

Wir begrüßen ausdrücklich, dass das BMWi die Verbreitung und den Aufbau von WLAN-Hotspots in Deutschland, fördern möchte, die bisher insbesondere aufgrund von unklaren Haftungsfragen gehemmt wurde.

Aktuell hinkt Deutschland im internationalen Vergleich bei der Verbreitung von WLAN-Netzen im öffentlichen Raum noch deutlich hinterher.

Gerade im Hinblick auf die stetig zunehmende Digitalisierung der Gesellschaft und der damit verbundenen Erwartung und dem Interesse der Bevölkerung, auch unterwegs möglichst einfach und unkompliziert Zugang zum Internet erhalten zu können, sollten in einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, klar definierte Rahmenparameter festgelegt werden, um dieses Ziel zu erreichen.

Eine Reihe von Mitgliedsunternehmen des BREKO bieten schon heute innovative WLAN-Lösungen in Innenstädten, Hotels, Restaurants oder öffentlichen Einrichtungen an, die von der Bevölkerung in wachsender Zahl nachgefragt werden.

Nichtsdestotrotz ist auch festzuhalten, dass bei vielen Netzbetreibern und Zugangsanbietern weiterhin eine gewisse Zurückhaltung bei Angebot und Betrieb von WLAN-Netzen zu beobachten ist. Die Zurückhaltung ist darauf zurück zu führen, dass vielfach eine große Unsicherheit herrscht, ob und wenn ja, welche Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden müssen, um ein rechtssicheres WLAN-Angebot bereitzustellen ohne sich der Gefahr einer Abmahnung von Rechteinhabern für Urheberrechtsverletzungen der Nutzer der WLAN-Hotspots auszusetzen.

Eine Änderung der Vorschriften des TMG, in der klargestellt wird, wie der Betrieb von WLAN-Hotspots rechtssicher ausgestaltet werden kann, ist daher grundsätzlich sinnvoll und notwendig, um bestehende Hemmnisse zu beseitigen.

In der Digitalen Agenda 2014- 2017 (S. 15) verspricht die Bundesregierung durch einen entsprechenden Gesetzentwurf die Rechtssicherheit für Anbieter von WLAN-Hotspots zu erhöhen und Haftungsfragen zu klären.

Der vorliegende Referentenentwurf ist jedoch mangels hinreichend konkreter Formulierungen nicht geeignet, die bestehenden Unsicherheiten bei Netzbetreibern und Zugangsanbietern in Hinblick auf eine verschuldensunabhängige Inanspruchnahme auf Beseitigung bzw. Unterlassung von Rechtsverletzungen zu entkräften und daher an einigen Punkten überarbeitungsbedürftig.

II. Zum Gesetzentwurf im Einzelnen

1. Artikel 1 – Änderung des Telemediengesetzes (TMG)

a. Zu § 2 S. 1 Nr. 2a TMG-E

In § 2 S. 1 Nr. 2a TMG-E wird der Begriff „drahtloses lokales Funknetz“ entsprechend europarechtlicher Vorgaben näher definiert. In § 8 Abs. 3 TMG-E wird hingegen auf ein „drahtloses lokales Netzwerk“ verwiesen obwohl damit nach Sinn und Zweck auch ein „drahtloses lokales Funknetz“ i. S. v. § 2 S. 1 Nr. 2a TMG-E gemeint ist.

Um Unklarheiten zu vermeiden sollte daher auch in § 8 Abs. 3 TMG-E die Begrifflichkeit „drahtloses lokales Funknetz“ aufgenommen werden.

b. Zu § 8 Abs. 3 TMG-E

Zu begrüßen ist die Aufnahme von § 8 Abs. 3 TMG-E, mit der klargestellt wird, dass auch Diensteanbieter, die öffentliche WLAN-Hotspots anbieten, von etwaigen schadensersatzrechtlichen bzw. strafrechtlichen Ansprüchen von Rechteinhabern freigestellt werden.

c. Zu § 8 Abs. 4 TMG-E

Mit § 8 Abs. 4 TMG-E versucht der Referentenentwurf, die bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den für einen rechtssicheren Betrieb von öffentlichen WLAN-Netzen möglichen und zumutbaren Pflichten der WLAN-Anbieter in das TMG zu transferieren. Gerade die Frage der „Störerhaftung“ der geschäftsmäßigen WLAN-Anbieter führte in der Vergangenheit vielfach zu Rechtsunsicherheiten bei (potenziellen) WLAN-Anbietern.

Ausdrücklich zu begrüßen ist es daher, dass das BMWi die geschäftsmäßigen Anbieter von WLAN-Netzen durch eine gesetzliche Regelung unter bestimmten Voraussetzungen von der verschuldensunabhängigen Inanspruchnahme auf Beseitigung bzw. Unterlassung von Rechtsverletzungen von Nutzern freistellen möchte (§ 8 Abs. 4 S. 1 TMG-E).

Jedoch bleiben die Voraussetzungen weitestgehend unklar, bei deren Einhaltung eine Inanspruchnahme von geschäftsmäßigen WLAN-Netzen für eine Rechtsverletzung der Nutzer ausscheiden soll.

Entsprechend der bisher ergangenen Rechtsprechung soll nach den Vorstellungen des Referen-

tenentwurfs eine verschuldensunabhängige Inanspruchnahme des geschäftsmäßigen WLAN-Anbieters auf Beseitigung und Unterlassen dann unterbleiben, wenn der Anbieter „zumutbare Maßnahmen“ ergreift, um Rechtsverletzungen durch die Nutzer zu verhindern (§ 8 Abs. 4 S. 2 TMG-E).

Eine nähere Definition der „zumutbaren Maßnahmen“ ist weder in § 8 Abs. 4 S. 2 TMG-E, noch in der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 4 S. 2 TMG-E vorgesehen. Stattdessen führt der Referentenentwurf Regelbeispiele auf, die klarstellen sollen, dass ein geschäftsmäßiger WLAN-Anbieter jedenfalls bei der kumulativen Erfüllung der Regelbeispiele „zumutbare Maßnahmen“ ergriffen hat.

Die unbestimmte Formulierung des Referentenentwurfs führt nicht zu der von dem Entwurf intendierten Rechtssicherheit, da im Referentenentwurf weder abschließend noch hinreichend geklärt ist, wann die Haftungsprivilegierung im Einzelfall greift. Selbst bei Anwendung der Regelbeispiele – deren Sinn und Zweck es ist, für mehr Rechtssicherheit zu sorgen – bleiben erhebliche Unsicherheiten für die geschäftsmäßigen WLAN-Anbieter bestehen. So bleibt insbesondere unklar, was unter dem Begriff der „vergleichbaren Maßnahmen“ zu verstehen ist. .

In der Folge würde es mangels hinreichender Bestimmtheit der „zumutbaren Maßnahmen“ in vielen Fällen zu Streitigkeiten kommen, die letztlich wieder vor Gericht entschieden werden müssten.

Die in § 8 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 TMG-E verwendete Begrifflichkeit der „vergleichbaren Maßnahmen“ ist aus unserer Sicht zu unbestimmt und daher problematisch.

Nicht auszuschließen ist, dass gerade kleinere WLAN-Betreiber wie beispielsweise Cafés, oder Restaurants, anders als Netzbetreiber, nicht über ausreichendes Know-How verfügen, um den lediglich allgemein umschriebenen „vergleichbaren Maßnahmen“ gerecht zu werden. Dies würde in vielen Fällen dazu führen, dass der angestrebte Schutz nicht realisiert wird. Denkbar sind sowohl Rechtsverletzungen in Form von Urheberrechtsverletzungen durch die Nutzer, als auch die rechtswidrige Verwendung der Kundendaten selbst.

Bereits aus diesem Grund würden wir es begrüßen, wenn zumindest in die Gesetzesbegründung klare Regelungen aufgenommen würden, die den Schutz aller Betroffenen sicherstellen.

In die Begründung zu § 8 Abs. 4 TMG-E sollten daher Mindestvoraussetzungen definiert werden, die erfüllt werden müssen, aber auch ausreichend sind, damit die Haftungsprivilegierung auch bei „vergleichbaren Maßnahmen“ eingreift.

Da heute bereits eine große Anzahl von WLAN-Lösungen ohne Verschlüsselung sondern mittels Authentifizierung der Nutzer durch Eingabe entsprechender, vom jeweiligen WLAN-Anbieter zur Verfügung gestellter Zugangsdaten oder die Eingabe der eigenen Emailadresse angeboten werden, sollte zumindest in die Begründung zu § 8 Abs. 4 S. 2 TMG-E aufgenommen werden, dass auch WLAN-Anbieter die zur Absicherung von öffentlichen WLAN-Netzen auf Authentifizierungs-

verfahren zurückgreifen, vom Haftungsprivileg des § 8 Abs. 4 TMG-E erfasst werden.

Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 4 S. 2 Nr.2 TMG-E lassen weitgehend offen, in welcher Form die Erklärung der Nutzer zu erfolgen hat. Insofern wäre es hilfreich, wenn in die Gesetzesbegründung Beispiele aufgenommen werden würden, wie die Zustimmung des Nutzers konkret zu erfolgen hat.

d. Zu § 8 Abs. 5 TMG-E

Grundsätzlich positiv zu bewerten ist die vorgesehene Regelung für private Anbieter von WLAN-Hotspots in § 8 Abs. 5 TMG-E.

Die Gefahr von Rechtsverletzungen durch Nutzer von WLAN-Netzen droht insbesondere dort, wo sich die Nutzer in einem privaten, von der Öffentlichkeit abgeschiedenen Bereich aufhalten. Die Privatheit führt letztlich zu einer Verringerung der Hemmschwelle der Nutzer entsprechende Urheberrechtsverletzungen zu begehen.

Diese bereits potenziell höher einzuschätzende Gefahr der Begehung von Rechtsverletzungen im privaten Umfeld würde sich weiter erhöhen, falls es privaten WLAN-Anbietern in Zukunft ermöglicht werden würde, sich in großer Zahl anonym für eine gemeinsame Nutzung von WLAN-Netzen zu organisieren. Insofern ist die in § 8 Abs. 5 TMG-E zusätzlich zu notwendigen Sicherungsmaßnahmen vorgesehene Verschärfung, auch den Namen des jeweiligen Nutzers des WLAN-Netzes zu kennen, sinnvoll und notwendig, um eine Verfolgung des betreffenden Nutzers bei Rechtsverletzungen zu ermöglichen.

Über den Bereich der privaten Anbieter von WLAN-Netzen hinaus, wäre es zu begrüßen, wenn auch geschäftsmäßigen Anbietern zumindest die Möglichkeit der Forderung des Namens der Nutzer von WLAN-Netzen eingeräumt werden würde.

Insofern sollte die Begründung von § 8 Abs. 5 TMG-E entsprechend angepasst werden und darin klargestellt werden, dass auch gewerbliche Anbieter im Rahmen von Authentifizierungs- bzw. Registrierungsverfahren als „vergleichbare Maßnahme“ im Sinne von § 8 Abs. 4 TMG-E den Namen der Nutzer abfragen dürfen.

Hierzu schlagen wir folgende Formulierung bzw. Änderung in der Begründung zu § 8 Abs. 5 TMG-E vor:

„...Die namentliche Kenntnis des Nutzers ist daher – jedenfalls soweit anerkannte Verschlüsselungsverfahren angewandt werden - verzichtbar...“

Gleichzeitig sollte der darauf folgende Satz in der Begründung zu § 8 Abs. 5 TMG-E ersatzlos ge-

strichen werden.¹

Die Möglichkeit der Abfrage der Namen der Nutzer auch im Bereich der geschäftsmäßigen WLAN-Anbieter kann einen Beitrag dazu leisten, dass mögliche Rechtsverletzungen von Nutzern verhindert werden.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist aber, dass die geschäftsmäßigen WLAN-Anbieter ausdrücklich dazu verpflichtet werden, sicherzustellen, dass die erhobenen Nutzerdaten nur im Rahmen der Bereitstellung des WLAN-Zugangs verwendet werden.

2. Weitere Kosten

Anders als das BMWi, sehen wir aufgrund der fehlenden inhaltlichen Konkretheit von § 8 Abs. 4 des Referentenentwurfs weiterhin erheblichen Beratungsbedarf bei (potenziellen) Anbietern von WLAN-Hotspots.

Insofern trägt der Referentenentwurf in der aktuellen Fassung nicht zu einer Reduzierung der Kosten für WLAN-Anbieter bei.

Sollte § 8 Abs. 4 TMG-E tatsächlich entsprechend umgesetzt werden und in der Begründung keine Erläuterungen dazu erfolgen, was unter dem unbestimmten Begriff der „vergleichbaren Maßnahmen“ als Mindestvoraussetzung zu verstehen ist, würde dies dazu führen, dass (wie bisher) in jedem Einzelfall letztlich gerichtlich geklärt werden müsste, ob der WLAN-Anbieter die notwendigen Sorgfaltspflichten erfüllt hat oder nicht.

3. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Referentenentwurf an entscheidenden Stellen, insbesondere in der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 4 TMG-E, einer Nachbesserung bedarf um die Zahl der WLAN-Angebote deutlich zu erhöhen. Hierfür muss zumindest in der Gesetzesbegründung unmissverständlich klargestellt werden, welche Maßnahmen erforderlich aber auch ausreichend sind, um öffentliche WLAN-Hotspots rechtssicher anbieten zu können. Die Erläuterung der konkret erforderlichen Voraussetzungen für den rechtssicheren Betrieb von WLAN-Netzen in der Begründung des Gesetzes würde dazu beitragen den Gestaltungsspielraum für innovative WLAN-Lösungen zu erhöhen und klarzustellen. Letztlich würde eine solche Klarstellung auch dazu führen, dass der Schutz der Verbraucher gestärkt und das Missbrauchsrisiko verringert würde.

Für Rückfragen oder eine vertiefte Diskussion der angesprochenen Punkte stehen wir Ihnen gerne

¹ klarstellend haben wir die Änderungsvorschläge in den als Anlage zu unserer Stellungnahme beigefügten Referentenentwurf eingefügt.

zur Verfügung.

Freundliche Grüße



Dr. Stephan Albers
Geschäftsführer



Sven Knapp
Referent Recht & Regulierung