

Deutscher Bundestag
18. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 18(9)1281
26. Juni 2017

FREY RECHTSANWÄLTE

FREY Rechtsanwälte • Agrippinawerft 22 • 50678 Köln

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Köln, den 23. Juni 2017

Rechtsanwälte

Prof. Dr. Dieter Frey, LL.M. (Brügge)*
Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

Dr. Matthias Rudolph*
Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

Dr. Jan Oster, LL.M. (Berkeley)**
Rechtsanwalt

Christopher Nohr
Rechtsanwalt

Dr. Nadine van Baal
Rechtsanwältin

Dr. Andreas Hamacher
Rechtsanwalt

Anastasia Marina
Rechtsanwältin

* Partner

** Of-Counsel

Prof. Dr. Dieter Frey, LL.M. (Brügge)
Tel. +49 (0) 221 / 420 748 00
Fax +49 (0) 221 / 420 748 29
dieter.frey@frey.eu

Sachverständigenanhörung zum Dritten TMGÄndG-E

Aktenzeichen: (17)K0784
(Bitte bei Schriftverkehr angeben)

Sehr geehrte Mitglieder des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, sehr geehrte Damen und Herren,

gerne nehme ich als Sachverständiger an der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Wirtschaft und Energie zum "Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes" (TMG-ÄndG-E) teil und möchte nachstehend die erbetene Stellung zu dem Gesetzesvorhaben übermitteln.

FREY Rechtsanwälte Partnerschaft
Agrippinawerft 22 (Rheinauhafen)
50678 Köln
Tel. +49 (221) 420 748 00
Fax +49 (221) 420 748 29
www.frey.eu
USt.-ID-Nr.: DE 281 489 395

Deutsche Bank Köln
BLZ 370 700 24
Konto-Nr. 102 181 500
IBAN: DE03370700240102181500
BIC: DEUTDEBKOE

Raiba Rosbach e.G.
BLZ 370 696 39
Konto-Nr. 690 081 901 1
IBAN: DE46370696396900819011
BIC: GENODE1WND

Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Essen, PR 2631

A. Zusammenfassung

Das am 27. Juli 2016 in Kraft getretene Zweite TMGÄndG war ein wichtiger Schritt hin zu einer größeren Verbreitung offener WLAN-Angebote. Allerdings hat die Entscheidung des EuGH vom 15. September 2016 in der Rechtssache C 484/14 - *McFadden* erneut für Rechtsunsicherheit gesorgt. Die mit dem Dritten TMGÄndG-E verfolgte Motivation, mit einer erneuten Überarbeitung des Telemediengesetzes das Ziel der Verbreitung offener WLAN weiter zu stärken, ist daher nachvollziehbar. Der vorgelegte Gesetzentwurf birgt allerdings seinerseits die Gefahr, dieses erklärte Ziel zu verfehlen. Dies liegt insbesondere an der Rechtsunsicherheit, die mit dem neu geschaffenen Sperranspruch einhergeht. Außerdem sind Konfliktsituationen des TMGÄndG-E mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu beklagen.

I. Verhältnis des TMGÄndG-E zum System der Haftungsprivilegierungen

Die E-Commerce-Richtlinie zielt auf eine Vollharmonisierung der Regelungen zur Verantwortlichkeit von Dienste-Anbietern wie Access- oder Host-Providern. Unter Vollharmonisierung wird verstanden, dass der nationale Gesetzgeber im Bereich der entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen weder weitere noch engere Regelungen im nationalen Recht schaffen darf. Die Materie der Haftungsprivilegierungen für Access- und Host-Provider wird damit allein unionsrechtlich determiniert und durch den EuGH autoritativ ausgelegt. Die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie sind als Filter konzipiert und sollen weder eine weitergehende Verantwortlichkeit von Dienste-Anbietern begründen noch die Haftung nach den allgemeinen Gesetzen erweitern. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zudem deutlich gemacht, dass eine klare Trennung zwischen nationalen Anspruchsgrundlagen und unionsrechtlich determinierten Haftungsprivilegierungen erforderlich ist. Eine einheitliche EU-weite Anwendung des durch die E-Commerce-Richtlinie etablierten Systems der Haftungsprivilegierungen für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft würde ansonsten unmöglich gemacht.

Vor diesem Hintergrund sind die Ergänzungen des Abschnitts zu den Haftungsprivilegierungen mit § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 1 Satz 1 sowie § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E missverständlich und systematisch irreführend. Es wird der unzutreffende Eindruck erweckt, mit den genannten Änderungen wären die vollharmonisierten Haftungsprivilegierungen, die sich aus der E-Commerce-Richtlinie ergeben, konkretisiert oder gar verändert worden. Systematisch wäre es angezeigt gewesen, nicht nur den ausdrücklich als Anspruchsgrundlage bezeichneten § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E, sondern auch die Bestimmungen, die mit § 8 Abs. 1 Satz 1 TMGÄndG-E sowie § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E eingeführt werden sollen, gesondert zu regeln. Dies könnte zum Beispiel in einem eigenen Abschnitt des TMG erfolgen, der Ansprüche und Beschränkungen der Rechtsfolgen (nationaler) Ansprüche beinhaltet.

II. Zu den einzelnen Bestimmungen des TMGÄndG-E

Mit § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E wird – dies ist zu begrüßen – klargestellt, dass Verpflichtungen zur Entfernung von Informationen oder zur Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen nur „aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen“ erfolgen. Damit soll eine Anordnung durch eine staatliche Einrichtung zu einer konstitutiven Voraussetzung gemacht werden. Dies kann in einem grundrechtssensiblen Bereich eine unbedingt erforderliche Abwägungsentscheidung sicherstellen.

Allerdings wird die Anforderung einer konstitutiven Abwägungsentscheidung durch ein Gericht gerade in dem zentralen Anwendungsfall, der durch § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E geschaffen wird, nicht umgesetzt. § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E steht damit im Widerspruch zu § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E. Bei diesem Widerspruch handelt es sich nicht um eine zu vernachlässigende Inkonsistenz, sondern um eine erhebliche Schwäche des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E, mit dem die Möglichkeit geschaffen werden soll, Netzsperrungen gegen WLAN-Betreiber anzuordnen. Ein Sperrungsanspruch nach § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E ohne konstitutiven Richtervorbehalt ist m.E. verfassungs- und unionsrechtlich problematisch, da WLAN-Betreiber sowohl in rechtlicher Hinsicht als auch bzgl. der technischen Umsetzung überfordert sein dürften. Daher sollte gesetzlich klargestellt werden, dass eine richterliche Grundrechtsabwägung erforderlich ist und in welcher Form die Sperrung der Nutzung von Informationen tatsächlich und technisch umzusetzen ist.

Bei genauem Hinsehen stellt die in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E vorgesehene Anspruchsgrundlage zudem lediglich eine Kodifizierung der Störerhaftung für den Bereich von WLAN-Betreibern dar. Die daraus abgeleiteten Unterlassungsansprüche sollen aber gerade durch § 8 Abs. 1 Satz 1 TMGÄndG-E ausdrücklich ausgeschlossen werden. Der Widerspruch kann nur aufgelöst werden, indem der zutage tretende Charakter des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E als Form der Kodifizierung der Störerhaftung ignoriert wird. Die Norm darf nicht als Unterlassungsanspruch, sondern als *aliud*-Regelung aufgefasst werden, welche dazu bestimmt ist, entgegen der Bestimmung des § 8 Abs. 1 TMGÄndG-E den HaftungsfILTER für WLAN-Betreiber zu durchdringen.

Auch § 8 Abs. 1 S. 1 TMGÄndG-E stellt keine Konkretisierung der Haftungsprivilegierung dar, sondern begrenzt lediglich die Rechtsfolgen nationaler Anspruchsgrundlagen. Der Einwand gilt gleichermaßen für die angedachte Regelung in § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E. Der Ausschluss bestimmter Rechtsfolgen, wie z.B. das Erfordernis der Registrierung eines Nutzers oder der Eingabe eines Passworts, können Rechtsfolgen nationaler Anspruchsgrundlagen darstellen. Beide für die Verbreitung von offenem WLAN begrüßenswerten Bestimmungen sollten daher besser in einem Abschnitt zu Anspruchsgrundlagen und ihren rechtsfolgenseitigen Beschränkungen außerhalb des Abschnittes zur Umsetzung der Haftungsprivilegierungen geregelt werden.

§ 8 Abs. 4 TMGÄndG-E enthält zudem die zentrale Schwäche, dass er nur behördliche Verpflichtungen begrenzen soll. Ein Gericht kann daher jederzeit anordnen, dass WLAN-Dienste nur nach Eingabe eines Passwortes zugänglich sind oder nur aufgrund einer vorherigen Registrierung, also nach einer De-Anonymisierung des Nutzers, verwendet werden dürfen. Sollte dies auch nur ein Gericht, z.B. auf der Grundlage des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E, gegenüber einem Dienste-Anbieter anordnen, wäre der Druck auf andere WLAN-Betreiber erheblich, ähnliche Maßnahmen zu ergreifen, um einer Inanspruchnahme durch Rechtsinhaber vorzubeugen. Das Ziel, für die Verbreitung offener WLAN durch die Schaffung von Rechtssicherheit zu sorgen, wäre damit verfehlt. Insofern ist zu empfehlen, die Begrenzung der Rechtsfolgen nach § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E auch für Anordnungen durch Gerichte vorzusehen.

B. Zielrichtung des Gesetzesvorhabens

1. Mit dem in Rede stehenden Gesetzentwurf soll das Zweite Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes (Zweites TMGÄndG), das am 27. Juli 2016 in Kraft getreten ist, ergänzt werden. Bereits mit dieser Gesetzesänderung sollte Betreibern von drahtlosen lokalen Netzwerken (Wireless Local Area Network – WLAN) die notwendige Rechtssicherheit gegeben werden, um ihr WLAN Dritten anbieten zu können, ohne dabei befürchten zu müssen, für Rechtsverstöße Dritter abgemahnt oder haftbar gemacht zu werden. Das Zweite TMGÄndG war damit ein wichtiger Schritt hin zu einer größeren Verbreitung offener WLAN-Angebote.
2. Die Entscheidung des EuGH vom 15. September 2016 in der Rechtssache C 484/14 - *McFadden* sorgte allerdings für neuerliche Unsicherheit, da der Gerichtshof feststellte, die sich aus der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie) ergebende Haftungsprivilegierung schließe es nicht aus, dass ein nationales Gericht oder eine nationale Behörde eine Anordnung erlässt, die WLAN-Betreiber verpflichtet, ihren Internetzugang passwortgeschützt anzubieten, um die wiederholte Begehung von Urheberrechtsverletzungen über den WLAN-Dienst zu verhindern.
3. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD verfolgte dagegen das Ansinnen, die Verbreitung offener WLAN durch die Schaffung von Rechtssicherheit zu fördern. Die Entscheidung des EuGH, mit der er den Schlussanträgen des Generalanwalts, der gerade für eine weitgehend uneingeschränkte Nutzung offener WLAN plädiert hatte, nicht gefolgt ist, stellt das Ansinnen des Koalitionsvertrags in Frage.
4. Die vorstehend beschriebene Situation macht die Motivation zur erneuten Überarbeitung des Telemediengesetzes nachvollziehbar. Diese birgt allerdings ihrerseits die Gefahr, dass mit ihr die Verbreitung von offenem WLAN nicht im gewünschten Umfang erreicht wird. Dies liegt insbesondere an der Rechtsunsicherheit,

die mit dem neu geschaffenen Sperranspruch einhergeht. Außerdem sind Konfliktsituationen aufgrund des TMG-ÄndG-E mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu beklagen. Letzterer Aspekt soll zunächst anhand der unionsrechtlichen Vorgaben der Haftungsprivilegierung erläutert werden.

C. Die unionsrechtlichen Vorgaben und die konfligierende Systematik des TMGÄndG-E

5. Die vorgesehenen Änderungen betreffen die §§ 7 und 8 des deutschen Telemediengesetzes (TMG) und somit die Regelungen zur Haftungsprivilegierung von Dienste-Anbietern. Zu diesen Dienste-Anbietern zählen auch WLAN-Betreiber als Access-Provider. Dies wurde mit dem Zweiten TMGÄndG in § 8 Abs. 3 TMG ausdrücklich klargestellt.
6. Das Haftungsregime für Dienste-Anbieter ist maßgeblich durch das Unionsrecht determiniert. Sämtliche im Entwurf zum Dritten TMGÄndG-E vorgesehenen Änderungen müssen daher besonders auf ihre Kompatibilität mit den unionsrechtlichen Vorgaben untersucht werden. Die Regelungen des TMG dienen zunächst vor allem der Umsetzung der Art. 12 ff. der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie). Wichtige unionsrechtliche Vorgaben für den durch die Gesetzesänderungen ebenfalls adressierten Schutz des geistigen Eigentums etablieren Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG (Urheberrechtsrichtlinie) sowie Art. 11 S. 3 der Richtlinie 2004/48/EG (Durchsetzungsrichtlinie).
7. Darüber hinaus konkretisiert auch die zu den angeführten Richtlinien ergangene Rechtsprechung des EuGH den Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers.

I. Die Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie zur Haftungsprivilegierung

8. Die Haftungsprivilegierungen der §§ 7 ff. TMG gehen zurück auf die Art. 12 bis 15 der E-Commerce-Richtlinie.

1. Unionsrechtliche Vollharmonisierung der Haftungsprivilegierung von Diensteanbietern

9. Wie in der Begründung zu früheren Gesetzen¹ sowie mittlerweile auch durch den BGH² in Deutschland anerkannt, zielt die E-Commerce-Richtlinie auf eine Vollharmonisierung der Regelungen zur Verantwortlichkeit von Diensteanbietern wie Access- oder Host-Providern. Unter Vollharmonisierung wird verstanden, dass der nationale Gesetzgeber im Bereich der entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen weder weitere noch engere Regelungen im nationalen Recht schaffen darf.³ Die Materie der Haftungsprivilegierungen für Access- und Host-Provider wird damit allein unionsrechtlich determiniert und durch den EuGH autoritativ ausgelegt.

2. Zur Wirkung der Haftungsprivilegierungen als unionsweit einheitlicher Filter

10. Die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie sind als Filter konzipiert und sollen weder eine weitergehende Verantwortlichkeit von Diensteanbietern begründen noch die Haftung nach den allgemeinen Gesetzen erweitern.⁴ Sie gelten für alle Rechtsmaterien, d.h. sowohl für das Zivilrecht als auch das Straf- und das öffentliche Recht.
11. Sie haben eine unionsweit für alle Diensteanbieter nach gleichen Maßstäben anzuwendende Filterfunktion inne, die gleiche Bedingungen für digitale Geschäftsmodelle sowie die Entwicklung der Informationsgesellschaft in der Europäischen Union sicherstellen soll. Voraussetzung für den Schutz durch den Haftungsfilter ist jedoch, dass die jeweiligen Diensteanbieter den unionsrechtlich vorgegebenen und in nationales Recht (vgl. §§ 7 ff. TMG) umzusetzenden Anforderungen an die Haftungsprivilegierungen gerecht werden. Ein Access-Provider oder ein Host-Provider, der diese Anforderungen nicht erfüllt, kann sich auch nicht auf den unionsweit geltenden Filter berufen und sieht sich daher, alleine im nationalen Recht begründeten, Haftungsansprüchen ausgesetzt. Sind die Bestimmungen auf den Diensteanbieter anwendbar, sind die Maßstäbe der E-Commerce-Richtlinie in der Auslegung des EuGH aber unionsweit einheitlich anzuwenden.

¹ Vgl. etwa BT-Drucks. 14/6098, 22, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406098.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.6.2017).

² Vgl. BGH, Urt. v. 4.7.2013 – I ZR 39/12, AfP 2014, 145 – *Terminhinweise auf Kartenausschnitten*, MMR 2014, 121, 122 Rz. 19.

³ EuGH, Urteil vom 23. 4. 2009 - C-261, C-299/07, Rn. 52; EuGH, Urteil vom 14. 1. 2010 – C-304/08, Rn. 41; Remien in Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage, 1. Teil: Allgemeiner Teil § 14 Rechtsangleichung im Binnenmarkt, Rn. 42.

⁴ Vgl. BT-Drucks. 14/6098, S. 23, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406098.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.06.17).

12. Der unionsrechtlich vorgegebene Haftungsfiter ist allerdings nicht vollkommen undurchlässig, da auch das Unionsrecht in bestimmten Konstellationen die Möglichkeit vorsieht, dass Rechtsverletzungen abgestellt oder verhindert werden (vgl. insbesondere Art. 12 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie). Der EuGH hat dazu sowohl im Hinblick auf Access-Provider als auch auf Host-Provider eine Reihe von Urteilen erlassen. Wichtig ist dabei, dass im Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierungen die jeweiligen Dienste-Anbieter trotz des engen Rahmens für eine Inanspruchnahme nicht als verantwortlich für die Rechtsverletzungen Dritter gelten.

3. Keine Vermischung nationaler Anspruchsgrundlagen mit Haftungsprivilegierungen

13. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zudem deutlich gemacht, dass eine klare Trennung zwischen nationalen Anspruchsgrundlagen und unionsrechtlich determinierten Haftungsprivilegierungen erforderlich ist.⁵ Eine einheitliche EU-weite Anwendung des durch die E-Commerce-Richtlinie etablierten Systems der Haftungsprivilegierungen für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft würde ansonsten unmöglich gemacht.
14. Wie bereits erläutert, dienen die unionsrechtlichen Haftungsprivilegierungen nicht dazu, nationale Anspruchsgrundlagen zu schaffen oder auszuschließen. Die Privilegierung nach § 8 TMG stellt vielmehr einen unionsrechtlich harmonisierten Filter dar, der nicht darüber entscheidet, ob in einem Mitgliedstaat Anspruchsgrundlagen, wie z.B. die vieldiskutierte Störerhaftung in Deutschland, vorgesehen sind oder nicht. Die Haftungsprivilegierungen und ihre unionsrechtlich determinierte Auslegung gewinnen dagegen zentrale Bedeutung für die Frage, ob ein nationaler Anspruch wie die Störerhaftung den unionsrechtlich einheitlichen Filter durchdringen kann. Soweit keine anderen unionsrechtlichen Vorgaben bestehen, können die Mitgliedstaaten ihre Anspruchsgrundlagen aufgrund nationaler Traditionen definieren. Eine andere Frage ist dann, ob der Filter der Haftungsprivilegierung durchdrungen werden kann. Dies ist eine Frage des Unionsrechts.

⁵ EuGH, Urt. v.12.07.11, Rs. C-324/09 – *L'Oréal/eBay*, EU:C:2011:474 Rn. 107f.

4. Die „McFadden“-Entscheidung des EuGH

15. Innerhalb des vorstehend beschriebenen Systems nahm der EuGH in der Rechtssache C 484/14 - *McFadden* vom 15. September 2016 insbesondere zur Reichweite der Haftungsprivilegierung von Access-Providern aus Art. 12 der E-Commerce-Richtlinie Stellung. Dem Verfahren lag ein Rechtsstreit zwischen einem WLAN-Betreiber und einem Rechtsinhaber vor dem Landgericht München I zugrunde. Im Kern ging es dort um die Haftung eines WLAN-Betreibers für die Urheberrechtsverletzungen eines Dritten, die dieser über das WLAN des Betreibers vornahm.

a) **Ausschluss von Schadensersatzansprüchen gegen Access-Provider**

16. Der EuGH machte zunächst deutlich, dass im Lichte des Art. 12 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie ein Access-Provider nicht auf Schadensersatz haften kann, wenn Dritte das Kommunikationsnetz zur Verletzung eines Rechts genutzt haben und die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung nach Art. 12 Abs. 1 a) bis c) der E-Commerce-Richtlinie vorliegen. Dementsprechend sind wegen des Nicht-Bestehens eines Hauptanspruches auch die Nebenansprüche des Urheberrechtinhabers auf Abmahnkosten oder Gerichtskosten ausgeschlossen.

b) **Kein zwingender Ausschluss von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen**

17. Weiter entschied der EuGH, dass es Art. 12 der E-Commerce-Richtlinie nicht zuwider läuft, dass der geschädigte Urheberrechtinhaber bei einem nationalen Gericht oder einer nationalen Behörde beantragt, dem Access-Provider zu untersagen, die Fortsetzung einer Rechtsverletzung zu ermöglichen. Art. 12 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie sieht diese Möglichkeit vor. Hieraus ergibt sich, dass die E-Commerce-Richtlinie zwar keine Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gegen Access-Provider vorschreibt. Die Bestimmung verbietet solche Ansprüche, die im nationalem Recht vorgesehen sind, aber auch nicht grundsätzlich. Hier seien dann dem EuGH nach auch Nebenansprüche auf Erstattung von Abmahn- und Gerichtskosten denkbar.

II. **TMGÄndG-E steht im Konflikt mit der Systematik des Unionsrechts**

18. Genügten die Änderungen des Zweiten TMGÄndG den unionsrechtlichen Anforderungen, insbesondere indem frühere Überlegungen einer Vernetzung der Haftungsprivilegierung mit der Störerhaftung als der in Deutschland zentralen

zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage gegen Diensteanbieter aufgegeben wurden, steht der TMGÄndG-E im Konflikt mit der Systematik des Unionsrechts.

19. Die Konfliktsituation ergibt sich zunächst aus dem Umstand, dass die einschlägigen Bestimmungen respektive der von den Änderungen betroffene Abschnitt des TMG systematisch ausschließlich zur Umsetzung der Haftungsprivilegierung aus der E-Commerce Richtlinie bestimmt sind, nunmehr aber durch eine Anspruchsgrundlage (§ 7 Abs. 4 TMGÄndG-E) ergänzt werden. Außerdem wird die Reichweite der Haftungsprivilegierung durch § 8 Abs. 1 Satz 1 TMGÄndG-E sowie § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E verändert. Mit § 8 Abs. 1 Satz 1 TMGÄndG-E sollen innerhalb der Haftungsprivilegierung für Access-Provider Schadenersatz-, Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüche wegen einer Rechtsverletzung Dritter ausdrücklich ausgeschlossen werden. Gleiches soll auch hinsichtlich aller Kosten zur Durchsetzung dieser Ansprüche gelten. In § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E werden Maßnahmen aufgezählt, die nicht durch eine Behörde angeordnet werden dürfen. Die E-Commerce-Richtlinie verpflichtet einen Mitgliedstaat aber weder, Ansprüche auf Unterlassung oder Beseitigung vorzusehen, noch schreibt andererseits die E-Commerce-Richtlinie den generellen Ausschluss dieser Ansprüche oder die Begrenzung der anzuordnenden Maßnahmen vor. Hier sind vielmehr die nationalen Anspruchsgrundlagen, welche im Ermessen des Mitgliedsstaates stehen, relevant.
20. Bei den Bestimmungen des § 8 Abs. 1 Satz 1 TMGÄndG-E und § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E handelt es sich also nicht um Präzisierungen der Haftungsprivilegierung, wie sie sich aus der E-Commerce-Richtlinie ergeben, sondern um die Beschränkung von Rechtsfolgen, die das nationale Recht betreffen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *McFadden*. Hier hat der Gerichtshof allein über die Frage der Durchlässigkeit des Haftungsfilters geurteilt. Er hat nicht festgestellt, dass die Haftungsprivilegierung zum Beispiel eine Registrierungspflicht oder die Eingabe eines Passwortes indiziert.
21. Vor diesem Hintergrund sind die Ergänzungen des Abschnitts zu den Haftungsprivilegierungen mit § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 1 Satz 1 sowie § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E missverständlich und systematisch irreführend. Es wird der unzutreffende Eindruck erweckt, mit den genannten Änderungen seien die vollharmonisierten Haftungsprivilegierungen, die sich aus der E-Commerce-Richtlinie ergeben, konkretisiert⁶ oder gar verändert worden. Dies ist aus der oben beschriebenen Aufteilung der Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten für nationale Anspruchsgrundlagen auf der einen Seite sowie der Vollharmonisierung und der autoritativen Auslegung der Haftungsprivilegierungen aus der E-Commerce-Richtlinie durch den EuGH auf der anderen Seite ausgeschlossen. Systematisch wäre es daher angezeigt gewesen, nicht

⁶ Siehe S. 6 und S. 8 der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/12202).

nur den ausdrücklich als Anspruchsgrundlage bezeichneten § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E, sondern auch die Bestimmungen, die mit § 8 Abs. 1 Satz 1 TMGÄndG-E sowie § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E eingeführt werden sollen, gesondert zu regeln. Dies könnte zum Beispiel in einem eigenen Abschnitt des TMG erfolgen, der Ansprüche und Beschränkungen der Rechtsfolgen (nationaler) Ansprüche beinhaltet.

D. Die rechtliche Bewertung des Gesetzentwurfs im Einzelnen

22. Neben den vorstehend angeführten systematischen Konfliktfeldern zum Unionsrecht möchte ich zu den Bestimmungen des dritten TMGÄndG-E im Einzelnen Folgendes anmerken.

I. Zu § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E

23. Zunächst ist zu begrüßen, dass mit § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E klargestellt wird, dass Verpflichtungen zur Entfernung von Informationen oder zur Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen nur **„aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen“** erfolgen können. Damit soll die Frage entschieden werden, ob eine Maßnahme, für die der Filter der Haftungsprivilegierungen durchlässig ist, konstitutiv gerichtlich oder behördlich angeordnet sein muss.
24. In Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr heißt es insofern wörtlich:

„Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern.“

25. In den unionsrechtlichen Vorgaben zum Schutz der Urheber und sonstigen Rechteinhaber, namentlich Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG (Urheberrechtsrichtlinie) sowie Art. 11 S. 3 der Richtlinie 2004/48/EG (Durchsetzungsrichtlinie), ist ebenfalls geregelt, dass Rechteinhaber die Möglichkeit haben müssen, „gerichtliche Anordnungen“ gegen Vermittler zu beantragen. Zu diesen Vermittlern zählen nach der Rechtsprechung des EuGH auch Access-Provider.⁷ WLAN-Betreiber wurden mit dem Zweiten TMGÄndG in § 8 Abs. 3 TMG ausdrücklich klassischen Access-Providern gleichgestellt. Die Frage, ob eine gerichtliche Anordnung konstitutiv für einen Anspruch sein soll, war bisher nicht abschließend geklärt und wurde auch vom EuGH bisher nicht

⁷ EuGH, Urteil v. 27.3.2014, Rs. C-314/12 - *UPC Telekabel*.

verbindlich entschieden. In Deutschland ist ein Fall der konstitutiven gerichtlichen Anordnung gesetzlich zum Beispiel in § 101 Abs. 9 S. 1 UrhG für Auskunftsansprüche gegen Access-Provider vorgesehen.

26. In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob ein unter engen Bedingungen denkbarer Anspruch gegen WLAN-Betreiber bereits konstitutiv voraussetzt, dass er „*gerichtlich angeordnet*“ wird oder der Anspruch (lediglich) gerichtlich durchsetzbar ist. Schon die Gesetzesbegründung zum Zweiten TMGÄndG deutet unter Verweis auf den Generalanwalt in der Rechtssache *McFadden* an, dass ein Durchdringen des Haftungsfilters für Access-Provider nur auf der Basis einer gesetzlich geregelten „gerichtlichen Anordnung“ möglich sein soll. Gleichzeitig sei voranzusetzen, dass eine gerichtliche Anordnung wirksam und verhältnismäßig ist. Sie müsse darauf gerichtet sein, eine bestimmte Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern und dürfe keine allgemeinen Überwachungsverpflichtungen implizieren. Zudem müsse sie ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den Grundrechten wahren.
27. Mit § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E soll dieser Ansatz, der in einem grundrechtssensiblen Bereich eine Abwägungsentscheidung durch staatliche Einrichtungen sicherstellen soll, für den gesamten Bereich der Haftungsprivilegierungen im Gesetz ausdrücklich geregelt werden. Dies ist zu begrüßen. Allerdings wird der Grundsatz gerade in dem zentralen Anwendungsfall, der durch § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E geschaffen wird, nicht durchgesetzt.
28. Anders als bei dem Auskunftsanspruch gem. § 101 Abs. 9 UrhG lassen sowohl die Formulierung des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E als auch die Gesetzesbegründung erkennen, dass hinsichtlich der neu geschaffenen Anspruchsgrundlage gerade die „gerichtliche Anordnung“ keine konstitutive Voraussetzung sein soll. Nicht nur, dass der Wortlaut des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E dieses Element nicht aufnimmt, vielmehr macht der Text der Gesetzesbegründung deutlich, dass der Anspruch bereits ohne Richtervorbehalt besteht, da dem WLAN-Betreiber die Gerichtskosten auferlegt werden können.⁸ In der Begründung wird dazu ausdrücklich ausgeführt, dass das Kostenrisiko des WLAN-Betreibers sich nicht realisiere, wenn er rechtzeitig, d.h. vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung, dem Anspruch eines Rechteinhabers entspreche. Dies zeigt, dass § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E im Widerspruch zu § 7 Abs. 3 TMGÄndG-E steht.
29. Bei diesem Widerspruch handelt es sich nicht um eine zu vernachlässigende Inkonsistenz, sondern um eine erhebliche Schwäche des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E, mit dem die Möglichkeit geschaffen werden soll, Netzsperrungen gegen WLAN-Betreiber anzuordnen.

⁸ Siehe S. 13 der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/12202).

II. Zu § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E

30. Nach dem gescheiterten Versuch mit dem Zugangerschwerungsgesetz⁹ eine Rechtsgrundlage für Netzsperrern¹⁰ gesetzlich zu regeln, stellt § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E einen neuen Anlauf dar, die Thematik in einem engeren Kontext gesetzlich zu regeln. Im Referentenentwurf des TMGÄndG-E war noch eine generelle Anspruchsgrundlage für Netzsperrern vorgesehen. Der Regierungsentwurf fasst den Anwendungsbereich enger: Der Anspruch kann nur gegen WLAN-Betreiber gem. § 8 Abs. 3 TMG geltend gemacht werden. Wörtlich heißt es dazu in der Begründung:¹¹

„Mit dem neu eingefügten § 7 Abs. 4 TMG wird daher ein Verfahren geschaffen, mit dem abseits der viel kritisierten Störerhaftung – die Verpflichtung aus Art. 8 Abs. 3 RL 2001/29/EG sowie Art. 11 Abs. 3 RL 2004/48/EG umgesetzt wird. Danach sollen Rechtsinhaber eine Anordnung gegen Mittelsperson beantragen können, deren Dienste von einem Dritten in Anspruch genommen werden, um geistige Eigentumsrechte zu verletzen.“

31. Interessant ist sodann die weitere Anmerkung, dass der Anspruch auf ein aktives Tun gerichtet sei und sich dadurch klar von dem auf Unterlassung gerichteten Anspruch aus der Störerhaftung unterscheide. Die Störerhaftung sei mit dem neuen § 8 Abs. 2 insbesondere für WLAN-Betreiber ausdrücklich ausgeschlossen worden.
32. Betrachtet man die Formulierung des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E genauer, ist jedoch festzustellen, dass die Anspruchsvoraussetzung eng an die Rechtsprechung des BGH zur Störerhaftung von Access-Providern angelehnt sind.¹² Die nach § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E als Rechtsfolge vorgesehene „Sperrung der Nutzung von Informationen“, um „die Wiederholung der Rechtsverletzung zu verhindern“, ist strukturell der auf Unterlassung gerichteten Störerhaftung nachgebildet. Ein Unterlassungsanspruch aus der richterrechtlich entwickelten Störerhaftung setzt nämlich voraus, dass ein Diensteanbieter zumutbare Handlungs- und Prüfungspflichten verletzt. Die Verletzung von Handlungs- und Prüfungspflichten nach der Störerhaftung würde in der durch § 7 Abs. 4 TMG TMGÄndG-E erfassten Konstellation ebenfalls in die Sperrung der Nutzung von Informationen münden.

⁹ Frey/Rudolph.: *Zugangerschwerungsgesetz: Schnellschuss mit Risiken und Nebenwirkungen*, CR 2009, S. 644 ff.

¹⁰ Zu dieser Problematik siehe etwa Frey/Nohr: *Störerhaftung: Macht der BGH den Access-Provider zum Gatekeeper des Rechts?*, GRUR-Prax 2016, 164 ff.; Frey/Rudolph/Oster: *Internetsperrern und der Schutz der Kommunikation im Internet*, MMR-Beilage 3/2012.

¹¹ Siehe S. 8 der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/12202).

¹² Vgl. dazu Frey/Nohr aaO., S. 164.

33. Bei genauem Hinsehen stellt die in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E vorgesehene Anspruchsgrundlage also lediglich eine Kodifizierung der Störerhaftung für den Bereich von WLAN-Betreibern dar. Die daraus abgeleiteten Unterlassungsansprüche sollen aber gerade durch § 8 Abs. 1 Satz 1 TMGÄndG-E ausdrücklich ausgeschlossen werden. Der Widerspruch kann nur aufgelöst werden, indem der zutage tretende Charakter des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E als Form der Kodifizierung der Störerhaftung ignoriert wird. Die Norm darf nicht als Unterlassungsanspruch, sondern als *aliud*-Regelung aufgefasst werden, welche dazu bestimmt ist, entgegen der Bestimmung des § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E den Haftungsfiter für WLAN-Betreiber zu durchdringen. Logische Folge einer solchen Betrachtung ist, dass die Störerhaftung für alle anderen Kategorien von Access-Providern keine geeignete Grundlage darstellt, den Haftungsfiter des neu eingeführten § 8 Abs. 1 Satz 1 TMGÄndG-E zu durchdringen. Dies gilt sowohl für zivilrechtliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche als auch für öffentlich-rechtlich begründete Ansprüche. Dies ist zu begrüßen, da Netzsperrern ohnehin aufgrund ihrer verfassungs- und unionsrechtlichen Problematik vermieden werden sollten.¹³
34. Eine zentrale Schwäche des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E stellt – wie bereits unter den Randnummern 26ff. dieser Stellungnahme angeführt – die fehlende Voraussetzung einer konstitutiven richterlichen Anordnung dar. Die Grundrechtsabwägung zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums der Rechtsinhaber sowie der Berufsfreiheit bzw. der unternehmerischen Freiheit der Dienste-Anbieter sowie der Informationsfreiheit der Nutzer sollte meines Erachtens ein Gericht leisten. Andernfalls besteht die erhebliche Gefahr, dass gerade kleinere WLAN-Betreiber wie Cafés, aber auch Kommunen, im Sinne einer Konfliktprävention dem Sperrungsverlangen von Rechteinhabern ohne nähere Prüfung und gerichtliche Klärung nachkommen.
35. Auch der EuGH hat in seinem Urteil vom 27. März 2014 in der Rechtssache C-314/12 *UPC Telekabel* festgehalten, dass Netzsperrern gegen Access-Provider im Spannungsfeld zwischen dem erwähnten Grundrecht der Rechteinhaber und denjenigen der Dienste-Anbieter und Nutzer nur dann zulässig sind, wenn Maßnahmen streng „zielorientiert“ sind, das heißt, das Abstellen von Rechtsverletzungen muss ohne die Beeinträchtigung einer rechtmäßigen Nutzung möglich sein. Darüber hinaus dürfen keine allgemeinen Überwachungspflichten im Sinne von Art. 15 der E-Commerce-Richtlinie angeordnet werden. Auch muss durch nationale Verfahrensvorschriften abgesichert werden, dass alle Beteiligten gerichtlichen Rechtsschutz erlangen können. Schließlich muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein. Eine Verfahrensvorschrift, die allen Beteiligten, also auch den Nutzern, eine Absicherung durch gerichtlichen Rechtsschutz gewährt, sieht der Gesetzentwurf nicht vor. Auch die

¹³ Frey/Rudolph C&R 2009, S. 644; Frey/Nohr GRUR-Prax 2016, S. 164.

geforderte strenge Zielrichtung ist zweifelhaft, da in dem Gesetzentwurf lediglich die „Sperrung der Nutzung von Informationen“ adressiert ist. Die Begründung führt insofern lediglich Beispielsfälle auf, wie die Sperrung realisiert werden könnte.¹⁴

36. Die Entscheidung über eine „Sperrung der Nutzung von Informationen“ dürfte ohne konstitutiven Richtervorbehalt für viele WLAN-Betreiber sowohl in rechtlicher Hinsicht als auch bzgl. der technischen Umsetzung schwierig sein. Daher sollte klargestellt sein, dass eine richterliche Grundrechtsabwägung erforderlich ist und in welcher Form die Sperrung der Nutzung von Informationen tatsächlich und technisch umzusetzen ist. Ansonsten entsteht für WLAN-Betreiber erhebliche Rechtsunsicherheit.

III. Zu § 8 Abs. 1 S. 1 TMGÄndG-E

37. Wie bereits angeführt, sollen mit § 8 Abs. 1 Satz 1 TMGÄndG-E insbesondere Ansprüche auf Schadenersatz, Beseitigung oder Unterlassung ausgeschlossen werden, unterstellt, die Voraussetzungen der Privilegierung nach § 8 Abs. 1 TMG TMGÄndG-E liegen vor. Hinsichtlich des Widerspruchs zu der angedachten Anspruchsgrundlage in § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E verweisen wir auf die Ausführungen unter den Randnummern 32ff. dieser Stellungnahme.
38. Wie bereits unter Randnummer 21 dieser Stellungnahme ausgeführt, sei in systematischer Hinsicht ebenfalls nochmals erwähnt, dass sich ein gänzlicher Ausschluss von Ansprüchen auf Beseitigung und Unterlassung nicht aus der E-Commerce-Richtlinie ergibt. Es handelt sich also insofern nicht um eine Konkretisierung der Haftungsprivilegierung, sondern um eine Beschränkung nationaler Anspruchsgrundlagen. Systematisch sauberer wäre es insofern gewesen, Regelungen in einem Abschnitt außerhalb der zur Umsetzung der Haftungsprivilegierung erlassenen Bestimmungen der §§ 7 ff TMG vorzusehen.

IV. Zu § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E

39. Das vorstehend zu § 8 Abs. 1 Satz 1 TMGÄndG-E Gesagte gilt gleichermaßen für die angedachte Regelung in § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E. Der Ausschluss bestimmter Rechtsfolgen, wie z.B. das Erfordernis der Registrierung eines Nutzers oder der Eingabe eines Passworts, können Rechtsfolgen nationaler Anspruchsgrundlagen darstellen. Sie können aber nicht ohne Verstoß gegen unionsrechtliche Vorgaben die vollharmonisierten Haftungsprivilegierungen für Access-Provider konkretisieren. Auch diese für die Verbreitung von offenem WLAN begrüßenswerte Bestimmung sollte daher

¹⁴ Siehe S. 11 der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/12202).

besser in einem Abschnitt zu Anspruchsgrundlagen und ihren rechtsfolgenseitigen Beschränkungen außerhalb des Abschnittes zur Umsetzung der Haftungsprivilegierungen geregelt werden.

40. Unabhängig von dem im vorstehenden Absatz angeführten Aspekt enthält der Regelungsentwurf die zentrale Schwäche, dass er nur behördliche Verpflichtungen begrenzen soll. Aufgrund des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E könnte sich ein WLAN-Betreiber zum einen unter dem Eindruck drohender gerichtlicher Inanspruchnahme durch einen Rechtsinhaber veranlasst sehen, bereits außergerichtlich die im Sinne einer Verbreitung offener WLAN eigentlich unerwünschten Maßnahmen „freiwillig“ umzusetzen. Im Übrigen schließt die Bestimmung – dies ist zentral – gerichtliche Anordnungen für die genannten Maßnahmen nicht aus. Das bedeutet, dass Gerichte jederzeit anordnen können, dass WLAN-Dienste nur nach Eingabe eines Passwortes zugänglich sind oder nur aufgrund einer vorherigen Registrierung, also nach einer Deanonymisierung des Nutzers, verwendet werden dürfen. Sollte dies ein Gericht, z.B. auf der Grundlage des § 7 Abs. 4 TMGÄndG-E, gegenüber einem Dienste-Anbieter anordnen, wäre der Druck auf andere WLAN-Betreiber erheblich, ähnliche Maßnahmen zu ergreifen, um einer Inanspruchnahme durch Rechtsinhaber vorzubeugen, die auf die Notwendigkeit einer flächendeckenden Registrierung von Nutzern oder die Verwendung von Passwörtern durch Nutzer abzielen. Das Ziel, für die Verbreitung offener WLAN durch die Schaffung von Rechtssicherheit zu sorgen, wäre damit verfehlt. Insofern ist zu empfehlen, die Begrenzung der Rechtsfolgen nach § 8 Abs. 4 TMGÄndG-E auch für Anordnungen durch Gerichte vorzusehen.

Prof. Dr. Dieter Frey, LL.M.
(Rechtsanwalt)