

Berlin, den 4. November 2015

Sehr geehrte Frau Ministerpräsidentin,

am Freitag wird das Plenum des Bundesrates in seiner 938. Sitzung über eine Stellungnahme i.S.d. Art. 76 Abs. 2 GG zum Entwurf der Bundesregierung für das Zweite Änderungsgesetz zum Telemediengesetz abstimmen.

Wir appellieren an Sie, die dazu vorliegenden Ausschussempfehlungen (BR-Drucksache 440/1/15) in den Ziffern 1 bis 5 sowie 7 anzunehmen und in der Ziffer 9 abzulehnen.

Die in Ziffern 1 bis 5 sowie 7 empfohlenen Änderungen an dem Gesetzentwurf der Bundesregierung sind nicht nur rechts- und netzpolitisch geboten, um die Verbreitung offener Drahtlosnetzwerke in Deutschland zu ermöglichen und Innovationen bei Online-Diensten im Bereich des Cloud-Computing zu befördern; sie sind auch notwendig, um die unionsrechtliche Konformität des Gesetzes sicherzustellen. In der bislang vorliegenden Fassung verstoßen die im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen der §§ 8, 10 Telemediengesetz (TMG) nämlich gegen zwingende Vorgaben des EU-Rechts. Eine ausführliche Darstellung dieser Inkompatibilitäten fügen wir diesem Schreiben bei.

Für völlig verfehlt halten wir hingegen die in Ziffer 9 empfohlene Erweiterung der Auskunftsbefugnisse gemäß § 14 Abs. 2 TMG auf Fälle von Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Die vorgeschlagene Änderung wäre bereits dem Wortlaut nach widersprüchlich und würde zu einer gefährlichen Privatisierung der Durchsetzung von Persönlichkeitsrechten führen.

Nach der Änderung würde es in § 14 Abs. 2 TMG heißen: „Auf Anordnung der zuständigen Stellen darf der Diensteanbieter im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies [...] zur Durchsetzung [...] der Persönlichkeitsrechte erforderlich ist.“ Nach der Rechtsprechung des BGH, auf die auch in der Begründung zu Ziffer 9 verwiesen wird, folgt ein Auskunftsanspruch des Betroffenen allein aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Anders als beispielsweise für den

Auskunftsanspruch gemäß § 101 UrhG gibt es für den aus Treu und Glauben hergeleiteten Anspruch keinen Richtervorbehalt, so dass bereits fraglich ist, wer die „zuständigen Stellen“ sein sollen, auf deren „Anordnung“ der Zugriff auf die bei dem Diensteanbieter gespeicherten Daten erfolgen würde. In Ermangelung eines spezialgesetzlich geregelten Auskunftsanspruchs würde die Erweiterung der Auskunftsbefugnisse zudem gegen das verfassungsrechtlich geforderte Doppeltürenmodell verstoßen.

Darüber hinaus würde es dadurch für Privatpersonen möglich, ohne richterlichen Vorbehalt und ohne Verdacht einer Straftat auf fremde Bestands- und Nutzungsdaten (vgl. § 15 Abs. 5 TMG) bei Anbietern von Telemedien zuzugreifen. Im Falle entsprechender Auskunftsverlangen würde daher den Anbietern eine juristische Prüfung aufgebürdet, die sie in der Regel überfordern dürfte. Gerade Start-Ups, aber auch andere kleine und mittlere Unternehmen, verfügen häufig nicht über eine eigene Rechtsabteilung, so dass die Gefahr besteht, dass sie Auskunftsverlangen im Zweifel eher nachkommen als ablehnen werden.

Zugleich würde damit ein enorm hohes Missbrauchspotential eröffnet. Unter dem Vorwand einer Persönlichkeitsrechtsverletzung könnten etwa online verwendete Pseudonyme aufgedeckt und Whistleblower oder unliebsame Kritiker enttarnt werden. In der Folge könnten sämtliche unter einem bestimmten Pseudonym getätigten Meinungsäußerungen einer konkreten Person zugeordnet werden, was weit über das Interesse am Persönlichkeitsrechtsschutz der Betroffenen hinausgeht.

Dies würde auch Sinn und Zweck des § 13 Abs. 6 TMG, der gerade die anonyme oder pseudonyme Nutzung von Telemedien ermöglichen und die Unbefangenheit der Online-Kommunikation gewährleisten soll, zuwiderlaufen. Dieser Umstand fällt umso mehr ins Gewicht, als dass Persönlichkeitsrechte bereits über zahlreiche Straftatbestände wie Beleidigung, Verleumdung und üble Nachrede geschützt sind, welche eine staatsanwaltschaftliche Zugriffsbefugnis auf die in Rede stehenden Daten eröffnen. Selbst wenn demnach Schutzlücken bestehen, sind diese nicht so groß, dass sie derart tiefe Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen könnten.

Mit freundlichen Grüßen,

Alexander Sander
(Geschäftsführer, Digitale Gesellschaft e.V.)

Volker Tripp
(politischer Referent, Digitale Gesellschaft e.V.)

A. Zur EU-rechtlichen Inkompatibilität von § 8 TMG-E

Der Regierungsentwurf für das Zweite Änderungsgesetz zum Telemediengesetz (im Folgenden TMG-E) sieht eine Ergänzung des § 8 TMG vor. Diesem sollen zwei 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 Abs. 3 TMG-E keinen Bedenken unterliegt, verstoßen die Einschränkungen des § 8 Abs. 4 TMG-E gegen EU-Recht.

1. Verstoß gegen Artikel 12 E-Commerce-Richtlinie (RL 2000/31/EG)

§ 8 Abs. 4 TMG-E ist nicht mit Art. 12 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie vereinbar. Art. 12 Abs. 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 Abs. 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 Abs. 4 TMG-E den durch Art. 12 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie gesteckten Regulierungsrahmen.

Hinzu kommt, dass § 8 Abs. 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 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie stellt § 8 Abs. 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 Abs. 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 Abs. 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 Abs. 4 TMG-E die in Art. 16 EU-Grundrechte-Charta garantierte unternehmerische Freiheit.

Wie der Wortlaut des § 8 Abs. 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 Abs. 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 Abs. 4 TMG-E erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Die in § 8 Abs. 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.

B. Zur EU-rechtlichen Inkompatibilität von § 10 TMG-E

Mit der Änderung des § 10 TMG soll die Haftung für Host-Provider verschärft werden. Die beiden Sätze des bisherigen § 10 TMG werden gem. § 10 TMG-E zu Absatz 1 zusammengefasst. Des Weiteren wird ein Absatz 2 mit folgendem Wortlaut angefügt:

(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 Abs. 2 Satz 1 TMG-E ist mit Art. 14 E-Commerce-Richtlinie nicht vereinbar.

Art. 14 Abs. 1 lit. a) E-Commerce-Richtlinie stellt für die Haftungsfreistellung des Host-Providers allein auf dessen „tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information“ ab. Für Schadensersatzansprüche 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 Abs. 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 Abs. 2 Satz 2 TMG-E begegnet rechtlichen Bedenken. So verstößt § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TMG-E gegen Art. 15 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie.

Nach § 10 Abs. 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 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie. Auch an dieser Stelle verstößt § 10 TMG-E daher gegen das EU-Recht.