

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Bericht der Bundesregierung zum Dritten Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes

Das Dritte Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes (3. TMG-ÄndG) (sogenanntes WLAN-Gesetz) ist am 13. Oktober 2017 in Kraft getreten (BGBl. I S. 3530). Nach Artikel 2 des Gesetzes soll die Bundesregierung zwei Jahre nach Inkrafttreten evaluieren, ob das Ziel des Gesetzes erreicht wurde und dabei insbesondere untersuchen, ob der neu geschaffene Anspruch auf Sperrung der Nutzung von Informationen in § 7 Absatz 4 (TMG) ein wirksames Instrument darstellt zur Wahrung der Interessen der Rechteinhaber. Die Bundesregierung erstattet hiermit dem Bundestag über das Ergebnis der Evaluation Bericht.

1. Ziel des Gesetzes

Das 3. TMG-ÄndG hatte die Zielsetzung, die Haftungsrisiken von Zugangsanbietern zu senken und gleichzeitig Rechteinhabern einen Anspruch gegen WLAN-Anbieter an die Hand zu geben, den Zugang zu denjenigen Webseiten zu sperren, die ihre Rechte verletzen. Dies war Folge entsprechender Vorgaben, die sich aus dem maßgeblichen sekundären Unionsrecht sowie korrespondierender Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) ergaben.

Instrumente für die beabsichtigte rechtliche Weichenstellung hin zu einer verbesserten WLAN-Abdeckung in Deutschland sind die neue Haftungsprivilegierung des § 8 Absatz 1 Satz 2 TMG sowie der Ausschluss eines Kostenerstattungsanspruchs für die vor- und außergerichtliche Geltendmachung und Durchsetzung des Sperranspruchs in § 7 Absatz 4 Satz 3 TMG.

Vor der Novellierung bestand nach höchstrichterlicher Rechtsprechung für Betreiber nicht ausreichend gesicherter WLAN-Hotspots ein Haftungsrisiko. Denn hiernach war es möglich, Zugangsanbieter als Störer auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen und sie für Rechtsverletzungen (unberechtigter) Dritter, die diese bei der Nutzung einer unzureichend gesicherten WLAN-Verbindung begingen, haftbar zu machen. Dies umfasste auch die Erstattung der Abmahnkosten. WLAN-Betreiber zogen hieraus ihre Konsequenzen, die in der Folge zu der nur unzureichenden Verbreitung offener WLAN-Netze in Deutschland beitrugen.

Mit der neuen Fassung von § 8 Absatz 1 Satz 2 TMG wurde der entsprechende Zugangsanbieter von einer möglichen Haftung freigestellt. Auch WLAN-Betreiber können für Rechtsverletzungen durch Dritte, mit denen die Betreiber nicht absichtlich zusammenarbeiten, nicht mehr auf Schadensersatz, Beseitigung oder Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Gleichzeitig wurden jedoch Rechteinhaber durch den Wegfall der nicht mehr haftenden WLAN-Betreiber als Haftungsschuldner nicht schutzlos gestellt. Denn § 8 Absatz 1 Satz 2 TMG ist in engem funktionalen Zusammenhang mit dem ebenfalls neu eingeführten Anspruch auf Zugangssperre nach § 7 Absatz 4 TMG zu lesen. Hiernach kann bei einer entsprechenden Rechtsverletzung über das betriebene WLAN die Sperrung des Zugangs zu Webseiten mit rechtswidrigen Inhalten begehrt werden. Dies gilt jedoch nur, soweit keine andere

Möglichkeit für den Rechteinhaber besteht, der Verletzung seines Rechtes Abhilfe zu leisten, etwa durch eine direkte Inanspruchnahme des eigentlichen Schädigers und soweit die Sperrung zumutbar und verhältnismäßig ist. Der sich aus der vom Bundesgerichtshof (BGH) entwickelten Störerhaftung ergebende Anspruch auf Zugangssperre wurde mithin in § 7 Absatz 4 TMG teilweise kodifiziert.

2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und derzeitige Rechtsfortbildung

Der BGH hat sich bereits etwa 10 Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes mit den Vorschriften des TMG in der aktuellen Fassung nach dem 3. TMG-ÄndG befasst. In seiner Entscheidung vom 26. Juli 2018 (BGH – I ZR 64/17 – *Dead Island*) stellte er fest, dass die Unionsrechtskonformität des § 8 Absatz 1 Satz 2 TMG durch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 Absatz 4 TMG sichergestellt werden kann. Der Sperranspruch des § 7 Absatz 4 TMG müsse daher in analoger Anwendung auch gegen Betreiber drahtgebundener Internetzugänge geltend gemacht werden können.

Unter Berücksichtigung dieses erweiterten Verständnisses von § 7 Absatz 4 TMG stelle der Gesetzgeber den Rechteinhabern durch den Sperranspruch einen äquivalenten Schutz zur Verfügung, der den unionsrechtlichen Vorgaben voll entspreche.

Da es sich in dem vom BGH zu entscheidenden Sachverhalt um einen drahtgebundenen Zugangsvermittler handelte, der Kanäle aus dem Tor-Netzwerk („Tor-Exit-Nodes“) zur Verfügung stellte, sind Zweifel aufgetaucht, ob der BGH über diesen sehr speziellen Fall leitungsgebundenen Internetzugangs hinaus tatsächlich eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf sämtliche klassische drahtgebundenen Internetzugangsdienste beabsichtigte. Zumindest ist das LG München I in seinem Urteil vom 7. Juni 2019 (37 O 2516/18 – *goldesel.to*; noch nicht rechtskräftig) von einer derart weitgehenden analogen Auslegungsweise ausgegangen. Es erkannte einen Sperranspruch gegen alle Zugangsvermittler – ungeachtet der Art der technischen Zugangsvermittlung – an und dehnte ausdrücklich die Anwendung des § 7 Absatz 4 TMG über den vom BGH entschiedenen Fall eines privaten Zugangsvermittlers hinaus auch auf kommerzielle Zugangsvermittler aus. Das LG München I ging sogar noch weiter als der BGH und konkretisierte den Sperranspruch dahingehend, dass es weder darauf ankomme, ob die rechtsverletzenden Inhalte über den in Anspruch genommenen Zugangsvermittler hochgeladen wurden, noch darauf, ob dessen Kunden die rechtsverletzenden Inhalte tatsächlich abgerufen haben. Es bleibt abzuwarten, ob sich die obergerichtliche Rechtsprechung einer solchen Auslegung anschließt.

Neben der Anwendbarkeit des Sperranspruchs jenseits von drahtlosen Zugangsvermittlern hatte der BGH auch darüber zu entscheiden, ob dieser an sich ein wirksames und geeignetes Instrument darstellt, das die Rechteinhaber von verletztem geistigen Eigentum hinreichend schützt und im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben steht. Dies hat der BGH bestätigt. Der Sperranspruch eröffnet ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, um Rechtsverletzungen zu verhindern und kompensiert den Wegfall der Störerhaftung seitens der Rechteinhaber in ausreichendem Maß. Dabei ist zu beachten, dass der Sperranspruch hierbei nicht auf bestimmte Maßnahmen beschränkt ist. Er reicht von der Verschlüsselung des Zugangs bis zu einer vollständigen Sperrung, solange die Gerichte die Zumutbarkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrenze des § 7 Absatz 4 TMG beachten.

Vor allem die Einschränkungen des § 8 Absatz 4 TMG, wonach gerade Maßnahmen wie die Eingabe eines Passwortes sowie die dauerhafte Einstellung eines Dienstes von einer Behörde nicht angeordnet werden können, treffen auf Gerichte nicht zu. Denn das Gesetz differenziert, wie ein systematischer Vergleich mit § 7 Absatz 3 Satz 1 TMG ergibt, zwischen Gerichten und Behörden und hat erstere bewusst von den Einschränkungen des § 8 Absatz 4 TMG ausgenommen. Dies zeigt auch ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte, die verdeutlicht, dass der Ausschluss der behördlichen Anordnung bewusst unter Zulassung gerichtlicher Vorgaben erfolgte (Bundestagsdrucksache 18/12496, S. 5).

3. Erfahrungen in der Praxis

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat im Rahmen der Evaluation des Gesetzes die beteiligten Kreise gebeten, die Wirksamkeit des Gesetzes zu bewerten. Dabei wurde insbesondere danach gefragt, ob das Ziel erreicht wurde, Betreibern von drahtlosen lokalen Netzwerken (WLAN) die notwendige Rechtssicherheit zu bringen, um ihr WLAN Dritten anbieten zu können, ohne dabei befürchten zu müssen, für Rechtsverstöße Dritter abgemahnt oder haftbar gemacht zu werden. Auch wurden die beteiligten Kreise um Auskunft darüber gebeten, ob Abmahnungen an WLAN-Betreiber für Rechtsverstöße Dritter noch ein Problem seien und ob der neu geschaffene Anspruch auf Sperrung der Nutzung von Informationen in § 7 Absatz 4 TMG ein wirksames Instrument darstelle, um die Interessen der Rechteinhaber zu wahren. Schließlich wurde danach

gefragt, wie sich die Zahl der aktiv in Deutschland betriebenen WLAN-Geräte und der offenen und frei zugänglichen Hotspots entwickelt hat.

Nach Auffassung der Zugangsvermittler hat das 3. TMG-ÄndG nur bedingt zu mehr Rechtssicherheit beim Anbieten von WLAN dahingehend geführt, dass eine Haftungsfreistellung der WLAN-Betreiber für Rechtsverstöße Dritter und eine Verringerung von Abmahnungen erreicht wurde. Auch wenn sich die Rechtslage für WLAN-Betreiber in der Praxis insgesamt beruhigt habe, sei nur ein „leichtes Durchatmen“ bei den WLAN-Betreibern zu verspüren, da sich die Rechtsunsicherheit lediglich verlagert habe.

So wird teilweise bemängelt, dass weiterhin unklar bleibe, unter welchen Voraussetzungen tatsächlich ein Sperranspruch angesichts des Subsidiaritätserfordernisses bestehe oder eine Haftung entfalle. In dieser Hinsicht sei nicht hinreichend vom Gesetzgeber konkretisiert worden, welche Sicherheitsmaßnahmen, wie etwa das Einrichten eines Passwortschutzes, von den WLAN-Betreibern ergriffen werden müssen. Da der Umfang der Sperrmaßnahmen unklar bleibe, bewerten die Zugangsvermittler den Sperranspruch als problematisch. Aus diesen Gründen sei nach wie vor auch kein rechtssicherer Betrieb von offenen WLANs für Privatpersonen gewährleistet. Ferner erfordere jedwede Art von effektiven Sperrungen einen hohen Aufwand, der für Kleinbetriebe und Privatpersonen unzumutbar sei. Die Zugangsvermittler geben außerdem zu bedenken, dass die Sperrungen „Spillover-Effekte“ verursachen und zugleich Meinungsäußerungen im Internet untergraben werden könnten.

Die Rechteinhaber beanstanden hingegen, dass der im Zuge des 3. TMG-ÄndG lediglich gegen WLAN-Betreiber eingeführte Sperranspruch ihren Interessen nicht hinreichend Rechnung trage und die effektive Rechtsverfolgung verhindere. Dies sei unionsrechtswidrig. Eine analoge Anwendung der Vorschrift auch auf drahtgebundene Zugangsanbieter verursache weiterhin erhebliche Rechtsunsicherheit. Trotz der Rechtsprechung des BGH sei deshalb unverändert ein größerer Begründungsaufwand notwendig. Außerdem sei die Wirksamkeit des Sperranspruchs durch lang andauernde Prozesse zur Durchsetzung von DNS-Sperren erheblich beeinträchtigt.

Darüber hinaus wird insbesondere von Seiten der Zugangsanbieter vorgetragen, dass weiterhin Mahnbescheide erlassen werden, die darauf abzielen, dass WLAN-Betreiber in Unkenntnis der bestehenden Rechtslage die entsprechenden Gebühren bezahlen. Solche Mahnbescheide seien aus Sicht der Rechteinhaber hingegen weiterhin notwendig, da der verletzte Rechteinhaber vor Versand der Abmahnung nicht erkennen könne, ob es sich beim ermittelten Inhaber des Internetanschlusses um den Täter selbst oder nur einen Betreiber eines WLAN-Hotspots handle, der von einem Dritten für eine Rechtsverletzung missbraucht wurde. Der Abmahnung komme daher die Funktion eines nachdrücklichen Auskunftsverlangens zu.

Verlässliche Zahlen, wie sich die Anzahl der WLAN-Geräte und Hotspots in Deutschland nach dem 3. TMG-ÄndG entwickelt hat, liegen der Bundesregierung nicht vor. Sowohl von den Zugangsvermittlern als auch von den Rechteinhabern wird zumindest vorgetragen, dass fast jedes neu auf den Markt kommende elektronische Gerät WLAN-fähig und ein Ausbau der Hotspots in Deutschland zu verzeichnen sei. Dies wird auch in einer repräsentativen Umfrage im Auftrag des Digitalverbands Bitkom bestätigt, wonach 84 Prozent der Hotspot-Nutzer sagen, dass die Verbreitung von öffentlichem und kostenlosem WLAN in den letzten zwei Jahren zugenommen habe. Mittlerweile nutze jeder zweite Bundesbürger öffentliche, kostenlose WLAN-Hotspots. Darüber hinaus gab im Rahmen der Umfrage auch etwa jeder Zweite an, dass es einfacher geworden sei, öffentliche WLAN-Hotspots zu nutzen. Zugleich habe jedoch ein Viertel keinerlei Veränderung wahrgenommen. Nach wie vor meinen 46 Prozent der Hotspot-Nutzer, das Angebot an WLAN-Hotspots in Deutschland sei unzureichend. 28 Prozent finden die Nutzung von WLAN-Hotspots im Ausland sei einfacher und unkomplizierter. Unabhängig von dieser Umfrage tragen die Rechteinhaber zudem vor, dass insbesondere die von Zugangsanbietern bereitgestellten Hotspots in der Regel nicht ungesichert betrieben werden würden, sondern eine Registrierung voraussetzten. Der Bedarf an WLAN im öffentlichen Raum werde aber tendenziell im Falle eines verstärkten Ausbaus von LTE und 5G abnehmen. Die beteiligten Kreise sind sich jedoch uneinig, ob diese Entwicklung aus der geänderten Gesetzeslage resultiere oder lediglich von der Industrie und durch den steigenden Bedarf bei Kunden und Endverbrauchern vorangetrieben wurde.

Während die Zugangsanbieter die durch den BGH ermöglichte analoge Anwendung des § 7 Absatz 4 TMG kritisieren und eine solche Intention des Gesetzgebers bezweifeln, begrüßen die Rechteinhaber eine Ausweitung des Sperranspruchs gegen alle Zugangsvermittler, jedoch dürfe dies nicht auf Kosten eines erweiterten (Unterlassungs-)Anspruchs gegen die Zugangsanbieter gehen. Sie halten auch eine analoge Anwendung der Kostenregelung für drahtlose Zugangsvermittler, wonach Rechteinhaber keinen Anspruch auf Erstattung der vor- und außergerichtlichen Kosten geltend machen können, auf drahtgebundene Zugangsvermittler für nicht gerechtfertigt. Zudem sind die Rechteinhaber besorgt, dass Sperransprüche angesichts der Entscheidung des OLG München vom 7. Februar 2018 (29 U 3889/18) nicht mehr im einstweiligen Verfügungsverfahren in Deutschland durchzusetzen seien. Eine richtlinienkonforme Reduktion von § 8 Absatz 1 Satz 2 TMG sei daher vorzuziehen.

4. Gesetzlicher Änderungsbedarf

Die Bundesregierung hat die richtlinienkonforme Auslegung, wie sie der BGH in seiner Entscheidung vorgenommen hat, zur Kenntnis genommen. In Anbetracht der derzeit noch anhaltenden Rechtsfortbildung zum Anwendungsbereich des Sperranspruchs auch auf drahtgebundene Zugangsvermittler hat sich die Bundesregierung dazu entschlossen, vorerst keine Änderung des TMG vorzunehmen. Durch die Rechtsprechung des BGH ist insoweit jedenfalls hinreichende Rechtssicherheit für drahtgebundene Zugangsvermittler mit Kanälen aus dem Tor-Netzwerk („Tor-Exit-Nodes“) gewährleistet. Offen bleibt, ob der BGH einen spezifischen Einzelfall vor Augen hatte oder tatsächlich einen Analogieschluss für alle drahtgebundenen Zugangsvermittler ziehen wollte. Die Bundesregierung wird die Entwicklung der Rechtsprechung weiter aufmerksam verfolgen und mit den beteiligten Kreisen deren praktische Auswirkungen erörtern.