

Bitkom Stellungnahme

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

24. 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 mit dem ausdrücklichen Hinweis auf eine noch nicht abgeschlossene Ressortabstimmung einen Referentenentwurf zur Änderung des Telemediengesetzes veröffentlicht (TMGÄndG-E). Als Grund für den Gesetzesentwurf nennt das BMWi die Absicht, die Potentiale von WLAN als Zugang zum Internet auszuschöpfen, nach dem EuGH-Urteil „McFadden“ vom 15. September 2016 mehr Rechtssicherheit zu schaffen und Haftungsrisiken für WLAN-Betreiber zu minimieren. Diese Absichten unterstützt Bitkom grundsätzlich. Den gesteckten Zielen wird der Referentenentwurf jedoch nicht gerecht. Insbesondere das Regime der Störerhaftung wird lediglich in ein neues Gewand gekleidet. Auch stellt Bitkom in Frage, ob während des laufenden Wahlkampfs und der parallel geführten Hate-Speech Debatte mit der gebotenen Sachlichkeit über Internetsperren und -zensur diskutiert werden kann.

Mit dem Entwurf und der Begründung zu § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E, mit dem konkretisiert werden soll, dass Pflichten zur Entfernung von Informationen bzw. der Sperrung des Zugangs zu ihnen nur zulässig sein sollen, wenn sie klar gesetzlich geregelt sind und aufgrund einer der Interessenabwägung zugänglichen gerichtlichen oder behördlichen Anordnung erfolgen, erweckt das BMWi zunächst den Anschein, Haftungsrisiken der Diensteanbieter einzuschränken. Dies wäre grundsätzlich zu begrüßen.

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
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 2|11

Allerdings wird die Regelung des § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E mit der in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E normierten zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage hinfällig. Danach sollen Rechteinhaber von Access Providern und WLAN-Betreibern im Einzelfall die Sperrung der Nutzung von Informationen im Wege eines zivilrechtlichen Anspruchs fordern können. Eine vorherige gerichtliche Anordnung ist entgegen § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E und der Gesetzesbegründung nicht vorgesehen. Damit wird der Internetsensur Tür und Tor geöffnet, indem Anbieter von WLAN-Netzen wie auch Accessprovider über privatrechtliche Ansprüche in eine Richterrolle gedrängt werden. Bitkom widerspricht diesem Regelungsentwurf in Abs. 4 ausdrücklich.

Auch mit den vorgeschlagenen Änderungen zu § 8 Abs. 1 und 4 TMGÄndG-E wird zumindest im Kontext von Verletzungen geistigen Eigentums lediglich eine weitere Haftungsbefreiung suggeriert. Wenn ein Sperrverzug dazu führt, dass die Haftungsbefreiung aus § 8 Abs. 1 TMGÄndG-E nicht greift, dann stehen die Diensteanbieter schlechter da als vor der letzten TMG-Reform.

Im Einzelnen kommentieren wir den Gesetzesentwurf wie folgt:

Internetsperren als Mittel nicht erforderlich

Der Entwurf sieht Sperren wie selbstverständlich als legitimes und geeignetes Mittel gegen Verletzung geistigen Eigentums im Internet an. Auch wenn singulär betrachtet das Interesse der Rechteinhaber durchaus berechtigt sein mag und insbesondere im Bereich der Sportrechte illegale Streamingplattformen im Ausland weiterhin ein Problem darstellen, so muss kritisiert werden, dass aus der Begründung zum TMGÄndG-E nicht im Ansatz hervor geht, ob entsprechende Maßnahmen heutzutage noch erforderlich sind. Offen bleibt, ob der Schaden durch Urheberrechtsverletzungen von Internetnutzern über WLAN-Zugänge tatsächlich so groß ist, dass die Erwägung von Sperrmaßnahmen trotz der erheblichen Grundrechtseinschränkungen und zu erwartenden Wettbewerbsverzerrungen bei nichtverantwortlichen Zugangsanbietern geboten ist. So ergab sich beispielsweise aus einem von Kabel Deutschland in Zusammenarbeit mit dem MABB durchgeführten Projekt, dass zwischen 2012 und Februar 2015 keine IP-Adressen wegen über Public-Wifi-Hotspots von Kabel Deutschland begangenen Urheberrechtsverletzungen abgefragt wurden.¹

Im Allgemeinen ist festzustellen, dass Nutzerzahlen legaler Angebote in beachtlicher Weise ansteigen. Das zeigt, dass Verbraucher bereit sind, für ein breites und

¹ http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/Stellungnahmen-WLAN/mabb.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

² In der Musikbranche überstiegen 2015 die Einnahmen aus dem digitalen Bereich erstmals die aus dem physischen, Global Music Report 2016, abrufbar unter

Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 3|11

qualitativ hochwertiges Angebot zu zahlen. Durch weiteren Ausbau und Förderung solcher legaler Angebote ist davon auszugehen, dass die Nutzung illegaler Angebote zurückgehen wird. Wichtig ist dafür, dass Verbraucher ihre Nachfrage auf legalem Wege zeitnah nach Veröffentlichung bestimmter Werke befriedigen können.

„Straftaten im Zusammenhang mit Urheberrechtsbestimmungen zeigten 2015 anders als 2014 einen Rückgang (-12,1 Prozent auf 7.699 Fälle)“, so die polizeiliche Kriminalstatistik des Bundesinnenministeriums aus 2015.

Internetsperren sind nicht effektiv

Schon während der Debatte um das Zugangerschwerungsgesetz wurden verschiedene Sperrmaßnahmen und deren Wirksamkeit diskutiert und deutlich in Frage gestellt. Unverändert ist auch heute noch unklar, wie mithilfe von Sperrungen weitere Rechtsverletzungen wirksam verhindert werden sollten. Schon der EuGH verlangte in dem Urteil zu „UPC Telekabel“ eine hinreichende Effektivität der Sperrmaßnahmen. Nach Auffassung des Bitkom ist es jedoch nicht möglich, Nutzer zuverlässig vom Zugriff auf zu sperrende Seiten abzuhalten.

Die in Betracht kommenden gängigen Methoden – zu nennen sind insbesondere DNS-, Port-, IP-, Content-, und URL-Sperren – haben allesamt gemein, dass sie einerseits leicht zu umgehen sind und andererseits die Gefahr des Missbrauchs oder „Overblockings“ mit sich bringen, also auch legale Inhalte als Kollateralschäden mit zu sperren.

Zu umgehen sind die zuvor aufgeführten Methoden für den durchschnittlichen Internetnutzer, aber insbesondere für die abzuhaltende Tätergruppe, leicht unter Verwendung online abrufbarer Anleitungen. In Betracht kommen beispielsweise die Nutzung von VPN-Tunneln, Proxy-Servern, alternativen DNS-Servern oder sonstigen Anonymisierungsdiensten. Auch der BGH hat in den Entscheidungen I ZR 3/14 und I ZR 174/14 nicht die Effektivität von Sperren festgestellt, sondern allein revisionsrechtlich den Klägervortrag zugrunde gelegt (vgl. Beschluss vom 7. April 2016, I ZR 174/14). Auf der anderen Seite könnten Anbieter illegaler Inhalte auf alternative Server und Domains ausweichen. Letztlich droht erneut ein „Hase-Igel-Rennen“.

http://www.musikindustrie.de/fileadmin/bvmi/upload/06_Publikationen/GMR/Global-Music-Report-2016.pdf

Umsätze auf dem deutschen Video-On-Demand-Markt steigen in 2017 voraussichtlich um 18 Prozent auf 945 Millionen Euro, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Video-Streaming-hat-sich-fest-etabliert.html>.

³ Polizeiliche Kriminalstatistik 2015, Version 7.0, BMI; https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2016/pks-2015.pdf?__blob=publicationFile.

Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 4|11

Ablehnend steht Bitkom insbesondere der Sperrung bestimmter Ports entgegen. Diese Möglichkeit führt das BMWi in der Gesetzesbegründung ohne näheres Befassen beispielhaft an.

Ein Port ist ein Teil einer Netzwerk-Adresse, um bestimmte Verbindungen zwischen an das Internet angebundene(n) Geräten zuzuordnen. So dienen sie einerseits als Unterscheidungsmerkmale bei einer Mehrheit von Verbindungen zwischen demselben Paar von Endpunkten (bspw. Internetserver und Nutzer) und andererseits zur Identifikation von Netzwerkprotokollen (bspw. http oder p2p) und entsprechenden Netzwerkdiensten. Die Zuweisung einzelner Dienste zu Portnummern unterliegt keiner Regulierung, so dass die Betreiber entsprechender Netzwerke zur Umgehung der Sperrung der von ihnen genutzten Ports auf andere Portnummern ausweichen könnten.

Mit der Sperrung einzelner Ports geht das Risiko einher, dass Nutzer ein bestimmtes Dienstangebot wie beispielsweise das „Hypertext Transfer Protocol“ (http) oder bestimmte peer-to-peer Netzwerke generell nicht mehr nutzen können, und zwar unabhängig davon, ob eine zulässige oder unzulässige Nutzung in Rede steht. Selbst letztgenannte Netzwerke dienen – jedenfalls auch – im erheblichen Umfang dem Transfer von legalen und innovativen Inhalten. Vielfach werden peer-to-peer Netzwerke von innovativen Open-Source- oder Freeware-Projekten zur kostenlosen Bereitstellung ihrer Software genutzt, beispielsweise weil sie in Ermangelung finanzieller Mittel keine eigenen Downloadserver unterhalten können. Für Nutzer würde damit eine Portsperrung einen erheblichen Nachteil der Kommunikations- und Informationsfreiheit bedeuten.

Drohende Wettbewerbsverzerrungen

In der aktuellen Ausgestaltung des TMGÄndG-E sind auf dem Markt erhebliche Wettbewerbsverzerrungen zu befürchten. Zivilrechtliche Ansprüche können vom Rechteinhaber nur im Parteienverhältnis gegenüber dem jeweils in Anspruch genommenen Diensteanbieter zu Geltung gebracht werden. Um also eine möglichst breite Wirkung zu erzielen, müssten die Rechteinhaber ihre Sperransprüche flächendeckend gegenüber allen Diensteanbietern geltend machen. Die Erfahrung zeigt, dass Rechteinhaber sich zur Durchsetzung ihrer Interessen in erster Linie an große Zugangsanbieter wenden werden, da sie auf diesem Wege mittels eines einzigen durchzusetzenden Anspruchs eine wesentlich größere Reichweite erzielen und zugleich Kosten und Aufwand sparen können. Auf der anderen Seite haben

⁴ Zur Vereinheitlichung der Kommunikationswege wird von der Internet Assigned Numbers Authority (IANA) empfehlungshalber eine Liste geführt, die unter den jeweiligen Portnummern bestimmte Dienste aufführt.

Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 5|11

Verbraucher selbstverständlich ein Interesse daran, einen möglichst freien Zugang zum Internet zu haben. Folglich droht eine Benachteiligung größerer Anbieter.

Auf der anderen Seite könnten auch Kleinstanbieter – wie beispielsweise Cafébetreiber – vor einem Bereithalten von kostenlosen Internetzugängen abgeschreckt werden, wenn sie Kosten und Aufwand für entsprechende Sperrmaßnahmen scheuen.

Widerspruch zum Prinzip der Bundesregierung „Löschen statt Sperren“

Die Debatte um Netzsperrungen im Kontext der Verletzung geistigen Eigentums wieder zu öffnen, während vor einigen Jahren entsprechendes Gesetz zur Eindämmung der Verbreitung von Kinderpornographie gerade aus der Erkenntnis abgeschafft wurde, Sperrmaßnahmen seien nicht effektiv („Löschen statt Sperren“) und hinsichtlich Art. 10 GG bedenklich, ist für Bitkom nicht nachvollziehbar. Die langjährige Debatte in der Öffentlichkeit und auch im Parlament hat gezeigt, dass Sperrmaßnahmen allenfalls das äußerste Mittel der Netzpolitik bleiben dürfen. Es erschließt sich vor diesem Hintergrund insbesondere nicht, weshalb Sperransprüche ausgerechnet im Zusammenhang mit Verletzungen des geistigen Eigentums verhältnismäßig sein sollten, während sie zuvor im Zusammenhang mit Straftaten im Bereich der Kinderpornographie abgelehnt wurden.

Schon im damals abgelehnten Entwurf des Zugangserschwerungsgesetzes war der Gesetzgeber zu der Erkenntnis gekommen, dass privatrechtlich durchzusetzende Sperransprüche auszuschließen seien. Dort hieß es zu § 7 Abs. 2 des Entwurfes

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

Des Weiteren wurde in der Gesetzesbegründung ausgeführt:

„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

Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 6|11

Rechtsverletzungen (z.B. Rechte am geistigen Eigentum) zivilrechtlich zumutbar zur Sperrung heranzuziehen.“⁵

Notwendigkeit des Richtervorbehalts nicht erfüllt

Obwohl das BMWi in seinem Entwurf die Relevanz des Richtervorbehalts wiederholt unterstreicht, so gewährleistet der TMGÄndG-E genau diesen nicht. Zu einer sorgfältigen Interessensabwägung einer staatlichen Stelle – des Gerichts – käme es nach § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E erst, wenn der Provider dem Sperrbegehren nicht entspricht und der Anspruch deshalb vor Gericht geltend gemacht wird. Dies widerspricht nicht nur dem in § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E normierten Behörden- oder Richtervorbehalt. Es widerspricht auch den in Art. 12 Abs. 3 der E-Commerce Richtlinie gemachten Vorgaben zum Behörden- oder Richtervorbehalt und kann im Hinblick auf die grundrechtliche Relevanz von Sperrmaßnahmen nicht gewollt sein. Nicht zuletzt weicht dies vom Zweck des Gesetzes ab, Provider von einer Abwägungs- und Prüfpflicht zu befreien. Ohne eine umfassende Prüfung ist es dem Diensteanbieter nicht möglich, die Rechtmäßigkeit eines Anspruchs zu bejahen.

Rechteinhaber werden aufgrund des in diesem Kontext anzuwendenden Rechtsgedankens des § 93 ZPO gehalten sein, im Vorfeld einer gerichtlichen Geltendmachung des Sperranspruchs an den Diensteanbieter heranzutreten, um zu versuchen, die Forderung außergerichtlich durchzusetzen. Dadurch wird dem Diensteanbieter aufgefordert, unter Abwägung einer Vielzahl undefinierter unbestimmter Tatbestandsmerkmale sowie Kosten- und Haftungsrisiken über die Rechtmäßigkeit des Sperrbegehrens zu entscheiden. Dies ist insoweit nicht mit europarechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen, insbesondere nicht mit Art. 3 Abs. 1 der Durchsetzungsrichtlinie (RL 2004/48/EG). Aufgrund der grundrechtlichen Relevanz der Thematik überfordert diese Aufgabe privatrechtliche Unternehmen und drängt sie in ungehörlicher Weise in eine Richterrolle. In der Folge wäre Internetsensur Tür und Tor geöffnet, was auch den Interessen der Verbraucher und Inhaltenanbieter widersprechen dürfte.

Widerspruch zum Subsidiaritätsansatz des BGH

Diensteanbieter sind hinsichtlich ihres Verursachungsbeitrags zu von ihren Kunden begangenen Urheberrechtsverletzungen als völlig neutral zu betrachten. Sie sind nicht verantwortlich, sondern könnten allenfalls als „helfende Hand“ betrachtet werden (vgl. Erwägungsgrund (59) der Richtlinie 2001/29/EG bzw. Art. 11 S. 3 der Richtlinie 2004/48/EG). Aber auch abgesehen davon dürfte eine Inanspruchnahme

⁵ BT-Drucks. 16/13411, S. 14.

Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 7|11

allenfalls subsidiär in Betracht kommen, was so auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs („Goldesel.to“) entspräche.

Zwar soll der Sperranspruch des Rechteinhabers nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E subsidiär gegenüber „anderen Möglichkeiten“ der Abhilfe sein. Nach dem Verständnis des Bitkom vermag die vorgesehene Subsidiaritätsklausel die Diensteanbieter nicht wirksam zu entlasten. Völlig unklar bleibt, welche konkreten Schritte der Rechteinhaber vor Geltendmachung des Anspruchs vorzunehmen hat und gegen wen er diese durchsetzen sollte. Von ersten Ermittlungsschritten über eine vorgerichtliche Aufforderung bis zum Vollstreckungsversuch sind hier viele Varianten denkbar. Unabhängig von der Beweislastverteilung in einem Verfahren zur Durchsetzung des Sperranspruchs, müsste der Diensteanbieter zur Abwägung eigener Gerichtskostenrisiken zunächst abschätzen können, ob der Rechteinhaber die notwendigen Schritte in anspruchsbegründender Weise vorgenommen hat.

Notwendig wäre vielmehr eine stärkere internationale Zusammenarbeit auf Seiten von Gesetzgebungsorganen und Ermittlungsbehörden. Auch muss erwogen werden, auf internationaler Basis gegen die kommerzielle Bewerbung illegaler Dienste vorzugehen, um den Anbietern finanzielle Anreize zu nehmen. Über die Kontaktperson des Werbenden könnten auch die Identitäten der Betreiber ermittelt werden.

Unbestimmte Rechtsbegriffe verschärfen das Zensurrisiko

Der TMGÄndG-E enthält neben der unklaren Regelung zur Subsidiarität eine ganze Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe. Diese stehen teilweise im Widerspruch zu anderen Regelungen des TMG oder zu der Gesetzesbegründung. Das Gesetz wird somit seinem eigenen Anspruch nach normenklaren Gesetzesgrundlagen nicht gerecht.

Zunächst werden in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E als Anspruchsgegner sowohl „Dienste der Informationsgesellschaft“ als auch schlicht „Diensteanbieter“ aufgeführt. Erstgenannte sind anders als der Begriff des „Diensteanbieters“ in § 2 TMG derzeit nicht legal definiert. Unklar ist insoweit, ob der Entwurf auf die europäische E-Commerce-Richtlinie anspielen möchte. Dem Gedanken folgend könnten Sperransprüche nicht nur gegenüber Diensteanbietern durchzusetzen sein, sondern auch gegenüber anderen Zugangsanbietern und unter Umständen gegen Webseitenbetreiber und Anbieter von Onlinediensten und Apps.

⁶ Urteil vom 26.11.2015, I ZR 174/14: „Dagegen kommt die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Zugangsvermittler unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nur in Betracht, wenn der Inanspruchnahme des Betreibers der Webseite jede Erfolgsaussicht fehlt und deshalb andernfalls eine Rechtsschutzlücke entstünde.“

Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 8|11

Zudem ist der Anspruch in § 7 TMG schon falsch verortet. In den §§ 7 ff. TMG wurden Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie zu Haftungsfreistellungen umgesetzt, welche als allgemeine Grundsätze überschrieben für sämtliche Diensteanbieter gelten sollen. Anspruchsgrundlagen sind an dieser Stelle systematisch falsch verortet.

Auch lässt der Gesetzesentwurf völlig offen, welche Sperrmaßnahmen „zumutbar“ und „verhältnismäßig“ sein sollen und ob der Provider individuell sperren oder all seine Nutzer von bestimmten Inhalten ausschließen müsste, um den Anspruch rechtsvernichtend erfüllen zu können, vgl. § 7 Abs. 4 S. 2 TMGÄndG-E. Die Gesetzesbegründung liefert keinerlei Anhaltspunkte für die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmende Abwägung von Intensität der Urheberrechtsverletzung (insbesondere wirtschaftlicher Schaden) zu den zu erwartenden Nachteilen der Bürger (Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung) und Provider (finanzieller, technischer und personeller Sperraufwand). Insbesondere legt der Entwurf nahe, dass Sperren bereits bei jeder einzelnen Rechtsverletzung gefordert werden könnten. Auch bleibt in dem Gesetzesentwurf völlig unberücksichtigt, dass die verschiedenen technischen Varianten zu unterschiedlichen Zumutbarkeits- und Verhältnismäßigkeitsabwägungen führen, unterschiedlich stark in die Bürgerrechte eingreifen und das Telekommunikationsgeheimnis sowie die datenschutzrechtlichen Belange der Kunden tangieren.

Zudem lässt der Wortlaut in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E vermuten, dass der Anspruchsteller neben der Sperrung weitere Maßnahmen vom Diensteanbieter verlangen kann. Anlass zu dieser Überlegung gibt das regelbeispielhafte Wort „insbesondere“. Dadurch könnte sich die Regelung zu einer sehr viel offeneren Anspruchsgrundlage ausweiten.

Unterlassungsanspruch durch die Hintertür

Mit § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E wird das Ziel verfolgt, mittels des Sperranspruchs „die Wiederholung der Rechtsverletzung zu verhindern“. Unklar bleibt, ob der geschuldete Erfolg sich gar auf die Verhinderung der Wiederholung von Rechtsverletzungen bezieht. Der Wortlaut lässt diesen Schluss ohne weiteres zu.

Denn dieser suggeriert, dass der Accessprovider im Anschluss an die Umsetzung der Sperrmaßnahme zur weiteren Überwachung des Zugangs verpflichtet bleiben soll. Damit würde der Leistungserfolg unbestimmbar erweitert und entspräche dem Wesen nach einem auf Verhinderung weiterer Rechtsverletzungen zielenden Unterlassungsanspruch. Dies stünde im Widerspruch zum verfolgten Zweck des Gesetzesentwurfes, zu § 8 Abs. 1 S. 2 TMGÄndG-E und zu bereits bestehenden Regelungen (§§ 7 Abs. 2 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 TMG sowie der E-Commerce-Richtlinie).

Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 9|11

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.

Kostenrisiko konterkariert § 7 Abs. 3

Ausweislich der Gesetzesbegründung wird das Ziel verfolgt, Diensteanbieter „weitgehend“ von Kosten freizustellen und sie nicht für rechtswidrige Handlungen ihrer Nutzern in Anspruch zu nehmen. Bei eigener Nichtverantwortlichkeit dürften Diensteanbieter nach § 8 Abs. 1 S. 2 TMGÄndG-E u.a. nicht auf Kostentragung in Anspruch genommen werden. Diese Klarstellung begrüßt Bitkom im Grundsatz, weist aber gleichzeitig darauf hin, dass Diensteanbieter nach dem Gesetzesentwurf dennoch mit Kosten zu rechnen haben.

Nach § 7 Abs. 4 S. 3 TMGÄndG wären Diensteanbieter lediglich von den vor- und außergerichtlichen Kosten für die Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruchs befreit werden. Nicht von der Kostenfreistellung des § 7 Abs. 4 S. 3 TMGÄndG-E erfasst werden ausweislich der auf § 91 ZPO verweisenden Begründung (S. 9 des Entwurfs) Gerichtskosten aus einem Zivilprozess, die den Providern im Fall einer Nichtsperrung entstehen.

Der Zugangsanbieter könnte dieses Kostenrisiko auch nach dem Entwurf allein durch „rechtzeitige Erfüllung“ des Anspruchs – d.h. Sperrung ohne gerichtliche Anordnung und entgegen der Wertung aus § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E und Art. 12 Abs. 3 2000/31/EG – ausschließen (S. 9 der Begründung). Abgesehen von den für die Bürgerrechte Besorgnis erregenden Anreizen die hierdurch gesetzt werden, lässt sich das Kostenrisiko im Vorfeld jedoch aufgrund der Verwendung der oben angesprochenen unbestimmten Rechtsbegriffe nicht einmal kalkulieren, was Bitkom ausdrücklich kritisiert.

Nicht tragbares Haftungsrisiko unabhängig vom Verhalten des Diensteanbieters

Doch selbst wenn ein Diensteanbieter die Sperrforderung eines Rechteinhabers unverzüglich erfüllte, entstünde ihm ein hohes Haftungsrisiko, das je nach Einzelfall in zwei Richtungen ausfallen könnte. Entweder gegenüber eigenen Kunden und Anbietern gesperrter Inhalte in die Haftung wegen Overblockings oder gegenüber Rechteinhabern wegen mangelnder Effektivität der Maßnahme. Wie oben ausgeführt, geht aus den Regelungen nicht hervor, welchen konkreten

Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 10|11

Leistungserfolg der Diensteanbieter schuldet. Aufgrund dessen ist es dem Diensteanbieter nicht möglich, die Risiken des eigenen Handelns abzuschätzen.

Wenn sich der Diensteanbieter dagegen entscheidet, der Sperrforderung eines Rechteinhabers unverzüglich nachzukommen, geht das Haftungsrisiko ebenfalls ins Unermessliche. Nach § 8 Abs. 1 S. 2 TMG-E sollen Diensteanbieter, „sofern sie nicht verantwortlich sind“, „insbesondere nicht wegen einer rechtswidrigen Handlung eines Nutzers auf Schadensersatz oder Beseitigung oder Unterlassung einer Rechtsverletzung in Anspruch genommen werden.“ Unklar ist, wie diese Norm im Zusammenspiel mit § 7 Abs. 4 TMG-E zu interpretieren ist. Eine Deutung lässt den Schluss zu, dass sich eine haftungsbegründende Verantwortlichkeit bereits aus dem Verzug der Sperrung ergeben könnte und damit das Risiko der Störerhaftung größer denn je ist. Damit verkehrt dieser Entwurf die Absichten des Gesetzgebers, wie sie im letzten Jahr zum Ausdruck kamen (BT-Drucks. 18/8645 vom 1. Juni 2016, S. 10), in ihr Gegenteil.

Infrastrukturkosten nicht gerechtfertigt

Zudem drohen den („nicht verantwortlichen“) Zugangsanbietern erhebliche Kosten für die Einrichtung, technische Umsetzung, Aufrechterhaltung, Pflege und Anpassung von Maßnahmen und den damit verbundenen Personalaufwand, womit in ihre unternehmerische Freiheit eingegriffen wird. 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. Dies stellt einen Verstoß gegen Art. 3 der Durchsetzungsrichtlinie (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.

Keine Gleichbehandlung von WLAN-Betreibern und Access Providern

§ 8 Abs. 4 TMGÄndG-E sieht vor, dass WLAN-Betreiber von einer Behörde nicht verpflichtet werden dürfen, vor Gewährung des Zugangs eine Registrierung oder Passworteingabe zu verlangen. Auch sollen sie nicht dazu verpflichtet werden, den Dienst einzustellen. Bitkom unterstützt grundsätzlich diesen Versuch, nach der EuGH-Rechtsprechung „McFadden“ Rechtssicherheit zu schaffen. Der Regelungsentwurf dürfte aber nur begrenzt Wirkung entfalten, da gerichtliche Anordnungen von ihr unberührt bleiben. Um das verfolgte Ziel effektiv zu erreichen rät Bitkom an, das in § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E geregelte Verbot um das zwingende Erfordernis behördlicher oder gerichtlicher Anordnungen zu erweitern. Auch sollte

Stellungnahme Referentenentwurf zur Änderung des TMG

Seite 11|11

diese Klarstellung für alle Diensteanbieter nach § 8 gelten, auch wenn eine Registrierung des Kunden beim Accessprovider faktisch bereits gegeben ist. Gründe die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, sind jedoch 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, ...“