

# Bitkom Stellungnahme

## Regierungsentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (3. TMGÄndG, in der Fassung vom 5. April 2017)

24. April 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 Bundeskabinett hat am 5. April 2017 einen Gesetzesentwurf zur Änderung des Telemediengesetzes (TMGÄndG-E) verabschiedet. Ausweislich der Gesetzesbegründung möchte die Bundesregierung damit beabsichtigen, 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. Der Ansatz des Gesetzgebers, die Haftung für Zugangsdiensteanbieter auszuschließen, ist richtig (vgl. dazu auch den Koalitionsvertrag sowie BT-Drucks. 18/8645 vom 1. Juni 2016, S. 10). Es gilt, die Störerhaftung abzuschaffen und damit auch die Richterrolle der Zugangsdiensteanbieter, wie dies in § 8 Abs. 1 und § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E auch vorgesehen ist. Dieses Ziel der Förderung des freien Zugangs zum Internet muss aber korrekt und vor allem konsequent umgesetzt werden: Auch außerhalb der Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie und dem folgend dem Telemediengesetz (TMG), werden Zugangsanbieter allenfalls als „helfende Hand“ erachtet, deren Zuhilfenahme daher allenfalls ultima ratio sein kann. Für nicht verhältnismäßig und für dogmatisch falsch halten wir deshalb das Ansinnen der Bundesregierung, eine Anspruchsgrundlage wie in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E in das TMG aufzunehmen. Eine Anspruchsgrundlage für Sperrungen ist aus dem Gesetzesentwurf zu streichen. Im aktuellen

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

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 2|14

Gesetzgebungsverfahren wäre nicht gewährleistet, dass eine solche Maßnahme hinsichtlich ihrer Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit in der gebotenen Tiefe erörtert wird. Noch wäre sichergestellt, dass etwaige Anordnungen stets einer vorherigen richterlichen Anordnung bedürfen.

Den vom Gesetzgeber selbst gesteckten Zielen wird der Regierungsentwurf mit einem Sperranspruch nicht gerecht. Zwar dürften Abmahnwellen, wie sie in der Vergangenheit zur Rechtsdurchsetzung genutzt wurden, fortan nicht mehr zu erwarten sein. Auch wurden die Risiken der Störerhaftung auf Unterlassung aufgehoben und damit im Zusammenhang stehende Kostenrisiken eingeschränkt. Doch im Gegenzug schafft die Bundesregierung mit dem zivilrechtlichen Sperranspruch ohne Not für WLAN-Betreiber wie auch Accessprovider ein neues großes Feld an Rechtsunsicherheiten. Eine gerichtliche Anordnung, wie sie die Bundesregierung in der Gesetzesbegründung für Sperrpflichten zur Bedingung macht, ist mit dem in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E formulierten Anspruch keinesfalls gewährleistet. Vielmehr ist eine Welle an Sperraufforderungen und darauf folgenden zivilrechtlichen Konflikten zu erwarten. Die Sperrung einzelner das Urheberrecht verletzender Webseiten darf auch nach Auffassung der Gerichte allenfalls ultima ratio sein. Dieser Wertung widerspricht der Regierungsentwurf allein dadurch, dass er gegen alle WLAN-Betreiber gleichermaßen Sperransprüche vorsieht, etwa auch unabhängig davon, ob dem WLAN-Betreiber eine Identifizierung des Nutzers möglich ist oder nicht.

Der Gesetzeswortlaut sowie dessen Begründung erwecken zunächst den Anschein, § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E könne zur Einschränkung von Haftungsrisiken der Diensteanbieter führen. Pflichten zur Entfernung von Informationen bzw. der Sperrung des Zugangs zu ihnen sollen danach nur zulässig sein, wenn sie klar gesetzlich geregelt sind und aufgrund einer der Interessenabwägung zugänglichen gerichtlichen oder behördlichen Anordnung erfolgen. Dies wäre grundsätzlich zu begrüßen.

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 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 Betreiber von WLAN-Netzen jeglicher Art über privatrechtliche Ansprüche in eine Richterrolle gedrängt werden. Dies widerspricht den eigens ausgesprochenen Zielen des Gesetzes; Bitkom widerspricht dem Regierungsentwurf des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E ausdrücklich.

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 3|14

Auch mit den vorgeschlagenen Änderungen zu § 8 Abs. 1 und 4 TMGÄndG-E wird zumindest im Kontext von Verletzungen geistigen Eigentums eine höhere Rechtssicherheit lediglich suggeriert. Wenn ein Sperrverzug i.S.d. § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E 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. Auch dies spricht gegen die Regelung in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E.

Darüber hinaus kritisiert Bitkom den Zeitplan, der für die Beratungen im Bundesrat und Bundestag vorgesehen sind. Innerhalb von nur fünf Wochen soll der Bundesrat zu dem Gesetzesentwurf Stellung beziehen. Auch im Bundestag bleibt für eine sachgerechte Beratung vor der Sommerpause und daran anschließenden Bundestagswahl kaum Zeit. Gerade wegen der immensen grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Relevanz der zivilrechtlich durchsetzbaren Sperrpflichten in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E dürften diesbezügliche gesetzgeberische Maßnahmen von der Legislative nur unter Beachtung größtmöglicher Sorgfalt beraten werden. Unter wahlpolitischem Druck im Hauruck-Verfahren kann die Debatte keinesfalls mit der gebotenen Sachlichkeit geführt werden. Auch dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber sich das komplizierte und in der Kürze der bis zur Sommerpause zur Verfügung stehenden Zeit seriös nicht zu bewältigende Thema von Sperranordnungen von dem Verfahren ausnimmt und sich auf eine Regelung dessen beschränkt, worauf es ihm ankommt: Zugangsdiensteanbieter werden von der Haftung (auch der Unterlassungshaftung) und der Pflicht zur Verschlüsselung/Passwortvergabe freigestellt.

Im Einzelnen kommentieren wir den Gesetzesentwurf, insbesondere das Vorhaben der Regelung zu Sperrmaßnahmen, 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. Das ist zu kritisieren. Zu Sperrmaßnahme im Allgemeinen:

Auch wenn singular 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 geboten ist. So ergab sich beispielsweise aus einem von Kabel Deutschland in

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 4|14

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.<sup>1</sup>

Im Allgemeinen ist festzustellen, dass Nutzerzahlen legaler Angebote in beachtlicher Weise ansteigen: Das zeigt, dass Verbraucher bereit sind, für ein breites und qualitativ hochwertiges Angebot zu zahlen. „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.

Durch weiteren Ausbau und Förderung solcher legaler Onlineangebote ist davon auszugehen, dass die Nutzung illegaler Angebote zurückgehen wird. Wichtig ist, dass Verbraucher ihre Nachfrage auf legalem Wege zu angemessenen Preisen und zeitnah nach Veröffentlichung befriedigen können. Rechteinhaber und Diensteanbieter im Internet sollten gemeinsam am Ausbau des legalen Angebotes arbeiten, anstatt sich an einer Rechtsdurchsetzung gegen Nichtverantwortliche festzubeißen.

### 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.

<sup>1</sup> [http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/Stellungnahmen-WLAN/mabb.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/Stellungnahmen-WLAN/mabb.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

<sup>2</sup> In der Musikbranche überstiegen 2015 die Einnahmen aus dem digitalen Bereich erstmals die aus dem physischen, Global Music Report 2016, abrufbar unter [http://www.musikindustrie.de/fileadmin/bvmi/upload/06\\_Publikationen/GMR/Global-Music-Report-2016.pdf](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>.

<sup>3</sup> Polizeiliche Kriminalstatistik 2015, Version 7.0, BMI; [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2016/pks-2015.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2016/pks-2015.pdf?__blob=publicationFile).

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 5|14

Schon im damals abgelehnten Entwurf des Zugangerschwerungsgesetzes 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 Zugangerschwerung 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 Rechtsverletzungen (z.B. Rechte am geistigen Eigentum) zivilrechtlich zumutbar zur Sperrung heranzuziehen.“

### **Internetsperren sind weder effektiv noch gerechtfertigt**

Ebenfalls 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. Auch 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 allgemein bei Sperrmaßnahmen diskutierten Methoden wie 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 und für die abzuhaltende Tätergruppe leicht: Dies erfordert nicht nur

---

<sup>4</sup> BT-Drucks. 16/13411, S. 14.

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 6|14

die Verwendung online abrufbarer Anleitungen oder technischer Einstellungen, sondern ist bereits durch die Nutzung frei verfügbarer Browser zu erreichen (z.B. beinhaltet die neue Version des Opera Browsers standardmäßig einen VPN-Schutz, [http://www.chip.de/news/Opera-mit-kostenloser-VPN-Funktion-Unlimitiertes-Datenvolumen-inklusive\\_92599108.html](http://www.chip.de/news/Opera-mit-kostenloser-VPN-Funktion-Unlimitiertes-Datenvolumen-inklusive_92599108.html), letzter Abruf am 24. April 2017). Auch auf andere Weise können Sperren umgangen werden durch die Nutzung von VPN-Tunneln, Proxy-Servern, alternativen DNS-Servern oder sonstigen Anonymisierungsdiensten. Der Vollständigkeit halber sei hier angemerkt, dass auch der BGH in den Entscheidungen I ZR 3/14 und I ZR 174/14 nicht die Effektivität von Sperren festgestellt hatte, sondern allein revisionsrechtlich den Klägervortrag zugrunde gelegt (vgl. Beschluss vom 7. April 2016, I ZR 174/14).

Auch Anbieter illegaler Inhalte reagieren in der Regel auf Sperrungen schnell, in dem sie auf alternative Server und Domains ausweichen und damit die Sperrung umgehen. Letztlich droht erneut ein „Hase-Igel-Rennen“.

Es ist dem Gesetzesentwurf nicht zu entnehmen, ob und wenn ja auf welcher faktenbasierten Grundlage der Gesetzgeber sich speziell mit Sperrmaßnahmen von WLAN-Betreibern, um die es allein noch geht, befasst hat.

Ablehnend steht Bitkom auch der Sperrung bestimmter Ports entgegen. Diese Möglichkeit führt die Bundesregierung in der Gesetzesbegründung (S. 8 unten) 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

---

<sup>5</sup> 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 Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 7|14

—

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.

Auch ist die mit der geänderten Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf neu hinzugefügte Maßnahme der Datenmengenbegrenzung keine zu rechtfertigende Maßnahme. Unklar bleibt, was unter einer Datenmengenbegrenzung zu verstehen ist – ob die Drosselung der Verbindung oder die Kappung der Verbindung bei Erreichen einer bestimmten Datenmenge. Letzteres käme einer Nutzungssperre unabhängig der aufgerufenen Inhalte gleich und würde einer unverhältnismäßigen Verletzung der Informationsfreiheit gleichkommen.

—

Bei der Drosselung der Verbindung ist nicht nachvollziehbar, warum Rechteinhabern, deren Werke eine größere Datenmenge in Anspruch nehmen, vermeintlich bessere Durchsetzungsmaßnahmen eingeräumt werden sollten als denen, deren Werke geringe Datenmengen in Anspruch nehmen. Auch hier werden Informations- und Kommunikationsfreiheit des Einzelnen immens beschränkt. Denn auch legale aber datenintensive Dienste und Inhalte wie beispielsweise Internet(video)telefonie könnten nicht mehr genutzt werden.

Es bleibt mit dem Gesetzesentwurf auch unklar, ob die Datenmengenbegrenzung gegenüber allen Nutzern des WLAN Netzwerks wirken sollen oder nur individuell. Gegenüber allen Nutzern führte es in noch größerem Maße zu Wettbewerbsnachteilen der betroffenen Betreiber und auf Nutzerseite zu einer ungerechtfertigten Beschneidung der Informations- und Kommunikationsfreiheit. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb eine Datenmengenbegrenzung vom Eingriffscharakter unterhalb einer Sperrung liegen sollte, wie die Gesetzesbegründung es vorgibt. Vielmehr hätte eine Datenmengenbegrenzung einen eigenen Eingriffscharakter.

### **Drohende Wettbewerbsverzerrungen**

Mit § 7 Abs. 4 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 eine möglichst breite Wirkung zu erzielen, müssten die Rechteinhaber ihre Sperransprüche flächendeckend gegenüber allen Diensteanbietern geltend machen. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 8|14

Rechteinhaber sich zur Durchsetzung ihrer Interessen nur an einzelne, große WLAN-Betreiber wenden werden, da sie auf diesem Wege mittels eines einzigen durchzusetzenden Anspruchs eine größere Reichweite erzielen und zugleich Kosten und Aufwand sparen können. Auf der anderen Seite sind Verbraucher selbstverständlich daran interessiert, einen möglichst freien und unbegrenzten Zugang zum Internet zu haben. Folglich droht insbesondere Anbietern größerer Hotspot-Netze eine Benachteiligung, sei es aufgrund von Sperren oder Datenmengenbegrenzungen.

### Risiko der Ausweitung von Sperrpflichten

Mit dem Regierungsentwurf wurde der Wortlaut von § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E überarbeitet und ausdrücklich auf WLAN-Betreiber nach § 8 Abs. 3 eingeschränkt. Jenseits der bereits oben angebrachten allgemeinen Kritik an Internetsperren begrüßt Bitkom diese Einschränkung. Sie räumt aber nicht das Risiko aus, dass auch Zugangsanbieter zu einer Sperrung verpflichtet werden können. Zum einen besteht das Risiko, dass die bisher vorgeschlagene Regelung im parlamentarischen Prozess wieder ausgeweitet wird. Zum anderen besteht weiterhin das Risiko, dass dieser Anspruch zusammen mit Teilen des Gesetzes oder der Gesetzesbegründung dazu führen können, dass in der Rechtsprechung die Wertung auch gegenüber nichtverantwortlichen Zugangsanbietern herangezogen werden soll, womit dann wiederum deren Pflichten entgegen der gesetzgeberischen Intention ausgeweitet würden. Es ist daher unbedingt zu verhindern, dass die Störerhaftung „über Umwege“ in der Rechtspraxis wieder auflebt.

### Notwendigkeit des Richtervorbehalts nicht erfüllt

Obwohl die Bundesregierung 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 nur dann, wenn der Provider einem Sperrbegehren nicht entspricht und der Anspruch deshalb vor Gericht geltend gemacht wird. In Fällen von Sperrmaßnahmen gäbe es damit keinerlei vorherige hoheitliche Prüfung. 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 diese Regelung 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.

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 9|14

Rechteinhaber werden den Sperranspruch unmittelbar gegenüber dem Diensteanbieter geltend machen. Dadurch wird dem Diensteanbieter aufgenötigt, 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 ungebührlicher Weise in eine Richterrolle. In der Folge wäre Internetzensur Tür und Tor geöffnet, was auch den Interessen der Verbraucher und Inhalteanbieter widersprechen dürfte.

### Widerspruch zu dem vom BGH formulierten Subsidiaritätsansatz

Selbst wenn man entgegen den vorstehenden Ausführungen einen Sperranspruch regeln wollte, wäre jedenfalls das Subsidiaritätsprinzip zu berücksichtigen, welches auch der BGH in den oben zitierten Entscheidungen erörterte.

§ 7 Abs. 4 TMGÄndG-E sieht lediglich vor, dass „andere Möglichkeiten“ der Abhilfe vorgehen sollen. 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. Nachforschungen im „zumutbaren Umfang“, wie von der Gesetzesbegründung gefordert, könnten sogar schon an der deutschen, spätestens an der europäischen Grenze enden. 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. Sperren bleiben daher nicht letztes, sondern bevorzugtes Mittel!

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.

Hinzu kommt, dass die Bundesregierung laut § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E alle WLAN-Betreiber gleichermaßen als Anspruchsgegner für Sperranordnungen erachtet. Zieht man auch hier in Erwägung, dass Sperrungen allenfalls eine ultima ratio in der

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 10|14

Rechtsdurchsetzung darstellen dürfen, wäre dies etwa schon dann nicht gegeben, wenn es dem WLAN-Betreiber möglich wäre, den Nutzer zu identifizieren (was ihm auf freiwilliger Basis möglich bliebe, § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E). Die Angebote, bei denen eine Identifizierung möglich sein kann, sind vielfältig – ob kostenpflichtiger WLAN-Zugang im temporär beschränkten Einzelabruf, im Wege eines Zusatzangebotes zu bereits bestehenden Grundprodukten wie Festnetz- oder Mobilfunkverträgen oder andere registrierungspflichtige Angebote. Da in diesen Fällen eine Rechtsverfolgung möglich ist, ist in diesen Fällen erst recht eine Sperranordnung nicht verhältnismäßig. Unabhängig von der oben angebrachten grundsätzlichen Kritik an Sperranordnungen wären zumindest die WLAN-Betreiber im Regelungstext ausdrücklich vom Anwendungsbereich auszuschließen, denen eine Identifizierung des rechtsverletzenden Nutzers möglich ist.

### **Unbestimmte Rechtsbegriffe und handwerkliche Mängel in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E**

Zu begrüßen ist, dass der Regierungsentwurf im Vergleich zum Referentenentwurf der gesetzlichen Systematik entsprechend nicht mehr vom „Dienst der Informationsgesellschaft“ sondern von „Telemediendiensten“ spricht. Nichtsdestotrotz enthält der TMGÄndG-E in seiner aktuellen Fassung neben der unklaren Regelung zur Subsidiarität eine ganze Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe. Das Gesetz wird somit seinem eigenen Anspruch nach normenklaren Gesetzesgrundlagen nicht gerecht.

Zunächst lässt der Entwurf 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, Wettbewerbsnachteile). 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.

Der Entwurf sieht mit § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E einen Anspruch vor, der durch Geltendmachung, d.h. Inkenntnissetzung ausgelöst wird. Die Kenntnis darf nach Art.

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 11|14

12 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie (vgl. auch § 8 Abs. 1 TMG) jedoch keine Verantwortlichkeit vom WLAN-Betreiber auslösen.

Zudem wurden in den §§ 7 ff. TMG Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie zu Haftungsfreistellungen umgesetzt, welche als allgemeine Grundsätze überschrieben für sämtliche Diensteanbieter gelten sollen. Anspruchsgrundlagen wie in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E sind an dieser Stelle systematisch falsch verortet.

### 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. Auch wenn die Gesetzesbegründung den Sperranspruch ausschließlich auf ein aktives Tun beschränkt sieht, lässt der Wortlaut diesen Schluss ohne weiteres zu.

Denn dieser suggeriert, dass der WLAN-Betreiber 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, vgl. §§ 7 Abs. 2 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 TMG sowie der E-Commerce-Richtlinie. Denn unklar ist, wie einerseits eine Pflicht zur Verhinderung einer Wiederholung bestehen soll, während andererseits ein Unterlassungsanspruch gerade auszuschließen ist.

### Kostenrisiko konterkariert § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E

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-E wären Diensteanbieter lediglich von den vor- und außergerichtlichen Kosten für die Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruchs befreit. 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)

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 12|14

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 erfüllt, 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 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

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 13|14

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.

### Verbot behördlicher Anordnungen ohne Wirkung (§ 8 Abs. 4 TMGÄndG-E)

§ 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 dauerhaft einzustellen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll mit der Regelung des § 8 Abs. 4 TMGÄndG der Zweck verfolgt werden, WLAN-Betreibern Angst vor hoheitlichen Anordnungen zu nehmen, so dass diese nicht vor einer erneuten Zurverfügungstellung ihrer Netze abgeschreckt werden. Diese Gesetzesänderung ist auch unter Berücksichtigung der jüngst ergangenen Entscheidung des Landgerichts München in dem „McFadden“-Verfahren dringend geboten. Der Regierungsentwurf dürfte jedoch in der aktuellen Fassung nur begrenzt Wirkung entfalten. Denn einerseits bleiben gerichtliche Anordnungen von ihr unberührt. Andererseits wird weitere Rechtsunsicherheit gestiftet, da der Gesetzeswortlaut – insoweit von der Fassung des Referentenentwurfs abweichend – nunmehr Behörden zum Zwecke der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu vorübergehenden Einstellungsverfügungen ermächtigt.

Insbesondere für Betreiber größerer Netzwerke – wie beispielsweise Anbieter von Kollektivangeboten oder flächendeckenden WLAN Netzen – sorgt die Regelung für große Unsicherheit. Einerseits ist wie bei der zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage unklar, ob eine Anordnung auf vorübergehende Einstellung des Dienstes sich nur auf einen konkreten Hotspot, oder aber auf das gesamte Hotspot-Netz beziehen soll. In jedem Fall würden aufgrund von Urheberrechtsverletzungen einzelner Kunden immense Wettbewerbsnachteile sowie kundenseitige Schadensersatzforderungen wegen Nichterfüllung von Primärleistungspflichten auf Betreiber zukommen. Letzteres Risiko ist insbesondere aufgrund der im Voraus nicht abzuschätzenden Geltungsdauer der Sperrverfügung nicht kalkulierbar. Aber auch auf Seiten der Nutzer flächendeckender Hotspotnetze sind Eingriffe in die Telekommunikations- und Informationsfreiheit zu erwarten – erst recht, wenn der streitige Hotspot ihr einziger Zugang zum Internet ist. Kunden bliebe als einzige Möglichkeit zur Abhilfe der Anbieterwechsel, um die von ihnen nicht zu verantwortenden Nachteile abzuwenden.

## Stellungnahme Regierungsentwurf zur Änderung des TMG

Seite 14|14

Um das verfolgte Ziel effektiv zu erreichen rät Bitkom an, das in § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E geregelte Verbot vollumfänglich aufrechtzuerhalten sowie auch auf gerichtliche Anordnungen zu erweitern. Unverständlich bleibt, weshalb nach § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E lediglich Diensteanbieter nach § 8 Abs. 3 TMGÄndG „privilegiert“ werden sollten und sich diese Klarstellung nicht auf alle Diensteanbieter nach § 8 bezieht, auch wenn eine Registrierung des Kunden beim Accessprovider faktisch bereits gegeben ist. Gründe die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, sind 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, [...]“