

Stellungnahme

Kommissionsentwurf zur Portabilitäts-Verordnung

23.05.2016

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.300 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.500 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.

Die Europäische Kommission hat im Rahmen ihrer Mitteilung vom 9. Dezember 2015 einen Verordnungsvorschlag zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt ([COM\(2015\) 627 final](#)) veröffentlicht. Seitdem werden dieser und darüber hinausgehende Vorschläge im Europäischen Rat und Europäischen Parlament intensiv diskutiert. Bitkom nimmt zu dem Verordnungsvorschlag sowie den daran anknüpfenden Debatten wie folgt Stellung:

Die grenzüberschreitende Portabilität soll sich auf die Nutzung von portablen Online-Inhaltediensten beziehen, die Verbraucher in ihrem Wohnsitzmitgliedstaat erworben, gemietet oder zu denen sie rechtmäßig Zugang haben. Auf diese sollen sie gemäß dem Portabilitäts-Verordnungsentwurf grenzüberschreitend auch zugreifen können, wenn sie in der EU vorübergehend unterwegs sind. Nicht zu verwechseln mit der Gewährleistung von Portabilität ist die Diskussion, Verbrauchern auch den Zugang zu Online-Inhaltediensten sowie sonstigen Gütern im innereuropäischen Ausland zu ermöglichen (Verbot bzw. Einschränkung von „Geoblocking“), auch wenn diese beiden Themen in politischem und tatsächlichem Zusammenhang stehen mögen.

Insbesondere Musik-, E-Book-, aber vereinzelt auch Video-Plattformen können bereits jetzt ihren Kunden anbieten, auf das inländische Inhalte-Repertoire auch vom Ausland

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

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

aus zuzugreifen. Dort, wo dies aktuell noch nicht möglich ist, will die Europäische Kommission mit der Portabilitäts-Verordnung die Erreichung dieses Ziels durch gesetzliche Fiktion sichern, und zwar unabhängig von etwaigen Handlungen seitens der Rechteinhaber/ Lizenzgeber und Online-Diensteanbieter.

Grundsätzlich begrüßt Bitkom die Initiative der Europäischen Kommission, dem Verbraucher mehr Nutzungsmöglichkeiten einzuräumen. Für einen digitalen Binnenmarkt darf es keine Rolle spielen, ob ein Verbraucher von Hamburg, Berlin, Rom oder Paris aus auf die an seinem Wohnsitz verfügbaren Inhalte zugreift – zumindest dort, wo es sich tatsächlich um einen „portablen“ Dienst handelt (Art. 2f) des Verordnungsentwurfs).

Das Urheberrecht basiert auf nationalen Schutzrechten, entlang derer Verwertungsrechte eingeräumt werden können - nicht zuletzt auch wegen der unterschiedlichen Sprachen. Dabei muss es auch bleiben, damit Online-Inhaltedienste die Wahl haben, den gesamten pan-europäischen Markt zu erschließen oder aber einzelne nationale Märkte. Es darf durch die Portabilitätsverordnung nicht zum Erfordernis einer weiteren Einräumung von Nutzungsrechten oder zu erhöhten Lizenzforderungen auf Seiten der Rechteinhaber gegenüber den Online-Inhaltediensten kommen. Aussagen einzelner Rechteinhaber lassen bereits entsprechendes befürchten. Dies muss durch die Verordnung ausdrücklich verhindert werden. Es würde nicht nur der grundsätzlichen Intention der Kommission beim Entwurf dieser Verordnung widersprechen, sondern auch Art. 4, der vorsieht, dass Nutzungen im Rahmen der Gewährleistung der Portabilität wie Nutzungen im Inland zu werten sind. Auch würde ohne eine solche Regelung das Kostenrisiko vollständig auf den Online-Inhaltedienst verlagert und könnte Portabilität damit nicht gewährleistet werden. Auch sollte in der Verordnung noch klarer hervorgehoben werden, dass Online-Inhaltedienste von einer Haftung für etwaige Urheberrechtsverletzungen (und anderen Schutzrechten) freigestellt sind, soweit es um die Gewährleistung der Portabilität im Rahmen dieser Verordnung geht.

Darüber hinaus begrüßt Bitkom zwar im Grundsatz den Weg der Selbstregulierung, den die Kommission mit der Verordnung insbesondere zur Verifizierung des Wohnmitgliedstaates wählt. Dennoch lässt der Entwurf in seiner jetzigen Form eine Reihe von wichtigen Fragen noch unbeantwortet, wodurch erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen kann und womit droht, dass die Umsetzung der vorgesehenen Maßgaben zu einem kaum abschätzbaren technischen, finanziellen wie auch administrativen Aufwand führt. Diese offenen Fragen können nicht den Verhandlungen zwischen individuellem Rechteinhaber und Inhalte-Onlinedienst überlassen werden. Denn dann würden im Ergebnis je nach individueller Perspektive und Verhandlungsmacht unterschiedliche Vereinbarungen getroffen werden und im schlimmsten Fall der einzelne Inhalte-Onlinedienst eine Vielzahl an Vereinbarungen mit einer Vielzahl von unterschiedlichen technischen Voraussetzungen und Verfügbarkeiten aus Kundensicht umsetzen müssen. Dies widerspräche eklatant der Zielstellung, im Sinne der Verbraucher generell zu einer einfachen, nachvollziehbaren und umfassenden Portabilität zu gelangen. Die Verifizierung des Wohnmitgliedstaates sollte im Wege bewährter Verfahren erfolgen, die bereits schon jetzt von Diensteanbietern eingesetzt werden (siehe unten „Verifikation“).

Anwendungsbereich

Die Verordnung soll für entgeltliche wie auch unentgeltliche Online-Inhaltedienste gelten, bei denen der Anbieter des Online-Inhaltedienstes aufgrund eines Vertrages seinem Kunden Inhalte bereitstellt. Jedoch schränkt die Kommission in ihrem Entwurf die Anwendbarkeit auf unentgeltliche Dienste dahingehend ein, dass der Online-Inhaltedienst den Wohnsitzmitgliedstaat des Abonnenten auch überprüft (Art. 2 e) Ziffer 2).

Im Umkehrschluss ergibt sich hieraus zutreffenderweise, dass der unentgeltliche Online-Inhaltedienst nicht durch diese Verordnung dazu verpflichtet wird, Portabilität anzubieten und damit einhergehend den Wohnsitzmitgliedstaat seines Kunden zu überprüfen. Zudem ist eine Registrierung für den Erhalt von Hinweisen auf bestimmte Inhalte oder das bloße Akzeptieren von HTML-Cookies als „Vertrag“ im Sinne der Verordnung nicht ausreichend (Erwägungsgrund 13).

Verifikation des Wohnsitzmitgliedstaates zum „gewöhnlichen Aufenthalt“

Die Gewährleistung der Portabilität erstreckt sich auf die Inhalte, die im „Wohnsitzmitgliedstaat“ bereitgestellt werden – und zwar so (mit möglichen Ausnahmen hinsichtlich der technischen Service-Level-Qualität), wie sie dort zugänglich und nutzbar sind. Für eine Authentifizierung bedarf es zunächst der Bestimmung des Wohnsitzmitgliedstaates in einem Verifikations-/Identifikationsverfahren. Hierfür sollte es keiner weiteren Datenerhebung bedürfen, sondern dies auf Basis bestehenden Datenmaterials sowie bestehender und bewährter Verfahrenspraktiken auf Entscheidung des Online-Inhaltedienstes hin erfolgen, z.B. der von dem Abonnenten bei dem Inhaltedienst oder einem Dritten hinterlegten Bankverbindung, Kreditkarte oder Rechnungsadresse. Eine darüber hinausgehende Datenerhebung steht mit Blick auf den damit verbundenen Aufwand, auch aus Gründen des Schutzes personenbezogener Daten, außer Verhältnis. Sollte in Erwägung gezogen werden, die Kriterien im Rahmen von „delegated acts“ zu spezifizieren, kann dies allenfalls nach der intensiven, vorherigen Einbindung der Online-Inhaltedienste und deren Interessensverbände erfolgen.

Darüber hinaus dürfen etwaige Authentifizierungsanforderungen nicht mit bereits bestehenden Authentifizierungsmethoden kollidieren. Denn viele Abonnementanbieter authentifizieren den Abonnenten bereits durch seine Endgeräte (siehe unten „Qualität und Funktionsumfang“).

Verifikation des „vorübergehenden Aufenthaltes“ in einem anderen Mitgliedstaat

Der Verordnungsentwurf sieht vor, dass Portabilität für den „vorübergehenden Aufenthalt“ gewährleistet werden soll (Art. 3 Absatz 1). „Vorübergehend“ kann damit jeglicher Zeitraum sein, solange der Abonnent nicht seinen „Wohnsitzmitgliedstaat“ (s.o.) ändert. Eine darüber hinausgehende, konkrete zeitliche Einschränkung würde zu einem deutlichen, wenngleich bisher nicht genau abschätzbaren, technischen wie auch administrativen Aufwand und damit zu hohen Kosten führen. Entsprechend sollte in der Verordnung deutlich hervorgehoben werden, dass ein

periodisches Monitoring durch den Service Provider nicht erfolgen kann und dass eine zeitliche Einschränkung durch die Rechteinhaber auf vertraglicher Basis nicht erfolgen darf bzw. unwirksam ist.

Qualität und Funktionsumfang

Online-Inhaltedienste können für die Nutzung der Inhalte in anderen Mitgliedstaaten als dem Wohnsitzmitgliedstaat keine Qualitätsgarantie übernehmen. Deswegen sieht Art. 3 Absatz 2 zu Recht vor, dass sich die Verpflichtung zur Portabilitätsgewährleistung nicht auf Qualitätsanforderungen erstreckt.

Die Qualität der Bereitstellung der Inhalte liegt in der Regel außerhalb des Einflussbereiches der Online-Inhaltedienste. Deshalb werden die Online-Inhaltedienste auch nicht über die Qualität informieren können, so dass die geforderte Information kaum einen tatsächlichen Mehrwert für den Abonnenten hätte. In der Regel würde auch der Betreiber des konkret genutzten Netzwerks in einem anderen Mitgliedstaat selbst eine solche Aussage nicht treffen können. Art. 3 Absatz 3 sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

Aktuell sieht der Verordnungsentwurf vor, dass der Online-Inhaltedienst Zugang zu den Inhalten einrichten soll, die auch in dem Wohnsitzmitgliedstaat zugänglich sind. Sollte der Inhaltedienst jedoch auch in dem Mitgliedstaat des vorübergehenden Aufenthaltes ein Online-Angebot haben, so sollte er im Interesse der unternehmerischen Freiheit das Wahlrecht dahingehend haben, ob er Zugang zu dem lokalen Angebot gewährleistet oder aber Zugang zu dem Angebot des Wohnsitzmitgliedstaates.

Gemäß Erwägungsgrund 18 soll die Bereitstellung der Inhalte während des „vorübergehenden Aufenthaltes“ mit demselben Funktionsumfang (u.a. Anzahl der Nutzer, Anzahl der Geräte) erfolgen wie in dem „Wohnsitzmitgliedstaat“. Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch auch, dass die Grenzen des Funktionsumfangs (z.B. Authentifizierung über bestimmte Endgeräte) die im „Wohnsitzmitgliedstaat“ gelten, auch bei dem „vorübergehenden Aufenthalt“ gelten müssen. Online-Inhaltedienste, bei denen die Authentifizierung an bestimmte Endgeräte gekoppelt ist, werden z.B. auch beim „vorübergehenden Aufenthalt“ nur über diese bestimmten Endgeräte Zugang gewähren können. Online-Inhaltedienste, bei denen der Zugang zum Inhalt an darüber hinausgehende gerätespezifische Bedingungen geknüpft ist, können ebenfalls nicht dazu verpflichtet werden, mit jedem potentiellen Gerätehersteller in Europa entsprechende Kooperationen einzugehen. Auf diese Obergrenzen des Funktionsumfangs muss die Verordnung in den Erwägungsgründen entsprechend hinweisen.

Unwirksamkeit der Verordnung widersprechender Vertragsbestimmungen

Art. 5 Absatz 1 regelt, dass Vertragsbestimmungen, die im Verhältnis zwischen Rechteinhaber und Online-Inhaltedienst gelten, jedoch der Gewährleistung der Portabilität widersprechen, nicht durchsetzbar sind. Diese Regelung ist bei einer gesetzlichen Fiktion, wie sie der Verordnungsentwurf vorsieht, konsequent und erforderlich. Es kann auch nur so sichergestellt werden, dass der Online-Inhaltedienst nicht für etwaige Urheberrechtsverletzungen haftet.

Übergangsfrist

Die sechsmonatige Übergangsfrist, wie sie in Art. 8 Absatz 2 vorgeschlagen wird, halten wir für zu kurz. Zwar sichert Art. 5 Absatz 1 die Online-Inhaltedienste dahingehend ab, als dass sechs Monate nach Veröffentlichung der Verordnung Klauseln, die der Verordnung widersprechen, nicht (mehr) durchsetzbar sind. Sicherlich aber wird die technische Implementierung nicht innerhalb von sechs Monaten erfolgt sein. Bitkom hält eine Übergangsfrist von 12 Monaten für angemessen. Andere europäische Verordnungen, die einer technischen Implementierung bedürfen, sehen in der Regel auch mehr als sechs Monate für den Übergang vor (Beispiel: Datenschutzgrundverordnung, Roaming-/TSM-Verordnung).