

Bonn, 06.11.2020, Datum eingeben.

Ort, Datum

Entscheidungsvorlage**Herrn Präsidenten**

a. d. Dienstweg

11.11.20

Betr.:

Einbindung der BNetzA in die Verfahren der Clearingstelle für DNS-Sperren bei strukturell urheberrechtsverletzenden Webseiten

Informationsblock

Bearbeiter	Sanders-Winter
	Name
Tel.-Nr.	1300

Abzeichnungsleiste

VPPräsF	VPPräsE	
AbtL	1204/21 BK-Vors.	
UAbtL	12	

Mitzeichnungen (falls erforderlich)

DSt.	Nz. / Datum	DSt.	Nz. / Datum
█	*		
DSt.	Nz. / Datum	DSt.	Nz. / Datum
DSt.	Nz. / Datum	DSt.	Nz. / Datum

Informationen zur federführenden Organisationseinheit

OrgE	█	9/M	
	DSt.	Namenszeichen	Datum
Bearbeiter			
	DSt.	Namenszeichen	Datum
Aktenzeichen			

* elektronisch gezeichnet

I. Votum

Der BNetzA sollte die **Möglichkeit** eingeräumt werden, binnen einer Frist eine (**formlose**) **Stellungnahme abzugeben**, ob die Empfehlungen der Clearingstelle zu DNS-Sperren von strukturell urheberrechtsverletzenden Webseiten („SUW“) mit den Vorgaben der Netzneutralität vereinbar wären (Plausibilitätsprüfung). Eine Zusage verbindlicher Stellungnahmen (Erlass von Verwaltungsakten), eine Verschweigungsregelung (keine Stellungnahme bedeutet Zustimmung) bzw. eine „Bußgeldimmunität“ sind rechtlich nicht zulässig bzw. angesichts der zu erwartenden Fallzahlen (100-200 jährlich) nicht leistbar. Die Einzelheiten der Einbindung könnten in einem Briefwechsel zwischen der Clearingstelle und BNetzA (Präsidiumsebene) niedergelegt werden.

Der angedachte Ansatz wird auch vom BMW auf AL-Ebene unterstützt.

Hebe das mit Hande
so besprechen.
auf 10/11

II. Sachverhalt

Ende 2019 wurde von Unternehmen und Branchenverbänden eine (freiwillige) Initiative zur Einrichtung einer Clearingstelle zu DNS-Sperren von SUW ins Leben geru-

fen. An dem Vorhaben beteiligt sind einerseits Inhaber von urheberrechtlichen Nutzungs- und Verwertungsrechten (z.B. Sky, DFL) und relevante Branchenverbände der Rechteinhaber (z.B. Bundesverband Musikindustrie), deren Inhalte auf SUW illegal bereitgestellt werden („Rechteinhaber“). Andererseits sind verschiedene Internetzugangsanbieter (DTAG, Telefónica, Vodafone, 1&1, Freenet) sowie ein Vertreter der DENIC e.G. (Genossenschaft, die alle „.de Domains“ verwaltet) an dem Vorhaben beteiligt.

Ziel des Vorhabens ist es, ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage ein Verfahren zu begründen, mit dem DNS-Sperren auf Antrag der Rechteinhaber von SUW effektiv und zügig von allen Internetzugangsanbietern umgesetzt werden können, ohne dass langwierige und kostspielige Gerichtsverfahren zur Klärung des Vorliegens einer Urheberrechtsverletzung 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 Verfahren soll mit einer begründeten Empfehlung enden, die an die BNetzA weitergeleitet werden soll.

Nach der Vorstellung der Initiatoren soll die BNetzA die „**Unbedenklichkeit**“ **der Umsetzung der DNS-Sperren unter dem Gesichtspunkt der Netzneutralität** (Ausnahme i.S.d. Art. 3 Absatz 3 Unterabsatz 3 a der TSM-VO) prüfen und binnen einer bestimmten Frist gegenüber der Clearingstelle erklären. Dies entweder proaktiv oder auch durch Verstreichenlassen einer Frist (Schweigen als Zustimmung). Daran anschließend sollen die Internetzugangsanbieter die DNS-Sperre umsetzen.

Einzelheiten zur Ausgestaltung der Clearingstelle und des Verfahrens wurden in einem Entwurf einer Verfahrensordnung bzw. eines Verfahrenskodexes niedergelegt. Die Verhandlungen sind in einer finalen Phase, die Clearingstelle soll Anfang 2021 die Arbeit aufnehmen. Die Initiatoren sind seit geraumer Zeit mit der BNetzA auf Arbeitsebene in Kontakt, parallel dazu auch mit dem BKartA sowie dem BMWi, um die Konzeption auf ihre kartellrechtliche Vereinbarkeit zu klären bzw. sich die politische

Unterstützung zu sichern. Auch BNetzA ist im Austausch mit dem BKartA bzw. BMWi. Die kartellrechtliche Prüfung des BKartA dauert noch an.

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 des Vorliegens einer Urheberrechtsverletzung eine **Vielzahl von komplexen Fragestellungen** verbunden, die hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit einer DNS-Sperre unter Netzneutralitätsgesichtspunkten auch Gegenstand eines solchen freiwilligen Verfahrens sein müssten. Nachgewiesen werden müsste etwa die Rechteinhaberschaft bei Antragstellung oder die Feststellung, dass es sich um eine SUW handelt, bei der im Gesamtverhältnis von rechtmäßigen zu rechtswidrigen Inhalten die legalen Inhalte nicht ins Gewicht fallen. Zudem wäre eine Sperre z. B. gemäß § 7 Abs. 4 TMG nur zulässig, wenn der Inanspruchnahme des Betreibers der Webseite jede Erfolgsaussicht fehlt. Insgesamt handelt es sich um eine komplexe Materie, zu welcher die BNetzA fachliche Expertise aufbauen müsste.

Grundsätzlich gilt: wird eine DNS-Sperre implementiert, so obliegt es der **BNetzA ex post und ohne Frist** 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 (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 daher die BNetzA gehalten, ex post inzidenter auch die genannten komplexen Fragestellungen des Urheberrechts prüfen. Allerdings sieht die VO (EU) 2015/2120 keine ex-ante-Genehmigung solcher Maßnahmen vor. Eingriffsbefugnisse (Anordnungsbefugnisse wie Bußgeldbefugnisse) stehen der BNetzA als rechtdurchsetzende Behörde erst zu, wenn eine Rechtsverletzung eingetreten ist.

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 (keine ex-ante-Befugnis) und die BNetzA faktisch an die Stelle eines Gerichts gesetzt würde.

Im **Vorfeld einer Maßnahme** kann die BNetzA jedoch **formlos** tätig werden, 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/ per E-Mail). Ein solches Vorgehen bietet sich auch mit Blick auf die geplante Clearingstelle unter folgender Maßgabe an:

Der BNetzA könnte eine **Stellungnahmemöglichkeit binnen einer angemessenen Frist** eingeräumt werden. Davon kann sie Gebrauch machen, wenn dies personell leistbar ist und soweit sämtliche relevanten Informationen vorliegen. Ähnliche Einschränkungen wurden auch bezüglich der Einbeziehung der BNetzA in die Aufgaben des „Monitoring Trustee“ im Verfahren Vodafone/Liberty Global niedergelegt.

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 ist zu erwarten, dass die aktuellen Schätzungen der Rechteinhaber von 100-200 Anträgen im Jahr im Laufe eines (effizienten) Verfahrens tendenziell steigen.

Auch eine **Verschweigungsregelung**, nach welcher die Nichtabgabe einer Stellungnahme innerhalb der Frist als „Unbedenklichkeit“ unter Netzneutralitätsgesichtspunkten verstanden wird, scheidet aus. Die Nichtabgabe kann kapazitätsbedingt oder der Komplexität des Falles geschuldet sein und darf daher nicht als positive Stellungnahme der BNetzA verstanden werden. Um Rechtssicherheit für diese Fälle zu erhalten, könnte seitens der Initiatoren auf die Implementierung der Empfehlung bzw. DNS-Sperren in diesen Fällen verzichtet werden.

Eine von den Initiatoren favorisierte „**Bußgeldimmunität**“ in Form einer Zusicherung der BNetzA, dass bei sämtlichen Empfehlungen der Clearingstelle auf den Erlass von Bußgeldern verzichtet wird, scheidet ebenfalls aus, da eine solche eine grundsätzliche und vom Fall unabhängige Bindung des Aufgreifermessens der BNetzA

darstellen würde. Die offenbar zugrundeliegende Besorgnis der Initiatoren vor erheblichen Bußgeldern scheint auch völlig unbegründet, da bislang im Bereich der Netzneutralität keinerlei Bußgelder verhängt worden sind.

Mit der angebotenen Stellungnahmemöglichkeit würde sich die BNetzA bereit erklären, im Rahmen des personell Leistbaren die übermittelten Empfehlungen also bereits vor Erlass der Maßnahme und binnen einer angemessenen Frist zu prüfen. Selbst wenn durch diesen Ansatz ggf. nicht sämtliche 100-200 Fälle „abgearbeitet“ werden können, bietet diese **Bereitschaft der BNetzA doch einen erheblichen Vorteil/Effizienzgewinn gegenüber der ansonsten notwendigen Klärung jedes Einzelfalls in oft mehrjährigen und kostspieligen Gerichtsverfahren**. Auch seitens des BMWi wird dieser Ansatz unterstützt und entsprechend gegenüber den Initiatoren kommuniziert.

Mitentscheidend für die Leistbarkeit einer proaktiven BNetzA-Stellungnahme ist die **fachlich fundierte Vorarbeit der Clearingstelle und deren Dokumentation in der Empfehlung**. Sofern der Prüfausschuss bei der Antragsprüfung sämtliche Anspruchsvoraussetzungen hinreichend detailliert ermittelt und substantiiert in seiner Empfehlung darlegt, wird dies der BNetzA die Abgabe einer proaktiven Stellungnahme sowohl zeitlich wie fachlich erleichtern.

Die genannten Bedingungen zur Einbindung der BNetzA sollten nicht in den Gründungsdokumenten der Clearingstelle (Verfahrensordnung, Verfahrenskodex) niedergelegt werden, da diese zwischen den Beteiligten gelten. Es scheint sinnvoll, die **Einzelheiten der Einbindung in einem Briefwechsel zwischen der Clearingstelle (Steuerungskreis) und der BNetzA (Präsidiumsebene)** niederzulegen. In einem solchen Briefwechsel sollte sich die BNetzA zudem die Möglichkeit vorbehalten, ihr Engagement in Abhängigkeit der künftigen Erfahrungen in quantitativer oder qualitativer Hinsicht überdenken und ggf. aufkündigen zu können.

2.) Zur weiteren Veranlassung

DSt	Geschäftsgangvermerk
12. Vorz.	
DSt	Geschäftsgangvermerk
DSt	Geschäftsgangvermerk