

## **STELLUNGNAHME ZUM REFERENTENENTWURF ZUR ÄNDERUNG DES TMG**

**Prof. Dr. Thomas Hoeren, Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Münster**

[hoeren@uni-muenster.de](mailto:hoeren@uni-muenster.de)

**Münster, 3.9.2015**

### **A. Allgemeiner Teil**

Mit der zunehmenden Zahl an WLAN-fähigen Endgeräten wird auch der allgegenwärtige und flächendeckende WLAN-Zugang zu einem entscheidenden Wirtschafts- und Bildungsfaktor. Bevölkerung und Touristen setzen in zunehmendem Maße als selbstverständlich voraus, dass sie in der Öffentlichkeit, etwa in Zügen, Cafés, Innenstädten oder öffentlichen Gebäuden, auf ein öffentliches WLAN-Netz zugreifen können.

Diese Entwicklung haben sowohl die Bundesregierung als auch die Europäische Union erkannt und sich daher den Ausbau von öffentlichem WLAN auf die Fahnen geschrieben.

Im aktuellen Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD heißt es dazu, dass WLAN-Betreibern durch eine Klarstellung der Haftungsregelungen die dringend gebotene Rechtssicherheit geboten werden sollte.

Auf europäischer Ebene ist im Rahmen der sogenannten Telecoms Single Market-Verordnung eine Förderung der Verbreitung von öffentlichen Drahtlosnetzwerken vorgesehen.

Handlungsbedarf besteht in der Tat. Während Deutschland im weltweiten Vergleich eine weit überdurchschnittliche Anzahl an WLAN-fähigen Endgeräten pro Kopf vorweisen kann, ist das öffentliche WLAN-Netz nur unzureichend ausgebaut. So kann Südkorea pro 10.000 Einwohner etwa 37 Hotspots vorweisen, Deutschland hingegen nur ca. 1,9 Hotspots.

Mit dem Referentenentwurf zur Änderung des Telemediengesetzes (TMG), insbesondere der §§ 8 und 10, verfolgt die Bundesregierung, zumindest nach eigenen Angaben, das Ziel, die Verbreitung von öffentlichen WLAN-Netzen in Deutschland zu fördern.

Dabei muss jedoch konstatiert werden, dass der Referentenentwurf nicht nur ungeeignet ist, das gesteckte Ziel zu erreichen, sondern sogar den gegenteiligen Effekt haben und zu einem Rückgang von öffentlichem WLAN – oder drastischer formuliert: zu einem WLAN-Sterben führen wird.



## **B. Besonderer Teil**

### **I. § 8 Abs. 3 TMG-E**

Mit § 8 Abs. 3 TMG-E wird letztlich nur klargestellt, was in Literatur und Rechtsprechung schon länger vertreten wird: Die Anbieter von öffentlichen WLAN-Zugängen sind als Access-Provider zu qualifizieren, weshalb sie schon nach geltender Gesetzeslage von der Haftung freigestellt sind.

Diese Klarstellung betrifft aber nur die grundsätzliche Einbeziehung des Anbieters in das Haftungsprivileg. Was fehlt, aber dringend nötig gewesen wäre, ist eine Bestimmung zur Reichweite des Haftungsprivilegs.

### **II. § 8 Abs. 4 TMG-E**

#### **1. Europarechtswidrigkeit**

Der im Referentenentwurf formulierte § 8 Abs. 4 verstößt gegen europäisches Recht.

Wie bereits in einer Reihe von weiteren Stellungnahmen erkannt wurde, ist er mit Art. 16 EU-Grundrechte-Charta, der das Recht auf unternehmerische Freiheit beinhaltet, unvereinbar.

Dieses EU-Grundrecht setzt voraus, dass einem Unternehmen die Entscheidungsfreiheit über die eigenen finanziellen und technischen Ressourcen zu gewähren ist.

Tritt § 8 Abs. 4 TMG-E in Kraft, müssen die Anbieter von WLAN-Netzen zwangsläufig einen Teil ihrer Ressourcen in die „zumutbaren Maßnahmen“ investieren, um einer Haftung zu entgehen. Ihnen wird damit letztlich ihre unternehmerische Entscheidungsfreiheit geraubt und ein bestimmter nicht zu rechtfertigender, weil zur Zielerreichung ungeeigneter, Verhaltenszwang auferlegt.

Der vorgelegte Entwurf ist außerdem mit Art. 12 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie unvereinbar.

Dieser stellt klar, dass ein Diensteanbieter nicht für übermittelte Informationen verantwortlich ist, sofern er die Übermittlung nicht veranlasst, den Adressaten der übermittelten Informationen nicht ausgewählt und die übermittelten Informationen nicht ausgewählt oder verändert hat. Diese Aufzählung ist nach ihrem klaren Wortlaut als abschließend anzusehen.

§ 8 Abs. 4 TMG-E stellt an den Access-Provider aber noch zusätzliche Anforderungen. Will dieser seiner Haftung entgehen, muss er auch diese erfüllen. Damit aber werden die Anforderungen der E-Commerce-Richtlinie überdehnt und rechtswidrig erweitert.

## **2. Sonstige Unbrauchbarkeit des Entwurfs**

### **a) Zumutbare Maßnahmen**

Beim Begriff der „zumutbaren Maßnahmen“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der auch nicht durch die nur beispielhaft aufgeführten Maßnahmen (angemessene Sicherungsmaßnahmen und Nutzererklärung) mit Leben gefüllt wird und daher eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge hat.

Welche anderweitigen Maßnahmen der Access-Provider ergreifen kann, ergibt sich nicht einmal aus der Gesetzesbegründung. Die Aufarbeitung dieser Problematik wird damit den Gerichten überlassen, wobei anzumerken ist, dass die Rechtsprechung in der Vergangenheit bereits DNS-, IP-, URL- und hybride Sperren als unzumutbar abgelehnt hat.

Solange aber ein Access-Anbieter nicht mit Sicherheit sagen kann, ob die von ihm ergriffenen Maßnahmen ausreichend sind, wird er im Zweifel auf das Anbieten von öffentlichem WLAN verzichten.

### **b) Angemessene Sicherungsmaßnahmen**

Der Entwurf sieht angemessene Sicherungsmaßnahmen gegen den unberechtigten Zugriff auf das drahtlose Netzwerk vor. Um eine technologieneutrale Regelung zu schaffen, die Bundesregierung diese Maßnahmen inhaltlich nicht vorschreiben, sondern dem Betreiber selbst überlassen.

Zwar wurde damit im Vergleich zum vorherigen Referentenentwurf das Kriterium des „anerkannten Verschlüsselungsverfahrens“ gestrichen, gleichwohl findet sich dieses in der Gesetzesbegründung noch wieder. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass eine Verschlüsselung nach wie vor als angemessene Sicherungsmaßnahme angesehen wird.

Ein verschlüsseltes WLAN kann aber qua definitionem kein offenes WLAN sein.

Dabei nimmt die Bundesregierung an, die Verschlüsselung diene schon dem Eigeninteresse des Betreibers, der seine Daten und Nutzer gegen den Zugriff durch Unbefugte schützen wolle. Sie übersieht jedoch, dass ein Schutz der Anlagen und Daten des Betreibers schon viel effektiver durch eine konsequente Gerätekonfiguration erreicht werden kann und dass es in einem öffentlichen WLAN von vorneherein keine unbefugten Personen geben kann.

Schließlich ist das von der Bundesregierung in der Gesetzesbegründung vorgeschlagene WPA2-Verfahren als Schutzmechanismus auch gänzlich ungeeignet, da dieses durch die Verwendung von *shared key* und *session key* sehr unsicher ist und das Belauschen von anderen Nutzern ermöglicht. Insbesondere kann es keine Rechtsverletzungen verhindern. Hat ein Nutzer erst einmal den Zugangsschlüssel erhalten, hat er auch Zugang zum WLAN und kann danach selbstverständlich Rechtsverletzungen begehen.

Die Überführung eines Nutzers als Täter einer Rechtsverletzung wird dadurch trotzdem nicht vereinfacht. Dazu wäre zusätzlich die Erhebung und Speicherung von Kommunikationsdaten erforderlich, was schnell zu einer Verletzung des Fernmeldegeheimnisses führen kann.

Eine derartige Verschlüsselung ist damit als Sicherungsmaßnahme nutzlos und für den Ausbau der öffentlichen WLAN-Netze sogar kontraproduktiv: Sie würde verhindern, dass sich jedermann ohne weiteres Hindernis in ein WLAN einloggen kann. Dabei hat eine von Kabel Deutschland durchgeführte Befragung ergeben, dass sich jeder fünfte WLAN-Nutzer bereits von einfachsten Hindernissen, wie die Eingabe eines Codes, von einer WLAN-Nutzung abbringen lässt.<sup>1</sup>

Als alternative angemessene Sicherungsmaßnahme nennt die Gesetzesbegründung lediglich eine freiwillige Registrierung der Nutzer. Wie freiwillig eine solche Registrierung sein kann, wenn von ihr der Zugang zum WLAN abhängt, sei an dieser Stelle dahingestellt. Letztlich kann man diesen praktisch kaum umzusetzenden Vorschlag nur als Kniefall vor der Rechteindustrie bezeichnen, der eine neue Abmahnwelle nach sich ziehen wird.

### **c) Nutzererklärung**

Kumulativ muss der Diensteanbieter eine Erklärung seiner Nutzer einholen, in der diese zum Ausdruck bringen im Rahmen der Nutzung keine Rechtsverletzungen zu begehen. Bis eine solche Erklärung abgegeben wurde, müsste konsequenterweise jeder Datenverkehr unterbunden werden.

Dabei hatte der BGH einer solchen Belehrung bei volljährigen Nutzern – zumindest im Familienbereich – ohne vorherigen Anlass bereits eine Absage erteilt. Von erwachsenen Personen kann auch ohne Erklärung erwartet werden, dass sie ihr Verhalten im Internet als rechtmäßig oder rechtswidrig einordnen können.

---

<sup>1</sup> <https://www.kabeldeutschland.com/de/presse/pressemitteilung/produktnachrichten/632014.html>.

Die Bundesregierung verzichtet an dieser Stelle darauf, genauer auszugestalten, welche Anforderungen an eine solche Nutzererklärung zu stellen sind, lässt laut Gesetzesbegründung aber AGB-Klauseln ausreichen.

Eine Klarstellung wäre an dieser Stelle aber absolut essentiell gewesen: Der Access-Provider muss wissen, welche Anforderungen an eine solche Erklärung zu stellen sind, damit er im Streitfall den Nachweis der Erklärung erbringen und einer Haftung entgehen kann.

Jedenfalls im privaten Bereich wird jedes Familienmitglied und jeder einzelne Gast eine solche Erklärung unterschreiben müssen, um dem Anschlussinhaber spätere Beweisschwierigkeiten zu ersparen.

Aus praktischer Sicht ist eine solche Erklärung vollkommen ungeeignet, irgendeinen positiven Effekt zu entfalten. Es ist unvorstellbar, dass sich ein zu einer Rechtsverletzung entschlossener Nutzer durch eine sanktionslose Erklärung von seinem rechtswidrigen Verhalten abbringen lassen würde.

Das Erfordernis einer Erklärung könnte erstmals dann Wirkung entfalten, wenn der folgende Zugang zum Internet nicht mehr anonym gewährt würde und eine Speicherung der Bestands- und Kommunikationsdaten erfolgt. Das aber stellt nach geltender Rechtslage einen Verstoß gegen § 13 VI TMG und gegen § 88 TKG dar.

#### **d) Wegfall von § 8 Abs. 5 TMG-E**

Nachdem der – zu Recht heftig kritisierte – Abs. 5 aus dem aktuellen Referentenentwurf gestrichen wurde, gilt § 8 Abs. 4 TMG-E nunmehr für alle Diensteanbieter im Sinne des § 8 Abs. 3 TMG-E.

Unter die Norm fällt somit auch der rein private Anschlussinhaber, der sein WLAN nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt.

Konsequenterweise muss auch er angemessene Sicherungsmaßnahmen treffen und Nutzererklärungen einholen (nur zur Verdeutlichung: von seinen Familienmitgliedern und Freunden!), um einer Haftung zu entgehen.

Damit widerspricht der Entwurf aber diametral der gefestigten Rechtsprechung in Filesharing-Prozessen. Mit Inkrafttreten des Entwurfs wäre einem Anschlussinhaber das Argument

versagt, er habe seinen WLAN-Zugang einem Familienmitglied zur Verfügung gestellt und dieses komme als Täter einer Rechtsverletzung ernsthaft in Betracht.

Es handelt sich dabei nur um ein weiteres Indiz, wessen Interessen der Gesetzesentwurf förderlich sein soll.

### **III. § 10 Abs. 2 TMG-E**

#### **1. Europarechtswidrigkeit**

Auch der § 10 Abs. 2 TMG-E steht in fundamentalem Widerspruch zu europäischem Recht.

Zum einen ist er unvereinbar mit Art. 14 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie. Dieser will den Host-Provider insbesondere dann von einer Haftung freistellen, wenn er keine tatsächliche Kenntnis von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat.

Das Erfordernis der positiven Kenntnis wird durch den Referentenentwurf konterkariert, indem dieser einfache Vermutungsregeln für das Vorliegen von Kenntnis aufstellt.

Dies führt letztlich zu einer nicht angebrachten Beweislastumkehr: Nach dem Gesetzesentwurf muss der Diensteanbieter beweisen, dass er keine Kenntnis von Tatsachen und Umständen hatte, aus denen eine Rechtsverletzung offensichtlich wird.

Zum anderen besteht eine Unvereinbarkeit mit Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie.

Dieser stellt ausdrücklich klar, dass Host-Provider keine allgemeine Verpflichtung haben, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.

Tritt der Entwurf in Kraft, wären die Host-Provider aber gerade dazu verpflichtet, die bei ihnen gespeicherten Informationen nach Rechtsverstößen zu untersuchen, da ihnen ansonsten sofort Kenntnis unterstellt werden könnte.

Tatsächlich ist es in der Praxis für die Host-Provider oftmals gar nicht möglich festzustellen, ob gespeicherte Informationen rechtswidrig sind oder nicht, so dass dem Entwurf auch an dieser Stelle jedwede Alltagstauglichkeit fehlt.

Die Vermutung einer Kenntnis als ausreichenden Haftungsgrund anzuerkennen wird zudem gravierende Auswirkungen haben. Um einer Haftung zu entgehen, werden viele (wenn nicht

alle) Host-Provider „freiwillig“ Inhalte löschen, wenn sie deren Rechtswidrigkeit nicht zweifelsfrei verneinen können.

## **2. Sonstige Unbrauchbarkeit**

§ 10 Abs. 2 TMG-E enthält eine Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen und zentral den „besonders gefahrgeneigten Dienst“. Dass dieser rechtssicher festgestellt werden kann, wird von der Bundesregierung in der Gesetzesbegründung zwar behauptet, der Realität entspricht das aber nicht.

Gerade durch die bleibende Unsicherheit entsteht aber die Gefahr, das historisch gewachsene und etablierte Haftungsgefüge des Host-Providers zu Fall zu bringen. Der Anwendungsbereich von § 10 TMG geht relativ weit. Von ihm erfasst werden die unterschiedlichsten Dienste und Geschäftsmodelle (bspw. Social-Media-Plattformen, Bewertungsportale oder Cloud-Services). Die nicht abschließenden Regelbeispiele sind gänzlich ungeeignet, dem jeweiligen Diensteanbieter die erforderlichen Rahmenbedingungen aufzuzeigen.

Der Beweis einer weit überwiegenden Zahl an rechtswidrig gespeicherten Informationen (§ 10 Abs. 2 Nr. 1 TMG-E) kann in der Praxis nicht geführt werden. Häufig werden viele Milliarden Daten auf einem Server liegen. Um einen Gesamtüberblick auf alle anderen rechtmäßig gespeicherten Informationen zu bekommen und so ein Verhältnis von Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit herstellen zu können, wäre ein nicht gegebener Zugriff auf die Rechner nötig.

Die unbestimmten Rechtsbegriffe werden noch lange die Gerichte beschäftigen und damit vor allem der Abmahnindustrie von Nutzen sein.

## **VI. Erfüllungsaufwand und weitere Kosten**

Im Referentenentwurf stellt die Bundesregierung die Behauptung auf, dass die Gesetzesänderungen keinen Erfüllungsaufwand mit sich bringen würden und keine weiteren Kosten zu erwarten sein.

Auch an dieser Stelle muss in aller Deutlichkeit widersprochen werden.

Um den Anforderungen von § 8 Abs. IV TMG-E gerecht zu werden, müssen die WLAN-Anbieter eine grundsätzlich neue Infrastruktur mit neuen, teuren Routern schaffen. Außerdem sind Administrationskosten für die Einrichtung, Wartung und Prüfung der Router zu erwarten.

## **VII. Vorabentscheidung durch den EuGH**

Das LG München I hat dem EuGH die Frage, ob die Privilegierung von Access- und Host-Provider auch Unterlassungsansprüche umfasst und welche Prüfungs- und Überwachungspflichten dem Betreiber eines offenen WLANs auferlegt werden können, zur Klärung vorgelegt.

Die Vorlage betrifft damit auch einige entscheidende Bereiche des Referentenentwurfs.

Wenn schon die vorgenannten Gründe nicht als ausreichend erachtet werden, den Entwurf abzulehnen, ist es dringend geboten, vor einer positiven Entscheidung über den Referentenentwurf die Entscheidung des EuGH abzuwarten. Andernfalls steht zu befürchten, dass die Inhalte des Referentenentwurfs gegen europäisches Recht verstoßen.

## **C. Zusammenfassung**

Insgesamt versagt der Entwurf auf ganzer Linie.

Er ist vollkommend ungeeignet, das angeblich angestrebte Ziel, den Ausbau von öffentlichem WLAN durch mehr Rechtssicherheit zu fördern, zu erreichen. Bewirkt wird der Entwurf vielmehr das Gegenteil: weniger Rechtssicherheit und eine Abschaffung öffentlicher WLANs.

Er ist unnötig, da es schlicht keine Hinweise dafür gibt, dass offene WLAN-Netze die tatsächlich stattfindenden Urheberrechtsverletzungen fördern würden.

Er ist ein Kniefall vor den Rechteinhabern, der genau zu dem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Vorsitzende des Bundesverband der Musikindustrie den Posten als Beauftragter für Kreative und Digitale Ökonomie im Bundesministerium für Wirtschaft übernimmt.

Richtig wäre es einzig und allein gewesen, den Ausschluss der Unterlassungshaftung nicht von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen und damit anzuerkennen, dass es sich beim Zugang zum Internet um eine Maßnahme der Daseinsfürsorge handelt.

Wie widersprüchlich die Bundesregierung mit dem Referentenentwurf agiert, zeigt sich nicht nur an den vernichtenden Kritiken aus den eigenen Reihen, sondern auch daran, dass das von Minister Dobrindt (immerhin Minister für digitale Infrastruktur) im März 2015 vorgestellte Prestigeprojekt in verschiedenen Behördengebäuden öffentliches und barrierefreies WLAN anzubieten mit dem aktuellen Gesetzesentwurf nicht mehr vereinbar wäre und angepasst werden müsste.