Stellungnahme

Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen gem. § 110 TKG
- Überwachung von WLAN-bezogenen Internetzugangsdiensten
04. März 2015

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 2.100 Unternehmen, davon über 1.300 Direktmitglieder mit etwa 135 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Anbieter von Software & IT-Services, Telekommunikations- und Internetdiensten, Hersteller von Hardware und Consumer Electronics sowie Unternehmen der digitalen Medien. Der BITKOM setzt sich insbesondere für eine Modernisierung des Bildungssystems, eine innovative Wirtschaftspolitik und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel.: +49.30.27576-0
Fax: +49.30.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner
[redacted]

Präsident
Prof. Dieter Kempf

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen gem. § 110 TKG für WLAN-bezogene Internetzugangsdienste

Durch Hinweise aus dem Kreis unserer Mitgliedsunternehmen sowie Meldungen in der Presse sind wir auf Ihr Vorhaben aufmerksam geworden, auch WLAN-bezogene Internetzugangsdienstleistungsangebote (z.B. Hotspot-Dienste) in die Verpflichtung der TK-Überwachung nach § 110 TKG einzubeziehen.
Dabei gehen Sie davon aus, dass, soweit keine Nutzeridentifizierung eingesetzt wird, für die technische Realisierung des Internetzugangs die MAC-Adresse des Endgerätes verwendet wird und die Überwachung auf dieser Grundlage umgesetzt werden könne.

Gestatten Sie dazu die folgenden grundsätzlichen Anmerkungen:

1. Kreis der Verpflichteten

Nach hiesigem Verständnis erstreckt sich die in § 110 TKG niedergelegte und u.a. in § 3 TKÜV konkretisierte Verpflichtung zur Umsetzung von Anordnungen zur Überwachung von Telekommunikation nicht nur auf klassische Telekommunikationsunternehmen oder -netzbetreiber, sondern auf alle Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mit denen Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbracht werden. Ergänzend verpflichtet gemäß § 110 Abs. 1 S. 2 ff. TKG und insofern mitteilungspflichtig gegenüber der Bundesnetzagentur (BNetzA) sind zudem Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste, die selbst nicht Betreiber einer Telekommunikationsanlage sind.
Auf Basis der Begriffsbestimmungen in § 3 Nrn. 17a, 23 und 24 TKG gehen wir deshalb davon aus, dass grundsätzlich auch alle sonstigen natürlichen und juristischen Personen (z.B. Städte und Gemeinden, aber auch Unternehmen und Vereine), die WLAN-basiert den Zugang zum Internet für die Öffentlichkeit (z.B. auch durch Aggregation von WLAN-Zugangspunkten an Endnutzerstandorten) anbieten, zum Kreis der Verpflichteten gemäß § 110 TKG i.V.m. § 3 TKÜV gehören und von der BNetzA entsprechend angeschrieben, zur Vorlage techni-

scher Konzepte gebeten werden usw., sofern im Einzelfall etwaige sonstige Voraussetzungen erfüllt bzw. Ausnahmeregelungen nicht einschlägig sind.
Dies ist nach hiesiger Auffassung jedenfalls schon aus Gründen der Gleichbehandlung und zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zwingend geboten.

2. Abgrenzung der Verpflichtung im Einzelfall

Im Unklaren zu bleiben scheint in Bezug auf das Angebot von WLAN-basierten Internetzugangsdiensten ohne Nutzerregistrierung die Abgrenzung des Kreises der Verpflichteten im Einzelfall mit Blick auf die in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 TKÜV geregelte Ausnahme.
Diese sieht vor, dass für Telekommunikationsanlagen keine Vorkehrungen zu treffen sind, wenn „an sie nicht mehr als 10.000 Teilnehmer oder sonstige Nutzungsberechtigte angeschlossen sind." § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 TKÜV stellt dabei auf die Anzahl der Teilnehmer ab. Gemäß der Definition in § 3 Nr. 20 TKG ist Teilnehmer „jede natürliche oder juristische Person, die mit einem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten einen Vertrag über die Erbringung derartiger Dienste geschlossen hat". Von einem (ggf. auch konkludenten) Vertragsschluss ist bei einer unregistrierten Nutzung von WLAN-basierten Internetzugangsdiensten im Zweifel stets auszugehen.
Der Wortlaut des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 TKÜV („*angeschlossen*") impliziert jedoch insofern sowohl für die dort geregelte Ausnahme als auch für die regelmäßige Geltung der Verpflichtung nach § 3 Abs. 1 TKÜV eine gewisse Dauerhaftigkeit sowohl der vertraglichen Beziehung zwischen dem Betreiber einer Telekommunikationsanlage bzw. dem Diensteanbieter als auch der technisch-physischen Verbindung des Teilnehmers mit der Telekommunikationsanlage.
Das Angebot von WLAN-Hotspot-Diensten ohne Benutzerregistrierung zeichnet sich allerdings regelmäßig durch eine lediglich vorübergehende, gerade nicht auf Dauer ausgelegte vertragliche Beziehung und insbesondere keine dauerhafte physische Verbindung aus. Vielmehr ist bei der unregistrierten/anonymen Nutzung in vielen Fällen mit keiner dauerhaften Nutzung zu rechnen, sondern die nomadische, kurzzeitige Nutzung an vielen öffentlichen Stellen dürfte den überwiegenden Nutzungsanteil darstellen.
Hier fehlt es nach hiesigem Verständnis an Vorgaben, ab welcher Vertragsdauer bzw. Nutzungszeit ein nur per MAC-Adresse des Endgerätes registrierter Nutzer als Teilnehmer im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 TKÜV gilt und in Bezug auf die dort maßgebliche Anzahl von 10.000 Teilnehmern eingerechnet wird sowie ggf. ab welcher Zeit der Inaktivität er wieder von der Anzahl der Teilnehmer gestrichen werden darf.
Jedenfalls darf bei dieser für die Abgrenzung des Kreises der Verpflichteten entscheidenden Frage keinesfalls mit zweierlei Maß gemessen werden. Ob insofern eine von der kabelbasierten Versorgung abweichende Auslegung vorgenommen werden kann, ist fraglich. Wie eingangs bereits dargestellt, muss auch diesbezüglich grundsätzlich eine Gleichbehandlung aller Anbieter von WLAN-basierten Internetzugangsdiensten erfolgen. Keinesfalls dürfen hinsichtlich der Auswahl der Verpflichteten Unterschiede zwischen etablierten Telekommunikationsnetzbetreibern und -diensteanbietern einerseits und sonstigen Anbietern von WLAN-basierten Internetzugangsdiensten andererseits gemacht werden.

Mit Blick auf die Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 TKÜV ist weiterhin zu berücksichtigen, dass bei einer kabelgebundenen Versorgung die in dieser Bestimmung genannten 10.000 Teilnehmer, rein technisch gesehen, über die Möglichkeit der gleichzeitigen Nutzung der Telekommunikationsanlage verfügen. Diese Möglichkeit besteht hingegen bei der Nutzung von WLAN-Hotspots in diesem großen Umfang wegen knapperer Kapazität aufgrund der eingeschränkten geographischen Versorgungsreichweite und der technisch stark limitierten Anzahl gleichzeitig nutzender WLAN-Clients nicht. Die Zahl gleichzeitig nutzender Teilnehmer eines WLAN-Hotspots liegt aus den vorgenannten Gründen deutlich unter 10.000.

3. Umsetzung von Überwachung auf Basis der MAC-Adresse bei Angeboten ohne Nutzeridentifizierung

Die praktische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen bei Nutzung eines WLAN-Hotspot-Dienstes ohne Nutzeridentifizierung wirft zudem ebenfalls grundsätzliche Fragen auf.
Die BNetzA geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass, soweit keine Nutzeridentifizierung eingesetzt wird, für die technische Realisierung des Internetzugangs die MAC-Adresse des Endgerätes verwendet wird und die Überwachung auf dieser Grundlage umgesetzt werden könne.
Die MAC-Adresse stellt an dieser Stelle das einzig ersichtliche Überwachungskriterium dar.
Hier ist aus unserer Sicht jedoch bereits der praktische Anwendungsfall einer MAC-adressenbezogenen Überwachungsanordnung durch berechtigte Stellen/Ermittlungsbehörden fraglich. Dazu müsste zunächst auf rechtmäßigem Wege vorab das an der jeweiligen Datenkommunikation beteiligte Endgerät gefunden bzw. ermittelt und dessen MAC-Adresse ermittelt worden sein, um dann eine auf diese MAC-Adresse bezogene Überwachungsmaßnahme anzuordnen. Praktisch relevant dürfte dieser Fall daher schon kaum werden.
Zudem bleibt anzumerken, dass eine MAC-Adresse des WLAN-Netzwerkinterfaces im Endgerät beliebig durch den Endkunden manipulierbar ist. Anders als bei Rufnummern oder etwa einer IMEI bzw. IMSI gibt es hier keine Bestrebungen, eine Manipulierbarkeit zu verhindern. Durch die Veränderbarkeit („MAC-Spoofing“) bietet eine MAC-Adresse deshalb schon keine Möglichkeit zur sicheren Identifikation eines Gerätes bzw. eines Teilnehmers. Insofern wäre die Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen auf der Basis von MAC-Adressen auch datenschutzrechtlich bedenklich, da sich die Überwachungsmaßnahmen auf Personen erstrecken könnten, die gar nicht Ziel von Ermittlungen sind, jedoch zufällig ein Endgerät mit der MAC-Adresse verwenden, auf die sich die Überwachungsanordnung bezieht.
Zugleich wäre die Implementierung entsprechender Vorkehrungen mit großen technischen Herausforderungen und finanziellem Aufwand für die Unternehmen verbunden. Auch dürften die Kosten einer einzelnen MAC-adressenbezogenen Überwachung immens hoch sein, da ein auf diese MAC-Adresse bezogener Beschluss zur Überwachung regelmäßig von allen bzw. einer Vielzahl von Anbietern von WLAN-Hotspot-Diensten ohne Nutzeridentifizierung umgesetzt werden müsste.

Unklar bleibt außerdem, ob die bislang von der BNetzA genannten Kennungen im Fall der WLAN-Nutzung mit Nutzeridentifizierung sowie der MAC-Adresse im Fall der anonymen Nutzung abschließend die Kennungen benennen, auf Basis derer von den Verpflichteten die technische Gestaltung der zur Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen erforderlichen Einrichtungen vorzunehmen ist. Diesbezüglich benötigen die ggf. in den Kreis der Verpflichteten fallenden Unternehmen dringend Planungssicherheit in Bezug auf noch zu tätigende oder bereits erfolgte Investitionen und Implementierungsmaßnahmen.
Mit Blick auf die vorgenannten Erwägungen regen wir daher an, die Verpflichtung zu Überwachungsmaßnahmen für die Nutzung eines WLAN-Hotspot-Dienstes ohne Nutzeridentifizierung noch einmal grundsätzlich zu prüfen.

4. Keine vorschnelle Verpflichtung einzelner Marktteilnehmer

Abschließend möchten wir auch auf das Ziel der Politik verweisen, die Verfügbarkeit freier, kostenloser WLAN-Zugänge in Deutschland zu steigern, sowie die dazu erfolgende, noch nicht abgeschlossene Diskussion um gesetzliche Regelungen, die hierzu (insbesondere zu Haftungsfragen) abschließend Rechtssicherheit schaffen sollen. Eine diesen ausstehenden Regelungen vorgreifende, in vielen Details noch unklare Verpflichtung zu Überwachungsmaßnahmen insbesondere bei der Nutzung eines WLAN-Hotspot-Dienstes ohne Nutzeridentifizierung sollte aus unserer Sicht vermieden werden. Vielmehr spricht dies nach unserem Dafürhalten sogar dafür, das Thema Überwachung von WLAN-bezogenen Internetzugangsdiensten zunächst ausführlich im Rahmen einer Konsultation interessierter Kreise und insbesondere der betroffenen Unternehmen umfassend zu erörtern, bevor einzelnen Marktteilnehmer bereits die Implementierung von Überwachungstechnik konkret aufgegeben wird.