

# Bitkom Stellungnahme

## Referentenentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (3. TMGÄndG, in der Fassung vom 23. Februar 2017)

9. März 2017

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.400 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.600 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

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 23. Februar 2017 einen Referentenentwurf zur Änderung des Telemediengesetzes veröffentlicht. Dies erfolgte mit dem ausdrücklichen Hinweis, die Ressortabstimmung sei noch nicht abgeschlossen. Als Grund für den Gesetzesentwurf nennt das BMWi die Absicht, die Potentiale von WLAN als Zugang zum Internet auszuschöpfen und nach dem EuGH-Urteil „McFadden“ vom 15. September 2016 mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Beide Absichten unterstützt Bitkom grundsätzlich. Mit dem Referentenentwurf wird jedoch Gegenteiliges erreicht. Während das BMWi hinsichtlich einer etwaigen Anordnung von Passworteingabe, Registrierungspflicht und der Kostentragung versucht, Rechtsunsicherheit aufzuheben, schafft es mit § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E ein großes Risiko an Sperranordnungen und Wettbewerbsverzerrungen zwischen Providern. Hierzu tragen vor allem unbestimmte Rechtsbegriffe und Widersprüchlichkeiten sowohl zwischen den einzelnen Normen des Entwurfs als auch zwischen Gesetzesentwurf und Gesetzesbegründung bei.

Das sensible Thema um Sperr- und Löschmaßnahmen wird seit vielen Jahren in den unterschiedlichen Kontexten kontrovers diskutiert – ob zu Kinderpornographie, jugendgefährdenden Medien, Verletzungen des geistigen Eigentums oder Hate Speech. In der Regel geht es in den gesellschaftlich sehr bedeutsamen, emotional geführten Debatten immer wieder darum, Sperrinteressen mit dem Recht auf

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

**Marie-Teresa Weber**  
**Bereichsleiterin**  
**Verbraucherrecht & Medienpolitik**  
T +49 30 27576-221  
Mt.weber@bitkom.org

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

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer

## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 2|12

informationelle Selbstbestimmung und dem Risiko einer unkontrollierten Zensur des Internets sorgfältig abzuwägen. Der Entwurf setzt Sperren offenbar als selbstverständlich voraus. Die Debatte nun im Kontext der Verletzung geistigen Eigentums wieder zu öffnen, während vor einigen Jahren sogar in Bezug auf den Bereich der Kinderpornographie ein entsprechendes Gesetz gerade aus der Erkenntnis abgeschafft wurde, dass Sperrmaßnahmen nicht effektiv sind („Löschen statt Sperren“), halten wir für verfehlt. Internetsperren sollten kein allgemeines Mittel sein, das bei jeder Art von Verletzungen des Rechts zum Einsatz kommt. Insbesondere dürfen solch einschneidende Maßnahmen nicht in die Hände von Privaten gelegt werden (weder bei der Geltendmachung des Sperrbegehrens, noch bei der Entscheidung über das Sperrbegehren; vgl. § 7 Abs. 2 ZugErschwG). Die langjährige Debatte in der Öffentlichkeit und auch im Parlament zeigt, dass Sperrmaßnahmen allenfalls das äußerste Mittel der Netzpolitik bleiben dürfen. Die Interessen der Rechteinhaber sind zwar legitim, jedoch es wäre fatal, wenn auf diesem Weg die Freiheitsrechte der Internetnutzer eingeschränkt würden. Parallel zu der Diskussion um die hier zu kommentierende TMG-Änderung zur Einführung eines Anspruchs auf Sperrung wegen urheberrechtlicher Verletzungen wird im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eine TMG-Debatte zur Hate Speech-Thematik geführt. Angesichts der Brisanz des Themas und der Parallelerdebatte wäre eine in Ansätzen durchgeführte Ressortabstimmung vor Veröffentlichung des Referentenentwurfs wünschenswert gewesen. Auch stellt Bitkom in Frage, ob während des laufenden Wahlkampfs eine Debatte um Internetsperren und -zensur mit der gebotenen Sachlichkeit geführt werden kann.

Zu den einzelnen Regelungen im TMGÄndG-E nehmen wir wie folgt Stellung:

### § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E

Es ist zu begrüßen, dass mit § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E konkretisiert werden soll, dass Pflichten zur Entfernung von Informationen bzw. der Sperrung des Zugangs zu ihnen nur zulässig sind, wenn sie klar gesetzlich geregelt sind und aufgrund einer gerichtlichen oder behördlichen Anordnung erfolgen. Dies kann sicherstellen, dass eine Interessenabwägung im Einzelfall durch eine staatliche Stelle erfolgt, ehe eine Maßnahme ergriffen wird (Begründung des Referentenentwurfs, S. 8).

### § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E

Allerdings wird die Regelung in § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E mit der in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E vorgeschlagenen Anspruchsgrundlage hinfällig.

Denn mit § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E will das BMWi eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage für Rechteinhaber schaffen, mit der sie von Access Providern

## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 3|12

und WLAN-Betreibern in Einzelfällen die Sperrung der Nutzung von Informationen fordern können (Begründung des Referentenentwurfs, S. 8). Laut Gesetzesbegründung möchte das BMWi mit § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E die Verpflichtungen aus Art. 8 Abs. 3 der InfoSoc-Richtlinie (RL 2001/29/EG) sowie Art. 11 Abs. 3 der Durchsetzungs-Richtlinie (RL 2004/48/EG) umsetzen. So liegt es unseres Erachtens jedoch nicht, da wesentliche Aspekte dieser Richtlinien, sowie der E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG) außer Betracht bleiben.

So ist die Regelung in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E schon falsch verortet. Die §§ 7 ff. TMG setzen Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie zu Haftungsfreistellungen um. In der E-Commerce-Richtlinie sind jedoch keine Ansprüche geregelt (zumal allein solche für Inhaber von Rechten am geistigen Eigentum). Die Richtlinie gilt horizontal. Zudem enthält § 7 TMG allgemeine Grundsätze für sämtliche Diensteanbieter.

Das BMWi legt darüber hinaus nicht im Ansatz dar, ob zum einen in der heutigen Zeit der Schaden durch Urheberrechtsverletzungen von Internetnutzern (d.h. durch Filesharing oder illegalen Download) noch so groß ist, dass die Erwägung von Sperrmaßnahmen trotz der erheblichen Grundrechtseinschränkungen und Wettbewerbsverzerrungen bei den nichtverantwortlichen Zugangsdiensten geboten erscheint. Auch wird nicht dargelegt, ob in der heutigen Zeit Sperrmaßnahmen überhaupt noch effektiv wären. Dabei wäre zu berücksichtigen, dass der durchschnittliche Internetnutzer und insbesondere die durch die Regelung abzuhaltende Tätergruppe heute technisch wesentlich versierter ist als noch vor wenigen Jahren. Außerdem gibt es viele Umgehungsmöglichkeiten, die zum Teil nicht einmal ein weiteres Zutun von Nutzern erfordern, zum Beispiel die Nutzung des Protokolls https, Basisfunktionen inklusive Tools zum Schutz vor Beobachtbarkeit, VPN-Schutz in Browsern wie beispielsweise Opera, aber auch Anonymisierungsdienste, VPN-Tunnel, etc. Auch der BGH hat in den Entscheidungen I ZR 3/14 und I ZR 174/14 nicht die Effektivität von Sperren festgestellt, sondern revisionsrechtlich allein den Klägervortrag zugrunde gelegt hat (Beschluss vom 7. April 2016, I ZR 174/14, juris, Tz. 15).

Grundsätzlich sollten Internetsperren das äußerste Mittel der Netzpolitik bleiben. Dies gilt vor allem bei Verletzungen des geistigen Eigentums. Die Interessen der

---

*Zur Versiertheit der Nutzer beziehungsweise der Zielgruppe, die mit der Regelung erreicht werden soll: vgl. LG HH, 308 O 584/08, NJOZ 2010, 443, 445: „Ohne Erfolg verweisen die Ast. darauf, dass die Mehrzahl der durchschnittlichen Internetnutzer durch eine DNS-Sperre davon abgehalten würden, einen anderen Weg zu dem gesperrten Internetauftritt zu suchen. Dem Gericht ist es in wenigen Minuten gelungen, eine Internetseite mit einer Anleitung zur Umgehung mit den verfügbaren Nameservern zu finden. Den Nutzern solcher Filmdownloadseiten wie „...in“, es dürften im Wesentlichen internetaktive Jugendliche und junge Erwachsene sein, wird das im Zweifel noch schneller gelingen.“*

## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 4|12

Rechteinhaber sind zwar legitim, jedoch wäre es fatal, wenn auf diesem Weg, das heißt auf Basis einer unbestimmten Norm und eines zivilrechtlichen Anspruchs, die Freiheitsrechte der Internetnutzer eingeschränkt würden. Vgl. dazu § 7 Abs. 2 des ehemaligen Zugangserschwerungsgesetzes:

„Zivilrechtliche Ansprüche gegen Diensteanbieter nach § 2, mit den zur Umsetzung geschaffenen technischen Vorkehrungen Sperrungen vorzunehmen, sind ausgeschlossen.“

Weiter noch hieß es zur Begründung auf Seite 14 der BT-Drucks. 16/13411:

„Der neue Absatz 2 stellt sicher, dass das Sperrlistenverfahren und die dafür erforderliche Infrastruktur auf Grund der einzigartigen Anwendung für die Zugangserschwerung bei Seiten, die kinderpornographische Schriften im Sinne des § 184b Absatz 1 StGB enthalten, nicht zur Durchsetzung etwaiger zivilrechtlicher Ansprüche gegenüber den Diensteanbietern oder sonstigen Dritten genutzt werden dürfen.“

Mit dieser Klarstellung wird der Befürchtung begegnet, dass Gerichte zukünftig aufgrund der durch das Sperrlistenverfahren nach diesem Gesetz vorhandenen technischen Infrastrukturen zu der Schlussfolgerung gelangen könnten, Zugangsvermittler seien nunmehr auch im Hinblick auf andere Rechtsverletzungen (z.B. Rechte am geistigen Eigentum) zivilrechtlich zumutbar zur Sperrung heranzuziehen.“

Das zuvor Ausgeführte entspricht somit den Erkenntnissen des Gesetzgebers.

Aus Sicht des Bitkom sollten Urheberrechtsverstöße stattdessen auf anderem und sehr viel effektiverem Wege entgegengewirkt werden. Legale Angebote sollten gefördert und illegalen Anbietern die finanziellen Anreize genommen werden. Notwendig ist zudem eine stärkere internationale Zusammenarbeit der Ermittlungsbehörden, da viele illegale Anbieter ihren Sitz im Ausland haben. Ein weiterer Weg steht offen, indem man gegen die Bewerbung von illegalen Diensten vorgeht, denn werden die unzulässigen Quellen „ausgetrocknet“, lohnt sich das „Geschäft“ schlicht nicht mehr. Zudem kann man über diesen Weg auch an die Betreiber solch illegaler Dienste herankommen.

Auf der anderen Seite greifen Sperrmaßnahmen sowie häufig damit verbundenes Overblocking in die Informationsfreiheit und die informationelle Selbstbestimmung der Internetnutzer ein. Auch stellt sich die Frage, wie eine auf Nutzer bezogene Sperrung technisch ohne einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis umzusetzen ist, da nach dem Fernmeldegeheimnis auch erfolglose Verbindungsversuche geschützt sind (§ 88 Abs. 1 TKG). Manipulationen innerhalb der Infrastruktur eines TK-Anbieters

## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 5|12

stellen Verstöße gegen das Fernmeldegeheimnis dar (vgl. BfDI, 23. Tätigkeitsbericht 2009-2010, S. 76 f.). Ein Eingriff in dieses Recht setzt eine konkrete Rechtsgrundlage voraus, die Inhalt, Zweck und Umfang klar regelt. Insoweit wurde in der Begründung des Referentenentwurfs ohne nähere Befassung damit z.B. die Sperrung bestimmter Ports am Router erwähnt. Nach dem Standard RFC 6335 sind „Ports“ Mittel für die Anwendung und Erkennung von Diensten im Internet. Ein Port ist ein Teil einer Netzwerk-Adresse, der die Zuordnung von bestimmten Verbindungen und Datenpaketen für bestimmte Dienste bewirkt. Der Datenverkehr im Netz funktioniert, wenn die miteinander kommunizierenden Parteien sich auf die Nutzung bestimmter Ports auf beiden Endpunkten der Verbindung einigen (was über Vor-/Standardeinstellungen bewerkstelligt wird). Mit der Sperrung von „Ports“ geht somit das Risiko einher, dass dann für einen Nutzer ein bestimmtes Dienstangebot generell nicht mehr genutzt werden kann, und zwar unabhängig davon, ob eine zulässige oder unzulässige Nutzung in Rede steht – etwa der Dienst http (der elementar für die Nutzung des Internets ist). Gleichermaßen kritisch sieht Bitkom die Sperrung von ausschließlich oder überwiegend für Peer-to-Peer Netzwerke genutzte Ports. Denn diese Netzwerke dienen – jedenfalls auch – im erheblichen Umfang dem Transfer von legalen Inhalten. Sie werden beispielsweise von innovativen Open-Source- oder Freeware-Projekten zur kostenlosen Bereitstellung ihrer Software genutzt, soweit sie in Ermangelung finanzieller Mittel keine eigenen Downloadserver unterhalten können.

Der Entwurf ist aber insbesondere auch deshalb zu kritisieren, da alle wesentlichen Fragen eben nicht im Gesetz geregelt sind, sondern es dem Provider überlassen bleiben soll, zu entscheiden, ob eine Rechtsverletzung vorliegt, ob der Rechteinhaber zuvor „hinreichend“ gegenüber den Tätern oder Tatnäheren vorgegangen ist, wie also die Interessenabwägung vorzunehmen ist, ob er sperren darf bzw. muss – und dies nach dem Entwurf bei jeder einzelnen Rechtsverletzung, hinsichtlich derer ein Inhaber von Rechten am geistigen Eigentum vom Provider eine Sperrung verlangt.

Außerdem bedeutet ein „Verlangenkönnen“ wiederum, dass die Rechteinhaber sich direkt an den Provider wenden können, ohne dass zuvor eine gerichtliche oder behördliche Anordnung erfolgt ist (s.u.). Damit bleibt die Situation wie im Regime der Störerhaftung, was nach Auffassung des Gesetzgebers gerade nicht gewollt ist (vgl. schon BT-Drucks. 18/8645 vom 1. Juni 2016, S. 10). Auch der Gesetzes-/Richter- und Behördenvorbehalt, wie er u.E. aus Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2000/31/EG und aus § 7 Abs. 3 TMG-E spricht, läuft leer.

Im Übrigen ist der in § 7 Abs. 4 TMG-E gewählte Begriff „Dienst der Informationsgesellschaft“ fraglich. Das TMG gilt nach § 1 Abs. 1 für „elektronische Informations- und Telekommunikationsdienste“. Auch in den in § 2 TMG niedergelegten Begriffsbestimmungen kommt der Begriff „Dienst der

## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 6|12

„Informationsgesellschaft“ nicht vor. Dieser stammt aus der E-Commerce-Richtlinie. Es sollten entweder die bisherigen Definitionen verwendet werden oder der Begriff müsste in den Begriffsbestimmungen in § 2 TMG definiert werden.

Darüber hinaus führen individuell geltend gemachte Sperransprüche zu immensen Wettbewerbsverzerrungen unter den Zugangs Providern. Denn die Erfahrung zeigt, dass Sperranordnungen in erster Linie gegenüber großen Zugangs Anbietern gerichtlich durchgesetzt werden. Je nach Sperrpolicy des Zugangs Anbieters würde diesem ein Abwandern von betroffenen Kunden drohen.

Wenn also überhaupt über Sperranordnungen nachgedacht wird, dann müsste die Sperranordnung für sämtliche Provider gelten. Hierfür bedürfte es unter anderem einer behördlich – zum Beispiel durch die Bundesnetzagentur - geführten Sperrliste.

Weiter zu dem Regelungsvorschlag in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E im Einzelnen:

### Widerspruch zu § 8 und der E-Commerce-Richtlinie

Mit dem Wortlaut „um die Wiederholung der Rechtsverletzung zu verhindern“ wird suggeriert, dass der Accessprovider auch zur Unterlassung und Überwachung verpflichtet ist. Dies würde jedoch nicht nur § 7 Abs. 2 S. 1 TMG und § 8 Abs. 1 S. 1 TMG und § 8 Abs. 1 S. 2 TMGÄndG-E widersprechen, sondern auch der E-Commerce-Richtlinie. Denn unklar ist, wie einerseits eine Pflicht zur Verhinderung einer Wiederholung bestehen soll, während andererseits ein Unterlassungsanspruch gerade auszuschließen ist.

Zudem sieht der Entwurf mit § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E einen Anspruch vor, der durch Geltendmachung, d.h. Inkenntnissetzung ausgelöst wird. Die Kenntnis löst nach Art. 12 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie (vgl. auch § 8 Abs. 1 TMG) jedoch keine Verantwortlichkeit von Access Providern aus.

### Doch wieder keine Interessensabwägung durch eine staatliche Stelle

Mit § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E sowie dessen Begründung macht das BMWi deutlich, dass es Sperrungen nur nach Interessenabwägung durch eine staatliche Stelle beabsichtigt. Im Wortlaut des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E versäumt es das BMWi hingegen, die Voraussetzung der gerichtlichen Anordnung mit aufzunehmen. In der Begründung zum Referentenentwurf (S. 8 unten) heißt es zwar „Konkret schafft § 7 Abs. 4 TMG eine Anspruchsgrundlage für gerichtliche Anordnungen gegen einen Diensteanbieter...“. Dies sollte sich jedoch auch im Wortlaut des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E wiederfinden. Ein Rückschluss über § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E reicht hier nicht. Der § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E ist als Anspruchsgrundlage formuliert und eben nicht als

## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 7|12

Ermächtigungsgrundlage für ein behördliches Eingreifen. Dafür spricht der Wortlaut der Norm („*verlangen kann*“), der Begriff „Anspruchsgrundlage“ und dass in der Begründung auf Normen des Zivilprozesses verwiesen wird (§ 91 ZPO); bei vorherigen Anordnungen staatlicher Natur wäre der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Es wird somit ein zivilrechtlicher Anspruch geschaffen, der direkt beim Provider geltend gemacht werden kann. Zu einer Interessensabwägung einer staatlichen Stelle – des Gerichts – käme es erst, wenn der Provider dem Anspruch nicht entspricht und der Anspruch deshalb vor Gericht geltend gemacht wird (vgl. so auch S. 9 der der Begründung zum Referentenentwurf).

Aus einem weiteren Grund kann nicht davon ausgegangen werden, dass es in allen Fällen zu einer Interessensabwägung durch eine staatliche Stelle kommt: Nach § 7 Abs. 4 S. 3 TMGÄndG-E soll der Diensteanbieter ausschließlich von den vor- und außergerichtlichen Kosten für die Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruches befreit werden. Über die Tragung der Gerichtskosten soll hingegen nach § 91 ZPO entschieden werden. Ein Gerichtskostenrisiko trägt der Diensteanbieter damit nur dann nicht, wenn er den Sperrforderungen des Rechteinhabers unmittelbar – d.h. ohne gerichtliche Überprüfung nachkommt. Eine Interessensabwägung durch staatliche Stellen erfolgt in diesen Fällen vor Ergreifen einer Maßnahme also nicht.

Doch nicht nur das Kostenrisiko würde den Diensteanbieter dazu drängen, Sperrforderungen unmittelbar und ohne gerichtliche Überprüfung nachzukommen. Auch die Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen macht es dem Diensteanbieter unmöglich, das Prozessrisiko abzuwägen. Der Referentenentwurf lässt in seiner Begründung z.B. völlig offen, was „*zumutbar und verhältnismäßig*“ ist. Der Entwurf bietet keine Anhaltspunkte für eine Verhältnismäßigkeit von Intensität der Urheberrechtsverletzung zu den zu erwartenden Nachteilen der Bürger und Provider. Es droht große Rechtsunsicherheit, inwieweit Urheberrechtsverletzungen mit wirtschaftlich geringem Schaden im Verhältnis zum wirtschaftlichen Sperraufwand und der Verletzungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des Internetnutzers zu stehen haben. Auch bleibt unklar, um welche Maßnahmen es sich handeln könnte. In der Begründung des Referentenentwurfs (S. 8) ist von „*verschiedenen Maßnahmen*“ wie Portsperrungen und Sperrungen von einzelnen Webseiten die Rede. Damit ist davon auszugehen, dass das BMWi individuelle nutzerbezogene Maßnahmen bezweckt, aber auch Maßnahmen, die alle Nutzer z.B. eines WLAN-Betreibers betreffen.

Im Hinblick auf die Interessenabwägung und insbesondere die Rechte der Nutzer ist erneut zu betonen, dass es in Deutschland an einer verfahrensrechtlichen Vorschrift fehlt, die der EuGH in der Entscheidung *UPC Telekabel Wien* im Hinblick auf Sperrmaßnahmen als unabdingbar bezeichnet hatte, damit die Unionsgrundrechte

## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 8|12

gewahrt werden (C-314/12, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Tz. 57). Schon aus diesem Grund wären Sperrmaßnahmen unzulässig.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die vom BMWi in § 7 TMGÄndG-E eingeführte Voraussetzung der „gerichtlichen Anordnung“ *de facto* nicht mehr ist als die Sanktion, die folgt, wenn der Diensteanbieter nach Aufforderung durch den Rechteinhaber nicht unmittelbar handelt. Eine vorherige sorgfältige Interessensabwägung durch eine staatliche Instanz ist in keiner Weise gewährleistet. Der Diensteanbieter würde gezwungen selbst darüber zu urteilen, welche Sperrungen er akzeptiert oder nicht. Damit ist der Internetzensur Tür und Tor geöffnet und der Diensteanbieter befindet sich in einer ihm aufgedrängten Richterrolle.

Auch im Rahmen der Interessenabwägung ist daher festzuhalten, dass die geplante Ausgestaltung des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E als eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage ohne Richtervorbehalt sowohl der Begründung als auch den Zielen des Gesetzentwurfs widerspricht, Internetzugangsanbieter von einer Prüfpflicht und Pflicht zur Abwägung zu befreien. Trotz gegenteiliger Behauptungen in der Begründung des Referentenentwurfs bleibt es bei den durch die Störerhaftung hergebrachten Mechanismen, die eine Überprüfung des Verhaltens der Internetzugangsanbieter (nur) *ex post* durch Gerichte vorsieht, anstatt von vornherein eine staatliche Stelle verbindlich mit der Abwägung zu betrauen.

Damit kann das Gesetz das bezweckte Ziel nicht erreichen. Es ist ungeeignet. Insoweit ist weiter zu bedenken, dass Accessprovider etwaige Rechtsverletzungen nicht selbst vornehmen und auch nicht Störer sind, sondern nach den Vorgaben der Richtlinie 2001/29/EG allenfalls als Dritte (derer sich die Rechteinhaber bedienen) „helfen“ könnten, Maßnahmen zu ergreifen (vgl. Art. 8 Abs. 3 und Erwägungsgrund (59) der RL 2001/29/EG). Auch deshalb ist es sachgerecht, sie von Kosten und Abwägungsentscheidungen zu befreien.

Die Formulierung der Anspruchsgrundlage „so kann der Inhaber des Rechts von dem betroffenen Diensteanbieter nach § 8 insbesondere die Sperrung der Nutzung von Informationen verlangen, um die Wiederholung der Rechtsverletzung zu verhindern“ ist außerdem problematisch, weil sie als Anspruch auf einen geschuldeten Erfolg – nämlich die Verhinderung der Wiederholung der Rechtsverletzung – gelesen werden kann. Sollte ein Anspruch auf Sperrung eingeführt werden, so dürfte jedoch nicht ein bestimmter Erfolg – das Sicherstellen der Nichtwiederholung der Rechtsgutsverletzung – geschuldet werden, sondern allenfalls ein bestimmtes Tun. Der Anspruch müsste auf eine konkret vorgegebene Handlung, zum Beispiel eine bestimmte technisch vorgegebene und genau umgrenzte Art der Sperre gerichtet sein. Aufgrund der oben beschriebenen recht einfachen Umgehungsmöglichkeiten



## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 9|12

von Sperrungen kann der Provider selbst bei erfolgter Sperrung die Nichtwiederholung der Rechtsgutsverletzung nicht gewährleisten. Schuldete der Provider den Erfolg, so entstände ihm ein hohes Haftungsrisiko, das je nach Einzelfall in zwei Richtungen ausfallen könnte, entweder in die Haftung für Overblocking oder in die Haftung wegen mangelnder Effektivität der Maßnahme.

Sollte – wie in § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E angelegt – eine Ermächtigungsgrundlage für eine behördliche Sperranordnung eingeführt werden, so müsste außerdem eine Regelung zur Kompensation für Implementierungskosten und laufende Aufwände für die Provider geschaffen werden (vgl. § 101 Abs. 2 S. 3 UrhG, zu den Gerichtskosten: § 101 Abs. 9 S. 5 UrhG). Wenn eine solche Sperranordnung gegenüber einem Provider ausgesprochen würde, müsste dieser außerdem gleichzeitig vollständig von seiner Haftung gegenüber Dritten freigestellt werden, die wegen dieser Sperrung gegen ihn vorgehen könnten.

### Kosten für den Provider

Zwar wird im Wortlaut von § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E gefordert, dass die Sperrung „zumutbar und verhältnismäßig“ sein muss. Die mit einer Sperrung verbundenen Kosten für den Accessprovider werden aber weder im Wortlaut des Gesetzestextes noch in der Begründung erwähnt. Auf Seite 9 der Begründung des Referentenentwurfs heißt es sogar „§ 7 Abs. 4 S. 3 stelle sicher, dass das Kostenrisiko des Zugangsanbieters im Zusammenhang mit der Verletzung des Rechts am geistigen Eigentum weitgehend entfällt.“ Dies ist in mehrfacher Hinsicht falsch:

§ 7 Abs. 4 S. 3 geht nicht so weit, als dass der Accessprovider von etwaigen Gerichtskosten befreit wird (s.o.).

Besonders Besorgnis erregend ist zur Kostenvermeidung die Begründung im Referentenentwurf (S. 9, drittletzter Absatz am Ende):

*„Dieses Risiko kann der Provider durch rechtzeitige Erfüllung der Sperrung ausschließen.“*

Also auch hiernach wird ein Anreiz gesetzt, zügig zu sperren, ohne den Aufwand und das Risiko einzugehen, sämtliche erforderlichen Aspekte und Interessen der Betroffenen unbefangen in die Abwägung einzustellen.

Selbst wenn der Diensteanbieter das Risiko der Gerichtskosten abwendet, indem er den Sperrforderungen des Rechteinhabers nachkommt ohne eine gerichtliche Anordnung abzuwarten, trägt er weiterhin das volle Kostenrisiko wegen einer ungerechtfertigten Sperrung oder aber eines Overblocking zu haften. Zudem fehlte in

## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 10|12

dem Fall der zügigen, nicht angeordneten Sperrung eine staatliche Entscheidung, die doch im Entwurf selbst als maßgeblich erachtet wurde (Begründung, S. 8, 2. Absatz a.E.).

Zudem hätte der Diensteanbieter die Kosten der umfangreichen Sperrinfrastruktur (technische Ausstattung und Personal) zu tragen. Die Erfahrung der letzten Jahre mit den Abmahnwellen zeigt, dass es trotz der Kostenregelung zu den Abmahnkosten zu einer großen Masse, auch an teils missbräuchlichen Sperrforderungen kommen wird. Dies würde die Kosten nochmal um ein Vielfaches erhöhen. Schon dies stellt einen Verstoß gegen Art. 3 der RL 2004/48/EG dar. Nach Art. 3 Abs. 1 dürfen Maßnahmen nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein. Gemäß Art. 3 Abs. 2: müssten sie zudem wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein – die Voraussetzungen beider Absätze wären nicht erfüllt.

Und schließlich steht die ungeprüfte Forderung nach Sperrmaßnahmen nicht in Einklang mit § 109 TKG, wonach TK-Dienstleister verpflichtet sind, erhebliche Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, um die von ihnen betriebene Kritische Infrastruktur zu schützen (vgl. auch IT-Sicherheitsgesetz).

### **Sperrung als unbestimmte Maßnahme und ungeeignetes Mittel**

Es bleibt in dem Referentenentwurf völlig offen, welche Maßnahmen das BMWi für § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E in Erwägung zieht. Auch ist zu kritisieren, dass das BMWi nicht ansatzweise darauf eingeht, ob Sperrungen überhaupt geeignet sind, um Wiederholungen von Rechtsverletzungen am geistigen Eigentum zu verhindern.

Im Hinblick auf das Zugangserschwerungsgesetz wurden verschiedene Sperrmaßnahmen diskutiert. Die unterschiedlichen technischen Varianten führen zu unterschiedlichen Zumutbarkeits- und Verhältnismäßigkeitserwägungen, greifen unterschiedlich stark in die Bürgerrechte ein, tragen ein unterschiedliches Risiko des Overblocking mit sich und führen zu unterschiedlichen Kosten und Haftungsrisiken. Dem Diensteanbieter ist es damit nicht nur unmöglich abzuschätzen, in welchen Fällen es sich um eine Urheberrechtsverletzung handelt und in welchen nicht. Auch ist er nicht in der Lage auf valider Basis Zumutbarkeit sowie Verhältnismäßigkeit und ein etwaiges Prozessrisiko zu prüfen.

In einem Punkt sind alle Varianten jedoch gleich zu bewerten: Sie können auf einfachstem Wege umgangen werden – ob durch den illegalen Inhalte Anbieter, indem er die Webseite über eine andere Domain, URL oder IP-Adresse zugänglich macht, oder durch den Verletzter selbst (s.o.). Es würde jedenfalls auch ein „Hase-Igel-Rennen“ ausgelöst, das kostentreibend sowie ineffektiv ist und schließlich auch den Rechteinhabern nicht hilft.

## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 11|12

### § 8 Abs. 1 TMGÄndG-E

Mit der Gesetzesänderung in 2016 hatte der Gesetzgeber die Haftungsprivilegierung von Access Providern nur auf WLAN-Betreiber ausgeweitet. Nur in der Gesetzesbegründung kam zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch machen wollte, die Haftung von Access Providern auf Unterlassung (nach den Grundsätzen der sog. Störerhaftung) auszuschließen (BT-Drucks. 18/8645 vom 1. Juni 2016, S. 10). Da dies jedoch im Wortlaut nicht umgesetzt wurde, bestand weiterhin das Risiko, auf Basis von Unterlassungsansprüchen abgemahnt zu werden. Das Risiko der Störerhaftung bestand damit auch für WLAN-Betreiber weiterhin fort. Nach § 8 Abs. 1 TMGÄndG-E sollen nun Access Provider und WLAN-Betreiber zukünftig nicht nur hinsichtlich der Haftung auf Schadensersatz und Beseitigung befreit werden, sondern auch hinsichtlich etwaiger Unterlassungsansprüche und der Haftung für die Kostenerstattung.

Bitkom begrüßt die Ausweitung der Privilegierung auf Unterlassungsansprüche in § 8 Abs. 1 TMGÄndG-E. Dies führt grundsätzlich in die richtige Richtung, um die bereits in den letzten Jahren erhoffte Rechtssicherheit zu schaffen.

Allerdings ist der Entwurf nicht geeignet, dieses Ziel umzusetzen. Über die vorstehenden Ausführungen hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Wortlaut des § 8 Abs. 1 S. 2 TMGÄndG-E im jetzigen Entwurf den Zusatz „*sofern diese Diensteanbieter nicht verantwortlich sind*“ enthält, so dass (in Gesamtschau mit § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E) zu befürchten ist, dass die Privilegierung hinsichtlich der Unterlassungsansprüche faktisch leer läuft. Vielmehr noch scheint daraus zu folgen, dass eine Verantwortlichkeit besteht, wenn der Access Provider nicht auf Zuruf sperrt.

Wenn zudem eine Verantwortlichkeit nach dem zivilrechtlichen Anspruch in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E oder der Störerhaftung in Erwägung gezogen wird, richtet sich die Haftung wiederum nach anderen Kriterien, als sie durch Art. 12 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie vorgegeben und in § 8 Abs. 1 TMG umgesetzt sind (s.o.). Der Entwurf bleibt damit weit hinter dem vom Gesetzgeber Bezweckten zurück und enthält ungelöste Friktionen; es steht sogar zu befürchten, dass der Entwurf so ausgelegt werden kann, dass er zu einer weniger weitreichenden Privilegierung führt, als im aktuell geltenden § 8 TMG.

Unklar ist auch, wie sich die Kostenbefreiung in § 8 Abs. 1 S. 2 a.E. TMGÄndG-E zu der eingeschränkten Kostenbefreiung in § 7 Abs. 4 S. 3 TMGÄndG-E verhält.

## Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 12|12

### § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E

Mit § 8 Abs. 4 sollen WLAN-Betreiber von behördlichen Anordnungen verschont bleiben, nach denen sie vor Gewährung des Internetzugangs eine Registrierung sicherstellen oder aber die Eingabe eines Passwortes verlangen müssen. Auch sollen sie nicht dazu verpflichtet werden, den Dienst einzustellen.

In der Begründung des Referentenentwurfs (S. 10, Mitte) wird der Wortlaut von § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E damit begründet, es solle vermieden werden, dass nach der EuGH-Entscheidung zu McFadden WLAN-Anbieter ihr Netz nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen wollen, aus Angst vor Abmahnungen oder gerichtlichen Anordnungen.

Um dieses Ziel zu erreichen, bedarf es in § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E einer Ergänzung von „*gerichtlichen Anordnungen*“ – aktuell ist im Wortlaut nur von „*behördlichen Anordnungen*“ die Rede.

Auch sollte diese Klarstellung für alle Diensteanbieter nach § 8 gelten. Gründe die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, sind nicht ersichtlich.

Damit muss § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E wie folgt lauten: „*Diensteanbieter nach § 8 Absatz 3 dürfen von einer Behörde **oder einem Gericht** nicht verpflichtet werden, ...*“