

Rechtliche Stellungnahme

in Sachen

WSW mobil GmbH

Rechtliche Folgen der Einführung einer freien
Zugangsmöglichkeit zum Internet mittels
WLAN-Hotspots

Erstellt von:

Dr. Ralf Heine, M.M.
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht
zert. Datenschutzbeauftragter (TÜV®)

Bochum, 20.10.2016

A. Sachverhalt

Die WSW mobil GmbH (im Folgenden „**WSW mobil**“) beabsichtigt, künftig an ihren Bus- sowie Schwebbahnhaltstellen einen unbeschränkten Zugang zum Internet mittels WLAN-Hotspots anzubieten.

AULINGER RECHTSANWÄLTE | NOTARE (im Folgenden: „**AULINGER**“) ist gebeten worden, zu prüfen, welche rechtlichen Risiken für die WSW mobil hieraus resultieren können. Dabei soll zum einen dargestellt werden, wie sich die Änderungen des Telemediengesetzes auf die sog. „Störerhaftung“ auswirken und welche Folgen dies für die WSW mobil haben könnte. Zum anderen soll ebenfalls auf die Frage eingegangen werden, ob die Gefahr besteht, dass die WSW mobil infolge z.B. illegaler Downloads durch Dritte mittels eines von ihr betriebenen WLAN-Hotspots abgemahnt werden könnte und wenn ja, mit welchen Folgen.

B. Ergebnisse / Handlungsempfehlungen

Wir weisen darauf hin, dass die nachfolgende Zusammenfassung der Ergebnisse unserer Prüfung die Durchsicht der rechtlichen Bewertung nicht ersetzen kann. Auf Basis der nachstehenden, unter Buchstabe C. erläuterten rechtlichen Stellungnahme lassen sich jedoch folgende wesentlichen Ergebnisse festhalten und Handlungsempfehlungen aussprechen:

- Bislang ging die Rechtsprechung davon aus, dass Betreiber eines WLAN-Hotspots nur bei Einhaltung bestimmter Vorkehrungen nicht im Wege der Störerhaftung in Anspruch genommen werden können, wenn sie mittels dieses Hotspots anderen einen Zugang zum Internet zur Verfügung stellen. Diese - technischen - Vorkehrungen ließen jedoch im Grundsatz den Betrieb eines öffentlichen WLANs nicht zu.
- Durch die Novellierung des Telemediengesetzes wurde nun zwar klargestellt, dass auch WLAN-Betreiber unter das Haftungsprivileg des § 8 Abs. 1 Telemediengesetz fallen, nicht geklärt wurde jedoch die zentrale Frage, ob die Haftungsprivilegierung des § 8 Abs. 1 Telemediengesetz auch Unterlassungsansprüche (und damit die Störerhaftung) umfasst. Die Rechtslage bleibt damit (weiterhin) auslegungsbedürftig und somit unsicher.
- Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 15.09.2016 ebenfalls zu dieser Frage Stellung genommen und hier einen Passwortschutz mit den Grundsätzen des europäischen Rechts für vereinbar erklärt. Gleiches gilt für die Geltendmachung von Unterlas-

sungsansprüchen gegenüber dem WLAN-Betreiber, welche ebenfalls mit europäischem Recht vereinbar ist.

- Zur Absicherung der Rechtsposition der WSW mobil müsste daher jedem Nutzer des angebotenen WLAN-Hotspots nach Abklärung von dessen Identität ein persönliches Passwort zugewiesen werden, um somit eine Rechtsverletzung einem einzelnen Nutzer zuordnen zu können. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf die illegale Nutzung des zur Verfügung gestellten WLAN.
- Eine Abmahnung des WLAN-Betreibers ist damit aktuell immer noch möglich und mit entsprechenden Kosten verbunden. Denn der EuGH stellte klar, dass Rechteinhaber (des urheberrechtlich geschützten Werks) von dem Betreiber eines offenen WLANs dessen Verschlüsselung sowie die Zahlung der Abmahn- und Gerichtskosten verlangen kann.

C. Rechtliche Stellungnahme

Im Rahmen der rechtlichen Stellungnahme wird zunächst auf die geltende Rechtslage bis zum 27.07.2016, der Novellierung des Telemediengesetzes, eingegangen (unter I.). Daran schließt sich die Darstellung der aktuellen Rechtslage (unter II.) an. Abschließend wird sodann die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 15.09.2016 beleuchtet und deren Einfluss auf die hier zu beantwortende Frage erläutert.

I. Haftung für offenes WLAN (bis zum 27.07.2016)

Gemäß § 8 Abs. 1 Telemediengesetz (TMG) sind Anbieter, die lediglich Informationen durch ein Kommunikationsnetz durchleiten (sog. Zugangs- oder Access-Provider), grundsätzlich nicht für die durchgeleiteten Informationen verantwortlich (sog. Providerprivileg).

Trotz dieser eigentlich deutlich gefassten Regelung war 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 hielt, bestanden Unsicherheiten vor allem bei gewerblichen, nichtkommerziellen und rein privaten „Nebenbei-Providern“. Darunter fielen etwa Hotels und Cafés, die ihren Gästen WLAN-Zugänge anbieten, aber auch

Schulen, Jugendeinrichtungen, Initiativen wie die „Freifunker“ sowie Privatleute, die ihre Drahtlosnetze nicht mit Verschlüsselung und Passwort versehen. Die WSW mobil wird ebenfalls diesem Bereich zugeordnet werden können.

1. Die Rechtsprechung zur Haftung des WLAN-Betreibers für fremde Rechtsverletzungen ist insgesamt sehr überschaubar. Höchststrichterlich geklärt ist bislang einzig die Haftung privater Anschlussinhaber. Für diese hat der Bundesgerichtshof (BGH) die Haftungssituation hinlänglich deutlich geklärt: Zur Verhinderung einer unbefugten Nutzung eines WLAN-Routers trifft den Anschlussinhaber danach die Pflicht, die zum Kaufzeitpunkt des Routers für den privaten Bereich marktüblichen Sicherungen (weiterhin (noch) der WPA2-Standard)

vgl. zuletzt LG Braunschweig, Urteil vom 01.07.2015 9 S 433/14

ihrem Zweck entsprechend wirksam einzusetzen; diese Pflicht soll bereits bei Inbetriebnahme des Routers bestehen

vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2010, I ZR 121/08 „Sommer unseres Lebens“.

Ob es in diesem Zusammenhang genügt, für sämtliche Nutzerinnen und Nutzer dasselbe Passwort zu verwenden, oder ob in jedem Einzelfall ein individuelles Passwort vergeben werden muss, war dabei ebenso ungeklärt wie die Frage, ob und gegebenenfalls wie häufig die Passwörter geändert werden müssen.

Kommt der Anschlussinhaber dieser Pflicht nicht nach, war hiermit nach den Grundsätzen der Störerhaftung die Haftung auf Unterlassen und auf Erstattung von Abmahnkosten verbunden, wenn Dritte Rechtsverletzungen über den Internetanschluss begingen

vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2010, I ZR 121/08 „Sommer unseres Lebens“.

Haftung auf Schadensersatz hingegen schied nach Auffassung der Rechtsprechung aus, da es an einer eigenhändigen Verwirklichung eines handlungsbezogenen Verletzungstatbestands des Urheberrechts fehle

vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2010, I ZR 121/08 „Sommer unseres Lebens“; ebenso BGH, Urteil vom 15.12.2012, I ZR 74/12 „Morpheus“; BGH, Urteil vom 08.01.2014, I ZR 169/12 „BearShare“.

2. Zur Haftung sonstiger Anbieter von Funknetzwerken sind nur wenige Urteile veröffentlicht, höchstrichterliche Rechtsprechung existiert nicht. Bemerkenswert ist insoweit zwar, dass Hotelbetreiber

vgl. LG Frankfurt a. M., Urteil vom 08.08.2011, 2-6 S 19/09,

Vermieter von Miet-

vgl. AG München, Urteil vom 15.02.2012, 142 C 10921/11

und Ferienwohnungen

vgl. LG Frankfurt a. M., Urteil vom 28.06.2013, 2-06 O 304/12,

oder auch Betreiber eines Krankenhauses

vgl. AG Frankfurt a. M., Urteil vom 16.12.2014, 30 C 2801/14 (32),

die Dritten Funknetzwerke zur Nutzung bereitgestellt haben, bislang nicht zur Unterlassung oder zur Erstattung von Abmahnkosten verurteilt worden sind. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass Rechtssicherheit für den Fall des Betriebs ungesicherter Funknetzwerke bestehe. In den entschiedenen Fällen waren jeweils Sicherungsmaßnahmen ergriffen worden, sodass die Verletzung einer Verschlüsselungspflicht als Anknüpfungspunkt für eine Haftung ausschied.

3. Streng betrachtet betrifft diese Rechtsprechung allerdings nicht den Fall, in dem die vorgenannten Betreiber ihr Netzwerk bewusst und vorsätzlich mit dem expliziten Ziel öffnen, der Allgemeinheit Zugang zum Internet zu vermitteln. Vor dem Hintergrund der BGH-Rechtsprechung mag es in einer solchen Konstellation zwar naheliegen, eine Haftung im Wege eines Erst-recht-Schlusses anzunehmen; demgegenüber hat jedoch das Amtsgericht Charlottenburg entschieden, dass sich die Betreiber eines öffentlich zugänglichen WLAN-Netzwerks sehr wohl auf das Providerprivileg berufen können und die Störerhaftung bei ihnen deshalb nicht greift

vgl. AG Berlin-Charlottenburg, Beschluss vom 17.12.2014, 217 C 121/14.

Mangels einheitlicher Rechtsprechung war ein Haftungsrisiko beim Betrieb offener Funknetze daher im Ergebnis nicht auszuschließen. Betreiber eines unverschlüsselten WLAN gingen das Risiko ein, nach den Grundsätzen der BGH-Entscheidung „Sommer unseres Lebens“ auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten als Störer in Anspruch genommen zu werden. Die vereinzelt gebliebene Entscheidung des AG Berlin-Charlottenburg bietet keine belastbare Grundlage dafür, dass der Betrieb unverschlüsselter Funknetzwerke rechtssicher möglich ist.

4. Die Störerhaftung erstreckte 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 vierstellige Beträge erreichen. Die vom Gesetzgeber in § 97a Abs. 3 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) vorgesehene Begrenzung der Anwaltskosten für eine erste Abmahnung auf einen Gegenstandswert von 1.000,00 EUR, mithin Gebühren von rund 150,00 EUR, 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.

II. Gesetzliche Neuregelung zur Haftung der WLAN-Betreiber

Mithilfe des 2. Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes wollte der Gesetzgeber diese unklare Rechtslage beseitigen und zum einen klarstellen, dass Betreiber eines WLAN Zugangsanbieter im Sinne des § 8 TMG sind. Zum anderen wollte er ebenfalls klarstellen, dass für WLAN-Betreiber auch eine Haftung als sog. Störer nicht in Betracht kommt, wenn die Betreiber bestimmte Sorgfaltspflichten erfüllt haben. Die Änderungen des TMG sind nach Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 27.07.2016 in Kraft getreten.

1. § 8 Abs. 3 TMG sieht jetzt eine Gleichstellung der WLAN-Anbieter mit Zugangsvermittlern (Access-Providern) nach § 8 Abs. 1, 2 TMG vor.

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

2. Anders als in den bisherigen Entwürfen enthält § 8 TMG in der aktuellen Fassung jedoch keinen Abs. 4. Dieser sah vor, dass alle WLAN-Betreiber, egal ob sie ihr WLAN zu privaten oder gewerblichen Zwecken öffnen, grundsätzlich dann nicht als Störer auf Beseitigung oder Unterlassung in Anspruch genommen werden können, wenn sie die ihnen zumutbaren Maßnahmen ergriffen haben, um eine Rechtsverletzung durch den Nutzer zu verhindern. Daneben enthielt Abs. 4 Beispiele solcher Maßnahmen, die sich an den bisher von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen orientierten und die freilich nicht abschließend waren.

Stattdessen adressiert der Gesetzgeber diese Punkte nun in der Gesetzesbegründung. Dort betont er, dass die Beschränkung der Haftung horizontal jede Form der Haftung für rechtswidriges Verhalten jeder Art umfasse, also insbesondere auch die Störerhaftung. Damit stehe der neue § 8 TMG nicht nur einer Verurteilung des WLAN-Betreibers zur Zahlung von Schadensersatz entgegen, sondern auch seiner Verurteilung zur Tragung der Abmahnkosten und der gerichtlichen Kosten im Zusammenhang mit der von einem Dritten über das geöffnete WLAN begangenen Rechtsverletzung

vgl. BT-Drs. 18/8645, 10.

Weiterhin möglich bleiben soll aber der Erlass einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung, gerichtet auf die Unterbindung einer bestimmten von dem WLAN-Betreiber selbst oder einem Dritten begangenen Rechtsverletzung. Voraussetzung hierfür sei jedoch, dass diese Anordnung verhältnismäßig ist, d.h. vor allem ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den betroffenen Grundrechten wahrt. Ausgeschlossen sei eine solche Anordnung, wenn der WLAN-Betreiber ihr nur dadurch nachkommen kann, dass er den Internetzugang stilllegt, verschlüsselt oder die über den Anschluss laufende Kommunikation überwacht

vgl. BT-Drs. 18/8645, 10.

3. Damit hat der Gesetzgeber in einem entscheidenden Punkt nicht für die von den WLAN-Betreibern erhoffte Rechtssicherheit gesorgt. Denn für sie ist nach wie vor nicht nachvollziehbar, wann sie haften müssen und wann nicht. Zwar deutet die Gesetzesbegründung darauf hin, dass die Betreiber nur selten von Rechteinhabern in Haftung genommen werden können, wenn sie angemessene Sicherungsmaßnahmen ergreifen.

Gleichwohl verbleibt auch weiterhin ein von der Rechtsprechung näher zu definierendes Restrisiko.

III. Entscheidung des Europäischen Gerichtshof vom 15.09.2016

In seiner Entscheidung vom 15.09.2016 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) die ihm vorgelegte Frage, ob Art. 12 Abs. 1 RL 2000/31/EG („E-Commerce-Richtlinie“), der durch § 8 Abs. 1 TMG in deutsches Recht umgesetzt ist, jeglicher Haftung des WLAN-Betreibers entgegensteht, verneint

vgl. EuGH, Urteil vom 15.09.2016, C-484/14 „McFadden“.

1. Der EuGH hat zunächst deutlich gemacht, dass der gewerbliche Betrieb eines WLAN-Hotspots unter die durch § 8 TMG umgesetzte Haftungsprivilegierung für Accessprovider fällt, und zwar auch dann, wenn er unentgeltlich, unbeworben und nur in Nebentätigkeit erfolgt. Daraus ergibt sich, dass Schadensersatzansprüche ebenso wie eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ausscheiden, sofern die Informationsübermittlung automatisiert und ungesteuert erfolgt

vgl. EuGH, Urteil vom 15.09.2016, C-484/14 „McFadden“.

2. Weiterhin hat der EuGH aber deutlich gemacht, dass andererseits Unterlassungsansprüche durch die Haftungsprivilegierung nicht ausgeschlossen werden, wodurch sich auch mit § 8 Abs. 3 TMG (in der aktuellen Fassung) nichts ändert. Überraschenderweise ist der EuGH im Übrigen nicht dem Votum des Generalanwalts gefolgt, der einen Passwortschutz als unverhältnismäßig abgelehnt hatte

vgl. EuGH, Urteil vom 15.09.2016, C-484/14 „McFadden“.

Eine Passwortsicherung verletzt nach Ansicht des EuGH nicht den Wesensgehalt des Rechts auf unternehmerische Freiheit, da sie darauf beschränkt bleibe, in marginaler Weise eine technische Modalität für die Ausübung der Tätigkeit dieses Anbieters festzulegen. Die Passwortsicherung erscheine auch nicht geeignet, den Wesensgehalt des Rechts auf Informationsfreiheit zu verletzen, weil sie von den Nutzern nur verlange, sich ein Passwort geben zu lassen, wobei überdies vorauszusetzen sei, dass dieser Anschluss nur ein Mittel unter anderen für den Zugang zum Internet bilde. Durch das Passwort könnten die Nutzer in der zum Schutz des Grundrechts auf geistiges Eigentum erforderlichen Wei-

se von einer Urheberrechtsverletzung abgehalten werden, soweit diese Nutzer ihre Identität vor Erhalt des Passworts offenbaren müssten

vgl. EuGH, Urteil vom 15.09.2016, C-484/14 „McFadden“.

Der Entscheidung lässt sich jedoch nicht klar entnehmen, zu welchem Zeitpunkt ein Passwortschutz beim Betrieb eines gewerblichen Hotspots vorzusehen ist. Da das Passwort anders als die Sperrung einer bestimmten Website oder die Filterung nach bestimmten, auf eine Rechtsverletzung hindeutenden Suchbegriffen allgemein und unabhängig von einer konkreten Rechtsverletzung wirkt, könnte man annehmen, dass der Passwortschutz bereits mit Betriebsbeginn des Hotspots vorzusehen ist, so wie dies für den privaten Bereich ohnehin gilt.

3. Aus Gründen der Vorsicht sollten daher Hotspotbetreiber etwa in Cafés, Arztpraxen, Krankenhäusern, Hotels und Ferienwohnungen nicht darauf vertrauen, dass die erste Abmahnung noch kostenlos ist und sie das Passwortsystem erst mit Bekanntwerden eines Verletzungsfalls einrichten müssen, worauf vorliegende, vom Wiederholungsfall sprechende Entscheidung auszugehen scheint.

Noch nicht geklärt ist ebenfalls, welche Anstrengungen unternommen werden müssen, um die Identität des Nutzers festzustellen. Im Zweifel ist hier die Vorlage des Personalausweises oder anderer geeigneter Ausweispapiere erforderlich. Auch ist ein einheitliches Passwort unzureichend, weil sich dann eine Rechtsverletzung nicht einzelnen Nutzern zuordnen lässt und damit die Abschreckungswirkung entfällt.

Bochum, 20.10.2016



Dr. Ralf Heine, M.M.
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht
zert. Datenschutzbeauftragter (TÜV®)