

Notifizierungsnummer: 2015/0305/D - SERV60

Sehr geehrter Herr Präsident Juncker,
sehr geehrte Damen und Herren,

zurzeit führt die Kommission ein Notifizierungsverfahren im Sinne der Richtlinie 98/34/EG zu einem Gesetzentwurf der deutschen Bundesregierung zur Änderung des Telemediengesetzes (TMG) durch. Die Änderung betrifft im Kern zwei Normen (§§ 8, 10 TMG), welche die Haftung von Access- und Host Providern regeln. Die unterzeichnenden Organisationen wenden sich mit diesem Schreiben an Sie, da wir den Gesetzentwurf für unvereinbar mit dem EU-Recht halten. Die Regelungen sind aus unserer Sicht unvereinbar mit den in der e-Commerce-Richtlinie festgelegten Haftungsfreistellungen für Access- und Hostprovider. Unsere konkreten rechtlichen Bedenken gegen den Gesetzentwurf haben wir in der anliegenden Darstellung für Sie zusammengefasst.

Bei den unterzeichnenden Organisationen handelt es sich um den Digitale Gesellschaft e.V., den Förderverein Freie Netzwerke e.V. und der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv).

Der Digitale Gesellschaft e.V. ist ein gemeinnütziger Verein, der sich seit seiner Gründung im Jahr 2010 für Grundrechte und Verbraucherschutz im Netz einsetzt. Zum Erhalt und zur Fortentwicklung einer offenen digitalen Gesellschaft engagiert sich der Verein gegen den Rückbau von Freiheitsrechten im Netz und für die Realisierung digitaler Potentiale bei Wissenszugang, Transparenz, Partizipation und kreativer Entfaltung.

Der Förderverein freie Netzwerke e.V. ist seit 2003 der gemeinnützige Trägerverein des dezentralen Projekts freifunk.net. Freifunk ist eine nichtkommerzielle Initiative, die sich dem Aufbau und Betrieb selbstverwalteter lokaler Computernetzwerke als freies Funknetz widmet. Mittlerweile vereint die Initiative allein in Deutschland über 15.800 private WLAN-Zugangspunkte in über 180 Orten.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) vertritt die Interessen von Verbraucherinnen und Verbrauchern gegenüber Politik, Wirtschaft und Verwaltung und klagt

Verbraucherrechte vor Gericht ein. Als Dachverband der 16 Verbraucherzentralen der Länder und 25 weiterer verbraucherpolitischer Verbänden bündelt er die Kräfte für einen starken Verbraucherschutz in Deutschland.

Wir wären Ihnen sehr verbunden, wenn Sie unsere Einwände bei der Durchführung des Notifizierungsverfahrens berücksichtigen würden.

Mit freundlichen Grüßen,



Digitale Gesellschaft e.V.



Alexander Sander, Geschäftsführer



Förderverein Freie Netzwerke e.V.



Christian Heise, Vorstand



Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv)



Klaus Müller, Vorstand

A. Haftung der Access-Provider, § 8 TMG

Mit der Änderung des § 8 TMG soll die Haftung für Betreiber eines Drahtlosnetzes (WLAN), die darüber Dritten Zugang zum Internet verschaffen, explizit geregelt werden. Bislang lautet § 8 TMG wie folgt:

(1) Diensteanbieter sind für fremde Informationen, die sie in einem Kommunikationsnetz übermitteln oder zu denen sie den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich, sofern sie

1. die Übermittlung nicht veranlasst,
2. den Adressaten der übermittelten Informationen nicht ausgewählt und
3. die übermittelten Informationen nicht ausgewählt oder verändert haben.

Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Diensteanbieter absichtlich mit einem Nutzer seines Dienstes zusammenarbeitet, um rechtswidrige Handlungen zu begehen.

(2) Die Übermittlung von Informationen nach Absatz 1 und die Vermittlung des Zugangs zu ihnen umfasst auch die automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung dieser Informationen, soweit dies nur zur Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz geschieht und die Informationen nicht länger gespeichert werden, als für die Übermittlung üblicherweise erforderlich ist.

Diesen beiden Absätzen sollen nun zwei weitere Absätze mit folgendem Wortlaut hinzugefügt werden:

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Diensteanbieter nach Absatz 1, die Nutzern einen Internetzugang über ein drahtloses lokales Netzwerk zur Verfügung stellen.

(4) Diensteanbieter nach Absatz 3 können wegen einer rechtswidrigen Handlung eines Nutzers nicht auf Beseitigung oder Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn sie zumutbare Maßnahmen ergriffen haben, um eine Rechtsverletzung durch Nutzer zu verhindern. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Diensteanbieter

angemessene Sicherungsmaßnahmen gegen den unberechtigten Zugriff auf das drahtlose lokale Netzwerk ergriffen hat und

Zugang zum Internet nur dem Nutzer gewährt, der erklärt hat, im Rahmen der Nutzung keine Rechtsverletzungen zu begehen.

Während die Ausdehnung des Providerprivilegs in § 8.3 TMG-E keinen Bedenken unterliegt, verstoßen die Einschränkungen des § 8.4 TMG-E gegen EU-Recht.

1. Verstoß gegen Artikel 12 E-Commerce-Richtlinie

§ 8.4 TMG-E ist nicht mit Art. 12.1 der E-Commerce-Richtlinie vereinbar. Dieser lautet:

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der darin besteht, von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln oder Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu vermitteln, der Diensteanbieter nicht für die übermittelten Informationen verantwortlich ist, sofern er

- a) die Übermittlung nicht veranlaßt,
- b) den Adressaten der übermittelten Informationen nicht auswählt und
- c) die übermittelten Informationen nicht auswählt oder verändert.

Art 12.1 E-Commerce Richtlinie zählt abschließend die Bedingungen auf, unter denen Access-Provider nicht für die über ihr Netzwerk übermittelten Informationen verantwortlich sind. Demgegenüber postuliert § 8.4 TMG-E speziell für Diensteanbieter von Drahtlosnetzwerken weitere Voraussetzungen für die Haftungsfreistellung („zumutbare Maßnahmen [...], um eine Rechtsverletzung durch Nutzer zu verhindern.“). Bereits damit überschreitet die geplante Regelung des § 8.4 TMG-E den durch Art. 12.1 E-Commerce-Richtlinie gesteckten Regulierungsrahmen.

Hinzu kommt, dass § 8.4 Satz 1 TMG-E mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der „zumutbaren Maßnahmen“ keine klare Eingrenzung der Voraussetzungen vornimmt, unter denen ein Diensteanbieter sich auf die Haftungsfreistellung berufen kann. Auch der nachfolgende Satz, in dem beispielhaft („insbesondere“) zwei „zumutbare Maßnahmen“ benannt werden, gibt keine erschöpfende Antwort auf die Frage, welche Bedingungen ein Diensteanbieter zu erfüllen hat, um in den Genuss der Privilegierung zu kommen. Entgegen der Vorgabe von Art. 12.1 E-Commerce-Richtlinie stellt § 8.4 TMG-E daher keineswegs sicher, dass der Diensteanbieter nicht für die übermittelten Informationen verantwortlich ist. Vielmehr entsteht durch die

unvollständige Regelung eine neue Rechtsunsicherheit für Diensteanbieter von Drahtlosnetzwerken.

2. Verstoß gegen Art. 16 EU-Grundrechte-Charta

Die Regelung des § 8.4 TMG-E verstößt des Weiteren gegen das EU-Grundrecht auf unternehmerische Freiheit aus Art. 16 EU-Grundrechte-Charta.

Das Recht auf unternehmerische Freiheit umfasst unter anderem das Recht jedes Unternehmens, in den Grenzen seiner Verantwortlichkeit für seine eigenen Handlungen frei über seine wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können. § 8.4 TMG-E verlangt von einem Unternehmen, das als Diensteanbieter im Sinne der Vorschrift agiert, einen Teil seiner Ressourcen für die geforderten „zumutbaren Maßnahmen“ einzusetzen. Daher verkürzt § 8.4 TMG-E die in Art. 16 EU-Grundrechte-Charta garantierte unternehmerische Freiheit.

Wie der Wortlaut des § 8.4 Satz 1 TMG-E erkennen lässt, sollen die „zumutbaren Maßnahmen“ dazu dienen, Rechtsverletzungen durch Nutzer zu verhindern. In Betracht kommen dabei etwa Verletzungen des Urheberrechts, welches als Teil des geistigen Eigentumsrechts dem Schutz des Art. 17.2 EU-Grundrechte-Charta unterliegt. Der Europäische Gerichtshof hat bereits entschieden, dass es im Fall mehrerer kollidierender Grundrechte Sache der Mitgliedstaaten ist, bei der Umsetzung einer Richtlinie (hier: E-Commerce-Richtlinie) darauf zu achten, dass sie sich auf eine Auslegung dieser Richtlinie stützen, die es ihnen erlaubt, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den durch die Unionsrechtsordnung geschützten anwendbaren Grundrechten sicherzustellen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. Januar 2008, Promusicae, C-275/06, Slg. 2008, I-271, Rn. 68). Ordnet ein Mitgliedstaat zu diesem Zweck bestimmte Maßnahmen an, so müssen diese nach Ansicht des EuGH „hinreichend wirksam sein, um einen wirkungsvollen Schutz des betreffenden Grundrechts sicherzustellen, d.h., sie müssen bewirken, dass unerlaubte Zugriffe auf die Schutzgegenstände verhindert oder zumindest erschwert werden und dass die Internetnutzer, die die Dienste [...] in Anspruch nehmen, zuverlässig davon abgehalten werden, auf die ihnen unter Verletzung des genannten Grundrechts zugänglich gemachten Schutzgegenstände zuzugreifen“ (vgl. Urt. v. 27. 03. 2014, C-314/12, Rn 62).

§ 8.4 TMG-E erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Die in § 8.4 Satz 2 TMG-E beispielhaft aufgeführten Maßnahmen sind offensichtlich ungeeignet, Urheberrechtsverletzungen oder andere Rechtsverstöße durch die Nutzer eines Diensteanbieters im Sinne der Vorschrift zu verhindern. Weder die dort vorgesehenen Sicherungsmaßnahmen gegen unberechtigten Zugriff noch die Rechtstreueerklärung verhindern oder erschweren für die Nutzer unerlaubte Zugriffe auf Schutzgegenstände. Faktisch bedeuten diese Maßnahmen nämlich nur, dass die Nutzer sich mit einem öffentlich ausliegenden Passwort einloggen und durch einem bloßen weiteren Mausklick eine Rechtstreueerklärung abgeben müssen, um Zugang zu dem Drahtlosnetzwerk zu erhalten. Auf das, was die Nutzer anschließend über diesen Zugang im Netz machen, haben die Maßnahmen keinerlei Einfluss.

3. Widerspruch zur geplanten Telecoms Single Market-Verordnung

Die Regelung des § 8.4 TMG-E widerspricht des Weiteren den im Entwurf zur Single Market-Verordnung (COM(2013) 627 final) niedergelegten Plänen der EU-Kommission zur Förderung der Verbreitung von öffentlichen Drahtlosnetzwerken. In Art. 14 des Verordnungsentwurfs sind ausdrückliche Rechte und Pflichten enthalten, die insbesondere die durch Privatpersonen und nicht-staatliche Initiativen betriebenen Drahtlosnetzwerke fördern sollen. Diesen laufen die in § 8.4 TMG-E enthaltenen "zumutbaren Maßnahmen" zuwider, da sie einen erheblichen zusätzlichen Aufwand für bisherige und neue Betreiber von Drahtlosnetzwerken vorsehen, ohne dass diese Rechtsverletzungen wirksam verhindern würden

B. Haftung der Host-Provider, § 10 TMG

Mit der Änderung des § 10 TMG soll die Haftung für Host-Provider verschärft werden. Bisher lautet § 10 TMG wie folgt:

Diensteanbieter sind für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern

1. sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, oder

2. sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben.

Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

Diese beiden Sätze werden gem. § 10 TMG-E zu Absatz 1 zusammengefasst. Des Weiteren wird ein Absatz 2 mit folgendem Wortlaut geschaffen:

(2) Die Kenntnis von Tatsachen oder Umständen nach Absatz 1, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, wird vermutet, wenn es sich bei dem angebotenen Dienst um einen besonders gefahrgeneigten Dienst handelt. Ein besonders gefahrgeneigter Dienst liegt in der Regel dann vor, wenn

- 1. die Speicherung oder Verwendung der weit überwiegenden Zahl der gespeicherten Informationen rechtswidrig erfolgt,**
- 2. der Diensteanbieter durch eigene Maßnahmen vorsätzlich die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung fördert,**
- 3. in vom Diensteanbieter veranlassten Werbeaufträgen mit der Nichtverfolgbarkeit bei Rechtsverstößen geworben wird oder**
- 4. keine Möglichkeit besteht, rechtswidrige Inhalte durch den Berechtigten entfernen zu lassen.**

Auch die vorgesehene Änderung des § 10 TMG verstößt gegen EU-Recht.

1. Verstoß gegen Art. 14 E-Commerce-Richtlinie

Insbesondere die Vermutungsregel des § 10.2 Satz 1 TMG-E ist mit Art. 14 E-Commerce-Richtlinie nicht vereinbar. Dieser lautet:

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Der Anbieter hat keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information, und, in bezug auf Schadenersatzansprüche, ist er sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewußt, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder

b) der Anbieter wird, sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewußtsein erlangt, unverzüglich tätig, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

(3) Dieser Artikel läßt die Möglichkeit unberührt, daß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, oder daß die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen.

Art. 14.1 a) E-Commerce-Richtlinie stellt für die Haftungsfreistellung des Hostproviders allein auf dessen „tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information“ ab. Für Schadenersatzansprüche greift die Privilegierung, wenn der Diensteanbieter sich (tatsächlich) „keiner Tatsachen oder Umstände bewußt“ ist, „aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird“. Die E-Commerce-Richtlinie verlangt demnach ein positives Vorliegen der Kenntnis bzw des Bewusstseins. § 10.2 Satz 1 TMG-E hingegen ersetzt dieses Erfordernis durch eine bloße gesetzliche Vermutung. Damit überschreitet die Regelung den durch die E-Commerce-Richtlinie gezogenen Rahmen.

2. Verstoß gegen Art. 15 E-Commerce-Richtlinie

Auch die Ausfüllung des Vermutungstatbestandes in § 10.2 Satz 2 TMG-E begegnet rechtlichen Bedenken. So verstößt § 10.2 Satz 2 Nr. 1 TMG-E gegen Art. 15.1 E-Commerce-Richtlinie. Dieser lautet:

(1) Die Mitgliedstaaten erlegen Anbietern von Diensten im Sinne der Artikel 12, 13 und 14 keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.

(2) Die Mitgliedstaaten können Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dazu verpflichten, die zuständigen Behörden unverzüglich über mutmaßliche rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen der Nutzer ihres Dienstes zu unterrichten, oder dazu verpflichten, den zuständigen Behörden auf Verlangen Informationen zu übermitteln, anhand deren die Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Speicherung geschlossen haben, ermittelt werden können.

Nach § 10.2 Satz 2 Nr. 1 TMG-E greift die gesetzliche Vermutung des Absatz 1 bereits dann ein, wenn „die Speicherung oder Verwendung der weit überwiegenden Zahl der Informationen rechtswidrig erfolgt“. Zunächst ist es für viele Host-Provider faktisch kaum möglich festzustellen, ob Informationen bei ihnen rechtswidrig gespeichert sind. Selbst urheberrechtlich geschützte Werke dürfen ohne Weiteres bei einem Host-Provider gespeichert werden, solange der Uploader sie rechtmäßig erworben hat und sie nicht öffentlich zugänglich macht (etwa durch das öffentliche Verbreiten eines Download-Links).

Abgesehen davon wäre ein Host-Provider darüber hinaus gezwungen, sämtliche bei ihm gespeicherten Informationen proaktiv nach Rechtsverstößen zu durchsuchen und nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Speicherung oder Verwendung hinweisen. Genau dies verbietet jedoch Art. 15.1 E-Commerce-Richtlinie. Auch an dieser Stelle verstößt § 10 TMG-E daher gegen das EU-Recht.