



Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und  
Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen, 40190 Düsseldorf

Bundesministerium für Wirtschaft  
und Energie  
Scharnhorststraße 34 - 37  
11019 Berlin

Per Email: [TMG@BMWi.Bund.de](mailto:TMG@BMWi.Bund.de)

01. April 2015

Seite 1 von 8

Aktenzeichen  
(bei Antwort bitte angeben)  
IIIB5

Walter Flaig  
Telefon 0211 61772346  
Fax 0211 9346  
[walter.flraig@mweimh.nrw.de](mailto:walter.flraig@mweimh.nrw.de)

## Referentenentwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (2.TMGÄndG)

Beteiligung von Ländern, kommunalen Spitzenverbänden, Fachkreisen  
und Verbänden (§ 47 Absatz 1 der Gemeinsamen Geschäftsordnung  
der Bundesministerien - GGO)

Sehr geehrte Damen und Herren,

anbei übersende ich Ihnen in der Anlage die Stellungnahme des  
Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und  
Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen zum Referentenentwurf  
eines 2. Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

gez. Walter Flaig

gez. Konrad Lischka

Dienstsitz:  
Berger Allee 25  
40213 Düsseldorf

Telefon 0211 61772-0  
Telefax 0211 61772-777  
[poststelle@mweimh.nrw.de](mailto:poststelle@mweimh.nrw.de)  
[www.mweimh.nrw.de](http://www.mweimh.nrw.de)

Öffentliche Verkehrsmittel:  
Straßenbahnlinien 704, 709,  
719 bis Haltestelle  
Poststraße

**Stellungnahme des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen und der Ministerin für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien zum Referentenentwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (2.TMGÄndG)**

**Vorbemerkung:**

Die im vorgelegten Referentenentwurf ausgeführte Überarbeitung des TMG würde die Rahmenbedingungen für freies WLAN in NRW verschlechtern. NRW-Kommunen wie Hückeswagen und Arnsberg kooperieren erfolgreich mit Freifunk-Initiativen, um Innenstädte mit freiem WLAN zu versorgen. Im Verbund des Freifunk Rheinland e.V. sind mehr als 3500 Zugangspunkte in NRW registriert – das ist ein wichtiger Beitrag für das Ziel, das Angebot kostenloser WLAN-Hotspots zu vergrößern. Die vorgelegte Überarbeitung von § 8 TMG würde das rechtlichen Umfeld für Freifunk und freies WLAN so sehr verschlechtern, dass kaum vorstellbar ist, dass solche Zugänge in Zukunft überhaupt noch bereitgestellt werden können. Die Befreiung vom Haftungsprivileg wird an Sicherungsmaßnahmen geknüpft, die auf ein geschlossenes WLAN hinauslaufen. Das ist aber ein Widerspruch zum Freifunk-Prinzip, öffentliche Zugänge zu schaffen. Die Kernidee bei Freifunk und anderen Initiativen für offene WLANs ist die: Privatleute und nicht-kommerzielle Initiativen teilen ihren Netzzugang per WLAN mit der breiten Öffentlichkeit.

Der Gesetzentwurf schafft neue Unsicherheiten auch für Einzelhändler, Cafés und andere potentielle Hotspot-Betreiber. Statt ihnen klar das Providerprivileg einzuräumen, das die E-Commerce-Richtlinie für alle vorsieht, knüpft das Gesetz eine Privilegierung an Bedingungen. Statt diese klar zu definieren, stehen im Gesetz interpretationsbedürftige Begriffe wie „insbesondere“ und „unberechtigten Zugriff auf das drahtlose lokale Funknetz durch außenstehende Dritte“. Wer ist „außenstehender Dritter“ bei einem WLAN für die Innenstadt, das eine Händlergemeinschaft betreibt?

Um die Erfolge bei der Verbreitung von WLAN-Hotspots in NRW etwa von Freifunk-Vereinen, dem lokalen Einzelhandel und Bürgerinitiativen

nicht zu gefährden und einen weiteren Ausbau zu ermöglichen, sollte das Gesetz:

- Privatleute nicht schlechter stellen als andere Diensteanbieter.
- klarstellen, dass Hotspots von Bürger-Initiativen wie Freifunk als geschäftsmäßige Anbieter gelten.
- eindeutig regeln, wann Haftungsprivileg gilt (etwa Formulierung „insbesondere der Fall“ streichen).
- § 8 TMG (4) 1 nicht enthalten. Alternativ sollte klargestellt werden, wie eine solche angemessene Sicherungsmaßnahme bei Hotspots in Fußgängerzonen, Ladengeschäften, Wohnungen und an anderen Orten aussieht, die sich an die Öffentlichkeit richten. Hier muss eine Formulierung gewählt werden, die den weiteren Betrieb von Freifunk-Hotspots und anderen Bürgerinitiativen als offene, selbstverwaltete und dem Gemeinwohl dienende Infrastruktur ermöglicht.

#### **Zum Referentenentwurf wird wie folgt Stellung genommen:**

Nach derzeitiger Rechtslage haften Internet Service Provider nach §§ 7 ff. TMG und in Umsetzung der E-Commerce-RL 2000/31/EG für Rechtsverletzungen ihrer Nutzer nicht; auch können ihnen keine proaktiven Überwachungspflichten auferlegt werden. Die §§ 7 ff. TMG schließen - unter den jeweiligen Voraussetzungen - eine Verantwortlichkeit der Internet Service Provider für die rechtswidrigen Handlungen ihrer Nutzer aus. Für den Access Provider greift hierbei die Privilegierung in § 8 TMG, nach dem eine Verantwortlichkeit ausgeschlossen ist, sofern er - verkürzt - bis auf seine neutrale Vermittlerposition durch den Transport von Daten des Nutzers an der Rechtsverletzung des Nutzers nicht mitgewirkt hat (Mantz/Sassenberg, NJW 2014, S. 3537 ff.).

Nach seinem Wortlaut findet die Privilegierung des § 8 TMG Anwendung auf Diensteanbieter, die Zugang zur Nutzung von Informationen vermitteln, also Access Provider. Die Frage, inwieweit ein privater oder gewerblicher Anbieter von WLAN-Internetzugängen für Rechtsverletzungen seiner Nutzer haften muss, ist gesetzlich bislang nicht eindeutig geregelt; auch die - nur Teilaspekte erfassende -

höchstrichterliche Rechtsprechung hat eine verlässliche Klärung dieser Fragestellung bisher nicht herbeigeführt.

Die Vorschriften zur Haftungsfreistellung des Telemediengesetzes (TMG) erfassen zudem nicht die verschuldensunabhängige Inanspruchnahme auf Beseitigung oder Unterlassung von Rechtsverletzungen, also auch Ansprüche aus Störerhaftung gegen einen WLAN-Betreiber, die nach allgemeinen Vorschriften erfolgt (BGH, NJW 2004, S. 2158 - Schöner Wetten; NJW 2004, S. 3102 - Internet Versteigerung I; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, MMR 2009, S. 405 - Alphaload (Usenet II)). Als Störer kann dabei, ab dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der konkreten Rechtsverletzung, grundsätzlich derjenige in Anspruch genommen werden, der adäquat-kausal an einer Rechtsverletzung mitwirkt und hierbei seine so genannten Prüfungs- und Überwachungspflichten verletzt hat (BGH, NJW 2010, S. 2061 ff. - Sommer unseres Lebens). Ein Verschulden ist hierfür nicht erforderlich (Mantz/Sassenberg, a.a.O., m.w.N.).

Die konkreten Prüfungs- und Überwachungspflichten sind bisher nicht gesetzlich geregelt, sondern werden maßgeblich von der Rechtsprechung in Einzelfallentscheidungen herausgebildet. Ein anschauliches Beispiel für eine auf Grund von Prüfungs- und Überwachungspflichten zu ergreifende Maßnahme kann die Pflicht von Eltern sein, ihre minderjährigen Kinder vor der Erlaubnis der Nutzung des familiären Internetzugangs darauf hinzuweisen, dass der Internetanschluss nicht für rechtswidrige Handlungen genutzt werden soll (BGH, NJW 2013, S. 1441 - Morpheus; Mantz/Sassenberg, a.a.O., m.w.N.).

Welche Prüfungs- und Überwachungspflichten jeweils verlangt werden können, ist eine Frage des Einzelfalls. Dafür haben sich in der Rechtsprechung in unzähligen Entscheidungen bestimmte Kriterien herausgebildet. Zu unterscheiden ist zwischen denjenigen Kriterien, die den Anbieter und das Angebot auf der einen Seite und die zur Verhinderung von Rechtsverletzungen möglicherweise zu ergreifenden Maßnahmen auf der anderen Seite betreffen. Stark verkürzt lässt sich festhalten, dass jedenfalls bei rechtmäßigen Geschäftsmodellen zu entscheiden ist, welche Maßnahmen dem Betroffenen möglich und zumutbar sind. Dabei ist im Rahmen der Zumutbarkeit für jede konkrete Maßnahme eine Abwägung der Interessen des Geschädigten, des

vermittelnden Anbieters und der Allgemeinheit durchzuführen (BGH, NJW 2004, S. 2158 - Schöner Wetten; NJW 2004, S. 3102 - Internet-Versteigerung I; NJW 2008, S. 758 - Jugendgefährdende Medien bei Ebay; NJW 2013, S. 784 - Alone in the Dark). Hierbei ist bei dem Angebot rechtmäßiger und von der Rechtsordnung gebilligter Geschäftsmodelle – dazu gehört das Angebot des Zugangs zum Internet und auch WLAN – die Grenze der Zumutbarkeit überschritten, wenn das Geschäftsmodell erheblich beeinträchtigt wird (Mantz/Sassenberg, a.a.O., m.w.N.).

Angesichts zahlreicher richterrechtlicher Einzelfallentscheidungen besteht derzeit eine erhebliche Rechtsunsicherheit, welche Pflichten dem Störer jeweils zuzumuten sind. Folge hiervon ist, dass potenzielle Anbieter von Internetzugängen über WLAN wegen des Haftungsrisikos vielfach davon absehen, ihren Kunden einen solchen zur Verfügung stellen.

Vor diesem Hintergrund ist das Ziel des Referentenentwurfs „die Haftung der Anbieter von WLAN-Internetzugängen für Rechtsverletzungen ihrer Nutzer im Telemediengesetz zu präzisieren“ (vgl. S. 1 Lit. B RefE) und die „Verbreitung von WLAN-Internetzugängen im öffentlichen Raum zu stärken“ (vgl. S. 6 f. RefE) auch aus justizieller Sicht ohne weiteres zu unterstützen.

Soweit hierfür zunächst durch § 8 Abs. 3 TMG-E klargestellt werden soll, dass die Betreiber von WLAN-Netzen sich auf das Haftungsprivileg des § 8 TMG berufen können, um diesbezügliche Unsicherheiten zu vermeiden, ist dies aus Gründen der Rechtsklarheit zu begrüßen.

Darüber hinaus wird in § 8 Abs. 4 TMG-E normiert, dass für Anbieter von WLAN, die diesen geschäftsmäßig oder als öffentliche Einrichtung zur Verfügung stellen auch eine Haftung als Störer nicht in Betracht kommt, wenn diese bestimmte, im Gesetz beispielhaft aufgeführte „zumutbare Maßnahmen ergriffen haben, um eine Rechtsverletzung durch Nutzer zu verhindern“. Als „zumutbare Maßnahmen“ werden in § 8 Abs. 4 Nr. 1 und 2 TMG-E beispielhaft die folgenden aufgeführt:

„Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Diensteanbieter

1. angemessene Sicherungsmaßnahmen durch anerkannte Verschlüsselungsverfahren oder vergleichbare Maßnahmen gegen den unberechtigten Zugriff auf das drahtlose lokale Funknetz durch außenstehende Dritte ergriffen hat und
2. Zugang zum Internet nur dem Nutzer gewährt, der erklärt hat, im Rahmen der Nutzung keine Rechtsverletzungen zu begehen.“

---

Ergänzend bestimmt § 8 Abs. 5 TMG-E für sonstige Anbieter von WLAN, also private Anbieter, dass eine Haftung als Störer nur dann nicht in Betracht kommt, wenn sie zumutbare Maßnahmen im Sinne des Absatzes 4 ergriffen haben und die Namen der Nutzer kennen, denen sie den Zugang gewährt haben.

---

Die vorgenannten Regelungen in § 8 Abs. 4 und 5 TMG-E sind nach hiesiger Bewertung nicht geeignet, die mit dem Referentenentwurf verfolgten Ziele - die Verbreitung von WLAN in öffentlichen Raum zu stärken und diesbezügliche Rechtssicherheit zu schaffen - zu verwirklichen:

- Es werden unbestimmte Rechtsbegriffe, wie „zumutbare Maßnahmen“ und „angemessene Sicherungsmaßnahmen“, verwendet, welche nicht die angestrebte Rechtsklarheit schaffen, sondern weiterhin der Auslegung durch die Gerichte bedürfen. Dies führt im Ergebnis zu keiner Verbesserung im Vergleich zu der jetzigen Rechtslage, nach welcher zwar die Kriterien der Störerhaftung durch eine Vielzahl von Entscheidungen herausgebildet worden sind, letztendlich jedoch - auch bedingt durch die Vielzahl der unterschiedlichen Fallkonstellationen - keine „klaren Vorgaben“ für WLAN-Anbieter ersichtlich sind, an denen sie sich orientieren können, um die Störerhaftung wirksam auszuschließen.
- Insbesondere die Regelung des § 8 Abs. 5 TMG-E ist abzulehnen, da hierdurch für private Anbieter von WLAN noch höhere Anforderungen geschaffen werden, um die Störerhaftung auszuschließen. Dass von privaten Anbietern verlangt wird, dass sie neben den vorgenannten Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 TMG-E auch noch die Namen der Nutzer kennen, führt faktisch dazu, dass Freifunkinitiativen Privater,

welche ja gerade durch die neuen Regelungen gefördert werden sollen, de facto ausgeschlossen werden.

- Das Ziel, die Verbreitung von WLAN im öffentlichen Raum zu stärken, kann nicht erreicht werden, wenn lediglich versucht wird, die jetzige durch Einzelfallrechtsprechung geschaffene Rechtslage in Gesetzesform zu gießen. Es sind vielmehr Regelungen erforderlich, die sich klar hiervon abgrenzen und klarstellen, dass die Grundsätze der Störerhaftung von WLAN-Anbietern künftig in Deutschland - wie auch derzeit bereits in zahlreichen anderen europäischen Ländern - nicht mehr gelten sollen. Hierfür würde es sich nach hiesigem Verständnis anbieten, die Privilegierung des § 8 TMG auch auf Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung zu erstrecken. In diese Richtung weist auch die nachfolgende Frage Nr. 4 des Vorabentscheidungsersuchens des LG München I an den EUGH zur Auslegung des Art. 12 Abs. 1, 1. Hs. der E-Commerce-RL 2000/31/EG, welcher durch § 8 TMG in deutsches Recht umgesetzt wurde:

„Ist Art. 12 Abs. 1 Halbs. 1 der Richtlinie 2000/31 EG so auszulegen, dass mit „nicht für die übermittelten Informationen verantwortlich“ bedeutet, dass etwaige Ansprüche auf Unterlassung, Schadensersatz, Zahlung der Abmahnkosten und Gerichtsgebühren des aufgrund einer Urheberrechtsverletzung Betroffenen gegen den Zugangs-Provider grundsätzlich oder jedenfalls in Bezug auf eine erste festgestellte Urheberrechtsverletzung ausgeschlossen sind?“ (LG München I, GRUR Int. 2014, S. 1166 - Bring mich nach Hause)).

Schlussendlich soll dem Referentenentwurf zufolge ein neuer § 10 Abs. 2 TMG-E angefügt werden. Nach der jetzigen Regelung des § 10 Abs. 1 TMG sind Diensteanbieter für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern nicht verantwortlich, sofern sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben. Im Falle von Schadenersatzansprüchen gilt dies nur dann, wenn ihnen keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird. Gemäß § 10 Abs. 2 TMG-E wird nun die Kenntnis von Tatsachen oder Umständen nach

Absatz 1, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, vermutet, wenn es sich bei dem angebotenen Dienst um einen „besonders gefahrgeneigten Dienst“ handelt, wobei nachfolgend Beispiele für in der Regel besonders gefahrgeneigte Dienste angeführt werden.

Die Vermutungsregelung in § 10 Abs. 2 TMG-E ist aus justizieller Sicht abzulehnen. Zunächst ist schon nicht erkennbar, aus welchen Gründen eine derartige Vermutungsregelung zwingend notwendig sein sollte. Zudem schafft die vorgesehene Vermutungsregelung mehr Rechtsunsicherheit als Rechtsklarheit, indem sie ihrerseits mit dem Begriff der „gefahrgeneigten Dienste“ einen unbestimmten Rechtsbegriff zur Grundlage der Vermutung erhebt, der seinerseits auslegungsbedürftig ist und damit der (im Zweifel einzelfallbezogenen) Rechtsprechung unterliegt. Entgegen der Gesetzesbegründung wird die durch die Regelung angestrebte Rechtsklarheit und Rechtssicherheit auf diese Weise also nicht erreicht werden können.