

FESTSCHRIFT
FÜR
ULRICH EISENHARDT
ZUM 70. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN
VON

ULRICH WACKERBARTH
THOMAS VORMBAUM
HANS-PETER MARUTSCHKE



VERLAG C.H. BECK MÜNCHEN 2007

Unterlassungsansprüche gegen Host Provider – die Rechtslage nach dem Ricardo-/Rolex-Urteil des BGH

Der Jubilar ist ein exzellenter Kenner des Zivilrechts, ein Freund klarer Worte und ein glänzender Gesprächspartner, wenn es um die Veränderung der Rechtsordnung durch neue Medien geht. So habe ich ihn jedenfalls während unserer gemeinsamen Zeit als Kollegen an der Universität Düsseldorf kennen- und schätzen gelernt. Ihm sei aufgrund dieser Erinnerungen ein Betrag gewidmet, der alles verbindet, Zivilrechtsdogmatik, kritische Worte und neue Medien.

I. Einleitung

Sobald im Online-Bereich eine Rechtsverletzung entdeckt wird, stellt sich die Frage, wer dafür haftet. Die vermeintliche Anonymität und Rechtsunsicherheit aus den Anfangsjahren des Internets wurde in den letzten Jahren durch den Gesetzgeber, die Rechtsprechung und die Literatur immer mehr eingegrenzt. Dennoch existieren auch heute immer noch viele Problemkreise im Bereich der Online-Haftung. Die Haftungsrechtslage ist hierbei durch eine Überschneidung verschiedenster Bereiche gekennzeichnet.

Es lassen sich drei Arten der Haftung, die im Online-Bereich von Bedeutung sind, ausmachen. Zum einen ist hier die Deliktshaftung zu nennen. Bei ihr geht es um eine verschuldensabhängige Schadensersatz- bzw. Entschädigungshaftung außerhalb vertraglicher Beziehungen. In Betracht kommt bei Verletzungen von absoluten Rechten ein Anspruch aus § 823 BGB. Zudem ist an die Haftungsnormen des Urheber-, Wettbewerbs- und Markenrechts zu denken. Zum anderen gibt es verschuldensunabhängige Unterlassungsansprüche, die zum Beispiel auf Sperrung bzw. Löschung bestimmter Inhalte gerichtet sind. Letztlich kann auch eine Haftung aus Vertrag existieren. Bei dieser geht es insbesondere um schuldhaftes Pflichtverletzungen zwischen dem Internet-Service-Provider (ISP) und dem Nutzer.

Als Haftungssubjekte bzw. Passivlegitimierte kommen im Einzelnen der Nutzer, der Ersteller, der Content Provider, der Host Provider, der Access-Provider und der Netzbetreiber in Betracht. Da Ansprüche gegen diese zum Teil schwer begründbar bzw. durchsetzbar sind, werden neuerdings vermehrt auch andere Personen in den Kreis der Haftungsadressaten mit einbezogen. Diese lassen sich meist nicht einer der o. g. Gruppen zuordnen, sondern zeichnen sich durch andere Beziehungen zu den rechtsverletzenden Inhalten bzw. Taten aus.

Die Anspruchsgegner unterscheiden sich durch ihre Nähe zu und ihre Einflussmöglichkeit auf die rechtswidrigen Zustände. Dies ist bei der Feststellung des haftungsbegründenden Verhaltens und des Verschuldens von Bedeutung, da je nach Funktion und Art der Beteiligung andere Sorgfaltsanforderungen zu stellen sind. derjenige, der sich Inhalte ansieht, sie abrufen oder herunterlädt – insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen – also in irgendeiner Form Angebote nachfragt, ist Nutzer.¹ Der Ersteller des rechtswidrigen Zustandes bzw. der Rechtsverletzung ist der Urheber. Hiermit ist nicht unbedingt Urheberschaft i. S. d. UrhG gemeint, sondern die primäre Verantwortlichkeit. Urheber oder Ersteller in diesem Sinne ist etwa derjenige, der Raubkopien von Software, Filmen oder Musikstücken herstellt, persönlichkeitsrechtsverletzende Artikel oder Boykottaufrufe verfasst, unlauter wirbt oder geschützte Marken verwendet. In Abgrenzung zum Content Provider stellt der Ersteller die rechtswidrigen Inhalte nicht auf eigenen Rechnern zur Verfügung. Er ist daher zu deren Verbreitung auf Dritte – sog. Host Provider – angewiesen. Selbstverständlich kann der Ersteller seine rechtswidrigen Inhalte auch selber auf eigenen Servern hosten bzw. anderen Zugriff auf seinen Computer gewähren. In diesen Fällen muss man aber differenzieren, ob er für die Erstellung oder die Bereithaltung in Anspruch genommen werden soll.

Der Content Provider stellt selbst erstellte Inhalte auf eigenen Rechnern zur Verfügung. Hierzu zählen z. B. Informationsportale wie *spiegel.de* oder *t-online.de*. Aber auch derjenige, der sich fremde Inhalte zu Eigen macht, beispielsweise mittels Frames oder Links, so dass die Inhalte nicht mehr als fremd zu erkennen sind bzw. keine Distanzierung vorliegt, ist Content Provider.² Der Host Provider³ erstellt keine Inhalte. Vielmehr speichert er fremde Inhalte für einen Dritten (den Ersteller) und macht sie zugänglich.⁴ Der Access Provider vermittelt lediglich den Zugang zu den Inhalten, die der Host- oder der Content Provider speichert. Neuerdings gehören hierzu auch die Kabelnetzbetreiber wie Kabel Deutschland, Kabel BW, *iesy* und *ish*, die im Rahmen des Ausbaus ihrer Netze für Triple-Play-Angebote auch den Zugang zum Internet anbieten. Ebenso sind die Mobilfunkunternehmen, die einen Internet-Zugang über GPRS, HSCSD oder UMTS anbieten, Access Provider. Diese Gruppen betreiben zwar auch das jeweilige Netz – sind also auch Netzbetreiber –, bieten den Zugang zum Internet aber nur über eigene Produkte an, was sie gleichzeitig zu Access Providern macht. Hier können sich telekommunikations- und kartellrechtliche Fragen stellen, wenn andere Unternehmen über das jeweilige Netz einen eigenen Internet-Zugang anbieten möchten.

¹ So die Formulierung in § 2 Nr. 3 TMG. Ähnlich früher, z. B. § 3 Nr. 2 TDG.

² Begründung RegE zum TDG BT-Drs. 14/6098, S. 23; Koch, CR 1997, 193, 197; Flechsig in: Becker, Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 57, 70; Spindler, MMR 2004, 440ff., Schmitz/Laun, MMR 2005, 208, 210f.

³ Vom englischen Begriff *host* = Gastgeber.

⁴ Eine automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung zur beschleunigten Übermittlung fremder Informationen – sog. Proxy-Caching – fällt nicht unter den Begriff des „hosten“. Vgl. auch § 9 TMG.

II. Der Host Provider

Schwierig gestaltet sich die Haftung des Host Providers. Hierbei soll nämlich für fremde Informationen gehaftet werden, die der Host Provider für einen Nutzer speichert. Da diese zum Teil nur sehr schwer haftbar gemacht werden können, wird zunehmend versucht, gegen die Hosts der Informationen vorzugehen. Hierbei ist zwischen den möglichen Haftungstatbeständen zu differenzieren, wobei dem TDG bzw. dem MDStV eine große Bedeutung zukommt.

Im Online-Bereich gibt es für das Verschulden modifizierende Regelungen im TDG/MDStV. So sind nach § 10 Satz 1 TMG Diensteanbieter für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, oder sie unverzüglich tätig geworden sind, um diese Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben.⁵ Wegen dieser Haftungsprivilegierung sind der Anwendungsbereich und die Reichweite dieser Regelungen sehr wichtig.

1. Abgrenzung TDG-MStV

Früher, vor Inkrafttreten des TMG, war die Abgrenzung von Telediensten, die dem TDG unterfallen, und Mediendiensten, für die der MDStV einschlägig ist, zentral. Teledienste waren alle „elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt“ (§ 2 Abs. 1 TDG). Mediendienste hingegen waren „das Angebot und die Nutzung von an die Allgemeinheit gerichteten Informations- und Kommunikationsdiensten“ (§ 2 Abs. 1 MDStV). Während bei Telediensten die individuelle Nutzung im Vordergrund stand, waren Mediendienste an die Allgemeinheit gerichtet.⁶ Diese allgemeine Abgrenzung wurde in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 TDG und § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 MDStV durch Listen nicht abschließender Beispiele konkretisiert. Aus § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG und § 2 Abs. 1 Satz 3 MDStV ergibt sich, dass der Gesetzgeber von einer eindeutigen Zuordnung der jeweiligen Inhalte zu einem Gesetz ausgeht.⁷ In der Praxis hingegen gestaltet sich die Abgrenzung z. T. als äußerst schwierig.

Sie war allerdings erforderlich, da sich nach der Einordnung als Tele- oder Mediendienst die zuständige Aufsichtsbehörde bestimmte. Zudem sah der MDStV noch weitere Verpflichtungen vor.⁸ Am Wichtigsten war aber, dass die

⁵ So auch der wortlautgleiche § 9 Satz 1 TMG-E.

⁶ *Kuch*, ZUM 1997, 225, 228; *Engel-Flehsig*, ZUM 1997, 231, 234; *Koch*, CR 1997, 193, 194.

⁷ Deutlich: *Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2984.

⁸ Zu nennen sind insb. § 12 MDStV bzgl. unzulässiger Mediendienste und dem Jugendschutz; § 13 MDStV bzgl. Werbung und Sponsoring; § 14 MDStV bzgl. Gegendarstellung. Wichtig ist auch die in § 22 MDStV vorgesehene Sperrungsanordnung.

Haftungsprivilegierungen des MDStV als Ländergesetz wegen fehlender Regelungskompetenz (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) keine Wirkung auf dem Gebiet der Bundesgesetzgebung, also dem Straf- und dem Zivilrecht, entfalten konnten.⁹ Daher konnte § 9 MDStV die zivil-, urheber-, marken- und wettbewerbsrechtliche Haftung von Mediendiensteanbietern nicht beschränken,¹⁰ so dass er nur Verstöße gegen den MDStV selber sanktionieren konnte.¹¹ Mediendiensteanbieter hafteten folglich nach den allgemeinen Grundsätzen und standen daher haftungsrechtlich schlechter dar als die Anbieter von Telediensten.

Die Einordnung eines Angebots als Tele- bzw. Mediendienst ist nach dem Inkrafttreten des TMG nicht mehr von Bedeutung (abgesehen von eventuellen Altfällen). Das TMG verbindet die Figuren des Teledienstes und des Mediendienstes zur neuen Kategorie des Telemediendienstes. Damit entfallen auch die diffizilen Abgrenzungsversuche im Haftungsbereich. Telemediendienste unterliegen jetzt einem einheitlichen Regime im Hinblick auf die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern.

2. Verschulden des Host Providers

Nach § 10 Satz 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 und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, oder sie unverzüglich tätig geworden sind, um diese Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben.“ Entscheidend ist daher das Vorliegen von „Kenntnis“, das als anspruchsbegründend anzusehen ist. Der Anspruchssteller hat hierfür die volle Darlegungs- und Beweislast zu tragen.¹² Damit soll die Haftung der Host Provider auf Vorsatzstraftaten und -delikte beschränkt werden. Es geht daher um die unbedingte oder bedingte Kenntnis der objektiven Tatbestandverwirklichung. Es ist zwischen der Kenntnis der Inhalte und der Kenntnis der Rechtswidrigkeit dieser Inhalte zu unterscheiden.

Erforderlich ist zum einen die positive Kenntnis der Inhalte – ein Kennenmüssen wird von dieser Vorschrift nicht verlangt.¹³ Allerdings kann die erforderliche Kenntnis auch durch Zurechnung der Kenntnis anderer Personen nach den allgemeinen Vorschriften gegeben sein. So kann bei juristischen Personen und anderen Gesellschaften das Wissen von Personen, die damit betraut sind, Informationen zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls weiterzuleiten, entsprechend § 166 BGB zumindest dann zugerechnet werden, wenn es sich um

⁹ Hoeren, Rechtsfragen im Internet, Juni 2006, S. 390; Pichler, MMR 1998, 79, 80f.; Gounalakis, NJW 1997, 2993, 2995; a. A. Bettinger/Freytag, CR 1998, 545, 547.

¹⁰ So auch Koch, CR 1997, 193, 198; ders., NJW-CoR 1997, 302; Gounalakis, NJW 1997, 2993, 2995.

¹¹ Hoeren, Rechtsfragen im Internet, Juni 2006, S. 390.

¹² BGH, MMR 2004, 166 zu § 5 TDG a. F. gegen Spindler, NJW 1997, 3193, 3198.

¹³ BGH, MMR 2004, 166, 167 zu § 5 Abs. 2 TDG a. F.

„typischerweise aktenmäßig festgehaltenes“ Wissen handelt (sog. „Wissensvertreter“).¹⁴ Dann muss allerdings diesen Personen die Kenntnis nachgewiesen werden. Der Host Provider kann der Kenntnis der Inhalte einfach dadurch entgehen, indem er so wenig Inhalte wie möglich zur Kenntnis nimmt und nur auf Hinweise reagiert.

Zum anderen setzt eine Verantwortlichkeit auch voraus, dass der Inanspruchgenommene die Rechtswidrigkeit kennt oder diese offensichtlich ist. Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie sieht hierfür ausdrücklich von einer Prüfungspflicht ab. § 10 TMG stellt daher für das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf grobe Rechtsverstöße ab. Zumindest für die zivilrechtliche Haftung schließt Vorsatz neben dem Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung auch das Bewusstsein davon ein, dass ein Angebot gegen geltendes Recht verstößt. Da diese Wertung gerade im fließenden E-Commerce-Recht schwierig zu ziehen ist, hat es der Gesetzgeber bei Schadensersatzansprüchen für erforderlich erachtet, dass der Anbieter sich der Tatsachen und Umstände bewusst ist, aus denen die Rechtswidrigkeit der Information offensichtlich wird. Das LG Köln bejahte z. B. die Haftung eines Portalbetreibers für offensichtlich rechtswidrige Kleinanzeigen, die persönlichkeitsrechtsverletzend sind.¹⁵

Der Host Provider befindet sich daher in einem Haftungs-Dilemma. Einerseits sollte er sicherheitshalber, sobald er von einem Dritten auf angebliche rechtswidrige Informationen aufmerksam gemacht wird, unverzüglich diese entfernen bzw. den Zugang zu ihnen zu sperren. So kann er nach § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG einer Schadensersatzhaftung entgehen. Andererseits macht er sich in den Fällen, in denen die betreffenden Informationen doch nicht rechtswidrig sind, seinem Kunden aus dem Host-Vertrag gegenüber haftbar. Hier wäre eine gesetzliche Regelung ähnlich dem amerikanischen „notice and take down“-Verfahren empfehlenswert, bei dem der Host Provider nicht mehr haftet, wenn er die Beschwerde an den Kunden weiterleitet. Mit dem Kenntnis-Modell konterkariert der Gesetzgeber seine eigenen Bemühungen, die Provider zur innerbetrieblichen oder verbandsseitigen Selbstkontrolle zu verpflichten. Denn wenn die bloße Kenntnis vom Inhalt als subjektives Element ausreichen soll, wird niemand daran Interesse haben, Personal mit der Sichtung des Online-Angebotes zu beauftragen. Er wird vielmehr auf jedwede Selbstkontrolle verzichten – getreu dem Mott: Nichts gesehen, nichts gehört. Auch das LG München hat dieses Problem gesehen. Seiner Auffassung nach würden bei der amtlichen Auslegung des TDG sowohl Art. 14 GG als auch die Regelungen in Art. 8, 10 und 14 WIPO-Vertrag unterlaufen. Selbst „bewusstes Wegschauen“ würde zu einem Haftungsausschluss führen. Dies könne nicht zugelassen werden.¹⁶ Das Landgericht fordert, Prüfungspflichten hinsichtlich der die Rechtswidrigkeit begründeten Umstände aufzunehmen. Es hätte sich auch angeboten, wenigstens für die Fälle eine Prüfungspflicht zu bejahen, in denen ein Verstoß gegen Strafgesetze nahe liegt (etwa bei der Bezeichnung einer Newsgroup als „alt.binaries.“

¹⁴ Vgl. BGH, NJW 1996, 1205; BGH NJW 1996, 1339, 1340.

¹⁵ LG Köln, MMR 2004, 184, m. Anm. Christiansen.

¹⁶ LG München I, Urt. v. 30. 3. 2000, MMR 2000, 434.

children-pornography“). Eine solche Prüfungspflicht bei eklatanter Missbrauchsgefahr hätte auch der geltenden Rechtslage im Zivil- und Strafrecht entsprochen. Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie sieht jedoch ausdrücklich von einer Prüfungspflicht ab.

III. Die besondere Probleme bei Unterlassungsansprüchen

Vom Host Provider kann zum einen die Unterlassung der Weiterverbreitung und zum anderen Beseitigung der durch die Verbreitung verursachten Störung verlangt werden. Der Unterlassungs- und der Beseitigungsanspruch sind inhaltsgleich. Sie beinhalten jeweils die Löschung der rechtswidrigen Inhalte. Spätestens wenn der Host Provider die Aufforderung dazu erhält, hat er auch Kenntnis von den beanstandeten Inhalten. Durch die Zugänglichmachung der rechtswidrigen Inhalte leistet der Host Provider einen adäquat kausalen Beitrag zu der Rechtsgutsverletzung. Er ist daher als Störer zu qualifizieren.

1. Haftungsprivilegierung bei Unterlassungsansprüchen

Fraglich ist aber, ob er sich nicht auch bei Unterlassungsansprüchen auf die Haftungsprivilegien des § 10 Satz 1 TMG berufen. Der BGH hat dies in der Rocardo./Rolex-Entscheidung abgelehnt.¹⁷ § 11 Satz 1 TDG (§ 10 Satz 1 TMG) soll lediglich die strafrechtliche Verantwortung und die Schadensersatzhaftung betreffen.¹⁸ Nicht im TMG sei geregelt, ob ein Diensteanbieter nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Maßstäben oder als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen wird, wenn eine Veröffentlichung in dem von ihm betriebenen Dienst die Rechte Dritter verletzt.¹⁹

Nach Ansicht des BGH scheidet eine Anwendung der Haftungsprivilegierung nach § 10 S. 1 TMG (§ 11 S. 1 TDG) auf Unterlassungsansprüche aus.²⁰ Dies komme zunächst im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck, in dem von der Verantwortlichkeit des Diensteanbieters die Rede ist.²¹ Nach allgemeinem Verständnis erfordere die Verantwortlichkeit stets ein Element des Verschuldens. Demnach seien in der Vorschrift nur die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung angesprochen. Darüber hinaus könne nur über den Ausschluss von Unterlassungsansprüchen aus der Haftungsprivilegierung eine widerspruchsfreie Interpretation des Haftungssystems erfolgen.²²

¹⁷ BGH, NJW 2004, 3102, 3103 f. – Internet-Versteigerung.

¹⁸ BGH, NJW 2004, 3102, 3103 f. – Internet-Versteigerung.

¹⁹ BGH, NJW 2004, 3102, 3103 f. – Internet-Versteigerung; vgl. auch: *Lement*, WRP 2003, 1058, 1063; *Spindler/Volkemann*, WRP 2003, 1, 3; *Hoeren*, MMR 2002, 113; a. A. *Ehret*, CR 2003, 754, 759 f.

²⁰ Ihm folgend *Lement*, GRUR 2005, 210; *Schultz*, WRP 2004, 1347; *Wiebe/Neubauer*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimedia-Recht, Stand Juni 2006; *Neubauer*, K&R 2004, 482; *Spindler*, in: *Spindler/Wiebe*, Kap. 6, Rn. 36.

²¹ BGH, NJW 2004, 3102, 3103 f. Ähnlich *Schultz*, WRP 2004, 1347, 1351.

²² BGH, NJW 2004, 3102, 3103 f. Zustimmend *Lement*, GRUR 2005, 210; *Schultz*, WRP 2004, 1347, 1352.

Wäre auch der Unterlassungsanspruch von der Haftungsprivilegierung erfasst, habe dies die schwer verständliche Folge, dass gemäß § 11 S. 1 Nr. 1 Fall 1 TDG (§ 10 S. 1 TMG) an den Unterlassungsanspruch höhere Anforderungen zu stellen wären als an den Schadensersatzanspruch. Des Weiteren seien auch nach alter Rechtslage Unterlassungsansprüche gemäß § 5 Abs. 4 TDG a.F.²³ von den Haftungsprivilegierungen nach § 5 Abs. 1–3 TDG a.F. unberührt geblieben.²⁴

Dass das Haftungsprivileg Unterlassungsansprüche nicht erfasse, lege außerdem § 8 Abs. 2 S. 2 TDG (§ 7 Abs. 2 S. 2 TMG) nahe.²⁵ Dementsprechend bezögen sich „Verpflichtungen zur Entfernung“ von Informationen auf den Beseitigungsanspruch und „Verpflichtungen zur Sperrung der Nutzung von Informationen“ auf den Unterlassungsanspruch.²⁶ § 8 Abs. 2 S. 2 TDG decke sich insofern mit der Vorgabe aus Art. 14 Abs. 3²⁷ der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce-Richtlinie; ECRL), welchen der deutsche Gesetzgeber 2001 in § 8 Abs. 2 S. 2 TDG umgesetzt hat.²⁸ Die E-Commerce-Richtlinie habe von der ausdrücklichen Regelung der Beseitigungs- und Unterlassungshaftung abgesehen, woraufhin auch das TDG auf eine positive Regelung verzichte.²⁹ Aus diesem Gesamtzusammenhang ergebe sich, dass das Haftungsprivileg des § 11 S. 1 TDG (§ 10 S. 1 TMG) jedenfalls nicht den Unterlassungsanspruch betreffe.³⁰

Daher erfolgt nach Ansicht des BGH die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung³¹ entsprechend §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB. Dabei unterscheidet das Gericht zwischen Fällen des Verhaltensunrechts, wonach die Passivlegitimation allein nach den deliktsrechtlichen Kategorien der Täterschaft und Teilnahme zu begründen sei, und Fällen, in denen eine Verletzung eines absoluten Rechtes in Rede stehe. In letzterer Konstellation könne sich eine Haftung aus der uneingeschränkten Anwendung der Grundsätze der Störerhaftung ergeben.

Eine derartige Haftung setze voraus, dass zumutbare Kontrollmöglichkeiten beständen, um Verletzungen von Schutzrechten Dritter zu unterbinden. Eine

²³ Dieser Vorschrift soll § 8 Abs. 2 S. 2 TDG entsprechen. Vgl. BT-Drs. 14/6098, S. 23.

²⁴ BGH, NJW 2004, 3102, 3103f. *Schultz*, WRP 2004, 1347, 1352.

²⁵ BGH, NJW 2004, 3102, 3103f.

²⁶ *Schultz*, WRP 2004, 1347, 1351.

²⁷ Dem Wortlaut des Art. 14 Abs. 3 entsprechen Art. 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 und Erwägungsgrund 45 ECRL. Es wird des Weiteren auf die Erwägungsgründe 44, 46, 47, 48 ECRL verwiesen.

²⁸ BGH, Urteil vom 11. 3. 2004, I ZR 304/01. 1351. So auch *Lement*, GRUR 2005, 210. *Schultz*, WRP 2004, 1347, vertritt sogar, dass sich daraus ergebe, dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber die Haftungsprivilegierung der Art. 12–14 ECRL überhaupt nicht auf Unterlassungsansprüche erstrecken durfte.

²⁹ *Spindler*, in: *Spindler/Wiebe*, Kap. 6, Rn. 35.

³⁰ Teilweise (*Schultz*, WRP 2004, 1347, 1352) wird sogar auf das verfassungsrechtliche Gebot des effektiven Rechtsschutzes hingewiesen. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass der effektive Rechtsschutz durch die Anonymität der Nutzer erschwert wäre. Daher könne diesem Gebot nur ein vorbeugender Unterlassungsanspruch gegen den Plattformbetreiber genügen. Diese Argumentation wird hingegen von *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 918, widerlegt. So ist der betreffende Nutzer schlichtweg durch einen Testkauf ausfindig zu machen.

³¹ Die ständige Rechtsprechung geht davon aus, dass derjenige, der – ohne Täter und Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Gutes beiträgt, als Störer in Anspruch genommen werden kann. Vgl. dazu u.a. BGH, GRUR 2002, 618, 619 – Meissner Dekor; BGH, CR 2001, 850 – ambiente.de.

Rolle spiele dabei, welche Interesse der Diensteanbieter wahrnehme. So käme der Verfolgung eigener kommerzieller Interessen ein geringeres Gewicht zu als der Wahrnehmung öffentlicher Interessen. Nicht zuzumuten sei dem Betreiber eines Internetauktionshauses, jedes Angebot, das in einem automatisierten Verfahren vom Nutzer ins Internet gestellt wird, auf Rechtsverletzungen hin zu untersuchen. Werde dem Diensteanbieter aber ein solcher Fall bekannt, müsse er nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren, sondern auch technisch mögliche und zumutbare Maßnahmen ergreifen, um Vorsorge dafür treffen, dass es nicht zu weiteren gleichartigen Rechtsverletzungen komme. Hierbei komme unter Umständen der Einsatz einer Filtersoftware in Betracht, welche entsprechende Verdachtsfälle aufdecken könnte. In diesem Zusammenhang wird allerdings darauf verwiesen, dass der Diensteanbieter im Ordnungsmittelverfahren nach § 890 ZPO nur dann haftet, soweit ihn ein Verschulden trifft.

2. Kritik

Bei der Beurteilung, ob die Auslegung des BGH in Bezug auf die Störerhaftung zutreffend ist, müssen zunächst die verbindlichen europarechtlichen Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie untersucht werden. Art. 14 Abs. 1 ECRL sieht vor, dass Anbieter eines Dienstes, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, nicht für diese Informationen verantwortlich sind. Fraglich ist, ob hier tatsächlich nur die strafrechtliche Verantwortung und die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung angesprochen wird. Ein Blick auf die englische Fassung zeigt, dass dort von „Liability“ die Rede ist. Dieser Begriff entspricht dem deutschen Begriff „Haftung“.³² Haftung setzt hingegen nicht zwangsläufig ein Element des Verschuldens voraus. Dies spricht dafür, dass unter den Verantwortungsbegriff des Art. 14 Abs. 1 ECRL auch verschuldens-unabhängige Ansprüche fallen.³³ Eine entsprechende Tendenz lässt sich ferner dem Umstand entnehmen, dass in Art. 14 Abs. 1 ECRL zwischen Schadensersatzansprüchen und anderen Ansprüchen unterschieden wird. Lediglich Art. 14 Abs. 1 lit. a Fall 2 führt in Bezug auf Schadensersatzansprüche ein Element des Verschuldens (grobe Fahrlässigkeit) ein.³⁴

Nach Art. 14 Abs. 3 ECRL bleibt allerdings „die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, oder dass die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen“. Auf den ersten Blick könnte das dafür sprechen, dass den Mitgliedstaaten die vollständige Regelung der Unterlassungsansprüche überlassen worden ist. Insofern könnte ein Diensteanbieter durch ein mitgliedstaatliches Organ dazu verpflichtet werden, Rechtsverletzungen einer bestimmten Art zukünftig zu verhindern.

³² Vgl. Pons, Fachwörterbuch Recht, 2. Auflage, 1998, S. 203.

³³ Ähnlich Berger/Janal, CR 2004, 917, 921, Fn. 45.

³⁴ Leible/Sosnizza, NJW 2004, 3225, 3226 bezüglich § 11 S. 1 Nr. 1 TDG.

Betrachtet man indes die Vorschrift genauer, wird den Mitgliedstaaten lediglich die Ausgestaltung des Verfahrens freigestellt. Die Abstellung oder Verhinderung der Rechtsverletzung und damit der Inhalt von Ansprüchen ist hingegen auf die Maßnahmen beschränkt, die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Dies verdeutlicht insbesondere Erwägungsgrund 45 ECRL.³⁵ Kein anderes Verständnis kann sich in diesem Zusammenhang aus der Formulierung „verhindern“ ergeben.³⁶ Damit beziehen sich die Maßnahmen nach dem Wortlaut ausschließlich auf die konkrete Information bzw. Rechtsverletzung, nicht jedoch auf zukünftige, gleichartige Informationen bzw. Rechtsverletzungen. Die beschriebenen Maßnahmen sind also nicht als präventiv, sondern lediglich als reaktiv einzustufen.

Dafür sprechen außerdem systematische Erwägungen. So findet sich in Art. 14 Abs. 1 lit. b eine ähnliche Formulierung, die offensichtlich nur auf die reaktive Sperrung bestehender Informationen abstellen kann. Zu berücksichtigen ist des Weiteren das Verhältnis des Art. 14 Abs. 3 ECRL zu Art. 15 Abs. 1 ECRL. Die Regelung sieht vor, dass die Mitgliedstaaten den Diensteanbietern keine allgemeine Verpflichtung auferlegen, „die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen“. Dieses Verbot allgemeiner Überwachungspflichten ist von den in Erwägungsgrund 47 ECRL genannten Überwachungspflichten in spezifischen Fällen abzugrenzen. Letztere Überwachungspflichten sollen auf einen gewissen Zeitraum, bestimmte Netzseiten und bestimmte unerlaubte Tätigkeiten begrenzt sein.³⁷ Es wird dabei vornehmlich auf Maßnahmen zur Ermittlung und Verfolgung von Straftaten abgezielt.³⁸ Ein Anspruch auf zukünftige Unterlassung gleichartiger Rechtsverstöße bezieht sich hingegen nicht auf einen bestimmten Bereich und eine bestimmte Zeit und ist somit keine Überwachungspflicht in einem spezifischen Fall. Vielmehr wird durch eine derartige Verpflichtung eine allgemeine Überwachungspflicht begründet.³⁹

Die soeben angestellten Überlegungen finden ihre Bestätigung in der Intention des europäischen Gesetzgebers. Dieser wollte die Haftung eines Diensteanbieters zum Zwecke der Rechtssicherheit begrenzen.⁴⁰ Als Vorbild diente dabei der US-amerikanische Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA).⁴¹ Dort ist insbesondere ein sog. notice-and-take-down-Verfahren festgelegt. Da-

³⁵ *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 919.

³⁶ *Gercke*, CR 2005, 233, 234.

³⁷ Kommission, Vorschlag des europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs, KOM(1998) 586 endg., S. 33; ähnlich *Volkman*, CR 2003, 440, 443.

³⁸ *Volkman*, CR 2003, 440, 443.

³⁹ So auch *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 919; *Rücker*, CR 2005, 347, 353; *Volkman*, CR 2003, 440, 442. Anderer Ansicht *Sessinghausen*, WRP, 2005, 667, 702.

⁴⁰ *Rücker*, CR 2005, 347.

⁴¹ *Rücker*, CR 2005, 347, 348f., 354; BT-Drs. 14/6098, S. 22. Vgl. dazu insbesondere Sec. 512 (c) (1) DMCA, welcher fast wortgleich in Art. 14 ECRL übernommen wurde. Allgemein zum DMCA *Freytag*, MMR 1999, 207; U.S. Copyright Office Summary, The Digital Millennium Copyright Act of 1998, S. 8 ff., abrufbar unter <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>.

nach muss zunächst ein qualifizierter Hinweis auf eine konkret rechtswidrige Information erfolgen. Dieser Hinweis löst die für eine Haftung erforderliche Kenntnis aus. Eine Haftungsprivilegierung für sämtliche Ansprüche – also auch für Unterlassungsansprüche – kommt dem Diensteanbieter zu, wenn er die konkret abgemahnte Information entfernt und es unterlässt, sie zukünftig zugänglich zu machen.⁴² Kontrollen und deren Kosten sollen damit zu Gunsten des Diensteanbieters zu Lasten des Rechtsinhabers gehen.⁴³ Ein Vorschlag des Europäischen Parlaments,⁴⁴ nach dem technisch mögliche und zumutbare Maßnahmen, die eine präventive Verhinderung der Nutzung rechtswidrig angebotener Inhalte bezwecken, unberührt bleiben sollten, wurde von der Kommission abgelehnt.⁴⁵

Somit lässt sich als Ergebnis festhalten, dass grundsätzlich alle Ansprüche unter die Haftungsprivilegierung des Art. 14 Abs. 1 ECRL fallen. Nach Art. 14 Abs. 3 ECRL ist es jedoch möglich, dass Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung gegen den Diensteanbieter gerichtet werden. Die Reichweite eines Unterlassungsanspruchs (Sperrung des Zugangs) wird allerdings auf den Inhalt des Beseitigungsanspruchs (Entfernung) beschränkt.⁴⁶ Eine Pflicht zur Überprüfung im Hinblick auf kerngleiche Rechtsverletzungen ist mithin nicht erfasst.

Die Haltung des BGH entspricht auch nicht den Vorgaben des TDG bzw. TMG erörtert werden. Entsprechend Art. 14 Abs. 1 ECRL fallen verschuldensunabhängige Ansprüche ebenfalls unter die Haftungsprivilegierung für Hosters gemäß § 11 Abs. 1 TDG (§ 10 S. 1 TMG).⁴⁷ Davon geht desgleichen die Begründung des Referentenentwurfes aus, welche die Wirkungsweise der §§ 9–11 TDG (§§ 7 – 10 TMG) mit der eines Filters vergleicht.⁴⁸ Nichts anderes ergibt sich aus der Terminologie („Verantwortlichkeit“) des § 11 Abs. 1 TDG, die auch im deutschen Recht nicht auf eine Verschuldenshaftung begrenzt ist.⁴⁹ Soweit auf die alte Rechtslage verwiesen wird, welche durch das TDG/TMG fortgesetzt werden soll, darf nicht unerwähnt bleiben, dass nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur Unterlassungsansprüche auch unter die Haftungsprivilegierungen der ersten Fassung des TDG fielen.⁵⁰

⁴² *Rücker*, CR 2005, 347, 354.

⁴³ OLG Düsseldorf, MMR 2004, 315, 317.

⁴⁴ Vgl. dazu Änderungsvorschlag 54 des Parlaments, Abl. EG Nr. C 279 v. 1. Oktober 1999, 389 ff.

⁴⁵ Kommission (Fn. 38), S. 8.

⁴⁶ *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 920. Ähnlich *Rücker*, CR 2005, 347, 350, der eine inhaltliche Einschränkung allein aus dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten nach Art. 15 Abs. 1 ECRL herleiten möchte.

⁴⁷ So auch *Hoeren*, MMR 2004, 672; *Gercke*, MMR, 2006, 493; *ders.*, CR 2005, 233; *Rücker*, CR 2005, 347; *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 919.

⁴⁸ BT-Drs. 14/6098, S. 23. Ähnlich OLG Düsseldorf, MMR 2004, 315, 317; *Hoeren*, MMR 2004, 672.

⁴⁹ Vgl. dazu *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 921, Fn. 44.

⁵⁰ Vgl. dazu S. 1. Siehe auch *Spindler*, in: *Spindler/Wiebe*, Kap. 6, Rn. 34; *Spindler*, MMR 2001, 737, 2001; *Schmitz*, CR 2000, 124, 125; *Satzger*, CR 2001, 109, 113 f.; *Hoeren*, MMR 1998, 97 f. Vgl. auch BT-Drs. 13/7385, S. 20, 21.

Auch im Falle einer Nichtverantwortlichkeit bleiben allerdings nach § 8 Abs. 2 S. 2 TDG (§ 7 Abs. 2 S. 2 TMG) bestimmte Verpflichtungen unberührt. Die dort festgelegten Maßnahmen unterscheiden sich indes nicht von den Maßnahmen aus Art. 14 Abs. 3 ECRL und umfassen somit keine Verpflichtungen des Diensteanbieters, zukünftig gleichartige Rechtsverletzungen zu verhindern.⁵¹ Vielmehr muss der Inhalt des Unterlassungsanspruchs auf den des Beseitigungsanspruchs begrenzt werden.⁵² Das wird insbesondere durch den Zusammenhang mit dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 TDG (§ 7 Abs. 1 S. 1 TMG) deutlich.

Im Übrigen ist dem Gesetzgeber vorzuhalten, dass er zwar den materiellen Kern der E-Commerce-Richtlinie im TDG/TMG umgesetzt hat, jedoch keine Anstalten macht, ein entsprechendes notice-and-take-down-Verfahren im deutschen Recht zu regeln. Abgesehen davon hat der BGH jedenfalls die materiellen Gesichtspunkte des TDG/TMG und der E-Commerce-Richtlinie in seiner Grundsatzentscheidung verkannt. So sind insbesondere die Wertung und Zielrichtung des nationalen und europäischen Gesetzgebers bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung außer Acht gelassen worden.⁵³ Darüber hinaus wurde die Reichweite des Unterlassungsanspruchs zu weit ausgedehnt. Konsequenz dessen ist eine weitestgehende Rechtsunsicherheit für Diensteanbieter. An die Stelle eines allgemeinen, klaren und verbindlichen Maßstabes – wie er im TDG/TMG und in der ECRL vorgesehen ist – tritt eine Interessenabwägung im Einzelfall. Dabei sind insbesondere die Vorsorgemaßnahmen, die der Diensteanbieter zu ergreifen hat, nicht hinreichend bestimmt. Sollen zukünftige gleichartige Rechtsverletzungen unterbunden werden, so wird sich die Filtersoftware, die der BGH angesprochen hat, angesichts des Ehrgeizes von Nutzern, eine solche zu umgehen, als technisch unzulänglich erweisen.⁵⁴ Ohne die Etablierung einer weiteren Kontrollebene durch Mitarbeiter, dürften damit keine effektiven Ergebnisse zu erzielen sein. Darüber hinaus ist unklar, in welchem Umfang Rechtsverstöße überhaupt in Zukunft unterbleiben sollen. Eine Konkretisierung des Begriffes „kerngleich“ ist nämlich nicht erfolgt. Problematisch ist des Weiteren die Verlagerung der materiellrechtlichen Fragestellung der Zumutbarkeit aus dem Erkenntnisverfahren in das Vollstreckungsverfahren.⁵⁵

⁵¹ So auch *Leible/Sosnitzka*, NJW 2004, 3225, 3226; *Gercke*, MMR 2006, 493. Anderer Ansicht *Schultz*, WRP 2004, 1347, 1351.

⁵² So auch *Rücker*, CR 2005, 347, 353 f.; *Volkmann*, CR 2003, 440, 446.

⁵³ *Hoeren*, MMR 2004, 672.

⁵⁴ *Berger/janal*, CR 2004, 917, 923.

⁵⁵ *Berger/janal*, CR 2004, 917, 923. Dazu ausführlich *Volkmann*, CR 2003, 440.

IV. Ergebnis

Der BGH hat nicht Recht, wenn er das TMG auf Unterlassungsansprüche nicht zur Anwendung bringen will. Es bedarf hier einer Klarstellung, etwa im Rahmen der derzeitigen Evaluation der Ecommerce-Richtlinie in Brüssel. Im Übrigen ist die Dogmatik des Internethaftungsrechts weit davon entfernt, klar und strukturiert zu sein. Hier bedarf es weiterer Forschung (auch des Jubilars!?)