VATM e. V. • Frankenwerft 35 • 50667 Köln

per E-Mail an: tmg@bmwi.bund.de
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Scharnhorststraße 34 – 37
10115 Berlin

Frau Referatsleiterin Sabine Maass
Referat VIB5

Ansprechpartner	E-Mail	Fax	Telefon	Datum
Patrick Baumeister	pb@vatm.de	0221 3767726	0221 3767733	08.04.2015

Referentenentwurf des BMWi

2. Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes (2. TMGÄndG)

hier: Stellungnahme des VATM

Sehr geehrte Frau Maass,

sehr geehrte Damen und Herren,

am 11. März 2015 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) einen Referentenentwurf für ein zweites Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes. Die geplanten Neuregelungen sollen Rechtsklarheit schaffen bei der Frage, wie WLAN-Betreiber ausschließen können, das sie für Rechtsverletzungen Dritter haften müssen. Zudem sieht der Referentenentwurf eine Stärkung der Rechtsverfolgungsmöglichkeiten bei Urheberrechtsverletzungen durch die Speicherung von Informationen vor.

Der Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM) bedankt sich für die ihm eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme und trägt für seine Mitgliedsunternehmen wie folgt vor:

I. Allgemein

Der VATM begrüßt ausdrücklich das mit dem Referentenentwurf verfolgte Ziel, die Potentiale von WLAN als Zugang zum Internet im öffentlichen Raum auszuschöpfen und Rechtssicherheit für WLAN-Betreiber durch eine Klarstellung der Haftungsregelungen zu schaffen. Voraussetzung für die fortschreitende Digitalisierung von Wirtschaft und Alltag ist der schnelle und unkomplizierte mobile Zugang zum Internet über öffentliche WLAN-Hotspots. Auf dieser Grundlage können sich innovative Geschäftsmodelle verbreiten und führen damit zu einer begrüßenswerten Stärkung des Wettbewerbs.

Der vorliegende Referentenentwurf ist jedoch nach Auffassung des VATM nicht geeignet, eine Präzisierung und Haftungserleichterung im Telemediengesetz (TMG) und damit mehr Transparenz und Rechtssicherheit für WLAN-Betreiber umzusetzen. Vielmehr führt der Entwurf – entgegen der eigentlichen Zielsetzung – zu einer weiteren Verschärfung der Haftung und schafft durch weitere unbestimmte Rechtsbegriffe verstärkt Rechtsunsicherheit statt Rechtsklarheit.

I. Referentenentwurf steht im Widerspruch zur E-Commerce-Richtlinie

Der vorgelegte Referentenentwurf steht nach Auffassung des VATM im Widerspruch zur E-Commerce-Richtlinie (Richtlinie 2000/31/EG).

Die E-Commerce-Richtlinie sieht in Artikel 12 „Reine Durchleitung“ und Artikel 15 „Keine allgemeine Überwachungspflicht“ weitreichende Haftungsprivilegierungen für Access-Betreiber vor – sofern die in der Richtlinie vorgegebenen Voraussetzungen vorliegen. Insbesondere Art. 15 der E-Commerce-Richtlinie ist zu entnehmen:

„Die Mitgliedstaaten erlegen Anbietern von Diensten im Sinne der Artikel 12, 13 und 14 keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.“

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de

Lediglich für den Fall, dass dem Access-Provider eine Rechtsverletzung bekannt ist oder bekannt gemacht wurde, eröffnet die Richtlinie in Art. 13 Abs. 2 den Spielraum, dass der Access-Provider verpflichtet werden kann, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern.

Dabei handelt es sich jedoch um eine nachträgliche Beseitigungs- und Verhinderungsverpflichtung, die nur dann greifen kann, wenn dem Access-Provider Rechtsverletzungen durch seine Nutzer im konkreten Einzelfall angezeigt worden sind. Eine proaktive Überwachungsverpflichtung wird durch die E-Commerce-Richtlinie nach Auffassung des VATM ausdrücklich ausgeschlossen.

Vor diesem Hintergrund sind Unterlassungsansprüche und damit korrespondierende Abmahnungen nur dann gerechtfertigt, wenn dem Access-Provider eine konkrete Rechtsverletzung angezeigt wurde und der Access-Provider diese konkrete Rechtsverletzung in einem angemessenen Zeitraum nicht unterbunden hat.

Da die E-Commerce-Richtlinie auch nicht zwischen dem kommerziellen und dem nicht kommerziellen bzw. privaten Diensteanbieter differenziert, kommt . die
vorbenannte Haftungsfreistellung sowohl den kommerziellen als auch den privaten WLAN-Anbietern zu Gute. Der vorgelegte Referentenentwurf verschärft die Anforderungen an Diensteanbieter und steht damit im Widerspruch zur E-Commerce-Richtlinie.

II. Anhängiges Verfahren vor dem EuGH

Nicht nachvollziehbar erscheint der nun vorgelegte Referentenentwurf auch vor dem Hintergrund, dass das Landgericht München I mit Beschluss vom 18.09.2014 (Az.: 7 O 14719/12) ein dort anhängiges Verfahren aussetzte und dem EuGH nach Art. 267 AEUV umfangreiche Fragen zur Haftung bei offenen WLANs vorlegte.

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de

Insbesondere begehrte das Landgericht München eine Klärung, ob die Privilegierung auch Unterlassungsansprüche umfasst und welche Pflichten – insbesondere Prüfungs- und Überwachungspflichten – den Betreiber eines offenen WLANs auferlegt werden können. Die Klärung dieser Rechtsfragen durch den EuGH dürfte entscheidend sein für die weitere Anwendung der Störerhaftung in Deutschland.

In Konsequenz dessen regt der VATM an, dass vor dem EuGH anhängige Verfahren zunächst abzuwarten. Es ist weder nachvollziehbar noch zweckdienlich, einen Referentenentwurf für eine Gesetzesänderung voranzutreiben, der gegebenenfalls in wenigen Monaten im Widerspruch zu europäischem Recht steht und in Folge dessen einer umfangreichen Überarbeitung unterzogen werden müsste.

III. Datenschutzrecht

Auch die ganz konkreten inhaltlichen Vorgaben des Referentenentwurfes begegnen teils erheblichen Bedenken. So sieht die Neufassung des § 8 Abs. 5 TMG vor, dass sonstige Diensteanbieter, die einen Internetzugang nach Absatz 3 zur Verfügung stellen, nicht wegen einer rechtswidrigen Handlung eines Nutzes auf Unterlassung in Anspruch genommen werden können, wenn sie zumutbare Maßnahmen im Sinne des Absatzes 4 ergriffen haben und die Namen der Nutzer kennen, denen sie den Zugang gewährt haben.

Unklar bleibt schon, ob die reine Kenntnis der Namen – ohne weitere zusätzliche Informationen wie Adress- und Geburtsdaten – hier ausreichend sein kann, um den Zweck der Regelung, eine Identifikation zu ermöglichen und Missbrauchspotential zu unterbinden, zu erfüllen. Allein die namentliche Kenntnis, wer ein WLAN nutzt, ermöglicht noch keinen Rückschluss, wer im Zweifel eine Straftat tatsächlich begangen hat. Vielmehr müsste der Betreiber detailgenau die Nutzung durch seine Besucher protokollieren. Dies dürfte mit geltendem Datenschutzrecht kaum zu vereinbaren sein.

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de

Ohne eine derartige Verpflichtung zur umfänglichen Protokollierung ergibt sich hingegen jedoch nicht, welchen Mehrwert die namentliche Erfassung bezwecken soll.

IV. Verpflichtung zu Verschlüsselungsmechanismen unverhältnismäßig

Der Referentenentwurf sieht in § 8 Abs. 4 Nr. 1 TMG vor, dass ein WLAN-Anbieter, soweit er angemessene Sicherungsmaßnahmen – und damit insbesondere anerkannte Verschlüsselungsverfahren – ergreift, von der Haftung bei missbräuchlichem Verhalten freigestellt wird. Hierdurch soll ein angemessener Ausgleich zwischen dem Interesse an einem möglichst weitgehend freien Internetzugang und dem Interesse der Rechtsinhaber an einem Schutz vor missbräuchlichem Verhalten geschaffen werden.
Abgesehen von der Tatsache, dass eine solche Verpflichtung zu Sicherheitsmaßnahmen aufgrund des Haftungsprivilegs nach der E-Commerce-Richtlinie nicht rechtens ist, ist sie auch zur Verfolgung der mit dem Gesetz intendierten Zwecke ungeeignet.

1. Förderung öffentlicher WLANs

Der praktische Nutzen von offenen WLANs besteht insbesondere darin, dass beispielsweise Touristikzentren in Städten bzw. Urlaubsregionen oder Unternehmen wie die Deutsche Bahn oder Deutsche Post ihren Kunden einen möglichst einfachen und barrierefreien Zugang zur nützlichen Informationen und Dienstleistungen einräumen können. Aber auch z.B. Gastronomiebetriebe haben ein gesteigertes Interesse daran, ihren Kunden einen kostenlosen Internetzugang zur Verfügung zu stellen und dadurch ihre Attraktivität zu steigern.
Bestehende WLAN-Angebote werden dato zum großen Teil unverschlüsselt betrieben.

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de

Bei Umsetzung des Referentenentwurfs würden daher schon im Markt bestehende und genutzte Angebote von Netzbetreibern und WLAN-Anbietern ganz erheblich gefährdet.

Entgegen der gesetzlichen Intention würde es in der Folge nicht zu einer Ausweitung von HotSpot-Angeboten kommen, sondern vielmehr würden viele Anbieter ihre Angebote einstellen bzw. einschränken müssen.

Begründet liegt dies auch darin, dass auf Grund der Heterogenität der Endnutzergeräte vielfach Systeme zueinander nicht kompatibel sind und damit eine Vielzahl an Nutzern die eigentlich frei verfügbaren HotSpots nicht mehr nutzen könnten.. Viele Betreiber müssten daher mit nicht unerheblichem Aufwand ihrer Systeme neu konfigurieren und – sofern dies nicht möglich sein sollte –, neue Geräte anschaffen. Diese Mehrbelastung dürfte viele Anbieter dazu bewegen, ihr Angebot nicht weiter fortzuführen.

Des Weiteren setzt ein verschlüsseltes Netz die Kenntnis und Eingabe eines entsprechenden Schlüssels voraus. Unklar bleibt hier, woher der Verbraucher die Zugangsdaten für das verschlüsselte WLAN beziehen soll, um überhaupt eine Anmeldung vornehmen zu können. Dies mag in kleinen Lokalitäten wie einem Café noch möglich sein, bei Bahnhöfen oder Flughäfen sind hier schon praktische Grenzen aufgezeigt. Diese Aspekte zeigen, dass die Auferlegung einer Verpflichtung zu Verschlüsselungsmaßnahmen in der Praxis zu erheblichen Komplikationen führt, die den Betrieb eines öffentlichen WLAN-Netzes eben nicht erleichtern.
Der mit dem Gesetz intendierte Zweck, die Verbreitung öffentlicher WLAN-Netze zu fördern, wird durch diese Verpflichtung konterkariert.

2. Schutz vor missbräuchlichem Verhalten

Darüber hinaus sind die Verschlüsslungsmechanismen auch nicht geeignet, potentiell missbräuchliches Verhalten zu unterbinden. Zum einen wird der Zugangsschlüssel in der Regel jedem zur Verfügung gestellt, ohne dass seine Identität bekannt ist (z.B. Besucher eines Cafés). Zum anderen kann jeder Nutzer diesen Schlüssel auf anderen Portalen für weitere Zugangsinteressenten hinterlegen.

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de

Wenn nun missbräuchliches Verhalten durch den Verschlüsselungsmechanismus ohnehin nicht unterbunden werden kann, besteht auch keine Notwendigkeit, den WLAN-Anbieter mit entsprechenden Verpflichtungen zu belasten.

VI. Abmahnwelle

Abschließend ist auch auf die Befürchtung kommerzieller und privater WLAN-Betreiber aufmerksam zu machen, nach Umsetzung des Referentenentwurfs mit einer erheblichen Abmahnwelle konfrontiert zu werden. Die inhaltliche Ausgestaltung des Referentenentwurfs räumt den Gerichten viel Auslegungsspielraum ein. In Ansehung der vergangenen Filesharing-Abmahnwellen werden daher viele Betreiber ihre heute noch bestehenden WLAN-HotSpots zur Vermeidung von juristischen Auseinandersetzungen und den damit verbundenen erheblichen Kosten eher schließen, denn erweitern. Der vorgelegte Referentenentwurf wird damit seine Zielsetzung verfehlen und die Situation für WLAN-Betreiber noch weiter verschärfen.

Wir bitten um Berücksichtigung der aufgezeigten Erwägungen und stehen bei Rückfragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

P. Baumeister

Patrick Baumeister
Rechtsanwalt / Referent für Recht und Regulierung

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 3767725 • Fax: 0221 3767726 • E-Mail: vatm@vatm.de