

Stellungnahme

des Wirtschafts- und des Medienressorts des Landes NRW

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie: Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes
(neues WLAN-Gesetz – 3. TMGÄndG)

Das Wirtschafts- und das Medienressort des Landes Nordrhein-Westfalen begrüßen ausdrücklich die Initiative des Bundesministeriums für Wirtschaft- und Energie, klarstellende Ergänzungen zum 2. TMGÄndG aus 2016 vorzunehmen. Angesichts des Urteils des EuGH (v. 15.9.2016 – Mc Fadden) ist es ein wichtiges medien-, netz- und wirtschaftspolitisches Anliegen, Rechtsunsicherheiten auszuräumen, damit endlich mehr offene WLAN-Zugänge in Deutschland eingerichtet werden können. Diese Zielsetzung unterstützen das Wirtschafts- und das Medienressort des Landes Nordrhein-Westfalen ausdrücklich.

Dabei Regelungen zu treffen, die einen Wegfall außergerichtlicher Kosten für Diensteanbieter bedeuten, erscheint zielführend. Dies ist ein sehr wichtiger Schritt auf dem Weg zu mehr offenen WLAN-Netzwerken, den das Wirtschafts- und das Medienressort des Landes Nordrhein-Westfalen sehr begrüßen.

Nach Prüfung des vorliegenden Referentenentwurfs möchten die in Nordrhein-Westfalen zuständigen Ressorts daher einige konstruktive Anmerkungen machen, die im Folgenden im Detail aufgeführt werden.

Zu § 7 – Gesetzestext:

Auf S. 3 des vorliegenden Referentenentwurfs heißt es im Gesetzestext:

„1§ 7 Absatz wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 endet nach Satz 1.

b) Folgende Absätze 3 und 4 werden angefügt:

„(3) Verpflichtungen zur Entfernung von Informationen oder zur Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt. Das Fernmeldegeheimnis nach § 88 des Telekommunikationsgesetzes ist zu wahren.“

„(4) Wurde ein Dienst der Informationsgesellschaft von einem Nutzer in Anspruch genommen, um das Recht am geistigen Eigentum eines anderen zu verletzen und besteht für den Inhaber dieses Rechts keine andere Möglichkeit der Verletzung seines Rechts abzuwenden, 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. Die Sperrung muss zumutbar und verhältnismäßig sein. Ein Anspruch gegen den Diensteanbieter auf Erstattung der vor- und außergerichtlichen Kosten

für die Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruchs nach Satz 1 besteht außer in den Fällen des § 8 Absatz 1 Satz 3 nicht.“

Die in § 7 Abs. 4 Satz 1 vorgesehene Subsidiarität für die nachrangige Inanspruchnahme von Diensteanbietern sowie das Ziel, eine Sperrung des Zugangs zum gesamten WLAN-Netz z.B. durch ein Passwort zu verhindern, indem andere, zumutbare Maßnahmen getroffen werden, wird grundsätzlich begrüßt. Der Begriff der „Nutzung von Informationen“ erscheint jedoch noch zu unbestimmt, zudem dürfte es nicht allein auf die „Nutzung“ der Informationen ankommen.

Zu § 7 - Gesetzesbegründung:

1. Auf Seite 8 des vorliegenden Referentenentwurfs werden in der Gesetzesbegründung technische Maßnahmen beschrieben, um die in § 7 Abs. 4 Satz 1 beschriebene „Sperrung der Nutzung von Informationen“ umzusetzen. Das den beschriebenen Maßnahmen zugrundeliegende Ziel, eine Sperrung des Zugangs zum gesamten WLAN-Netz, z.B. durch ein Passwort, zu verhindern, wird begrüßt.

Es wird aber angeregt, die vorgeschlagenen technischen Maßnahmen zur Sperrung von Informationen erneut gründlich zu prüfen. Eine Sperrung von Router-Ports oder Internetseiten erscheint nach erster Prüfung für Laien schon technisch kaum umsetzbar. Gerade diese Maßnahmen sind zudem kein zielführendes Mittel, um weitere Rechtsverletzungen zu unterbinden: Die Anbieter z.B. von illegalen Tauschbörsen können die für ihre Angebote genutzten Ports sowie ihre IP-Adressen oder Domains verändern, so dass diese aus demselben Netz weiter aufgerufen werden können. Rechtsverletzungen könnten also mit einer einmaligen Umsetzung der beschriebenen Maßnahmen nicht nachhaltig unterbunden werden. Dazu müssten Diensteanbieter die Seiten, über die Rechtsverletzungen erfolgt sind, kontinuierlich beobachten und Router bzw. Software zum Blockieren von Webseiten entsprechend anpassen. Dies würde einen unzumutbaren Aufwand bedeuten. Automatisierte Lösungen hierfür wären zum einen ein Kostenfaktor, zum anderen führen sie regelmäßig zu Overblocking und erfordern daher gleichermaßen kontinuierliche Betreuung. Überdies ist nach dem vorliegenden Entwurf unklar, wer über die Art und Weise der Sperrung entscheidet bzw. auf welche Form der Sperrung ein Anspruch besteht und wie der Anspruch auf Sperrung technisch so zu realisieren ist, dass er rechtlich als erfüllt gilt.

Da ein Diensteanbieter somit in der Regel kaum davon ausgehen kann, rechtssicher den Anspruch zu erfüllen, steht zu befürchten, dass aufgrund dieses erheblichen, in jedem Einzelfall anfallenden Aufwandes wie auch der aus Anbietersicht verbleibenden Rechtsunsicherheit Diensteanbieter weiterhin aus Vorsicht den Zugang zu ihren WLAN-Netzwerke in Gänze verschließen würden. Dies würde

der begrüßenswerten Zielsetzung des 3. TMGÄndG zuwiderlaufen, mehr offene WLAN-Zugänge zu ermöglichen.

2. Zu den Kosten für das gerichtliche Verfahren heißt es zu § 7 in der Gesetzesbegründung auf S. 9:

„Der Ausschluss von Rechtsverfolgungskosten, insbesondere von Rechtsanwaltskosten des Rechtsinhabers gilt auch für das gerichtliche Verfahren. Der Anspruchsausschluss in § 7 Abs. 4 Satz 3 betrifft nämlich sowohl den prozessualen als auch den materiellen Kostenerstattungsanspruch. Allerdings erfasst die Vorschrift nicht die Entscheidungsschuldnerhaftung für Gerichtskosten. Hier kann es in Einzelfällen, wenn der WLAN-Betreiber den Anspruch nach § 7 Abs. 4 nicht erfüllt und deshalb vom Rechtsinhaber verklagt wird, zu einer Pflicht zur Tragung der Gerichtskosten kommen. Dieses Kostenrisiko realisiert sich jedoch nur, wenn der Rechtsinhaber als Kläger den Zivilprozess gewinnt und entspricht der üblichen „loser-pays-rule“ in § 91 ZPO. Der Zugangsanbieter kann dieses Kostenrisiko somit durch rechtzeitige Erfüllung des (berechtigten) Anspruchs auf Sperrung des Zugangs zur Nutzung von Informationen ausschließen.“

Die Zielsetzung, das Kostenrisiko für die Anbieter offener WLAN-Zugänge so gering wie möglich zu halten, wird ausdrücklich begrüßt. So könnten mehr offene WLAN-Zugänge in Deutschland entstehen. Es erscheint jedoch fraglich, inwieweit der Rechteinhaber dazu verpflichtet werden kann, in jedem Fall – auch bei einer berechtigten gerichtlichen Geltendmachung – seine gerichtlichen wie außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu tragen. Es sollte geprüft werden, ob dies mit prozessualen Kostentragungsregelungen im Einklang steht. Ebenso wird angeregt zu prüfen, ob nicht eine Deckelung der Gerichtskosten für den Diensteanbieter in Betracht kommt, um das Kostenrisiko zu reduzieren.

Es wird zudem angeregt zu präzisieren, wie die beschriebene „rechtzeitige Erfüllung“ des „berechtigten Anspruchs“ zu verstehen ist. Das Kriterium ist zu unbestimmt, um – insbesondere außergerichtlich – Rechtssicherheit zu schaffen. Es besteht insoweit zunächst das Risiko mitunter deutlich divergierender Auffassungen der Parteien über die Reichweite einer „rechtzeitigen“ Erfüllung. Es dürfte hierzu ggf. zu einer Reihe von gerichtlichen Auseinandersetzungen kommen. Insgesamt könnte die Regelung so ihrem Ziel, außergerichtliche Rechtssicherheit für den kooperationsbereiten Diensteanbieter zu schaffen, zuwiderlaufen.

Darüber hinaus erscheint fraglich, ob es für technische Laien realisierbar ist, binnen kurzer Frist die Zugriffe auf eine bestimmte Website o.ä. zu verhindern. Daher sollte präzisiert werden, wie diese „rechtzeitige Erfüllung“ für den WLAN-Anbieter zu realisieren ist: Die Frage, ob ein Anspruch berechtigt ist, ist vorgeordnet, insbesondere für technische und/oder juristische Laien, praktisch nicht zu klären. Dies könnte in der Konsequenz dazu führen, dass WLAN-Anbieter bei jeder Abmahnung unverzüglich die geltend gemachten Ansprüche erfüllen würden, um ein Kostenrisiko zu vermeiden – jedoch ohne Klärung der Anspruchsberechtigung und bspw. der Frage, ob der Anspruchsteller bereits sämtliche ande-

ren Möglichkeiten ausgeschöpft hat (wie in § 7 Abs. 4 S. 1 des vorliegenden Entwurfs verlangt). Dies liefe dem begrüßenswerten Ziel des Änderungsgesetzes zuwider, mehr offene WLAN-Zugänge zu ermöglichen.

Zu § 8 Abs. 1 S. 2 – Gesetzestext:

Auf S. 3 des vorliegenden Referentenentwurfs heißt es im Gesetzestext:

„2. § 8 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Nach Satz 1 wird folgender Satz 2 eingefügt:

„Sofern diese Diensteanbieter nicht verantwortlich sind, können sie insbesondere nicht wegen einer rechtswidrigen Handlung eines Nutzers auf Schadensersatz oder Beseitigung oder Unterlassung einer Rechtsverletzung in Anspruch genommen werden; dasselbe gilt hinsichtlich aller Kosten für die Geltendmachung und Durchsetzung dieser Ansprüche.“

Die ausdrückliche Klarstellung, dass Diensteanbieter nicht für rechtswidrige Handlungen von Dritten auf Schadensersatz, Beseitigung oder Unterlassung in Anspruch genommen werden sollen und insbesondere nicht die Kosten für Geltendmachung und Durchsetzung dieser Ansprüche tragen müssen, wird begrüßt.

Es wird jedoch angeregt, zu prüfen, ob die Bezeichnung „alle(r) Kosten“ hier irreführend bzw. in Zusammenschau mit der entsprechenden Gesetzesbegründung widersprüchlich verstanden werden könnte. Gegebenenfalls könnte klarstellend präzisiert werden, dass es sich dabei um die Kosten „für die Geltendmachung und Durchsetzung der vorge-nannten Ansprüche“ handelt.

Ebenso wird angeregt, § 8 Abs. 1 S. 2 zur Klarstellung wie folgt zu formulieren:

„Sofern diese Diensteanbieter nach Satz 1 nicht verantwortlich sind, (...)“

Zu § 8 Abs. 4 – Gesetzestext:

Auf S. 4 des vorliegenden Referentenentwurfs heißt es im Gesetzestext:

„b) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„Diensteanbieter nach § 8 Absatz 3 dürfen von einer Behörde nicht verpflichtet werden,

1. vor Gewährung des Zugangs

a) die persönlichen Daten von Nutzern zu erheben und zu speichern (Registrierung)

oder

b) die Eingabe eines Passworts zu verlangen oder

2. das Anbieten des Dienstes einzustellen.

Davon unberührt bleiben Maßnahmen auf freiwilliger Basis.“

Hierzu wird eine Prüfung angeregt, ob das Merkmal „von einer Behörde“ gestrichen werden kann, so dass die genannten Maßnahmen letztlich auch nicht durch ein Gericht angeordnet werden können. Die Regelung würde damit jegliche – behördliche wie gerichtliche – Verpflichtung zu den genannten Maßnahmen untersagen. Dies wäre zu begrüßen. Die Regelung führte somit zu mehr Rechtssicherheit für WLAN-Anbieter, die nach dem bisherigen Entwurf weiterhin durch ein Gericht zu den genannten Maßnahmen verpflichtet werden können. Hierdurch entsteht jedoch Rechtsunsicherheit auf Seiten der WLAN-Anbieter, da diese bis zu einer – ggf. letztinstanzlichen – gerichtlichen Entscheidung nicht ausschließen können, zu den entsprechenden Maßnahmen verpflichtet zu werden. Die vorgesehenen Maßnahmen sind dabei für einige WLAN-Anbieter, insbesondere kleinere oder private Anbieter, technisch häufig nicht ohne Weiteres zu realisieren. Insoweit kann die Regelung in ihrer bisherigen Fassung Fehlanreize setzen und dazu führen, dass Interessierte kein öffentliches WLAN anbieten, um sich möglichen gerichtlichen Verpflichtungen nicht auszusetzen. Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rechtssache Sony / McFadden zwar auf die Vorlagefrage hin festgestellt, dass EU-Recht einer solchen Anordnung nicht entgegensteht. Eine europarechtliche *Verpflichtung* der Mitgliedsstaaten, solche Maßnahmen vorzusehen, ist nach hiesiger Auffassung hierin jedoch nicht zu sehen.