

Gutachterliche Stellungnahme
zur Öffentlichen Anhörung

im Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
am 16. Dezember 2015

von

Dr. iur. Ulf Buermeyer, LL.M. (Columbia)

Richter am Landgericht Berlin

ulf@buermeyer.de

Berlin, den 14. Dezember 2015

Da seitens des Ausschusses keine Vorgaben für die Stellungnahme gemacht wurden orientiert sich mein Beitrag am Fragenkatalog des Hessischen Landtages für eine Anhörung zum selben Thema (vgl. LT-Drucks. 19/1900). Die FAQ-Form erleichtert zugleich die gezielte Lektüre.

Meine Stellungnahme beschränkt sich auf die in der BT-Drucksache 18/6745 vorgeschlagenen Änderungen des § 8 TMG.

1. Rechtliche Rahmenbedingungen

a) Was ist der rechtliche Unterschied zwischen Content-, Host- und Access- Providern und inwiefern ist diese Einordnung für WLAN-Betreiber von Bedeutung?

Die Begriffe beschreiben unterschiedliche Dienste „rund um das Internet“, die jedoch nicht legaldefiniert sind. Phänomenologisch lassen sich folgende Dienste unterscheiden:

- ein **Access-Provider** bietet Kunden den Zugang zum Internet
- ein **Host-Provider** stellt Speicherplatz für Informationen und Services zum Zugriff hierauf zur Verfügung (WWW-Provider, eMail-Provider)
- ein **Content-Provider** bietet Informationen im Netz zum Abruf durch Dritte an, wobei diese Informationen nicht selten von den Nutzern des Dienstes hochgeladen werden, sodass der Content-Provider letztlich vor allem die Plattform bereitstellt, auf der Nutzer sich austauschen (wie etwa Facebook)

Das Telemediengesetz enthält Haftungsprivilegierungen für Access-Provider (in § 8 TMG) und Host-Provider (in § 10 TMG).

Betreiber öffentlicher WLAN-Hotspots bieten einen Zugang zum Internet an, sind also Access-Provider; ihre Tätigkeit ist zugleich jedenfalls dem Wortlaut nach unter § 8 Abs. 1 TMG zu subsumieren.

Über die Frage, ob die Privilegierung des § 8 Abs. 1 TMG auf sie tatsächlich anwendbar ist, ist gleichwohl Verwirrung entstanden. Denn der BGH hat in seiner Entscheidung „Sommer unseres Lebens“¹ nur die Haftungsprivilegierung des offensichtlich nicht einschlägigen, da nur auf Host-Provider anwendbaren § 10 TMG erwogen und – insoweit zutreffend – dessen Anwendbarkeit verneint. Den § 8 Abs. 1 TMG hingegen hat der BGH nicht einmal geprüft. Diese Nicht-Anwendung einer offenkundig einschlägigen Norm ist rational nur schwer nachzuvollziehen.

b) Wann erfahren Access-Provider eine Haftungsprivilegierung?

Gem. § 8 Abs. 1 TMG sind sie *„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.“*

Diese Definition beschreibt – wie die Überschrift des § 8 TMG bereits andeutet – die bloße „Durchleitung von Informationen“, ohne auf deren Inhalt Einfluss zu nehmen, und umfasst damit die Tätigkeit der Internet-Zugangsanbieter / Access-Provider. Damit sind auch die Betreiber von WLAN-Zugängen zum Internet umfasst, solange sie auf die übertragenen Inhalte keinen Einfluss nehmen. Wesentlich ist, dass weder gewerbliches Handeln noch gar die Registrierung eines Anbieters als Provider beispielsweise bei der Bundesnetzagentur Voraussetzung dieses sog. „Provider-Privilegs“ ist. Die gesetzliche Haftungsprivilegierung stellt allein auf die Natur der erbrachten Dienstleistung ab.

Die Haftungsprivilegierung tritt jedoch nicht ein, wenn Zugangs-Anbieter absichtlich mit einem Nutzer ihres Dienstes zusammenarbeiten, um rechtswidrige Handlungen zu begehen (§ 8 Abs. 1 Satz 2 TMG).

¹ BGH, Urteil vom 12. Mai 2010, I ZR 121/08.

c) Welche Maßnahmen müssen Access-Provider ergreifen, wenn wiederholte Rechtsverletzungen auftreten?

Keine, sofern sie nicht absichtlich mit einem Nutzer ihres Dienstes zusammenarbeiten, um rechtswidrige Handlungen zu begehen (§ 8 Abs. 1 Satz 2 TMG). Hintergrund dieser gesetzlichen Wertentscheidung in § 8 Abs. 1 TMG ist die Erkenntnis, dass ein bloßer Zugang zum Internet lediglich eine ethisch wertneutrale Infrastruktur-Dienstleistung darstellt, ebenso wie etwa das Angebot von Post-Dienstleistungen oder öffentlichen Straßen. Alle etwaigen Netz-Sperren / Netz-Filter wären außerdem technisch leicht zu umgehen; selbst ein totalitärer Staat wie China scheitert bei dem Versuch, den Zugang zum Internet wirklich wirksam zu kontrollieren. Daher würde es keinen Sinn machen, Zugangs-Anbieter zu Sperren oder Filterungen zu verpflichten².

Im Übrigen setzt § 8 TMG die Vorgabe des Art. 12 der e-Commerce-Richtlinie³ über die „Reine Durchleitung“ von Inhalten um, der eine „automatische“ Verantwortlichkeit von Zugangsanbietern selbst im Falle positiver Kenntnis von einer über seine Infrastruktur vorgenommene Rechtsverletzung nicht zulässt. Die Richtlinie enthält in Art. 12 Abs. 3 lediglich eine Öffnungsklausel dafür, dass „ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde ... vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern“. Von dieser Möglichkeit hat der Bundesgesetzgeber jedoch in § 8 TMG keinen Gebrauch gemacht.

² Es ist insoweit bezeichnend, dass der BGH, der in seinen Urteilen vom 26. November 2015 – I ZR 3/14 und I ZR 174/14 – in den Sachen „Goldesel.to“ und „3dl.am“ eine Filterpflicht von Access-Providern als *ultima ratio* für denkbar hält, jedenfalls ausweislich der Pressemitteilung die Frage der technischen Umsetzbarkeit solcher Sperren übergeht und letztlich kontrafaktisch annimmt, diese würden sich schon „irgendwie“ realisieren lassen. Ebenso vielsagend ist die „salvatorische Klausel“ des BGH, wonach die mangelnde Wirksamkeit solcher Sperren rechtlich gleichsam außer Ansatz bleiben müsse. Wie dies tatsächlich gemeint sein mag wird sich wohl erst den bisher (Stand 14. Dezember 2015) nicht veröffentlichten Entscheidungsgründen entnehmen lassen.

³ Richtlinie des 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, Abl. EG L 178/1 vom 17. Juli 2000.

d) Welche Haftungsrisiken bestehen derzeit für WLAN-Betreiber, welche der TMG-Privilegierung nicht unterliegen?

Nach inzwischen wohl einhelliger und auch hier geteilter Auffassung fallen alle Betreiber von Internet-Zugangsdiensten – somit auch die Betreiber von WLAN-Hotspots – bereits heute unter die Haftungsprivilegierung des § 8 Abs. 1 TMG. Sie haften damit zumindest nicht auf Schadensersatz.

Fraglich ist indes, ob sie ungeachtet der Haftungsprivilegierung des § 8 Abs. 1 TMG auf Unterlassen der Mitwirkung an einer fremden Rechtsverletzung in Anspruch genommen werden können (sog. Störerhaftung). Nach hier vertretener Auffassung lässt die e-Commerce-Richtlinie es nur unter den Voraussetzungen ihres Art. 12 Abs. 3 zu, von einem Diensteanbieter zu verlangen, eine Rechtsverletzung abzustellen. Dies lässt wie gezeigt allein Unterlassungsverlangen durch eine Gericht oder eine Verwaltungsbehörde zu, nicht aber durch Private. Auch wenn § 8 TMG keine ausdrückliche Regelung für die Haftung auf Unterlassen enthält, so ist die Norm zumindest europarechtskonform so auszulegen, dass alleine gerichtliche Unterlassungsanordnungen oder Unterlassungsverfügungen durch die Exekutive zulässig sein könnten. Privatrechtliche Unterlassens-Verlangen sind hingegen von der Öffnungsklausel des Art. 12 Abs. 3 ECRL nicht gedeckt und dürfen daher auch vom nationalen Recht nicht vorgesehen werden – und demnach auch keine kostenpflichtigen Unterlassens-Aufforderungen (Abmahnungen) von privater Seite. In diesem Sinne ist folglich auch § 8 TMG, der Art. 12 ECRL in nationales Recht umsetzt, so auszulegen, dass er auch die Haftung auf Unterlassen ausschließt.

Diese Rechtsauffassung, die sich eindeutig erst aus dem Rückgriff auf Art. 12 der ECRL ergibt, ist indes jedenfalls noch nicht allgemeine Auffassung der Instanzgerichte, sodass sich Betreiber von WLAN-Internetzugängen *de facto*, wenn auch *contra legem*, durchaus der Gefahr aussetzen, im Falle von Rechtsverletzungen auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden. Damit wiederum müssen sie derzeit noch mit kostenpflichtigen Abmahnungen rechnen.

e) Welche Haftungsprivilegierungen de lege ferenda sind denkbar?

Die Haftungsfreistellung des § 8 Abs. 1 TMG kann – und sollte – dahingehend klargestellt werden, dass

– zum einen auch die Anbieter von drahtlosen Internet-Zugängen eindeutig erfasst sind

– zum anderen eindeutig auch die Haftung auf Unterlassen ausgeschlossen ist.

Beides entspricht zwar nach hiesiger Auffassung bereits der heutigen Rechtslage, vgl. die Antwort zu Frage 1 d). Doch zeigen die Abmahnungen auch von WLAN-Anbietern, dass die Rechtslage jedenfalls in der gerichtlichen Praxis nicht hinreichend eindeutig ist. Dies wiederum wird von interessierten Kreisen für das Geschäft mit Abmahnungen ausgenutzt.

f) Existieren Gründe, zukünftig zwischen privaten und gewerblichen/institutionellen Betreibern zu unterscheiden?

Eine solche Differenzierung ist abzulehnen, da sie bereits mit der e-Commerce-Richtlinie, der diese Unterscheidung fremd ist, nicht zu vereinbaren wäre. Aber auch sachlich ist nicht zu erkennen, warum Private gegenüber gewerblichen Betreibern von Internet-Zugängen privilegiert oder benachteiligt werden sollten: Sie alle haben aus technischer Sicht gleichermaßen keine realistische Möglichkeit, die Nutzung des Internet über den von ihnen betriebenen Zugang zu kontrollieren. Demnach wäre eine solche Unterscheidung im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichheitssatz) nicht zu rechtfertigen.

g) Bestehen neben den zivilrechtlichen Haftungsfragen sicherheitspolitische bzw. strafverfolgungserhebliche Bedenken?

Aus kriminalistischer Sicht spielen öffentliche WLAN-Zugänge keine Rolle. Zwar bieten sie einen *de facto* anonymen Zugang zum Internet, da die Zuordnung einer konkreten

Nutzerin bzw. eines konkreten Nutzers zu einer IP-Adresse in aller Regel nicht möglich sein wird. Doch gibt es auch abgesehen von öffentlichen WLAN-Diensten eine Vielzahl von einfachen Möglichkeiten, das Internet anonym zu nutzen, sodass diese Möglichkeit in der Praxis der Strafverfolgung nicht relevant wird. So lässt sich das Internet derzeit anonym etwa nutzen

- durch den Besuch eines Internet-Cafés
- durch Nutzung eines Internet-Zugangs über ein Mobilfunknetz⁴ oder bestimmter Kabel-Anbieter⁵
- durch Nutzung einer Anonymisierungs-Software wie etwa TOR

Angesichts dieser bereits heute existierenden naheliegenden Möglichkeiten, das Internet anonym zu nutzen, würde eine weitere Verbreitung von WLAN-Netzen keine kriminalistisch relevante Erleichterung der anonymen Internet-Nutzung bewirken.

Im übrigen ist die gelegentlich geäußerte These, öffentliche WLAN-Zugänge könnten zu strafbarem oder auch nur rechtswidrigem Tun missbraucht werden, empirisch nicht zu belegen. Dies zeigen die bisherigen Erfahrungen mit öffentlichen WLAN-Netzen: Die Medienanstalt Berlin-Brandenburg, die in Berlin gemeinsam mit der Firma Kabel Deutschland (heute Vodafone) ein Pilotprojekt eines öffentlichen WLAN-Netzes betrieb⁶ und auch mit verschiedenen Freifunk-Initiativen kooperiert, berichtet, dass ihre Internet-Zugänge gerade nicht zu rechtswidrigen Handlungen missbraucht worden seien⁷.

⁴ Die deutschen Mobilfunknetze setzen inzwischen nahezu vollständig das sog. NAT-Verfahren ein, bei dem sich hunderte oder tausende Nutzerinnen und Nutzer dieselbe öffentliche IP-Adresse teilen. Eine Inhaberabfrage zu einer solchen IP führt seitens der Netzbetreiber daher nur zu sog. Nullauskünften. Auch die sog. Vorratsdatenspeicherung wird hieran nichts ändern.

⁵ Auch viele Anbieter von Internet-Zugängen via Kabel setzen das NAT-Verfahren ein, siehe vorige Fn.

⁶ <http://mabb.de/presse/pressemitteilungen/details/pilotprojekt-public-wifi-von-mabb-und-kabel-deutschland-erfolgreich-abgeschlossen-734.html>

⁷ <http://www.mabb.de/presse/pressemitteilungen/details/wlan-zugang-ohne-barrieren.html>

h) Wie ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Betreibern offener WLAN-Netze einzuordnen in Hinblick auf Beihilfe, Mittäterschaft und (Eventual-)Vorsatz?

Hierzu lässt sich keine pauschale Aussage treffen. In aller Regel werden Betreiber eines WLAN keinerlei Veranlassung haben, davon auszugehen, dass ihre Nutzer Straftaten begehen werden. Und selbst wenn Betreiber darüber nachdenken sollten, ob möglicherweise über ihren Zugang etwa beleidigende Kommentaren in Online-Foren hinterlassen werden könnten, so würde es jedenfalls an der für eine Strafbarkeit wegen Beihilfe notwendigen hinreichenden Konkretisierung der für möglich gehaltenen Straftaten – etwa: Person des Täters, konkrete strafbare Äußerung – fehlen.

2. Datensicherheit und Datenschutz

a) Aus welchen Gründen ist es sinnvoll / nicht sinnvoll, Haftungsprivilegierungen nur für verschlüsselte Verbindungen vorzusehen?

Es gibt keinen Grund, eine Haftungsprivilegierung auf verschlüsselte Internet-Zugänge zu beschränken. Im Gegenteil ist eine Verschlüsselung entweder unter dem Aspekt der Datensicherheit wirkungslos – nämlich wenn das Passwort allgemein bekannt ist –, oder sie stellt eine erhebliche Hürde für die bequeme Nutzung eines WLANs dar, wenn nämlich erst ein individuelles Passwort vergeben werden muss (auf welchem Wege?).

Im Übrigen haben es Nutzerinnen und Nutzer in der Hand, durch die Nutzung von verschlüsselten Internet-Verbindungen (z.B. via SSL, HTTPS) auch in offenen WLANs die Sicherheit ihrer Daten zu gewährleisten. Solche Verfahren sind bei allen sicherheitskritischen Inhalten ohnehin Standard (etwa bei WWW-Seiten von Banken oder eMail-Anbietern).

Technisch etwas versiertere Nutzerinnen und Nutzer können außerdem einen VPN-Tunnel zum Internet nutzen, sodass der komplette Datenverkehr über das WLAN verschlüsselt wird.

b) Bedarf es technischer Auflagen für Betreiber zur Gewährung von Datenschutz und Datensicherheit? Gibt es allgemeine Standards?

Nein. Auf die Antwort zu Frage 2 a) wird verwiesen.

3. Internationaler Vergleich

a) In welchem rechtlichen Rahmen im Hinblick auf zivil- und strafrechtliche Aspekte operieren WLAN-Betreiber im internationalen Vergleich?

Nach meiner Kenntnis existieren der Störerhaftung vergleichbare Haftungsrisiken für WLAN-Betreiber nirgendwo auf der Welt. In den Vereinigten Staaten von Amerika beispielsweise gilt eine dem § 8 Abs. 1 TMG vergleichbare generelle Haftungsfreistellung für Access Provider unter dem Aspekt der reinen Durchleitung von Informationen („mere conduit“), vgl. 17 U.S.C. § 512 (a)⁸, der teilweise fast wörtlich Art. 12 Abs. 1 der ECRL und § 8 Abs. 1 TMG entspricht. Diese Regelung ist in den USA – soweit ersichtlich – rechtspolitisch nicht umstritten, selbst seitens der Content-Industrie wird keine Verantwortlichkeit von Internet-Zugangsanbietern für übertragene Inhalte angestrebt.

⁸ A service provider shall not be liable ... if

- (1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider;
- (2) the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider;
- (3) the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person;
- (4) no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients, and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transmission, routing, or provision of connections; and
- (5) the material is transmitted through the system or network without modification of its content.

b) Welche Erkenntnisse lassen sich hieraus für Deutschland ableiten?

Die nicht eindeutige und rechtssichere Anwendung der Privilegierung des § 8 Abs. 1 TMG auf WLANs ist ein deutscher Sonderweg, der die Nutzung des Internet unterwegs behindert. Dem stehen jedoch keine Vorteile für die Gesellschaft insgesamt oder auch nur für bestimmte Partikularinteressen wie etwa diejenigen der Inhaber von Urheber- und Verwertungsrechten entgegen. Der Bundestag sollte die Störerhaftung für Betreiber öffentlicher WLANs daher in rechtssicherer und eindeutiger Weise abschaffen. Dies leistet etwa der Gesetzentwurf der Fraktionen der Grünen und der Linken im Deutschen Bundestag⁹ oder der Entwurf der Bundesregierung in der Fassung der Änderungsanträge des Bundesrats¹⁰.

4. Zu Einzelfragen des Gesetzentwurfs

a) Ist die explizite Einbeziehung von „drahtlosen lokalen Netzwerken“ in die Privilegierung des § 8 TMG (vgl. § 8 Abs. 3 TMG-E) sinnvoll?

Nach der hier – und auch verbreitet in der jüngeren Rechtsprechung der Untergerichte – vertretenen Meinung sind Internet-Zugänge über WLANs zwar bereits heute von § 8 TMG erfasst. Die vorgeschlagene Norm dient jedoch der Klarstellung und ist angesichts der unklaren Entscheidung des BGH in der Sache „Sommer unseres Lebens“ zu begrüßen.

b) Ist die Verknüpfung der Einbeziehung von Unterlassungsansprüchen in § 8 TMG mit „zumutbaren Maßnahmen“ (vgl. § 8 Abs. 4 TMG-E) sinnvoll?

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des TMG¹¹, der Gegenstand der hiesigen Anhörung ist, sieht in § 8 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 TMG-E eine begrüßenswerte

⁹ BT-Drucks. 18/3047.

¹⁰ BR-Drucksache 440/1/15.

¹¹ BR-Drucks. 440/15.

Klarstellung vor, indem auch Unterlassungsansprüche ausdrücklich in die Haftungsprivilegierung für Access-Provider einbezogen werden.

In Satz 1 Hs. 2 wird diese Einbeziehung jedoch an die Bedingung geknüpft, dass die Zugangsanbieter *„zumutbare Maßnahmen ergriffen haben, um eine Rechtsverletzung durch Nutzer zu verhindern“*. Die zumutbaren Maßnahmen werden sodann in S. 2 dadurch konkretisiert, dass *„insbesondere“* eine Sicherung gegen *„unberechtigten Zugriff auf das drahtlose lokale Netzwerk“* vorgenommen wird (Nr. 1) und *„Zugang zum Internet nur dem Nutzer gewährt“* wird, *„der erklärt hat, im Rahmen der Nutzung keine Rechtsverletzungen zu begehen“* (Nr. 2).

Diese lediglich bedingte Einbeziehung von Unterlassungsansprüchen in die Haftungsprivilegierung für Access-Provider ist abzulehnen:

aa) Der unbestimmte Rechtsbegriff der „zumutbaren Maßnahmen“ ist auch unter Berücksichtigung der beiden Beispiele („insbesondere“) völlig undefiniert und lässt damit großen Spielraum für die Rechtsprechung, neue „zumutbare“ Anforderungen an Access-Provider zu erfinden. Der § 8 Abs. 4 des TMG-E würde damit lediglich die bestehende **Rechtsunsicherheit** durch eine neue, diesmal im Gesetz selbst angelegte Rechtsunsicherheit ersetzen. Zudem stellt der Regierungsentwurf eine **Verschlechterung** der Rechtslage dar, weil – zutreffend, insbesondere europarechtskonform ausgelegt – bereits der geltende § 8 Abs. 1 TMG eine unbedingte Haftungsfreistellung für WLAN-Provider vorsieht.

bb) Der Entwurf wäre aus den oben näher dargelegten Gründen mit der Vorgabe des Art. 12 ECRL nicht vereinbar und daher **europarechtswidrig**. Nicht umsonst hat auch die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme zum Regierungsentwurf im Rahmen des Notifizierungs-Verfahrens gem. Richtlinie 98/34/EG darauf hingewiesen, dass Access-Providern nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 12 ECRL sowie des Erwägungsgrundes 48 der ECRL keine Sorgfaltspflichten auferlegt werden dürfen. Damit wäre § 8 Abs. 4 TMG in der Fassung des Regierungsentwurfs nicht zu vereinbaren, ggf. wäre ein Vertragsverletzungsverfahren zu besorgen.

cc) Die Sicherungsmaßnahmen gegen „unberechtigten Zugriff“ sind schon deswegen sinnlos, weil es im Falle offener, öffentlicher Funknetzwerke per Definition gerade keinen unberechtigten Zugriff gibt. Die Entwurfsfassung birgt zudem die Gefahr von Gegenschlüssen: Es wäre etwa eine Interpretation dahingehend denkbar, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine Differenzierung in berechtigte und unberechtigte Nutzer zwingende Voraussetzung der Haftungsprivilegierung sei. Damit wären tatsächlich öffentliche Funknetzwerke generell nicht mehr von der Haftungsfreistellung erfasst.

dd) Schließlich ist die sog. „Rechtstreue-Erklärung“ (§ 8 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 TMG-E) offenkundig nicht geeignet, eine rechtswidrige Nutzung eines WLANs zu verhindern oder auch nur unwahrscheinlicher zu machen. Nichts spricht dafür, dass ein zu rechtswidrigem Tun entschlossener Nutzer nicht bereit wäre, eine unzutreffende „Rechtstreue-Erklärung“ abzugeben. Zudem kann ein Nutzer den Entschluss zu rechtswidrigem Tun durchaus auch erst später fassen, nachdem er zunächst eine zu diesem Zeitpunkt noch zutreffende Rechtstreueerklärung abgegeben hat.

Die Rechtstreueerklärung entfaltet jedoch aus der Perspektive etwa eines Gewerbetreibenden, der ein WLAN für Kunden einrichten möchte, eine erhebliche prohibitive Wirkung: Ohne die Anforderungen des § 8 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2, Satz 2 Nr. 2 TMG-E könnte er einfach einen handelsüblichen 30-Euro-Router an den im Regelfall ohnehin vorhandenen Internet-Anschluss anschließen, um seinen Kundinnen und Kunden einen WLAN-Zugang anzubieten. Die „Rechtstreue-Erklärung“ hingegen zwingt ihn dazu, einen kommerziellen WLAN-Betreiber einzuschalten oder sich von einem EDV-Systemhaus eine eigene Lösung konfigurieren zu lassen. Denn handelsübliche Router bieten keine Möglichkeit, eine „Rechtstreue-Erklärung“ zur Voraussetzung des Internet-Zugangs zu machen.

Schließlich zeigen die bisherigen praktischen Erfahrungen mit (etwa zu Werbezwecken) eingerichteten Vorschaltseiten, dass diese technisch oft unzulänglich funktionieren und dann ein Internet-Zugriff gar nicht oder nur nach längerem „Herumfummeln“ möglich ist. Eine solche frustrierende Erfahrung konterkariert den Werbezweck, den Gewerbetreibende mit der Einrichtung eines WLAN für Kunden verbinden, kann

Support-Kosten auslösen und wirkt damit wiederum der Verbreitung von WLANs entgegen.

c) Wie ließe sich der Entwurf der Bundesregierung modifizieren, um das erklärte Ziel des Gesetzentwurfs – nämlich eine möglichst weite Verbreitung von frei verfügbaren WLANs – zu erreichen?

Die geltende Regelung des § 8 TMG bedarf lediglich der gesetzlichen **Klarstellung**, um der bestehenden Rechtsunsicherheit zu begegnen. Dies leistet etwa der Gesetzentwurf der Oppositionsfraktionen im Deutschen Bundestag¹². Der Regierungsentwurf der Bundesregierung kann dieses Ziel ebenfalls erreichen, allerdings nur in der Fassung des Änderungsantrages des Landes Nordrhein-Westfalen, der von den Ausschüssen des Bundesrats mehrheitlich zur Annahme empfohlen¹³ und am 6. November 2015 im Plenum des Bundesrats beschlossen wurde.

Berlin, den 14. Dezember 2015

Dr. Ulf Buermeyer, LL.M. (Columbia)

¹² BT-Drucks. 18/3047.

¹³ BR-Drucksache 440/1/15.