

Berlin, den 2. November 2015

Stellungnahme des Digitale Gesellschaft e.V. zum Thema „Freie WLAN-Hotspots in Hessen“

*Hessischer Landtag, Anhörung im Ausschuss für Wirtschaft, Energie, Verkehr und
Landesentwicklung, 12. November 2015*

Die rasanten Fortschritte im Bereich der Informationstechnologie bieten ein breites Spektrum neuer Möglichkeiten, gerade auch für demokratische Teilhabe, zivilgesellschaftlichen Diskurs, lebenslanges Lernen und innovative Geschäftsmodelle. Wesentliche Voraussetzung einer funktionsfähigen Informationsgesellschaft ist jedoch ein möglichst leichter und kostengünstiger Zugang zum Internet, unabhängig vom konkreten Aufenthaltsort.

Über ortsgebundene Breitband-Anschlüsse und mobile Datenkommunikation stehen zwar relativ leicht zugängliche und leistungsfähige Wege für einen Zugang zum Internet zur Verfügung. Gerade mobile Netzzugänge sind jedoch in der Regel volumenbeschränkt, so dass der Datenfluss nach Ausschöpfen des jeweiligen Kontingents auf äußerst niedrige Geschwindigkeiten gedrosselt wird. Datenintensive Dienste wie Videostreaming sind mobil daher kaum bis gar nicht nutzbar. Viele Netzbetreiber verbieten in ihren AGB außerdem die Verwendung bestimmter Online-Dienste wie etwa Voice-over-IP (z.B. Skype), Instant Messaging (z.B. Threema oder WhatsApp) oder Virtual Private Networks (VPN). Schließlich kann die Nutzung mobiler Datenkommunikation in Deutschland aufgrund der anfallenden Roaming-Gebühren insbesondere für Touristen verhältnismäßig teuer ausfallen, so dass sie im Zweifel nur zögerlich darauf zurückgreifen werden.

Diese Beschränkungen und Nachteile der mobilen Datennutzung lassen sich umgehen, indem der Zugang zum Internet über offene Funknetze, auch WLAN-Hotspots genannt, erfolgt. Hier ist der Kreis der verfügbaren Anwendungen und Online-Dienste in der Regel nicht eingeschränkt und auch die Bandbreite wird für gewöhnlich nicht nach Erreichen einer Volumengrenze gedrosselt. In einer zunehmend digitalisierten Gesellschaft kann die flächendeckende Versorgung mit leistungsstarken Internetzugängen daher durchaus als Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge begriffen werden. Naturgemäß sind die staatlichen Möglichkeiten begrenzt, etwa durch den Aufbau von kostenfreien „Bürgernetzen“ einen leichteren Zugang zum Netz zu schaffen. Allerdings werden in der Bundesrepublik mehrere Millionen privater und öffentlicher Funknetze (sog. WLANs) betrieben, die grundsätzlich von jedermann in der näheren Umgebung für den Zugang zum Internet genutzt werden könnten. Damit wäre im Grundsatz bereits heute jedenfalls in dichter besiedelten Gebieten nahezu flächendeckend ein Internetzugang für jedermann verfügbar.

Gleichwohl haben freie WLAN-Hotspots und offene Funknetze in Deutschland noch immer Seltenheitswert. Der Gründe dafür liegen weder in einer zu geringen Nachfrage seitens der Nutzerinnen und Nutzer, noch in einem mangelnden Interesse bei potentiellen Anbietern, noch in Gefahren für Datensicherheit und Datenschutz bei unverschlüsselten Netzwerken. Die Mangelsituation wird vielmehr allein durch die gegenwärtige Rechtslage und die damit verbundenen Haftungsrisiken beim Betrieb offener Drahtloszugänge zum Internet verursacht.

1. Rechtliche Rahmenbedingungen

a. Einschlägige Vorschriften

Der Rechtsrahmen für die Haftung beim Betrieb offener Funknetze in Deutschland wird bestimmt durch die EU-Richtlinie 2000/31/EG („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“ oder „E-Commerce-Richtlinie“) und ihre einfachgesetzliche Umsetzung im Telemediengesetz (TMG).

Diese Vorschriften kennen unterschiedliche Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft, für die jeweils spezifische Haftungsmaßstäbe gelten. Anbieter, die lediglich fremde Informationen in einem Kommunikationsnetz durchleiten oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermitteln, werden als Access-Provider bezeichnet. Für diese gelten nach Artikel 12 der E-Commerce-Richtlinie sowie § 8 TMG Haftungserleichterungen („Providerprivileg“):

Art. 12 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie lautet:

„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.“*

§ 8 Abs. 1 TMG lautet:

„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.“

Vereinfacht besagen beide Vorschriften, dass Anbieter, die lediglich den Zugang zum Netz anbieten, nicht für die Inhalte und Daten verantwortlich sind, welche Nutzerinnen, Nutzer und Online-Dienste über dieses Netz transportieren. Diese Haftungsprivilegierung gilt sowohl für das Zivil- wie für das Strafrecht.

b. WLAN-Störerhaftung

Trotz dieser grundsätzlich klaren Regelungen ist bislang nicht abschließend geklärt, für welche Anbieter die Haftungsfreistellung gilt und unter welchen Voraussetzungen sie greift. Während die Rechtsprechung die Privilegierung bei gewerblichen Anbietern, deren Geschäftsschwerpunkt in der Vermarktung von Internetzugängen liegt („klassische“ Provider wie Deutsche Telekom, Vodafone, Unitymedia etc), ohne Weiteres für anwendbar hält, bestehen Unsicherheiten vor allem bei gewerblichen, nichtkommerziellen und rein privaten „Nebenbei-Providern“. Darunter fallen etwa Hotels und Cafés, die ihren Gästen offene WLAN-Zugänge anbieten, aber auch Schulen, Jugendeinrichtungen, Initiativen wie die „Freifunker“ sowie Privatleute, die ihre Drahtlosnetze für die Allgemeinheit öffnen. Für diese Gruppe von Betreibern nimmt die höchstrichterliche Rechtsprechung eine verschuldensunabhängige Störerhaftung für rechtswidrige

Handlungen Dritter an, die über ein nicht ausreichend gegen Missbrauch gesichertes Netzwerk begangen werden (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2010, I ZR 121/08 - „Sommer unseres Lebens“).

Die Störerhaftung erstreckt sich dabei zwar nur auf Unterlassungsansprüche, jedoch können auch diese kostenpflichtig abgemahnt werden. Besondere Gefahren gehen in diesem Zusammenhang von Abmahnungen wegen vermeintlicher Urheberrechtsverletzungen aus, deren Kosten durchaus vierstelligen Beträge erreichen. Die vom Gesetzgeber in § 97a Abs. 3 UrhG vorgesehene Begrenzung der Anwaltskosten für eine erste Abmahnung auf einen Gegenstandswert von 1.000€, mithin Gebühren von rund 150€, bleibt in der Praxis weitgehend wirkungslos: sie gilt nur für natürliche Personen, die weder gewerblich noch in Ausübung einer selbständigen beruflichen Tätigkeit handeln. In Wiederholungsfällen und bei Unbilligkeit greift die Beschränkung ebenfalls nicht. Um diesem Haftungsrisiko zu entgehen, müssen die Betreiber ihre Netze nach Ansicht der Rechtsprechung gegen Missbrauch schützen, indem sie ausreichend sichere Passwörter verwenden und ihre Router verschlüsseln. Ob es in diesem Zusammenhang ausreicht, für sämtliche Nutzerinnen und Nutzer dasselbe Passwort zu verwenden, oder ob in jedem Einzelfall ein individuelles Passwort vergeben werden muss, ist dabei ebenso ungeklärt wie die Frage, ob und gegebenenfalls wie häufig die Passwörter geändert werden müssen.

2. Auswirkungen

Im Ergebnis führt insbesondere die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dazu, dass Funknetzwerke der „Nebenbei-Provider“ regelmäßig verschlüsselt werden und für die kostenfreie Mitnutzung nicht zur Verfügung stehen.

Offene Netze, auf die Nutzerinnen und Nutzer ohne Zugangshürden zugreifen können, sind in Deutschland daher immer noch sehr selten. Während in den USA gut fünf, im Vereinigten Königreich über 28 und in Südkorea mehr als 37 WLAN-Hotspots auf 10.000 Einwohner kommen, sind es in Deutschland noch nicht einmal zwei.¹

3. Erwägungen für eine flächendeckende Versorgung mit offenen WLAN-Zugängen

Diese Auswirkungen erscheinen umso nachteiliger, da es eine Reihe guter Gründe gibt, eine möglichst flächendeckende Versorgung mit offenen Netzzugängen zu gewährleisten:

- Bei internationalen Gästen sorgt die hiesige geringe Abdeckung mit offenen WLAN-Zugängen immer wieder für Verwunderung und Verärgerung. Zwar verfügen die meisten Menschen über

¹ https://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/eco-microresearch_verbreitung-und-nutzung-von-wlan.pdf

einen eigenen, bezahlten mobilen Zugang zum Internet. Ausländische Gäste müssen für dessen Nutzung in Deutschland jedoch häufig hohe Roaming-Gebühren entrichten. Zudem sind mobile Netzzugänge zumeist volumenbeschränkt, so dass die Nutzer nach Ausschöpfen des Kontingents auf Zugänge von dritter Seite angewiesen sind. Die bestehende WLAN-Störerhaftung wirkt sich daher nachteilig auf Tourismus und Fremdenverkehr aus.

- Eine vollständige Haftungsprivilegierung allein für „klassische“ Access-Provider verhindert wichtige wirtschaftliche Impulse. Würden hingegen auch nebensächliche, nichtkommerzielle und private Funknetzbetreiber von der Haftung freigestellt und in der Folge mehr offene WLAN-Zugänge verfügbar sein, so würde dies auch die Telekommunikationsunternehmen unter Druck setzen, wettbewerbsfähiger zu werden, stärker verbraucherorientiert zu denken und zu handeln und einen deutlichen Mehrwert für kostenpflichtige Zugänge zu schaffen.
- Daneben würden auch Anbieter von Apps und anderen, für mobile Geräte optimierten Anwendungen von einer flächendeckenden Versorgung mit offenen WLANs profitieren: die Häufigkeit und Intensität der Nutzung mobiler Anwendungen würde insgesamt zunehmen, zugleich würde speziell die Nachfrage nach Apps mit lokalem Bezug (etwa Informationen über Geschäfte, Sehenswürdigkeiten etc.) ansteigen und das Marktgeschehen in diesem Bereich befördern. Vorteilhaft könnte sich dies auch für Einzelhandelsgeschäfte auswirken, die auf diese Weise einem „Abwandern“ der Kundschaft zu Online-Händlern etwas entgegensetzen könnten.
- Ihre starke IT-Wirtschaft verdanken die USA vor allem einem innovations- und investitionsfreundlichen Klima. Um hier einen wichtigen Impuls in Deutschland zu setzen, brauchen wir eine legislative Kultur, die zunächst einmal Experimente ermöglicht, statt Neues mit präventiven Bedenken zu ersticken. Eventuelle negative Effekte einer bedingungslosen Abschaffung der WLAN-Störerhaftung könnten durch entsprechende gesetzgeberische Vorkehrungen, beispielsweise eine regelmäßige parlamentarische Evaluation der Folgen, abgefedert werden.
- Die digitale Gesellschaft braucht junge Menschen, die gelernt haben, sich über das Internet fortzubilden und medienkompetent damit umzugehen, und nicht Konsumenten, deren Nutzungserfahrung sich auf Facebook, Whatsapp und Youtube beschränkt. Die WLAN-Störerhaftung hält Schulen und Jugendeinrichtungen bislang davon ab, die neuen digitalen Möglichkeiten zur Unterrichtsgestaltung und zur Vertiefung des Gelernten in nennenswertem Umfang zu nutzen.

- Eine nur auf kommerzielle Anbieter beschränkte Abschaffung der Störerhaftung würde es für private WLAN-Betreiber weiterhin unmöglich machen, ihren Zugang bedenkenlos mit anderen Menschen zu teilen. Statt altruistisches, solidarisches Verhalten in einer Art "digitaler Nachbarschaftshilfe" zu fördern, würden damit insbesondere Menschen mit geringem Einkommen von den neuen digitalen Möglichkeiten zur Kommunikation, zur gesellschaftlichen und politischen Teilhabe, zur Fortbildung und zur persönlichen Entfaltung ausgeschlossen.
- Deutschland belegt nicht nur bei der Abdeckung mit offenen Funknetzen im internationalen Vergleich einen der hinteren Plätze; auch beim Breitbandausbau hinkt man hierzulande anderen europäischen Staaten weit hinterher. Offene WLAN-Netze können einen wichtigen Beitrag zur flächendeckenden Versorgung mit Internetzugängen leisten. Dies entspricht sogar den Plänen der Bundesregierung, die laut Digitaler Agenda eine möglichst lückenlose Abdeckung mit Netzzugängen durch einen Technologiemix aus Glasfaser, LTE und Funknetzen sicherstellen will.
- Routerverschlüsselung und Passwortschutz sind für die Sicherheit des Netzwerks und des darüber laufenden Datenverkehrs nicht erforderlich. Der Zugriff fremder Mitnutzer auf private Daten lässt sich mittels allgemein verfügbarer Techniken wie Verschlüsselung der Inhalte oder VLANs (logisch getrennter „privater“ und „öffentlicher“ Netze innerhalb eines physikalischen WLANs) problemlos ausschließen. Der Hersteller AMV bietet etwa in seinen bekannten Routern der Marke „FRITZ!Box“ eine Funktion „WLAN-Gastzugang“ an, der nur einen Zugriff auf das Internet bietet, aber keinen Zugriff auf das übrige private Netzwerk. Zusätzliche Kosten für die Nutzung des Zugangs durch Dritte würden für die WLAN-Betreiber in aller Regel nicht anfallen, da WLAN-Router praktisch ausschließlich mit Flatrate-Tarifen, also Pauschaltarifen, genutzt werden. Ob die vertraglichen Beziehungen zum Provider eine Mitnutzung zulassen, ist eine Frage des Einzelfalls. Eine derartige Mitnutzung ist zivilrechtlich jedenfalls nicht a priori unzulässig.

4. Reform der WLAN-Störerhaftung

Verschiedene Vorschläge für eine Reform der WLAN-Störerhaftung liegen auf dem Tisch. Während der Digitale Gesellschaft e.V. bereits im Jahr 2012 einen konkreten Gesetzentwurf für eine bedingungslose Abschaffung der WLAN-Störerhaftung vorgelegt hat, beschloss die Bundesregierung am 16. September 2015 einen Kabinettsentwurf für eine Neuregelung, der jedoch erheblichen europarechtlichen Bedenken begegnet.

a. Kabinettsentwurf zur WLAN-Störerhaftung

Der Kabinettsentwurf (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.

aa. Verstoß gegen Artikel 12 E-Commerce-Richtlinie

§ 8 Abs. 4 TMG-E ist nicht mit Art. 12 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie (s.o.) 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.

bb. 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. Bedingungslose Abschaffung der WLAN-Störerhaftung

Bereits in der letzten Legislaturperiode hat der Digitale Gesellschaft e.V. eine Gesetzesänderung vorgeschlagen, um die bestehenden Hindernisse zu beheben und eine flächendeckende Versorgung mit offenen Funknetzzugängen effektiv zu fördern.

Aus den bereits oben unter 3. angeführten Gründen sowie den unter 4. a. skizzierten unionsrechtlichen Vorgaben muss das Providerprivileg unserer Ansicht nach unterschiedslos auf sämtliche Personen ausgeweitet werden, die Dritten Zugang zum Internet vermitteln. Die Haftungsfreistellung darf ferner nicht von der Erfüllung besonderer Pflichten oder dem Ergreifen bestimmter Maßnahmen abhängig gemacht werden. Zudem sollte klargestellt werden, dass sich die Haftungsfreistellung auch auf Unterlassungsansprüche erstreckt.

Konkret schlagen wir deshalb vor, § 8 TMG um zwei Absätze mit folgendem Wortlaut zu ergänzen:

„(3) Der Ausschluss der Verantwortlichkeit (Absatz 1) umfasst auch gewerbliche und nichtgewerbliche Betreiberinnen und Betreiber von Funknetzwerken, die sich an einen nicht im Voraus namentlich bestimmten Nutzerkreis richten (öffentliche Funknetzwerke).

(4) Der Ausschluss der Verantwortlichkeit (Absatz 1) umfasst auch Ansprüche auf Unterlassung.“