

In Kooperation mit:
bitkom e.V.
davit im DAV
eco e.V.
VPRT e.V.

MMR

MultiMedia und Recht

Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht

Herausgeber: Dr. Astrid Auer-Reinsdorff · Prof. Dr. Oliver Castendyk · Dr. Sibylle Gierschmann · Prof. Dr. Reto M. Hilty · Prof. Dr. Thomas Hoeren · Prof. Dr. Bernd Holznapel · Wolfgang Kopf
Prof. Dr. Marc Liesching · Prof. Dr. Peter Raue · Prof. Dr. Alexander Roßnagel · Prof. Dr. Joachim Scherer · Dr. Raimund Schütz · Prof. Dr. Ulrich Sieber · Dr. Axel Spies · Prof. Dr. Gerald Spindler

AUS DEM INHALT

- | | | |
|---------------------------|------------|--|
| Regulierung | 69 | AXEL SPIES USA: Präsident Trump krepelt den TK-Sektor um |
| TK-Reform | 71 | JOACHIM SCHERER / CAROLINE HEINICKEL Ein Kodex für den digitalen Binnenmarkt |
| Kritische Infrastrukturen | 77 | SEBASTIAN ROCKSTROH / HANNO KUNKEL IT-Sicherheit in Produktionsumgebungen |
| Mobilfunkdienste | 83 | FREDERIC UFER Die Verifikation von Kundendaten über den neuen § 111 TKG |
| Online-Handel | 89 | CHRISTINA-MARIA LEEB Rechtskonformer Vertragsabschluss mittels Dash Button? |
| Verlinkung | 95 | EuGH: Haftung für das Setzen von Hyperlinks – GS Media |
| Internetsuchmaschine | 98 | BVerfG: Verfassungsbeschwerde gegen Presse-Leistungsschutzrecht erfolglos |
| Belehrungspflicht | 101 | BGH: Keine Aufklärungsverpflichtung gegenüber volljährigen Internetnutzern – Silver Linings Playbook m. Anm. SESING |
| Internettauschbörse | 105 | BGH: Bemessung des Restschadensersatzanspruchs beim Filesharing – Everytime we touch m. Anm. JANSEN |
| Fernabsatz | 111 | BGH: Wertersatz nach Widerruf im Online-Kauf m. Anm. RÄTZE |
| Metered Paywall | 114 | OLG München: 25 Worte keine Snippets mehr – Kein Vollgas |

www.mmr.de

2/2017

Seiten 69–140
20. Jahrgang · 15. Februar 2017
Verlag C.H.BECK München



1850201702

In Kooperation mit:

bitkom - Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e.V.

davit im DAV - Arbeitsgemeinschaft IT-Recht
im Deutschen Anwaltverein

eco - Verband der Internetwirtschaft e.V.

VPRT - Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V.

MMMR

MultiMedia und Recht

2/2017

HERAUSGEBER

RAin **Dr. Astrid Auer-Reinsdorf**, FA IT-Recht, Berlin/Lissabon/Vorsitzende des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft IT-Recht im DAV (davit) – RA **Prof. Dr. Oliver Castendyk**, MSc. (LSE), Direktor Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V., Berlin – RAin **Dr. Sibylle Gierschmann**, LL.M. (Duke University), FA Urheber- und Medienrecht, Partnerin Kanzlei Taylor Wessing, München – **Prof. Dr. Reto M. Hilty**, Direktor am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München/Ordinarius an der Universität Zürich – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holzngel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Wolfgang Kopf**, LL.M., Leiter Zentralbereich Politik und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – **Prof. Dr. Marc Liesching**, Professor für Medienrecht und Medientheorie, HTWK Leipzig/München – RA **Prof. Dr. Peter Raue**, Raue LLP, Berlin – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA **Prof. Dr. Joachim Scherer**, LL.M., Baker & McKenzie, Frankfurt a.M. – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, Köln – **Prof. Dr. Ulrich Sieber**, Direktor und Leiter der strafrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg / Honorarprofessor und Leiter des Rechtsinformatikzentrums an der Ludwig-Maximilians-Universität, München – RA **Dr. Axel Spies**, Morgan, Lewis & Bockius LLP, Washington DC – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Daniela Beaujean, Mitglied der Geschäftsleitung Recht und Regulierung/Justiziarin, Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT), Berlin – **Dietrich Beese**, Hamburg – **Prof. Dr. Herbert Burkert**, Forschungsstelle für Informationsrecht, Universität St. Gallen – RAin **Susanne Dehmel**, Mitglied der Geschäftsleitung BITKOM e.V., Berlin – **Jürgen Doetz**, Koordinator der Deutschen Content Allianz, Berlin – **Dr. Andrea Huber**, LL.M. (USA), Geschäftsführerin, ANGA Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V., Berlin – **Dr. Christine Kahlen**, Leiterin Öffentlichkeitsarbeit, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin – **Dr. Christopher Kuner J.D.**, LL.M., Senior of Counsel, Wilson Sonsini Goodrich & Rosati, LLP, Brüssel – **Prof. Dr. Wernhard Möschel**, Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi/Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Tübingen – **Robert Queck**, Maître de Conférences, Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID), Universität Namur, Belgien – **Prof. Dr. Eike Ullmann**, Vors. Richter des I. Zivilsenats am BGH a.D., Karlsruhe

REDAKTION

Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin – RAin **Katharina Joachim**, Redakteurin – RAin **Ruth Schrödl**, Redakteurin – **Marianne Gerstmeyer**, Redaktionsassistentin
Wilhelmstr. 9, 80801 München

EDITORIAL USA: Präsident Trump krepelt den TK-Sektor um

Lesedauer: 9 Minuten

Wenn keiner etwas Genaues weiß, ist ein Scheunentor für Spekulationen geöffnet. Genau weiß niemand, wie es nach der Amtseinführung der Trump-Administration mit dem TK-Sektor weitergeht, den die *Federal Communications Commission (FCC)* regelt. Die Spekulationen reichen von einer Rücknahme der FCC-Regeln zur Netzneutralität (Open Internet Order, vgl. *Spies*, MMR-Aktuell 2015, 367980) über ein Einstellen der Vollstreckungsmaßnahmen gegen unbotmäßige Carrier, „Soft Touch“-Regulation, bis zur weitgehenden Abschaffung der *FCC*. Letzteres propagiert u.a. *Mark Jamison*, ein Berater in Trumps „Tech Policy Transition Team“. Die Zeit der TK-Monopole sei vorbei und eine Regulierung der Marktteilnehmer durch eine spezielle Behörde nicht mehr erforderlich. *Jamison* gehört zusammen mit *Jeff Eisenach* und *Roslyn Layton* vom konservativen American Enterprise Institute zum Brückenkopf (Landing Team) der Trump-Administration für die *FCC*. Kürzlich sind noch *Carolyn Roddy* (Professorin an der Atlanta John Marshall Law School) und *David Morken* (CEO von *bandwidth.com*) hinzugekommen. Das Team soll umfangreiche personelle Umbesetzungen bei der *FCC* vorbereiten und arbeitet an einer Neuorganisation der Behörde. Im Zuge des Machtwechsels nimmt der Präsident insgesamt rd. 4.000 Neuernennungen bei den US-Bundesbehörden vor, von denen rd. 1.000 der Zustimmung des *Senats* bedürfen. „Personnel is policy“ heißt es in Washington.



Dr. Axel Spies

FCC-Chef geht von Bord

Die *FCC* ist ein Kollegialorgan, das von bis zu fünf Kommissaren geleitet wird. Die fünf Kommissare der *FCC* und einige Bereichsleiter, die als politische Beamte gelten, sind vom Regierungswechsel betroffen. Üblicherweise stellt die regierende Partei (also jetzt die Republikaner) drei Kommissare, darunter den *FCC*-Vorsitzenden, und die andere Partei zwei. Der *FCC*-Vorsitzende *Wheeler*, der von *Präsident Obama* ernannt wurde, ist bereits kurz vor der Amtseinführung von *Präsident Trump* zurückgetreten. Politiker, die *Trump* nahestehen, beschuldigen *Wheeler* schon seit langem, die *FCC*-Regulierung über Gebühr mit „Politik durchsetzt“ zu haben. Die zwei der Republikanischen Partei zugehörigen Kommissare werden wohl im Amt bleiben. Gleiches gilt für die von den Demokraten nominierte *FCC*-Kommissarin *Clyborn*, deren Amtszeit noch weiter läuft. Unklar ist das politische Schicksal der *FCC*-Kommissarin *Rosenworcel*, die der Demokratischen Partei nahesteht. Deren Amtszeit ist ausgelaufen, ohne dass sie der *Senat* für eine zweite Amtszeit bestätigt hat. *Obama* hat sie kurz vor Ablauf seiner Amtszeit erneut nominiert. Da bislang *Rosenworcel* vom *Senat*

nicht nachträglich für eine zweite Amtszeit bestätigt wurde, kommt es ab Wirksamwerden des Amtsverzichts von *Wheeler* ohne sie zu einer Mehrheit von 2:1 FCC-Kommissaren für die Republikaner. Geschäftsführend hat der dem republikanischen Lager zugehörige Kommissar *Pai* das Amt des FCC-Vorsitzenden mindestens bis 2018 übernommen. Damit besteht ab sofort die Möglichkeit für die *FCC*, erhebliche Teile der *FCC*-Regulierung der letzten Jahre wieder rückgängig zu machen. *Pai* hat allerdings angekündigt, statt auf Konfrontation mehr auf Konsens in der *FCC* zu setzen und *FCC*-Entscheidungen nicht einfach durchzuboxen – im Gegensatz zu den vielen kontroversen 3:2-Entscheidungen unter *Wheeler*.

Die *FCC* „an die Leine nehmen“

Der Druck auf die verbleibenden *FCC*-Kommissare ist hoch. *Pai* hat angekündigt, die Umsetzung der *FCC* Transparency Order vorerst nicht vollstrecken zu wollen. Anderenfalls müssten viele kleinere Internetzugangsanbieter ihren Kunden gegenüber ihre Preisgestaltung und Leistungsmerkmale detailliert aufdecken. Bei anderen Themen wird es sehr vom neuen Vorsitzenden abhängen, welche Schwerpunkte er setzt und wie er die Tagesordnung für die Sitzungen der Kommissare bestimmt. Das große Bieterverfahren im 600 MHz-Bereich für die Zuteilung von Spektrum wird ohnehin wie geplant weitergehen. Beobachter vermuten, dass der neue Vorsitzende in Übereinstimmung mit der generellen Linie der Trump-Administration die *FCC* „an die Leine“ nehmen wird. Die *FCC* sei über Jahre ohne Grenzen in der regulatorischen Landschaft herumgelaufen, meinte ein ehemaliger *FCC*-Kommissar kürzlich. *Präsident Trump* hat sich bislang selbst nur vage zu bestimmten TK-Themen eingelassen. Schon am Anfang des Wahlkampfes bezeichnete er die Open Internet Order in einem Tweet als „Machtanmaßung von oben“ (top-down powergrab). Ein Indikator für die neue Richtung ist, dass die Kongressabgeordnete *Marsha Blackburn* (R-Tenn.) den Vorsitz des Communications Subcommittee im Repräsentantenhaus übernehmen soll. Sie gilt als eine entschiedene Gegnerin der *FCC* Transparency Order und gehört zu *Trumps* Transition Team.

Mit der politischen Schützenhilfe der neuen Mehrheit im Kongress könnte der Machtwechsel bei der *FCC* das Ende der Open Internet Order von 2015 bedeuten, die die *FCC* mit 3:2 Stimmen beschlossen hatte. Dann könnten die Breitbandanbieter enger als bisher mit den Inhalteanbietern zusammenarbeiten. Sportangebote (in den USA z.B. zusammen mit der National Football League) und Zero-Rating könnten dann Hand in Hand gehen. Bei Zero-Rating geht es um die Frage, welche Inhalte bei Datenvolumen und deren Obergrenzen für die Kunden nicht angerechnet werden dürfen. Dazu gibt es einen neuen (umstrittenen) *FCC*-Report v. 11.1.2017. Allerdings müssen die neuen *FCC*-Kommissare darauf achten, dass das regulatorische Pendel nicht zu stark in die andere Richtung schwingt und zu Unsicherheiten bei der Investitionsplanung führt. Vor großen Änderungen wird es wie immer öffentliche Anhörungen geben (notices of public rulemaking).

Datenschutz von Breitbandkunden

Ein ähnlicher Streit bahnt sich bei den neuen Regeln zum Datenschutz für die Kunden von Breitbandanbietern an. Zu diesem Bereich gibt es schon detaillierte *FCC*-Regelungen (CPNI). Die *FCC* hat dazu im Oktober 2016 erheblich weitergehende Regeln erlassen, wonach u.a. die Weiterverarbeitung von personenbezogenen Daten der ISP-Kunden für andere Zwecke einwilligungspflichtig ist (s. *Spies*, ZD-Aktuell 2016, 377151). Gegen die neuen Regeln laufen die kleineren Anbieter und einige Senatoren der Republikanischen Partei schon seit einigen Monaten Sturm. *Wheeler* hat sich am 18.12.2016 mit einem Schreiben an die Kritiker gewandt und die neuen – für deutsche Verhältnisse eher selbstverständlichen – Privacy-Regeln „seiner“ *FCC* verteidigt. Dahinter steht allerdings ein viel bedeutenderer Streit, nämlich darüber, welche Befugnisse

die *FCC* im Bereich Privacy haben soll und wie weit die Kompetenzen der *Federal Trade Commission (FTC)* als Verbraucherschutzbehörde gehen (vgl. *Spies*, MMR 2016, 357). Damit wird sich die Trump-Administration ebenfalls beschäftigen müssen.

Weitere Baustellen: Breitbandausbau, Universaldienst, US-Unternehmenskäufe

Mehr Kontinuität ist beim Breitbandausbau zu erwarten. *Trump* kommt bekanntlich aus der Baubranche. Beobachter rechnen mit einer neuen Initiative der US-Regulierung zur Förderung der Infrastruktur, ähnlich wie das noch laufende BTOP-Programm (Broadband USA) aus dem Jahr 2015. Eine Faustregel in den USA besagt, dass eine Million an Breitbandinvestitionen zu mindestens 20 neuen Arbeitsplätzen führt. Die Schaffung neuer Jobs ist ein Hauptanliegen des neuen Präsidenten. Wahrscheinlicher als direkte Subventionen sind neue Steueranreize zum Breitbandausbau (Infrastructure Tax Credits).

Auch eine Reform des Universaldienstes und der Beiträge zu seiner Finanzierung stehen für das Jahr 2017 an. Mit einer Reform an Haupt und Gliedern können sich beide großen Parteien anfreunden. Die Reform muss den Wunsch nach Breitbandinvestitionen in ländlichen Gebieten gezieltem berücksichtigen. (Rural) Carrier sollen auch in Gebieten schnelle Leitungen verlegen, in denen sie keine Profite erwirtschaften können. Auch nach Jahren der Reformdiskussion versickern viele der Beträge aus dem Füllhorn des Universaldienstes vielerorts nutzlos.

Ein weiterer für Investoren wichtiger Bereich: Ein Unternehmenserwerb in den USA im TK-Bereich könnte zukünftig schwieriger werden. Dies gilt z.B. für den geplanten Zusammenschluss von *Sprint* und *T-Mobile*. Die US-Kartellwächter (mehrere Behörden einschließlich der *FCC*) werden sich sehr genau anschauen, ob der Zusammenschluss nicht den Sicherheitsinteressen der USA zuwiderläuft und dass keine Jobs ins Ausland verlagert werden. Es wird weiterhin Aufgabe des *Team Telecom* sein, diese Fragen zu entscheiden. *Team Telecom* ist ein behördenübergreifendes Gremium, das bei Zusammenschlüssen im TK-Bereich tätig wird. Derzeit läuft bei der *FCC* ein Regulierungsverfahren, das für mehr Transparenz bei den Entscheidungen dieses recht obskuren Gremiums sorgen soll (vgl. *Spies*, MMR-Aktuell 2016, 382499). Der neue Präsident hat sich bislang nicht klar zur Genehmigungsfähigkeit des großen, den TK-Sektor betreffenden Mergers *AT&T / Time Warner* und zum umstrittenen Zusammenschluss von *T-Mobile* geäußert.

Insgesamt betrachtet fällt auf, dass die TK-Themen in Washington ähnlich gelagert sind wie in Europa. Abgesehen von den Personalentscheidungen ist durch *Trump* weniger Einmischung in *FCC*-Angelegenheiten zu erwarten als unter *Obama*, als das Weiße Haus mehrfach aktiv für *Wheeler* öffentlich aufgetreten ist. *Obama* hatte sich selbst für die Regelung der Netzneutralität ins Zeug gelegt. Das hat die Themen ins Politische gezogen. In welchem Umfang sich der neue Kongress mit seiner übervollen Reformagenda in die technischen Themen einmischt, muss sich erst noch zeigen. Rep. *Greg Walden* (R-Ore.) ist der neue Vorsitzende des federführenden Commerce Committee des Repräsentantenhauses und damit eine Schlüsselfigur. Eine Reform des Telecom Act von 1996 müsste wohl dort in Angriff genommen werden. An Reformvorschlägen mangelt es jedenfalls nicht.

Washington, im Februar 2017



Dr. Axel Spies

ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Morgan, Lewis & Bockius LLP in Washington DC und Mitherausgeber der MMR.