

Dienststelle ■	Geschäftszeichen ClearingstelleDNS-Sperre	☎/Fax ■	Bonn 07.09.2020
Betreff <p style="text-align: center;">Jour Fixe BnetzA – BMWi am 10.09.2020</p> <p style="text-align: center;">TOP: Einbeziehung der BNetzA an etwaiger Clearingstelle zu DNS-Sperren</p>			

I. Gesprächsziel:

- BNetzA-Haltung zur Einrichtung einer Clearingstelle für DSN-Sperren erläutern,
- a. nur unverbindliche Einbeziehung BNetzA (keine Bescheidung, Stellungnahmemöglichkeit), wenn und soweit inhaltlich und personell leistbar
  - b. hoher Anspruch an Vorarbeit der Clearingstelle (fundierte Prüfung und Darlegung der Anspruchsvoraussetzungen des § 7 Abs. 4 TMG)

II. Hintergrund/Sachstand:

Ende 2019 wurde von Unternehmen und Branchenverbänden eine (freiwillige) Initiative zur Einrichtung einer Clearingstelle zu DNS-Sperren von urheberrechtsverletzenden Webseiten ins Leben gerufen. An dem Vorhaben („Roundtable“) beteiligt sind einerseits Inhaber von urheberrechtlichen Nutzungs- und Verwertungsrechten (z.B. Sky, DFL) und relevante Branchenverbände als Vertreter solcher Rechteinhaber (z.B. Bundesverband Musikindustrie), deren Inhalte auf strukturell urheberrechtsverletzenden Webseiten illegal bereitgestellt werden („Rechteinhaber“). Andererseits sind verschiedene Internetzugangsanbieter (DTAG, Telefonica, Vodafone, 1&1, Freenet) sowie ein Vertreter der DENIC e.G. an dem Vorhaben beteiligt. Ziel des Vorhabens ist es, ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage ein Verfahren zu begründen, mit dem DNS-Sperren von strukturell urheberrechtsverletzenden Webseiten („SUW“) effektiv und zügig von allen Internetzugangsanbietern umgesetzt werden können, ohne dass langwierige und kostspielige Gerichtsverfahren zur Klärung der Voraussetzungen von § 7 Abs. 4 TMG geführt werden müssen.

Nach Schätzungen der Rechteinhaber wären 100 bis 200 Anträge der Rechteinhaber pro Kalenderjahr durch einen dreiköpfigen Prüfausschuss der Clearingstelle zu prüfen. Einer dieser Prüfer soll unabhängig sein, als erfahrener Volljurist die unparteiische Ausübung seines Amtes durch Tätigkeit in Justiz, Verwaltung oder Wissenschaft nachgewiesen haben und den Prüfausschuss leiten. Das Prüfverfahren des Prüfausschusses soll mit einer begründeten Empfehlung enden, die nach den aktuellen Plänen an die BNetzA weitergeleitet werden soll. Nach der Vorstellung der Beteiligten soll die BNetzA die „Unbedenklichkeit“ der Umsetzung der beantragten DNS-Sperren unter dem Gesichtspunkt der Netzneutralität (Ausnahme i.S.d. Art. 3 Absatz 3 Unterabsatz 3 a der TSM-VO) prüfen und gegenüber der Clearingstelle erklären. Sobald dies erfolgt ist, soll die Clearingstelle dies den Parteien mitteilen und die Internetzugangsanbieter sollen die DNS-Sperre umsetzen.

Einzelheiten zur Ausgestaltung der Clearingstelle sowie des Verfahrens wurden in einem (der BNetzA übermittelten) ersten Entwurf einer Verfahrensordnung sowie einem Verfahrenskodex niedergelegt. Verhandelt wird derzeit noch über Kostenfragen. Die Initiatoren sind parallel auch mit dem BKartA in Kontakt, um die grundsätzliche Konzeption der Clearingstelle auf ihre kartellrechtliche Vereinbarkeit zu klären. Auch zwischen der BNetzA und BKartA findet diesbezüglich ein Austausch statt.

Am 09.09.2020 fand ein weiterer Austausch der BNetzA (Arbeitsebene) mit den Initiatoren der Clearingstelle statt.

### III. Stellungnahme:

Die generelle Zielsetzung eines effizienten Verfahrens zur Durchsetzung von DNS-Sperren bei SUW unter Vermeidung von zeit- und kostenintensiven gerichtlichen Auseinandersetzungen ist aus Sicht der Initiatoren nachvollziehbar.

Allerdings sind mit der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen des § 7 Abs. 4 TMG eine Vielzahl von materiell-rechtlich anspruchsvollen, komplexen Fragestellungen verbunden, die hinsichtlich der in Rede stehenden Frage der Zulässigkeit einer DNS-Sperre im Sinne der TSM-VO auch Gegenstand eines solchen freiwilligen Verfahren sein müssten. Klärungsbefähigt wäre bzw. nachgewiesen werden müsste etwa die Rechteinhaberschaft (z.B. wem steht Nutzungsrecht zu?) bei Antragstellung oder die Feststellung, dass es sich überhaupt um eine SUW handelt, bei der im Gesamtverhältnis von rechtmäßigen zu rechtswidrigen Inhalten die legalen Inhalte nicht ins Gewicht fallen. Zudem wäre eine Sperre gemäß § 7 Abs. 4 TMG nur zulässig, wenn der Inanspruchnahme des eigentlichen Rechtsverletzenden (Betreiber der Webseite) jede Erfolgsaussicht fehlt. Insgesamt handelt es sich beim Bereich des Urheberrechts um eine komplexe Sachmaterie, zu welcher die BNetzA fachliche Expertise aufbauen müsste.

Grundsätzlich gilt: wird eine DNS-Sperre implementiert, so obliegt es der BNetzA ex-post deren Vereinbarkeit mit den Vorgaben zur Netzneutralität zu prüfen. Gemäß Art. 3 Abs. 3 Nr. 3a der VO (EU) 2015/2120 wäre eine solche Maßnahme u.a. dann zulässig, wenn dies zur Umsetzung nationaler Rechtsvorschriften (wie z.B. zur Umsetzung von § 7 Abs. 4 TMG) oder zur Umsetzung von Gerichtsurteilen erforderlich ist. Für den Fall der Umsetzung einer DNS-Sperre ohne entsprechendes Gerichtsurteil wäre die BNetzA gehalten, inzidenter auch die Voraussetzungen der Einrichtung einer DNS-Sperre nach § 7 Abs. 4 TMG prüfen. Die BNetzA müsste demnach in einer solchen Konstellation ohnehin die genannten komplexen Fragestellungen des Urheberrechts prüfen.

Allerdings sieht die VO (EU) 2015/2120 systematisch keine Ex-ante-Genehmigung solcher Maßnahmen vor. Eingriffsbefugnisse stehen der BNetzA als rechtsdurchsetzende Behörde erst zu, wenn eine Rechtsverletzung eingetreten ist. Mit Blick darauf ist festzuhalten:

- Eine förmliche Einbeziehung der BNetzA im Sinne einer Bescheidung der Unbedenklichkeit (i.S. eines Verwaltungsakts) für jede Empfehlung des Prüfausschusses scheidet aus, da dies nicht mit der Systematik der VO (EU) 2015/2120 vereinbar wäre und die BNetzA faktisch an die Stelle eines Gerichts gesetzt würde.

Im Vorfeld einer Maßnahme wird die BNetzA jedoch regelmäßig informell tätig, um etwaige Rechtsverstöße bereits im Planungsstadium zu verhindern. In solchen Fällen interagiert die BNetzA regelmäßig mit den Betroffenen und erläutert ihre Rechtsauffassung (z.B. in einfachen Schreiben). Ein solches Vorgehen bietet sich grundsätzlich auch mit Blick auf die geplante Clearingstelle unter folgender Maßgabe an:

- Der BNetzA könnte eine *Stellungnahmemöglichkeit* binnen einer angemessenen Frist eingeräumt werden, wenn dies *personell leistbar* und soweit *Informationen bzw. fachliche Expertise vorhanden* ist. Zudem sollte die *Unverbindlichkeit* der Abgabe bzw. Nichtabgabe einer Stellungnahme eindeutig zum Ausdruck kommen („Haftungsausschluss“). Vergleichbare Einschränkungen wurden auch bezüglich der Einbeziehung der BNetzA in die Aufgaben des „Monitoring Trustee“ im Verfahren Vodafone/Liberty Global niedergelegt. Sofern personelle Ressourcen vorhanden sind und der BNetzA ausreichende Informationen/Kenntnisse zur fachlichen Einschätzung der Urheberrechtsverletzung vorliegen, könnte eine Stellungnahme zur Vereinbarkeit mit den Netzneutralitätsvorgaben abgegeben werden. Es sollte aber keine Verpflichtung der BNetzA bestehen, zu jeder Empfehlung der Clearingstelle eine Stellungnahme abgeben zu müssen. Dies insbesondere, da nicht absehbar ist, wie sich die Fallzahlen entwickeln. So könnten die aktuellen Schätzungen der Rechteinhaber von 100-200 Anträgen im Laufe eines (effizienten) Verfahrens tendenziell steigen.
- Mitentscheidend für die Leistbarkeit der Erarbeitung von BNetzA-Stellungnahmen ist die fachlich fundierte Vorarbeit der Clearingstelle. Sofern der Prüfausschuss bei der Antragsprüfung sämtliche Voraussetzungen z.B. mit Blick auf die Rechteinhaberschaft, den Erfolgsaussichten einer Inanspruchnahme des Rechtsverletzenden oder dem Vorliegen einer SUW hinreichend detailliert ermittelt und substantiiert in seiner Entscheidung (Empfehlung) darlegt, wird dies der BNetzA die Abgabe einer Stellungnahme sowohl zeitlich wie fachlich erleichtern.
- Die genannten Bedingungen sollten hinreichend präzise in den übermittelten Dokumenten (Verfahrensordnung, Verfahrenskodex) niedergelegt werden. Es wäre zudem darauf zu achten, dass eine spätere Änderung der Dokumente nach Aufnahme der Arbeit der Clearingstelle (z.B. durch Beschluss der Beteiligten der Clearingstelle) immer eine Informationspflicht gegenüber der BNetzA begründet (erforderlich, denn BNetzA ist nicht Partei). Je nach Ausgestaltung späterer Änderungen sollte sich die BNetzA in den Dokumenten die Möglichkeit vorbehalten lassen, ihr Engagement in der Clearingstelle überdenken und ggf. kündigen zu können.