

9 Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich

bearbeitet von Thomas Hoeren und Rufus Pichler

Vorbemerkung

Die Haftung im Online-Bereich ist ein Problemkreis, dem naturgemäß besondere Bedeutung zukommt.¹ Provider, Nutzer und Geschädigte haben aus ihrer jeweiligen Perspektive ein großes Interesse an einer klaren und durchschaubaren haftungsrechtlichen Situation. Im Bereich der zivilrechtlichen Haftung, um den es im vorliegenden Beitrag nur gehen soll,² möchten Provider und Nutzer um ihre Haftungsrisiken und Sorgfaltspflichten wissen, während Geschädigte sich auf die Suche nach einem greifbaren und solventen Schuldner machen werden. Der sich rasant entwickelnde Bereich der internationalen Datennetze wirft auch hier eine ganze Reihe neuer tatsächlicher und rechtlicher Fragen auf. Der vorliegende Beitrag will versuchen, mehr Klarheit zu schaffen.

Die Haftungsrechtslage ist gekennzeichnet durch eine Überschneidung verschiedenster problematischer Bereiche. Daher soll zunächst ein kurzer Überblick über die erforderlichen Differenzierungen gegeben werden, die im folgenden vorzunehmen sind. Zusätzlich sollen zu Beginn einige wesentliche Begriffe und Grundlagen erörtert werden, um ein einheitliches Verständnis der verwendeten Terminologie sicherzustellen.

9.1 Arten der Haftung

Die erste vorzunehmende Differenzierung orientiert sich an der Art der in Betracht kommenden Haftung. Große Bedeutung im Online-Bereich hat die **deliktische** Verantwortlichkeit, also insbesondere die verschuldensabhängige **Schadensersatz- bzw. Entschädigungshaftung** außerhalb vertraglicher Beziehungen. Hierzu zählt

1 Vgl. insbesondere die grundlegende Darstellung von *Spindler*, ZUM 96, 533 ff.; ferner: *Pichler*, MMR 98, 79 ff.; der weitere umfangreiche Beitrag von *Spindler* zum Haftungsrecht in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht (erscheint demnächst) konnte in den vorliegenden Beitrag nur noch ansatzweise eingearbeitet werden.

2 Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bleibt außer Betracht.

neben der Haftung aus § 823 BGB, beispielsweise für Persönlichkeitsrechtsverletzungen oder Falschinformationen, auch die Haftung für Verletzungen des Urheber-, Wettbewerbs- oder Markenrechts. Die jeweiligen Tatbestände werden unten im einzelnen behandelt. Des weiteren sind verschuldensunabhängige **Unterlassungsansprüche** von Bedeutung, die nicht auf Schadensersatz, sondern auf Sperrung oder Löschung bestimmter Inhalte gerichtet sind. Zuletzt wird noch die **vertragliche Haftung** zu behandeln sein, insbesondere bei Verletzung von Pflichten aus einem Vertrag zwischen Nutzer und Provider.

9.2 Relevante Haftungsnormen

Insbesondere im Bereich der besonders bedeutsamen verschuldensabhängigen deliktischen Haftung, aber auch bei den Unterlassungsansprüchen, ist zwischen den einzelnen in Betracht kommenden Rechtsgutsverletzungen und Tatbeständen zu unterscheiden. Praktisch alle deliktischen Ansprüche sind nach dem gleichen Muster aufgebaut. Für die Begründung der Haftung bedarf es einer Rechtsgutsverletzung, eines adäquat kausalen haftungsbegründenden Verhaltens des Anspruchsgegners, der Rechtswidrigkeit des Erfolgs,³ eines Verschuldens sowie eines kausalen Schadens. An nahezu allen Punkten dieser Auflistung ergeben sich für die Haftung im Online-Bereich spezifische Probleme, die im folgenden jeweils aufgezeigt und abgehandelt werden. Vorab werden aber zur besseren Orientierung die möglichen deliktischen Haftungsnormen kurz dargestellt.

9.2.1 Allgemeines Deliktsrecht

Ein Schadensersatzanspruch kann sich unter den genannten Voraussetzungen **aus § 823 I BGB** ergeben, wenn eines der dort geschützten absoluten Rechtsgüter verletzt ist. Im Online-Bereich kommt hier einmal eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch mittels des Netzes verbreiteter rechtswidriger herabsetzender Äußerungen über Dritte in Betracht.⁴ Dieses aus Art. 1 i. V. m. Art. 2 I GG hergeleitete Recht ist als „sonstiges Recht“ i. S. § 823 I BGB

3 Nicht des Verhaltens, dies ist eine Frage des Verschuldens. Vgl. *Staudinger-Schäfer*, 12. A. 1986, § 823 Rdnr. 8 (m. w. N.); *Erman-Schiemann*, 9. A. 1993, § 823 Rdnr. 9; *Palandt-Thomas*, 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 33.

4 *Flehsig* in: *Becker* (Hrsg.), *Rechtsprobleme internationaler Datennetze*, S. 57, 64; *Bachmann* in: *Lehmann* (Hrsg.), *Internet und Multimediarecht (Cyberlaw)*, S. 169, 180; *Engel*, *AFR* 96, 220; *Spindler*, *ZUM* 96, 533, 534; *Wenning*, *jur-pc* 95, 3321, 3328.

anerkannt.⁵ Bei Verletzung dieses Rechts kommt neben dem materiellen Schadensersatzanspruch aus § 823 I, II BGB auch ein Anspruch auf immaterielle Entschädigung in Frage, der direkt aus Art. 1 i. V. m. Art. 2 I GG hergeleitet wird.⁶ Dieser Anspruch setzt allerdings voraus, daß die Beeinträchtigung schwerwiegend und nicht anders auffangbar ist.⁷ Des weiteren ist im Rahmen des § 823 I BGB eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – ebenfalls ein anerkanntes sonstiges Recht⁸ – denkbar, etwa wenn über das Internet rechtswidrige Boykottaufrufe verbreitet werden.⁹ Schließlich ist mittelbar auch die Verletzung von in § 823 I BGB benannten Rechtsgütern wie Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum möglich, beispielsweise durch Fehler oder Falschinformationen in Anleitungen oder medizinischen Beiträgen, durch deren Befolgung dann Schäden eintreten.¹⁰ Letztlich ist hier auch an die Verbreitung virenbehafteter oder sonst fehlerhafter Software zu denken, die zu weiteren Schäden führt.¹¹ Bei allen Verletzungen von durch § 823 I BGB geschützten Rechtsgütern kommen verschuldensunabhängige Unterlassungsansprüche entsprechend § 1004 BGB in Betracht.¹²

9.2.2 Urheberrecht

Bedeutsam im Online-Bereich ist auch die Haftung für **Urheberrechtsverletzungen**.¹³ Ein Schadensersatzanspruch kann sich hier aus § 97 I UrhG ergeben. Von den vielen, im einzelnen problematischen Fallgestaltungen sei an dieser Stelle beispielhaft nur die Verteilung von Raubkopien über das Netz¹⁴ genannt.

5 BGHZ 13, 334, 338; BGHZ 24, 72, 78.

6 BGH NJW 95, 861, 864 = GRUR 95, 224, 228 „Erfundenes Exklusiv-Interview“; NJW 96, 984, 985 „Caroline von Monaco“; Müller, AfP 97, 499, 502.

7 BGH NJW 95, 861, 864 = GRUR 95, 224, 228 „Erfundenes Exklusiv-Interview“; NJW 96, 984, 985 „Caroline von Monaco“.

8 BGHZ 45, 296, 306 „Höllengeheiß“.

9 Spindler, ZUM 96, 533; Bachmann in: Lehmann (Hrsg.), Internet und Multimediarecht (Cyberlaw), S. 169, 180.

10 Spindler, ZUM 96, 533, 544 ff.

11 Spindler, ZUM 96, 533, 544 ff.

12 Vgl. nur: BGHZ 31, 308, 312; NJW 61, 1913, 1914; NJW 94, 124, 125 „Greenpeace“; NJW 95, 861, 862 = GRUR 95, 224, 226 „Erfundenes Exklusiv-Interview“; NJW 97, 1148, 1149 = ZUM 97, 267, 269 „Stern-TV“.

13 Waldenberger, ZUM 97, 176 ff.; Wenning, jur-pc 95, 3321, 3330; Spindler, ZUM 96, 533, 542 ff.; Schwarz in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13 ff.; Lehmann in: ders. (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), S. 25 ff.

14 AG Nagold CR 96, 240 – zu einem Mailboxbetreiber.

Die Problematik wird unten eingehender behandelt. Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich ebenfalls aus § 97 I UrhG.

9.2.3 Wettbewerbs- und Markenrecht

Der letzte wichtige Bereich deliktischer Haftung im Online-Bereich ist das **Wettbewerbs- und Markenrecht**.¹⁵ Denkbar ist hier die Verwendung geschützter Marken oder geschäftlicher Bezeichnungen auf Web-Pages, ferner sittenwidrige oder irreführende Werbung über Datennetze. Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche können sich in diesem Bereich aus §§ 14 V, VI; 15 IV, V MarkenG und aus §§ 1; 3, 13 VI Nr. 1 UWG ergeben.

9.3 Funktion des Anspruchsgegners

Eine weitere wichtige Differenzierung wird durch die verschiedenen Funktionen der im Online-Bereich Beteiligten erforderlich. Als zivilrechtlich haftende Anspruchsgegner kommen regelmäßig eine Vielzahl von Beteiligten in Betracht, die sich durch ihre Nähe zu, und ihre Einflußnahmemöglichkeit auf die jeweiligen rechtswidrigen Inhalte voneinander unterscheiden. Diese Unterschiede spielen eine bedeutende Rolle bei der Feststellung des haftungsbegründenden Verhaltens und des Verschuldens, da je nach Funktion und Art der Beteiligung andere Mitwirkungshandlungen bedeutsam, und andere Sorgfaltsanforderungen zu stellen sind. Als Haftungssubjekte kommen in Frage: der *Nutzer*, der *Ersteller* des Inhalts, der *Content-Provider*, der *Host-Provider*, der *Access-Provider* und schließlich der *Netzbetreiber*. Bevor diese Begriffe kurz im einzelnen erläutert werden bedarf es einer Klarstellung: Ein Unternehmen, das im Online-Bereich tätig ist, kann in der Regel nicht statisch einer dieser Gruppen zugeordnet werden. Die Einordnung ist vielmehr eine funktionelle. Das bedeutet, daß sie tätigkeitsbezogen und variabel – nach Art der Beteiligung an der behaupteten Rechtsverletzung – zu ermitteln ist. Es kommt auf die konkreten Umstände der Inhaltsverbreitung an. Ein Komplettanbieter wie beispielsweise CompuServe¹⁶ oder AOL kann demnach je nach der konkret zu beurteilenden Fallgestaltung sowohl Content-, Host- und als auch Access-Provider sein. Die Verwendung der Begriffe im folgenden meint also nie „den Provider“, sondern immer das Haftungssubjekt „in seiner Funktion als“ bestimmter Provider oder Ersteller.

¹⁵ Hoeren in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 35 ff.; Waltl in: Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), S. 185 ff.

¹⁶ Inzwischen von AOL übernommen.

9.3.1

Nutzer ist derjenige, der Inhalte abrufen, sich ansieht oder herunterlädt, also in irgendeiner Form Angebote nachfragt.¹⁷

9.3.2

Der **Ersteller** ist der Urheber der rechtswidrigen Inhalte. Dabei ist nicht unbedingt Urheberschaft i. S. des Urheberrechtsgesetzes gemeint. Darauf kommt es hier nicht an. Gemeint ist vielmehr der inhaltlich primär Verantwortliche, der Urheber der Rechtsverletzung. Urheber in diesem Sinne ist also beispielsweise der Verfasser eines persönlichkeitsrechtsverletzenden Artikels, eines Boykottaufrufs oder einer fehlerhaften Anleitung. Ebenso ist Ersteller aber auch derjenige, der auf seiner Web-Page unlauter wirbt, zu Unrecht geschützte Marken verwendet oder Raubkopien zur Verfügung stellt. Kennzeichnend für den Ersteller in Abgrenzung zum Content-Provider ist, daß der Ersteller die rechtswidrigen Inhalte nicht auf eigenen Rechnern oder Speichern zur Verfügung stellt. Er ist deshalb nicht „Provider“ oder „Server“. Der schlichte Ersteller bedient sich zur Verbreitung des Materials regelmäßig eines Dritten. Dieser Dritte stellt für ihn fremde Inhalte, nämlich die des Erstellers, als sog. Host-Provider zur Verfügung.¹⁸ Häufig wird es sich also um Konstellationen handeln, in denen rechtswidrige Newsgroupbeiträge auf fremden Rechnern abgelegt werden oder in denen ein Online-Unternehmen seinen Kunden die Gelegenheit gibt, ihre persönlichen Web-Pages auf den Rechnern des Unternehmens abzulegen.

9.3.3

Der **Content-Provider** ist hingegen ein Inhaltsersteller, der die eigenen Inhalte über eigene Rechner und Speicher zur Verfügung stellt. Hierunter fallen z. B. eigene Dienste von Online-Unternehmen, die sie selbst erstellen und bereithalten. Content-Provider ist überdies, wer sich fremde Inhalte zu eigen macht.¹⁹ Dies kann der Fall sein, wenn der Anbieter fremderstellte Inhalte derart in sein eigenes Angebot integriert, daß sie nicht mehr als fremd erkennbar sind, oder wenn er sich diese Inhalte, obgleich sie als fremd erkennbar bleiben, für sein

¹⁷ So die Formulierung in § 3 Nr. 2 TDG.

¹⁸ Dazu sogleich unter 9.3.4.

¹⁹ Entwurfsbegründung IuKDG, BR-Drs. 966/96, S. 21 (zu § 5 Abs. 1); Koch, CR 97, 193, 197; Flechsig in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 57, 70.

eigenes Angebot zunutze macht, ohne sich davon zu distanzieren. So kann es beispielsweise liegen, wenn der Anbieter als eigenen Service fremde Software zum Download anbietet. Hier ist die Nähe des Anbieters zu den Inhalten ähnlich groß, wie bei solchen, die er selbst erstellt hat.

9.3.4

Hiervon zu unterscheiden ist der **Host-Provider**.²⁰ Die Bezeichnung Host-Provider, die das bisher gängige Begriffspaar Content- und Access-Provider ergänzt, wird zur Klarstellung des Unterschiedes zwischen reiner Zugangsvermittlung zu fremden Inhalten und der Speicherung fremder Inhalte auf eigenen Rechnern, dem „hosten“, erforderlich.²¹ Wie bei der Beschreibung des Erstellers bereits erwähnt, ist die Stellung des Host-Providers dadurch gekennzeichnet, daß er fremde Inhalte auf seinen Rechnern speichert und zugänglich macht.²² Fremde Inhalte sind regelmäßig die des Erstellers.²³

9.3.5

Wiederum hiervon zu unterscheiden ist der **Access-Provider**. In dieser Funktion werden die fremden Inhalte gar nicht auf den eigenen Rechnern gespeichert, sondern es wird lediglich der Zugang zu fremden Inhalten vermittelt, die sich ihrerseits auf den Rechnern eines anderen Content- oder Host-Providers befinden. Der Access-Provider schließt also quasi nur das Tor zum Internet auf.

9.3.6

Zuletzt ist noch der **Netzbetreiber** zu nennen, der in gar keinem direkten Kontakt zum Nutzer steht, sondern lediglich die Netze unterhält, über die die ganze Kommunikation abläuft. In Deutschland ist dies zur Zeit insbesondere die Telekom.

20 Vom englischen Begriff *host* = Gastgeber.

21 Die Bezeichnung wird auch verwendet in der Mitteilung der Europäischen Kommission zu illegalen und schädigenden Inhalten im Internet, BT-Drs. 865/96, S. 11.

22 Ein kurzzeitiges Proxy-Caching aufgrund konkreter User-Anfragen führt allerdings gem. § 5 III 2 TDG noch nicht zur Einordnung als Host-Provider, vgl. i. E. u. 9.5.5.1.2.

23 Vgl. o. 9.3.2.

9.4 Anzuwendende Rechtsgrundlagen

Der letzte vorab zu klärende Punkt befaßt sich mit der Problematik der anzuwendenden Rechtsgrundlagen. Hierbei ist zweifach zu differenzieren.

9.4.1 Deutsches oder ausländisches Recht

Zum einen muß – wie regelmäßig beim globalen Internet – geklärt werden, ob und in welchen Fällen deutsches oder ausländisches materielles Recht anzuwenden ist.²⁴ Die Erörterung der oben genannten deliktischen Anspruchsgrundlagen spielt nur für den Fall der Anwendbarkeit deutschen Rechts eine Rolle, allerdings gibt es in den meisten ausländischen Rechtsordnungen ähnliche Haftungstatbestände. In welchen Fällen statt des deutschen ein ausländisches materielles Recht anzuwenden ist, ist eine Frage des internationalen Privatrechts. Dies wird sowohl für den deliktischen als auch für den vertraglichen Bereich jeweils im Anschluß an die Darstellung der nationalen Rechtslage behandelt.²⁵

9.4.2 Rechtsgrundlagen innerhalb des nationalen Rechts

Auch innerhalb des Anwendungsbereichs des deutschen Rechts können allerdings verschiedene gesetzliche Grundlagen, teils nebeneinander, teils einander ausschließend, anwendbar sein. Immer erforderlich ist zunächst die Erfüllung aller Merkmale eines der oben genannten Haftungstatbestände mit Ausnahme des Verschuldens. Dies ist sozusagen notwendige Bedingung der Haftung und wird weiter unten Gegenstand eingehender Betrachtung sein. Hinsichtlich des Verschuldens ist indes zu differenzieren. Während im Grundsatz²⁶ bei allen genannten Schadensersatznormen Vorsatz und jede Fahrlässigkeit ausreicht, können spezialgesetzliche Regelungen zu gesteigerten Anforderungen an das Verschulden führen, bzw. eine Verschuldenshaftung generell ausschließen.

Solche Regelungen sind im jeweiligen § 5 des am 1. 8. 1997 in Kraft getretenen Teledienstgesetzes (TDG)²⁷ des Bundes und des am selben Tag in Kraft getretenen

24 Vgl. hierzu: *Bachmann* in: *Lehmann* (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, S. 169 ff.

25 S. u. 9.7.

26 Zur Frage, ob die Ausnahmebestimmung des § 13 VI Nr. 1 S. 2 UWG greift s. u. 9.5.2.3.2.

27 Enthalten in Art. 1 des Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz – IuKDG), das am 13. 6. 1997 vom Bundestag beschlossen wurde und am 4. 7. 1997 den Bundesrat passiert hat; BGBl. I 1997, 1870 ff.

Mediendienste-Staatsvertrages (MDStV) der Länder enthalten. Die Vorschriften sind in ihren Abs. 1 bis 3 inhaltsgleich, soweit es um die verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung geht. Sie treffen eine dreifach abgestufte Regelung der Haftung von Anbietern. Je geringer die inhaltliche und technische Beziehung eines Anbieters zum Angebot ist, desto abgeschwächerter soll er haften. Im einzelnen heißt es in den Vorschriften: Für „eigene Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten“, sind Anbieter gem. § 5 I TDG/MDStV „nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich“. Für „fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten“, besteht eine Verantwortlichkeit gem. § 5 II TDG/MDStV nur, wenn der Anbieter „von diesen Inhalten Kenntnis“ hat, und es ihm „technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern“. Die letzte Stufe regelt § 5 III TDG. Für „fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang zur Nutzung vermitteln“, sind die Anbieter „nicht verantwortlich“. Am stärksten, nämlich wie bisher, haftet also der Content-Provider, nur bei Kenntnis von Inhalten haftet der Host-Provider, der reine Access-Provider haftet gar nicht. Diese Regelungen, an sich als „Klarstellung der Verantwortlichkeit der Diensteanbieter“²⁸ gedacht,²⁹ bergen aber eine große Anzahl von Problemen, die teilweise zu mehr Rechtsunsicherheit als Rechtssicherheit führen. Besonders problematisch ist die Reichweite des MDStV hinsichtlich der zivilrechtlichen Haftung und die Abgrenzung von Telediensten, die unter das TDG fallen, und Mediendiensten, die unter den MDStV fallen. Auf diese Probleme wird im Rahmen der sogleich folgenden Darstellung verschuldensabhängiger Haftung an den Stellen, an denen es relevant wird, vertieft eingegangen.

9.5 Verschuldensabhängige deliktische Haftung nach deutschem Recht

Bei der Untersuchung der deliktischen Haftung im Online-Bereich nach deutschem Recht, ist, wie oben bereits angedeutet, hinsichtlich der verschiedenen in Betracht kommenden Funktionen des Haftungssubjekts zu unterscheiden.

9.5.1 Haftung des Nutzers

Zwar wird meist lediglich die Providerhaftung diskutiert,³⁰ jedoch darf nicht übersehen werden, daß auch der Nutzer Haftungsrisiken ausgesetzt ist. Aller-

28 Entwurfsbegründung IuKDG, BR-Drs. 966/96, S. 18.

29 Engel-Flehsig, ZUM 97, 231, 232.

30 Koch, CR 97, 193 ff. (allerdings mit kurzem Hinweis auf die Unanwendbarkeit des TDG auf den Nutzer, a. a. O., S. 195); Bortloff, GRUR Int. 97, 387 ff.; ders., ZUM 97, 167 ff.; Flehsig, AfP 96, 333 ff.; für das Strafrecht: Jäger/Collardin, CR 96, 236 ff.

dings verbreitet der Nutzer nicht aktiv eigenes Material im Netz, so daß die dies voraussetzende äußerungsrechtliche Haftung nach § 823 BGB, sowie eine wettbewerbs- oder markenrechtliche Haftung ausscheidet. Eine Haftung des Nutzers ist aber nach § 97 I UrhG möglich.³¹ Als haftungsbegründendes Verhalten des Nutzers kommen das beim Browsen vorgenommene Laden in den Arbeitsspeicher, das Ausdrucken der Inhalte und ein eventuelles Downloading in Betracht.

9.5.1.1 Urheberrechtlich geschütztes Werk

§ 97 UrhG setzt die Verletzung eines Urheberrechts oder eines sonstigen nach dem Urheberrechtsgesetz geschützten Rechts voraus. Das sind Urheberpersönlichkeits-, Verwertungs-, sonstige Schutz- oder Zustimmungsrechte. Erforderlich ist jeweils, daß der Inhalt, der Gegenstand des Browsens, Herunterladens oder Druckens ist, ein geschütztes Werk i. S. § 2 UrhG darstellt oder zumindest ein verwandtes Schutzrecht nach §§ 70 ff. UrhG begründet. Dies ist bei den meisten Inhalten, bei denen die Haftungsfrage virulent wird, der Fall. Angebote im Netz umfassen unter anderem Computerprogramme (§§ 2 I Nr. 1; 69a ff. UrhG), sonstige Sprachwerke (§ 2 I Nr. 1 UrhG) wie eingescannte Bücher oder Aufsätze, Fotografien (§ 2 I Nr. 5 UrhG).³²

9.5.1.2 Betroffene Rechte

Die Ermittlung der durch die genannten Handlungen konkret betroffenen Rechte ist etwas schwieriger und in den Einzelheiten umstritten. Es ist zwischen den einzelnen in Betracht kommenden Tätigkeiten des Nutzers zu unterscheiden. Als solche sind wie gesagt das bloße Browsen im Netz, ein eventuelles Downloaden von Daten aus dem Netz auf eigene Datenträger, ein Ausdrucken von Inhalten am heimischen Drucker und schließlich eine Bearbeitung oder Umgestaltung des Werkes näher zu untersuchen.

31 Vgl. *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 179f.; *Schwarz* in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 30f.

32 S. a. *Waldenberger*, ZUM 97, 176; *Spindler*, ZUM 96, 533, 542 und insbes. *Koch*, GRUR 97, 417 ff.

9.5.1.2.1 Browsen

Seit geraumer Zeit besteht Uneinigkeit³³ dahingehend, ob das Laden in den Arbeitsspeicher, wie es auch beim Browsen vorgenommen wird, eine Vervielfältigung i. S. § 16 UrhG darstellt,³⁴ oder ob es vielmehr ein urheberrechtlich irrelevanter Vorgang ist.³⁵ Vervielfältigung ist jede körperliche Festlegung eines Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.³⁶ Gegen die Annahme einer Vervielfältigung spricht, daß es sich nur um eine flüchtige Speicherung handelt, die zu keinerlei dauerhafter Materialisierung führt.³⁷ In der Praxis geht die Tendenz allerdings in die andere Richtung. So ist nach § 69c Nr. 1 UrhG auch die nur vorübergehende Vervielfältigung zustimmungsbedürftig.³⁸ Art. 5 a der Datenbankrichtlinie enthält eine ähnliche Bestimmung.³⁹ So oder so kann aber im bloßen Browsen kein rechtswidriger Eingriff in das Vervielfältigungsrecht gesehen werden. Insbesondere für den privaten Gebrauch greift einerseits die Schranke des § 53 I UrhG,⁴⁰ im übrigen ist das Browsen eine typische Eigenart des Internets und zwingend mit ihm verknüpft. Jeder, der ein Werk im Internet präsentiert, erteilt damit konkludent seine Einwilligung zum Laden in den Arbeitsspeicher im Rahmen des Browsens.⁴¹ Eine anderweitige Erklärung des Anbieters wäre nach der Regel „*protestatio facto contraria non valet*“ unbeachtlich. Dies kann man auch aus dem

33 Darstellung des Streitstandes bei *Spindler*, ZUM 96, 533, 543 (Fn. 90); *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 179; *Schwarz* in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 30; *Schricker* (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 112; vgl. ferner: *Hoeren* in: *Kubicek u. a.* (Hrsg.), Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1995, S. 94, 95.

34 *Becker*, ZUM 95, 231, 244 (m. w. N. Fn. 45); *Koch*, GRUR 97, 423.

35 *Spindler*, ZUM 96, 533, 543 (m. w. N. Fn. 90).

36 *Mestmäcker/Schulze*, Urheberrechtskommentar Bd. 1, § 16 Anm. 2.

37 Vgl. *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, Rdnr. 103 ff.; *Schwarz* in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 30.

38 Vgl. *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 179; *Schwarz* in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 30.

39 Die insofern zunächst vorgesehene ebenso deutliche Umsetzung (§ 87a III UrhG – Art. 7 Nr. 2 RegE IuKDG, BR-Drs. 966/96; hierzu noch *Vogel*, ZUM 97, 592, 597) ist allerdings im beschlossenen Entwurf wieder gestrichen worden (BT-Drs. 13/7934 v. 11. 6. 1997). Auch die Enquete-Kommission „Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft – Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft“ empfiehlt in ihrem zweiten Zwischenbericht zum Thema Neue Medien und Urheberrecht, die aus technischen Gründen erfolgte Zwischenspeicherung nicht als Vervielfältigung i. S. § 16 UrhG anzusehen, Zwischenbericht 4.2.1; für die Annahme einer Vervielfältigung nun auch Art. 2 des Entwurfs der EU-Kommission eines Vorschlags einer Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

40 *Schwarz* in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 31.

41 *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 179.

Rechtsgedanken des für Computerprogramme geltenden § 69d I UrhG herleiten, wonach insbesondere eine Vervielfältigung i. S. § 69c Nr. 1 UrhG keiner Zustimmung bedarf, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms erforderlich ist. Dieser Gedanke ist auch für das Browsen zutreffend. Die dabei vorgenommene Vervielfältigung ist für die bestimmungsgemäße Benutzung des Internets erforderlich, die der Anbieter durch das Angebot seiner Inhalte im Internet auch gerade erwartet. Die Konstruktion der konkludenten Gestattung hilft selbstverständlich nicht, wenn der Gestattende nicht berechtigt ist, also das Material selbst schon urheberrechtswidrig anbietet. Die konkludente Einwilligung des Nichtberechtigten hat keinerlei Wirkung gegen den wahren Berechtigten. In diesen Fällen ist zwar auch der Nutzer nicht zur Vervielfältigung im Rahmen des Browsens – so man sie denn bejahen will – berechtigt, aber auf Schadensersatz nach § 97 UrhG haftet er dennoch nicht, da es jedenfalls am Verschulden fehlt. Vor der Vervielfältigung ist die Urheberrechtsverletzung für den Nutzer nämlich unter keinen Umständen erkennbar, da er die Seite ja erst nach dem Laden in den Arbeitsspeicher sehen, und frühestens zu diesem Zeitpunkt – falls überhaupt – die Rechtsverletzung erkennen kann. Problematischer wird dies konsequenterweise beim wiederholten Laden einer Seite mit erkennbar urheberrechtswidrigem Material. Jedoch wird man auch hier derzeit ein Verschulden verneinen müssen, da angesichts der extrem unklaren Rechtslage vom User nicht erwartet werden kann, daß er das Browsen überhaupt als urheberrechtsrelevanten Vervielfältigungsakt erkennen muß. Nach der Rechtsprechung liegt keine Verletzung der Sorgfaltspflichten vor, wenn bei einer neuen streitigen Rechtsfrage an einer von gewichtigen Stimmen in der Diskussion vertretenen Rechtsauffassung festgehalten, und eine höchstrichterliche Entscheidung abgewartet wird.⁴² Beim bloßen Browsen drohen dem Nutzer demnach keine Schadensersatzansprüche aus § 97 I UrhG.

Allenfalls kommen in der letzten geschilderten Konstellation, also wenn lediglich eine Einwilligung des Nichtberechtigten vorliegt, Unterlassungsansprüche im Hinblick auf das wiederholte Abrufen der Seite in Betracht. Jedoch erscheint es praktisch wenig sinnvoll, in diesen Fällen gegen die einzelnen Nutzer vorzugehen anstatt gegen denjenigen, der das Material unberechtigterweise anbietet.

9.5.1.2.2 Download und Ausdruck

Das Herunterladen von Material aus dem Netz auf die Festplatte oder einen anderen Datenträger sowie das Ausdrucken stellt unbestrittenermaßen eine Vervielfältigung i. S. § 16 UrhG dar.⁴³

42 BGH GRUR 55, 492, 501 „Magnetophon“; GRUR 55, 545, 549 „Fotokopie“.

43 Schrickler (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 111; Spindler, ZUM 96, 533, 543; Waldenberger, ZUM 97, 176, 179; Koch, GRUR 97, 417, 423.

9.5.1.3 Rechtswidrige Verletzung des Vervielfältigungsrechts

Die Problematik der rechtswidrigen Verletzung des Vervielfältigungsrechts wurde für den Sonderfall des Browsens oben bereits abschließend behandelt. Für die Fälle des Downloading und des Ausdrucks von Material, ist sie nun darzustellen. Eine rechtswidrige Verletzung scheidet selbstverständlich aus, wenn der Berechtigte die Vervielfältigung gestattet hat. Ausdrücklich wird dies in den wenigsten Fällen geschehen. Hierzu bedürfte es eines entsprechenden Hinweises auf der jeweiligen Seite oder – was noch seltener sein dürfte – einer Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem User. Auch hier ist aber an eine konkludente Gestattung zu denken. Eine solche ist eindeutig nicht gegeben, wenn ein entsprechender erkennbarer Hinweis das Herunterladen oder Ausdrucken explizit untersagt. Anders als beim Browsen liegt in einem derartigen Hinweis auch keine unbeachtliche „*protestatio facto contraria*“, denn diese Handlungen sind keineswegs notwendig mit der Bereitstellung von Inhalten im Netz verknüpft. Unklar ist die Rechtslage folglich, wenn es an einem Hinweis überhaupt – sei er positiver oder negativer Art – fehlt. Hier wird von einer konkludent erteilten Vervielfältigungsgenehmigung nicht auszugehen sein. Dies folgt aus der generellen, auch an § 31 V UrhG zu erkennenden, Wertung des Urheberrechts, daß die Rechte im Zweifel beim Urheber verbleiben sollen.⁴⁴ Da Download und Ausdruck der Nutzung des Internets nicht immanent sind, und gerade nicht – wie das Browsen – für den bestimmungsgemäßen Gebrauch erforderlich sind, verbleibt das entsprechende Vervielfältigungsrecht, vorbehaltlich ausdrücklicher anderslautender Hinweise oder sonstiger Indizien, folglich allein beim Urheber bzw. beim sonstigen Berechtigten.

Eine widerrechtliche Verletzung i. S. § 97 UrhG fehlt allerdings auch beim Eingreifen der gesetzlichen Schranken der §§ 45 ff. UrhG.⁴⁵ Für den Nutzer kommt hier, ohne daß an dieser Stelle ein Eingehen auf alle Einzelfragen möglich ist, vor allem § 53 UrhG in Betracht. Nach § 53 I UrhG ist es zulässig, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes zum privaten Gebrauch herzustellen.⁴⁶ Im Grundsatz kann demnach der private – § 53 I UrhG gilt nur für natürliche Personen⁴⁷ – User für seine eigenen, nichtgewerblichen Zwecke Inhalte aus Netzen

44 Vgl. *Mestmäcker/Schulze*, Urheberrechtskommentar Bd. 1, § 31 Anm. 5.

45 Allgemein hierzu: *Hoeren* in: *Lehmann* (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht, S. 95 ff.

46 Eine Einschränkung ergibt sich diesbezüglich aus der Umsetzung der Datenbankrichtlinie: Art. 7 Nr. 3 IuKDG sieht mit Wirkung vom 1. 1. 1998 folgenden neuen § 53 IV UrhG vor: „Absatz 1 sowie Absatz 2 Nr. 2 finden keine Anwendung auf Datenbanken, deren Elemente einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind. Absatz 2 Nr. 1 findet auf solche Datenbanken mit der Maßgabe Anwendung, daß der wissenschaftliche Gebrauch nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt.“

47 Vgl. *Flehsig*, NJW 85, 1991, 1994.

herunterladen und auch ausdrucken.⁴⁸ Eine Grenze findet dieses Vervielfältigungsrecht in § 53 IV b) UrhG, wonach die im wesentlichen vollständige Vervielfältigung einer Zeitschrift oder eines Buches stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig ist. Das Ausdrucken oder Herunterladen eines kompletten im Internet abrufbaren Buches ohne Einwilligung wäre also unzulässig.⁴⁹ Auf die Verbreitungsmodalität des Werkes – Internet statt Papierform – kann es dabei nicht ankommen. Eine weitere Beschränkung gilt gem. §§ 69c I Nr. 1, 69d UrhG für Computerprogramme.⁵⁰ Grundsätzlich ist danach die Vervielfältigung von Software nur mit Zustimmung des Berechtigten zulässig, es sei denn, es handelt sich um Handlungen, die der bestimmungsgemäße Gebrauch durch den zur Nutzung Berechtigten voraussetzt, oder um eine Sicherheitskopie durch diese Person. Ein Download von Computerprogrammen aus Netzen ist demnach auch zum privaten Gebrauch nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig. Eine solche Einwilligung liegt vor, wenn das Programm vom Berechtigten als Freeware oder Shareware angeboten wird. In den gleichen Grenzen ist die Vervielfältigung nach § 53 II Nr. 1 UrhG zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch zulässig,⁵¹ abgesehen von Computerprogrammen. Eine Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe hiernach zulässigerweise erstellter Vervielfältigungsstücke ist wegen § 53 V 1 UrhG aber keinesfalls ohne Zustimmung des Berechtigten zulässig.

Eine widerrechtliche Vervielfältigung – auch wenn sie für den privaten Gebrauch geschieht – stellt somit insbesondere das Herunterladen oder Ausdrucken ganzer Bücher bzw. Zeitschriften, sowie das Herunterladen von Software ohne Einwilligung des Berechtigten dar. Die erforderliche Einwilligung muß sich in diesen Fällen positiv aus der entsprechenden Seite ergeben. Von einer konkludenten Einwilligung kann hier, anders als beim bloßen Browsen, nicht ausgegangen werden. Eine Einwilligung liegt regelmäßig beim Angebot von Software als Free- oder Shareware vor. Zu beachten ist allerdings, daß diese Einwilligung nur wirksam ist, wenn sie vom Berechtigten stammt. Werden also Raubkopien im Netz zum Download angeboten, liegt im Herunterladen durch den Nutzer immer eine widerrechtliche Vervielfältigung. Während dies für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus § 97 I UrhG und den Vernichtungsanspruch bezüglich der Vervielfältigungsstücke aus § 98 UrhG ausreicht, verlangt der Schadensersatzanspruch zusätzlich ein Verschulden des Nutzers.

48 *Kappes*, GRUR 97, 338, 343; *Schricker* (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 165.

49 *Kappes*, GRUR 97, 338, 343.

50 Vgl. *Kappes*, GRUR 97, 338, 342.

51 Dazu: *Hoeren* in: *Lehmann* (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht, S. 95, 105.

9.5.1.4 Verschulden

Ein Schadensersatzanspruch aus § 97 I UrhG setzt Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Vorsatz ist die wissentliche und willentliche Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.⁵² Kennt der Nutzer also die von ihm begangene Urheberrechtsverletzung, steht seine Haftung außer Zweifel. Es genügt aber auch Fahrlässigkeit. Dies ist gem. § 276 I 2 BGB die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Vorausgesetzt wird hierbei die Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolgseintritts.⁵³ Die bisherige Rechtsprechung stellt strenge Anforderungen an die entsprechenden Prüfungspflichten.⁵⁴ Den Nutzer eines Werkes trifft eine Unterrichtungspflicht sowohl hinsichtlich der Rechtslage⁵⁵ als auch die Verpflichtung, sich – selbst wenn dies sorgfältige Nachprüfung verlangt⁵⁶ – hinsichtlich des Bestands von behaupteten Rechten Gewißheit zu verschaffen.⁵⁷ Fahrlässigkeit liegt somit sicher vor, wenn ein Nutzer ganze Bücher oder Zeitschriften aus dem Netz herunterlädt oder ausdrückt und sich allein auf die Unkenntnis des § 53 IV b) UrhG beruft. Schwieriger wird es, wenn sich der Nutzer auf die Einwilligung eines Nichtberechtigten verläßt, beispielsweise wenn raubkopierte Software zu Unrecht als Share- oder Freeware angeboten wird, oder wenn der Download kompletter Bücher von einer Person „gestattet“ wird, die das Material selbst unberechtigterweise eingescannt hat. Im Grundsatz muß der Nutzer sich nach der zitierten Rechtsprechung auch hier Gewißheit über die behauptete Berechtigung verschaffen. Im Einzelfall wird jedoch Fahrlässigkeit eines privaten Nutzers ausscheiden können, wenn Art und Darstellung der Inhalte keinerlei Anlaß zu Zweifeln geben. Bei umfangreicher und normalerweise nur entgeltlich erhältlicher Software wird dies aber in der Regel nicht der Fall sein. Liegt nach diesen Grundsätzen ein Verschulden des Nutzers vor, besteht gegen ihn bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der Schadensersatzanspruch aus § 97 UrhG.

9.5.2 Haftung des Erstellers

Anders als der Nutzer, der Rechtsverletzungen regelmäßig nur beim Empfangen bestimmter Inhalte begehen kann, sendet der Ersteller Inhalte aus. Er steht

52 BGHZ 69, 128, 142; 118, 201, 208; *Staudinger-Löwisch*, 12. A. 1979, § 276 Rdnr. 12, 15; *Erman-Battes*, 9. A. 1993, 3 276 Rdnr. 16, 17.

53 Vgl. nur: *MüKo-Hanau*, Bd. 2, 3. A. 1994, § 276 Rdnr. 75, 76.

54 RGZ 144, 106, 113; *Wild* in: *Schricker*, Urheberrecht, § 97 Rdnr. 52; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 97 Rdnr. 33.

55 BGH GRUR 60, 606, 608 „Eisrevue II“.

56 BGH GRUR 59, 331, 334 „Dreigroschenroman“.

57 KG GRUR 59, 150, 151 „Musikbox-Aufsteller“.

gleichsam auf der anderen Seite. Bei der Tätigkeit des Erstellers – Schaffung von Inhalten und Zugänglichmachung durch Abspeicherung bei einem Host – kommen alle zu Beginn⁵⁸ erwähnten Haftungstatbestände in Betracht.

9.5.2.1 Haftung aus § 823 BGB

Die Inhalte des Erstellers können in Form von Äußerungsdelikten wie Schmähkritiken, unwahren Tatsachenbehauptungen oder Boykottaufrufen das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzen.⁵⁹ Mittelbar, nämlich durch von Nutzern befolgte gefährliche Informationen oder Falschinformationen in Anleitungen oder medizinischen Texten, kommt auch eine Verletzung anderer Rechtsgüter wie Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum in Betracht. Etwas problematisch ist die Frage der Rechtsgutsverletzung, wenn es infolge von fehlerhafter oder virenbehafteter Software, die zum Download angeboten wird, zu Datenverlusten⁶⁰ kommt. Der Eigentumsbegriff des BGB meint, wie sich aus §§ 903, 90 BGB ergibt, Sacheigentum an körperlichen Gegenständen. Es ist umstritten, ob ein Datenverlust eine derartige Sacheigentumsverletzung begründen kann. Teilweise wird dies mit der Begründung verneint, daß Daten lediglich elektrische Spannungen bzw. immaterielle Informationen⁶¹ seien und an ihnen wegen der fehlenden stofflichen Existenz kein Eigentum bestehen könne.⁶² Diese Ansicht übersieht aber, daß Eigentum jedenfalls an dem Datenträger mit den in diesem verkörperten Daten besteht.⁶³ Zwar bleibt dessen Substanz bei der Datenlöschung unversehrt, jedoch setzt eine Eigentumsverletzung i. S. § 823 I BGB nicht notwendig eine Substanzverletzung voraus, sondern ist bei jeder Einwirkung auf die Sache gegeben, die den Eigentümer daran hindert, die Sache i. S. § 903 BGB bestimmungsgemäß zu gebrauchen.⁶⁴ Eine derartige Einschränkung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Datenträgers und damit eine Eigentumsverletzung i. S. § 823 I BGB

58 S. o. 9.2.2.

59 In Fällen der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Wertschätzung von Personen oder Unternehmen durch Behauptung oder Verbreitung unwahrer Tatsachen kommen ferner Ansprüche aus § 824 BGB in Betracht.

60 Bei Hardwareschäden ist die Eigentumsverletzung unproblematisch.

61 *Gerstenberg*, NJW 56, 530.

62 LG Konstanz CR 97, 84.

63 BGH NJW 90, 320, 321; *Rombach*, CR 90, 101, 104.

64 BGH NJW 94, 517, 518; OLG Karlsruhe NJW 96, 200, 201; *Palandt-Thomas*, 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 8 (m. w. N.).

liegt in der Löschung von in diesem verkörpertem Daten.⁶⁵ Auch in diesen Fällen liegt somit die Rechtsgutsverletzung vor.

Das adäquat kausale haftungsbegründende Verhalten liegt in der Erstellung der Inhalte und deren Verbreitung durch Zugänglichmachung in Form der Speicherung auf dem Rechner des Hosts. Die Rechtswidrigkeit, die sich auf den eingetretenen Erfolg beziehen muß,⁶⁶ ist in der Regel durch die Rechtsgutsverletzung indiziert. Lediglich bei den offenen Tatbeständen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ist die Rechtswidrigkeit i. R. einer Güterabwägung positiv festzustellen.⁶⁷

Auch beim Verschulden gelten keine Besonderheiten. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind nach den allgemeinen Grundsätzen festzustellen. Der Ersteller von Inhalten muß diese auf ihre Rechtmäßigkeit, Richtigkeit oder Gefährlichkeit hin überprüfen. Die Tatsache, daß die Rechtsverletzung über das Internet oder sonstige Online-Medien vermittelt wird, ändert an der Anwendbarkeit dieser Grundsätze nichts.⁶⁸

Für die Haftung des Erstellers von Inhalten gelten auch die erwähnten spezialgesetzlichen Bestimmungen des TDG und des MDStV nicht. Die für die Haftung bedeutsamen Vorschriften des § 5 TDG/MDStV knüpfen an die Eigenschaft als Diensteanbieter bzw. Anbieter i. S. § 3 Nr. 1 TDG/MDStV an, gelten also nur für „natürliche oder juristische Personen oder Personenvereinigungen, die eigene oder fremde Teledienste/Mediendienste zur Nutzung bereithalten, oder den Zugang zur Nutzung vermitteln“. Der Ersteller in der hier verwendeten Terminologie hält aber Inhalte nicht bereit. Ein Bereithalten setzt die Speicherung auf Rechnern voraus, auf die Dritte Personen (Nutzer i. S. § 3 Nr. 2 TDG/MDStV) zugreifen können. Der Ersteller hat aber keine Speicherkapazitäten, sondern legt seine Inhalte vielmehr beim Host-Provider ab, der sie dann als fremde Inhalte bereithält. Der nicht bereithaltende Ersteller von Inhalten fällt somit nicht in den Anwendungsbereich des § 5 TDG/MDStV. Für ihn verbleibt es vielmehr ausnahmslos bei den allgemeinen Bestimmungen.⁶⁹

65 OLG Karlsruhe NJW 96, 200, 201; *Rombach*, CR 90, 101, 104.

66 *Staudinger-Schäfer*, 12. A. 1986, § 823 Rdnr. 8 (m. w. N.).

67 Vgl. für Persönlichkeitsrechtsverletzungen nur: BGH NJW 94, 124, 126 „Greenpeace“; NJW 96, 1131, 1133; NJW 95, 861, 862 = GRUR 95, 224, 227 „Erfundenes Exklusiv-Interview“; *Müller*, AfP 97, 499, 500 f.

68 *Spindler*, ZUM 96, 533; *Sieber*, JZ 96, 429, 440.

69 *Koch*, CR 97, 193, 195.

9.5.2.2 Haftung nach § 97 I UrhG

Auch bei der Erstellung und Zugänglichmachung von Inhalten durch den Ersteller ist die Verletzung von urhebergesetzlich geschützten Rechten möglich.

9.5.2.2.1 Erstellung der Inhalte

Bei der Erstellung der Inhalte kommt insbesondere eine Vervielfältigung von Werken gem. § 16 UrhG in Betracht, beispielsweise durch das Einscannen oder Eingeben⁷⁰ von Texten, Bildern, Fotos, Musikwerken oder Filmsequenzen, oder durch das Kopieren von Computerprogrammen. In all diesen Handlungen liegt eine Rechtsverletzung, wenn es an der Zustimmung des Berechtigten fehlt. Insbesondere die Schranke des § 53 I UrhG greift hier nicht, weil die Vervielfältigung zum Zwecke der Zugänglichmachung im Netz nicht zum privaten Gebrauch geschieht. Aus den entsprechenden Gründen ist § 53 II UrhG bei Vervielfältigungen zu diesem Zweck nicht einschlägig. Allenfalls das Zitatrecht des § 51 UrhG kommt als gesetzliche Schranke in Frage.⁷¹ Dann muß es sich bei dem erstellten Inhalt aber um ein selbständiges Werk handeln,⁷² und das Zitat muß im Verhältnis zum Ganzen eine untergeordnete Rolle spielen.⁷³

9.5.2.2.2 Zugänglichmachung der Inhalte

Weitere Urheberrechtsverletzungen drohen beim Angebot der Inhalte durch die Zugänglichmachung. Diese erfolgt in Form der Speicherung auf dem Host-Rechner als FTP-Datei, Newsgroupbeitrag oder Web-Page.⁷⁴ Das Uploaden durch den Ersteller ist eine erneute Vervielfältigung i. S. § 16 UrhG, da es zu einer

70 Schwarz in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 24; Becker, ZUM 95, 231, 243; Koch, GRUR 97, 417, 423 f.

71 Schwarz in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 25.

72 Vinck in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 51 Rdnr. 3; Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 161; ders. in: Schricker, Urheberrecht, § 51 Rdnr. 20.

73 Vinck in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 51 Rdnr. 3; vgl. zum Ganzen: Hoeren in: Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), S. 95, 100 ff.

74 Vgl. Waldenberger, ZUM 97, 176.

dauerhaften Speicherung auf dem Rechner des Host-Providers führt.⁷⁵ Neben dem möglicherweise betroffenen Veröffentlichungsrecht des § 12 UrhG,⁷⁶ bereitet darüber hinaus vor allem die Einordnung der eigentlichen Zurverfügungstellung der Inhalte für die Nutzer Schwierigkeiten. Diskutiert wird, die Zugänglichmachung als Verbreitung i. S. § 17 UrhG, als Sendung i. S. § 20 UrhG oder als sonstige öffentliche Wiedergabe i. S. § 15 II UrhG aufzufassen.⁷⁷

Die Einordnung als Verbreitung ist im Zusammenhang mit dem in § 17 II UrhG⁷⁸ enthaltenen Erschöpfungsgrundsatz zu sehen.⁷⁹ Danach ist eine Weiterverbreitung mit Ausnahme der Vermietung grundsätzlich zulässig, wenn das Werk oder Vervielfältigungsstück mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der EU einmal durch Veräußerung in den Verkehr gebracht wurde. Das Verbreitungsrecht des Berechtigten ist dann erschöpft.⁸⁰ Dies dient im Ergebnis dem freien Warenverkehr, auf eine Weiterveräußerung soll der Urheber keinen Einfluß mehr haben.⁸¹ Es erscheint bedenklich, diese Rechtsfolge allein davon abhängig zu machen, ob beispielsweise Software in körperlicher Form – also auf Disketten – oder per Download vom FTP-Server veräußert wird.⁸² Das Verbreitungsrecht des § 17 UrhG bezieht sich aber schon gem. § 15 I UrhG nur auf körperliche Gegenstände.⁸³ Gegenstand der Veräußerung muß also ein körperlich vorhandenes Exemplar sein.⁸⁴ Dies ist aber beim Download nicht der Fall, da nur Daten übertragen werden, die erst beim Empfänger wieder auf

75 Waldenberger, ZUM 97, 176, 177; Schwarz in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 24; Becker, ZUM 95, 231, 244; Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 111.

76 Dazu: Waldenberger, ZUM 97, 176, 177.

77 Überblick über den Streitstand bei: Waldenberger, ZUM 97, 176, 178; Schwarz in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 28 f.; Becker (Hrsg.), ZUM 95, 231, 244 ff.; Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 126 ff.

78 Vgl. für Software § 69c Nr. 3 UrhG.

79 Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 127.

80 Loewenheim in: Schricker, Urheberrecht, § 17 Rdnr. 15 ff.; Vinck in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 17 Rdnr. 8.

81 Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 127.

82 Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 127; Koch, GRUR 97, 417, 426; zu den rechtspolitischen Überlegungen vgl. a. Hoeren in: Kilian/Heussen, Computerrechtshandbuch, 141 Rdnr. 13.

83 Loewenheim in: Schricker, Urheberrecht, § 17 Rdnr. 2; Vinck in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 17 Rdnr. 1; Becker, ZUM 95, 231, 244; Schwarz in: Becker/Dreier (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie, S. 105, 118; Flechsig in: Becker/Dreier (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie, S. 27, 30; Dreier in: Becker/Dreier (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie, S. 123, 138.

84 Waldenberger, ZUM 97, 176, 178; Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 128; Hoeren in: Kilian/Heussen, Computerrechtshandbuch, 141 Rdnr. 12.

Speichermedien verkörpert werden, es entsteht eine neue Kopie.⁸⁵ Teilweise wird daher eine „unkörperliche Verbreitung“ vorgeschlagen.⁸⁶ Dies würde aber nicht auf alle Formen der Online-Nutzung passen und würde insbesondere dem Erschöpfungsgrundsatz einen systemwidrig weiten Anwendungsbereich eröffnen.⁸⁷

Auch das Senderecht des § 20 UrhG paßt nicht,⁸⁸ da nach bisherigem Verständnis eine Sendung nur vorliegt, wenn der Anbieter Zeit, Inhalt und Dauer der Übermittlung einseitig festlegt.⁸⁹ Gerade dies ist beim Online-Abruf aber anders. Hier entscheidet der Nutzer.

Die Online-Zugänglichmachung von Inhalten ist vielmehr als sonstige unkörperliche Wiedergabe i. S. des nicht abschließenden § 15 II UrhG einzuordnen, wobei der Öffentlichkeitsbegriff des § 15 III UrhG auf eine sukzessive Öffentlichkeit i. S. des Online-Abrufs auszudehnen ist.⁹⁰ Diese Auslegung entspricht auch Art. 8 des WIPO Copyright Treaty vom 20. Dezember 1996,⁹¹ der den Urhebern das Recht des „making available to the public“ – auch in Form des sukzessiven und zeitlich und örtlich individuell bestimmten Abrufs durch Nutzer – garantiert.⁹²

85 Waldenberger, ZUM 97, 176, 178; Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 128.

86 Schwarz in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 30.

87 Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 129; ablehnend zur Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes im Online-Bereich auch Art. 4 des Entwurfs der EU für eine Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft.

88 A.A. Spindler, ZUM 96, 533, 543.

89 Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 131; Waldenberger, ZUM 97, 176, 178; Becker, ZUM 95, 231, 245; Schwarz in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 28; nicht eindeutig: Koch, GRUR 97, 417, 428 f.

90 Waldenberger, ZUM 97, 176, 178 f.; Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 133, 135; Becker, ZUM 95, 231, 245.

91 Abgedruckt in WIPR 1997, Volume 11, Number 2, S. 64 ff; vgl nun auch Art. 3 des Entwurfs der EU für eine Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft.

92 S. dazu auch Waldenberger, ZUM 97, 176, 178; sehr mißverständlich: v. Lewinski CR 97, 438, 441, die gar nicht mehr auf die Abrufmodalitäten, sondern allein auf das „Online-Anbieten“ abstellt, womit sie offenbar allein die Bereithaltung auf einem Server meint und hier eine Gleichzeitigkeit sieht, ohne daß es auf die Tatsache des sukzessiven Abrufs ankommen solle. Diese Begründung ist indes sehr bedenklich, da dem so verstandenen „Anbieten“ der nötige Bezug zum Empfänger fehlt, und dieser eben nur sukzessive möglich ist, weshalb dieser Fall im WCT gerade ausdrücklich benannt ist. Aus diesem Grunde bestand kein Bedürfnis im Rahmen des WCT „den Begriff der Öffentlichkeit auf internationaler Ebene zu definieren.“

9.5.2.2.3 Verschulden und sonstige Voraussetzungen des § 97 I UrhG

Der Ersteller läuft also bei Schaffung, Uploading und Zugänglichmachung seiner Inhalte Gefahr, insbesondere das Vervielfältigungsrecht des § 16 UrhG und ein sonstiges Recht der unkörperlichen Wiedergabe i. S. § 15 II UrhG zu verletzen. Fehlt es für diese Handlungen an der Zustimmung des hinsichtlich des verwendeten Materials Berechtigten, liegt eine Rechtsverletzung nach § 97 UrhG vor. Insbesondere die Schranke des § 53 I und II UrhG greift nicht, da das Anbieten von Inhalten im Netz kein privater oder sonstiger eigener Gebrauch ist. Hinsichtlich des Verschuldens gelten die allgemeinen Grundsätze, insbesondere die von der Rechtsprechung aufgestellten⁹³ strengen Prüfungspflichten hinsichtlich des Bestehens fremder Rechte.⁹⁴ Besonderheiten aufgrund der Online-Nutzung ergeben sich für die Haftung des Erstellers nicht.

9.5.2.3 Haftung für Wettbewerbsrechtsverletzungen⁹⁵

Der Ersteller von Inhalten kann sich auch wegen Wettbewerbsrechtsverletzungen schadensersatzpflichtig machen. Als Anspruchsgrundlagen im Online-Bereich kommen hier insbesondere § 1 UWG, §§ 3, 13 VI Nr. 1 UWG und § 14 UWG in Betracht.

9.5.2.3.1 Haftung nach § 1 UWG

Nach § 1 UWG kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen. Nach allgemeiner Auffassung setzt der Schadensersatzanspruch auch hier ein schuldhaftes Verhalten voraus.⁹⁶ Dieser Haftungstatbestand kann im Online-Bereich durch den Ersteller von Inhalten erfüllt werden, beispielsweise durch unlautere Werbung auf Web-Pages.

93 RGZ 144, 106, 113; BGH GRUR 60, 606, 608 „Eisrevue II“; GRUR 59, 331, 334 „Dreigroschenroman“; KG GRUR 59, 150, 151 „Musikbox-Aufsteller“; Wild in: *Schricker*, Urheberrecht, § 97 Rdnr. 52; Nordemann in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 97 Rdnr. 33.

94 Vgl. a. Waldenberger, ZUM 97, 176, 181.

95 Vgl. *Walit* in: *Lehmann* (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), S. 185 ff.; *Hoeren* in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 35 ff.

96 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, Einl UWG Rdnr. 339.

Die Vorschrift verlangt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr. Dazu zählt jede Tätigkeit, die der Förderung eines – auch fremden – Geschäftszweckes dient. Den Gegensatz bildet die rein private Tätigkeit.⁹⁷ Ein Inhaltsersteller, der keinerlei geschäftliche Ziele verfolgt, haftet also allein nach dem allgemeinen Deliktsrecht des BGB. Dagegen ist das Merkmal unproblematisch erfüllt, wenn ein Unternehmen auf seiner Homepage für sich wirbt.

Vorausgesetzt wird ferner ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs. Dieses Tatbestandsmerkmal setzt sich aus einer objektiven und einer subjektiven Komponente zusammen. Objektiv ist ein Verhalten erforderlich, das geeignet ist, den Absatz oder Bezug einer Person zum Nachteil einer anderen Person zu fördern.⁹⁸ Es genügt also jede Eignung zu irgendeiner Förderung der Stellung eines Wettbewerbers gegenüber seinen Konkurrenten. Auch dies ist insbesondere bei allen Arten der Werbung gegeben. Subjektiv wird eine Wettbewerbsförderungsabsicht verlangt,⁹⁹ wobei die Absicht genügt, den Wettbewerb eines Dritten zum Nachteil eines Mitbewerbers zu fördern.¹⁰⁰ Für eine derartige Absicht spricht bei Maßnahmen, die objektiv zur Wettbewerbsförderung geeignet sind, eine tatsächliche Vermutung.¹⁰¹ Hier treten also im Regelfall ebenfalls keine Schwierigkeiten auf.

Entscheidend im Rahmen des § 1 UWG ist das Vorliegen einer Handlung, die gegen die guten Sitten verstößt. Hierzu wurden in umfangreicher Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt, die hier nicht eingehend behandelt werden können.¹⁰² Im Grundsatz bleiben die allgemeinen Prinzipien auch im Online-Bereich anwendbar. So spielt es keine Rolle, ob eine irreführende und sittenwidrige Täuschung, eine vergleichende Werbung, eine Nachahmung, eine Ausbeutung fremden Rufs oder eine Ausnutzung fremder Werbung online oder offline begangen wird. Lediglich auf einzelne Fallgruppen, die online besonders relevant erscheinen, soll hier kurz eingegangen werden. Hierzu gehört zum einen die unangeforderte Versendung von E-Mails mit kommerziellem Inhalt. In Anlehnung an die Rechtsprechung zum Telefax¹⁰³ liegt hierin ein Verstoß gegen § 1 UWG,¹⁰⁴ da der durch Werbemails beanspruchte Speicherplatz auf dem Server und die

97 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, Einl UWG Rdnr. 208.

98 *Baumbach/Hefermehl*, a. a. O. (Fn. 97) Rdnr. 215 (m. w. N.).

99 *Baumbach/Hefermehl*, a. a. O. (Fn. 97) Rdnr. 232 (m. w. N.).

100 *Baumbach/Hefermehl*, a. a. O. (Fn. 97) Rdnr. 233 (m. w. N.).

101 *Baumbach/Hefermehl*, a. a. O. (Fn. 97) Rdnr. 235 (m. w. N.).

102 Überblick bei *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, § 1 UWG Rdnr. 3.

103 Nachweise bei *Hoeren* in: *Kilian/Heussen*, Computerrechtshandbuch, 142 Rdnr. 5; allgemein zur Fallgruppe der Belästigung: *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, § 1 UWG Rdnr. 57 ff. (speziell zu Telefon-, Telex-, Telefax- und Btx-Werbung bei Rdnr. 67 ff.).

104 Ausführlich: *Hoeren* in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 35, 45; *Walzl* in: *Lehmann* (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), S. 185, 193; zu möglichen Änderungen durch Art. 10 II der Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG, ABIEG Nr. L 144/19 v. 4. 7. 1997) vgl. *Hoeren*, WRP 97, 993, 995.

durch verlängerte Download-Zeiten erhöhten Telefongebühren im Ergebnis zu einer unzumutbaren Belastung des Kunden führen. Eine zweite im Online-Bereich besonders relevante Fallgruppe ist das Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt.¹⁰⁵ Im Bereich der Presse gehört das Trennungsgebot zur gefestigten Standesauffassung,¹⁰⁶ für Fernsehen und Rundfunk ist es im Rundfunkstaatsvertrag niedergelegt, für Mediendienste ergibt sich die Geltung des Trennungsgebots explizit aus § 9 II MDStV. Die Mißachtung des Trennungsgebotes in der Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern, verstößt zugleich gegen § 1 UWG.¹⁰⁷ Über diese eindeutigen Geltungsbereiche des Trennungsgebotes hinaus geht die Rechtsprechung aber generell von einer Wettbewerbswidrigkeit aus, wenn eine Werbung getarnt und deshalb als solche für den Umworbenen nicht erkennbar ist.¹⁰⁸ Daraus folgt die generelle Verpflichtung, auch auf Web-Pages Werbung erkennbar vom nicht werbenden Inhalt zu trennen und als Werbung kenntlich zu machen.¹⁰⁹

Zuletzt setzt der Schadensersatzanspruch aus § 1 UWG – auch wenn dies in der Vorschrift nicht eigens genannt ist – ein Verschulden des Erstellers der sittenwidrigen Inhalte voraus.¹¹⁰ Nötig ist Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Letztere liegt regelmäßig vor, wenn der Täter in Kenntnis aller Tatumstände objektiv sittenwidrig gem. § 1 UWG gehandelt hat.¹¹¹ Besonderheiten im Online-Bereich bestehen hier nicht. Es macht keinen Unterschied, ob die Inhalte über das Netz oder offline verbreitet werden. Der Ersteller der Inhalte muß in beiden Fällen prüfen, ob seine Werbung oder sein sonstiges Verhalten gegen § 1 UWG verstößt.

9.5.2.3.2 Haftung nach §§ 3, 13 VI Nr. 1 UWG

Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse irreführende Angaben macht, ist zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er wußte oder wissen mußte, daß diese Angaben irreführend sind, §§ 3, 13 VI Nr. 1 UWG. Die Schadensersatzhaftung droht dem Ersteller von Inhalten also nicht nur, wenn seine Online-Werbung die Schwelle zur Sittenwidrigkeit i. S. § 1 UWG überschreitet, sondern bereits in den Fällen der Irreführung nach § 3 UWG.

105 Allgemein hierzu: *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, § 1 UWG Rdnr. 30 ff.

106 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, § 1 UWG Rdnr. 30.

107 *Baumbach/Hefermehl*, a. a. O. (Fn. 106) Rdnr. 38a, 43.

108 *Baumbach/Hefermehl*, a. a. O. (Fn. 106) Rdnr. 27 (m. w. N.).

109 Vgl. *Hoeren* in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 35, 51; *ders.* in: *Kilian/Heussen*, Computerrechtshandbuch, 142 Rdnr. 11 ff.; s. aber auch *Hoeren*, WRP 97, 993, 995.

110 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, Einl UWG Rdnr. 142, 339.

111 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, Einl UWG Rdnr. 142, 372.

Die Angaben müssen wie bei § 1 UWG im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gemacht werden. Andernfalls verbleibt es allein bei der deliktischen Haftung nach BGB. Zusätzlich erforderlich ist die Irreführung der Angabe, wobei eine Angabe mündlich, schriftlich, durch Bild oder Ton, ausdrücklich oder schlüssig gemacht werden kann, wie sich aus § 5 UWG ergibt.¹¹² Als Angaben kommen somit auch im Online-Bereich alle denkbaren Ausdrucksformen in Betracht. Ob eine Irreführung vorliegt, richtet sich nach dem Verständnis eines nicht unbeachtlichen Teils (10–20 %) der angesprochenen Verkehrskreise.¹¹³ Zum Vorliegen einer Irreführung im Rahmen des § 3 UWG gibt es ähnlich umfangreiche Rechtsprechung wie zu § 1 UWG, die hier im einzelnen nicht behandelt werden soll. Auch hier gilt im Grundsatz, daß im Online-Bereich keine anderen Maßstäbe anzuwenden sind, als offline.

Während das Vorliegen der genannten Voraussetzungen für den Unterlassungsanspruch aus § 3 UWG bereits genügt, verlangt der Schadensersatzanspruch gem. § 13 VI Nr. 1 UWG, daß der Ersteller um die Irreführung seiner Angaben wußte oder wissen mußte. Es ist also Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) nach den allgemeinen Grundsätzen erforderlich.¹¹⁴ Wer wettbewerbsrelevante Behauptungen aufstellt, hat diese regelmäßig auf ihre Unbedenklichkeit hin zu überprüfen.¹¹⁵

Eine Begrenzung der Haftung auf Kenntnis der Irreführung der Angaben, also auf Vorsatz, enthält § 13 VI Nr. 1 S. 2 UWG für Redakteure, Verleger, Drucker oder Verbreiter von periodischen Druckschriften. Diese Haftungsbegrenzung beruht darauf, daß im Zeitungsbetrieb selten Zeit besteht, Werbeanzeigen Dritter auf ihren Inhalt hin genau zu prüfen.¹¹⁶ In Betracht kommt eine Anwendung dieser Privilegierung im Online-Bereich, wenn Zeitungen, Zeitschriften und andere periodische pressemäßige Veröffentlichungen in elektronischer Form wiederkehrend im Netz erscheinen. Eine Druckschrift i. S. des Wortlautes der Vorschrift liegt allerdings bei der Online-Presse sicher nicht vor.¹¹⁷ Eine analoge Anwendung der Vorschrift könnte indes geboten sein. Die Ausgangsposition ist hier keine andere. Zeitungen, die online erscheinen und dabei Werbeanzeigen Dritter aufnehmen, unterliegen dem gleichen Zeitdruck wie bei der Offline-Verbreitung. Letztlich kann die bloß andere technische Verbreitungsform keinen Unterschied hinsichtlich der Anwendung des Haftungsprivilegs machen. Dies folgt vor allem aus Art. 5 I S. 2; 3 I GG. Ersterer enthält nur eine beispielhafte Aufzählung bestimmter Massenmedien und ist offen für die Zuordnung neuer Massenmedien zu seinem Schutzbereich,¹¹⁸ sowie insbesondere für neue Tech-

112 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, § 3 UWG Rdnr. 18.

113 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, § 3 UWG Rdnr. 23.

114 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, Einl UWG Rdnr. 366.

115 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, Einl UWG Rdnr. 371.

116 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, § 13 UWG Rdnr. 58.

117 Vgl. für den Btx-Bereich: *Lachmann*, WRP 83, 591, 594.

118 *Hoffmann-Riem*, AfP 96, 9.

niken.¹¹⁹ Auch die elektronische Presse genießt somit den Schutz des Art. 5 I S. 2 GG. Soweit also die Online-Tätigkeit sich mit der herkömmlichen von § 13 VI Nr. 1 S. 2 UWG erfaßten Pressetätigkeit vergleichen läßt, gebietet der Gleichheitssatz des Art. 3 I GG die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf die Online-Publikation.¹²⁰ Auf Schadensersatz für irreführende Angaben i. S. § 3 UWG, insbesondere in Werbeanzeigen, haften also die Betreiber elektronischer Periodika – ebenso wie die Offline-Presse – nur, wenn sie wußten, daß die Angaben irreführend waren, also bei Vorsatz. Dieses Haftungsprivileg gilt aber allein für die Fälle des § 3 UWG und ist nicht entsprechend auf andere Haftungsgrundlagen, insbesondere nicht auf § 1 UWG, oder nicht werbende Angaben anwendbar.¹²¹

9.5.2.3.3 Haftung nach § 14 UWG

Nach § 14 I UWG ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer zu Zwecken des Wettbewerbes über das Erwerbsgeschäft eines anderen Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, sofern diese Tatsachen nicht erweislich wahr sind. Für denjenigen, der derartige Behauptungen aufstellt, also hier der Ersteller der Inhalte, ergeben sich keine Besonderheiten im Vergleich zum Offline-Bereich.

9.5.2.4 Haftung für Markenrechtsverletzungen¹²²

Bei einer vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Verletzung einer geschützten Marke oder geschäftlichen Bezeichnung, haftet der Verletzer nach §§ 14 VI, 15 V MarkenG auf Schadensersatz. Auch in diesem Bereich gelten für den Ersteller

119 BVerfGE 74, 297, 350; 83, 238, 302.

120 Für den Btx-Bereich ebenso: *Lachmann*, WRP 83, 591, 594; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, § 13 UWG Rdnr. 58.

121 BGH GRUR 90, 1012, 1014 „Pressehaftung“.

122 Die Domain-Name Problematik soll hier nicht behandelt werden. Vgl. dazu: *Kur*, CR 96, 325; *Ubber*, WRP 97, 497 ff.; *Bettinger*, GRUR Int. 97, 402 ff.; *Bücking*, NJW 97, 1886; *A. Nordemann*, NJW 97, 1891; *Stratmann*, BB 97, 689; LG Mannheim NJW 96, 2736 „heidelberg.de“ = CR 96, 353 m. Anm. *Hoeren* = AfP 96, 401 = BB 96, 2484; OLG Frankfurt/M. CR 97, 271 „wirtschaft-online.de“ = WRP 97, 341 = DZWir 97, 163 m. Anm. *Michalski*; LG Frankfurt/M. CR 97, 287 „das.de“ = BB 97, 1120 = CoR 97, 303; LG Köln CR 97, 291 „pulheim.de“ = WM 97, 1452 = CoR 97, 304; LG Köln BB 97, 1121 „kerpen.de“ m. Anm. *Zahrnt* = CoR 97, 304; LG Köln GRUR 97 377 „hürth.de“ = CoR 97, 304; LG Lüneburg CR 97, 288 „celle.de“ = WM 97, 1452 = CoR 97, 304; LG Düsseldorf WM 97, 1444 „epson.de“ = CoR 97, 304; LG Braunschweig CoR 97, 303 „braunschweig.de“; LG München WM 97, 1455; LG Hamburg CR 97, 157.

von Inhalten keine Besonderheiten im Online-Bereich. Die Benutzung des Kennzeichens kann auch im Rahmen einer Web-Page geschehen, es muß nur im geschäftlichen Verkehr sein.¹²³ Für derartige Verletzungen haftet der Inhaltsersteller nach den bisherigen Grundsätzen. Fahrlässigkeit liegt danach insbesondere vor, wenn sich der Kennzeichenverwender vorher nicht sorgfältig i. S. einer Marken- bzw. Kennzeichenrecherche vergewissert, daß die Benutzung nicht anderweitig geschützte Rechte verletzt.¹²⁴

9.5.3 Haftung des Content-Providers

9.5.3.1 Erstellereigenschaft

Zwischen der Haftung des Content-Providers und der Haftung des Erstellers von Inhalten bestehen im Grundsatz keine Unterschiede. Der Content-Provider ist ebenfalls Ersteller von Inhalten. Die einzige Abweichung besteht darin, daß der Content-Provider seine Inhalte auf eigenen Rechnern bereithält, während der bloße Inhaltsersteller seine Beiträge auf dem Rechner eines Host-Providers unterbringt. Auf die Frage, welche Haftungsnormen in welcher Art und Weise durch die Erstellung und Zugänglichmachung der Inhalte verwirklicht werden können, wirkt sich dies aber nicht aus.

9.5.3.2 TDG/MDStV

Die Tatsache, daß der Content-Provider seine Inhalte auf eigenen Rechnern speichert und zur Verfügung stellt, macht ihn allerdings zum „Anbieter“ gem. § 3 Nr. 1 TDG/MDStV. Der Content-Provider hält i. S. der Vorschriften eigene Inhalte zur Nutzung bereit. Dies führt, anders als beim bloßen Inhaltsersteller, zur Anwendbarkeit der Haftungsregelung des § 5 TDG/MDStV, die allein für Diensteanbieter gilt. Die Abgrenzung des Anwendungsbereiches des TDG im Verhältnis zum MDStV kann an dieser Stelle aber ebenso offenbleiben, wie die Problematik der inhaltlichen Reichweite des MDStV, da sich für den Content-Provider weder nach dem TDG noch nach dem MDStV etwas an der bisherigen Rechtslage ändert.¹²⁵ Der einschlägige § 5 I TDG/MDStV beläßt es nämlich bei der Feststellung, daß Diensteanbieter „für eigene Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich“ sind. Die An-

123 Dazu: *Fezer*, Markenrecht, § 14 Rdnr. 40.

124 *Fezer*, Markenrecht, § 14 Rdnr. 515.

125 Vgl. *Koch*, CR 97, 193, 197; *Engel-Flehsig*, ZUM 97, 231, 235;

bietereigenschaft läßt den Grundsatz der primären Verantwortlichkeit des Urhebers rechtswidriger Inhalte unberührt.¹²⁶

9.5.3.3 Besonderheiten bei der Haftung für Falschinformationen und virenbehaftete Software

Wie schon angesprochen kommen neben den Äußerungsdelikten durch die Verbreitung von Informationen und Software über das Netz eine Reihe von mittelbaren Rechtsgutsverletzungen in Betracht. Der Verletzungserfolg liegt hier nicht schon in der Zugänglichmachung von Inhalten, sondern knüpft an diese nur an und tritt erst nach weiteren Handlungen des Nutzers ein. In diesem Bereich kommen als verletzte absolute Rechtsgüter i. S. § 823 I BGB vor allem die dort ausdrücklich genannten wie Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum in Betracht.¹²⁷ Hierher gehören insbesondere die Fälle fehlerhafter Informationen, gefährlicher Information und heruntergeladener virenbehafteter Software. So kann ein inhaltlicher oder gar ein Schreibfehler¹²⁸ in einem medizinischen Artikel oder einer technischen Anleitung zu Körper- und Gesundheitsschäden führen, wenn der Nutzer auf den Inhalt vertraut und sich danach richtet. Gleiches gilt für gefährliche Informationen, wie die oft zitierte Anleitung zum Bombenbau.¹²⁹ Letztlich kann virenbehaftete oder fehlerhafte Software zu Eigentumsverletzungen in Form von Hardwareschäden oder Datenverlust¹³⁰ führen. Dieser Problemkreis wird häufig unter dem Stichwort der „Produzentenhaftung“ diskutiert,¹³¹ wobei die allgemeine deliktsrechtliche Haftung mit den entwickelten Besonderheiten im Bereich der Produkthaftung, sowie das Produkthaftungsgesetz zu berücksichtigen sind.

Deliktsrechtliche Grundsätze

In diesem Bereich ist es besonders wichtig zwischen den verschiedenen Funktionen des Anbieters, insbesondere zwischen seiner Eigenschaft als Content-Provider und als Host-Provider¹³² zu unterscheiden.¹³³ Unproblematisch ist der Bereich der tatsächlich ausschließlich selbst erstellten Inhalte, also eigener Texte des Anbieters oder selbst entwickelter Software, die zum Download angeboten

126 Entwurfsbegründung IuKDG, BR-Drs. 966/96, S. 21; Begründung zum MDStV, zu § 5; Engel-Flechsig, ZUM 97, 231, 235.

127 Spindler, ZUM 96, 533, 545.

128 Vgl. für einen Kommafehler BGH NJW 70, 1963, 1964.

129 Als Beispiel auch bei Spindler, ZUM 96, 533, 546.

130 Zur Einordnung von Datenverlust als Eigentumsverletzung i. S. § 823 I BGB s. o. 9.5.2.1.

131 Vgl. Spindler, ZUM 96, 533, 544 ff.

132 Siehe dazu unter 9.5.4.2.

133 Zutreffend: Spindler, ZUM 96, 533, 545.

wird. Hier gelten in vollem Umfang die allgemeinen Haftungsgrundsätze, wie oben festgestellt wurde. Der Anbieter haftet für die Fehler in den eigenen Informationen, da die Sorgfalt ihm gebietet, seine Texte zu überprüfen. Bei selbst *hergestellter* Software greifen die allgemeinen Grundsätze zur Produzentenhaftung nach § 823 I BGB,¹³⁴ die zu besonderen Verkehrssicherungspflichten des Herstellers¹³⁵ und insbesondere zu einer Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers hinsichtlich des Verschuldens des Herstellers führt.¹³⁶ Die Tatsache der Online-Übermittlung der Software spielt keine Rolle, da es jedenfalls im Bereich der Produzentenhaftung nach § 823 BGB auf eine Körperlichkeit des Produkts nicht ankommt.¹³⁷

Es gibt jedoch eine weitere Abstufung, die zu berücksichtigen ist. Der Anbieter kann sich fremde Inhalte durch Integrierung in sein eigenes Angebot auch zu eigen machen, und ist dann bezüglich dieser Inhalte ebenfalls als Content-Provider und nicht als Host-Provider zu behandeln.¹³⁸ Eine solche Konstellation ist insbesondere dann gegeben, wenn der Anbieter fremde Texte im Rahmen seines eigenen Informationsangebotes wiedergibt, oder fremde Software als eigenen Service zum Herunterladen anbietet, wobei allerdings in beiden Fällen das Material als ursprünglich fremdes Material erkennbar bleibt. Das heißt der Provider stellt beispielsweise Texte diverser Autoren unter deren Namen zu einer Informationsgesamtheit zusammen. Der Unterschied zum Host-Provider,¹³⁹ der die gehosteten Inhalte lediglich auf seinem Rechner speichert, ohne in irgendeiner inhaltlichen Beziehung dazu zu stehen, ist offenkundig. Als Content-Provider haftet der Anbieter in diesen Fällen regelmäßig nach den allgemeinen Grundsätzen. Diese allgemeinen Grundsätze führen allerdings beim Zu-Eigen-Machen von Fremdinhalten der hier behandelten Art zu einer leichten Modifikation der Sorgfaltspflichten.

Beim Angebot fremder Informationen in der dargestellten Art und Weise ist eine Vergleichbarkeit des Anbieters mit einem Verleger gegeben.¹⁴⁰ Auch dieser macht sich weiterhin als fremden Ursprungs erkennbare Inhalte in vergleichbarer Form zu eigen. Ein bestimmter Buchtitel wird nicht nur mit dem Namen des Autors, sondern regelmäßig auch mit dem Verlag in Verbindung gebracht. Ebenso liegt es bei der hier beschriebenen Tätigkeit des Anbieters, worin noch einmal deutlich der Unterschied zum reinen Host-Provider zum Ausdruck kommt, der nicht in vergleichbarer Form mit dem Inhalt in Verbindung gebracht wird. Den Verleger treffen indes grundsätzlich Sorgfalts- und Überprüfungspflichten, deren Intensität sich auch hier nach der Verkehrserwartung richtet und insbesondere

134 *Lehmann*, NJW 1992, 1721, 1723.

135 Vgl. *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 206 ff.

136 *Lehmann*, NJW 92, 1721, 1723; *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 220.

137 *Spindler*, ZUM 96, 533, 548.

138 S. o. 9.3.3.

139 Bei dem wiederum eine andere Beurteilung erforderlich ist, vgl. u. 9.5.4.2.

140 *Spindler*, ZUM 96, 533, 545.

von der Bedeutung der drohenden Gefahren abhängt.¹⁴¹ Je nach dem drohenden Risiko kann somit bei bestimmten Inhalten wie Dosierungsanweisungen für gefährliche Medikamente oder statischen Anweisungen eine absolute Fehlerfreiheit verlangt werden,¹⁴² während bei weniger gefahrträchtigem Material einzelne Fehler im Rahmen der verkehrüblichen und zumutbaren Sorgfalt nicht vermeidbar sind.¹⁴³ Beim verlegerähnlichen Content-Provider muß dies sowohl hinsichtlich inhaltlicher Fehler der Beiträge als auch hinsichtlich „Druck“- bzw. Tippfehlern gelten.¹⁴⁴

Beim Angebot fremder und als fremd erkennbarer Software im Rahmen eines eigenen Servicedienstes, kommt – wiederum anders als beim reinen Host-Provider – eine Vergleichbarkeit mit einem Händler in Betracht.¹⁴⁵ Der Anbieter verfolgt mit einem solchen Angebot, wie der Händler auch, eigene Interessen. Nun treffen allerdings den Händler hinsichtlich des fremden Produktes grundsätzlich keine Überprüfungspflichten.¹⁴⁶ Etwas anderes gilt jedoch, wenn besondere Umstände des Falles eine Kontrolle nahelegen,¹⁴⁷ beispielsweise wenn bereits Schadensfälle bekannt geworden sind.¹⁴⁸ Dann greifen sog. händlerspezifische Gefahrenabwehrpflichten ein.¹⁴⁹ Beim Angebot von Software ist zwar grundsätzlich die Gefahr der Virenbehaftung gegeben,¹⁵⁰ jedoch wird man hinsichtlich des Umfangs der Kontrollpflicht des Anbieters nach der Quelle der Programme zu differenzieren haben. Bezieht der Anbieter sie von einem renommierten Hersteller wird nicht grundsätzlich Anlaß zur Überprüfung bestehen, wohingegen dies anders zu beurteilen sein wird, wenn die Quelle nicht hinreichend verlässlich ist. Hier ist eine umfangreiche Fehler- und Virenkontrolle zu verlangen.¹⁵¹

Produkthaftungsgesetz

Letztlich kommt eine Haftung des Content-Providers für falsche oder fehlerhafte Informationen oder für fehlerhafte bzw. virenbehaftete Software aus § 1 des Produkthaftungsgesetzes (ProdHaftG) in Betracht.¹⁵² Dieses Gesetz ist gem. § 15 II ProdHaftG, nach dem eine Haftung aufgrund anderer gesetzlicher Vorschriften

141 BGH NJW 70, 1963, 1964; *Foerste*, NJW 91, 1433, 1435, 1437.

142 BGH NJW 70, 1963, 1964.

143 BHG NJW 70, 1963; *Foerste*, NJW 91, 1433, 1436.

144 Differenziert auch *Foerste*, NJW 91, 1433, 1437.

145 *Spindler*, ZUM 96, 533, 548.

146 BGHZ 99, 167, 170; 67, 359, 363; NJW 80, 1219; NJW 81, 2250.

147 BGHZ 99, 167, 170; BGH NJW 94, 517, 519; NJW 81, 2250.

148 BGH NJW 80, 1219.

149 BGH NJW 94, 517, 519; NJW 81, 2250.

150 *Spindler*, ZUM 96, 533, 548.

151 So im Ergebnis auch *Spindler*, ZUM 96, 533, 548.

152 Allgemein: *Spindler*, ZUM 96, 533, 550 ff.; vgl. a. *Cahn*, NJW 96, 2899 ff. mit umfangreichen Nw.

unberührt bleibt, neben den allgemeinen deliktsrechtlichen Grundsätzen anwendbar. Bedeutung kann dies insbesondere deshalb erlangen, weil das ProdHaftG eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung statuiert.¹⁵³

Die Haftung verlangt zunächst das Vorliegen eines Produkts i. S. § 2 ProdHaftG. Danach ist Produkt jede bewegliche Sache, also gem. § 90 BGB ein körperlicher Gegenstand, sowie Elektrizität. Die Verkörperung fehlt aber gerade im Online-Bereich, wo es lediglich um Datenübermittlung geht.¹⁵⁴ Hier kann die Argumentation aber nicht stehenbleiben, da es regelmäßig beim Nutzer durch Speicherung auf dessen Datenträgern wieder zu einer Verkörperung kommen kann.¹⁵⁵ Insbesondere bei der traditionellen Veräußerung von Software in Disketten- oder CD-Form ist die Sachqualität inzwischen anerkannt.¹⁵⁶ Für die hiesige Frage, einen Unterschied in der rechtlichen Behandlung dann zu machen, wenn das Computerprogramm nicht auf Disketten oder CD, sondern online übermittelt wird, leuchtet nicht ein.¹⁵⁷ Ist demnach die Körperlichkeit bzw. ihr Fehlen nicht das entscheidende Argument gegen die Bejahung der Produkteigenschaft, muß Sinn und Zweck des ProdHaftG die entscheidende Bedeutung zukommen. Mit dem ProdHaftG sollte ein besserer Verbraucherschutz realisiert werden, der den spezifischen Problemen moderner Produktionsmethoden und Industriegefahren Rechnung trägt.¹⁵⁸ Entscheidender Gedanke der von der Rechtsprechung entwickelten Produzentenhaftung, die durch das ProdHaftG ihre Fortführung erfährt, waren die besondere Gefährlichkeit moderner Industriegüter und die Schwierigkeiten des Verbrauchers, Umstände zu beweisen, die in einem für ihn nicht durchschau- und nachvollziehbaren Produktionsablauf liegen.¹⁵⁹ Aus § 3 ProdHaftG ergibt sich ferner, daß es um die Sicherheit des Produktes geht. Daraus läßt sich ableiten, daß das ProdHaftG primär vor Sachgefahren schützen will.¹⁶⁰

Nach diesen Grundsätzen sind reine Informationen, seien sie auch irgendwie verkörpert, nicht als Produkt i. S. § 2 ProdHaftG anzusehen.¹⁶¹ Die oben dargelegten Erwägungen treffen hier nicht zu. Von der Information geht keinerlei Sachgefahr aus und bei der Informationserstellung, also der bloßen Verkörperung eines Gedankens, spielen Produktionsabläufe der modernen Industriegesellschaft keine Rolle. Es ist auch nicht erkennbar, inwieweit es hier spezifischer

153 Vgl. nur *Lehmann*, NJW 92, 1721.

154 Vgl. die Argumentation zur körperlichen Verbreitung nach § 17 UrhG, o. 9.5.2.2.2

155 Vgl. *Spindler*, ZUM 96, 533, 552.

156 BGH NJW 90, 320, 321; *Lehmann*, NJW 92, 1721, 1724.

157 *Spindler*, ZUM 96, 533, 552.

158 *Lehmann*, NJW 92, 1721, 1724; *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, Einf v § 1 ProdHaftG Rdnr. 3.

159 Vgl. nur: BGHZ 67, 359, 362; *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 219 f.

160 *Foerste*, NJW 91, 1433, 1439.

161 Ebenso: *Foerste*, NJW 91, 1433, 1439; a. A. *Spindler*, ZUM 96, 533, 552; *Cahn*, NJW 96, 2899, 2903.

Sorgfaltspflichten oder einer Beweislastumkehr bedarf, da dem Informationsersteller ohnehin die Prüfung der Richtigkeit und Ungefährlichkeit obliegt. Mangels Produkteigenschaft scheidet somit eine Haftung nach dem ProdHaftG wegen fehlerhafter, falscher oder gefährlicher Informationen aus.

Anders ist die Situation bei der Software. Hier gibt es einen Produktions- und Herstellungsprozeß, der für den Verbraucher meist unnachvollziehbar bleibt. Es gibt auch spezifische Produktgefahren, die gerade aus der Fehlerhaftigkeit der „Sache“ resultieren. Software ist ein industriell hergestelltes potentiell gefährliches Gut.¹⁶² Insofern ist also – nach obigem auch im Online-Bereich – die Produkteigenschaft i. S. § 2 ProdHaftG gegeben.¹⁶³

Der Content-Provider haftet demnach gem. § 1 ProdHaftG für virenbehaftete oder ansonsten i. S. § 3 I ProdHaftG fehlerhafte Software, wenn er diese selbst erstellt hat und damit Hersteller i. S. § 4 I ProdHaftG ist. Hersteller ist er aber nicht in der anderen oben geschilderten Konstellation, in der er händlerähnlich fremderstellte Software im Rahmen seines Service-Angebots bereithält.¹⁶⁴ Dann haftet er gem. § 4 III ProdHaftG als Lieferant nur dann, wenn er den Hersteller nicht benennen kann, also beispielsweise bei anonymer bereitgehaltener Software.¹⁶⁵ Bezieht er die Programme aus einem Nicht-EU-Staat, haftet er nach § 4 II ProdHaftG als Importeur wie ein Hersteller.¹⁶⁶

9.5.4 Haftung des Host-Providers

Die größten Probleme wirft die Frage nach der Haftung des Host-Providers auf. Aus der Natur der Funktion des Host-Providers folgt, daß es hierbei regelmäßig um die Haftung für Inhalte geht, die nicht vom Host-Provider selbst stammen, sondern um eine Haftung, die an ein vorangegangenes deliktisches Tun Dritter anknüpft. Die Haftung dieses Dritten bleibt selbstverständlich unberührt. Es ist allerdings ungewiß, ob der Dritte greifbar – insbesondere kann er sich im Ausland aufhalten – und solvent ist.¹⁶⁷ Speziell der Geschädigte hat somit oft ein Interesse an einer zusätzlichen Haftung des Host-Providers, da er in diesem Fall in geringerem Ausmaß der Gefahr faktischer Rechtsverweigerung ausgesetzt ist. Hinsichtlich der Haftung des Host-Providers ist im folgenden ebenfalls zwischen den möglichen Haftungstatbeständen zu differenzieren. Eine besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang auch dem TDG und dem MDStV zu.

162 *Lehmann*, NJW 92, 1721, 1724

163 *Lehmann*, NJW 92, 1721, 1724; *Cahn*, NJW 96, 2899, 2902.

164 Vgl. a. *Spindler*, ZUM 96, 533, 553.

165 *Spindler*, ZUM 96, 533, 553.

166 *Spindler*, ZUM 96, 533, 553.

167 *Engel*, AfP 96, 220, 225.

9.5.4.1 Allgemeine deliktische Haftung für Äußerungsdelikte

Wenn die gehosteten Inhalte Persönlichkeitsrechtsverletzungen oder, wie beispielsweise Boykottaufrufe, Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb enthalten, kommt neben der Haftung des Inhaltserstellers ein materieller Schadensersatzanspruch aus § 823 I, II BGB und ein immaterieller Entschädigungsanspruch aus Art. 1 i. V. m. Art. 2 I GG¹⁶⁸ gegen den Host-Provider in Betracht.

9.5.4.1.1 Haftungsbegründendes Verhalten

Diese Ansprüche verlangen, daß der Host-Provider die genannten Rechtsgutsverletzungen in adäquat kausaler Form durch sein Verhalten herbeigeführt hat. Anknüpfungspunkte für ein solches haftungsbegründendes Verhalten gibt es mehrere. Einmal kommt die unterlassene Kontrolle der gehosteten Inhalte bzw. die unterlassene Sperrung rechtswidriger gehosteter Inhalte in Betracht.¹⁶⁹ Ein Unterlassen ist aber nur haftungsbegründend, wenn eine Pflicht zum Tätigwerden bestand.¹⁷⁰ Diese kann sich insbesondere aus Verkehrssicherungspflichten ergeben. Solche Pflichten treffen jeden, der eine Gefahrenquelle schafft oder beherrscht, und erlegen ihm auf, die notwendigen, ihm möglichen und zumutbaren Vorkehrungen zum Schutz des Verkehrs vor sich daraus ergebenden Gefahren zu treffen.¹⁷¹ Die Anknüpfung an ein Unterlassen vermag aber nicht ganz zu überzeugen, wenn man bedenkt, daß jedenfalls im Rahmen der Äußerungsdelikte neben der Aufstellung einer Behauptung bzw. der Erstellung eines Inhalts auch die *Verbreitung* ein vorwerfbares und haftungsbegründendes Tun darstellt.¹⁷² Ein derartiges Verbreiten liegt in Form der Zugänglichmachung der Inhalte durch Bereithaltung auf den Rechnern vor. Hier liegt der Schwerpunkt des vorwerfbaren Verhaltens, diese Verbreitung möchte der Geschädigte verhindert wissen. Wie der Host-Provider dies bewerkstelligt, bleibt ihm selbst überlassen, und es interessiert auch den Betroffenen nicht besonders. Es geht also schwerpunktmäßig nicht um unterlassene Kontrollen, sondern um ein positives Tun, nämlich die Verbreitung rechtswidriger

168 S. o. 9.2.1.

169 So für das Strafrecht: *Sieber*, JZ 96, 494, 499.

170 *Staudinger-Schäfer*, 12. A. 1986, 3 823 Rdnr. 297; *Erman-Schiemann*, 9. A. 1993, § 823 Rdnr. 13; *Palandt-Heinrichs*, BGB 56. A. 1997, vor § 249, Rdnr. 84.

171 *Staudinger-Schäfer*, 12. A. 1986, 3 823 Rdnr. 312; *Erman-Schiemann*, 9. A. 1993, § 823 Rdnr. 79; *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 58.

172 BGH NJW 96, 1131, 1132; BGH GRUR 90, 1012 „Pressehaftung“; *Flehsig* in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 57, 72.

Inhalte durch den Host-Provider. Ob und wie der Host-Provider diese Verbreitung präventiv verhindern kann und muß, ist hingegen eine Frage des Verschuldens.

9.5.4.1.2 Verschulden

Entscheidend kommt es somit bei der Haftung des Host-Providers darauf an, ob ihm ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, wenn sich unter den gehosteten Fremdinhalten solche mit rechtswidrigem Inhalt befinden. Hier sehen das TDG und der MDStV für den Host-Provider im jeweiligen § 5 II eine Modifikation des allgemeinen Verschuldensmaßstabs vor. Dort heißt es, daß Diensteanbieter für fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nur dann verantwortlich sind, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern. Hierin liegt eine haftungsrechtliche Besserstellung des Host-Providers gegenüber der bisherigen Rechtslage. Ob nun der allgemeine Verschuldensmaßstab oder der des § 5 II TDG/MDStV mit den noch im einzelnen darzustellenden Modifikationen Anwendung findet, hängt vom Anwendungsbereich und der Reichweite der gesetzlichen Neuregelungen ab, der deshalb vor der Darstellung des alten und des neuen Verschuldensmaßstabs zu behandeln ist.

Anwendungsbereich und Reichweite von § 5 II TDG/MDStV

Die erforderliche Anbietereigenschaft des Host-Providers gem. § 3 Nr. 1 TDG/MDStV wurde bereits mehrfach erörtert. Schwieriger gestaltet sich die Abgrenzung von Telediensten, die dem TDG unterfallen, und Mediendiensten, für die der MDStV einschlägig ist. Einen Abgrenzungsversuch unternehmen § 2 TDG und § 2 MDStV. Nach der abstrakten Definition des jeweiligen Abs. 1 sind Teledienste alle „elektronischen 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 I TDG). Mediendienst hingegen ist „das Angebot und die Nutzung von an die Allgemeinheit gerichteten Informations- und Kommunikationsdiensten“ (§ 2 I MDStV). Entscheidendes Abgrenzungskriterium soll die individuelle Nutzung,¹⁷³ die „durch den Nutzer bestimmbare Kommunikation“¹⁷⁴ sein, während Mediendienste an die Allgemeinheit gerichtet sind. Nach § 2 IV Nr. 3 TDG gilt das Gesetz ausdrücklich nicht für „inhaltliche Angebote bei Teildiensten und Abrufdiensten, soweit die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit im Vordergrund steht, nach § 2 des Mediendienste-Staatsvertrages“. Umgekehrt bleiben nach § 2 I S. 3 MDStV die Be-

¹⁷³ Koch, CR 1997, 193, 194.

¹⁷⁴ Entwurfsbegründung IuKDG, Drucksache Bundesrat 966/96, S. 19 (A.).

stimmungen des TDG unberührt.¹⁷⁵ Anhand dieser letzten Bestimmung läßt sich schon erkennen, daß die gesamte Abgrenzung von Telediensten und Mediendiensten verunglückt ist. Denn welche Bedeutung sollen die unberührt bleibenenden Vorschriften des TDG für Mediendienste haben, wenn das TDG für Mediendienste ausdrücklich keine Geltung beansprucht? Die gesetzliche Konzeption geht von einer eindeutigen Zuordenbarkeit ohne Überschneidung der Anwendungsbereiche aus.¹⁷⁶ Praktisch allerdings ist die Abgrenzung äußerst schwierig und kaum vorhersehbar zu treffen.

Die genaue Einordnung als Tele- oder Mediendienst kann bezüglich der Haftung auch nicht mit Rücksicht auf die nahezu wortgleiche Fassung des § 5 II TDG und des § 5 II MDStV dahinstehen. Zum einen nicht, weil der MDStV insgesamt noch weitere Verpflichtungen vorsieht.¹⁷⁷ Vor allem aber ist es höchst problematisch, ob für die zivilrechtliche Haftung¹⁷⁸ des Anbieters § 5 MDStV überhaupt eine begrenzende Wirkung zukommen kann.¹⁷⁹ Dies ist fraglich, weil der Bund gem. Art. 74 I Nr. 1 und Nr. 11 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts und des Wirtschaftsrechts hat, was selbstverständlich die zivilrechtliche Haftung einschließt. Gem. Art. 72 I GG haben die Länder demnach die Befugnis zur Gesetzgebung nur, soweit der Bund von seiner Zuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch macht. An sich ist die deliktische Haftung aber durch das BGB – und allein für Teledienste nun ergänzend durch das TDG – geregelt. Es ist hinsichtlich der Regelung *zivilrechtlicher Haftung* auch eindeutig, daß der genannte Bundeskompetenztitel eingreift.¹⁸⁰ Es ließe sich allenfalls sagen, daß der Bund von seiner Kompetenz hinsichtlich der zivilrechtlichen Haftung von *Mediendiensten* keinen Gebrauch gemacht hat, und er dies durch § 2 IV Nr. 3 TDG klarstellen wollte. Dies ist allerdings ebenfalls zweifelhaft.¹⁸¹ Das Land hat im Rahmen des Art. 72 GG eine Gesetzgebungskompetenz nur insoweit, als ein ganzer in Art. 74 I GG aufgeführter Sachbereich oder Teile eines solchen vom Bundesgesetzgeber nicht

175 Diese Bestimmung ist wegen der Regelung in § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG auch nicht gem. § 23 Abs. 2 MDStV gegenstandslos.

176 Deutlich: *Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 97, 2981, 2984; anders noch: *Kröger/Moos*, ZUM 97, 462, 467, die allerdings den erst in der beschlossenen Gesetzesfassung hinzugekommenen § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG nicht berücksichtigen (vgl. a. a. O. S. 471) und deshalb zu einer parallelen Anwendbarkeit kommen, die durch die genannte Vorschrift aber ausgeschlossen wird.

177 Zu nennen sind insbesondere § 8 MDStV bzgl. unzulässiger Mediendienste und der Verpflichtung, unter bestimmten Voraussetzungen einen Jugendschutzbeauftragten zu bestellen (§ 8 Abs. 4 MDStV); § 9 MDStV bzgl. Werbung und Sponsoring; § 10 MDStV bzgl. Gegendarstellung.

178 Dasselbe gilt für die strafrechtliche Verantwortlichkeit.

179 Eingehender hierzu: *Pichler*, MMR 98, 79 ff.

180 Das verkennt *Kuch*, ZUM 97, 225, 228.

181 *Engel-Flehsig*, ZUM 97, 231, 239.

in Anspruch genommen wurden.¹⁸² Dies ist der Fall, wenn der Bund noch gar keine oder keine erschöpfende bzw. eine lückenhafte Regelung getroffen hat.¹⁸³ Davon kann hier aber nicht ausgegangen werden. Der Bereich der zivilrechtlichen Haftung war vor dem TDG durch den Bund abschließend und umfassend geregelt.¹⁸⁴ Durch § 5 TDG führt der Bund eine Haftungsregelung bezüglich der Anbieter von Telediensten ein, die die bisherigen zivilrechtlichen Haftungsgrundsätze modifiziert. Dadurch entsteht aber keine Lücke hinsichtlich der Haftung von Mediendienstanbietern. Wenn der Bund diesbezüglich keine Regelung trifft, verbleibt es beim bisherigen Zustand, der bereits keinen Raum mehr für den Landesgesetzgeber ließ. Ein solcher Raum wird nicht durch eine zusätzliche Bundesregelung für einen anderen Teilbereich geschaffen. Insofern wäre dann vielmehr ein klarstellender Regelungsvorbehalt durch den Bund erforderlich.¹⁸⁵ Dieser müßte aber, da an sich kein Raum für eine Landesgesetzgebung besteht, klar und eindeutig sein.¹⁸⁶ Dem genügt der bloße Hinweis auf die Nichtgeltung des TDG für Mediendienste in § 2 IV Nr. 3 TDG nicht. Der MDStV kann folglich die zivilrechtliche Haftung von Mediendienstanbietern nicht wirksam begrenzen. Noch offener wird die unzulängliche Konzeption des Nebeneinander von Telediensten und Mediendiensten, wenn es um die Haftung im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts geht. Hier hat der Bund gem. Art. 73 Nr. 9 GG nämlich eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz. Dies heißt nach Art. 71 GG, daß die Länder insofern Regelungen nur treffen können, wenn sie hierzu in einem Bundesgesetz ausdrücklich¹⁸⁷ ermächtigt sind. Eine solche ausdrückliche Ermächtigung ist aber nicht ersichtlich. Das heißt, daß auch in diesem Bereich § 5 MDStV eine haftungsbegrenzende Wirkung nicht entfalten kann.¹⁸⁸ Während folglich die zivil-, urheber-, wettbewerbs- und markenrechtliche Haftung von Teledienstanbietern durch § 5 TDG begrenzt wird, verbleibt es für Mediendienstanbieter in diesen Bereichen bei der bisherigen Rechtslage.¹⁸⁹ Die Abgrenzung zwischen Telediensten und Mediendiensten ist also mißglückt. Schließlich ist ein Grund für eine Ungleichbehandlung von Teledienstanbietern und Mediendienstanbietern, was die Haftung angeht, nicht ersichtlich und diese ist auch ausdrücklich nicht gewollt.¹⁹⁰ Davon, daß die Bundesregelung des § 5 TDG, soweit den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für die Regelung der Haftung

182 *Maunz* in *Maunz-Dürig-Herzog*, Komm. z. GG Art. 72 Rdnr. 5.

183 *Maunz* in *Maunz-Dürig-Herzog*, Komm. z. GG Art. 72 Rdnr. 5; *von Münch* in: *ders.* GG-Komm., Bd. 3, 2. A. 1983, Art. 72 Rdnr. 6.

184 *Maunz* in *Maunz-Dürig-Herzog*, Komm. z. GG Art. 74 Rdnr. 55.

185 BVerfGE 20, 238, 251; 29, 125, 137; 35, 65, 74.

186 BVerfGE 20, 238, 251; 29, 125, 137; 35, 65, 74; *von Münch* in: *ders.* GG-Komm., Bd. 3, 2. A. 1983, Art. 71 Rdnr. 3, Art. 72 Rdnr. 8.

187 *Maunz* in *Maunz-Dürig-Herzog*, Komm. z. GG Art. 71 Rdnr. 18.

188 So auch *Koch*, CR 97, 193, 203; *ders.*, CoR 97, 302; *Gounalakis*, NJW 97, 2993, 2995.

189 Deutlich: *Koch*, CoR 97, 302.

190 *Engel-Flehsig*, ZUM 97, 231, 239.

fehlt, auch Mediendienste erfaßt,¹⁹¹ kann angesichts der völlig eindeutigen Regelung in § 2 IV Nr. 3 TDG, der Mediendienste ausdrücklich vom Anwendungsbereich des TDG ausschließt, nicht ausgegangen werden. Im Ergebnis kann somit § 5 des Mediendienste-Staatsvertrages die zivil-, urheber-, marken- und wettbewerbsrechtliche Haftung von Mediendiensteanbietern wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz der Länder nicht wirksam beschränken.¹⁹² Eine Anwendung des § 5 TDG auch auf Mediendienste scheidet aus. § 5 MDStV erfaßt also lediglich die Verantwortlichkeit „für die Einhaltung der Bestimmungen des Staatsvertrages“.¹⁹³ Bezüglich der sonstigen Haftung bleibt es für Mediendiensteanbieter bei der bisherigen Rechtslage. Haftungsrechtlich stehen also Mediendiensteanbieter wesentlich schlechter als Telediensteanbieter, von einer „Klarstellung der Verantwortlichkeit der Dienstanbieter“¹⁹⁴ oder einem „einheitlichen Rechtsrahmen für die Informations- und Kommunikationsdienste in Deutschland“¹⁹⁵ kann daher leider nicht gesprochen werden. Hier besteht dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Das Problem wäre durch eine Erstreckung des § 5 TDG auf Mediendienste einfach zu lösen.

Von besonderer Bedeutung ist folglich die Abgrenzung von Tele- und Mediendiensten im Einzelfall. Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal soll wie gesagt darin liegen, ob die Dienste für eine „individuelle Nutzung“ (§ 2 I TDG) bestimmt sind, oder ob die Dienste „an die Allgemeinheit“ (§ 2 I MDStV) gerichtet sind.¹⁹⁶ Diese allgemeine Abgrenzung wird in § 2 II Nr. 1 bis 5 TDG und § 2 II Nr. 1 bis 4 MDStV durch Listen nicht abschließender Beispiele konkretisiert. Im folgenden soll lediglich versucht werden, hinsichtlich der hier interessierenden Internet-Dienste, die für eine Verbreitung von Rechtsverletzungen in Betracht kommen, eine Einordnung vorzunehmen. Solche Dienste sind Newsgroups, Web-Pages und Informationsangebote von Online-Unternehmen.

Hält der Anbieter die genannten Dienste nicht selbst auf seinen Rechnern bereit, sondern vermittelt er nur als Access-Provider einen Netzzugang, so stellt sich dies regelmäßig – unabhängig von der konkreten Art der Dienste, die Gegenstand der Zugangsvermittlung sind – als Teledienst gem. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG dar.¹⁹⁷ Danach sind Teledienste insbesondere „Angebote zur Nutzung des Inter-

191 So aber *Engel-Flehsig*, ZUM 97, 231, 239.

192 So auch *Koch*, CR 97, 193, 198; *ders.*, CoR 97, 302; *Gounalakis*, NJW 97, 2993, 2995.

193 So auch in der Begründung zum MDStV (zu § 5) – die sich allerdings weiter unten doch noch auf die zivilrechtliche deliktische Haftung bezieht.

194 Entwurfsbegründung IuKDG, Drucksache Bundesrat 966/96, S. 18; *Engel-Flehsig*, ZUM 97, 231, 232.

195 Beschlußempfehlung und Bericht des 19. Ausschusses, BT-Drucksache 13/7934 vom 11.6.97, S. 29 (A. 2.).

196 *Kuch*, ZUM 97, 225, 228; *Engel-Flehsig*, ZUM 97, 231, 234; *Koch*, CR 97, 193, 194; *Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 97, 2981, 2982 ff.; vgl. a. *Hochstein*, NJW 97, 2977, 2978 ff.

197 Unentschlossen: *Koch*, CR 97, 193, 194 (Fn. 4).

nets oder weiterer Netze“. Die bloße Zugangsvermittlung ist also stets Teledienst (für den dann § 5 III TDG greift), egal ob der vermittelte Dienst selbst, z. B. eine Web-Page, sich als Tele- oder Mediendienst darstellt.¹⁹⁸ Hierauf ist bei der Behandlung der Haftung des Access-Providers zurückzukommen.

Anders ist es bei eigenen oder bereitgehaltenen Inhalten. Hier ist die konkrete Zuordnung jedes einzelnen Angebots erforderlich. Für Newsgroups bzw. Meinungsforen kommt zunächst eine Einordnung als Teledienst nach § 2 II Nr. 1 TDG in Frage. Danach sind Teledienste insbesondere „Angebote im Bereich der Individualkommunikation“. Allerdings ist ebenso § 2 II Nr. 2 TDG möglich, nach dem Teledienste „Angebote zur Information oder Kommunikation“ sind, und der eine wichtige Einschränkung zugunsten der Einordnung als Mediendienst enthält, nämlich „soweit nicht die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit im Vordergrund steht“. Diese Vorschrift bereitet die größten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zu Mediendiensten i. S. § 2 II Nr. 4 MDStV,¹⁹⁹ wonach Mediendienste Abrufdienste sind, „bei denen Text-, Ton- oder Bilddarbietungen auf Anforderung aus elektronischen Speichern zur Nutzung übermittelt werden, mit Ausnahme von solchen Diensten, bei denen der individuelle Leistungsaustausch oder die reine Übermittlung von Daten im Vordergrund steht“. Bei unmoderierten Newsgroups läßt sich die Einordnung noch einigermaßen eindeutig treffen. Zwar kann je nach Größe der Newsgroup die Einordnung als „Individualkommunikation“²⁰⁰ i. S. § 2 II Nr. 1 TDG zweifelhaft sein. Jedenfalls liegt aber i. S. der Nr. 2 „Kommunikation“ vor, bei der mangels Moderation die *redaktionelle Gestaltung* zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit nicht im Vordergrund steht.

Genau dieses kann aber bei moderierten Newsgroups zweifelhaft werden. Je nach Thema der Newsgroup und Auswahl, Zusammenstellung und Präsentation der Beiträge durch den Moderator könnte wegen der Einschränkung in § 2 II Nr. 2 TDG ein Mediendienst nach § 2 II Nr. 4 MDStV vorliegen. Die genaue Einordnung, die wegen der oben dargelegten Bedeutung für die Haftung von eminenter Wichtigkeit ist, kann nur für den Einzelfall vorgenommen werden und ist kaum prognostizierbar. Dies führt zu extremer Rechtsunsicherheit, läuft dem Zweck der Neuregelungen konsequent entgegen und offenbart eine wesentliche Schwäche des Nebeneinanders von Tele- und Mediendiensten.

198 Entwurfsbegründung IuKDG, Drucksache Bundesrat 966/96, S. 21 (zu § 2 Absatz 2 Nr. 3).

199 § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MDStV sind im hiesigen Zusammenhang unproblematisch. Dort sind nur „Verteildienste“ angesprochen, die sich im Gegensatz zu Abrufdiensten dadurch auszeichnen, daß Inhalt und Zeitpunkt der Ausstrahlung einseitig vom Anbieter festgelegt werden. Vgl. *Gersdorf*, AfP 95, 565, 566 und die Begründung zum MDStV (zu § 2).

200 So für Meinungsforen: Entwurfsbegründung IuKDG, Drucksache Bundesrat 966/96, S. 20 (zu § 2 Abs. 2 Nr. 1); *Engel-Flechsig*, ZUM 97, 231, 234.

Für Web-Pages gilt genau dasselbe. Während sie als Teledienst gem. § 2 II Nr. 2 TDG einzuordnen sind, wenn die individuelle Nutzung und Kommunikation überwiegt, sind sie als Mediendienst gem. § 2 II Nr. 4 MDStV zu qualifizieren, wenn die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit überwiegt bzw. sie mehr auf eine allgemeine als eine individuelle Nutzung ausgerichtet sind – eine kaum zu treffende Abgrenzung. Tendenziell wird die rein private Homepage Teledienst sein,²⁰¹ während elektronische Presse, z. B. Tageszeitungen oder Magazine im Internet, sicherlich Mediendienst sein werden.²⁰² Werbe- und Bestelseiten von Unternehmen mit unmittelbarer Bestellmöglichkeit sind Teledienste nach § 2 II Nr. 5 TDG.

Die nämliche Abgrenzung ist bei sonstigen Angeboten von Online-Diensten vorzunehmen. Reine Datendienste (§ 2 II Nr. 2 TDG nennt beispielhaft Verkehrs-, Wetter-, Umwelt- und Börsendaten) sind nach der Vorschrift Teledienste. Dementsprechend nimmt § 2 II Nr. 4 MDStV diese Angebote, wenngleich an sich an die Allgemeinheit gerichtet, von seinem Anwendungsbereich aus, soweit „die reine Übermittlung von Daten im Vordergrund steht“.²⁰³ Die Angebote werden aber zum Mediendienst, sobald die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit in den Vordergrund rückt.²⁰⁴

Als Zwischenergebnis läßt sich festhalten, daß die Abgrenzung von Tele- und Mediendiensten mißlungen ist. Eine Einordnung ist für jede Newsgroup, jede Web-Page und jedes sonstige Angebot gesondert vorzunehmen. In vielen Bereichen ist die Einordnung kaum eindeutig zu treffen und demnach nicht mit ausreichender Sicherheit prognostizierbar. Die Rechtsunsicherheit wird noch vergrößert. Besonders gravierend wirkt sich dabei die obige Feststellung aus, daß für den zivil-, urheber-, marken- und wettbewerbsrechtlichen Bereich allein die Haftungsregelung des § 5 TDG anwendbar ist, von der nur Telediensteanbieter profitieren, während § 5 MDStV für Mediendienste in diesem Bereich mangels Kompetenz des Landesgesetzgebers keine Bedeutung haben kann. Die Unsicherheit bei der Einordnung als Tele- oder Mediendienst wird somit untragbar, da Mediendienste nach den bisherigen allgemeinen Grundsätzen für rechtswidrige Inhalte haften, während für Teledienste § 5 TDG gilt. Der Verschuldensmaßstab bei der Haftung des Host-Providers ist demnach außerhalb des Geltungsbereichs von § 5 II TDG nach wie vor nach den allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen.

201 Entwurfsbegründung IuKDG, Drucksache Bundesrat 996/96, S. 21 (zu § 2 Abs. 2 Nr. 2); *Engel-Flechsig*, ZUM 97, 231, 235.

202 Begründung zum MDStV, B. zu § 2; Entwurfsbegründung IuKDG, Drucksache Bundesrat 996/96, S. 21 (zu § 2 Abs. 2 Nr. 2); *Engel-Flechsig*, ZUM 97, 231, 235.

203 S. a. *Kuch*, ZUM 97, 225, 229.

204 *Engel-Flechsig*, ZUM 97, 231, 235.

Verschulden des Host-Providers außerhalb von § 5 II TDG

Außerhalb des soeben dargestellten Anwendungsbereichs von § 5 II TDG gilt für den Host-Provider der allgemeine Verschuldensmaßstab. Er haftet also für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Vorsatz ist die wissentliche und willentliche Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.²⁰⁵ Der Host-Provider müßte also den fremden Inhalt kennen, seine Rechtswidrigkeit erkennen und den Erfolg billigen. Sollte dies gegeben sein, was relativ selten der Fall sein dürfte, wirft die Bejahung der Haftung ohnehin keine Probleme auf. Bedeutsam ist hingegen der Fahrlässigkeitsbereich, also gem. § 276 I S. 2 BGB die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Diese Sorgfalt ist nach einem objektiven Maßstab zu bestimmen, der der Konkretisierung im Einzelfall bedarf.²⁰⁶ Die beiden Grundkomponenten des Fahrlässigkeitsvorwurfs sind Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolgseintritts.²⁰⁷

Vorhersehbarkeit ist zwar nicht hinsichtlich aller denkbaren Schadensrisiken zu bejahen, wohl aber dann, wenn im konkreten Zusammenhang die Möglichkeit einer Schädigung nicht ganz fernliegend ist.²⁰⁸ Nach *Waldenberger*²⁰⁹ fehlt es schon an dieser hinreichend konkret vorhersehbaren Rechtsverletzung. Der Host-Provider könne ein Fehlverhalten seiner Kunden allenfalls „abstrakt vermuten“. Dies überzeugt allerdings nicht. Die Möglichkeit von Rechtsverletzungen durch Beiträge von Kunden ist ausreichend naheliegend. Man muß bedenken, daß es nicht erforderlich ist, daß der Host-Provider „ein konkretes Fehlverhalten durch bestimmte Service-Nutzer“²¹⁰ vorhersehen kann. Maßgeblich ist vielmehr, „ob nach objektiver Betrachtung der rechtsverletzende Gebrauch nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt“²¹¹ Dies wird sich kaum verneinen lassen. Noch deutlicher wird es, wenn man berücksichtigt, daß im gegebenen Zusammenhang die *Verbreitung* der rechtsverletzenden Inhalte durch den Host-Provider eine haftungsbegründende Handlung mit eigenständiger Bedeutung ist. Knüpft man an diese Handlung an, ist der Deliktserfolg noch deutlicher vorhersehbar. Dann kommt es nämlich erst recht nicht darauf an, ob ein Fehlverhalten *einzelner* Nutzer *konkret* vorhersehbar ist. Es genügt die generelle Möglichkeit, daß unter den Beiträgen solche mit rechtswidrigem Inhalt sind, da der Anbieter um die Verbreitung aller dieser Inhalte – und somit auch um die haftungsbegründende Verbreitung darunter befindlicher rechtswidriger Inhalte –

205 BGHZ 69, 128, 142; 118, 201, 208; *Staudinger-Löwisch*, 12. A. 1979, § 276 Rdnr. 12, 15; *Erman-Battes*, 9. A. 1993, § 276 Rdnr. 16 f.

206 *Staudinger-Löwisch*, 12. A. 1979, § 276 Rdnr. 16, 17; *Palandt-Heinrichs*, BGB 56. A. 1997, 3 276 Rdnr. 16.

207 BGHZ 39, 281, 284; 57, 25, 33; *Staudinger-Löwisch*, 12. A. 1979, § 276 Rdnr. 16.

208 *Palandt-Heinrichs*, BGB 56. A. 1997, § 276 Rdnr. 20.

209 ZUM 97, 176, 184.

210 So: *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 184.

211 BGH GRUR 84, 54, 55 „Kopierläden“.

positiv weiß. Auch die Tatsache bisher häufig gänzlich fehlender Kontrolle erhöht erkennbar die Wahrscheinlichkeit, daß Nutzer eine Gelegenheit wännen, ihre rechtswidrigen Inhalte erfolgversprechend einem großen Forum zugänglich zu machen. *Engel* spricht zutreffend von einer enthemmenden Anonymität.²¹² Ein Mißbrauch ist demnach hinreichend wahrscheinlich, die Vorhersehbarkeit der Weiterverbreitung rechtswidriger Inhalte durch Zugänglichmachung, ist für den Anbieter also gegeben.²¹³

Eine differenziertere Betrachtung ist hingegen bei der Vermeidbarkeit des Schadenseintritts erforderlich. Vermeidbarkeit ist im Zusammenhang mit der Fahrlässigkeitsdefinition des § 276 I S. 2 BGB zu sehen. Demnach kann es nur um eine Vermeidbarkeit im Rahmen der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ gehen. Es geht also nicht nur darum, ob der Täter den Erfolgseintritt vermeiden *konnte*, sondern ob die erforderliche Sorgfalt ihm dies auch gebot, also ob er ihn auch vermeiden *mußte*.²¹⁴ Anders ausgedrückt ist also zu fragen, ob der Anbieter seine Mitwirkung an der Rechtsverletzung unter Berücksichtigung der verkehrserforderlichen Sorgfalt in einer ihm zumutbaren Weise vermeiden konnte. In diesem Zusammenhang wird häufig auf die naheliegende Parallele zur Verantwortlichkeit von Presseunternehmen für den Inhalt abgedruckter Leserbriefe oder Anzeigen hingewiesen.²¹⁵ Diese Grundsätze besagen im wesentlichen, daß Verleger und Redakteur eingehende Anzeigen grundsätzlich auf ihre Vereinbarkeit mit gesetzlichen Vorschriften zu überprüfen haben. Die Prüfungspflicht ist allerdings auf grobe und deshalb leicht erkennbare Gesetzesverstöße beschränkt.²¹⁶

Vor Prüfung der Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf Host-Provider muß aber folgendes bedacht werden: Die Grundsätze zur Pressehaftung wurden anhand von Fällen entwickelt, bei denen es um die Überprüfung der Rechtswidrigkeit *bekannter* Inhalte ging. Üblicherweise wird jede eingehende Anzeige und jeder eingehende Leserbrief von dem jeweiligen Presseunternehmen schon allein wegen der drucktechnischen Bearbeitung zur Kenntnis genommen.²¹⁷ So lag es jedenfalls in den entschiedenen Fällen. Hierin liegt häufig ein wesentlicher Unterschied zum Host-Provider, dem gerade nicht alle Inhalte, die Dritte mittels seines Rechners in Verkehr bringen, bekannt sind. Es gibt im Gegensatz zu Presseunternehmen nicht grundsätzlich eine Eingangskontrolle.²¹⁸ Ein großer Teil der

212 AfP 96, 220.

213 Ebenso: *Spindler*, ZUM 97, 533, 537; anders: *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 184.

214 MüKo-Hanau, Bd. 2, 3. A. 1994, § 276 Rdnr. 127; *Palandt-Heinrichs*, BGB 56. A. 1997, § 276 Rdnr. 21.

215 LG Stuttgart jur-pc 92, 1714, 1716; *Marly*, jur-pc 92, 1442. 1445; *Spindler*, ZUM 96, 533, 535; *Flehsig*, AfP 96, 333, 338; *ders.* in *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, 57, 74; *Engel*, AfP 96, 220, 226.

216 BGH NJW-RR 90, 1184, 1185 = GRUR 90, 1012, 1014 „Pressehaftung“; vgl. näher unten.

217 *Marly*, jur-pc 92, 1442, 1445.

218 *Spindler*, ZUM 96, 533, 536.

Inhalte wird ohne tatsächliche Kenntnisnahme durch den Anbieter – quasi hinter dessen Rücken – auf dessen Rechner abgelegt. Dies gilt insbesondere für unmoderierte Newsgroups und nutzererstellte Web-Pages. Dem entspricht auch der häufige Einwand der Anbieter, sie könnten die Vielzahl der Inhalte gar nicht alle zur Kenntnis nehmen.²¹⁹ Nun setzt sich aber der Fahrlässigkeitsvorwurf in Konstellationen wie diesen aus zwei Elementen zusammen. Erforderlich ist ein Kennenmüssen der die Gefahr begründenden tatsächlichen Umstände²²⁰ und ein Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit²²¹

Zwei-Ebenen-Modell

Die Frage der Vermeidbarkeit im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung hat demnach bezüglich des Host-Providers zwei Ebenen, die eine entsprechende Differenzierung verlangen.²²² Diese Differenzierung ist bisher nicht klar genug herausgearbeitet worden.²²³ Die Untersuchung der Frage, in welchem Umfang der Anbieter die Fremdinhalte überprüfen muß, greift zu kurz. Alle Eingrenzungen der *inhaltlichen* Überprüfungspflicht, beispielsweise die auch hier häufig vertretene Beschränkung auf grob rechtswidrige Inhalte,²²⁴ überzeugen nicht, wenn nicht vorab geklärt ist, auf *welche Inhalte* sich diese Überprüfungspflicht bezieht. Wenn der Anbieter einen Inhalt gar nicht kennen muß, kann er auch eine eventuelle grobe Rechtswidrigkeit nicht erkennen. Auf der ersten Ebene geht es also um das *Kennenmüssen von Fremdinhalten*. Es ist zu klären, ob der Host-Provider von den fraglichen Inhalten Kenntnis hatte, oder – wichtiger – ob und in welchem Umfang die verkehrserforderliche Sorgfalt von ihm eine Kenntnisnahme verlangt hätte. Eine Frage, die sich bei Presseunternehmen bisher nicht gestellt hat. Auf der zweiten Ebene geht es um das *Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit*.²²⁵ Hier ist zu klären, ob und in welchem Umfang den Host-Provider auch Prüfungspflichten hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Inhalte treffen, also wie weit seine inhaltliche Überprüfungspflicht reicht. Erst bei diesem Schritt kommt strenggenommen die Heranziehung der Grundsätze zur Pressehaftung in Betracht, denn diese Frage stellte sich bisher auch in diesem Bereich, während ein Kennenmüssen von Fremdinhalten wegen ohnehin vorliegender Kenntnis nie problematisiert wurde. Die Bejahung eines Fahrlässigkeitsvorwurfes verlangt die Bejahung beider Ebenen: Kenntnis oder Kenntnisnahmepflicht bezüglich des

219 Vgl. Waldenberger, ZUM 97, 176, 185; Entwurfsbegründung IuKDG, Drucksache Bundesrat 966/96, S. 22 (zu § 5 Abs. 2).

220 MüKo-Hanau, Bd. 2, 3. A. 1994, § 276 Rdnr. 100.

221 MüKo-Hanau, Bd. 2, 3. A. 1994, § 276 Rdnr. 117.

222 Ansatzweise bei Marly, jur-pc 92, 1442, 1446.

223 Vermengt beispielsweise bei Waldenberger, ZUM 97, 176, 187.

224 S. dazu unten.

225 Vgl. MüKo-Hanau, Bd. 2, 3. A. 1994, § 276 Rdnr. 117.

Inhalts und Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit des bekannten oder zu kennenden Inhalts im Rahmen des Umfangs einer entsprechenden Überprüfungspflicht.

Erste Ebene: Kennenmüssen der Inhalte

Auf der ersten Ebene kommen praktisch drei Alternativen in Betracht: Der Anbieter muß alle Inhalte kennen, er muß stichprobenartig ermittelte einzelne Inhalte kennen oder er *muß* gar keine Inhalte kennen und inhaltlich nur bei tatsächlicher Kenntnis überprüfen. Tatsächliche Kenntnis von den Inhalten hat der Anbieter beispielsweise bei moderierten Newsgroups, wo vor der endgültigen Speicherung ein Moderator die eingehenden Beiträge wahrnimmt und auswählt. In diesen Fällen kommt man sogleich zur zweiten Ebene, zum Bestehen und Umfang einer Überprüfungspflicht hinsichtlich der Rechtswidrigkeit *aller* dieser bekannten Beiträge.²²⁶ In den übrigen Fällen, also bei unmoderierten Newsgroups und von Kunden erstellten Web-Pages, ist indes zunächst die erste Ebene problematisch: Gebietet die verkehrserforderliche Sorgfalt dem Host-Provider, von fremden Inhalten auf seinen Rechnern in gewissem Umfang Kenntnis zu nehmen? Bei dieser Kernfrage geht es um die Konkretisierung der verkehrserforderlichen Sorgfaltspflichten i. S. § 276 I S. 2 BGB, die den Host-Provider insofern treffen. Es wurde bereits erwähnt, daß an dieser Stelle eine vorschnelle Heranziehung der Grundsätze zur Pressehaftung für Beiträge Dritter, bei denen es nur um das Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit der dem Presseunternehmen bekannten Beiträge geht, nicht angezeigt ist.²²⁷ Die Sorgfaltsanforderungen sind vielmehr in Anwendung der diesbezüglichen allgemeinen Grundsätze auf die konkrete Fallgestaltung zu ermitteln.²²⁸ In der Rechtsprechung²²⁹ ist anerkannt, daß auch Sorgfaltspflichten nur im Rahmen des Zumutbaren bestehen und somit eine Vorsorge gegen alle theoretisch möglichen Gefahren nicht verlangt werden kann.²³⁰ Erforderlich sei vielmehr eine naheliegende Möglichkeit²³¹ bzw. ein nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit Liegen²³² der Rechtsverletzung. Im Ergebnis bestimmen sich demnach die Sorgfaltspflichten aufgrund einer Abwägung des Fragenkomplexes: wie wahrscheinlich ist eine Rechtsverletzung, welche Sorgfaltsmaßnahmen erwartet der Verkehr und welche Sorgfaltsmaßnahmen sind zumutbar?

226 *Marly*, jur-pc 92, 1442, 1446.

227 Ebenso: *Spindler*, ZUM 96, 533, 536.

228 Insoweit übereinstimmend: *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 187.

229 Die teilweise auch im Zusammenhang mit Verkehrssicherungspflichten ergangen ist, was allerdings inhaltlich keinen Unterschied macht, da sich verkehrserforderliche Sorgfaltspflichten und Verkehrssicherungspflichten insofern decken.

230 BGH NJW 90, 1236, 1237; *Palandt-Heinrichs*, BGB 56. A. 1997, § 276 Rdnr. 20, 21.

231 BGH NJW 90, 1236, 1237.

232 BGH GRUR 84, 54, 55 „Kopierläden“.

Diese Kriterien sind nun auf den Host-Provider anzuwenden, wobei die hinreichende Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung bereits bejaht wurde. Es bleibt somit zu klären, welche zumutbaren Sorgfaltsmaßnahmen der Verkehr vom Host-Provider hinsichtlich des Kennenmüssens von Inhalten erwartet. Die Meinungen sind geteilt. Verneint wird eine aktive Kenntnisnahmepflicht von *Waldenberger*. Eine Überprüfung der enormen Anzahl von Beiträgen sei dem Anbieter weder wirtschaftlich noch sächlich zumutbar, und zwar weil dies wegen der Masse der Inhalte auf ein faktisches Verbot entsprechender Angebote hinausliefe.²³³ Eine Ausnahme will *Waldenberger* in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Haftung von Presseunternehmen nur zulassen, wenn konkrete Umstände auf die Rechtswidrigkeit des Materials hindeuten.²³⁴ Es bleibt allerdings unklar, auf welche Ebene sich diese sehr eingeschränkte Prüfungspflicht beziehen soll. Falls der Anbieter Inhalte gar nicht zur Kenntnis genommen hat, können diese Inhalte für den Anbieter auch nicht auf ihre Rechtswidrigkeit hindeuten. Somit scheint es bei *Waldenberger* im Ergebnis bei der Ablehnung eines Kennenmüssens von Inhalten²³⁵ und einer begrenzten inhaltlichen Prüfungspflicht (auf der zweiten Ebene) nur bei tatsächlich bekannten Inhalten zu bleiben. Ähnlich, nämlich i. S. einer Haftung nur in Sonderfällen, falls ein besonderer Anlaß zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit bestand, äußert sich *Flechsigt*,²³⁶ ebenfalls ohne zu behandeln, unter welchen Voraussetzungen von einem Kennenmüssen der Inhalte auszugehen ist.²³⁷ Differenzierter äußern sich *Spindler*²³⁸ und *Marly*.²³⁹ *Spindler* stellt zutreffend fest, daß es nicht damit getan ist, zu behaupten, eine Kontrolle der Inhalte sei dem Anbieter angesichts der Unüberschaubarkeit unmöglich, weshalb eine Haftung ausscheide. Vielmehr stellt sich dann die Frage, ob es nicht sorgfaltswidrig ist, ein solches unkontrollierbares Forum überhaupt zu eröffnen.²⁴⁰ Mit der Entscheidung *gegen* eine Moderation, die schließlich auch möglich sei, treffe der Anbieter im Grundsatz zugleich eine Entscheidung *für* seine Haftung.²⁴¹ Bezogen auf die hiesige erste Ebene würde dies bedeuten, daß von einem Kennenmüssen des Host-Providers hinsichtlich aller gehosteten fremden Inhalte auszugehen wäre. Der Provider müßte umfassende Moderationen und Zugangskontrollen einführen.²⁴² *Marly* trennt klarer zwischen den beiden Ebenen. Auf der zweiten Ebene – Kennenmüssen der

233 *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 185.

234 *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 187.

235 *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 185.

236 AfP 96, 333, 338; *ders.* in *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 57, 74 f.

237 *Flechsigt*, AfP 96, 333, 341.

238 ZUM 96, 533, 536 ff.

239 Jur-pc 92, 1442, 1445.

240 *Spindler*, ZUM 96, 533, 536.

241 *Spindler*, ZUM 96, 533, 536.

242 *Spindler*, ZUM 96, 533, 544.

Rechtswidrigkeit – fordert er eine inhaltliche Kontrolle auf grobe Gesetzesverstöße entsprechend den Grundsätzen zur Pressehaftung.²⁴³ Die erste Ebene erlangt Bedeutung für die Frage, auf welche Beiträge sich diese Inhaltskontrolle erstreckt. Bejaht wird dies konsequenterweise für alle bekannten Inhalte, also insbesondere für alle Inhalte moderierter Newsgroups. Im übrigen verlangt *Marly* auf der ersten Ebene nur eine Kenntnisnahme von Stichproben.²⁴⁴ Die inhaltliche Kontrolle auf der zweiten Ebene erstreckt sich dann nur auf die stichprobenartig bekanntgewordenen Beiträge,²⁴⁵ nicht auf den Rest.

Es ist in Erinnerung zu rufen, daß sich die zu stellenden Sorgfaltsanforderungen nicht allein nach der Zumutbarkeit für den Anbieter richten, sondern daß vielmehr maßgeblich ist, welche Sorgfalt der Verkehr bei objektiver Betrachtungsweise zumutbarerweise verlangt.²⁴⁶ Hiernach kann ein Kennenmüssen der Inhalte sicher nicht gänzlich verneint werden. Ein Vergleich mit Presseunternehmen kommt auf der hiesigen ersten Ebene, wie mehrfach erwähnt, nicht in Betracht, denn dort ging es bisher nur um das Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit regelmäßig bekannter Inhalte. Auch ein Vergleich mit dem Zeitschriften- oder Buchhändler,²⁴⁷ bei dem Kenntnisnahmepflichten hinsichtlich des Inhalts der vertriebenen Werke überwiegend verneint werden,²⁴⁸ kommt nicht in Frage. Die Stellung des Zeitschriftenhändlers und des Host-Providers unterscheidet sich zu grundlegend. Der Unterschied liegt allerdings nicht in dem von *Waldenberger*²⁴⁹ angedeuteten Sinne. Danach nehme der sein Sortiment selbst auswählende Zeitschriftenhändler eine aktivere Stellung ein als der Host-Provider. Dies soll offenbar zu einer im Vergleich noch geringeren Kenntnisnahmepflicht des Tele-diensteanbieters führen. Ganz im Gegenteil muß jedoch vom Host-Provider ein Kennenmüssen in weit größerem Ausmaß verlangt werden. Beim Zeitschriftenhändler verlangt der Verkehr keine Kontrolle, weil er eine inhaltliche Prüfung der vertriebenen Zeitschriften regelmäßig bereits von den beliefierenden Presseunternehmen erwartet. Dies tut er einerseits – nach den erwähnten Grundsätzen zur Pressehaftung – hinsichtlich für das Presseunternehmen fremder Inhalte, andererseits aber auch hinsichtlich der eigenen Inhalte des Unternehmens. Bei einem Host-Provider muß der Verkehr dagegen davon ausgehen, daß eine Vielzahl der Inhalte völlig unkontrolliert auf die Rechner gelangen kann, was die Erwartung an eine Kontrolle durch den Anbieter verstärkt. Das Vertrauen in eine

243 Jur-pc 92 1442, 1446.

244 Jur-pc 92 1442, 1446.

245 Jur-pc 92 1442, 1446.

246 BGH NJW 53, 257.

247 *Rütter*, jur-pc 92, 1812, 1821.

248 *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 186; für den Regelfall im Zivilrecht wohl auch *Sieber*, JZ 96, 429, 436; anders sogar für diesen Bereich: *Spindler*, ZUM 96, 533, 539 mit Hinweis auf BGH NJW 76, 799, 800, wo es allerdings um einen Alleinimporteur ging.

249 ZUM 97, 176, 186.

Selbstkontrolle durch die Autoren dürfte nämlich um einiges geringer sein, als dies bei mehrgliedrig strukturierten Presseunternehmen der Fall ist. Die Erwartung bezüglich einer Kontrolle durch den Host-Provider wird noch dadurch verstärkt, daß es sich um ein praktisch jedermann ohne Zugangsbarrieren offenes Forum für alle Art von Beiträgen handelt. Dies erhöht das Gefährdungspotential auch im Vergleich zu Fernsehen und Printmedien noch einmal beträchtlich.²⁵⁰ Unter diesen Voraussetzungen wäre es ganz unverständlich anzunehmen, der Host-Provider müsse die Inhalte gar nicht kennen und dementsprechend auch nicht auf ihre Rechtswidrigkeit hin überprüfen. Einer solchen Besonderstellung im Vergleich zu den herkömmlichen Medien fehlt die Berechtigung, insbesondere unter Berücksichtigung des größeren Gefährdungspotentials.

Es bleibt somit festzuhalten, daß die den Host-Provider treffende Sorgfaltspflicht ihm grundsätzlich nicht lediglich eine stichprobenartige, sondern eine umfassende Kenntnisnahme der fremden Inhalte gebietet. Es bleibt das Erfordernis der Zumutbarkeit. Diese wird häufig angesichts der enormen Datenmenge verneint.²⁵¹ Bei Tausenden von neuen Inhalten täglich liefe eine Kontrollpflicht auf ein faktisches Verbot hinaus.²⁵² Dem ist aber entgegenzuhalten, daß es im Falle einer derartigen tatsächlichen Unkontrollierbarkeit bereits sorgfaltswidrig ist, ein solches Forum überhaupt zu eröffnen.²⁵³ Grundsätzlich ist eine Moderation von Newsgroups schließlich möglich. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch daran, daß Zeitverlust, Unbequemlichkeit oder die notwendige Erbringung finanzieller Opfer noch nicht zur Unzumutbarkeit von Sorgfaltsmaßnahmen führen.²⁵⁴ Ferner würde auch bei Presseunternehmen, bei denen hinsichtlich der regelmäßig bekannten Inhalte eine Überprüfungspflicht auf grobe Rechtswidrigkeit bejaht wird, die Entschuldigung, dafür stehe zu wenig Personal zur Verfügung, nicht anerkannt. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß die meisten Anbieter gewerblich tätig sind, und durch das Angebot von Newsgroups zu den verschiedensten Themen und die Möglichkeit von nutzererstellten Web-Pages auf ihren Rechnern ihr Angebot attraktiver gestalten. Hiermit sollen letztlich Kunden geworben werden, die dem Anbieter Gewinn bringen. Es ist aber gerechtfertigt, den – durch die Schaffung von Angeboten, die (nicht grundsätzlich, sondern lediglich mit geringem finanziellen und personellen Aufwand) „unkontrollierbar“ sind – gesteigerten Marktchancen, das Haftungsrisiko gegenüberzustellen. Dieses nimmt der Anbieter um seiner Attraktivität willen in Kauf, denn es bliebe ihm unbenommen, sein Angebot von (bereithaltenen) fremden Inhalten auf ein kontrollierbares Maß zu reduzieren. Schließlich trägt der Anbieter im Ergebnis auch nicht das volle wirtschaftliche Risiko. In

250 Ebenso: *Spindler*, ZUM 96, 533, 538; *Engel*, AfP 96, 220.

251 *Engel*, AfP 96, 220, 222, 226; *Jäger/Collardin*, CR 96, 236, 239; *Flehsig* in *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 57, 74 f.

252 *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 185.

253 *Spindler*, ZUM 96, 533, 544.

254 BGH NJW 53, 257, 258.

den Verträgen mit seinen Kunden, also den Urhebern der Fremdinhalte, wird er diesen regelmäßig das Uploaden rechtswidriger Inhalte untersagen. Somit kann der Anbieter, im Falle einer Inanspruchnahme durch den Geschädigten, seinerseits wegen dieses Haftungsschadens Regreß beim Kunden nehmen. Er trägt also lediglich dessen Insolvenzrisiko. Dies ist der Preis für den Wettbewerbsvorteil aufgrund der Attraktivität des umfangreichen aber „unkontrollierbaren“ Angebots.

Von einer Unzumutbarkeit der Kenntnisnahme der Fremdinhalte kann demnach nicht ausgegangen werden.²⁵⁵ Auf der ersten Ebene ist also von einem Kennenmüssen aller Fremdinhalte auszugehen. Die Frage nach der Intensität der inhaltlichen Überprüfung, beantwortet sich sogleich auf der zweiten Ebene. Unabhängig davon ist aber bereits hier festzuhalten, daß der Anbieter grundsätzlich *alle* Fremdbeiträge inhaltlich zu überprüfen hat. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zur Auffassung von *Marly*,²⁵⁶ der die inhaltliche Prüfungspflicht nur auf die durch Stichproben bekannt gewordenen Inhalte beschränken will, und zu der Auffassung, die sie unter Verneinung einer Kenntnisnahmepflicht allein auf tatsächlich bekanntgewordene Inhalte begrenzt.²⁵⁷

Zweite Ebene: Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit

Nachdem die Prüfung der ersten Ebene ergeben hat, auf welche Fremdinhalte sich die inhaltliche Überprüfung erstreckt – nämlich auf alle, beantwortet die zweite Ebene die Frage nach der Intensität der Überprüfungspflicht. Ermittelt wird also, inwieweit der Verkehr vom Anbieter im Rahmen des Zumutbaren das *Erkennen* einer womöglichen Rechtswidrigkeit der Fremdinhalte verlangt. Auf dieser Ebene kann nun tatsächlich eine entsprechende Anwendung der Grundsätze zur Haftung von Presseunternehmen für Fremdinhalte geboten sein. Danach sind Verleger und Redakteur insbesondere bei Anzeigen und Leserbriefen²⁵⁸ zur Prüfung verpflichtet, ob deren Inhalt rechtswidrig ist und bejahendenfalls gehalten, die Anzeige abzulehnen.²⁵⁹ Es wird aber keine eingehende Überprüfung der Fremdinhalte verlangt, sondern lediglich eine Überprüfung auf grobe Gesetzesverstöße²⁶⁰ bzw. eine

255 Nach obiger Begründung jedenfalls nicht bei *gewerblichen* Anbietern. Deshalb steht das hiesige Ergebnis auch nicht im Widerspruch zur Entscheidung des LG Stuttgart (jur-pc 92, 1714), das eine umfassende Überprüfung durch einen *nichtgewerblichen* Betreiber einer Mailbox als unzumutbar ansah (a. a. O. S. 1716).

256 Jur-pc 92, 1442, 1446.

257 *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 185.

258 BGH NJW 86, 2503, 2505 = GRUR 86, 683, 685 „Ostkontakte“.

259 BGH GRUR 72, 722 „Geschäftsaufgabe“; BGH NJW-RR 90, 1184, 1185 = GRUR 90, 1012, 1014 „Pressehaftung“.

260 BGH NJW-RR 90, 1184, 1185 = GRUR 90, 1012, 1014 „Pressehaftung“; BGH GRUR 73, 203, 204 „Badische Rundschau“; BGH GRUR 95, 595, 598 „Kinderarbeit“; BGH GRUR 94, 841, 843 „Suchwort“; BGH GRUR 94, 454, 456 „Schlankheitswerbung“; BGH GRUR 93, 53, 54 „Ausländischer Inserent“; BGH GRUR 92, 618, 619 „Pressehaftung II“.

Überprüfung bei Erkennbarkeit der Rechtsverletzung, Auffälligkeit der Anzeige oder Kundgabe eines besonders einschneidenden Umstandes für den Betroffenen.²⁶¹ Begründet wird dies mit einer verfassungskonformen Auslegung der Prüfungspflicht unter Berücksichtigung der Pressefreiheit des Art. 5 I S. 2 GG.²⁶² Angesichts des Zeitdrucks, unter dem Verlage arbeiten müssen, würde eine Pflicht zur umgehenden sorgfältigen Überprüfung aller Anzeigen die Arbeit der Presse unzumutbar erschweren.²⁶³ Deshalb dürfen die Anforderungen an das Ausmaß der Prüfung angesichts der praktischen Notwendigkeiten des Pressewesens nicht überspannt werden.²⁶⁴ Da allerdings die Pressefreiheit gem. Art. 5 II GG ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen findet, sind allgemeine haftungsrechtliche Vorschriften grundsätzlich trotzdem zu berücksichtigen. Die demnach erforderliche Abwägung führt zur genannten Prüfungspflicht auf grobe Rechtsverstöße.²⁶⁵

Die Anwendung dieser Grundsätze auf Host-Provider setzt voraus, daß aus Sicht des Verkehrs die Gründe für die eingeschränkte Prüfung auch hier zutreffen. Von entscheidender Bedeutung ist es, ob auch Internet Anbieter grundrechtlichen Schutz aus Art. 5 I S. 2 GG genießen. Soweit dies der Fall ist, hat man – wie bei Presseunternehmen – eine Abwägung vorzunehmen, bei der auf der einen Seite die Beachtung der allgemeinen Gesetze und sonstigen Schranken des Art. 5 II GG steht, und es auf der anderen Seite Gesichtspunkte der Zumutbarkeit, der Aktualität und die Gefahr faktischer Verunmöglichung der Nutzung des Mediums Internet in seiner typischen Eigenart zu beachten gilt.

Für die Frage der Eröffnung des Schutzbereiches des Art. 5 I S. 2 GG kommt es hier nicht entscheidend darauf an, ob sich bestimmte Online-Dienste konkret als „Rundfunk“ oder „Presse“ einordnen lassen, oder ob sie einer neuen Kategorie zuzuordnen sind.²⁶⁶ Hierbei wäre sicher von Angebot zu Angebot zu differenzieren,²⁶⁷ wobei jeder der drei Bereiche in bestimmten Fällen einschlägig sein kann. Der Streit um die Einordnung als Rundfunk hat Bedeutung nur im Zusammenhang mit den vom Bundesverfassungsgericht zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit entwickelten besonderen Schutzvorkehrungen.²⁶⁸ Dabei geht es zur Verhinderung einseitiger Meinungsmacht insbesondere um Ausgewogenheit und Meinungsvielfalt sowie um das Erfordernis einer Zulassung.²⁶⁹ Diese

261 BGH GRUR 72, 722, 723 „Geschäftsaufgabe“.

262 BGH GRUR 95, 595, 597 „Kinderarbeit“; BGH GRUR 92, 618, 619 „Pressehaftung II“.

263 BGH NJW-RR 90, 1184, 1185 = GRUR 90, 1012, 1014 „Pressehaftung“; BGH GRUR 94, 454, 456 „Schlankheitswerbung“.

264 BGH NJW-RR 90, 1184, 1185 = GRUR 90, 1012, 1014 „Pressehaftung“.

265 BGH NJW-RR 90, 1184, 1185 = GRUR 90, 1012, 1014 „Pressehaftung“; BGH GRUR 73, 203, 204 „Badische Rundschau“; BGH GRUR 94, 841, 843 „Suchwort“; BGH GRUR 93, 53, 54 „Ausländischer Inserent“.

266 Vgl. hierzu z. B. *Bullinger*, AfP 96, 1, 3 ff; *Hoffmann-Riem*, AfP 96, 9, 13 ff.

267 *Bullinger*, AfP 96, 1, 3.

268 BVerfGE 57, 295, 319 ff.; 90, 60, 88.

269 BVerfGE 57, 295, 323, 325, 326; *Bullinger*, AfP 96, 1, 2; *Gersdorf*, AfP 95, 565, 568.

Problematik berührt aber nicht die Frage, ob der Anbieter dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 2 GG unterfällt, sondern berührt lediglich die Rechtsfolgenseite, nämlich die Frage, ob die Anbieter den besonderen Anforderungen an Rundfunk gerecht werden müssen.²⁷⁰ Durch ein dreifach abgestuftes Normenregime in Form des TDG, des MDStV und des RStV, ist nun ohnehin der Versuch unternommen, insoweit Klarheit zu schaffen. Für die generelle Schutzbereichseröffnung kann die konkrete Einordnung indes dahinstehen.²⁷¹ Art. 5 I S. 2 GG enthält nur eine beispielhafte Nennung bestimmter Massenmedien und ist offen für die Zuordnung anderer Massenmedien zu seinem Schutzbereich.²⁷² Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff läßt sich nicht abschließend definieren und ist insbesondere offen für neue Techniken. Der Schutzbereich des Art. 5 I S. 2 GG erfaßt daher auch neue, rundfunkähnliche Kommunikationsdienste.²⁷³ Die Vorschrift schützt „Massenkommunikationsmittel“.²⁷⁴ Meinungs- und Informationsverbreitung durch Provider ist in den hier behandelten Fallgestaltungen²⁷⁵ ein derartiges neues Massenmedium.²⁷⁶ Verschiedenste Informationen in Ton, Schrift und Bild werden einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht.

Demnach unterfällt im Grundsatz auch der Host-Provider dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 2 GG. Ebenso wie bei Presseunternehmen ist also zur Bestimmung der Intensität der zivilrechtlichen Prüfungspflicht im Rahmen des Art. 5 II GG eine Abwägung vorzunehmen. Im Ergebnis darf auch hier die grundrechtlich geschützte Tätigkeit nicht unzumutbar erschwert werden. Bei der Presse war der Zeitdruck eines der tragenden Argumente, das zur Unzumutbarkeit einer eingehenden Überprüfung jedes Fremdinhaltes führte. Auch das Internet ist ein Medium das zu weiten Teilen gerade wegen seiner Aktualität bedeutsam ist. Ein gewisser Zeitdruck besteht somit auch hier. Ein weiterer Punkt tritt entscheidend hinzu, nämlich die Datenmenge, die um ein Vielfaches größer ist als bei Printmedien. Würde eine eingehende und deshalb zeitaufwendige Überprüfung aller Fremdinhalte verlangt, wäre das Internet in seiner ihm typischen Eigenart tatsächlich faktisch lahmgelegt. Einerseits wurde bereits festgestellt, daß dies allein nicht zu einer Unzumutbarkeit jeglicher Kontrolle führen kann, andererseits nutzt und akzeptiert der Verkehr das Informationsmedium Internet gerade wegen seiner Informationsfülle und Aktualität. Er erwartet demnach bei objektiver Beurteilung keine allumfassende Inhaltskontrolle, die mit seinen Erwartungen an das Medium nicht vereinbar ist. Die Abwägung im Rahmen des Art. 5 II GG führt somit unter

270 Gersdorf in Becker: Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 87, 89; ders., AfP 95, 565, 568.

271 Vgl. Spindler, ZUM 96, 533, 539.

272 Hoffmann-Riem, AfP 96, 9 (m. w. N.).

273 BVerfGE 74, 297, 350; 83, 238, 302.

274 BVerfGE 12, 205, 228.

275 Nicht behandelt werden z. B. reine E-mail-Dienste.

276 Hoffmann-Riem, AfP 96, 9; Spindler, ZUM 96, 533, 539.

besonderer Berücksichtigung der Verkehrserwartung im Ergebnis dazu, daß für den Host-Provider auf der zweiten Ebene keine intensivere inhaltliche Kontrolle als für Printmedien gefordert werden kann.

Ergebnis

Die Intensität der inhaltlichen Überprüfungspflicht des Host-Providers ist wie bei Printmedien auf grobe Rechtsverletzungen beschränkt. Dabei muß der Begriff „grobe Rechtsverletzung“ mit Rücksicht auf den Grund der geringeren Überprüfungspflicht konkretisiert werden. Erfasst ist zunächst die leicht erkennbare²⁷⁷ oder besonders auffällige²⁷⁸ Rechtswidrigkeit, beispielsweise eine besonders harsche Schmähung. Verlangt werden kann allein eine Erkennbarkeit ohne eingehende juristische Prüfung.²⁷⁹ Eine intensivere Prüfung ist aber zu verlangen, wenn zwar die Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich ist, aber der Inhalt für den Betroffenen offenkundig besonders einschneidende Wirkungen haben wird.²⁸⁰ Wenn derartige gewichtige Konsequenzen erkennbar sind, kann eine umfassende Überprüfung verlangt werden, ob der betroffene Inhalt diese Konsequenzen rechtmäßig herbeiführen wird. Die derart *ingeschränkte inhaltliche Überprüfungspflicht* (zweite Ebene) trifft den Anbieter allerdings hinsichtlich *aller Fremdinhalte* (erste Ebene) auf seinen Rechnern, nicht lediglich hinsichtlich Stichproben. Kurz: ein die Ersatzpflicht des Anbieters begründendes Verschulden liegt immer vor, wenn sich auf seinen Rechnern grob rechtsverletzende Beiträge befinden. Er handelt fahrlässig, wenn er solche Beiträge nicht *kennt*, nicht als rechtswidrig *erkennt* und als Konsequenz nicht sperrt oder löscht.

Verschulden des Host-Providers im Geltungsbereich von § 5 II TDG

In § 5 II TDG ist für die Verantwortlichkeit der Anbieter vorausgesetzt, daß sie „von diesen Inhalten Kenntnis haben“. Die Entwurfsbegründung²⁸¹ spricht insofern von einer „Einschränkung der Verantwortlichkeit auf vorsätzliches Handeln“. Diese Zielsetzung, sollte sie denn tatsächlich wörtlich zu verstehen sein, wird vom Gesetzestext – zumindest für den zivilrechtlichen Bereich – nicht getragen. Im Zivilrecht²⁸² verlangt Vorsatz auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.²⁸³ Hier wäre dies die positive Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des frem-

277 Vgl. BGH NJW-RR 90, 1184, 1185 = GRUR 90, 1012, 1014 „Pressehaftung“.

278 BGH GRUR 72, 722, 723 „Geschäftsaufgabe“.

279 BGH GRUR 95, 595, 598 „Kinderarbeit“.

280 BGH GRUR 72, 722, 723 „Geschäftsaufgabe“.

281 Drucksache Bundesrat 966/96, S. 22 (zu § 5 Abs. 2).

282 Anders die herrschende *Schuldtheorie* im Strafrecht, BGHSt 2, 194, 197.

283 *Vorsatztheorie*, vgl.: BGHZ 69, 128, 142; 118, 201, 208; *Staudinger-Löwisch*, 12. A. 1979, § 276 Rdnr. 15; *Erman-Battes*, 9. A. 1993, § 276 Rdnr. 17; *MüKo-Hanau*, Bd. 2, 3. A. 1994, § 276 Rdnr. 55; ausführlich: *Baumann*, AcP 155, 495 ff.; *Mayer-Maly*, AcP 170, 133, 153 ff.

den Inhalts. Diese Frage ist oben auf der zweiten Ebene behandelt worden. Dort ist festgestellt worden, daß nach allgemeinen Grundsätzen auch eine fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit ausreicht, wobei Fahrlässigkeit zu bejahen ist, wenn der Anbieter grob gesetzwidrige Inhalte nicht als rechtswidrig erkannt hat. Die konsequente Anwendung der oben dargestellten Zwei-Ebenen-Trennung zeigt deutlich, an welchem Punkt die Neuregelung des § 5 II TDG nur eingreifen kann, nämlich auf der ersten Ebene.

Erste Ebene – Kennenmüssen von Inhalten

Der Wortlaut des § 5 II TDG spricht allein von der Kenntnis der Inhalte. Damit ist ausschließlich die erste Ebene angesprochen, nämlich die Frage, *auf welche Inhalte* sich die inhaltliche Prüfungspflicht erstreckt. Nach den allgemeinen Haftungsgrundsätzen wurde dies hinsichtlich aller Fremdinhalte bejaht.²⁸⁴ Dies wird eindeutig durch § 5 II TDG eingeschränkt. Nur wenn der Anbieter Inhalte positiv kennt, kommt eine Haftung überhaupt in Betracht. Ein *Kennenmüssen* von Inhalten schließt die Vorschrift aus und stellt den Anbieter damit im Vergleich zur bisherigen Haftungslage besser. Die erforderliche Kenntnis kann freilich auch durch Zurechnung der Kenntnis anderer Personen nach den allgemeinen Vorschriften gegeben sein. Insbesondere bei juristischen Personen und anderen Gesellschaften wird das Wissen von Personen, die damit betraut sind, Informationen zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls weiterzuleiten, entsprechend § 166 BGB zumindest dann zugerechnet, wenn es sich um „typischerweise aktenmäßig festgehaltenes“ Wissen handelt (sog. „Wissensvertreter“).²⁸⁵ Dies ändert aber nichts an der Tatsache, daß bei diesen Personen Kenntnis nachzuweisen ist. Generell erscheint die Regelung des § 5 II TDG sehr problematisch. Der Anbieter kann sich einem Haftungsrisiko weitgehend dadurch entziehen, daß er so wenig Inhalte wie möglich zur Kenntnis nimmt, also praktisch alle präventiven Kontrollen einstellt, und nur noch nachträglich aufgrund entsprechender Hinweise tätig wird. Es ist sehr zweifelhaft, ob dies im Interesse zumindest der großen Anbieter liegen wird, deren Kunden eine gewisse vorbeugende Kontrolle als selbstverständlich erwarten. Führen sie diese Kontrollen indes durch, steigern sie wegen der Neuregelung ihr Haftungsrisiko.

Zweite Ebene – Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit

Nicht von § 5 II TDG beantwortet wird die zweite Ebene, also die Frage, ob der Anbieter auch die Rechtswidrigkeit der bekannten Inhalte positiv *erkennen* muß. Die gesetzliche Begründung, die von einer auf Vorsatz beschränkten Haftung spricht,²⁸⁶ läßt eine derartige Intention vermuten, die faktisch einem kompletten

284 S. o.

285 Vgl. zuletzt: BGH NJW 96, 1205; BGH NJW 96, 1339, 1340.

286 Entwurfsbegründung IuKDG, Drucksache Bundesrat 966/96, S. 22 (zu § 5 Abs. 2).

Haftungsausschluß gleichkäme, da positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit kaum nachweisbar sein wird. Der Gesetzestext bietet hierfür aber, wie gesagt, keine Anhaltspunkte. Er spricht allein von der Kenntnis der Inhalte, nicht von Vorsatz und auch nicht von der Kenntnis der Rechtswidrigkeit.²⁸⁷ Die Vorschrift bezieht sich demnach allein auf die erste Ebene und führt lediglich dazu, daß der Anbieter nicht mehr alle Fremdinhalte, sondern nur noch die ihm bekannten inhaltlich überprüfen muß. Es ist auch nicht ersichtlich, warum der Host-Provider von der inhaltlichen Überprüfungspflicht hinsichtlich der ihm positiv bekannten Inhalte freigestellt werden sollte. Das Argument der enormen Datenmenge trägt jedenfalls nicht, denn positive Kenntnis wird der Anbieter nur bei vergleichsweise wenigen Inhalten haben. Es dürfte schon schwer genug sein, ihm diese positive Kenntnis von Inhalten nachzuweisen. Ferner erscheint es auch ungerechtfertigt, den Anbieter von Telediensten gegenüber sonstigen Massenmedien so eklatant zu bevorzugen, und als Haftungsvoraussetzung auch noch positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit zu verlangen.²⁸⁸ Ausweislich der Gesetzesmaterialien war der entscheidende Gesichtspunkt für eine Haftungsbegrenzung zugunsten des Anbieters, daß es „ihm aufgrund der technisch bedingten Vervielfachung von Inhalten und der Unüberschaubarkeit der in ihnen gebundenen Risiken von Rechtsgutsverletzungen zunehmend unmöglich ist, *alle* [Hervorhebung vom Verf.] fremden Inhalte im eigenen Dienstebereich zur Kenntnis zu nehmen und auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen“.²⁸⁹ Diesem Gesichtspunkt ist bereits durch die Beschränkung Rechnung getragen, die inhaltliche Überprüfungspflicht gerade nicht mehr auf *alle* Fremdinhalte, sondern nur noch auf die bekannten zu erstrecken. § 5 II TDG führt folglich nicht zu einer Begrenzung der Haftung auf Vorsatz im zivilrechtlichen Sinne, da die Norm lediglich Kenntnis der Inhalte, aber kein *Bewußtsein der Rechtswidrigkeit* verlangt. Die Vorschrift begrenzt allerdings die Anzahl der zu überprüfenden Inhalte.

Auf der zweiten Ebene stellt sich somit auch nach dem TDG die Frage, inwieweit der Anbieter verpflichtet ist, die ihm bekannten Inhalte auf ihre Rechtswidrigkeit hin zu überprüfen, ohne sich einem Verschuldensvorwurf auszusetzen. Da man der Auffassung sein kann, die Beschränkung der Prüfungspflicht auf bekannte Inhalte sei Privilegierung genug, könnte man eine eingehende inhaltliche Rechtswidrigkeitsprüfung verlangen. Wenn der Anbieter schon nur noch die bekannten Inhalte überhaupt überprüfen muß, dann könnte man von ihm auch erwarten, dies gründlich zu tun. Der hinsichtlich der zweiten Ebene schweigende Wortlaut der Vorschrift ließe eine solche Interpretation der – wie oben nach allgemeinen Grundsätzen zu ermittelnden – Sorgfaltspflichten ohne weiteres zu. Sie

287 Dieses Verständnis legen offenbar auch *Engel-Flechtsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 97, 2981, 2984 zugrunde.

288 Kritisch schon hinsichtlich des Erfordernisses positiver Kenntnis vom Inhalt: *Koch*, CR 97, 193, 201.

289 Entwurfsbegründung IuKDG, Drucksache Bundesrat 966/96, S. 22 (zu § 5 Abs. 2).

hat sogar einiges für sich, da sich die Unzumutbarkeit einer solchen Anforderung angesichts der dann viel geringeren Anzahl zu überprüfender Inhalte zumindest nicht aufdrängt. Allerdings bestünde dann die Gefahr, durch entsprechend viele Hinweise auf Inhalte Kenntnis des Host-Providers herbeizuführen und ihn so doch übermäßig zu belasten. Es wäre wenig gewonnen, wenn man den Vorteil, den der Anbieter durch Begrenzung der zu überprüfenden Inhalte erlangt, durch eine Erweiterung der Intensität der inhaltlichen Überprüfungspflicht wieder entzöge. Dies widerspräche dann tatsächlich der Intention des TDG. Auf der zweiten Ebene, der Intensität der inhaltlichen Prüfungspflicht, verbleibt es also bei der bisherigen Rechtslage.

Ergebnis

§ 5 II TDG schließt ein Kennenmüssen von Fremdinhalten aus. Eine Haftung kommt nur noch in Betracht, wenn dem Anbieter Inhalte positiv bekannt sind. Hinsichtlich des Kennenmüssens der Rechtswidrigkeit dieser Inhalte trifft die Vorschrift hingegen keine Regelung. Hier bleibt es bei der bisherigen Rechtslage. Den Anbieter trifft somit weiterhin die Sorgfaltspflicht, inhaltlich die Fremdbeiträge auf grobe, leicht erkennbare Rechtsverletzungen hin zu überprüfen. Der einzige Unterschied ist, daß ihn diese Prüfungspflicht nicht hinsichtlich *aller* Fremdbeiträge, sondern nur hinsichtlich derjenigen trifft, die ihm *bekannt* sind. Bleiben ihm dann allerdings die erwähnten Rechtsverletzungen verborgen, haftet er dem Betroffenen nach wie vor auf materiellen Schadensersatz und immaterielle Entschädigung.

9.5.4.2 Haftung des Host-Providers für Informationen und virenbehaftete Software²⁹⁰

Auch beim Host-Provider²⁹¹ ist nach der Haftung für mittelbare Rechtsgutsverletzungen außerhalb der Äußerungsdelikte zu fragen. Es geht wiederum um die Fälle fehlerhafter Informationen, gefährlicher Information und heruntergeladener virenbehafteter Software und die dadurch verursachte Verletzung von Körper, Gesundheit, Leben oder Eigentum.

Deliktsrechtliche Grundsätze

Auch für derartige Rechtsgutsverletzungen hat der Host-Provider durch Verbreitung in Form der Zugänglichmachung besagter Informationen oder Software einen adäquat kausalen Handlungsbeitrag geleistet. Die Art dieses Tatbeitrages

290 Vgl. insbesondere *Spindler*, ZUM 96, 533, 544 ff.

291 Für den Content-Provider s. o. 9.5.3.3.

zeigt, daß das Stichwort der Produzentenhaftung, unter dem zum Teil der gesamte Komplex diskutiert wird,²⁹² für die Haftung des Anbieters in seiner Funktion als *Host-Provider* nicht zutreffend ist. Der *Host-Provider* gewährt lediglich den Speicherplatz, auf dem Dritte ihre Informationen oder die von ihnen zur Verfügung gestellte Software ablegen können. Ansonsten steht er in keinerlei Beziehung zu diesen Inhalten, wodurch er sich von der oben erörterten Funktion des *Content-Providers* unterscheidet.²⁹³ In dieser Funktion kann man den *Host-Provider* sicher nicht als „Hersteller“ eines fehlerhaften Produkts bezeichnen,²⁹⁴ worunter nur derjenige fällt, der das Produkt tatsächlich in den Verkehr gebracht hat.²⁹⁵ Selbst wenn man einen Vergleich mit Importeur, Vertriebs Händler oder Lieferant befürwortet,²⁹⁶ wäre dies kein Anwendungsfall der Grundsätze zur Produzentenhaftung, die für die genannten Personengruppen nicht gelten.²⁹⁷ Sowohl in diesen Fällen, als auch beim *Host-Provider*, geht es vielmehr allein um eine Konkretisierung der zu stellenden Sorgfaltspflichten im Rahmen des Verschuldens.²⁹⁸ Diese Fragestellung mit dem irreführenden Hinweis auf eine Produzentenhaftung zu belasten, bei der es im wesentlichen um herstellereigentliche Verkehrssicherungspflichten wie Organisations-, Instruktions- und Produktbeobachtungspflichten,²⁹⁹ sowie um eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens zugunsten des Verbrauchers geht,³⁰⁰ der die internen Produktionsvorgänge in der Regel nicht nachvollziehen kann und deshalb in Darlegungs- und Beweisnöte gerät,³⁰¹ ist wenig hilfreich.

Ohne den Bereich der Produzentenhaftung zu beanspruchen gilt es folglich zu ermitteln, ob und wann den *Host-Provider* hinsichtlich der genannten mittelbaren Rechtsgutsverletzungen durch falsche oder gefährliche Informationen oder viirenbehaftete Software, die er auf seinen Rechnern hostet, ein Verschulden trifft.

Hier kann zunächst an die oben ermittelten Grundsätze angeknüpft werden. Den *Host-Provider* trifft grundsätzlich die Pflicht, alle Fremdinhalte auf grobe, leicht erkennbare Rechtswidrigkeit bzw. Gefährlichkeit zu überprüfen. Im Anwendungsbereich des § 5 II TDG trifft ihn diese Pflicht nur hinsichtlich der bekannten Inhalte. Die Tatsache, daß gerade bei Fachinformationen dem *Host-Provider* im Vergleich zum Autor die nötige Sachkunde fehlt, um inhaltliche Fehler zu

292 *Spindler*, ZUM 96 533, 544 ff., der allerdings im folgenden zumeist die erforderlichen Differenzierungen nach der Funktion des Providers vornimmt.

293 Vgl. o. unter 9.5.3.3.

294 Insoweit zutreffend *Spindler*, ZUM 96, 533, 548; vgl. a. BGH NJW 94, 517, 519.

295 *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 216.

296 *Spindler*, ZUM 96, 533, 548.

297 BGHZ 99, 167, 170; 67, 359, 363; BGH NJW 94, 517, 519; NJW 81, 2250; *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 216.

298 BGH NJW 94, 517, 519; NJW 81, 2250.

299 *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 205 ff.

300 BGHZ 67, 359, 362; *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 219 f.

301 Vgl. a. *Lehmann*, NJW 92, 1721, 1722.

erkennen, führt nicht zu einem Entfallen der Prüfungspflicht.³⁰² Gerade bei gehosteten Fremdbeiträgen von jedermann kann für ein solches gänzliches Entfallen der Prüfungspflicht nicht angeführt werden, daß der Autor regelmäßig die größere Fachkompetenz besitzt.³⁰³ Vielmehr liegt das besondere Gefahrenpotential bei dieser Art der Verbreitung gerade darin, daß bei gehosteten Inhalten oft keinerlei Gewähr für irgendeine Fachkompetenz der Autoren gegeben ist. Im Ergebnis wird man aber häufig zu einem Verneinen des Kennenmüssens des Fehlers kommen, weil er für den Provider eben nicht leicht erkennbar ist. Dies wird in vielen Fällen der fehlerhaften Information zu einem fehlenden Verschulden des Host-Providers führen, da von ihm im Rahmen des Umfangs seiner Prüfungspflicht nicht erwartet werden kann, inhaltliche Fehler in Fachliteratur oder vermeintlicher Fachliteratur zu erkennen, die nur einem Fachmann auffallen.

Anders wird dies hingegen meist in Fällen gefährlicher Informationen aussehen, bei denen es nicht um das Aufspüren von Fehlern geht, sondern um den Inhalt selbst, der, wie bei besagter Anleitung zum Bombenbau, auf die Gefährlichkeit schließen läßt. Übersieht der Host-Provider derartiges, aus sich selbst heraus erkennbares Gefahrenpotential, handelt er schuldhaft.

Zuletzt ist die Frage nach den Sorgfaltsanforderungen hinsichtlich der Überprüfung von gehosteter Software auf Viren zu beantworten. Auch hier ist, wie grundsätzlich, die im Verkehr erforderliche, also die vom Verkehr erwartete Sorgfalt entscheidend. Nicht überzeugend erscheint es, den Host-Provider mit einem Händler zu vergleichen,³⁰⁴ den eine Überprüfungspflicht der Ware dann trifft, wenn dazu aus besonderen Gründen Anlaß besteht, insbesondere weil schon Schadensfälle bekannt geworden sind oder sonstige besondere Umstände eine Überprüfung nahelegen.³⁰⁵ Der Vergleich des Host-Providers mit einem Händler begegnet in zwei Richtungen bedenken. Zum einen steht der Händler den von ihm vertriebenen Produkten des Herstellers wesentlich näher als der Host-Provider den gehosteten Fremdinhalten, da er sich sein Warensortiment und seine Lieferanten selbst auswählt, und sein Geschäft dadurch eine bestimmte Kontur gewinnt. Die Fremdinhalte auf dem Rechner des Host-Providers werden indes ohne Auswahl durch den Host-Provider dort abgelegt, was ja gerade die spezifische Haftungsproblematik ausmacht. Auf der anderen Seite ist aber gerade dadurch das Gefahrenpotential wesentlich größer. Während der Händler Produkte anbietet, bei denen er bereits von einer Kontrolle durch den Hersteller ausgehen darf, kann der Host-Provider sich bei den teilweise auch anonym auf seine Rechner geladenen Inhalten nicht auf eine solche Vorabkontrolle verlassen. Im Ergebnis trifft den Host-Provider somit auch hinsichtlich gehosteter Software

302 So offenbar *Spindler*, ZUM 96, 533, 546.

303 So *Spindler*, ZUM 96, 533, 546.

304 So *Spindler*, ZUM 96, 533, 546; anders beim Content-Provider, s. o. 9.5.3.3.

305 BGHZ 99, 167, 170; BGH NJW 80, 1219; *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, § 823 Rdnr. 216.

eine Überprüfungspflicht, der er allerdings genügen wird, wenn er regelmäßig aktuelle Viren-Scanner über seine Speicher laufen läßt.³⁰⁶ Dies wird in den meisten Fällen ohnehin im Eigeninteresse des Host-Providers liegen und stellt bei routinemäßiger Durchführung keine zu hohen Anforderungen.

Produkthaftungsgesetz

Eine Haftung des Host-Providers³⁰⁷ aus § 1 ProdHaftG für fehlerhafte Software kommt nicht in Betracht, da er in seiner Funktion als Host-Provider weder Hersteller noch Importeur, Lieferant oder Händler ist. Für die Herstellereigenschaft i. S. § 4 I ProdHaftG ist dies offenkundig, da regelmäßig von Dritten erstellte Software auf dem Host-Rechner abgelegt wird. Aber auch eine Lieferantstellung nach § 4 III ProdHaftG ist nicht gegeben. Es wurde oben bereits festgestellt, daß die Vergleichbarkeit mit einem Händler scheitert, weil der Host-Provider, anders als der oben³⁰⁸ behandelte „zu-eigen-machende“ Content-Provider, sein „Sortiment“ gerade nicht selbst zusammenstellt.³⁰⁹ Die Stellung des Host-Providers ähnelt vielmehr der des Lagerhalters, der Raum für die Unterbringung fremder Gegenstände gewährt oder der des Vermieters, der anderen ein Forum für das Inverkehrbringen ihrer Güter verschafft, ohne mit diesen Gütern etwas zu tun zu haben. Die gleichen Erwägungen sprechen gegen die Qualifikation als Importeur i. S. § 4 III ProdHaftG.

9.5.4.3 Haftung des Host-Providers für Urheberrechtsverletzungen³¹⁰

Möglich ist weiterhin die Schadensersatzhaftung des Host-Providers nach § 97 I UrhG. Die Urheberrechtsverletzungen, die durch die Inhaltsersteller begangen werden können, wurden oben³¹¹ eingehend erörtert. Dort ging es vor allem um die Vervielfältigung gem. § 16 UrhG und die sonstige unkörperliche Wiedergabe nach § 15 II UrhG. Es wurde ferner gezeigt, daß den Inhaltsersteller im Rahmen des Verschuldens die allgemeinen Sorgfaltspflichten treffen.³¹² Aufgrund der andersartigen Funktion des Host-Providers ergeben sich insoweit Abweichungen.

306 Im Ergebnis übereinstimmend: *Spindler*, ZUM 96, 533, 548.

307 Für den Content-Provider s. o. 9.5.3.3.

308 Unter 9.5.3.3.

309 Undifferenziert: *Spindler*, ZUM 96, 533, 553.

310 Sehr weitgehende Haftungserleichterungen für den Host- und Access-Provider im Bereich des Urheberrechts enthält der U.S. amerikanische Entwurf des „On-Line Copyright Liability Limitation Act“ vom 17.7.1997, H.R. 2180.

311 S. o. 9.5.2.2.

312 S. o. 9.5.2.2.3.

9.5.4.3.1 Betroffene Rechte

Die Tätigkeit des Host-Providers unterscheidet sich von der des Erstellers. Mit dem Einscannen oder Eingeben der Inhalte hat der Host-Provider nichts zu tun, weshalb ihm insofern eine Vervielfältigung nicht vorgeworfen werden kann. Ein Vervielfältigungsakt des Inhaltserstellers wurde ferner beim Uploaden seiner Inhalte auf dem Host-Rechner bejaht. Möglich scheint es, hierin auch einen Vervielfältigungsakt des Host-Providers zu sehen. Eine Urheberrechtsverletzung begeht nicht nur, wer den betreffenden Akt selbst ausführt, sondern im Grundsatz jeder, dessen Verhalten für die Rechtsverletzung ursächlich wird.³¹³ Dies gilt insbesondere für Veranstalter, die einen wesentlichen organisatorischen und finanziellen Beitrag leisten, und damit für im Rahmen der Veranstaltung typischerweise drohende Urheberrechtsverletzungen ebenfalls verantwortlich sind.³¹⁴ Mit Rücksicht auf diese Rechtsprechung wird der Host-Provider teilweise als Verletzer hinsichtlich des urheberrechtswidrigen Uploadens angesehen.³¹⁵ Diese Auffassung übersieht aber, daß die Veranstalterhaftung auf dem inhaltlichen Einfluß des Veranstalters und seiner Kenntnis des Programms und der tatsächlichen Umstände beruhen.³¹⁶ Erforderlich ist ein bestimmender Einfluß auf die organisatorische Durchführung und die Auswahl der Inhalte.³¹⁷ Dementsprechend haftet als Verletzer nicht, wer nur die erforderlichen äußeren Vorkehrungen trifft.³¹⁸ Ebenso wenig ist die Verletzereigenschaft hinsichtlich solcher Rechtsverletzungen gegeben, die zwar im Zusammenhang mit der Veranstaltung stehen, die sich aber dem organisatorischen Einflußbereich des Veranstalters entziehen. So haftet ein Konzertveranstalter nicht dafür, daß das von ihm eingeladene Orchester rechtswidrig hergestellte Noten mitbringt und benutzt.³¹⁹ Demnach ist der Host-Provider bezüglich der durch das Uploaden von Fremdinhalten vorgenommenen Vervielfältigung nicht als Verletzer anzusehen.³²⁰ Er hat auf diese Inhalte keinen Einfluß, da sie teilweise ohne sein Wissen auf seine Rechner geladen werden. Erst im weiteren Verlauf hat er die Möglichkeit der Einflußnahme.

Anders verhält es sich hingegen bei der Zugänglichmachung der Inhalte durch deren *Bereithaltung*. Hier liegt es voll im Organisationsbereich des Host-Providers, ob er die von den Erstellern hochgeladenen Inhalte sofort für den Nutzer abrufbar bereithält, oder ob er sie erst nach einer Vorkontrolle freischaltet. Hin-

313 Wild in: *Schricker*, Urheberrecht, § 97 Rdnr. 35; Nordemann in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 97 Rdnr. 16.

314 BGH GRUR 56, 515, 516 „Tanzkurse“; KG GRUR 59, 150, 151 „Musikbox-Aufsteller“.

315 Schwarz in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 24 f.

316 BGH GRUR 72, 141, 142 „Konzertveranstalter“.

317 BGH GRUR 56, 515, 516 „Tanzkurse“.

318 KG GRUR 59, 150, 151 „Musikbox-Aufsteller“.

319 BGH GRUR 72, 141, 142 „Konzertveranstalter“.

320 Ebenso: *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 177.

sichtlich der in der Zugänglichmachung liegenden sonstigen unkörperlichen Wiedergabe gem. § 15 II UrhG³²¹ ist der Host-Provider also Verletzer i. S. § 97 I UrhG. Die genaue Feststellung des betroffenen Rechts zeigt zugleich, daß dem Host-Provider auch hier kein Unterlassen vorzuwerfen ist,³²² sondern ein positives Tun, nämlich gerade die Wiedergabe i. S. § 15 II UrhG. Eine *Wiedergabe* durch Unterlassen anzunehmen, ist indes schon begrifflich nicht überzeugend.³²³

9.5.4.3.2 Rechtsverletzung

Eine Haftung des Host-Providers gem. § 97 I UrhG kommt demnach wegen widerrechtlicher Verletzung des Wiedergaberechts des § 15 II UrhG in Betracht, wenn er keine Zustimmung des Berechtigten hat. Daran fehlt es insbesondere bei allen Inhalten oder Materialien, die der Ersteller schon urheberrechtswidrig hochgeladen hat. So begeht der Host-Provider selbst eine widerrechtliche Urheberrechtsverletzung, wenn sich auf seinen Rechnern raubkopierte Software oder rechtswidrig eingescannte oder eingegebene Texte, Fotos und sonstige Werke befinden, da er alle diese Inhalte ohne die erforderliche Zustimmung des Berechtigten i. S. § 15 II UrhG öffentlich wiedergibt.³²⁴ Der Konstruktion einer Teilnahme des Host-Providers an einer fremden Rechtsverletzung³²⁵ bedarf es somit nicht, zumal Anstiftung und Beihilfe i. S. § 830 II BGB Vorsatz voraussetzen.³²⁶ Lädt hingegen der Berechtigte selbst sein Material auf den Rechner des Host-Providers, liegt hierin zweifellos eine Zustimmung zur Wiedergabe, denn nichts anderes kann mit dem Hochladen bezweckt sein. Die gesetzliche Schranke des § 52 UrhG, nach dem die öffentliche Wiedergabe in bestimmten Fällen zulässig ist, greift im übrigen nicht. Die Vorschrift scheidet aus, wenn die Wiedergabe einem Erwerbszweck dient. Dieser Erwerbszweck muß nicht alleiniger Zweck sein, und es ist irrelevant, ob er unmittelbar oder mittelbar verwirklicht wird.³²⁷ Der Host-Provider ist jedoch regelmäßig gewerblich tätig. Des weiteren

321 Ausführlich unter 9.5.2.2.2.

322 So aber *Waldenberger*, ZUM 97, 176, 183.

323 Vgl. a. das Urteil des AG Nagold, CR 96, 240 f., das im Rahmen einer strafrechtlichen Verurteilung eines Mailboxbetreibers ein „Vergehen des Verbreitens urheberrechtlich geschützter Werke nach § 106 Urheberrechtsgesetz“ angenommen hat (a. a. O. S. 241).

324 Vgl. zur Haftung, wenn mehrere selbständig eine Ursache für die Rechtsverletzung setzen auch: *Wild* in: *Schricker*, Urheberrecht, § 97 Rdnr. 40; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 97 Rdnr. 17.

325 *Spindler*, ZUM 96, 533, 544 – aber wohl nicht im Rahmen des Schadensersatzanspruches.

326 Vgl. nur: *Wild* in: *Schricker*, Urheberrecht, § 97 Rdnr. 35; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 97 Rdnr. 17

327 *Melichar* in: *Schricker*, Urheberrecht, § 52 Rdnr. 12; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 52 Rdnr. 5.

wird die Anwendbarkeit des § 52 UrhG für das dauerhafte Online-Angebot teilweise gänzlich verneint.³²⁸

9.5.4.3.3 Verschulden

Die größten Probleme bei der Schadensersatzhaftung des Host-Providers aus § 97 I UrhG bereitet somit wiederum das erforderliche Verschulden, insbesondere die Feststellung von Fahrlässigkeit. Die Grundsätze der an den Host-Provider zu stellenden Sorgfaltsanforderungen wurden in anderem Zusammenhang ausführlich dargelegt,³²⁹ und gelten auch hier. Danach hat der Host-Provider die gehosteten Inhalte auf grobe, leicht erkennbare Rechtsverletzungen hin zu überprüfen. Es kommt auf den Einzelfall an, wann von einer leichten Erkennbarkeit von Urheberrechtsverletzungen ausgegangen werden kann. Jedenfalls bei Software ist dies zu bejahen, wenn bekannte oder normalerweise nur entgeltlich vertriebene Programme zum freien Herunterladen auf dem Host-Rechner abgelegt werden. Im übrigen kommt es wie erörtert darauf an, ob der Inhalt ohne eingehende juristische Nachprüfung Anlaß zu Zweifeln gibt. Hinsichtlich der Einzelheiten kann hier auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.³³⁰

Welche Inhalte oder Beiträge der Host-Provider kontrollieren muß, wurde ebenfalls erörtert. Außerhalb des Anwendungsbereichs des TDG erstreckt sich die inhaltliche Prüfungspflicht auf alle gehosteten Inhalte, im Rahmen des § 5 II TDG nur auf solche Inhalte, die der Host-Provider kennt. Teilweise wird vertreten, das TDG sei auf Urheberrechtsverletzungen generell nicht anwendbar.³³¹ Diese Einschätzung entbehrt jedoch einer Grundlage. Die kompetenzrechtlichen Unzulänglichkeiten im Bereich der Abgrenzung von TDG und MDStV führen nicht zu einem verkürzten Anwendungsbereich des TDG. Die Argumentation das TDG solle im Bereich des Urheberrechts nicht gelten, weil in diesem Bereich auch der MDStV mangels Gesetzgebungskompetenz der Länder keine Bedeutung hat, eine uneinheitliche Rechtslage aber nicht gewollt war,³³² kann nicht überzeugen. Da die kompetenzrechtlichen Mängel des MDStV, wie oben gezeigt,³³³ sich auf die gesamte zivilrechtliche Haftung erstrecken, hätte nach dieser Auffassung auch der § 5 TDG überhaupt keine haftungsrechtliche Bedeutung. Die Vorschrift des § 5 TDG erfaßt indessen den gesamten Bereich zivil- und strafrechtlicher Verantwortlichkeit,³³⁴ also zweifelsohne auch das Urheberrecht.

328 *Schricker* (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 116.

329 S. o. 9.5.4.1.2.

330 S. o. 9.5.4.1.2.

331 Zumindest mißverständlich: *Koch*, CR 97, 193, 203.

332 In diesem Sinne: *Koch*, CR 97, 193, 203.

333 Unter 9.5.4.1.2.

334 Entwurfsbegründung IuKDG, BR-Drs. 966/96, S. 22 (zu § 5 Abs. 2).

9.5.4.4 Haftung des Host-Providers für Wettbewerbsrechtsverletzungen

Die Schadensersatzhaftung des Inhaltserstellers nach §§ 1; 3, 13 VI Nr. 1; 14 UWG wurde bereits behandelt.³³⁵ Wenn gehostete Inhalte die Haftungsvoraussetzungen der Vorschriften erfüllen, stellt sich erneut die Frage der Ersatzpflichtigkeit des diese Inhalte bereithaltenden Host-Providers nach den genannten Normen.

9.5.4.4.1 Zu Zwecken des Wettbewerbs

Jeweils erforderlich ist ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs. In objektiver Hinsicht ist ein Verhalten erforderlich, das geeignet ist, den Absatz oder Bezug einer Person zum Nachteil einer anderen zu begünstigen.³³⁶ Diese objektive Eignung ist bei Werbeanzeigen in Web-Pages, die der Host-Provider bereithält und damit potentiellen Kunden zugänglich macht, gegeben. In subjektiver Hinsicht wird aber des weiteren verlangt, daß der Handelnde in der Absicht vorgeht, den eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu fördern, sofern diese Absicht nicht völlig hinter andere Beweggründe zurücktritt.³³⁷ Die beim Host-Provider allein in Betracht kommende Fremdförderungsabsicht ist indes nicht so leicht festzustellen. Im Rahmen des Anzeigengeschäftes bei Printmedien nimmt die Rechtsprechung wegen der typischen Wettbewerbsförderung durch Anzeigen an, daß die Vermutung des Bestehens einer Wettbewerbsabsicht auch hier greift.³³⁸ Der Verlag wolle nicht nur sein eigenes Anzeigengeschäft steigern, sondern habe regelmäßig auch ein Interesse am Erfolg des Auftraggebers und wolle dessen Wettbewerb fördern.³³⁹

Diese Grundsätze lassen sich aber nicht ohne weiteres auf den Host-Provider übertragen. Die Situation ist dann vergleichbar, wenn der Host-Provider Speicherplatz für Unternehmen zur Verfügung stellt, und somit weiß, daß diese die Web-Pages für Werbezwecke verwenden wollen. Dann kann in entsprechender Anwendung der eben dargestellten Grundsätze von einer Wettbewerbsförderungsabsicht ausgegangen werden. Befinden sich wettbewerbsrechtlich relevante

335 S. o. 9.5.2.3.

336 BGH GRUR 90, 1012, 1013 „Pressehaftung“; GRUR 93, 53, 54 „Ausländischer Inserent“.

337 BGH GRUR 90, 1012, 1013 „Pressehaftung“; GRUR 93, 53, 54 „Ausländischer Inserent“.

338 BGH GRUR 90, 1012, 1013 „Pressehaftung“; GRUR 95, 595, 597 „Kinderarbeit“; GRUR 94, 841, 843 „Suchwort“.

339 BGH GRUR 90, 1012, 1013 „Pressehaftung“; GRUR 93, 53, 54 „Ausländischer Inserent“.

Inhalte hingegen auf privaten Web-Pages oder werden ohne Wissen des Host-Providers auf seine Rechner hochgeladen, kann die Wettbewerbsförderungsabsicht des Host-Providers nicht vermutet werden. Anders als in der oben geschilderten Konstellation oder im Anzeigengeschäft, weiß der Host-Provider hier nicht einmal um die Tatsache, daß er werbend und wettbewerbsrelevant tätig ist. Eine Haftung des Host-Providers nach dem UWG kommt folglich nur bei solchen Inhalten in Betracht, bei denen er wußte, daß sie potentiell auch Werbung enthalten. Von vornherein ist dies nur der Fall, wenn er Unternehmen die Möglichkeit bietet, Inhalte auf seine Rechner hochzuladen. Nachträglich handelt der Host-Provider zu Zwecken des Wettbewerbs, wenn er werbende Inhalte zur Kenntnis nimmt und auf dem Server beläßt.

Liegt ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs vor und verstoßen die gehosteten Inhalte gegen §§ 1, 3 oder 14 UWG,³⁴⁰ stellt die Verbreitung dieser Inhalte durch den Host-Provider im Grundsatz auch ein haftungsbegründendes Verhalten dar. § 13 VI Nr. 1 S. 2 UWG stellt die „Verbreiter“ explizit denjenigen gleich, die Angaben machen.

9.5.4.4.2 Verschulden

Die behandelten Schadensersatzansprüche aus §§ 1; 3, 13 VI Nr. 1; 14 UWG setzen allesamt Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Zunächst gelten auch hier die für die Haftung des Host-Providers entwickelten allgemeinen Grundsätze, also eine Überprüfungspflicht auf grobe, leicht erkennbare Rechtswidrigkeit, die sich außerhalb des § 5 II TDG auf alle, im Anwendungsbereich des § 5 II TDG nur auf bekannte Inhalte erstreckt.³⁴¹ Es gibt aber einige wettbewerbsrechtliche Besonderheiten.

Bei der Haftung nach § 1 UWG wird die Rechtswidrigkeit regelmäßig im Rahmen der eingeschränkten Überprüfungspflicht erkennbar sein. Wenn der Inhalt so schwerwiegend ist, daß er die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschreitet, muß von grober und leicht erkennbarer Rechtswidrigkeit ausgegangen werden. Befinden sich also Inhalte i. S. § 1 UWG auf dem Host-Rechner, haftet er im Rahmen des § 5 II TDG immer auf Schadensersatz, wenn er sie kennt. Außerhalb des § 5 II TDG wäre, da von einem Kennenmüssen aller Inhalte auszugehen ist, ausnahmslos von einer Schadensersatzpflicht auszugehen. Begrenzend kann hier aber die oben erörterte Wettbewerbsabsicht wirken, die bei tatsächlich unbekanntem Inhalten fehlt, wenn der Host-Provider nicht wußte, daß diese Inhalte potentiell Werbung enthalten.

³⁴⁰ S. dazu o. 9.5.2.3.

³⁴¹ S. o. 9.5.4.1.2.

An sich wären die allgemeinen Grundsätze auch im Rahmen der Haftung nach §§ 3, 13 VI Nr. 1 UWG anzuwenden. Hier kann allerdings nicht grundsätzlich von leichter Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit ausgegangen werden, sondern nur nach den jeweiligen Umständen. Im Ergebnis kann dies aber dahinstehen, da im Rahmen des § 3 UWG Vorsatz des Host-Providers zu verlangen ist. Dies ergibt sich aus einer analogen Anwendung des § 13 VI Nr. 1 S. 2 UWG. Sollten die gehosteten Inhalte von einem Presseunternehmen stammen, das selbst von der Haftungserleichterung profitiert,³⁴² liegt die Analogie auf der Hand, denn der Host-Anbieter kann nicht stärker haften als der Inhaltsersteller. Aber auch bei allen übrigen irreführenden Angaben, selbst wenn dem Ersteller keine Haftungsprivilegierung zugute kommt, ist die Analogie geboten. Dies folgt aus dem Grundgedanken der Regelung des § 13 VI Nr. 1 S. 2, die vor allem der Pressefreiheit des Art. 5 I S. 2 GG Rechnung trägt.³⁴³ An anderer Stelle³⁴⁴ ist jedoch bereits erörtert worden, das auch die Tätigkeit des Host-Providers dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 2 GG angehört. Die Tatsache, daß sich das eine Massenmedium nur elektronisch verbreitet, rechtfertigt jedoch die Ungleichbehandlung nicht. Auf Schadensersatz nach §§ 3, 13 VI Nr. 1 UWG haftet der Host-Provider demnach ausnahmsweise nur bei Vorsatz.

9.5.4.5 Markenrechtliche Schadensersatzhaftung des Host-Providers

Anders als bisher kommen Schadensersatzansprüche gegen den Host-Provider im Bereich des Markenrechts kaum in Betracht. §§ 14 VI, 15 V MarkenG setzen jeweils die *Benutzung* der Marke oder der geschäftlichen Bezeichnung durch den Anspruchsgegner voraus.³⁴⁵ Der Funktion des Host-Providers ist es hingegen immanent, daß die rechtswidrige Benutzung regelmäßig in den gehosteten Inhalten, also nur durch den Ersteller, geschieht. In der Tatsache, daß der Host-Provider diese Inhalte zugänglich macht, liegt keine Benutzung einer Marke oder geschäftlichen Bezeichnung durch ihn. Eine Haftung kommt also lediglich als Anstifter oder Gehilfe gem. § 830 II BGB in Betracht,³⁴⁶ was allerdings Vorsatz voraussetzt, der kaum je vorliegen wird.

342 Dazu unter 9.5.2.3.2.

343 *Lachmann*, WRP 83, 591, 594; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. A. 1996, § 13 UWG Rdnr. 58.

344 S. o. 9.5.2.3.2 und 9.5.4.1.2

345 Allg. zur Benutzung: *Fezer*, Markenrecht 1997, § 14 MarkenG Rdnr. 459 ff.

346 *Fezer*, Markenrecht 1997, § 14 MarkenG Rdnr. 508.

9.5.5 Haftung des Access-Providers

Zuletzt kann der Anbieter in der Funktion des Access-Providers tätig sein. Seine Mitwirkung an der Informations- und Materialverbreitung besteht nur in der Eröffnung des Zugangs zum Netz. Die Inhalte sind auf fremden Rechnern gespeichert, von denen sie auch zum Nutzer übermittelt werden. Die Nähe zu den übermittelten Inhalten ist also äußerst gering und beschränkt sich auf die Ermöglichung der Übermittlung zwischen zwei Dritten. Dennoch kommt auch hier eine deliktische Haftung in Betracht.

9.5.5.1 Haftung des Access-Providers nach § 823 BGB

Die durch die Inhalte potentiell beeinträchtigten Rechtsgüter i. S. § 823 I BGB bleiben dieselben.³⁴⁷ Ein haftungsbegründendes Verhalten liegt auch bei der reinen Zugangsvermittlung in der Verbreitung³⁴⁸ rechtswidrigen, fehlerhaften oder gefährlichen Materials. Die Tatsache, daß der Access-Provider die Inhalte nicht einmal mehr selbst auf seinen Rechnern bereithält, sondern den Nutzer nur noch weitervermittelt, ändert nichts. Die Zugangsvermittlung durch den Access-Provider bleibt ein adäquat kausaler Tatbeitrag, ohne den die Verbreitung der Inhalte vom Content- oder Host-Provider zum Nutzer nicht geschehen könnte.

Entscheidend kommt es demnach auch für den Access-Provider darauf an, ob ein Verschulden gegeben ist. Konkret ist zu fragen, ob, und gegebenenfalls in welchem Umfang, die verkehrserforderliche Sorgfalt des § 276 I S. 2 BGB vom Access-Provider – ähnlich wie vom Host-Provider – ein Kennenmüssen der vermittelten Inhalte und ein Kennenmüssen ihrer eventuellen Rechtswidrigkeit verlangt. Da § 5 III TDG insofern Modifizierungen vorsieht, ist zwischen dem Sorgfaltsmaßstab außerhalb des Anwendungsbereiches des TDG, und den Anforderungen des § 5 III TDG zu differenzieren.

9.5.5.1.1 Verschulden außerhalb des Anwendungsbereichs des TDG³⁴⁹

Die Zugangsvermittlung durch den Access-Provider kann in verschiedenen Formen geschehen. In Betracht kommt die bloße Bereitstellung des Netzzugangs, die es dem Nutzer ermöglicht bestimmte Netzadressen in seinem Browser einzuge-

347 Vgl. die Übersicht bei 9.2.1.

348 BGH NJW 96, 1131, 1132; GRUR 90, 1012 „Pressehaftung“.

349 Zum Anwendungsbereich des TDG s. o. 9.5.4.1.2.

ben und zu kontaktieren. Eine bloße Zugangsvermittlung liegt aber auch vor, wenn der Nutzer Hyperlinks anklickt und dann direkt an die gelinkte Adresse vermittelt wird. An sich besteht hier kein Unterschied zur ersten Fallgruppe, bis auf die Tatsache, daß dem Nutzer das Eintippen der URL erspart wird. Diese Fallgruppe bedarf dennoch dann einer gesonderten Betrachtung, wenn der Anbieter die Hyperlinks in seine eigenen, von ihm als Content-Provider bereitgehaltenen Angebote aufnimmt.

Bloße Bereitstellung des Netzzugangs

Bei der bloßen Bereitstellung des Netzzugangs wird eine Kontrolle, die letztlich eine Kontrolle aller im Internet abrufbaren Inhalte bedeutet, überwiegend abgelehnt.³⁵⁰ Hier sei eine Kontrolle ohne hinzutretende besondere Umstände jedenfalls unzumutbar.³⁵¹ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Die zumutbarerweise vom Verkehr erwarteten Sorgfaltsmaßnahmen beinhalten grundsätzlich nicht die Kontrolle fremder Inhalte, zu denen der Anbieter keinerlei Bezug hat, die er nicht mal auf seinen Rechnern speichert. Hier fehlt es gerade an der Moderationsmöglichkeit. Das bei bereitgehaltenen fremden Inhalten entscheidende Kriterium, nämlich die auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhende Entscheidung für oder gegen eine grundsätzlich mögliche Kenntnisnahme oder Überprüfung, entfällt. Auch steht der Anbieter in einem noch entfernteren Verhältnis zu den Inhalten, da sie sich im Gegensatz zu den bereitgehaltenen fremden Inhalten auch nicht jederzeit zugreifbar in seinem Machtbereich befinden. Dem Anbieter kommt bei der Zugangsvermittlung praktisch eine bloße Übermittlungsfunktion zu.³⁵² Bei dieser Tätigkeit erwartet der Verkehr in der Regel weder eine Kenntnisnahme noch eine inhaltliche Überprüfung der Inhalte durch den Zugangsvermittler. Der Anbieter haftet also nicht, wenn er fremde Inhalte, zu denen er nur den Zugang vermittelt, nicht kennt und nicht als rechtswidrig, fehlerhaft oder gefährlich erkennt. Ihn treffen insoweit keine Kontrollpflichten. All dies trifft für die bloße Zugangsvermittlung – die reine Tätigkeit als Access-Provider – zu, also insbesondere für alle vom Nutzer selbst eingegebenen oder mittels Suchmaschinen ermittelten Netzadressen. Die Vorsatzhaftung bleibt selbstverständlich unberührt. Wenn also der Anbieter die Rechtswidrigkeit bestimmter fremder Seiten positiv kennt und diese nicht sperrt, macht er sich auch bei Zugangsvermittlung schadensersatzpflichtig.

Eigene Hyperlinks des Anbieters

Etwas anders stellt sich die Situation dar, wenn der Anbieter in seine eigenen Inhalte (für die er nach allgemeinen Grundsätzen haftet) Hyperlinks zu speziellen

350 *Spindler*, ZUM 96, 533, 555; *Engel*, AfP 96, 220, 227; *Wenning*, jur-pc 95, 3321, 3330 (zum Urheberrecht); *Jäger/Collardin*, CR 96, 236, 240 (zum Strafrecht); *Sieber*, JZ 96, 429, 442.

351 *Spindler*, ZUM 96, 533, 555.

352 *Spindler*, ZUM 96, 533, 555.

anderen Seiten aufnimmt. Die Aufnahme dieser Hyperlinks beruht ja auf einer konkreten Entscheidung des Anbieters im Zusammenhang mit der Erstellung der eigenen Inhalte. Der Fall liegt hier also anders als bei der bloßen Eröffnung des Netzzugangs, bei der die Web-Pages quasi „hinter dem Rücken“ des Anbieters vom Nutzer abgerufen werden, und der Anbieter überhaupt nicht weiß, welche Inhalte potentiell übermittelt werden. Bei der Aufnahme von Hyperlinks weiß der Anbieter genau, um welche Seiten es sich handelt. Hier allein deshalb jede Haftung zu verneinen, weil es sich rein technisch ebenfalls um bloße Zugangsvermittlung handelt, überzeugt nicht. Vielmehr ist zu verlangen, daß der Anbieter jedenfalls die direkt gelinkte Seite kennt und nach den obigen Kriterien auf grobe Rechtsverstöße überprüft. Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil der Anbieter die Hyperlinks selbst und bewußt setzt und somit die gelinkten Angebote in die Nähe der eigenen Inhalte rücken.

Hyperlinks auf bereitgehaltenen Seiten

Eine dritte Gruppe bilden Hyperlinks innerhalb fremder bereitgehaltener Inhalte, z. B. auf nutzererstellten Web-Pages, die der Anbieter auf seinen Rechnern speichert. Hier wurde hinsichtlich des Inhalts der bereitgehaltenen Seite eine Überprüfung auf grobe Rechtsverstöße vom Anbieter verlangt. Eine Überprüfung der in diesen Seiten enthaltenen Hyperlinks ist jedoch nicht zu fordern. Denn hier ist die Situation mit der schlichten Zugangsvermittlung vergleichbar. Das Setzen dieser Hyperlinks vollzieht sich außerhalb des Einflusses des Anbieters. Etwas anderes wird gelten, wenn sich bereits bei der erforderlichen Inhaltskontrolle der bereitgehaltenen Web-Page die Rechtswidrigkeit der gelinkten Seite aufdrängt. Dies wird allerdings nur dann der Fall sein, wenn sich diese Rechtswidrigkeit bereits aus dem Hyperlink selbst, also dem Namen der Seite ergibt.

9.5.5.1.2 Verschulden im Geltungsbereich des TDG³⁵³

Das TDG bestimmt in § 5 Abs. 3 S. 1, daß Diensteanbieter „für fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich“ sind. In § 5 Abs. 3 S. 2 wird klargestellt, daß „eine automatische und kurzzeitige Vorhaltung fremder Inhalte auf Grund Nutzerabfrage“ als Zugangsvermittlung gilt. Dies meint ein kurzzeitiges Proxy-Caching aufgrund konkreter User-Anfragen. Diese Vorschrift führt also zu einem gesetzlichen Haftungsausschluß zugunsten des Diensteanbieters für alle Fälle der Zugangsgewährung.³⁵⁴ Für die

353 Zum Anwendungsbereich des TDG s. o. 9.5.4.1.2.

354 Vgl. a. Engel-Flehsig, ZUM 97, 231, 236.

schlichte Zugangsgewährung haftete der Anbieter schon nach bisherigen Grundsätzen nicht, insoweit ergibt sich also keine Änderung.

Neuerungen ergeben sich aber in bezug auf Hyperlinks in eigenen Seiten des Anbieters. Hyperlinks unterfallen als Zugangsvermittlung zu fremden Inhalten der Regelung des § 5 Abs. 3 TDG. Sie lassen sich nicht mit Hilfe eines inhaltlichen Verständnisses des Bereithaltens unter § 5 Abs. 2 subsumieren,³⁵⁵ da sich aus dem Zusammenhang von § 5 Abs. 2 und Abs. 3 S. 2 TDG ergibt, daß der gesetzlichen Regelung ein rein technisches und nicht etwa ein inhaltliches Verständnis des Begriffs „Bereithalten“ zugrunde liegt.³⁵⁶ Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 TDG setzt daher zwingend die Speicherung der Fremdinhalte auf eigenen Speichermedien voraus, was bei den Inhalten, die Gegenstand des Hyperlinks sind, gerade nicht der Fall ist. Während nach bisherigen Grundsätzen der Anbieter für grobe Rechtsverstöße in der von ihm gelinkten Seite haftete, ist diese Haftung nun durch § 5 Abs. 3 S. 1 TDG ausgeschlossen.³⁵⁷ Dies erscheint kaum gerechtfertigt, denn die selbst gesetzten Links des Anbieters entziehen sich dessen Kontrolle gerade nicht. Er hat die volle Entscheidungs- und Kontrollgewalt hinsichtlich der gesetzten Links. Es stellt auch keine übermäßigen Anforderungen an den Anbieter, sich die Seiten, auf die er selbst verweist, kurz anzuschauen. Für den Anbieter bietet sich nunmehr geradezu die Flucht zu den Hyperlinks an, anstatt Inhalte in die eigenen Seiten zu integrieren.³⁵⁸ Eine Haftung könnte nach neuem Recht nur noch dann bejaht werden, wenn man die durch Hyperlinks in eigenen Angeboten des Anbieters gelinkten Seiten als Teil der eigenen, zur Nutzung bereitgehaltenen Inhalte i. S. des § 5 Abs. 1 TDG ansieht.³⁵⁹ Dies scheint je nach Intensität der inhaltlichen Integration des Links zumindest in Einzelfällen möglich.

Nach § 5 Abs. 3 S. 1 ist der Anbieter für fremde lediglich vermittelte Inhalte überhaupt nicht verantwortlich. Eine Haftung ist demnach auch bei Vorsatz, also bei positiver Kenntnis des Anbieters von der Rechtswidrigkeit, Fehlerhaftigkeit oder Gefährlichkeit der fremden Inhalte, zu denen er Zugang zur Nutzung vermittelt, ausgeschlossen.³⁶⁰ Auch dies stellt den Anbieter im Vergleich zur bisherigen Rechtslage besser. Dieser Haftungsfreistellung fehlt ebenfalls die Berechtigung. Bei einem Anbieter, der positive Kenntnis von der Rechtswidrigkeit fremder Inhalte hat und trotz Sperrungsmöglichkeit weiterhin den Zugang zu diesen vermittelt, kann schwerlich eine Rechtfertigung für eine Haftungsfreistellung erkannt werden.

355 So aber v. *Bonin/Köster*, ZUM 97, 821, 823.

356 Entwurfsbegründung IuKDG, BR-Drs. 966/96, S. 22 (zu § 5 III); *Koch*, CR 97, 193, 198, 200; *Engel-Flechtsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 97, 2981, 2985; *Pichler*, MMR 98, 79 ff.

357 *Koch*, CR 97, 193, 199; *Engel-Flechtsig*, ZUM 97, 231, 236.

358 *Koch*, CR 97, 193, 202.

359 Für möglich gehalten von *Engel-Flechtsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 97, 2981, 2985; ablehnend: *Koch*, CR 97, 193, 202.

360 *Koch*, CR 97, 193, 201.

9.5.5.2 Haftung des Access-Providers für Urheberrechtsverletzungen

Eine Schadensersatzhaftung des Access-Providers nach § 97 I UrhG kommt hingegen auch außerhalb des TDG kaum in Betracht. Eine eigene Verletzung von urheberrechtlich geschützten Rechten liegt, anders als beim Host-Provider, nicht vor. Die reine Zugangsvermittlung kann nicht als eigene sonstige unkörperliche Wiedergabe gem. § 15 II UrhG des Access-Providers angesehen werden.³⁶¹ Hierzu fehlt es an der Einflußnahme- und Steuerungsmöglichkeit.³⁶² Eine Haftung ist also nur als Anstifter oder Gehilfe gem. § 830 II BGB möglich. Insofern wird es aber in der Regel am erforderlichen Vorsatz fehlen. Im Rahmen des § 5 III TDG scheidet nach dem eben erörterten selbst dann eine Schadensersatzpflicht aus.

9.5.5.3 Haftung des Access-Providers nach Wettbewerbsrecht

Ein haftungsbegründendes Verhalten liegt beim Access-Provider, wenn die zugangsvermittelten Inhalte gegen §§ 1, 3 oder 14 UWG verstoßen, in Form der Verbreitung dieser Inhalte vor.³⁶³ Sehr zweifelhaft ist aber das Vorliegen der Wettbewerbsabsicht beim Access-Provider. Darüber hinaus ist ein Verschulden ebenso selten gegeben, wie im Rahmen der allgemeinen deliktischen Haftung des Access-Providers nach § 823 BGB. So treffen ihn Prüfungspflichten auf grobe Rechtsverletzungen nur bei Seiten, auf die er selbst Hyperlinks setzt, und dies auch nur dann, wenn § 5 III TDG nicht anwendbar ist. Im Rahmen der §§ 3, 13 VI Nr. 1 UWG ist im übrigen, wie beim Host-Provider, analog § 13 VI Nr. 1 S. 2 UWG Vorsatz nötig. Im Anwendungsbereich des § 5 III TDG scheidet eine Schadensersatzhaftung völlig aus.

9.5.5.4 Haftung des Access-Providers nach Markenrecht

Eine markenrechtliche Schadensersatzhaftung, die schon beim Host-Provider mangels *Benutzung* i. S. der §§ 14, 15 MarkenG ausschied,³⁶⁴ kommt für den Access-Provider erst recht nicht in Frage. Lediglich außerhalb des Anwendungsbe-

361 Ebenso: *Wenning*, jur-pc 95, 3321, 3330; anders aber beim Host-Provider, s. o. 9.5.4.3.1.

362 *Schwarz* in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, S. 13, 32.

363 S. o. 9.5.5.1.

364 S. o. 9.5.4.5.

reichs von § 5 III TDG ist bei gegebenem Vorsatz eine Haftung als Anstifter oder Gehilfe i. S. § 830 II BGB möglich.

9.5.6 Haftung des Netzbetreibers

Diskutiert wird zuletzt auch eine Haftung der Netzbetreiber für die über ihre Leitungen transportierten Inhalte.³⁶⁵ Die Nähe des Netzbetreibers zu den Inhalten ist nun noch geringer als die des reinen Access-Providers. Der Netzbetreiber stellt lediglich die technische Infrastruktur zur Verfügung, und dies meist nicht einmal speziell im Hinblick auf das Internet. Im Ergebnis scheidet eine Schadensersatzhaftung denn auch aus, und zwar aus verschiedenen Gründen, abhängig von der in Betracht kommenden Rechtsverletzung.

Im Bereich des allgemeinen Deliktsrechts, also der Haftung nach § 823 BGB, ließe sich eine adäquat kausale Mitwirkungshandlung des Netzbetreibers, der die Inhalte immerhin über seine Leitungen transportiert, noch bejahen. Es fehlt jedoch am Verschulden, denn der Netzbetreiber kann und muß die Rechtsverletzung im Rahmen des Zumutbaren nicht vermeiden. Dies folgt zum einen aus den allgemeinen Gründen, nämlich der Tatsache, daß der Verkehr, der im Regelfall schon beim Access-Provider keine Kenntnisnahme und Kontrolle der vermittelten Inhalte erwartet,³⁶⁶ dies erst recht nicht beim Netzbetreiber tut. Dieser ist schließlich nur noch Vermittler oder Transporteur.³⁶⁷ Speziell für letzteren kommt ein weiteres Argument hinzu. Zwingende Voraussetzung der Haftung ist die Kenntnisnahmemöglichkeit hinsichtlich der rechtswidrigen Inhalte.³⁶⁸ Dem Netzbetreiber wird jedoch durch § 85 TKG, einer einfachgesetzlichen Ausprägung des in Art. 10 GG garantierten Fernmeldegeheimnisses,³⁶⁹ untersagt, sich vom Inhalt der Telekommunikation Kenntnis zu verschaffen. Ausnahmen gelten nur, soweit dies ausdrücklich gesetzlich bestimmt ist.³⁷⁰ Der Netzbetreiber darf demnach gar keine Inhaltskontrollen vornehmen, er darf die Inhalte nicht einmal zur Kenntnis nehmen.³⁷¹ Ein Verschulden im Zusammenhang mit dem Transport rechtswidriger Inhalte scheidet folglich aus.

Diese Begründung greift im Ergebnis auch für die Haftung aus § 97 I UrhG. Es fehlt hier aber zusätzlich schon an der vorher erforderlichen Rechtsverletzung

365 *Marly*, jur-pc 92, 1442, 1443; *Rütter*, jur-pc 92, 1812 ff.; *Sieber*, JZ 96, 429, 438.

366 S. o. 9.5.5.1.

367 *Marly*, jur-pc 92, 1442, 1443; *Rütter*, jur-pc 92, 1812; *Sieber*, JZ 96, 429, 438.

368 Vgl. a. *Rütter*, jur-pc 92, 1812, 1813.

369 *Lammich*, Telekommunikationsgesetz, § 85 TKG Rdnr. 1.

370 Beispielsweise nach der StPO; weitere Ausnahmebestimmungen bei *Sieber*, JZ 96, 429, 438.

371 *Rütter*, jur-pc 92, 1812, 1813; *Sieber*, JZ 96, 429, 438; vgl. a. *Spindler*, ZUM 96, 533, 541.

durch den Netzbetreiber. Ebensovwenig wie der Access-Provider³⁷² nimmt der Netzbetreiber eine sonstige unkörperliche Wiedergabe i. S. § 15 II UrhG vor.³⁷³ Auch eine Haftung als Veranstalter kommt nicht in Frage, da insofern die bloße Bereitstellung der äußeren technischen Grundlagen nicht genügt.³⁷⁴

Für die wettbewerbsrechtliche Haftung gilt das zu § 823 BGB Gesagte, es fehlt also jedenfalls am Verschulden des Netzbetreibers.³⁷⁵ Darüber hinaus liegt beim Netzbetreiber, der ja lediglich fremde, ihm unbekannte Inhalte transportiert, auch keine Wettbewerbsabsicht vor. Da der Netzbetreiber überhaupt nicht weiß, welche Inhalte über seine Leitungen übermittelt werden, kann eine Wettbewerbsförderungabsicht nicht vermutet werden.³⁷⁶ Eine markenrechtliche Haftung scheidet wie beim Access-Provider³⁷⁷ schon wegen der fehlenden *Benutzung* durch den Netzbetreiber aus.

9.6 Unterlassungsansprüche

Unabhängig von den bisher behandelten verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen können dem in seinen Rechten Verletzten Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche zustehen. Diese Ansprüche setzen regelmäßig nur einen objektiv rechtswidrigen Eingriff in fremde Rechte voraus. Ein Verschulden ist im Gegensatz zu den Schadensersatzansprüchen hingegen nicht erforderlich.

9.6.1 Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 BGB

Ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch entsprechend §§ 1004, 823 BGB kommt bei jeder Verletzung eines durch § 823 BGB geschützten Rechtsguts in Betracht.³⁷⁸ Der erforderliche objektiv rechtswidrige Eingriff kann also in allen oben geschilderten Formen vorliegen, als Verletzung des allgemeinen Persön-

372 S. o. 9.5.5.2.

373 Ebenso: *Schwarz* in: *Becker* (Hrsg.), *Rechtsprobleme internationaler Datennetze*, S. 13, 32; *Marly*, jur-pc 92, 1442, 1443; *Rütter*, jur-pc 92, 1812, 1813; *Wenning*, jur-pc 95, 3321, 3330 (für den Access-Provider).

374 KG GRUR 59, 150, 151 „Musikbox-Aufsteller“; ausführlich s. o. 9.5.4.3.1.

375 *Marly*, jur-pc 92, 1442, 1443; ähnlich: *Rütter*, jur-pc 92, 1812, 1813.

376 Vgl. hierzu schon unter 9.5.4.4.1 für den Host-Provider.

377 S. o. 9.5.4.5.

378 BGHZ 31, 308, 312; BGH NJW 61, 1913, 1914; NJW 94, 124, 125 „Greenpeace“; NJW 95, 861, 862 = GRUR 95, 224, 226 „Erfundenes Exklusiv-Interview“; NJW 97, 1148, 1149 = ZUM 97, 267, 269 „Stern-TV“; allgemein: *Palandt-Bassenge*, BGB 56. A. 1997, § 1004 Rdnr. 2.

lichkeitsrechts, des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder als mittelbare Verletzung der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter. Im übrigen, nämlich hinsichtlich des genauen Anspruchsinhalts und des passivlegitimierten Störers, ist nach den verschiedenen Funktionen der Beteiligten zu differenzieren.

9.6.1.1 Nutzer

Beim Nutzer kommen regelmäßig nur Urheberrechtsverletzungen in Betracht.³⁷⁹ Da in diesen Fällen § 97 I S. 1 UrhG einen Unterlassungsanspruch gewährt³⁸⁰ kommt ein Anspruch entsprechend §§ 1004, 823 BGB praktisch nicht in Betracht.

9.6.1.2 Ersteller

Der Anspruch gegen den Ersteller von Inhalten, die ein durch § 823 I BGB geschütztes Recht verletzen, kann sich sowohl auf Unterlassung als auch auf Beseitigung richten. Bei Äußerungsdelikten kommt einmal die künftige Unterlassung der Aufstellung oder Verbreitung der inkriminierenden Behauptung in Betracht. Voraussetzung ist hier eine Wiederholungsgefahr, die vermutet wird und nur fehlt, wenn sich der Äußernde unter Versprechen einer Vertragsstrafe zur künftigen Unterlassung der Behauptung verpflichtet.³⁸¹ Ferner ist ein Beseitigungsanspruch in Form des Widerrufs möglich, allerdings nur bei unwahren Tatsachenbehauptungen, nicht bei Werturteilen.³⁸² Im Online-Bereich kann sich der Beseitigungsanspruch aber insbesondere auch auf Löschung der verletzenden Äußerung vom Server richten, die der Ersteller zu bewirken hat. Da hierin zugleich die Unterlassung einer weiteren Behauptung bzw. Verbreitung liegt, gilt die beim Widerruf gemachte Einschränkung für die Bewirkung der Löschung nicht.

Der Inhaltsersteller ist regelmäßig Störer, also passivlegitimiert. Dies folgt daraus, daß er die Rechtsverletzung durch Erstellung und Verbreitung der Inhalte selbst herbeigeführt hat.³⁸³

379 S. o. 9.5.1.

380 S. u. 9.5.2.1.

381 *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, Einf v § 823 Rdnr. 24.

382 *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, Einf v § 823 Rdnr. 27.

383 *Palandt-Thomas*, BGB 56. A. 1997, Einf v § 823 Rdnr. 19.

9.6.1.3 Content-Provider

Für den Content-Provider gelten die Ausführungen zum Ersteller entsprechend. Auf die Vorschrift des § 5 IV TDG, der eine Regelung hinsichtlich der Sperrung von Inhalten trifft, kommt es für ihn nicht an, da er gem. § 5 I TDG ohnehin in vollem Umfang nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich bleibt.

9.6.1.4 Host-Provider

Gegenüber dem Host-Provider kann sich der Anspruch zunächst auf Unterlassung der Weiterverbreitung gehosteter Inhalte oder, was identisch ist, auf Beseitigung der durch die Verbreitung bewirkten Störung richten. In beiden Varianten geht es um die Löschung bzw. Sperrung der rechtswidrigen, fehlerhaften oder gefährlichen Inhalte, und der Host-Provider hat spätestens mit der Aufforderung zur Löschung Kenntnis von den beanstandeten Inhalten. Fraglich ist allerdings die Störereigenschaft des Host-Providers. Diese wird aber von der Rechtsprechung weit verstanden. Störer ist danach auch, wer in irgendeiner Form adäquat kausal an der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitwirkt und diese verhindern kann.³⁸⁴ Die Störereigenschaft wird weder durch die Gutgläubigkeit, noch durch die Tatsache verhindert, daß ein Dritter für die rechtswidrige Beeinträchtigung voll verantwortlich ist.³⁸⁵ Bei gehosteten Inhalten ist die adäquat kausale Mitwirkung des Host-Providers gegeben. Durch die Zugänglichmachung verbreitet er ja die Inhalte selbst. Durch Löschung der Inhalte von seinen Rechnern kann er die Störung auch leicht verhindern. Der Host-Provider ist demnach Störer und kann auf Löschung bzw. Sperrung in Anspruch genommen werden.

Hieran ändert sich auch durch das TDG nichts. In dessen § 5 IV ist bestimmt, daß Verpflichtungen zur Sperrung der Nutzung rechtswidriger Inhalte nach den allgemeinen Gesetzen unberührt bleiben, wenn der Diensteanbieter unter Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gemäß § 85 TKG von diesen Inhalten Kenntnis erlangt und eine Sperrung technisch möglich und zumutbar ist. Die erforderliche Kenntnis ist in der soeben behandelten Fallgestaltung spätestens mit der Aufforderung zur Löschung oder Sperrung der Inhalte gegeben.

Der Unterlassungsanspruch kommt jedoch noch in einer anderen Variante in Betracht. Im Rahmen eines vorbeugenden Unterlassungsanspruches könnte vom Host-Provider verlangt werden, schon die künftige Abspeicherung rechtswidriger Inhalte zu verhindern. Wenn die erforderliche Wiederholungsfahr besteht, beispielsweise wenn ein Inhaltsersteller wiederholt rechtswidrige Inhalte hoch-

384 BGH NJW 86, 2503, 2504 = GRUR 86, 683 „Ostkontakte“; GRUR 91, 769, 774 „Honoraranfrage“.

385 BGH GRUR 76, 256, 258 „Rechenscheibe“.

geladen hat, die durch den Host-Provider verbreitet wurden, wäre an sich auch dieser Anspruch gegeben. Allerdings ist die Störereigenschaft nur gegeben, wenn der Host-Provider die Beeinträchtigung verhindern kann. Während dies bei der Löschung von Inhalten nach einem Hinweis, wie gerade gezeigt, immer der Fall ist, verhält es sich bei der vorbeugenden Unterlassungsverpflichtung in Form der Verhinderung der ersten Zugänglichmachung anders. Nach den obigen Ausführungen zur Haftung des Host-Providers,³⁸⁶ kann die Verhinderungsmöglichkeit nur bejaht werden, wenn es sich um eine grobe und deshalb leicht erkennbare Rechtswidrigkeit handelt.³⁸⁷

Im Anwendungsbereich des § 5 IV TDG scheidet die zuletzt geschilderte vorbeugende Unterlassungsklage von vornherein aus. Unberührt bleibt danach nämlich nur die Verpflichtung zur *Sperrung*, wenn der Anbieter von Inhalten *Kenntnis* erlangt. Erforderlich ist also jedenfalls eine Kenntnis des Host-Providers von den Inhalten. Im Regelfall kommt im Anwendungsbereich des TDG also nur noch die oben zuerst behandelte Konstellation einer Löschung oder Sperrung rechtswidriger Inhalte nach einem entsprechenden Hinweis in Frage.

9.6.1.5 Access-Provider

Bezüglich des Access-Providers scheidet die soeben behandelte vorbeugende Unterlassungsverpflichtung in der Regel auch außerhalb des TDG aus, da ihn nach den allgemeinen Grundsätzen in den meisten Fällen keine Überprüfungspflichten hinsichtlich der Inhalte treffen.³⁸⁸ Hinsichtlich des Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruchs auf Sperrung (eine Löschung ist dem Access-Provider nicht möglich) ist entscheidend, ob der Access-Provider als Störer anzusehen ist. Es wurde bereits erwähnt, daß insofern jede adäquat kausale Mitwirkung an der Rechtsverletzung genügt, wenn eine Verhinderungsmöglichkeit besteht. Der Access-Provider wirkt an den durch rechtswidrige Inhalte bewirkten Rechtsverletzungen mit, indem er sie durch Zugangsvermittlung verbreitet.³⁸⁹ Soweit er den Zugang zu bestimmten Seiten sperren kann, ist auch die erforderliche Verhinderungsmöglichkeit gegeben. Im Einklang damit steht die Bejahung der Störereigenschaft eines Unternehmers, der einem anderen die Mitbenutzung seines Telefonanschlusses gestattet, wenn der andere über diesen Anschluß unlauter wirbt.³⁹⁰ Für den nur auf die Zukunft gerichteten Unter-

386 S. o. 9.5.4.1.2.

387 Ebenso: LG Stuttgart, jur-pc 92, 1714, 1716.

388 S. o. 9.5.5.1

389 Anders anscheinend *Spindler*, ZUM 96, 533, 554, der aber nicht zwischen Access-Provider und Netzbetreiber differenziert.

390 OLG Stuttgart ZIP 93, 1494, 1495.

lassungsanspruch sei es unerheblich, ob der Gestattende von der unzulässigen Werbung über seinen Anschluß wußte oder auch nur damit rechnete. Ausreichend sei es, daß die Störung durch Verweigerung der Erlaubnis zur Nutzung des Anschlusses verhindert werden könne.³⁹¹

Auch für den Access-Provider bleibt es unter Geltung des § 5 IV TDG bei dieser Rechtslage. Bekannte rechtswidrige Inhalte hat er entsprechend den allgemeinen Gesetzen zu sperren, wenn ihm dies möglich und zumutbar ist.

9.6.1.6 Netzbetreiber

Hingegen scheidet ein Unterlassungsanspruch gegen den Netzbetreiber aus.³⁹² Für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch ergibt sich dies wiederum aus der aus § 85 TKG folgenden Unzulässigkeit einer inhaltlichen Überprüfung, ja sogar Kenntnisnahme, der übermittelten Inhalte. Auch eine nachträgliche Sperrung bestimmter Inhalte ist aber dem Netzbetreiber damit nicht möglich. Auch hierzu wäre eine Kenntnisnahme im Rahmen des Übermittlungsvorgangs erforderlich, da es nicht um die Sperrung eines ganzen Anschlusses, sondern um einen, bei diesem Anschluß unter anderem erhältlichen, Inhalt geht.

9.6.2 Unterlassungsanspruch aus § 97 UrhG

Nach § 97 I S. 1 UrhG kann, ohne daß es auf ein Verschulden ankommt, auf Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer ein urheberrechtlich geschütztes Recht widerrechtlich verletzt.

9.6.2.1 Nutzer

Eine widerrechtliche Urheberrechtsverletzung durch den Nutzer kam, wie oben³⁹³ dargelegt, insbesondere in Form der Vervielfältigung i. S. § 16 UrhG durch das Ausdrucken und Herunterladen von Inhalten oder rechtswidrig angebotener Software in Betracht. Eine Rechtswidrigkeit lag dabei insbesondere vor, wenn die Grenze des § 53 IV b) UrhG überschritten ist, also im wesentlichen der

391 OLG Stuttgart ZIP 93, 1494, 1495.

392 Ebenso: *Rütter*, jur-pc 92, 1812, 1820.

393 Insbes. unter 9.5.1.3.

gesamte Inhalt eines Online-Buches oder einer Online-Zeitschrift vervielfältigt wird, und es an der dann erforderlichen Zustimmung des Berechtigten fehlt. Beim Download von Software war gem. §§ 69c I Nr. 1, 69d UrhG immer die Zustimmung des Berechtigten erforderlich. Vom Nutzer, der die Rechtsverletzung selbst bewirkt und damit Störer ist, kann bei Wiederholungsgefahr Unterlassung des erneuten Herunterladens oder Ausdrucks des Materials verlangt werden. Darüber hinaus kommt der ebenfalls verschuldensunabhängige Vernichtungsanspruch hinsichtlich der im Besitz des Nutzers befindlichen Vervielfältigungsstücke aus § 98 UrhG in Betracht.

9.6.2.2 Ersteller

Vorbeugend kann vom Ersteller Unterlassung der künftigen widerrechtlichen Vervielfältigung i. S. § 16 UrhG durch das Einscannen oder Eingeben geschützter Werke verlangt werden. Die Wiederholungsgefahr wird auch hier vermutet, wenn bereits eine rechtswidrige Verletzung vorliegt.³⁹⁴ Ebenso kann sich der Unterlassungsanspruch gegen die künftige sonstige unkörperliche öffentliche Wiedergabe i. S. § 15 II UrhG durch das Hochladen auf den Host-Rechner richten. Ferner kann Beseitigung der bestehenden Beeinträchtigung, also Löschung, verlangt werden, solange sich die Inhalte auf dem Host-Rechner befinden. Die Störereigenschaft des Inhaltserstellers, der selbst Verletzer i. S. § 97 UrhG ist, ist nicht zweifelhaft.

9.6.2.3 Content-Provider

Beim Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegen den Content-Provider ergeben sich keine Abweichungen gegenüber der Rechtslage beim Inhaltsersteller. Die Rechtslage bleibt auch im Anwendungsbereich des TDG identisch, was für den Content-Provider schon aus § 5 I TDG folgt.³⁹⁵

9.6.2.4 Host-Provider

Ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 97 I S. 1 UrhG kann auch gegen den Host-Provider in Frage kommen, wenn sich auf seinen Rechnern ur-

³⁹⁴ Wild in: *Schricker*, Urheberrecht, § 97 Rdnr. 42; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 97 Rdnr. 22.

³⁹⁵ S. o. 9.6.1.3.

heberrechtswidriges Material befindet. Der Host-Provider nimmt selbst durch die Bereithaltung und Zugänglichmachung eine sonstige unkörperliche öffentliche Wiedergabe i. S. § 15 II UrhG vor.³⁹⁶ Er ist damit Verletzer gem. § 97 I S. 1 UrhG, also Störer i. S. des Unterlassungsanspruchs.³⁹⁷ Hinsichtlich des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs bezüglich der Verhinderung des *künftigen* Hochladens und Bereithaltens urheberrechtswidrigen Materials ergeben sich hier allerdings ähnliche Einschränkungen wie im Rahmen des § 1004 BGB. Auch im Rahmen des Unterlassungsanspruchs sind die geeigneten Vorkehrungen zur Verhinderung weiterer Rechtsverletzungen jedoch nur im Rahmen des Zumutbaren zu treffen.³⁹⁸ Folglich kann bezüglich der vorbeugenden Unterlassungsverpflichtung keine weitergehende Prüfungspflicht von Inhalten bestehen, als sie oben im Rahmen des Verschuldens des Host-Providers entwickelt wurde. Vorbeugende Unterlassung i. S. einer Verhinderung der erstmaligen Zugänglichmachung kann also nur bei leicht erkennbarer Urheberrechtsverletzung verlangt werden.³⁹⁹ Im Geltungsbereich des § 5 IV TDG ist dieser vorbeugende Unterlassungsanspruch wiederum faktisch ausgeschlossen, denn Sperrung von rechtswidrigen Inhalten kann nach den allgemeinen Gesetzen nur bei Kenntnis der Inhalte verlangt werden. Dann kommt aber nur noch der nachträgliche Anspruch auf Unterlassung der weiteren Wiedergabe bzw. Beseitigung in Betracht, der sich auf Löschung oder Sperrung des rechtswidrigen Materials richtet.⁴⁰⁰ Die erforderliche Kenntnis wird regelmäßig durch eine entsprechende Abmahnung herbeigeführt.

9.6.2.5 Access-Provider

Ein vorbeugender Unterlassungsanspruch gegen den Access-Provider scheidet auch außerhalb der Geltung des § 5 IV TDG aus, da ihn im Grundsatz keine Prüfungspflichten treffen. Relevant wird hier regelmäßig allein der Anspruch auf zumutbare und mögliche Sperrung des Zugangs zu bestimmten Seiten, die urheberrechtswidriges Material enthalten, nach entsprechender Aufforderung bzw. Kenntnisverschaffung. Dieser Anspruch bestünde auch im Rahmen des § 5 IV TDG nach den allgemeinen Vorschriften. Problematisch ist aber die Störereigenschaft des Access-Providers, da sich der Anspruch aus § 97 I S. 1 UrhG grundsätzlich nur gegen den Verletzer richtet. Der Access-Provider nimmt aber keine eigene Urheberrechtsverletzung, insbesondere keine sonstige öffentliche

396 S. o. 9.5.4.3.1.

397 Waldenberger, ZUM 97, 176, 182.

398 BGH GRUR 84, 54, 55 „Kopierläden“.

399 Ähnlich: Waldenberger, ZUM 97, 176, 182.

400 Waldenberger, ZUM 97, 176, 182.

Wiedergabe i. S. v. § 15 II UrhG, vor.⁴⁰¹ Unterlassungspflichtiger Verletzer i. S. v. § 97 I S. 1 UrhG kann allerdings auch der Veranlasser sein.⁴⁰² So kommt es bei der Zurverfügungstellung von Geräten, die neben der rechtmäßigen Benutzung auch zu Eingriffen in Rechte Dritter benutzt werden können, darauf an, ob nach objektiver Betrachtung der rechtsverletzende Gebrauch nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt und ob dem Geräteinhaber eine Haftung billigerweise zugemutet werden kann.⁴⁰³ Ob die Situation des Access-Providers hiermit vergleichbar ist, erscheint fraglich, denn er selbst stellt die Ressourcen, die Gelegenheit zur mißbräuchlichen Nutzung geben, ja nicht zur Verfügung. Er ist weniger mit dem Inhaber eines Kopierladens vergleichbar, als mit demjenigen, der einem Dritten den Weg zum Copy-Shop erklärt. Im Ergebnis kann diese Frage aber offenbleiben, da der Unterlassungsanspruch gegen den Access-Provider wie erwähnt ohnehin erst nach einem entsprechenden Hinweis auf die urheberrechtswidrigen Materialien und der Aufforderung, den Zugang zu sperren gegeben ist. Erhält der Access-Provider dann aber in Kenntnis der Urheberrechtsverletzung den Zugang aufrecht, ist er Gehilfe der Verletzungshandlung i. S. § 830 II BGB und somit auch Verletzer und Störer gem. § 97 I S. 1 UrhG.

9.6.2.6 Netzbetreiber

Gegen den Netzbetreiber scheidet ein urheberrechtlicher Unterlassungsanspruch aus den gleichen Gründen aus, wie im Rahmen des § 1004 BGB.⁴⁰⁴

9.6.3 Unterlassungsansprüche nach dem UWG

Nach § 1 UWG kann Unterlassung von zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommenen sittenwidrigen Handlungen verlangt werden, nach § 3 UWG gilt dasselbe für irreführende Angaben. Hier ergeben sich im Grundsatz kaum Abweichungen zum oben⁴⁰⁵ dargestellten allgemeinen Unterlassungsanspruch entsprechend §§ 1004, 823 BGB.

401 S. o. 9.5.5.2.

402 BGH GRUR 87, 37, 39 „Videolizenzvertrag“; Nordemann in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 8. A. 1994, § 97 Rdnr. 16.

403 BGH GRUR 84, 54, 55 „Kopierläden“; GRUR 64, 91, 92 „Tonbänder-Werbung“; GRUR 64, 94, 96 „Tonbandgeräte-Händler“.

404 S. o. 9.6.1.6.

405 S. o. 9.6.1.

9.6.3.1 Nutzer, Ersteller und Content-Provider

Während auf seiten des Nutzers Wettbewerbsrechtsverletzungen nicht in Betracht kommen, können der Inhaltsersteller und der Content-Provider, die zu Zwecken des Wettbewerbs handeln, als Störer sowohl nach § 1 UWG als auch nach § 3 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

9.6.3.2 Host-Provider, Access-Provider und Netzbetreiber

Störer ist auch der Host-Provider, sofern dieser zu Zwecken des Wettbewerbs handelt,⁴⁰⁶ denn er verbreitet durch Bereithaltung und Zugänglichmachung die wettbewerbswidrigen Inhalte. Während für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch auf Verhinderung künftiger erstmaliger Zugänglichmachung wettbewerbswidriger Inhalte auch hier die erwähnten Einschränkungen aus der begrenzten inhaltlichen Prüfungspflicht und insbesondere aus § 5 IV TDG gelten,⁴⁰⁷ kann auch im Anwendungsbereich des § 5 IV TDG regelmäßig die Löschung oder Sperrung verlangt werden, wenn der Host-Provider Kenntnis von den Inhalten hatte oder diese durch eine Abmahnung herbeigeführt worden ist.

Dieser nachträgliche Anspruch auf Sperrung des Zugangs kommt auch gegen den Access-Provider in Frage. Allerdings wird es hier in den meisten Fällen an der Wettbewerbsabsicht fehlen. Hieran werden auch regelmäßig Ansprüche gegen den Netzbetreiber scheitern.

9.6.4 Unterlassungsansprüche nach dem Markengesetz

Gegen den Inhaltsersteller und den Content-Provider sind nach allgemeinen Grundsätzen Unterlassungsansprüche aus §§ 14 V, 15 IV MarkenG möglich. Beim Host- und Access-Provider fehlt es für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch indes regelmäßig an der auch für den Unterlassungsanspruch erforderlichen *Benutzung* der Marke oder geschäftlichen Bezeichnung. Erst wenn nach Herbeiführung von Kenntnis eine Beihilfe gem. § 830 II BGB bejaht werden kann, kann Löschung oder Sperrung der entsprechenden Inhalte verlangt werden. Letzteres gem. § 5 IV TDG auch im Geltungsbereich dieses Gesetzes. Gegen den Netzbetreiber besteht ein Unterlassungsanspruch regelmäßig auch hier nicht.

406 S. o. 9.5.4.4.1.

407 S. o. 9.6.1.4.

9.7 Deliktsrecht und internationales Privatrecht

Die Frage nach dem anwendbaren materiellen Recht erlangt im globalen Online-Bereich eine besondere Bedeutung. Die bisherige Darstellung bezog sich auf das deutsche Deliktsrecht. Das internationale Medium Internet bewirkt aber, daß die Anzahl von Sachverhalten mit Auslandsbezug beträchtlich ansteigt. Regelmäßig ist deshalb zu prüfen, ob auf einen Fall überhaupt das deutsche Deliktsrecht Anwendung finden kann, oder ob sich die Lösung nicht vielmehr nach einem ausländischen Recht richten muß. Dem deutschen Richter wird die Frage nach dem anwendbaren Recht durch das einschlägige nationale Kollisionsrecht, das deutsche internationale Privatrecht, beantwortet. Es ist an dieser Stelle unmöglich, sämtliche Fragen des internationalen Privatrechts zu behandeln, die speziell durch das Internet aufgeworfen werden. Dieser Bereich steht erst am Beginn der wissenschaftlichen Aufarbeitung und wird die Praxis und die einschlägige Literatur noch geraume Zeit beschäftigen. Die Darstellung beschränkt sich folglich auf einen grundlegenden Überblick und eine praxisnahe Bearbeitung der auftretenden Probleme.⁴⁰⁸

9.7.1 Grundsätze des deutschen internationalen Deliktsrechts

Für das deutsche internationale Deliktsrecht fehlt es an einer detaillierten gesetzlichen Kodifikation.⁴⁰⁹ Die Regeln beruhen daher überwiegend auf Richterrecht, dessen Grundlagen – als von der rudimentären Regelung des Art. 38 EGBGB vorausgesetzt⁴¹⁰ – aus dieser Vorschrift herausgelesen werden.⁴¹¹ Insoweit gehen Literatur und Rechtsprechung einhellig von dem Grundsatz aus, daß sich Ansprüche aus unerlaubter Handlung nach dem **Recht des Tatortes** richten (*lex loci delicti commissi*).⁴¹² Zu solchen Ansprüchen aus unerlaubter Handlung zählen neben den allgemeinen deliktischen Schadensersatzansprüchen auch Unterlassungsansprüche,⁴¹³

408 Vgl. auch die Darstellung bei *Spindler*, ZUM 96, 533, 555 ff.

409 *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 20.

410 BGH NJW 92, 3091.

411 *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 20; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 442.

412 BGH NJW 96, 1128; NJW 92, 3091; NJW-RR 90, 604, 605; NJW 81, 1606 „Benomyl“; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 20; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 442; *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 533; v. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 654; *Schack*, UFITA 108, 51, 61.

413 BGH NJW 96, 1128.

sowie wettbewerbsrechtliche,⁴¹⁴ urheberrechtliche⁴¹⁵ und markenrechtliche⁴¹⁶ Ansprüche. Wenig Probleme bereitet die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach der Tatortregel bei den sogenannten Platzdelikten.⁴¹⁷ Hier sind Handlungs- und Erfolgsort identisch, es gibt nur einen einheitlichen Anknüpfungspunkt für den Tatort. Im Online-Bereich herrscht jedoch typischerweise eine andere Konstellation vor, nämlich die der grenzüberschreitenden Delikte, bei denen Handlungs- und Erfolgsort in verschiedenen Ländern liegen.⁴¹⁸ Beispielsweise mag der Inhaltsersteller oder Provider in den USA sitzen, während seine rechtswidrigen Inhalte weltweit abrufbar sind. Bei derartigen Distanz- oder Streudelikten⁴¹⁹ bereitet die Bestimmung des Tatortes größere Schwierigkeiten.⁴²⁰ Da sowohl Handlung als auch Erfolg grundsätzlich gleichwertige Bestandteile des deliktischen Tatbestandes sind,⁴²¹ kommen beide Orte als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Tatortes in Betracht. Die Rechtsprechung geht auch insofern von einer Gleichwertigkeit aus und lokalisiert den Tatort sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort.⁴²² Generell ist dabei der Handlungsort der Ort, an dem der Täter das Delikt ausführt,⁴²³ an dem sich das haftungsbegründende Verhalten zuträgt.⁴²⁴ Ohne Bedeutung sind bloße Vorbereitungshandlungen.⁴²⁵ Erfolgsort ist der Ort, an dem die tatbestandliche Rechtsgutsverletzung eintritt, auf den möglicherweise verschiedenen Schadenseintrittsort kommt es nicht an.⁴²⁶ Bei Distanz- oder Streudelikten führt dieser **Ubiquitätsgrundsatz**⁴²⁷ somit zur alternativen Anwendbarkeit mehrerer nationaler Rechte, nämlich dem, des oder

414 BGH GRUR 62, 243, 245 = BGHZ 35, 329 „Kindersaugflaschen“; v. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 695; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 45; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 458.

415 BGH NJW 94, 2888, 2889; v. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 702; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 459.

416 V. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 702; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 460.

417 *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 21.

418 *Spindler*, ZUM 96, 533, 555.

419 V. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 659.

420 *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 533; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 22; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 443.

421 *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 535.

422 BGH NJW 81, 1606 „Benomyl“; NJW 64, 2012.

423 *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 537; mit dem zutreffenden Hinweis, daß hier im Einzelnen vieles streitig ist (a. a. O., S. 539).

424 V. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 661.

425 V. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 661; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 25; *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 537.

426 *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 540; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 443; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 28.

427 *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 536; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 22; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 443; v. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 660.

der Handlungs- und dem, des oder der Erfolgsorte. Konkret soll sich die Entscheidung danach richten, welches Recht für den Geschädigten günstiger ist.⁴²⁸ Zur Begründung dieses **Günstigkeitsprinzips** wird teilweise die „Sympathie mit dem Opfer“ angeführt.⁴²⁹ Andere stellen darauf ab, daß das Deliktsrecht sowohl der Verhaltenssteuerung, als auch der Opferentschädigung dient, und nur die Alternativität von Handlungs- und Erfolgsort beiden Gesichtspunkten hinreichend Rechnung trägt.⁴³⁰ In der Literatur wird demgegenüber teilweise eine eindeutige Bestimmung des Tatortes unter Aufgabe des Wahlrechts des Verletzten befürwortet.⁴³¹ In der Praxis beansprucht das Günstigkeitsprinzip indes weiterhin Geltung. Hier führt seine Anwendung in aller Regel zur Anwendung der *lex fori*, also des deutschen Rechts, da sich die Prüfung ausländischen Rechts erübrigt, wenn der geltend gemachte Anspruch bereits nach deutschem Recht begründet ist.⁴³²

Während über die generelle Geltung der soeben dargelegten Grundsätze weitgehend Einigkeit besteht, werden in letzter Zeit immer häufiger Differenzierungen vorgenommen und Ausnahmefallgruppen entwickelt.⁴³³ Dies betrifft einerseits bestimmte Deliktsgruppen, die auch im Online-Bereich von besonderer Bedeutung sind, nämlich Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Produkthaftungsfälle sowie Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtsverletzungen. Diese Fallgruppen werden sogleich besonders dargestellt.⁴³⁴ Andererseits hat die Rechtsprechung – zunächst anhand von Verkehrsunfällen – mit der Zeit auch eine allgemeine Ausnahme von der Tatortregel entwickelt.⁴³⁵ Das Tatortrecht soll ausnahmsweise nicht gelten, wenn die Anknüpfung an den Tatort zufällig, gezwungen oder unangemessen erscheint, weil aufgrund besonderer Umstände die Anwendung einer anderen Rechtsordnung angemessen ist.⁴³⁶ Dies wurde vom BGH in Weiterentwicklung und Modifizierung der fortgeltenden⁴³⁷ „Verordnung über die Rechtsanwendung bei Schädigungen deutscher Staatsangehöriger außerhalb des Reichsgebietes“⁴³⁸ – unabhängig von der Staatsangehörigkeit – zugunsten des Rechts des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsortes der Be-

428 BGH NJW 81, 1606 „Benomy!“; NJW 64, 2012.

429 *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 537; ebenso: *Schack*, UFITA 108, 51, 61.

430 *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 23.

431 *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 444 (nur Verletzungsort); v. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 668; kritisch auch *Schack*, UFITA 108, 51, 61.

432 BGH NJW 64, 2012; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 444; v. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 669; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 24.

433 Allgemein: v. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 652.

434 S. u. 9.7.2.

435 Vgl. insbes. BGH NJW 92, 3091 ff (m. w. N.).

436 BGH NJW 92, 3091.

437 BGHZ 34, 222, 224; 87, 95, 99; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 33; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 448; v. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 672; zum Streitstand: *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 546.

438 Vom 7. 12. 1942, RGBl. 1942 I 706; auszugswise bei v. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 672.

teiligten bejaht.⁴³⁹ Überträgt man diese Durchbrechung der Tatortregel auf den Online-Bereich, kommt man jedenfalls dann zur alleinigen Anwendung deutschen Rechts, wenn Schädiger und Geschädigter ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort in Deutschland haben. Auf die im folgenden zu behandelnden Fragen, wo bei einer Rechtsverletzung im weltweiten Online-Bereich Handlungs- und Erfolgsorte i. S. der Tatortregel anzunehmen wären, kommt es also in einer solchen Konstellation nicht mehr an. Demnach kann zum Beispiel der von einem deutschen Provider geschädigte Deutsche seinen Anspruch selbst dann nicht auf amerikanisches Recht stützen, wenn in den USA ein Erfolgsort gegeben wäre und amerikanisches Recht ihm günstiger wäre. Der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt beider Parteien in Deutschland führt hier zur Anwendung des sachnäheren deutschen Rechts.

9.7.2 Besonderheiten bei einzelnen Deliktsarten

Neben der gerade geschilderten allgemeinen Durchbrechung der Tatortregel werden hinsichtlich einzelner Deliktsgruppen Differenzierungen vorgenommen. Diese Differenzierungen beziehen sich teils auf die Bestimmung des maßgeblichen Handlungs- und Erfolgsorts, teils auf eine durch die Eigenheiten des Rechtsgebiets bedingte Modifikation der Tatortregel. Dies gilt wie erwähnt insbesondere für grenzüberschreitende Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtsverletzungen.

9.7.2.1 Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Auch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen sind sowohl Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche, als auch Unterlassungsansprüche nach dem Deliktsstatut zu beurteilen.⁴⁴⁰ Die besondere Problematik bei mittels des Internet verbreiteten Persönlichkeitsrechtsverletzungen besteht in der Vervielfachung der möglichen Handlungs- und Erfolgsorte. Noch mehr als bei der Verbreitung persönlichkeitsrechtsverletzender Inhalte über herkömmliche Massenmedien wie Presse und Rundfunk⁴⁴¹ handelt es sich um sogenannte „Multistate“-De-

439 BGH NJW 93, 1007, 1008; NJW 92, 3091, 3092 (m. w. N.); vgl. dazu auch: v. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 672; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 448 f.; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 34; *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 546.

440 BGH NJW 96, 1128; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 456; *Spindler*, ZUM 96, 533, 557, Fn. 209 (m. w. N.); *Ehmann/Thorn*, AfP 96, 20, 22.

441 Vgl. hierzu: *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 26, 30; v. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 662, 664; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 456 f.; *Ehmann/Thorn*, AfP

likte,⁴⁴² also Delikte, bei denen in einer Vielzahl von Staaten Handlungs- und Erfolgsorte liegen können. Bei der globalen Verbreitung im Online-Bereich könnte sich der Geschädigte bei reiner Anwendung von Tatortregel, Ubiquitätsgrundsatz und Günstigkeitsprinzip im Extremfall das ihm weltweit günstigste Recht aussuchen,⁴⁴³ der Anbieter müsste sein Verhalten jeweils nach dem weltweit strengsten Recht ausrichten.⁴⁴⁴

Angesichts dieses als unbefriedigend empfundenen Ergebnisses wurden bereits im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verbreitung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen mittels herkömmlicher Massenmedien verschiedene Möglichkeiten zur Eingrenzung der potentiell anwendbaren Rechte diskutiert. Zunächst geht es aber um die genaue Bestimmung der Handlungs- und Erfolgsorte in derartigen Fällen. Schon insofern besteht Uneinigkeit.

9.7.2.1.1 Handlungs- und Erfolgsorte

Als Handlungsort werden zunächst der Erscheinungsort von Zeitschriften⁴⁴⁵ sowie der Verlagsort⁴⁴⁶ genannt. Bei Fernsehanstalten wird meist an den Sitz der Sendeanstalt angeknüpft.⁴⁴⁷ Bei der Übertragung auf den Online-Bereich ist der Zweck der Anknüpfung an den Handlungsort in Erinnerung zu rufen, nämlich die Verhaltenssteuerung gegenüber dem Täter.⁴⁴⁸ Als zu steuerndes Verhalten kommt allein das haftungsbegründende Tun in Betracht, weshalb konsequenterweise Vorbereitungshandlungen keinen tauglichen Anknüpfungspunkt liefern.⁴⁴⁹ Haftungsbegründendes Verhalten bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist regelmäßig das Behaupten oder Verbreiten der inkriminierenden Äußerung,⁴⁵⁰ wobei ein Behaupten auch eine Außenwirkung, eine Übermittlung an den Empfänger⁴⁵¹ voraussetzt. Die reine Erstellung einer verletzenden Behauptung ohne

96, 20 ff.; *Hohloch*, ZUM 86, 165 ff.; *Schack* in: Das Persönlichkeitsrecht zwischen Informationsauftrag und Menschenwürde, 1989, S. 113 ff.; *ders.*, UFITA 108, 51 ff.; *Loo-schelders*, ZVglRWiss 95, 48 ff.

442 *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 541.

443 *Bachmann* in: *Lehmann* (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), S. 169, 181.

444 *Schack*, UFITA 108, 51, 63, 66.

445 BGH NJW 96, 1128; v. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 662.

446 *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 457; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 26.

447 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 662; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 457.

448 *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 22.

449 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 661; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 25; *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 537.

450 BGH NJW 96, 1131, 1132; NJW-RR 90, 1184 = GRUR 90, 1012 „Pressehaftung“.

451 *Schack*, UFITA 108, 51, 65.

Zugänglichmachung derselben, stellt demnach – ebenso wie das Schreiben eines Briefes ohne dessen Absendung⁴⁵² – nur eine bloße Vorbereitungshandlung dar. Der Ort, an dem der Inhaltsersteller die fragliche Äußerung verfaßt, kommt also als Anknüpfungspunkt nicht in Frage, hier bereitet er nur vor. Handlungsort ist vielmehr der Ort, an dem der Server belegen ist, auf dem der rechtswidrige Inhalt gespeichert wird. Mit der Zugänglichmachung durch Abrufbarkeit für die Nutzer unter der Serveradresse, beginnt die haftungsbegründende Behauptung oder Verbreitung des Inhalts. Daraus ergibt sich, daß der Belegenheitsort des Servers sowohl für den Inhaltsersteller, als auch für den eventuell haftenden Provider primärer Handlungsort ist.

Schwieriger ist die Frage zu beurteilen, wo neben diesem primären Handlungsort noch weitere Handlungs- und/oder Erfolgsorte bestehen. Im Bereich herkömmlicher Massenmedien wird ein Tatort grundsätzlich im Verbreitungs- bzw. Senderaum angenommen.⁴⁵³ Die Verbreitungsorte werden dabei teilweise als Erfolgsorte,⁴⁵⁴ teilweise als Handlungsorte⁴⁵⁵ begriffen. Die Tatsache, daß bei der Verletzung eines nicht an einem bestimmten Ort lokalisierbaren Persönlichkeitsrechts für einen „Erfolgsort“ an sich kein Raum ist,⁴⁵⁶ läßt letztere Auffassung bevorzugenswert erscheinen. Im Ergebnis kann dies aber dahinstehen, da in beiden Fällen ein Tatort im gesamten Verbreitungsgebiet gegeben wäre. Angesichts der hiernach fast unvorhersehbaren Anzahl möglicher Tatorte, wurde im Zusammenhang mit den herkömmlichen Massenmedien die Beschränkung der bestimmungsgemäßen⁴⁵⁷ bzw. regelmäßigen⁴⁵⁸ Verbreitung eingeführt. Ausgeschieden werden damit Orte, an die Exemplare einer Zeitschrift nur zufällig verbracht werden. Sobald die Verbreitung an einem bestimmten Ort aber gewollt oder offenbar ist, ist sie auch bestimmungsgemäß.⁴⁵⁹ Daraus wird deutlich, daß diese Beschränkung im Zusammenhang mit dem Internet keine Wirkung entfaltet, denn die globale Verbreitung jedes Netzinhaltes ist von vornherein offensichtlich.⁴⁶⁰ Eine Einschränkung ist jedoch dann zu machen, wenn erweislich ist, daß die betroffene Seite aus einem bestimmten Land tatsächlich niemals abge-

452 Zutreffend: *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 25; unklar: *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 537; auch die Absendung noch als Vorbereitungshandlung auffassend: *Schack*, UFITA 108, 51, 65 (Fn. 71).

453 BGH NJW 96, 1128; *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 539; v. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 662; *Ehmann/Thorn*, AfP 96, 20, 22.

454 *Hohloch*, ZUM 86, 165, 179; *Ehmann/Thorn*, AfP 96, 20, 22; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 457; *Spindler*, ZUM 96, 533, 557; nicht eindeutig: BGH NJW 96, 1128.

455 *Schack*, UFITA 108, 51, 65; *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 539; v. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 662.

456 Deutlich: v. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 664; *Schack*, UFITA 108, 51, 65.

457 *Schack*, UFITA 108, 51, 65; *Ehmann/Thorn*, AfP 96, 20, 22; *Spindler*, ZUM 96, 533, 557.

458 V. *Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 662.

459 *Schack*, UFITA 108, 51, 65 f.

460 *Spindler*, ZUM 96, 533, 557.

rufen wurde.⁴⁶¹ Dann besteht kein Unterschied zu einem Presseunternehmen, das einen weltweiten Versand anbietet aber tatsächlich nie Bestellungen aus dem Ausland erhält. Niemand käme auf die Idee, hier einen weltweiten Tatort anzunehmen. Ein Tatort ist vielmehr erst dort gegeben, wohin tatsächlich Exemplare verschickt werden.⁴⁶² Unter Berücksichtigung dieser Ausnahme ist der Tatort aber bei mittels des Internet verbreiteten Persönlichkeitsrechtsverletzungen tatsächlich potentiell global. Aus diesem Grund werden anderweitige Eingrenzungsmöglichkeiten des anwendbaren Deliktsrechts erörtert.

9.7.2.1.2 Ubiquitätsgrundsatz und Günstigkeitsprinzip

Die unbeschränkte Anwendung des Ubiquitätsgrundsatzes und des Günstigkeitsprinzips würde bedeuten, daß der Verletzte im soeben abgegrenzten Rahmen das weltweit für ihn günstigste Recht wählen könnte. Es liegt auf der Hand, daß in einem solchen Fall auch ganz fernliegende Rechtsordnungen in Betracht kommen. Daher wird zum Teil grundsätzlich eine Abkehr vom Günstigkeitsprinzip zugunsten einer eindeutigen Wahl des Anknüpfungspunktes erwogen.⁴⁶³ Zur Vermeidung einer willkürlichen Begünstigung des Geschädigten sei neben dem Sitz des Schädigers entweder der Haupterfolgsort oder der Sitz des Geschädigten zu wählen.⁴⁶⁴ In die gleiche Richtung geht der Vorschlag, von mehreren Tatorten nur denjenigen zu berücksichtigen, mit dem der Verletzte durch seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder ähnliche Gründe am engsten verbunden ist.⁴⁶⁵ Dem wird entgegengehalten, daß damit der Schadenseintrittsort zum maßgeblichen Anknüpfungspunkt gemacht werde, der aber nach ganz h. M. für das Deliktsstatut bedeutungslos sei.⁴⁶⁶ Darüber hinaus könne ein Schwerpunkt der Beeinträchtigung bei nicht lokalisierbaren Persönlichkeitsrechtsverletzungen ohnehin nicht festgestellt werden,⁴⁶⁷ insbesondere nicht bei Personen mit weltweitem Bekanntheitsgrad.⁴⁶⁸ Die Praxis tendiert daher inzwischen zur sog. mate-

461 Ähnlich wohl *Spindler*, ZUM 96, 533, 558 („zufälliger Abrufsort“); beweisen müßte dies allerdings der Verletzer, denn nur er hat überhaupt die Möglichkeit, die Hits seiner Seite zu rekonstruieren.

462 Vgl. *Schack*, UFITA 108, 51, 65 f.; insofern ist auch die These *Schacks* bedenkenswert, der überhaupt erst im Empfangsland einen Handlungsort annimmt und das Absenden der Information noch als Vorbereitungshandlung wertet (a. a. O., S. 65 – besonders Fn. 71).

463 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 668.

464 *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 26, 30.

465 *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 457; *Hohloch*, ZUM 86, 165, 178 f.; *Ehmann/Thorn*, AfP 96, 20, 23.

466 *Schack*, UFITA 108, 51, 64.

467 *Schack*, UFITA 108, 51, 64.

468 *Spindler*, ZUM 96, 533, 558.

riellen Mosaikbetrachtung. Danach wird bei mehreren Tatorten das jeweilige Tatortrecht nur für den an diesem Ort eingetretenen Schaden angewendet. Der Gesamtanspruch setzt sich also aus einem Mosaik mehrerer nach unterschiedlichen Rechten zu ermittelnder Einzelansprüche zusammen.⁴⁶⁹ Zwingend erscheint diese vor allem unpraktikable Lösung indes nicht. Einerseits ist es durchaus möglich, einzelne fernliegende Tatorte bei der Bestimmung des Deliktsstatuts außer Betracht zu lassen. Ebenso wie bei Zeitschriften ein zufälliges Verbringen von einzelnen Exemplaren in ein Land nicht zur Anwendbarkeit dortigen Rechts führt,⁴⁷⁰ ist es möglich beim Internet solche Orte auszuschneiden, bei denen der Abruf der betroffenen Seite ebenfalls nur zufällig erscheint. Dies muß aus dem Inhalt und dem Zusammenhang der betroffenen Seite heraus ermittelt werden. So muß ein Abruf in einem Land, in dem ein gewöhnlicher Nutzer entweder aus sprachlichen Gründen⁴⁷¹ oder weil die von der Persönlichkeitsrechtsverletzung betroffene Person dort keinesfalls bekannt ist, außer Betracht bleiben. Wenn der inkriminierende Charakter des fraglichen Inhalts aus derartigen oder ähnlichen Gründen für die Nutzer in einem bestimmten Forum typischerweise nicht erkennbar ist, kann kaum von einem relevanten Tatort der unerlaubten Handlung gesprochen werden. Dies gilt um so mehr, wenn man erst den Empfang der Information als relevanten Anknüpfungspunkt ansieht.⁴⁷² Durch diese Beschränkung wird die drohende Anwendbarkeit des günstigsten Rechts der ganzen Welt bereits erheblich relativiert. Noch mehr entschärft wird die Problematik durch zwei weitere Punkte. Sofern Ansprüche gegen einen Deutschen geltend gemacht werden bestimmt Art. 38 EGBGB, daß gegen ihn aus ausländischem Recht keine weitergehenden deliktischen Ansprüche geltend gemacht werden können, als sie nach deutschem Recht begründet wären. Diese Vorschrift erleichtert es auch den Gerichten. Steht nämlich fest, daß ein geltend gemachter Anspruch nach deutschem Recht nicht besteht, muß das Gericht sich überhaupt nicht mehr mit einem anderen – günstigeren – Tatortrecht befassen.⁴⁷³ Es kann in diesem Fall die bisher erörterten Fragen also einfach beiseite lassen. Umgekehrt verhält es sich in vielen Fällen ähnlich. Ist ein geltend gemachter Anspruch – egal ob gegen einen Deutschen oder Ausländer – schon nach deutschem Recht in voller Höhe begründet, ist jegliche Prüfung ausländischen Rechts entbehrlich.⁴⁷⁴

469 OLG Hamburg, NJW-RR 95, 790; *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 541; *Spindler*, ZUM 96, 533, 559; erörtert aber im Ergebnis abgelehnt bei: *Ehmann/Thorn*, AfP 96, 20, 22.

470 Vgl. nur *Schack*, UFITA 108, 51, 65.

471 ähnlicher Ansatz bei *v. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 662.

472 *Schack*, UFITA 108, 51, 65; entsprechend läßt er Fälle minimaler Verbreitung bzw. nur marginal berührte Rechtsordnungen außer Betracht (a. a. O., S. 66).

473 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 680.

474 BGH NJW 64, 2012; *v. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 680.

9.7.2.2 Wettbewerbsrechtsverletzungen

Auch bei wettbewerbswidrigem Verhalten im Online-Bereich stellt sich angesichts der regelmäßig grenzüberschreitenden Wirkung die Frage nach dem anwendbaren Recht. Insofern gelten zunächst die dargelegten allgemeinen Grundsätze. Wettbewerbsverstöße stellen unerlaubte Handlungen dar,⁴⁷⁵ auf die grundsätzlich das Recht des Tatortes, also des Handlungs- und Erfolgsortes anwendbar ist.⁴⁷⁶ Das Wettbewerbsrecht nimmt allerdings im Rahmen der unerlaubten Handlungen eine gewisse Sonderstellung ein. Es geht über die Regelung der Beziehung zwischen Täter und Opfer hinaus, indem es zusätzlich die Interessen von Dritten und den lautereren Wettbewerb selbst als Institution schützt.⁴⁷⁷ Aufgrund dieser Besonderheiten wird eine wettbewerbsspezifische Tatortbestimmung vorgenommen.⁴⁷⁸ Danach kann unlauterer Wettbewerb nur dort begangen werden, wo wettbewerbliche Interessen der Mitbewerber aufeinanderstoßen.⁴⁷⁹ Dieser Ort der wettbewerblichen Interessenkollision⁴⁸⁰ ist der Marktort, an dem der Verbraucher zu Absatzzwecken umworben wird.⁴⁸¹ Danach ist ausländisches Wettbewerbsrecht grundsätzlich auch auf inländische Unternehmen anzuwenden, die auf ausländischen Märkten um Kunden werben – auf den Sitz des Unternehmens kommt es nicht an.⁴⁸² Demnach kann bei Werbung in Printmedien ein Tatort nur an solchen Verbreitungsorten angenommen werden, an denen der Werbung auch die Eignung zukommt, den Wettbewerb und die Kundenentscheidung zu beeinflussen.⁴⁸³ Wird in diesem Sinne auf mehrere Märkte eingewirkt, sind die jeweiligen Marktrechte anwendbar.⁴⁸⁴ Es besteht kein Grund im Online-Bereich unter Hinweis auf die vorhersehbare weltweite Wirkung von Werbung und „virtuelle Märkte“, an denen sich kein primärer Ab-

475 BGH GRUR 64, 316, 318 = BGHZ 40, 391 „Stahlexport“; GRUR 62, 243, 245 = BGHZ 35, 329 „Kindersaugflaschen“; v. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 695

476 BGH GRUR 64, 316, 318 = BGHZ 40, 391 „Stahlexport“; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 458.

477 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 695 (m.w.N.); *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 45.

478 *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 45.

479 BGH GRUR 64, 316, 318 = BGHZ 40, 391 „Stahlexport“; GRUR 62, 243, 245 = BGHZ 35, 329 „Kindersaugflaschen“; v. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 695; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 45; *Kegel*, IPR, 7. A. 1995, § 18 IV, S. 538; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 458.

480 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 695.

481 *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, 4. A. 1995, § 11 Rdnr. 45; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 458.

482 BGH GRUR 64, 316, 318 = BGHZ 40, 391 „Stahlexport“; GRUR 62, 243, 245 = BGHZ 35, 329 „Kindersaugflaschen“.

483 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 697.

484 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 696.

satz- oder Werbemarkt mehr lokalisieren lasse,⁴⁸⁵ von diesen Grundsätzen abzuweichen. Es mag freilich sein, daß ein Unternehmen mit einer weltweit ausgerichteten Werbung alle weltweiten Märkte beeinflussen will. Dies scheint aber in dieser Reichweite eher die Ausnahme als der Regelfall zu sein. Ob eine über das Internet verbreitete und weltweit abrufbare Werbung an einem bestimmten Ort die Eignung zukommt, den dortigen Wettbewerb zu beeinflussen, ist vielmehr anhand aller Umstände des jeweiligen Falles zu beurteilen. Die Sprache ist insofern ein wichtiges Indiz.⁴⁸⁶ Abgesehen vom Englischen, dem eine weltweite Beeinflussungseignung zuzuerkennen ist, wird ein Begehungsort nur im Sprachraum der beanstandeten Werbemaßnahme anzunehmen sein. So kann beispielsweise von einer nennenswerten Beeinflussung des mongolischen Marktes durch eine deutschsprachige Werbung nicht ausgegangen werden. Des weiteren muß überhaupt die Zugriffsmöglichkeit der Kunden auf das Produkt gegeben sein. Ist ein Land gar nicht Absatzmarkt des umworbenen Produktes, weil das Produkt dort nicht vertrieben wird, liegt hier ebenfalls kein Tatort.⁴⁸⁷ Im Ergebnis fällt demnach aufgrund der wettbewerbsspezifischen Tatortbestimmung die Begrenzung der Anzahl der potentiell anwendbaren Rechte im Bereich der Wettbewerbsdelikte leichter.

9.7.2.3 Urheber- und Markenrecht

Besonderheiten gelten auch im Bereich des Immaterialgüterrechts. Hier gilt das Territorialitätsprinzip, welches besagt, daß der Geltungsbereich der einschlägigen Rechte grundsätzlich auf das Territorium des sie verleihenden oder gewährenden Staates beschränkt ist.⁴⁸⁸ Anders als zum Beispiel Leben, Gesundheit oder Eigentum, die grundsätzlich weltweiten Schutz genießen, endet der Schutz eines „deutschen“ Urheber- oder Markenrechts an der Landesgrenze.⁴⁸⁹ Es handelt sich um ein nationales Recht.⁴⁹⁰ Ob ein vergleichbares Recht auch jenseits der Landesgrenze besteht und geschützt ist, entscheidet allein die Rechtsordnung des betroffenen Staates. Somit kann zwar u. U. ein Bündel einzelner nationaler Rechte bestehen, nie aber ein einziges international wirkendes Immaterialgüterrecht.⁴⁹¹ Dementsprechend kann ein deutsches Immaterialgüterrecht auch nie

485 *Spindler*, ZUM 96, 533, 561.

486 Vgl. a. *Ubber*, WRP 97, 497, 503 (zur int. Zuständigkeit); s. a. *Kotthoff*, CR 97, 676, 682.

487 Insofern ebenso: *Spindler*, ZUM 96, 533, 561; *Ubber*, WRP 97, 497, 503.

488 BGH NJW 94, 2888 = BGHZ 126, 252; *Katzenberger* in: *Schricker*, Urheberrecht, vor §§ 120 ff. Rdnr. 69; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 8. A. 1994, vor § 120 Rdnr. 1.

489 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 706.

490 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 703.

491 *V. Bar*, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 706; *Kropholler*, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 460.

durch eine im Ausland begangene Handlung verletzt werden, sondern allein durch eine inländische Verletzungshandlung.⁴⁹² Demzufolge gilt im internationalen Immaterialgüterrecht das sog. Schutzlandprinzip (*lex loci protectionis*).⁴⁹³ Entstehen, Inhalt und Erlöschen des Rechts sind immer nach dem Recht des Landes zu beurteilen, für dessen Gebiet Rechtsschutz in Anspruch genommen wird.⁴⁹⁴ Es gilt somit immer allein das Recht des Landes, in dem die Verletzungshandlung vorgenommen wird. Wird die Verletzungshandlung in mehreren Staaten vorgenommen, so gelten deren Rechtsordnungen jeweils nebeneinander für den dortigen Eingriff.⁴⁹⁵ Dies führt bei den genannten Urheberrechtsverletzungen im Zusammenhang mit der Erstellung oder Nutzung von Inhalten (insbesondere Vervielfältigung i. S. § 16 UrhG) in der Regel zu einer eindeutigen Bestimmung des anwendbaren Urheberrechts. Es kommt darauf an, wo die Vervielfältigungshandlung vorgenommen wird. Problematisch ist aber der Bereich der Zugänglichmachung der Inhalte. Hierin liegt eine sonstige unkörperliche Wiedergabe i. S. § 15 II UrhG.⁴⁹⁶ Die Lokalisierung des Ortes der Verletzungshandlung bereitet hier große Schwierigkeiten, da man auf den Ausgangspunkt der Wiedergabe, also den bereithaltenden Server, aber auch auf die weltweiten Empfangsorte abstellen kann. Eine ähnliche Problematik findet sich im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Satellitensendungen und ist für diesen Bereich höchst umstritten.⁴⁹⁷ Ein alleiniges Abstellen auf den Ausgangsort kommt im Online-Bereich wegen der dadurch auftretenden enormen Schutzlücken nicht in Betracht, denn dann müßte der Server nur in einen „urheberrechtsfreien“ Raum verbracht werden. Im Ergebnis müssen zunächst die Urheberrechte sämtlicher „Empfangsstaaten“ anwendbar bleiben. Dies kann zur parallelen Anwendbarkeit aller Urheberrechte der Welt führen. Zur Eingrenzung dieser „Rechtsinflation“ sind für das Urheberrecht ähnliche Gedanken zu diskutieren, wie beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht.⁴⁹⁸ In der Praxis ist dieser Bereich noch vollkommen ungeklärt.

492 BGH NJW 94, 2888 = BGHZ 126, 252; v. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 705, 706.

493 Katzenberger in: Schricker, Urheberrecht, vor §§ 120 ff. Rdnr. 73; Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 8. A. 1994, vor § 120 Rdnr. 1; MüKo-Kreuzer, Bd. 7, 2. A. 1990, nach Art. 38 EGBGB Anh. II Rdnr. 112.

494 BGH NJW 94, 2888 = BGHZ 126, 252; v. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 710; Kropholler, IPR, 2. A. 1994, § 53 IV, S. 459.

495 V. Bar, IPR Bd. 2 1991, Rdnr. 710.

496 S. o. 9.5.2.2.2.

497 Umfangreiche Nachweise bei: MüKo-Kreuzer, Bd. 7, 2. A. 1990, nach Art. 38 EGBGB Anh. II Rdnr. 112a ff.

498 S. o. 9.7.2.1.2.; Ueber, WRP 97, 497, 503; zu Überlegungen für das Urheberrecht vgl. a. Hoeren/Thum, ÖSGRUM 20. Band (1997), 78 ff.

9.8 Vertragliche Haftung

Der Provider kann unter Umständen auch auf vertraglicher Grundlage wegen der Rechtswidrigkeit oder Unrichtigkeit der verbreiteten Informationen in Anspruch genommen. Allerdings bestehen zwischen Content-Providern und Usern regelmäßig keine vertraglichen Beziehungen. Der Nutzer ruft eine Website auf, ohne daß damit ein Vertragsschluß verbunden ist. Insofern kommt in den meisten Fällen auch ein Haftungsausschluß nicht zum Tragen. Denn selbst wenn der Provider darauf verweist, daß er für die Richtigkeit der Informationen keine Gewähr übernimmt, hat dieser Hinweis wegen der fehlenden vertraglichen Bindung des Kunden keine rechtliche Wirkung. Allenfalls im Rahmen von § 254 Abs. 1 BGB könnte ein solcher Hinweis indiziell dafür sprechen, daß sich der Kunde nicht blindlings auf die angebotenen Informationen hätte verlassen dürfen und ein eventueller Schadensersatzanspruch demnach wegen Mitverschuldens zu reduzieren bzw. auszuschließen wäre.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Kunde zu dem Provider in vertraglichen Beziehungen steht. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn der Kunde seinen Access-Provider auf Schadensersatz bzw. Unterlassung in Anspruch nimmt. Zum anderen werden bei einigen Homepages auch elektronische Bestellungen ermöglicht, so daß im Rahmen des Abrufs auch Vereinbarungen zwischen User und Content-Provider entstehen. In diesen beiden Fällen stehen vertragliche Haftungsansprüche neben den oben bereits erwähnten deliktischen.⁴⁹⁹

9.8.1 Access-Provider – User

Zunächst ist zu klären, wie die Verträge zwischen Access-Providern und Usern rechtlich zu qualifizieren sind. Die Einordnung in klassische Vertragstypen ist zur Zeit noch ungeklärt.⁵⁰⁰ Im Vordergrund steht regelmäßig die Nutzung, der Zugriff und die Verfügbarkeit der Netzinfrastruktur des Providers. Diese Leistung wird von der Literatur zum Teil als mietrechtlich,⁵⁰¹ zum Teil aber auch als Teil

499 Nicht eingegangen werden soll auf den Fall, daß ein User entgeltlich Informationen aus einer Datenbank abrufen (etwa über Juris). Dieser Fall hat zwar bislang die Diskussion über die Rechtsnatur der „Online-Verträge“ entscheidend geprägt, ist aber für das Internet (noch) wenig relevant; siehe hierzu ausführlicher *Mehrings*, Der Rechtsschutz computergestützter Fachinformationen, Baden-Baden 1990, 237 ff.

500 Vgl. hierzu ausführlich *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Köln 2. Aufl. 1997, Rdnr. O 125 ff.; *Briner*, Die Rechtsstellung des Access-Providers, in: *Reto Hilty* (Hrsg.), Information Highway. Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Bern/München 1996, 489, 496 ff.; *Sieber*, CR 1992, 518 ff.; *Herget/Reimer*, DStR 1996, 1288 ff. jeweils mit weit. Nachw.

501 *Schneider*, a. a. O. (Fußn. 500), Rdnr. O 134.

einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung im Sinne von § 675 BGB⁵⁰² qualifiziert. Im Kern sind jedoch beide Ansichten insofern abzulehnen, als die Leistung des Providers nicht in der Beschaffung der einzelnen Information, sondern im Zugang zu diesen Informationen und deren Vermittlung zu sehen ist.⁵⁰³ Insofern handelt es sich regelmäßig bei den hier vorliegenden Online-Verträgen um Vereinbarungen von Dienstleistungen im Rahmen von Dienstverträgen.

Bei Dienstverträgen ist jedoch die Gewährleistung im BGB nicht ausdrücklich geregelt. Man zieht insofern bei Schlecht- oder Nichterfüllung das Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung heran und begründet damit einen Schadensersatzanspruch des Kunden. Fraglich ist jedoch, was als Schlecht- bzw. Nichterfüllung bei Onlineverträgen anzusehen ist. Ein unterbrochener oder gestörter Zugang sei stets als Nicht- oder Schlichterfüllung zu qualifizieren, für die der Access-Provider bei entsprechendem Verschulden und Vorliegen eines Schadens haftet.⁵⁰⁴ Darüber hinaus werden in der Literatur zum Teil sehr providerkritische Überlegungen vertreten. *Briner*⁵⁰⁵ vertritt zum Beispiel (auf der Basis des Schweizerischen Rechts) die Auffassung, der Provider müsse eine angemessene Anzahl von Amtslinien und eine Hotline als Störungsdienst zur Verfügung stellen. Der Access-Provider habe im übrigen seinen Kunden rechtzeitig auf vorhersehbare Betriebsstörungen hinzuweisen. Beim Versenden von E-Mails sei für Privatkunden ein Briefkasten von etwa 10 E-Mails vorzusehen; bei geschäftlichen Benutzern oder Firmen-Briefkästen hänge die Größe stark von den Einzelumständen ab. Diese Überlegungen sind m. E. überzogen. Man wird die Leistungspflichten eines Access-Providers mangels üblicher Vorgaben nicht objektiv bestimmen können. Vielmehr hängt dies elementar von den vertraglichen Regelungen ab. Diese sehen meist abgestufte Zugriffsmöglichkeiten vor und quantifizieren Betriebsstörungen insbesondere in Stoßzeiten. Auch die Modalitäten eines eventuellen Hotline-Dienstes werden darin geregelt. Die Parteivereinbarungen entscheiden daher über den Umfang der Leistungspflichten; in gleichem Umfang scheidet eine Inhaltskontrolle dieser Verträge im Rahmen von § 9 AGBG regelmäßig aus.

9.8.2 Content-Provider – User

Anders ist die Rechtslage bei den Verträgen, die Content-Provider mit Nutzern schließen. Beim Electronic Commerce mit Waren kommt regelmäßig ein Kaufvertrag zustande. Dies gilt auch dann, wenn die Ware (etwa ein Computerprogramm) unmittelbar per Download über das Netz geliefert wird. Bei Verträgen

502 *Müller-Hengstenberg*, NJW 1996, 1777, 1780.

503 So zu Recht ausdrücklich *Schneider*, a. a. O. (Fußn. 500), Rdnr. O 142.

504 *Briner*, in: *Hilty* (Hrsg.), *Information Highway*, a. a. O. (Fußn. 500), 489, 506.

505 *Briner*, in: *Hilty* (Hrsg.), *Information Highway*, a. a. O. (Fußn. 500), 489, 502 ff.

über Dienstleistungen handelt es sich regelmäßig um Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträge. Insofern kann für die vertragliche Haftung auf die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts zurückgegriffen werden, die neben der Sachmängelhaftung aus §§ 433, 459, 463, 480 Abs. 2 BGB die Grundsätze der positiven Forderungsverletzung und der culpa in contrahendo zur Anwendung kommen lassen.

Neben dieser allgemeinen Haftung hat der BGH jedoch eine besondere Verantwortlichkeit für Informationsdienste kreiert. In der Entscheidung „Börsendienst“⁵⁰⁶ hat der BGH angenommen, daß auch das formularmäßige Werbeschreiben eines Börsendienstes das Angebot zum Anschluß eines gesonderten Beratungsvertrages beinhaltet, sofern die Anbieter die Zuverlässigkeit und Richtigkeit ihrer Informationen hervorheben. Diese Rechtsprechung hat der BGH in den Folgejahren noch ausgeweitet. Hiernach bedarf es für einen solchen Beratungsvertrag keiner besonderen Vereinbarung oder gar eines schriftlichen Vertrages. Vielmehr ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofes⁵⁰⁷ ein solcher Auskunftsvertrag stillschweigend abgeschlossen, wenn eine Auskunft erkennbar von erheblicher Bedeutung und Grundlage wichtiger Entscheidungen des Anwenders war. In einem solchen Fall kann der Anwender vollen Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung verlangen; es gilt dann generell eine dreißigjährige Verjährungsfrist.

Allerdings sind diese Fälle durch das Vorliegen einer bereits bestehenden vertraglichen Bindung gekennzeichnet gewesen. Im Falle etwa des Börsendienstes bestand ein abonnementähnlicher Dauervertrag zwischen Herausgeber und Kunden, das auch durch Beratungselemente geprägt war.⁵⁰⁸ Von daher kann die Entscheidungspraxis des BGH zu den Beratungsverträgen nur für das Verhältnis eines Users zu einem entgeltlichen Online-Informationsdienst herangezogen werden.

Hinsichtlich der vertraglichen Haftung kommt eine Beschränkung der Haftung – etwa in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – von vornherein kaum in Betracht. Das AGBG und das BGB verbieten jeglichen Ausschluß sowie jegliche Beschränkung der Haftung für arglistiges Verhalten (§ 476 BGB), das Fehlen zugesicherter Eigenschaften (§ 11 Nr. 11 AGBG) sowie vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten im Rahmen einer culpa in contrahendo oder einer positiven Vertragsverletzung (§ 11 Nr. 7 AGBG). Zusätzlich hat die Rechtsprechung aus § 9 II Nr. 2 AGBG abgeleitet, daß auch für mittlere und leichte Fahrlässigkeit des Lieferanten die Haftung nicht ausgeschlossen werden darf, sofern es um die Verletzung vertragswesentlicher Kardinalpflichten geht.⁵⁰⁹ Unwirksam sind daher folgende Vertragsbestimmungen⁵¹⁰:

506 BGH NJW 1978, 997.

507 BGH NJW 1989, 1029; NJW 1986, 181.

508 Siehe dazu auch *Hopt*, Festschrift für Fischer 1979, 237; *Köndgen*, JZ 1978, 389.

509 Siehe dazu BGH DB 1996, 1276.

510 Vgl. hierzu auch *Schneider*, a. a. O. (Fußn. 500), Rdnr. O 167, der zu Recht konstatiert, daß die „Haftungsklauseln der Provider eher noch ‚Entwicklungsland‘ als die der Software-Anbieter“ seien.

„Jede Haftung für Mängel wird ausgeschlossen.“

„Für fahrlässiges Verhalten des Verkäufers wird nicht gehaftet.“⁵¹¹

„Wir haften nicht für Mangelfolgeschäden, Datenverlust und entgangenen Gewinn“.⁵¹²

„Wir haften für Schäden (. . .) bis zur Höhe von . . . DM.“⁵¹³

„Wir schließen jegliche Haftung, soweit gesetzlich zulässig, aus.“⁵¹⁴

„Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus.“⁵¹⁵

Zulässig bleibt nur eine Klausel wie folgt:

„Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern diese keine vertragswesentlichen Pflichten oder zugesicherte Eigenschaften betreffen oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen.“

Fraglich ist allerdings, ob es wirklich noch sinnvoll und mit dem AGB-rechtlichen Transparenzgebot vereinbar ist, eine solche Klausel in ein Vertragswerk aufzunehmen. Denn schließlich muß der Lieferant für alle wichtigen Pflichtverletzungen und Leistungsstörungen aufkommen und kann die Haftung insoweit auch nicht ausschließen.

9.9 Versicherbarkeit von Schäden

Das (in diesem Beitrag hoffentlich deutlich gewordene) Haftungsrisiko führt zwangsläufig zu der Frage, inwieweit dieses Risiko versicherbar ist. Informationen darüber, ob und inwieweit einzelne Versicherungsunternehmen entsprechende Policen vereinbaren, waren nicht erhältlich. Es ist auch nicht bekannt, ob einzelne Unternehmen bereits Konzepte zur Absicherung solcher Risiken in Vorbereitung haben. Deshalb kann hier nur auf die Allgemeine Haftpflichtbedingungen (AHB)⁵¹⁶ zurückgegriffen werden, um die Anwendbarkeit der all-

511 OLG Köln DAR 1982, 403.

512 LG Bayreuth DB 1982, 1400; *Erman/Hefermehl*, § 11 Rdz. 6.

513 Diese Klausel ist nach § 11 Nr. 11 für den Bereich der zugesicherten Eigenschaften gänzlich unwirksam. Sie wird für Ansprüche wegen c. i. c. oder pVV nur zugelassen, wenn alle vertragstypischen und vorhersehbaren Schäden abgedeckt sind (BGH ZIP 1984, 971; BGH BB 1980, 1011; BGH NJW 1993, 335; *Erman/Hefermehl*, § 11 Nr. 7 AGBG, Rdz. 15). Wann dies in concreto der Fall ist, läßt sich jedoch kaum feststellen; demnach ist die Klausel auf jeden Fall zu gefährlich.

514 Ein solcher Rettungsanker ist nicht erlaubt; er gilt als unzulässige salvatorische Klausel. Siehe BGH NJW 1987, 1815; NJW 1985, 623, 627; OLG Stuttgart NJW 1981, 1105.

515 BGHZ 49, 363.

516 Abgedruckt bei *Dörner* (Hg.), *Allgemeine Versicherungsbedingungen*, 2. Aufl. München 1996, unter Ziff. 11.

gemeinen Betriebshaftpflichtversicherung auf diesen Versicherungsfall hin zu analysieren.⁵¹⁷ Grundsätzlich deckt die Haftpflichtversicherung deliktische Ansprüche, etwa aus § 823 Abs. 1 BGB, ab. Für vertragliche Schadensersatzansprüche, die ebenfalls mitversichert sind, wird jedoch eine Absicherung der Erfüllung von Verträgen ausgeschlossen (§ 4 I Ziff. 6 Abs. 3 AHB): Der Content-Provider trägt also regelmäßig das Risiko dafür, daß seine entgeltlich zum Abruf angebotenen Informationen richtig und rechtmäßig erlangt sind. Von der Versicherung ausgeschlossen sind ferner Haftpflichtansprüche, wenn sie aufgrund Vertrages oder besonderer Zusage über den Umfang gesetzlicher Haftungstatbestände hinausgehen (etwa bei zugesicherten Eigenschaften oder im Falle des oben erwähnten, zusätzlichen Beratungsvertrages). Für das Internet ist vor allem auch der Haftungsausschluß bei Schadensereignissen wichtig, die im Ausland eintreten (§ 4 I Ziff. 3 AHB). Eine Absicherung für Urheber- oder Persönlichkeitsrechtsverletzungen mit Auslandsbezug ist damit über die Allgemeine Betriebshaftpflichtversicherung nicht zu erreichen. Die Versicherung tritt schließlich auch nicht ein bei Schäden, die weder Personen- noch Sachschaden sind (§ 1 Abs. 3 AHB), also etwa bei Datenausfall oder Betriebsstillstand. Diese Vermögensschäden dürften aber diejenigen sein, die typischerweise im Online-Bereich auftreten. Denn die Unrichtigkeit einer Information führt nur selten zu unmittelbaren Personen- oder Sachschäden. Insofern ist eine Erweiterung des Versicherungsschutzes für Provider notwendig.⁵¹⁸ Diese Erweiterung sollte dann – ähnlich wie bei Softwarehaftpflichtversicherungen – die Haftung wegen besonderer Zusagen, im Falle der Nichterfüllung und der Auslandsberührung und für Vermögensschäden einschließen.

517 Vgl. hierzu auch allgemein *Schmidt-Salzer/Otto*, Versicherungsrecht, in: *Kilian/Heussen* (Hg.), Computerrechtshandbuch, München Stand 1997, Kap. 112; *Schulze/Schwienhorst*, CR 1995, 193 ff.

518 In diesem Zusammenhang sei auf die heute übliche Mitversicherung der Verletzung des BDSG hingewiesen; siehe dazu *Schmidt-Salzer/Otto*, a. a. O. (Fußn. 517), Kap. 112 Rdnr. 37 f.