

sen.<sup>1047</sup> Auch sprach für die Anwendbarkeit der Safe-Harbor-Regelung zugunsten von YouTube nach Auffassung des Gerichts, dass konkretes rechtswidriges Material umgehend beseitigt wurde, sobald der Internetdienst auf solches innerhalb seines Internetdienstes befindliches Material von einem Rechtsinhaber aufmerksam gemacht wurde.<sup>1048</sup>

### C. *Vergleich mit der deutsch-europäischen Rechtslage in Bezug auf die Haftung von Web 2.0-Diensten für Urheberrechtsverletzungen der Nutzer*

Nachfolgend wird zunächst die Haftung von Web 2.0-Diensten für Urheberrechtsverletzungen der Nutzer nach deutsch-europäischem Recht sowie die Auswirkungen der Verfügbarkeit von Content-Identification-Technologien hierauf dargestellt. Die Ergebnisse dieser Prüfung werden daraufhin mit der US-amerikanischen Rechtslage verglichen.

#### I. Die Haftung von ISPs für Urheberrechtsverletzungen nach deutsch-europäischem Recht

Werden im Internetdienst eines ISPs urheberrechtlich geschützte Multimediawerke durch einen Nutzer ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers gespeichert und steht somit eine Verletzung von Urheberrechten im Raum, so richtet sich die Haftung des ISPs zuvorderst nach den speziellen urheberrechtlichen Haftungsregelungen gemäß §§ 97 ff. UrhG. Daneben kommt grundsätzlich auch eine Haftung nach den Regeln des allgemeinen Deliktsrechts gemäß §§ 823 ff. BGB sowie der allgemeinen Störerhaftung gemäß § 823 Abs. 1 i. V. m. § 1004 BGB in Betracht, da Urheberrechte in ihrer Eigenschaft als Immaterialgüterrechte sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB darstellen.<sup>1049</sup> Gegenüber §§ 97 UrhG sind die Regelungen des allge-

1047 *Viacom Int'l Inc., et al., v. YouTube, Inc., et al.*, Nos. 07-Civ-2103 (LLS), 07-Civ-3582 (LLS) Opinion and Order, S. 16 (S.D.N.Y. June 24, 2010).

1048 *Viacom Int'l Inc., et al., v. YouTube, Inc., et al.*, Nos. 07-Civ-2103 (LLS), 07-Civ-3582 (LLS) Opinion and Order, S. 23 (S.D.N.Y. June 24, 2010).

1049 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 860, 864; *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, 2010, § 823 Rn. 15.

meinen Deliktsrechts jedoch subsidiär und kommen nur bei Auftreten einer planwidrigen Regelungslücke zur Anwendung.<sup>1050</sup>

## 1. Schadensersatzhaftung gemäß § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG

Im Falle der Verletzung von Urheberrechten innerhalb eines Web 2.0-Dienstes kommt zunächst ein Anspruch des Urhebers gegen den ISP auf Schadensersatz gemäß § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG in Betracht. Ein Schadensersatzanspruch gemäß § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG ist gegeben, wenn eine rechtswidrige, vorsätzliche Verletzung einer urheberrechtlich geschützten Rechtsposition vorliegt. Sind diese Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, kann der Urheber nach dem Grundsatz der dreifachen Schadensberechnung nach seiner Wahl vom Verletzer entweder Ersatz des konkreten Schadens gemäß § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG i. V. m. §§ 249 ff. BGB oder Herausgabe des Verletzergewinns gemäß § 97 Abs. 2 S. 2 UrhG verlangen. Weiterhin kann er gemäß § 97 Abs. 2 S. 3 UrhG im Wege der sogenannten „Lizenzanalogie“ Herausgabe desjenigen Betrages verlangen, den der Urheber als angemessene Vergütung hätte verlangen können, wenn der Verletzer vor der Vornahme der Verletzungshandlung eine entsprechende Erlaubnis eingeholt hätte. Zudem kommt in schwerwiegenden Fällen der Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens aus Billigkeitsgründen gemäß § 97 Abs. 2 S. 4 UrhG in Betracht.

### a. Multimediawerke als schutzfähige Werke im Sinne des UrhG

Zunächst müssen die im Rahmen von Web 2.0-Diensten von Nutzern eingestellten Multimediawerke, die, wie eingangs erläutert wurde,<sup>1051</sup> aus Musik- oder Filmwerken bzw. Kombinationen hieraus bestehen, urheberrechtlich schutzfähige persönliche geistige Schöpfungen im Sinne des UrhG darstellen.<sup>1052</sup>

Werke der Musik genießen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG urheberrechtlichen Schutz. Musikwerke in diesem Sinne sind Töne jeglicher Art, die von Menschen geschaffen wurden, d.h. eine „menschlich veranlasste Folge von Tönen“.<sup>1053</sup>

1050 *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, 2010, Einf v § 823 Rn. 9; *Mertens*, in: *Rebmann/Säcker* (Hrsg.) *MüKo*, BGB, 2004, § 823, Rn. 156, der jedoch den Rückgriff auf § 823 BGB im Falle einer Regelungslücke ablehnt; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), *UrhR*, 2008, § 97 Rn. 225; *Buschle*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), *RHdB E-Commerce*, Teil D, Rn. 257.

1051 Vgl. 1. Kapitel.

1052 Vgl. 5. Kapitel, Teil B.III.1.b.

1053 BGH vom 03.02.1988 GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; BGH vom 03.02.1988, GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bisschen Frieden*; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, *UrhG*, 2008, § 2, Rn. 134; *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), *UrhR*, 2008, § 2, Rn. 122.

Schützbar ist die menschliche Stimme sowie der Einsatz von Instrumenten jeglicher Art, mit denen Töne, Geräusche oder Klänge erzeugt werden können.<sup>1054</sup> Auch elektronisch erzeugte Klänge können in ein Musikwerk einbezogen werden. Erforderlich ist, dass die musikalische Schöpfung eine wahrnehmbare Form gefunden hat, d.h. dass sie der Wahrnehmung durch die menschlichen Sinne zugänglich ist.<sup>1055</sup> Unerheblich ist insoweit die Art der Festlegung des Musikwerks, beispielsweise die Fixierung von Tönen in Notenschrift oder auf einem Tonträger.<sup>1056</sup> Auch eine unkörperliche Wahrnehmbarmachung, beispielsweise im Falle eines improvisierten Musikstücks, kann hierfür ausreichend sein.<sup>1057</sup> Neben demjenigen, der das Musikwerk geschaffen hat, können weitere Personen Rechte im Zusammenhang mit dem Musikwerk erwerben, wenn dieses auf einen Tonträger aufgenommen wird. So hat der ausübende Künstler, der das Musikwerk darbietet, gemäß § 77 Abs. 1 UrhG das ausschließliche Recht, diese Darbietung auf einen Tonträger aufzunehmen. Gemäß § 77 Abs. 2 UrhG steht ihm auch allein das Recht zu, den Tonträger, der seine Darbietung enthält, zu vervielfältigen und zu verbreiten. Darüber hinaus erwachsen dem Hersteller des Tonträgers gem. § 85 Abs. 1 UrhG spezielle Rechte, indem dieser ausschließlich dazu berechtigt ist, den Tonträger zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich zugänglich zu machen.

Weiterhin genießen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG auch Filmwerke urheberrechtlichen Schutz. Filmwerke in diesem Sinne sind Werke eigener Art, bei denen die benutzten Werke wie beispielsweise Sprach- und Musikwerke zu einer Einheit verschmolzen und ins Bildliche umgewandelt werden.<sup>1058</sup> Entscheidend ist das Vorliegen einer bewegten Bild- oder Bildtonfolge, die den Eindruck eines bewegten Bildes hervorruft.<sup>1059</sup> Unerheblich ist die Art der Aufnahmetechnik (digital oder analog) sowie der Inhalt des jeweiligen Films, so dass Kino- und Fernsehfilme, Dokumentarfilme, wissenschaftliche Filme, Werbefilme etc. von dieser Werkskategorie erfasst werden.<sup>1060</sup> Urheber des Filmwerks sind diejenigen natürlichen Personen, die an dessen Herstellung schöpferisch mitwirken, wie beispielsweise Regisseur, Kameramann, Cutter, Szenenbildner, Filmarchitekt, Kostümbildner und

1054 *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 2, Rn. 118.

1055 *Czychowski*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 9, Rn. 67.

1056 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 2, Rn. 135.

1057 *Czychowski*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 9, Rn. 67; *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 2, Rn. 133; *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 2, Rn. 118.

1058 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 2, Rn. 204.

1059 *Nordemann*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 9, Rn. 161; *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 2, Rn. 203; *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 2, Rn. 181.

1060 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 2, Rn. 205, 206; *Nordemann*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 9, Rn. 162; *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 2, Rn. 181.

Filmtonmeister.<sup>1061</sup> Darüber hinaus erwerben die in einem Filmwerk mitwirkenden Schauspieler in ihrer Eigenschaft als ausübende Künstler Rechte an dem Filmwerk gemäß §§ 77 UrhG.

Es ergibt sich somit aus der vorstehenden Darstellung, dass Musik- und Filmwerke, die von Nutzern in Web 2.0-Dienste eingestellt werden, urheberrechtlichen Schutz genießen.

## b. Verletzungshandlung

Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schadensersatzanspruch ist zunächst die Verletzung eines fremden Urheberrechts.<sup>1062</sup> Eine solche Verletzungshandlung liegt insbesondere dann vor, wenn ein Nichtberechtigter in Bezug auf das urheberrechtlich geschützte Werk eine gemäß §§ 16 ff. UrhG ausschließlich dem Rechtsinhaber vorbehaltene Nutzungshandlung ohne dessen Erlaubnis vornimmt. Bei Handlungen, die im Kontext von Web 2.0-Diensten in Bezug auf Multimediawerke vorgenommen werden, kommt insbesondere eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts gemäß § 16 Abs. 1 UrhG sowie des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19 a UrhG in Betracht.

### aa. Vervielfältigungsrecht

§ 6 UrhG behält dem Rechtsinhaber das Recht vor, darüber zu entscheiden, ob und in welcher Form weitere Exemplare seines Werks hergestellt werden dürfen. Denn mit jeder Vervielfältigung vergrößert sich der Kreis derjenigen, die das Werk potentiell lesen, hören oder auf andere Weise wahrnehmen können.<sup>1063</sup> Unter dem Begriff der „Vervielfältigung“ im Sinne von § 16 UrhG wird die Herstellung einer oder mehrerer körperlicher Festlegungen eines Werks verstanden, die geeignet sind, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise wiederholt unmit-

1061 Sogenanntes „Mehrurheberwerk“, vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 2, Rn. 218; *Nordemann*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 9, Rn. 179 f.; *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 2, Rn. 201; *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 2, Rn. 190.

1062 *Dreier*, in: *Schulze/Dreier*, UrhG, 2008, § 97 Rn. 3.

1063 Sogenannter „Multiplikationseffekt“, vgl. *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 16 UrhG Rn. 2.

telbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.<sup>1064</sup> Maßgeblich ist die körperliche Fixierung des Werks in dem Vervielfältigungsstück.<sup>1065</sup> Auf die Art des Materials und des Herstellungsverfahrens – beispielsweise analog oder digital – kommt es hingegen nicht an.<sup>1066</sup> Das Vervielfältigungsrecht ist ein Verbotsrecht,<sup>1067</sup> d.h. wer ein fremdes Werk vervielfältigen will, muss sich hierfür das Recht vom Rechteinhaber einräumen lassen, es sei denn, seine Vervielfältigungshandlung ist durch die gesetzlichen Schrankenbestimmungen gemäß §§ 44 a ff. UrhG legitimiert, was der Nutzer konkret darlegen und beweisen können muss.<sup>1068</sup>

Daraus folgt, dass von dem Vervielfältigungsrecht auch die Speicherung einer digitalen Kopie eines Werks auf einem Datenträger wie beispielsweise dem Server eines Internetdienstes erfasst wird.<sup>1069</sup> Lädt somit ein Nutzer eines Web 2.0-Dienstes, beispielsweise einer Videoplattform, eine Datei, die ein urheberrechtlich geschütztes digitales Filmwerks enthält, auf den Server des die Videoplattform betreibenden ISPs hoch, erstellt er im Zuge dieses Vorgangs ein Vervielfältigungsstück des Filmwerks und verstößt damit gegen § 16 UrhG.<sup>1070</sup> Ebenso fällt das Downloaden, wie beispielsweise das Herunterladen eines digitalen Multimediaerwerks von der Webseite einem Web 2.0-Dienstes auf den Computer des Nutzers, unter § 16 UrhG.<sup>1071</sup>

- 1064 BGH vom 18.05.1955, GRUR 1955, 492, 494 – *Grundig Reporter*; BGH vom 01.07.1982, GRUR 1983, 28, 29 – *Presseberichterstattung und Kunstwerk wiedergabe II*; BGH vom 04.10.1990, GRUR 1991, 449, 453 – *Betriebssystem*; BGH GRUR vom 04.05.2000, GRUR 2001, 51, 52 – *Parfumflakon*; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 16 UrhG Rn. 9; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 16 Rn. 6; *Loewenheim*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 20, Rn. 4.
- 1065 *Loewenheim*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 20, Rn. 4; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 16 Rn. 6.
- 1066 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 16 Rn. 7; *Loewenheim*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 20, Rn. 5; .
- 1067 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 16 Rn. 18.
- 1068 BGH vom 10.07.1986, GRUR 1986, 887, 888 – *BORA BORA*.
- 1069 BGH vom 10.12.1998, GRUR 1999, 325 – *Elektronische Pressearchive*; OLG München vom 08.03.2000, GRUR 2001, 499, 503 – *MIDI-Files*; KG vom 27.08.2002, MMR 2003, 110, 112 – *Paul und Paula*; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 16 UrhG Rn. 26; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 16 Rn. 15.
- 1070 Zur Bereitstellung von Filmausschnitten im Internet vgl. KG vom 27.08.2002, MMR 2003, 110, 112 – *Paul und Paula*; zur Speicherung von Fernsehsendungen auf dem Server eines Anbieters von Fernsehaufzeichnungen vgl. OLG Dresden vom 28.11.2006, ZUM 2007, 203, 204; OLG Köln vom 09.09.2005, GRUR-RR 2006, 5; sowie OLG Dresden vom 20.03.2007, ZUM-RD 2008, 6, 7; vgl. auch *Loewenheim*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 20, Rn. 14; *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), Urheberrecht, 2006, § 16, Rn. 22; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 16 Rn. 7; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 16 UrhG Rn. 26.
- 1071 KG vom 24.07.2001, GRUR 2002, 252, 253 – *Mantellieferung*; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 16 Rn. 13; *Loewenheim*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 20, Rn. 14.

## bb. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung wurde durch den Ersten Korb der Urheberrechtsreform eingeführt, mit dem die Vorgaben der Multimediariichtlinie im UrhG umgesetzt wurden.<sup>1072</sup> Damit wurde klargestellt, dass auch die digitale Zurverfügungstellung von urheberrechtlich geschützten Werken dem Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers unterfällt.<sup>1073</sup> Zwar war bereits vor Einführung dieses speziellen Rechts anerkannt, dass solche Handlungen vom Zuweisungsgehalt des an einem Werk bestehenden Urheberrechts erfasst werden. Allerdings war die rechtliche Einordnung dieses Rechts unter die bestehenden Ausschließlichkeitsrechte im Einzelnen umstritten.

§ 19 a UrhG ergänzt damit im Bereich der digitalen Datenübertragung das Verbreitungsrecht gem. § 17 UrhG. Denn dieses Verwertungsrecht erfasst nur Handlungen, durch das ein Werk der Öffentlichkeit durch die Verbreitung körperlicher Werkstücke zugänglich gemacht wird.<sup>1074</sup> Bei der Verbreitung von Werken im Wege der Datenfernübertragung handelt es sich jedoch nicht um eine Übermittlung körperlicher Gegenstände, weswegen die Übermittlung von Werken über das Internet in Form von digitalen Dateien von § 17 UrhG nicht erfasst wird.<sup>1075</sup> Ein urheberrechtlich geschütztes Werk wird im Sinne von § 19 a UrhG „drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit ... zugänglich“ gemacht, wenn für Mitglieder der Öffentlichkeit die abstrakte Möglichkeit besteht, auf das Werk zuzugreifen.<sup>1076</sup> Die Vorschrift bezieht sich somit auf das Bereithalten eines urheberrechtlich geschützten Werks zum Abruf durch die Öffentlichkeit.<sup>1077</sup> „Mitglieder der Öffentlichkeit“ sind Personen, die weder mit demjenigen, der das Werk zugänglich gemacht hat, noch mit den anderen Personen, die ebenfalls auf das Werk zugreifen können, persönlich verbunden sind.<sup>1078</sup> Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang, wie der Zugriff auf das Werk in technologischer Hinsicht im Einzelnen abläuft.<sup>1079</sup> Weitere Voraussetzung ist, dass das Werk den Mitgliedern der Öffentlichkeit „von Orten

1072 Vgl. 4. Kapitel, Teil D.II.2.

1073 *Lauber/Schwipps*, GRUR 2004, 293, 294; *Schippa*, ZUM 2003, 378, 379.

1074 *Loewenheim*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 20, Rn. 21; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 17 Rn. 8; *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, § 17, Rn. 4; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 19 a, Rn. 5.

1075 *Loewenheim*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 20, Rn. 21; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 17 Rn. 9; *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, § 17, Rn. 5.

1076 *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 19 a UrhG Rn. 7; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 19 a, Rn. 6.

1077 *von Ungern-Sternberg*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 19 a, Rn. 42.

1078 Vgl. die Legaldefinition des Begriffs Öffentlichkeit gemäß § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG.

1079 *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 19 a UrhG Rn. 10 spricht von einer „technologieneutralen“ Ausgestaltung des § 19 a UrhG; ebenso *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 19 a, Rn. 6.

und zu Zeiten ihrer Wahl“ zugänglich ist. Mit dieser Formulierung wird zum einen klargestellt, dass § 19 a UrhG die sogenannte „sukzessive“ Öffentlichkeit erfasst, für die nicht – wie etwa im Falle des Vorführungsrechts gemäß § 19 Abs. 4<sup>1080</sup> – erforderlich ist, dass ein Werk gleichzeitig von einer Mehrzahl Personen wahrgenommen wird.<sup>1081</sup> Zum anderen wird hierdurch der Anwendungsbereich von § 19 a UrhG von demjenigen der Rechte der Wahrnehmbarmachung (§§ 19, 21 und 22 UrhG) sowie des Senderechts (§ 20 UrhG) abgegrenzt.<sup>1082</sup> Ein Beispiel für einen Fall der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne von § 19 a UrhG ist die Verfügbarmachung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Webseiten im Internet.<sup>1083</sup> Auch fallen hierunter Streaming-Angebote,<sup>1084</sup> wodurch es dem Nutzer ermöglicht wird, das geschützte Werk zu Zeiten und Orten seiner Wahl zu konsumieren, ebenso wie die Konstellation, dass ein Nutzer im Rahmen von zentralen oder dezentralen Filesharing-Netzwerken auf seinem Computer digitale Werke für den öffentlichen Zugriff anderer Teilnehmer zur Verfügung stellt.<sup>1085</sup>

Wenn ein Nutzer eine Datei, die ein urheberrechtlich geschütztes Multimediawerk enthält, auf einen Web 2.0-Dienst hochlädt, so ist diese Datei – und damit auch das darin verkörperte Multimediawerk – ab diesem Zeitpunkt in der Regel ohne Einschränkung für alle weiteren Nutzer des Web 2.0-Dienstes abrufbar. Das bedeutet, dass ein unbeschränkter Personenkreis theoretisch zu jeder Zeit und von jedem Ort auf das Multimediawerk zugreifen kann, wobei der Zugriff lediglich von der Verfügbarkeit eines internetfähigen Computers abhängt. Damit ist eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne von § 19 a UrhG gegeben.

### c. Passivlegitimation des Web 2.0-Dienstes bezüglich der Rechtsverletzungen der Nutzer

Der unmittelbare Eingriff in die dem Urheber vorbehaltenen Verwertungsrechte gemäß §§ 16, 19 a UrhG durch das Hochladen des Multimediawerks erfolgt im Rahmen von Web 2.0-Diensten in der Regel nicht durch den ISP selbst, sondern

1080 Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2008, § 19 Rn. 18.

1081 Dustmann, in: Fromm/Nordemann (Hrsg.), UrhR, 2008, § 19 a UrhG Rn. 11; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2008, § 19 a, Rn. 10; Lauber/Schwipps, GRUR 2004, 293, 294.

1082 Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2008, § 19 a, Rn. 8.

1083 OLG Hamburg vom 28.04.2005, GRUR-RR 2005, 209, 211 – *Auskunftspflicht des Access Providers*; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2008, § 19 a, Rn. 6; Dustmann, in: Fromm/Nordemann (Hrsg.), UrhR, 2008, § 19 a UrhG, Rn. 15.

1084 OLG Köln vom 09.09.2005, GRUR-RR 2006, 5 – *Personal Video Recorder*; OLG Hamburg vom 07.07.2005, MMR 2006, 173, 174 – *staytuned*; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2008, § 19 a, Rn. 6; Dustmann, in: Fromm/Nordemann (Hrsg.), UrhR, 2008, § 19 a UrhG, Rn. 20.

1085 Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2008, § 19 a, Rn. 6; Dustmann, in: Fromm/Nordemann (Hrsg.), UrhR, 2008, § 19 a UrhG, Rn. 18.

durch die Nutzer seines Internetdienstes. Es stellt sich die Frage, ob er ISP für ein solches Verhalten der Nutzer haftbar gemacht werden kann.

Der Anspruch aus § 97 Abs. 2 UrhG richtet sich gegen denjenigen, der ein fremdes Urheberrecht verletzt. Dies ist grundsätzlich jeder, der die Rechtsverletzung als Täter selbst adäquat kausal begeht oder daran als Teilnehmer, d.h. als Anstifter oder Gehilfe, beteiligt ist.<sup>1086</sup> Hingegen haften bloße Hilfspersonen nicht für Urheberrechtsverletzungen Dritter.<sup>1087</sup> Als Teilnehmer ist derjenige zu qualifizieren, dem nach wertender Betrachtung die fremde unmittelbar rechtsverletzende Handlung wie eine eigene zugerechnet werden kann, da er sie veranlasst oder sich zu eigen gemacht hat.<sup>1088</sup> Dabei muss der Teilnehmer zumindest mit bedingtem Vorsatz – einschließlich dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Tat in ihrer konkreten Form – in Bezug auf die Haupttat gehandelt haben.<sup>1089</sup>

Die Beurteilung, ob jemand im Einzelfall als Teilnehmer der Urheberrechtsverletzung oder als bloße Hilfsperson anzusehen ist, hängt vor allem auch vom Tatbestand des jeweils betroffenen Verwertungsrechts ab.<sup>1090</sup> So ist Verletzer des Vervielfältigungsrechts gemäß § 16 UrhG grundsätzlich nur derjenige, der die Vervielfältigungshandlung selbst vornimmt.<sup>1091</sup> Lädt somit ein Nutzer ein urheberrechtlich geschütztes Multimediawerk auf einen Internetdienst hoch, so greift allein er hierdurch in das Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 UrhG ein.<sup>1092</sup> Eine Zurechnung dieser Handlung an den ISP, auf dessen Server das Vervielfältigungsstück gespeichert wird, scheidet insoweit aus. Auch in Bezug auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19 a UrhG ist zuvorderst derjenige Täter, auf dessen Initiative und Verantwortung es zurückgeht, dass das Werk dem Zugriff der Öffentlichkeit ausgesetzt wird.<sup>1093</sup> Allerdings endet in diesem Fall die urheberrechtlich relevante Verwertungshandlung nicht mit Beendigung des technischen Vorgangs des Uploads, sondern besteht während des gesamten Zeitraums der Abrufbarkeit des geschützten Inhalts innerhalb des Dienstes des ISPs fort.<sup>1094</sup> Nach dem Vorgang des Hochladens gelangt das Multimediawerk jedoch in den

1086 *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 97 UrhG, Rn. 145; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 23.

1087 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 32; *Wild*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, § 97, Rn. 38.

1088 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 23, 32; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 97, Rn. 148.

1089 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 860, 863/864 – *Internet-Versteigerung I*; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 97, UrhG, Rn. 153.

1090 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 23.

1091 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97 Rn. 28; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 97 UrhG, Rn. 149.

1092 *Hoeren*, in: *Sieber/Hoeren* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.2 Rn. 74.

1093 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 30; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 97, Rn. 149.

1094 *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 19 a, Rn. 9.

Organisations- und Kontrollbereich des ISPs und wird über dessen Internetdienst der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Daher ist insoweit auch der ISP für die Verletzung des Rechts aus § 19 a UrhG verantwortlich.<sup>1095</sup>

In Bezug auf die urheberrechtsverletzenden Handlungen, die Nutzer im Rahmen von Web 2.0-Diensten begehen, kommt somit eine Haftung des ISPs in erster Linie wegen der Verletzung des Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung gemäß § 19 a UrhG in Betracht.

#### d. Die Haftungsbeschränkung gemäß § 10 TMG

Im Zusammenhang mit der Haftung von ISPs für Rechtsverletzungen, die innerhalb ihrer Internetdienste stattfinden, sind weiterhin die Haftungsbeschränkungen gemäß §§ 7-10 Telemediengesetz („TMG“) zu beachten. Durch diese Bestimmungen werden die Voraussetzungen der Haftung von ISPs modifiziert und ihre Verantwortlichkeit in Bezug auf bestimmte Tätigkeiten eingeschränkt.<sup>1096</sup> § 10 TMG, der Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt,<sup>1097</sup> auch E-Commerce-Richtlinie genannt (nachfolgend „ECRL“), in deutsches Recht umgesetzt, beschränkt die Haftung von ISPs, deren Dienstleistung darin besteht, von Nutzern eingegebene Informationen im Auftrag der Nutzer zu speichern.<sup>1098</sup> Sie

1095 Hoeren, in: Sieber/Hoeren (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.2, Rn. 75; Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, TDG, 2004, § 8, Rn. 14; a.A., wonach Host-Provider, die lediglich die technischen Mittel zum Abruf des Werks zur Verfügung stellen, nicht eine Handlung im Sinne von § 19 a begehen, Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2008, § 19 a, Rn. 6; von Ungern-Sternberg, in: Schrickler (Hrsg.), UrhR, 2006, Rn. 55; Dustmann, in: Fromm/Nordemann (Hrsg.), UrhR, 2008, § 19 a UrhG, Rn. 27.

1096 Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, TDG, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 26; Sobola/Kohl, CR 2005, 443.

1097 Richtlinie 2000/31/EG vom 08.06.2000, ABl. EG Nr. L 178 v. 17.07.2000, S. 1; vgl. hierzu 8. Kapitel, Teil C.I.1.b.aa.(2.).

1098 Vgl. Art. 14 ECRL: „(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Der Anbieter hat keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information, und, in Bezug auf Schadenersatzansprüche, ist er sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder

b) der Anbieter wird, sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt, unverzüglich tätig, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.

stellt damit die Haftungsbeschränkung für Host-Provider dar und ist im deutschen Recht das Pendant zu der Safe-Harbor-Regelung gemäß 17 U.S.C. § 512(c).

## aa. Entstehungsgeschichte

Die Regelungen gemäß §§ 7-10 TMG stellen das derzeitige Endergebnis jahrelanger Bemühungen dar, zunächst auf nationaler und seit Erlass der ECRL auch auf europäischer Ebene einen klaren und interessengerechten Rechtsrahmen betreffend die Haftung von ISPs für die Rechtsverletzungen der Nutzer ihrer Internetdienste zu schaffen.

### (1) Das Teledienstegesetz von 1997

Die zunehmende Digitalisierung löste Mitte der 90' er Jahre in Deutschland eine Diskussion über notwendige Anpassungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen für den sich rasant entwickelnden Markt internetbasierter Dienstleistungen aus. Der deutsche Gesetzgeber hielt es trotz der einfacheren Belangbarkeit von ISPs als „superior risk bearer“<sup>1099</sup> bald für unerlässlich, geeignete rechtliche Rahmenbedingungen für ISPs zu schaffen, um den Fortschritt auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation zu sichern.<sup>1100</sup> Vor diesem Hintergrund wurde das Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikations-

*(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.*

*(3) Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, oder dass die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen.“*

1099 Der „superior risk bearer“ ist diejenige Partei innerhalb einer Vertragsbeziehung, die am Besten in der Lage ist, entweder die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zu verringern, den aus der Nichtleistung (nonperformance) resultierenden Schadensumfang für den Betroffenen entweder noch vor (Vorbeugung) oder nach deren Eintritt (Schadensbegrenzung) zu minimieren oder sich (selbständig oder durch Dritte) gegen das Restrisiko des nicht vermeidbaren Schadens abzusichern. Es handelt sich hierbei um eine andere Bezeichnung des „cheapest cost avoider“, vgl. 8. Kapitel, Teil II.1.b.(bb)(5). Dies trifft im Kontext online begangener Rechtsverletzungen auf Host-Provider oftmals zu, da als Alternative nur die Inanspruchnahme des unmittelbaren Verletzers in Betracht kommt, der in der Regel nur schwer zu identifizieren ist und dessen Inanspruchnahme jedenfalls sehr viel zeitintensiver ist, als die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands durch den Host-Provider, der insbesondere auch über die Kontrolle über die technische Infrastruktur des Internetdienstes verfügt; vgl. hierzu auch *Sieber*, CR 1997, 581; *Klatt*, ZUM 2009, 265, 270.

1100 *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimedienrecht*, 2010, 18.1. Rn. 2; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 2.

dienste (Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz – „IuKDG“)<sup>1101</sup> erlassen, das in Artikel 1 IuKDG das sogenannte „TelediensteGesetz“ („TDG 1997“) enthielt. Das TDG 1997 trat gemeinsam mit fast<sup>1102</sup> allen anderen Regelungen des IuKDG am 01.08.1997 in Kraft. Ab diesem Zeitpunkt gehörte Deutschland zu den wenigen Staaten weltweit, die über ein speziell auf die Internetwirtschaft abgestimmtes, den „Lebenssachverhalt Multimedia“ einheitlich umfassendes Regelungswerk verfügten,<sup>1103</sup> das in Form von § 5 TDG 1997 eine „pionierhafte“ Regelung betreffend die Verantwortlichkeit von ISPs enthielt.<sup>1104</sup>

Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern in Bezug auf die Gesetzgebungskompetenz für die neuen Medien führten dazu, dass parallel zum TDG 1997 von den Ländern der „Mediendienste-Staatsvertrag“ („MDSSt“) beschlossen wurde.<sup>1105</sup> Dieser enthielt für an die Allgemeinheit gerichtete „Mediendienste“<sup>1106</sup> identische Regelungen wie das TDG 1997 für die der Individualkommunikation dienenden „Dienste der Informationsgesellschaft.“<sup>1107</sup> In der Praxis gestaltete sich die Abgrenzung zwischen Medien- und Telediensten äußerst schwierig, war jedoch erforderlich, um die für einen Dienst jeweils zuständige Aufsichtsbehörde ermitteln zu können. Darüber hinaus konnten die auf Landesebene im MDSStV geregelten Haftungsbeschränkungen für Mediendienste keine Wirkung in Bezug auf bundesrechtliche zivil-, urheber-, marken- oder wettbewerbsrechtliche Ansprüche zeitigen.<sup>1108</sup> Dadurch befanden sich die Anbieter von Mediendiensten haftungsrechtlich in einer wesentlich schlechteren Position als die Anbieter von Telediensten.

1101 Gesetz vom 13.06.1997, BGBl I 1997, S. 1870.

1102 Eine Ausnahme bildete lediglich Artikel 7 IuKDG (Änderung des Urheberrechts betreffend den rechtlichen Schutz von Datenbanken), der erst am 1.1.1998 in Kraft trat.

1103 *Engel-Flechtig/Maennel/Teitenborn*, NJW 1997, 2981; *Rossnagel*, NVwZ 2007, 743.

1104 *Hoeren*, NJW 2007, 801. Vgl. zur Rechtslage bezüglich der Haftung von ISPs unter § 5 TDG beispielsweise *Freytag*, Haftung im Netz, 1999; *Pankoke*, Von der Presse- zur Providerhaftung, 2000; *Sieber*, Verantwortlichkeit im Netz, 1999.

1105 *Rossnagel*, NVwZ 2007, 743; *Hoeren*, MMR 2007, 801; *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 1.

1106 Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 4 MDSStV.

1107 Vgl. § 2 TDG 1997. Maßgeblich für die Unterscheidung zwischen Mediendiensten und Telediensten war das Merkmal der redaktionellen Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit, und somit die Frage, ob Gegenstand eines Internetdienstes sog. meinungsbildende, d.h. die allgemeine Diskussion betreffende weltanschauliche oder politische Inhalte waren. Traf dies zu, lag ein Mediendienst vor, anderenfalls handelte es sich um einen Teledienst. Demnach waren beispielsweise Meinungsforen, wenn die Einträge der Nutzer anbieterseitig durch einen Moderator bearbeitet oder zusammengestellt wurden, dem MDSStV zuzuordnen. Hingegen galten Anbieter von E-Mail-Diensten oder Suchmaschinen in ihrer Eigenschaft als Dienste zur Ermöglichung individueller Kommunikation als Teledienste.

1108 *Hoeren*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.2 Rn. 65; s.a. *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 2.

## (2) Die E-Commerce-Richtlinie

Im Jahr 2000 wurde die Verantwortlichkeit von ISPs auf europäischer Ebene durch die ECRL harmonisiert. Ziel der ECRL war es, den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherzustellen und zu fördern.<sup>1109</sup> Zur Erreichung dieses Ziels wurde die Schaffung von Rechtssicherheit für ISPs durch europaweit einheitliche Haftungsbeschränkungen als unerlässlich angesehen. Die Privilegierung von ISPs in Bezug auf die Rechtsverletzungen der Nutzer ihrer Internetdienste sah man aus zwei Gründen für gerechtfertigt an. Zum einen sollten ISPs ihre für den freien Informationsfluss im Internet und zur Fortentwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs notwendigen Dienstleistungen möglichst unbeeinträchtigt von rechtlichen Risiken erbringen können.<sup>1110</sup> Zum anderen hielt man eine effektive Kontrolle der riesigen Datenmengen, die die Server der ISPs tagtäglich passierten, praktisch nicht für möglich.<sup>1111</sup>

Die Beschränkung der Haftung von ISPs wurde in der ECRL in Art. 12 ff. geregelt. Die darin enthaltenen Vorgaben für die Mitgliedstaaten bezwecken eine Vollharmonisierung des Rechtsbereichs der Providerhaftung.<sup>1112</sup> Auf diese Weise sollte EU-weit ein einheitlicher Standard für die Haftung von ISPs geschaffen werden, um ein „race to the bottom“ in Form eines Trends zur Niederlassung der ISPs in den EU-Ländern mit den mildesten Haftungsregeln zu verhindern.<sup>1113</sup> Die Mitgliedsstaaten dürfen somit bei der Umsetzung dieser Vorschriften in nationale Regelungen betreffend die Haftung von ISPs weder enger noch weiter fassen, als es die europarechtlichen Vorgaben vorsehen.<sup>1114</sup> Die Struktur der Verantwortlichkeitsregelungen gemäß Art 14 ff. ECRL wurde im Ergebnis weniger an die deutsche Regelung gemäß § 5 TDG 1997, sondern mehr an die US-amerikanische Safe-Harbor-Regelung gemäß 17 U.S.C. § 512 angelehnt.<sup>1115</sup> Die Haftung eines ISPs hängt dementsprechend von den bestehenden Kontroll- und Einflussmöglichkeiten auf einen technischen Vorgang und nicht von dessen inhaltlicher Nähe zu den je-

1109 Vgl. Art. 1 Abs. 1 ECRL; *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 918.

1110 Vgl. KOM(2003) 702 endg., S. 14.

1111 *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, BB-Beilage 10/2001, 1, 26.

1112 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 3; *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 918.

1113 *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, BB-Beilage 10/2001, 1, 27.

1114 BT-Drs. 14/6098, S. 22; *Marly*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EU, 2009, A 4, Art. 12, Rn. 3; *Heckmann*, in: *Heckmann*, jurisPK-Internetrecht, 2007, Vorbem. Kap. 1.7 Rn. 12; *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, BB-Beilage 10/2001, 1, 27.

1115 BT-Drs. 14/6098, S. 22; *Marly*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EU, 2009, A 4, Art. 12 Rn. 7; *Sieber/Höfänger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1 Rn. 4; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 3; *Spindler*, NJW 2002, 921, 922; *Engels*, AfP 2000, 524, 529; *Freytag*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Elektronic Business*, 2002, Kap. F, Fn. 12.

weiligen Informationen ab.<sup>1116</sup> Dies geht insbesondere aus Erwägungsgrund 42 ECRL hervor, wonach die Haftungsbeschränkungen nur auf solche Tätigkeiten anwendbar sind, die „rein technischer, automatischer und passiver Art“ sind, und zudem seitens des Providers „weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information“ bestehen darf. Die Einschlägigkeit von Art. 12-14 ECRL in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt hängt somit von der Beschaffenheit der von dem ISP konkret erbrachten Tätigkeit ab und nicht davon, was für ein ISP (Accessprovider, Hostprovider, Suchmaschinenanbieter etc.) diese Leistung erbringt.<sup>1117</sup>

Als Ergänzung zu den Haftungsbeschränkungen schließt Art. 15 Abs. 1 ECRL<sup>1118</sup> die Möglichkeit aus, ISPs allgemein eine Verpflichtung zur Überwachung oder zur aktiven Durchsuchung der von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen auf Umstände, die eine rechtswidrige Tätigkeit indizieren, aufzuerlegen. Mit diesem Ausschluss von Überwachungspflichten zulasten von ISPs verlieh der europäische Richtliniengeber seiner Überzeugung Ausdruck, dass eine systematische Überwachung ihrer Internetdienste für die ISPs praktisch unmöglich ist, weswegen die Auferlegung einer solchen Überwachungspflicht eine unverhältnismäßige Belastung für die ISPs darstellen würde.<sup>1119</sup> Außerdem wurde befürchtet, dass die Kosten einer solchen Überwachung im Ergebnis zu Lasten der Verbraucher gehen würden, in Form einer generellen Verteuerung des Zugangs zu Internetdiensten.<sup>1120</sup>

### (3) Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie in deutsches Recht durch das Teledienstegesetz von 2002 (seit 2007 Telemediengesetz)

Die ECRL wurde vom deutschen Gesetzgeber durch das Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz – „EGG“)<sup>1121</sup> in nationales Recht umgesetzt. Artikel 1 EGG, der die Änderungen des TDG 1997 enthielt, trat am 1.1.2002 in Kraft („TDG

1116 Sieber/Höfingler, in: Hoeren/Sieber, Multimediarecht, 2010, 18.1 Rn. 17; Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, TDG, 2004, TDG § 8 Rn. 6; Wiebe, in: Ernst/Vassilaki/Wiebe, Hyperlinks, 2002, Rn. 137.

1117 Marly, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EU, 2009, A 4, Art. 12 Rn. 5; Freytag, CR 2000, 600, 605; Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort, BB-Beilage 10/2001, 1, 27.

1118 Vgl. Art. 15 Abs. 1 ECRL: „Die Mitgliedstaaten erlegen Anbietern von Diensten im Sinne der Artikel 12, 13 und 14 keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.“

1119 Vgl. KOM(2003) 702 endg., S. 16.

1120 s.o.

1121 Gesetz vom 14.12.2001, BGBl I 2001, S. 3721.

2002“).<sup>1122</sup> Die zu diesem Zeitpunkt bereits gemeinhin als unbefriedigend empfundene Doppelregelung der neuen Medien durch TDG und MDSt wurde durch das EGG nicht angetastet.<sup>1123</sup> Vielmehr wurden parallel zu den Haftungsregelungen des TDG auch diejenigen des MDStV novelliert.<sup>1124</sup> Im TDG 2002 waren die Haftungsregelungen für ISPs nunmehr in §§ 8-11 enthalten.

Mit Wirkung zum 01.03.2007 wurde das TDG 2002 durch das Telemediengesetz („TMG“) ersetzt, das als Artikel 1 des Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste („EIGVG“)<sup>1125</sup> verkündet wurde.<sup>1126</sup> Zeitgleich mit dem TMG trat der Neunte Rundfunkänderungsstaatsvertrag der Länder in Kraft, durch den der MDStV aufgehoben sowie der neue „Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien“ („RStV“) um ein Kapitel betreffend sogenannte „Telemedien“ ergänzt wurde.<sup>1127</sup> Durch die Einführung von TMG und RStV wurde die Verteilung der Zuständigkeit für Telemedien zwischen Bund und Ländern auf eine neue Grundlage gestellt. Demnach werden die wirtschaftlichen und datenschutzrechtlichen Aspekte der neuen Medien auf Bundesebene seither ausschließlich durch das TMG geregelt. Hingegen gelten für die materiellen Anforderungen betreffend presse- und rundfunknahe Medien die Regelungen in Abschnitt VI des RStV.<sup>1128</sup>

Im TMG wurden die Regelungen der §§ 8-11 TDG 2002 wortgleich in §§ 7-10 übernommen, obwohl eine umfassende Reform der Vorschriften zu diesem Zeitpunkt bereits vehement gefordert wurde.<sup>1129</sup> Hauptgrund für diese Forderungen war die Rechtsprechung des BGH zu Internetversteigerungen, durch die die Störerhaftung vom Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkungen vollumfänglich ausgenommen und damit die Schutzwirkung dieser Bestimmungen zugunsten von ISPs erheblich eingeschränkt worden war.<sup>1130</sup> Trotzdem entschied sich der Gesetzgeber bei Einführung des TMG, in Bezug auf §§ 8-11 TDG 2002 keine Änderungen an der bestehenden Rechtslage vorzunehmen. Dies wurde vor allem mit dem Evaluierungsbericht der EU-Kommission zur ECRL begründet, der bis Ende 2007 veröffentlicht werden und sich unter anderem mit den Auswirkungen der auf EU-Ebene eingeführten Haftungsbeschränkungen für ISPs sowie dem insoweit gegebenenfalls bestehenden Handlungsbedarf befassen sollte. Dem wollte die

1122 Alle anderen Regelungen des EGG traten bereits am 21.12.01 in Kraft.

1123 *Hoeren*, NJW 2007, S. 801.

1124 *Sieber/Höfjinger*: in *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, *Multimediarrecht* 2010, 18.1 Rn. 3.

1125 Gesetz vom 26.02.2007, BGBl 2007 I, S. 179.

1126 *Rofsnagel*, NVwZ 2007, 743.

1127 *Rofsnagel* s.o.

1128 Vgl. § 1 Abs. 4 TMG; *Rofsnagel*, NVwZ 2007, 743; *Hoeren*, NJW 2007, 802; *Spindler*, CR 2007, 239, 240.

1129 *Hoeren*, NJW 2007, 801, 805.

1130 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.1.2.b.(aa).

Bundesregierung durch das TMG nicht vorgehen.<sup>1131</sup> Allerdings lag der Evaluierungsbericht auch zum Zeitpunkt des Abschlusses der vorliegenden Arbeit immer noch nicht vor.

Da die Rechtsunsicherheit in diesem Bereich somit weiterhin groß ist,<sup>1132</sup> gab es im Jahr 2008 Bestrebungen der FDP, eine Novellierung des TMG anzustoßen, die allerdings zu keinem Ergebnis führten.<sup>1133</sup> Der Gesetzentwurf sah unter anderem vor, die Inanspruchnahme von ISPs betreffend die Entfernung oder Sperrung von rechtswidrigen Inhalten an die Voraussetzung zu knüpfen, dass entweder Maßnahmen gegen den verantwortlichen Nutzer nicht zielführend sind oder ein vollstreckbarer Titel gegen den verantwortlichen Nutzer vorliegt.<sup>1134</sup> Nach dem Wechsel in die Regierung hält die FDP gemeinsam mit dem Koalitionspartner CDU/CSU ausweislich des Koalitionsvertrages an ihrem Vorhaben der Novellierung des TMG fest.<sup>1135</sup> Im Juni 2010 lehnte dann jedoch die Justizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger in ihrer „Berliner Rede zum Urheberrecht“ eine gesetzliche Korrektur der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich ab.<sup>1136</sup>

#### bb. Vereinbarkeit der Haftungsbeschränkungen mit höherrangigem Recht

Bereits zu Zeiten von § 5 TDG 1997 wurden teilweise Bedenken geäußert, dass in der Gewährung der Haftungsbeschränkungen zugunsten von ISPs ein Verstoß gegen das *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* („TRIPS-Übereinkommen“)<sup>1137</sup> liegen würde. Gemäß Art. 41, 45 TRIPS-Übereinkommen sind die Signatarstaaten verpflichtet, im Rahmen ihrer Rechtssysteme zu gewährleisten, dass im Falle einer Urheberrechtsverletzung ein Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht werden kann, wenn der Verletzer wusste oder vernünftigerweise hätte wissen können, dass er eine Verletzungshandlung begeht. Daraus wird abgeleitet, dass auch bei fahrlässig begangenen, mittelbaren Rechts-

1131 BT-Drs. 16/3078, S. 11 f.

1132 *Roßnagel*, NVwZ 2007, 743, 748.

1133 *Ohne Autor*, FDP fordert Reform der Haftungsregeln im Internet, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 08.12.2008, S. 13.

1134 BT-Drs. 16/11173.

1135 CDU/CSU/FDP, Koalitionsvertrag, 2010, S. 103: „Wir werden die Regelungen zur Verantwortlichkeit im Telemediengesetz fortentwickeln. Es gilt auch zukünftig einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen der Diensteanbieter, der Rechteinhaber und der Verbraucher zu gewährleisten.“

1136 Die Rede ist abrufbar unter [http://www.bmj.bund.de/enid/0,41c20c636f6e5f6964092d0936393139093a095f7472636964092d0936393230/Reden/Sabine\\_Leutheusser-Schnarrenberger\\_1mt.html](http://www.bmj.bund.de/enid/0,41c20c636f6e5f6964092d0936393139093a095f7472636964092d0936393230/Reden/Sabine_Leutheusser-Schnarrenberger_1mt.html).

1137 Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, BGBl. 1994 II S. 1730; das Übereinkommen ist als Anhang 1C des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation am 1.1.1995 in Kraft getreten.

verletzungen eine Haftung eingreifen müsse.<sup>1138</sup> Diese Anforderung würde jedoch durch die ECRL unterlaufen, die gemäß Art. 14 Abs. 1 ECRL lediglich eine Haftung für evidente, d.h. grob fahrlässige Rechtsverstöße vorsehe und zudem in Art. 15 Abs. 1 ECRL aktive Überwachungs- und Nachforschungspflichten ausschließe.<sup>1139</sup> Dieser Rechtsauffassung widerspricht die überwiegende Meinung in der Literatur jedoch mit dem Argument, dass durch TRIPS lediglich die Haftungsvoraussetzungen für unmittelbare, nicht jedoch auch für mittelbare Urheberrechtsverletzungen geregelt werden sollten und es daher auf die Konstellation der Rechtsverstöße, die Art. 14 ECRL zum Gegenstand hat, keine Anwendung finden könne.<sup>1140</sup>

### cc. Anwendbarkeit auf urheberrechtliche Ansprüche

Die Haftungsbeschränkungen gemäß §§ 8-10 TMG wirken im Falle ihrer Anwendbarkeit horizontal. Sie beschränken somit die zivil-, straf- und verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit von ISPs in Bezug auf sämtliche von Dritten im Rahmen der von ihnen betriebenen Internetdienste begangenen Rechtsverletzungen<sup>1141</sup> unabhängig davon, ob die jeweils einschlägige Haftungsnorm dem Bereich des Straf-, Zivil-, Verwaltungs- oder Jugendschutzrechts zuzuordnen ist. Weiterhin ist für ihre Anwendbarkeit unbeachtlich, ob die Haftung des ISPs von einem Verschulden abhängig ist.<sup>1142</sup> Dieser Querschnittcharakter der Vorschriften wird vor allem dem Begriff der „Verantwortlichkeit“ entnommen, der bereits bei Einführung des TDG 1997 vom Gesetzgeber verwendet wurde, um den rechtsgebietsübergrei-

1138 *Lehmann*, CR 1998, 232, 233 f.; *ders.* ZUM 1999, 180, 184; *Schack*, MMR 2001, 9, 16.

1139 *Lehmann*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Electronic Business*, 2002, Kap. E Rn. 18.

1140 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 5; *Dustmann*, *Privilegierte Provider*, 2001, 114 f.; *Sieber*, *Verantwortlichkeit im Netz*, 1999, Rn. 226; *Stadler*, *Informationen im Internet*, Rn. 56; *Marly*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EU, 2009, A 4, Art. 14 Rn. 13; *Spindler*, MMR-Beilage 7/2000, 4, 21.

1141 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 1; *Eck/Ruess*, MMR 2003, 363, 364; *Freytag*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Electronic Business*, 2002, Kap. F, Rn. 6. In Bezug auf Art. 12-14 ECRL vgl. KOM(2003) 702 endg., S. 14; *Marly*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EU, 2009, A 4, Art. 12 Rn. 4; *Freytag*, CR 2000, 600, 604; *Spindler*, MMR-Beilage 7/2000, 4, 16; *ders.*, NJW 2002, 921, 922; *Tettenborn/Bender/Lübßen/Karenfort*, BB-Beilage 10/2001, 1, 27.

1142 *Roßnagel*, NVwZ 2007, 743, 747; *Sieber/Höfing*, in: *Hoeren/Sieber*, 18.1 Rn. 15; *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 9; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 Rn. 13.

fenden Charakter der Haftungsbeschränkungen zu betonen.<sup>1143</sup> Hierunter ist generell das (Mit-)Eintreten für eine Rechtsverletzung zu verstehen.<sup>1144</sup>

Im Falle der Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung sind somit sämtliche zivilrechtliche Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz,<sup>1145</sup> und damit grundsätzlich auch urheberrechtliche Ansprüche, gegen den ISP ausgeschlossen.<sup>1146</sup> Die Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkungen auch auf das Urheberrecht wird ausdrücklich belegt durch Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft („InfoSoc-Richtlinie“),<sup>1147</sup> wonach die Haftungsbeschränkungen der ECRL – und damit die zu ihrer Umsetzung ergangenen deutschen Regelungen – die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Bereich des Internetverkehrs regeln.<sup>1148</sup> Weiterhin ergibt sich die Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkungen auf das Urheberrecht auch aus dem TMG selbst. Dort ist in § 4 Abs. 4 Nr. 6 TMG geregelt, dass das Herkunftslandprinzip gemäß § 4 Abs. 1, 2 TMG auf das Urheberrecht keine Anwendung findet. Hieraus kann umgekehrt geschlossen werden, dass die sonstigen Vorschriften des TMG ohne Einschränkung auf das Urheberrecht anwendbar sind.<sup>1149</sup>

#### dd. Dogmatische Einordnung

Da § 10 TMG vorliegend im Zusammenhang mit einem möglichen urheberrechtlichen Schadensersatzanspruch geprüft wird, stellt sich die Frage nach der dogmatischen Einordnung der Haftungsbeschränkungen auf der Ebene des Tatbestands,

1143 BT-Drs. 13/7385, S. 20, 21; Sieber/Höfner, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1 Rn. 15; Hoeren, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.2 Rn. 105; s.a. Spindler, MMR 2001, 737; Hoeren, MMR 1998, 97 f. Zum „Querschnittscharakter“ von § 5 TDG 1997 vgl. Engels, AfP 2000, 524, 526.

1144 Freytag, Haftung im Netz, 1999, S. 48; ders., CR 2000, 600, 604; Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, 2981, 2984.

1145 Sieber/Höfner, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1 Rn. 15.

1146 Neubauer, in: Moritz/Dreier (Hrsg.), RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 5; mittlerweile unstrittig, a.A. noch (zu Zeiten von § 5 TDG) OLG München vom 08.03.2001, ZUM 2001, 420 – *Midi-Files*.

1147 Amtsblatt Nr. L 167 vom 22.06.2001, S. 10-19.

1148 Erwägungsgrund 16 InfoSoc-Richtlinie lautet: „Die Haftung für Handlungen im Netzwerk-Umfeld betrifft nicht nur das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte, sondern auch andere Bereiche wie Verleumdung, irreführende Werbung, oder Verletzung von Warenzeichen, und wird horizontal in der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) geregelt....“

1149 Neubauer, in: Moritz/Dreier (Hrsg.), RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 15.

der Rechtswidrigkeit oder der Schuld. Diese Einordnung ist im Einzelnen umstritten.

Nach Vorstellung des Referentenentwurfs zum TDG 1997 sollte den damals in § 5 enthaltenen Haftungsbeschränkungen die Funktion zukommen, „dass ein möglicher Haftungsfall zunächst den Filter des § 5 passieren muss, bevor dann die Prüfung nach den Maßstäben des jeweiligen Rechtsgebiets ... erfolgen kann“.<sup>1150</sup> Auch in der Begründung zum TDG 2002 heißt es insoweit, dass „... sich die Wirkungsweise der §§ 9 bis 11 untechnisch mit der eines Filters vergleichen“ lässt. Daraus leitet sich die Vorfilter-Theorie ab, wonach die Haftungsbeschränkungen noch vor der Prüfung des Tatbestands der jeweils einschlägigen Haftungsnorm zu prüfen sind.<sup>1151</sup>

Literatur und Rechtsprechung gehen hingegen überwiegend davon aus, dass die Haftungsbeschränkungen als „tatbestandsintegrierter Vorfilter“ einzuordnen sind.<sup>1152</sup> Für diese Auffassung spricht zum einen der Zweck der Haftungsbeschränkungen, die tatbestandliche Reichweite der jeweiligen strafrechtlichen und deliktischen Verbotsnorm von vornherein zu begrenzen.<sup>1153</sup> Durch sie wird festgelegt, ob und inwieweit ISPs, die im Rahmen ihrer Internetdienste sozialadäquate und im Interesse der Informationsgesellschaft liegende Leistungen erbringen, für das Verhalten Dritter im Zusammenhang mit diesen Leistungen einstehen müssen.<sup>1154</sup> Denn grundsätzlich handelt es sich bei der Informationsvermittlung um ein erlaubtes Risiko, aus dem sich keine negativen Haftungsfolgen ergeben.<sup>1155</sup> Weiterhin spricht für die Theorie des tatbestandsintegrierten Vorfilters, dass die Haftung eines ISPs für das rechtswidrige Verhalten seines Nutzers auch als Unterlassungshaftung eingeordnet werden kann. Demnach hängt die Haftung des ISPs davon ab, ob ihn eine Pflicht im Sinne einer strafrechtlichen Garanten- bzw. zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflicht trifft, Maßnahmen zur Verhinderung des rechtswidri-

1150 Vgl. *Sieber/Höfing*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1 Rn. 14.

1151 *Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2984; *Engel*, AfP 2000, 524, 526; *Köhler/Arndt/Fetzer*, *Recht des Internet*, 2008, Teil VII, Rn. 746. Diese Ansicht wird mit der Begründung abgelehnt, dass eine Verortung der Haftungsbeschränkungen außerhalb des Tatbestands zu Folgeproblemen hinsichtlich der persönlichen Haftung von Arbeitnehmern oder Organmitgliedern sowie in Bezug auf die akzessorische Haftung wegen Anstiftung oder Beihilfe führen würde, da sich die insoweit maßgeblichen Strukturen von Rechtswidrigkeit und Schuld nur auf den Tatbestand einer Haftungsnorm beziehen, vgl. *Spindler*, NJW 2002, 921, 922; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 TDG, Rn. 28.

1152 BGH vom 23.09.2003, CR 2004, 48, 49; *Sieber/Höfing*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1 Rn. 21 f.; *Buschle*, in: *Moritz/Dreier*, *RHdB E-Commerce*, 2005, Teil D, Rn. 144; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 28..

1153 *Sieber/Höfing* in *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1 Rn. 21.

1154 *Sieber/Höfing* in *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1 Rn. 21; vgl. zur Sozialadäquanz von Providertätigkeiten gemäß §§ 8-10 TMG generell *Vassilaki*, MMR 2002, 659 ff.

1155 *Vassilaki*, MMR 2002, 659.

gen Verhaltens des Nutzers zu ergreifen. Insoweit wird durch die Haftungsbeschränkungen klargestellt, dass eine solche Pflicht eines ISPs, der Informationen im Internet übermittelt oder speichert, grundsätzlich ausscheidet bzw. nur unter bestimmten Bedingungen eingreift.<sup>1156</sup> Dies bedeutet, dass die aus einem Internetdienst resultierende allgemeine Betriebsgefahr grundsätzlich keine besonderen Pflichten des ISPs auslöst.<sup>1157</sup>

Folgt man somit der Theorie des tatbestandsintegrierten Vorfilters, ist das Nichteingreifen der Haftungsbeschränkungen gemäß §§ 8-11 TMG neben den eigentlichen Tatbestandsmerkmalen der jeweiligen Haftungsnorm quasi als negatives Tatbestandsmerkmal zusätzlich zu prüfen. Liegen die Voraussetzungen einer Haftungsbeschränkung im Falle eines ISPs vor, scheidet dessen Haftung im Ergebnis bereits auf Tatbestandsebene aus. Somit ist ein urheberrechtlicher Schadensersatzanspruch gegen einen Web 2.0-Dienst tatbestandlich ausgeschlossen, wenn dieser die Voraussetzungen der Haftungsbeschränkung gemäß § 10 TMG erfüllt.

ee. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Haftungsbeschränkung für Host-Provider gemäß § 10 TMG

(1) Persönlicher Schutzbereich

Um die Haftungsbeschränkung für Host-Provider gemäß § 10 TMG beanspruchen zu können, muss ein Web 2.0-Dienst zunächst in den persönlichen Schutzbereich der Regelung fallen.

1156 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 28.

1157 *Rücker*, CR 2005, 347, 348. Weiterhin spricht gegen die Einordnung der Haftungsbeschränkungen auf der Ebene der Rechtswidrigkeit oder der Schuld, dass hinter diesen Regelungen die Absicht steht, die Haftung von Host-Providern rechtsgebietsübergreifend „horizontal“, d.h. einheitlich und objektiv zu beschränken, vgl. *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 28. Eine Einordnung dieser Regelungen auf der Ebene der Rechtswidrigkeit würde jedoch bedeuten, dass das Verhalten des Providers zwar nicht rechtswidrig wäre, zunächst aber den Tatbestand einer Haftungsnorm erfüllen würde. Damit würde jedoch das Ziel nicht erreicht, Providertätigkeiten *a priori* als sozialadäquates, unwertfreies Verhalten zu qualifizieren. Die Einordnung als persönlicher Strafausschlussgrund würde weiterhin bedeuten, dass die Haftungsbeschränkungen überhaupt nur bei verschuldensabhängigen Haftungsnomen zum Tragen kommen könnten. Dies würde Probleme in Bezug auf die Verantwortlichkeit von Teilnehmern sowie die rechtlichen Folgen von Irrtümern nach sich ziehen.

## (i) Allgemeine Voraussetzungen

Die Haftungsbeschränkungen gemäß §§ 8-10 TMG finden auf „Diensteanbieter“ im Sinne von § 2 S. 1 Ziff. 1 TMG Anwendung, d.h. auf jede natürliche oder juristische Person, „die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt.“<sup>1158</sup> Telemedien sind gemäß § 1 Abs. 1 TMG alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder Rundfunk nach § 2 RStV darstellen.<sup>1159</sup> Von dieser Definition erfasst werden beispielsweise Meinungsforen, Weblogs, Newsgroups, Chatrooms, Datendienste, elektronische Bestelldienste, Handelsplattformen, Internetauktionsdienste, Suchmaschinen oder Email-Dienste.<sup>1160</sup> Diensteanbieter im Sinne von § 10 TMG sind somit natürliche oder juristische Personen, die die zuvor genannten elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste entgeltlich oder unentgeltlich selbst betreiben oder den Zugang zu einem solchen Dienst vermitteln.

## (ii) Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs in Bezug auf Web 2.0-Dienste

Typische Web 2.0-Dienste sind soziale Netzwerke und Videoplattformen. Innerhalb solcher Internetdienste haben die Nutzer die Möglichkeit, Inhalte zu speichern und zu veröffentlichen sowie Nachrichten mit anderen Nutzern auszutauschen. Sie stellen daher eine Kombination weitgehend bekannter Funktionen von Email-Diensten, Meinungsforen und Weblogs dar. Da alle diese Dienste für sich genommen als „Diensteanbieter“ im Sinne der gesetzlichen Definition gelten, ist auch

1158 Mit dieser Definition weicht das TMG von dem in der ECRL verwendeten Begriff der sogenannten „Dienste der Informationsgesellschaft“ ab, worunter eine „in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“ zu verstehen ist. Aufgrund des Verzichts auf die Eingrenzung der Definition des TMG auf entgeltlich erbrachte Dienstleistungen geht der Anwendungsbereich des TMG weiter als derjenige der ECRL, indem auch private Tätigkeiten, die keinen kommerziellen Zwecken dienen, von ihm erfasst werden; vgl. *Sieber/Höfinger*, in: *Höfner/Sieber* (Hrsg.), *Multimedienrecht*, 2010, 18.1 Rn. 30; *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), *RHdB E-Commerce*, 2005, Teil D, Rn. 5; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, *TDG*, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 21; sowie *Marly*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *EU*, 2009, A 4, Art. 12 Rn. 6, der dafür eintritt, dass eine sachgerechte Auslegung des 4. Abschnittes der ECRL erfordert, diesen auch auf nicht-wirtschaftlich tätige Anbieter anzuwenden.

1159 *Roßnagel*, *NVwZ* 2007, S. 743, 744.

1160 *Heckmann*, in: *Heckmann*, *jurisPK-Internetrecht*, 2007, Vorbem. Kap. 1.7, Rn. 54 f.

davon auszugehen, dass Web 2.0-Dienste, die deren Funktionen teilweise auf sich vereinigen und neu kombinieren, ebenfalls Diensteanbieter darstellen.

## (2) Sachlicher Schutzbereich

Weiterhin muss der Web 2.0-Dienst in den sachlichen Schutzbereich von § 10 TMG fallen.

### (i) Allgemeine Voraussetzungen

Die Tätigkeit des Diensteanbieters muss darauf gerichtet sein, fremde Informationen für die Nutzer zu speichern. Denn § 10 TMG regelt das sogenannte „Hosting“, worunter die öffentliche Zurverfügungstellung fremder Informationen auf eigenen oder zumindest selbst kontrollierten Servern verstanden wird.<sup>1161</sup>

Prägendes Merkmal der von § 10 TMG erfassten Dienstleistungen ist das Bereithalten von Speicher- und Rechnerkapazitäten zur Nutzung durch Dritte.<sup>1162</sup> Demnach muss der ISP eine technische Infrastruktur zur Verfügung stellen, innerhalb derer die Nutzer digitale Inhalte speichern und jederzeit abrufen können.<sup>1163</sup> Unerheblich ist insoweit, ob die gespeicherten Informationen außer für den Nutzer auch für Dritte zugänglich sind.<sup>1164</sup> Allerdings setzt § 10 TMG voraus, dass die Speicherung der Informationen von gewisser Dauer ist und die Informationen während des Zeitraums der Speicherung für den Nutzer beliebig abrufbar sind.<sup>1165</sup> Darüber hinaus ist jedoch nicht erforderlich, dass ein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen dem speichernden Nutzer und dem ISP besteht, da bereits die tatsächliche Veranlassung der Speicherung durch den Nutzer im System des ISPs zur Eröffnung des Schutzbereiches führt.<sup>1166</sup> Erforderlich ist, dass die Speicherung der Informationen auf die Veranlassung des Nutzers zurückgeht<sup>1167</sup> und der ISP an den Informationen keine Veränderungen vornimmt.<sup>1168</sup> Die Eigentumsverhältnisse an den vom ISP zur Speicherung genutzten Servern haben keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit von § 10 TMG, solange der ISP die Funktionsherrschaft über die

1161 *Freytag*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 121.

1162 *Heckmann*, in: *Heckmann*, jurisPK-Internetrecht, 2007, Vorbem. Kap. 1.7, Rn. 50.

1163 *Heckmann*, s.o.; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 444.

1164 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 5.

1165 *Spindler* s.o.

1166 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 7.

1167 *Heckmann*, in: *Heckmann*, jurisPK-Internetrecht, 2007, Vorbem. Kap. 1.10, Rn. 9; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11, Rn. 7.

1168 *Marly*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EU, 2009, A 4, Art. 14, Rn. 9.

Server ausübt,<sup>1169</sup> d.h. die Informationen der Nutzer können durch den ISP entweder auf eigenen Servern gespeichert oder der benötigte Speicherplatz auf fremden Rechnern zur Verfügung gestellt werden.<sup>1170</sup>

§ 10 TMG erfasst somit so unterschiedliche Teledienste wie das Bereitstellen von Webseiten zur Nutzung durch Dritte, das Betreiben eines Schwarzen Bretts im Rahmen eines Usenets oder das Anbieten von Chatrooms, Auktionsplattformen oder Gästebüchern.<sup>1171</sup> Auch Videoplattformen und soziale Netzwerke unterfallen dem sachlichen Schutzbereich dieser Haftungsbeschränkung.<sup>1172</sup>

## (ii) „Fremde“ Informationen

Der ISP muss für den Nutzer „fremde Informationen“ speichern. Der Begriff der Information wurde aus der ECRL in das TDG 2002/TMG übernommen. Er ersetzt den bis dahin verwendeten Begriff der „Inhalte“. Der Intention des europäischen Richtliniengebers folgend ist der Begriff weit zu verstehen. Er umfasst sämtliche Angaben, die durch einen Teledienst übermittelt oder gespeichert werden können,<sup>1173</sup> d.h. kommunikative und nichtkommunikative Inhalte, die in digitalisierter Form in Computernetzen übertragen werden können.<sup>1174</sup>

Anders als Art. 14 ECRL, der sich seinem Regelungsgegenstand nach auf „vom Nutzer eingegebene“ Informationen bezieht, erfordert § 10 TMG, dass die Informationen „fremd“ sein müssen. Der Gesetzgeber hielt somit auch bei der Novellierung des TDG nach den Vorgaben der ECRL an der bereits im TDG 1997 eingeführten Unterscheidung zwischen „fremden“ und „eigenen“ Informationen fest. Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass der Gesetzgeber mit der Beibehaltung dieser Begrifflichkeiten auch an der insoweit von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur der „zu eigen gemachten Information“ festzuhalten beabsichtigte.<sup>1175</sup> Demnach können einem ISP Informationen, die von einem Dritten

1169 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 6; vgl. zum Meinungsstand in Bezug auf die Frage der Eigentumsverhältnisse an den für einen Dienst genutzten Servern nach alter Rechtslage, d.h. zu Zeiten von § 5 TDG 1997 auch *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 22.

1170 *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 46.

1171 KOM(2003) 702 endg., Fn. 64; *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimedia-recht*, 2010, 18.1, Rn. 79.

1172 *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), *UrhR*, 2008, § 97 UrhG, Rn. 158; *Jürgens/Veigel*, *AfP* 2007, 181, 182; *Fülbier*, *CR* 2007, 515, 517.

1173 BT-Drs. 14/6098, S. 23.

1174 *Sieber/Höfinger* in *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 36; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, Vor § 8 TDG Rn. 23; *Heckmann*, in: *Heckmann*, *jurisPK-Internetrecht*, 2007, Vorbem. Kap. 1.7 Rn. 25; *Freytag*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Electronic Business*, 2002, Kap. F, Rn. 7.

1175 BT-Drs. 14/6098, S. 23; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 8 Rn. 5.

stammen und damit eigentlich „fremd“ sind, dennoch als eigene zugerechnet werden, wenn sie sich aus Sicht eines verständigen Dritten als eigene Informationen des ISPs darstellen.<sup>1176</sup> Für die Beurteilung, ob in diesem Sinne eigene oder fremde Informationen vorliegen, ist maßgeblich, wie die Art und der Zweck der Übernahme der Informationen sowie ihre Präsentation durch den ISP im Rahmen seines Internetdienstes auf einen objektiven Beobachter wirken.<sup>1177</sup> Demnach kann das Vorliegen von „zu eigen gemachten“ Informationen beispielsweise dann zu bejahen sein, wenn der ISP sich von in seinem Internetdienst vorhandenen rechtswidrigen Informationen nicht rechtzeitig distanziert.<sup>1178</sup> Für eigene Informationen haftet ein Provider gemäß § 7 Abs. 1 TMG ohne jede Einschränkung.

Aufgrund des Festhaltens an dieser Unterscheidung ist denkbar, dass nach deutschem Recht ein ISP entgegen der ECRL für „von einem Nutzer eingegebene“ Informationen vollumfänglich haftet, wenn nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen davon auszugehen ist, dass der ISP sich diese Informationen zueigen gemacht hat. Dieses Ergebnis steht jedoch im Widerspruch zu Wortlaut und Zielsetzung von Art. 14 ECRL, wonach mit den Haftungsbeschränkungen bestimmte (technische) Tätigkeiten der ISPs, nicht jedoch bestimmte Arten von Informationen privilegiert werden sollten.<sup>1179</sup> Wie bereits erwähnt wurde, sollte maßgeblich für die Haftung eines ISPs gerade nicht die inhaltliche Nähe zu den Informationen sein, sondern die technischen Einwirkungsmöglichkeiten, die dem ISP in Bezug auf die Information zur Verfügung stehen. Zudem spricht auch das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten zu Lasten von ISPs gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 TMG<sup>1180</sup> gegen die Beibehaltung der Rechtsfigur der zu eigen gemachten Information. Denn nach den Grundsätzen der Rechtsprechung können fremde Informationen auch dann als durch den ISP angeeignet gelten, wenn dieser sich nicht rechtzeitig davon distanziert. Damit wäre jedoch ein ISP, der den Schutz von § 10 TMG für seine Tätigkeit sicherstellen will, gezwungen, die innerhalb seines Internetdienstes enthaltenen Informationen auf rechtswidriges Material hin zu durchsuchen, um sich rechtzeitig hiervon distanzieren zu können<sup>1181</sup> und unterläge damit faktisch einer allgemeinen Überwachungspflicht. Die fortgesetzte Anwendung der Rechtsfigur der zu eigen gemachten Information im Rahmen von §§ 8-10 TMG ist

1176 *Spindler s.o.*

1177 *Köhler/Arndt/Fetzer*, Recht des Internet, 2008, Teil VII, Rn. 748.

1178 BT-Drs. 14/6098, S. 23; vgl. *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHD E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 17.

1179 KOM (2003) 702 endg., S. 14; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 8 Rn. 6.

1180 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.b.ee.(3)(iv).

1181 *Sieber/Höfjinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Multimediarecht, 2010, 18.1, Rn. 44.

daher als europarechtswidrig abzulehnen.<sup>1182</sup> Der Begriff „fremd“ ist vielmehr unter Berücksichtigung der im Bereich der Haftungsbeschränkungen verbindlichen Vorgaben der ECRL<sup>1183</sup> so zu verstehen, dass darunter nurmehr von einem Nutzer eingegebene Informationen fallen.<sup>1184</sup>

### (iii) Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs in Bezug auf Web 2.0-Dienste

Das Charakteristikum von Web 2.0-Diensten besteht darin, über ihre Dienste den Nutzern die Speicherung eigener Inhalte im Internet zu ermöglichen. Daher fallen die Dienstleistungen von Web 2.0-Dienste grundsätzlich in den sachlichen Anwendungsbereich von § 10 TMG. Soweit sich diese Dienstleistungen der Web 2.0-Dienste auf „fremde“ Informationen beziehen müssen, ist hierfür allein maßgeblich, dass es sich um „von den Nutzern eingegebene“ Informationen handelt. Hingegen können insoweit die von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über das Zueigenmachen fremder Informationen aufgrund der Vorgaben der ECRL keine Anwendung finden.

### (3) Subjektive Ausschlusskriterien

Gemäß § 10 S. 1 Ziff. 1 Alt. 1 TMG ist Voraussetzung für das Eingreifen der Haftungsbeschränkung, dass der ISP „keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information“ hat.

#### (i) Positive Kenntnis im Sinne von § 10 S. 1 Ziff. 1 Alt. 1 TMG

Unter Kenntnis in diesem Sinne ist nach der herrschenden Meinung tatsächliche, d.h. konkrete, auf eine bestimmte Information bezogene positive Kenntnis im Sinne

1182 Sieber/Höfjinger, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 39; Neubauer, in: Moritz/Dreier (Hrsg.), *RHdB E-Commerce*, 2005, Teil D, Rn. 18; Wiebe, in: Ernst/Vassilaki/Wiebe, *Hyperlinks*, 2002, Rn. 143; Köhler/Arndt/Fetzer, *Recht des Internet*, 2008, Teil VII, Rn. 751; Berger/Janal, *CR* 2004, 917, 919; Spindler, *NJW* 2002, 921, 923. Allerdings wird diese Rechtsfigur insbesondere auch vom BGH weiterhin angewendet, vgl. z.B. BGH vom 12.11.2009, *NJW-RR* 2010, 1276 – *marions-kochbuch.de*. Mit dieser Argumentation hat daher z.B. das LG Hamburg die Anwendung von § 10 TMG auf die Internetplattform YouTube und damit auch die Anwendbarkeit des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG von vornherein verneint, mit dem Ergebnis, dass die Beklagte von dem Gericht uneingeschränkt als Störerin haftbar gemacht wurde, vgl. LG Hamburg vom 03.09.2010, BeckRS 2010, 21389.

1183 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.1.b.aa.(2).

1184 Sieber/Höfjinger, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 40.

von *dolus directus* zu verstehen.<sup>1185</sup> Damit wird die Haftung von ISPs auf vorsätzlich verwirklichte straf- und deliktsrechtliche Tatbestände beschränkt.<sup>1186</sup> Nicht ausreichend ist das Vorliegen von Fahrlässigkeit oder bedingtem Vorsatz (*dolus eventualis*),<sup>1187</sup> so dass beispielsweise allein der Umstand, dass der ISP weiß, dass das Auftreten von Rechtsverletzungen aufgrund der Beschaffenheit seines Internetdienstes nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten ist, nicht zum Entfallen der Haftungsbeschränkung führt.<sup>1188</sup> Gleiches gilt für die Gleichsetzung von positiver Kenntnis mit fahrlässiger Unkenntnis im Sinne eines „Kennenmüssens“<sup>1189</sup> sowie die Annahme von normativer Kenntnis im Sinne eines bewussten Sichverschließens vor der Kenntnis von Rechtsverletzungen.<sup>1190</sup> Grund hierfür ist der eindeutige Wortlaut von § 10 TMG sowie der gesetzliche Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG.<sup>1191</sup>

Zur Erfüllung von § 10 S. 1 Ziff. 1 Alt. 1 TMG reicht zudem nicht aus, dass aufgrund der Speicherung einer Information in dem vom ISP betriebenen System oder Netzwerk seitens des ISPs eine „abstrakte technische Kenntnis“ diesbezüglich vorliegt.<sup>1192</sup> Erforderlich ist vielmehr „aktuelles menschliches Wissen“.<sup>1193</sup> Allerdings gelten auch für die automatisierten Abläufe des Geschäftsbetriebs eines ISPs die allgemeinen Grundsätze über die Kenntniszurechnung innerhalb von Unternehmen. Dies bedeutet, dass ein ISP seine arbeitsteilige Organisation einschließlich der Prozesse zur elektronischen Datenverarbeitung nicht absichtlich so strukturieren darf, dass er von rechtswidrigen Informationen keine Kenntnis erhält. Denn

- 1185 Vgl. nur OLG München vom 17.05.2002, MMR 2002, 611, 612; LG Potsdam vom 10.10.2002, MMR 2002, 829; LG Düsseldorf MMR 2003, 120; *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 83; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, § 11 TDG Rn. 12; *Freitag*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Electronic Business*, 2002, Kap. F, Rn. 43; *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, BB-Beilage 10/2001, 1, 31; *Marly*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EU, 2009, A 4, Art. 14 Rn. 11.
- 1186 *Hoeren*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.2, Rn. 66.
- 1187 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, § 11 TDG Rn. 12; a.A. *Köhler/Arndt/Fetzer*, *Recht des Internet*, 2008, Teil VII, Rn. 767 ff.
- 1188 *Buschle*, in: *Moritz/Dreier*, RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 276; OLG München, GRUR 2001, 499.
- 1189 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11, Rn. 11.
- 1190 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 14; *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 83; *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHdB E-Commerce, Teil D, Rn. 47; OLG Brandenburg vom 16.12.2003, MMR 2004, 330, 332; LG Düsseldorf vom 29.10.2002, MMR 2003, 120, 125; a.A. *Hoeren*, MMR 2004, 672, 673.
- 1191 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.1.2.b.ee.(3)(iv); *Engels*, AfP 2000, 524, 528; a.A. *Klatt*, ZUM 2009, 265, 270.
- 1192 *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 83; *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 47; *Köhler/Arndt/Fetzer*, *Recht des Internet*, 2008, Teil VII, Rn. 767 ff.
- 1193 LG Düsseldorf vom 29.10.2002, MMR 2003, 120; OLG Brandenburg vom 16.12.2003, MMR 2004, 330; *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 83.

dann trifft ihn gegebenenfalls ein Organisationsverschulden mit der Folge der Beweislastumkehr oder aber sogar der Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens.<sup>1194</sup> Insoweit ist jedoch wiederum der Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG zu beachten, weswegen Kenntnis nur im Falle eines evidenten Rechtsmissbrauchs, nicht jedoch bereits bei Vorliegen „nur“ grober Mängel in der Organisationsstruktur des ISPs angenommen werden darf.<sup>1195</sup>

Der ISP hat aber jedenfalls dann positive Kenntnis im Sinne von § 10 S. 1 Ziff. 1 Alt. 1 TMG, wenn ihn ein Rechtsinhaber in Form einer schriftlichen und substantiierten Mitteilung auf eine konkrete Rechtsverletzung hinweist und der ISP hierdurch in die Lage versetzt wird, die Rechtsverletzung ohne großen personellen und finanziellen Aufwand aufzufinden.<sup>1196</sup> Der Erhalt einer Abmahnung führt somit regelmäßig zum Entfallen der Haftungsbeschränkung gemäß § 10 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 TMG, es sei denn, der ISP beseitigt oder sperrt daraufhin die rechtswidrige Information unverzüglich.<sup>1197</sup>

## (ii) Kenntnis auch der Rechtswidrigkeit?

Höchst umstritten war im Zusammenhang mit § 10 S. 1 Ziff. 1 Alt. 1 TMG, ob hierfür Kenntnis von der Information oder Handlung an sich ausreicht oder ob dem ISP darüber hinaus speziell auch deren Rechtswidrigkeit bekannt sein muss.

Aufgrund des eindeutigen Wortlauts von § 5 Abs. 2 TDG 1997, der die Rechtswidrigkeit mit keinem Wort erwähnte,<sup>1198</sup> war vor Einführung des TDG 2002 bzw. TMG allgemein anerkannt, dass für den Verlust des Schutzes der Haftungsbeschränkung nur Kenntnis des fraglichen Inhalts an sich, nicht jedoch auch der Rechtswidrigkeit dieses Inhalts erforderlich war.<sup>1199</sup> Insoweit war nach den im Presse- und Medienrecht allgemein gültigen Kriterien lediglich zu prüfen, ob der ISP seinen rechtlichen Kontrollpflichten Genüge getan hatte.<sup>1200</sup> Der Wortlaut von § 10 S. 1 Nr. 1 TMG<sup>1201</sup> lässt sich hingegen auch so verstehen, dass Voraussetzung

1194 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 27, 32; *Köhler/Arndt/Fetzer*, *Recht des Internet*, 2008, Teil VII, Rn. 771.

1195 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 22.

1196 *Köhler/Arndt/Fetzer*, *Recht des Internet*, 2008, Teil VII, Rn. 771.

1197 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.1.d.ee.(4).

1198 „*Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nur dann verantwortlich, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben*“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

1199 *Neubauer* in *Moritz/Dreier* (Hrsg.), *RHdB E-Commerce*, 2005 Teil D, Rn. 22 a; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 17; *Engels*, AfP 2000, 524, 528; *Spindler*, MMR-Beilage 7/2000, 4, 18.

1200 *Spindler* s.o.

1201 „...*keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information*“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

für das Entfallen der Haftungsbeschränkung auch positive Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Information oder Handlung seitens des ISPs ist.<sup>1202</sup> Aus der amtlichen Begründung zum TDG 2002 geht hervor, dass der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben der ECRL diesbezüglich so verstanden hatte, dass im Falle einer rechtswidrigen Information allein die Kenntnis von deren Existenz, im Falle einer rechtswidrigen Handlung jedoch zudem die Kenntnis von deren Rechtswidrigkeit seitens des ISPs vorliegen müsse.<sup>1203</sup> Diese Differenzierung wurde von der Literatur jedoch überwiegend mit der Begründung abgelehnt, dass sie keine Stütze in Art. 14 ECRL finde.<sup>1204</sup>

Da somit der genaue Bezugspunkt des Kenntniserfordernisses aus dem Gesetz selbst nicht klar hervorgeht und zudem die Gesetzesbegründung insoweit keine überzeugende Klarstellung enthält, wurde einerseits argumentiert, dass im Rahmen von § 10 TMG generell die Kenntnis auch der Rechtswidrigkeit einer Information oder Handlung erforderlich sei. Dies wurde damit begründet, dass es im Internet oftmals schwierig sei, Rechtsverstöße als solche zu identifizieren.<sup>1205</sup> Außerdem sei die Hinzufügung des Attributs „rechtswidrig“ in den Wortlaut der Regelung ansonsten überflüssig.<sup>1206</sup> Schließlich gehe aus der Begründung der Kommission zum ersten Richtlinienentwurf hervor, dass diese in der Kenntnis von einer Rechtsverletzung – und damit der Rechtswidrigkeit einer Information oder Handlung – die Grundlage für die Haftung von ISPs sehe.<sup>1207</sup> Die Kenntnis auch der Rechtswidrigkeit sei somit erforderlich, auch wenn dies bedeute, dass dadurch im Ergebnis rechtsunkundige ISPs belohnt und die Grundsätze über den Verbotsirrtum in Frage gestellt würden.<sup>1208</sup> Diese Rechtsansicht wurde nunmehr höchststrichlerlich durch den EuGH in seiner Entscheidung vom 23.03.2010 bestätigt.<sup>1209</sup> Darin hält das Gericht ausdrücklich fest, dass ein Anbieter für Daten, die er für einen Nutzer

1202 *Eck/Ruess*, MMR 2003, 363, 364.

1203 BT-Drs. 14/6098, S. 25. Inhaltlich begründet wurde diese Unterscheidung damit, dass, wenn eine Information wie beispielsweise eine volksverhetzende Nachricht bereits „als solche“ zu beanstanden sei, der ISP seine Schutzwürdigkeit bereits in dem Zeitpunkt verliere, in dem er von der Existenz dieser Information Kenntnis erlange. Sei hingegen erst die in Bezug auf eine Information vorgenommene Handlung rechtswidrig, könne dies von Außenstehenden regelmäßig kaum erkannt werden und müsse der Verlust des Schutzes der Haftungsbeschränkung daher zusätzlich davon abhängig sein, dass dem ISP gerade auch diese Rechtswidrigkeit bekannt gewesen sei.

1204 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 19; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 447; *Eck/Ruess*, MMR 2003, 363, 365; *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, Beilage BB 10/2001, 1, 32; a.A. *Gerke*, MMR 2003, 602, 603; *Marly*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EU, 2009, A 4 Art. 15 Rn. 12; *Köhler/Arndt/Fetzer*, Recht des Internet, 2008, Teil VII, Rn. 765.

1205 *Hoeren*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Multimediarecht, 2010, 18.2 Rn. 68.

1206 *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHdB E-Commerce, 2005 Teil D, Rn. 47 b.

1207 KOM(1998)586, S. 32.

1208 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 20; *Spindler*, NJW 2002, 921, 924.

1209 EuGH vom 23.03.2010, Rs. C-236/08 bis C 238/08, *Google France/Louis Vuitton*.

gespeichert hat, gem. Art. 14 ECRL nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, „es sei denn, er hat die Informationen nicht unverzüglich entfernt oder den Zugang zu ihnen gesperrt, nachdem er *von der Rechtswidrigkeit* dieser Informationen oder Tätigkeiten ... *Kenntnis erlangt* hat.“<sup>1210</sup> Die vom EuGH postulierte Erforderlichkeit der Kenntnis gerade auch der Rechtswidrigkeit einer Information oder Handlung wurde auch bereits vom BGH in seiner Entscheidung vom 29.04.2010<sup>1211</sup> zu Kenntnis genommen und bestätigt. Insoweit heißt es in der Urteilsbegründung, dass nach der vorgenannten Entscheidung des EuGH eine Haftung des beklagten Suchmaschinenbetreibers erst dann in Betracht kommt, „wenn er *von der Rechtswidrigkeit* der von ihm gespeicherten Information *Kenntnis erlangt* hat. Ein solcher die Haftung auslösender Hinweis auf eine Urheberrechtsverletzung muss ihm [dem Suchmaschinenbetreiber] auch über die urheberrechtliche Berechtigung der Beteiligten hinreichende Klarheit verschaffen.“<sup>1212</sup>

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass sich das Kenntniserfordernis gemäß § 10 S. 1 Ziff. 1 Alt. 1 TMG nicht nur auf die Existenz, sondern auch auf die Rechtswidrigkeit der Information oder Handlung bezieht.<sup>1213</sup>

### (iii) Grob fahrlässige Unkenntnis gemäß § 10 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 TMG

In Bezug auf Schadensersatzansprüche geht der Schutz der Haftungsbeschränkung gemäß § 10 S. 1 Nr. 1 2. Alt. TMG bereits dann verloren, wenn dem ISP „Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird.“ Es wird somit die Kenntnis, die zum Entfallen der Haftungsbeschränkung führt, auf die Begleitumstände einer Rechtsverletzung vorverlagert<sup>1214</sup> und somit der ISP im Falle von Schadensersatzansprüchen bereits bei Vorliegen von Unkenntnis von einer Rechtsverletzung, die durch grobe Fahrlässigkeit verursacht wurde, vom Schutz der Haftungsbeschränkung ausgeschlossen.<sup>1215</sup> Es muss sich jedoch um eine bewusste grobe Fahrlässigkeit handeln, die

1210 EuGH vom 23.03.2010, Rs. C-236/08 bis C 238/08, Tz. 120 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

1211 BGH vom 29.04.2010, I ZR 69/08 – *Vorschaubilder*.

1212 BGH vom 29.04.2010, I ZR 69/08, Rz. 39 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

1213 So auch *Sieber/Höfjinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, Teil 18.1, Rn. 84 ff.; a.A. *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, § 11 TDG Rn. 19; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 447; *Eck/Ruess*, MMR 2003, 363, 365; *Freytag*, CR 2000, 600, 608; *Dustmann*, *Privilegierte Provider*, 2001, 107.

1214 *Spindler*, MMR 2001, 737, 741.

1215 *Sieber/Höfjinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 90; *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), *RHdB E-Commerce*, 2005, Teil D, Rn. 51; *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, BB-Beilage 10/2001, 1, 32; *Spindler*, MMR-Beilage 7/2000, 4, 18; *Freytag*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Electronic Business*, 2002, Kap. F, Rn. 43.

regelmäßig nur in klaren Evidenzfällen gegeben ist,<sup>1216</sup> d.h. in Fällen, in denen konkrete Hinweise auf die Begehung bestimmter rechtswidriger Handlungen oder die Existenz bestimmter rechtswidriger Inhalte vorliegen.<sup>1217</sup> Wenn somit ein ISP die Schadensersatzhaftung vermeiden will, trifft ihn bereits dann eine Handlungspflicht, wenn ihm Umstände bekannt werden, die auf eine offensichtliche Rechtsverletzung hinweisen.

(iv) Der Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten gemäß  
§ 7 Abs. 2 S. 1 TMG

Gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG sind ISPs grundsätzlich nicht verpflichtet, die im Rahmen ihrer Dienste übermittelten bzw. gespeicherten Informationen zu überwachen oder auf Umstände zu durchsuchen, die das Vorliegen eines rechtswidrigen Inhalts oder rechtswidrigen Verhaltens indizieren.

§ 7 Abs. 2 S. 1 TMG setzt den Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten gemäß Art. 15 Abs. 1 ECRL in deutsches Recht um. Art. 15 ECRL ist als Ausdruck der grundsätzlichen Entscheidung des europäischen Richtliniengabers zu verstehen, wonach reguläre Tätigkeiten von ISPs nicht als besondere Gefahrenquellen, sondern als grundsätzlich sozialadäquates Verhalten anzusehen sind, aus dem daher auch keine erhöhten Sorgfaltsanforderungen resultieren.<sup>1218</sup> Zudem ist die Regelung das Ergebnis der zum Zeitpunkt des Erlasses der ECRL vorherrschenden Überzeugung, dass ISPs, die lediglich als neutrale Vermittler von Informationen fungieren, faktisch nicht dazu in der Lage sind, den gesamten von ihnen übermittelten oder gespeicherten Datenverkehr zu kontrollieren.<sup>1219</sup> Da somit eine effektive Kontrolle ohnehin als ausgeschlossen galt, sollte gesetzlich sichergestellt werden, dass den ISPs von den Gerichten keine sinnlosen „arbeits- und kontrollaufwändigen Überwachungsverpflichtungen“<sup>1220</sup> auferlegt werden würden.

Entsprechend dieser Vorgabe können ISPs nur zu konkreten reaktiven, nicht aber zu generellen präventiven Überwachungsmaßnahmen verpflichtet werden.<sup>1221</sup> Eine generell-präventive Überwachungspflicht liegt vor, wenn ein ISP gezwungen wird, sich vorbeugend von sämtlichen im Rahmen des von ihm angebotenen Internetdienstes übermittelten oder gespeicherten Daten, von denen er im

1216 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 23; *Stadler*, Informationen im Internet, Rn. 279 f.; *Eck/Ruess*, MMR 2003, 363, 364.

1217 LG Düsseldorf vom 29.10.2002, MMR 2003, 120.

1218 *Sieber/Höfjinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 53; *Rücker*, CR 2005, 347, 348.

1219 Erwägungsgrund 42 ECRL; *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, BB-Beilage 10/2001, 1, 26, 33; *Rücker*, CR 2005, 347, 348.

1220 KOM(2003)702 endg. S. 22.

1221 *Hoeren*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.2, Rn. 102.

normalen Betrieb regelmäßig keine Kenntnis nehmen würde, Kenntnis zu verschaffen und sie auf ihre mögliche Rechtswidrigkeit hin zu überprüfen.<sup>1222</sup> Proaktive Kontrollpflichten bestehend in der „menschlichen Kenntnisnahme“<sup>1223</sup> einzelner, unspezifischer Informationen sind somit unzulässig. Hingegen liegt eine konkret-reaktive Überwachungspflicht vor, wenn ein ISP seinen Dienst zum Zwecke der Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung im Zusammenhang mit einer konkreten bekannten bzw. aus den Umständen offensichtlichen Information überwachen muss.<sup>1224</sup> Solche anlassbezogenen Überwachungsmaßnahmen bleiben weiterhin zulässig.<sup>1225</sup>

Der Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten wirkt sich insbesondere auf die Auslegung von § 10 S. 1 Ziff. 1 Alt. 1 TMG aus, wonach die Haftungsbeschränkung nicht anwendbar ist, wenn seitens des ISPs grob fahrlässige Unkenntnis von offensichtlichen Rechtsverstößen vorliegt. Dieser subjektive Haftungsmaßstab darf wegen § 7 Abs. 2 S. 1 TMG nicht als durch einen ISP erfüllt angesehen werden, wenn dieser seinen Dienst nicht aktiv nach Rechtsverletzungen durchsucht.<sup>1226</sup> Vielmehr ist der ISP im Rahmen von § 10 S. 1 Ziff. 1 Alt. 1 TMG lediglich dazu verpflichtet, ihm *bereits bekannte* Umstände daraufhin zu überprüfen, ob sich daraus die Existenz einer evidenten Rechtsverletzung ergibt.<sup>1227</sup> Diese Umstände müssen weiterhin so präzise sein, dass der ISP die rechtswidrigen Informationen ohne großen Aufwand auffinden und prüfen kann.<sup>1228</sup> Denn anderenfalls würde der ISP wiederum faktisch zu einer allgemeinen Überwachung seines Internetdienstes gezwungen.<sup>1229</sup>

1222 *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 54.

1223 *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 61.

1224 *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 54.

1225 S.o.

1226 *Spindler*, *MMR-Beilage* 7/2000, 4, 18.

1227 *Spindler*, *MMR* 2001, 737, 741.

1228 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, *TDG*, 2004, *TDG* § 11 Rn. 22.

1229 Ähnlich auch *Eck/Ruess*, *MMR* 2003, 363, 365; *Sobola/Kohl*, *CR* 2005, 443, 447; *Spindler*, *NJW* 2002, 921, 924, die allerdings sämtlich von der Erforderlichkeit auch der Kenntnis der Rechtswidrigkeit im Rahmen von § 10 S. 1 Ziff. 1 Alt. 1 TMG ausgehen, und daher wegen des Verbotes allgemeiner Überwachungspflichten in Bezug auf § 10 S. 1 Ziff. 1 Alt. 1 TMG davon ausgehen, dass sich die grob fahrlässige Unkenntnis des Host-Providers nur auf die Unkenntnis von der Rechtswidrigkeit einer bereits bekannten Information oder Handlung, nicht hingegen auf die Existenz der Handlung oder Information an sich beziehen kann.

(v) Auswirkungen von Content-Identification-Technologien auf das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen in Bezug auf Web 2.0-Dienste

Zu prüfen ist, ob und inwieweit sich der Einsatz von Content-Identification-Technologien durch einen Web 2.0-Dienst auf das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen gemäß § 10 S. 1 Nr. 1, die zu einem Verlust der Haftungsbeschränkung führen können, auswirkt.

Gemäß § 10 S. 1 Nr. 1 1. Alt TMG verliert ein ISP den Schutz der Haftungsbeschränkung nur dann, wenn seinerseits positive Kenntnis im Sinne eines aktuellen, menschlichen Wissens von dem Vorhandensein einer rechtswidrigen Handlung oder von bestimmtem rechtswidrigem Material innerhalb seines Internetdienstes gegeben ist. Der Zweck einer Content-Identification-Technologie besteht jedoch nicht darin, dem ISP „aktuelle, menschliche“ Kenntnis im Sinne von § 10 S. 1 Nr. 1 1. Alt TMG von den innerhalb seines Internetdienstes vorhandenen Inhalten zu verschaffen. Vielmehr wird lediglich als rechtswidrig identifiziertes Material im Rahmen eines automatisierten Prozesses von vornherein aussortiert, ohne dass der ISP dieses Material überhaupt jemals in irgendeiner Weise zur Kenntnis nehmen muss. Dies bedeutet jedoch, dass der Einsatz einer Content-Identification-Technologie dem ISP keine positive Kenntnis von dem hierdurch ausgefilterten rechtswidrigen Material verschafft. Da zudem auch ein absichtliches Sichverschließen vor der Kenntnis von einer Rechtsverletzung, wie es in dem bewussten Nichteinsatz von Content-Identification-Technologien zum Ausdruck kommen könnte, nicht mit positiver Kenntnis gleichgesetzt werden kann, wirkt sich im Rahmen von § 10 S. 1 Nr. 1 1. Alt TMG weder der Einsatz von Content-Identification-Technologien noch der bewusste Verzicht hierauf aus.

In Bezug auf Schadensersatzansprüche reicht gemäß § 10 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 TMG für das Entfallen der Haftungsbeschränkung jedoch aus, dass dem ISP das Vorliegen einer Rechtsverletzung aufgrund grober Fahrlässigkeit, d.h. trotz der Kenntnis des ISPs von Umständen, die auf das Vorliegen einer Rechtsverletzung offensichtlich hinweisen, unbekannt geblieben ist. Fraglich ist, ob für ein grob fahrlässiges Verhalten in diesem Sinne die abstrakte Möglichkeit ausreicht, dass der ISP innerhalb seines Internetdienstes eine Content-Identification-Technologie einsetzen und auf diese Weise rechtswidriges Material identifizieren hätte können. Gegen eine solche Auslegung von § 10 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 TMG spricht jedoch, wie dargelegt wurde, dass sich die Sorgfaltspflicht nur auf solche Umstände bezieht, die dem ISP bereits bekannt sind, d.h. keinerlei Verpflichtung des ISPs besteht, sich von unbekanntem Umständen Kenntnis zu verschaffen und sie auf ihre Rechtswidrigkeit zu überprüfen. Damit besteht jedoch auch keine Verpflichtung, eine Content-Identification-Technologie einzusetzen, die dem ISPs grundsätzlich unbekannte Inhalte auf die urheberrechtliche Zulässigkeit hin überprüft.

Zudem steht einer solchen Ausdehnung des Sorgfaltsmaßstabes des ISPs der Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG entgegen.<sup>1230</sup> Denn wenn aufgrund des Nichteinsatzes von Content-Identification-Technologien die subjektiven Anforderungen für den Ausschluss von § 10 TMG als erfüllt angesehen würden, wäre ein ISP faktisch dazu gezwungen, solche Technologien einzusetzen, wenn er den Schutz der Haftungsbeschränkung für sich sicherstellen will. Damit würde er jedoch gleichzeitig verpflichtet, seinen Internetdienst mit Hilfe dieser Technologien auf Rechtsverletzungen hin zu durchsuchen und somit in Bezug auf rechtswidriges Verhalten zu überwachen, d.h. läge eine präventiv-generelle Überwachungspflicht des ISPs vor, die dem Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten diametral entgegenlaufen würde.

Dieses Ergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte der ECRL bestätigt.<sup>1231</sup> Denn eine Änderung, die das Europäische Parlament nach Vorlage des ersten Entwurfs der ECRL anregte, sah vor, den Einsatz technisch möglicher und zumutbarer Maßnahmen, deren Zweck in der präventiven Verhinderung der Nutzung rechtswidrig angebotener Inhalte besteht, von dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten auszunehmen.<sup>1232</sup> Dies wurde von der Europäischen Kommission jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass hierdurch „in die Ausgewogenheit der Interessenabwägung“ eingegriffen würde.<sup>1233</sup> Diese Ablehnung der Europäischen Kommission dürfte auch auf der Erwägung beruht haben, dass im Zeitpunkt des Erlasses der ECRL im Jahr 2001 keine Technologien bekannt waren, mit denen ein solches Schutzniveau hätte erreicht werden können. Dies wird wiederum durch eine zwei Jahre später ergangene Stellungnahme der Kommission bestätigt, in der es heißt, „dass es den Berichten und Studien über die Wirksamkeit von Sperr- und Filteranwendungen zufolge noch keine Technik gibt, die nicht umgangen werden könnte und absolut wirksam unerlaubte und schädliche Informationen blockiert und filtert...“<sup>1234</sup>

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass sich auf das Vorliegen der subjektiven Ausschlusskriterien gemäß § 10 S. 1 Nr. 1 TMG weder der Einsatz von Content-Identification-Technologien noch der bewusste Verzicht hierauf zugunsten oder zulasten eines Web 2.0-Dienstes auswirkt.

1230 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.I.d.ee.(3)(iv).

1231 *Rücker*, CR 2005, 347, 353.

1232 Vgl. Änderungsvorschlag 54 des Parlaments, Abl. EG Nr. C 279 v. 1.10. 1999, S. 389 ff.

1233 Vgl. Geänderter Richtlinienvorschlag der Kommission vom 17. 8.1999, KOM(1999) 427 endg., S. 8.

1234 Vgl. KOM(2003) 702 endg., S. 16; a.A. *Rössl/Rössl*, CR 2005, 809, 815, die vermuten, dass sich der Änderungsvorschlag lediglich auf technische Maßnahmen zu Zwecken der Strafverfolgung bezog.

#### (4) Unverzügliches Tätigwerden nach Kenntniserlangung

Gemäß § 10 S. 1 Nr. 2 TMG muss ein ISP, sobald er Kenntnis in Bezug auf eine Rechtsverletzung im Sinne von § 10 S. 1 Nr. 1 TMG erlangt hat, daraufhin unverzüglich Maßnahmen zur Beseitigung oder Sperrung der Information ergreifen, um den Schutz der Haftungsbeschränkung weiterhin für sich beanspruchen zu können. Nach Kenntniserlangung ist ein ISP somit verpflichtet, den Zugang Dritter zu der als rechtswidrig identifizierten Information effektiv und unverzüglich zu unterbinden.<sup>1235</sup> Unter dem Begriff „unverzüglich“ ist ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern zu verstehen.<sup>1236</sup> In diesem Zusammenhang kommen Verschuldenselemente einschließlich Zumutbarkeitserwägungen zum Tragen,<sup>1237</sup> so dass die Entfernung oder Sperrung einer Information nur im Rahmen des technisch Möglichen und Zumutbaren von dem ISP verlangt werden kann.<sup>1238</sup> Die Prüfung dieser Voraussetzungen erfordert somit eine Abwägung der sich im Einzelfall gegenüberstehenden Rechtsgüter.<sup>1239</sup> Zudem muss der ISP neben der technischen auch über die rechtliche Möglichkeit verfügen, die Information zu blockieren. Hierfür reicht jedoch bereits aus, dass der ISP die abstrakte Möglichkeit hat, sich die Berechtigung zur Sperrung oder Entfernung von Informationen in den allgemeinen Nutzungsbedingungen seines Dienstes einräumen zu lassen.<sup>1240</sup>

#### (5) Keine Aufsicht über den Nutzer gemäß § 10 S. 2 TMG

Der Anspruch auf die Haftungsbeschränkung entfällt weiterhin, wenn der Nutzer, der die Rechtsverletzung innerhalb des Internetdienstes des ISPs begeht, dem ISP untersteht oder von diesem beaufsichtigt wird. Ein Web 2.0-Dienst kann sich auf den Schutz der Haftungsbeschränkung somit nicht berufen, wenn der ISP den Nutzer in Bezug auf die Speicherung von Informationen in seinem Dienst anweisen und daher Art und Inhalt der gespeicherten Informationen effektiv kontrollieren

1235 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 50.

1236 *Freytag*, CR 2000, 600, 609; *Freytag*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Electronic Business*, 2002, Kap. F, Rn. 30.

1237 *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), *RHdB E-Commerce*, 2005 Teil D Rn. 64; *Spindler*, *MMR-Beilage* 7/200, 4, 18.

1238 *BT-Drs.* 14/6098, S. 25; *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 82; *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, *BB-Beilage* 10/2001, 1, 33.

1239 *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 82; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 448; *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, *BB-Beilage* 10/2001, 1, 33.

1240 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, *TDG*, 2004 § 11 TDG Rn. 52; *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), *RHdB E-Commerce*, 2005 Teil D, Rn. 64; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 448.

kann.<sup>1241</sup> In dieser Einschränkung kommt die sowohl Art. 14 ECRL als auch § 10 TMG zugrunde liegende Annahme zum Tragen, dass ISPs vor allem deswegen schutzbedürftig sind, da sie den innerhalb ihrer Internetdienste stattfindenden Datenverkehr nicht kontrollieren können. Wie gezeigt wurde,<sup>1242</sup> bildet diese Annahme bildet eine der maßgeblichen Grundlagen für die Gewährung des besonderen Schutzes der Art. 12-14 ECRL bzw. §§ 8-10 TMG zugunsten von ISPs. Daraus folgt jedoch, dass seitens des ISPs der Anspruch auf die Haftungsbeschränkung entfallen muss, wenn der ISP den die jeweilige Informationen speichernden Nutzer und damit auch die gespeicherte Information kontrollieren kann, die Informationen somit seiner Sphäre zuzuordnen sind.<sup>1243</sup>

#### ff. Zwischenergebnis: Anwendbarkeit von § 10 TMG auf Web 2.0-Dienste in Bezug auf Schadensersatzansprüche

Der persönliche und sachliche Schutzbereich von § 10 TMG ist in Bezug auf die Tätigkeiten von ISPs, die Web 2.0-Dienste betreiben, regelmäßig eröffnet. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung ist weiterhin, dass ein ISP keine positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von Urheberrechtsverletzungen hat. Die Analyse dieser subjektiven Voraussetzungen hat gezeigt, dass sich der (Nicht-)Einsatz von Content-Identification-Technologien insofern weder positiv noch negativ auf einen ISP auswirkt. Soweit ein ISP somit nicht aufgrund anderer Umstände positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von Urheberrechtsverletzungen hat, ändert auch der Einsatz von Content-Identification-Technologien bzw. der bewusste Verzicht hierauf nichts an diesem Ergebnis, d.h. wird die Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung hierdurch nicht erst ermöglicht oder aber ausgeschlossen. Sofern ein ISP zudem Urheberrechtsverletzungen nach Bekanntwerden unverzüglich aus seinem Internetdienst beseitigt und weiterhin die Nutzer, die innerhalb seines Internetdienstes Urheberrechtsverletzungen begehen, nicht seiner Aufsicht unterstehen, ist die Haftungsbeschränkung gemäß § 10 TMG auf ihn anwendbar.

1241 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 39.

1242 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.1.d.aa.(2).

1243 *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, BB-Beilage 10/2001, 1, 33; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 448.

## e. Ergebnis

Gegen einen ISP, der einen Web 2.0-Dienst betreibt, in dessen Rahmen die Nutzer Urheberrechtsverletzungen begehen, kommt zwar grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch gemäß § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG wegen eines Eingriffs in das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung gemäß § 19 a UrhG in Betracht. Allerdings greift in Bezug auf die Dienstleistungen, die ein ISP im Rahmen von Web 2.0-Diensten erbringt, die Haftungsbeschränkung gemäß § 10 TMG ein.

Hierfür spielt keine Rolle, ob der ISP eine Content-Identification-Technologie einsetzt oder nicht. Denn im Rahmen von § 10 TMG führt nur positive Kenntnis bzw. im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen grob fahrlässige Unkenntnis von der Rechtswidrigkeit einer Rechtsverletzung zum Ausschluss der Haftungsbeschränkung. Auf diese subjektiven Voraussetzungen wirkt sich jedoch weder der Einsatz einer Content-Identification-Technologie noch der bewusste Verzicht hierauf aus. In Bezug auf das Kriterium der grob fahrlässigen Unkenntnis, das im Falle eines urheberrechtlichen Schadensersatzanspruches die entscheidende Rolle spielt, folgt dieses Ergebnis daraus, dass gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG proaktive Überwachungspflichten eines ISPs grundsätzlich ausgeschlossen sind. Daher darf der Verzicht des ISPs auf die Ergreifung solcher Maßnahmen nicht zu Lasten des ISPs gehen. Dies wäre jedoch der Fall, wenn man aus dem Verzicht auf den Einsatz von Content-Identification-Technologien auf ein willentliches Sichverschließen vor der Kenntnis von Rechtsverletzungen und damit auf eine grob fahrlässig verursachte Unkenntnis des ISPs schließen würde.

Da somit alle Voraussetzungen von § 10 TMG erfüllt sind und diese Haftungsbeschränkung auf Web 2.0-Dienste anwendbar ist, scheidet eine Haftung dieser Dienste aufgrund der Wirkung der Haftungsbeschränkung als tatbestandsintegrierter Vorfilter bereits auf Tatbestandsebene aus.

## 2. Störerhaftung gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG

Weiterhin kommen wegen der Urheberrechtsverletzungen, die die Nutzer im Rahmen von Web 2.0-Diensten begehen, negatorische Ansprüche gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG gegen die Betreiber dieser Dienste in Betracht. Sind die Voraussetzungen der Störerhaftung erfüllt, besteht gegen den jeweiligen ISP ein Anspruch auf Unterlassung und/oder Beseitigung von Rechtsverletzungen.

## a. Tatbestandsvoraussetzungen

Voraussetzung für einen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch ist zunächst das Vorliegen der Störereigenschaft seitens des ISPs. Störer ist unabhängig von Art und Umfang des Tatbeitrags grundsätzlich jeder, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Rechtsguts beiträgt.<sup>1244</sup> Hierfür kann genügen, dass die Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten unterstützt oder ausgenutzt wird, sofern der Inanspruchgenommene über die rechtliche Möglichkeit verfügt, die Verletzung des Rechtsguts zu verhindern.<sup>1245</sup> An die Störereigenschaft werden darüber hinaus keine weiteren Anforderungen gestellt, wie beispielsweise eine bestimmte Art von Tatbeitrag oder besondere subjektive Voraussetzungen.<sup>1246</sup> Daher kann auch derjenige, dessen eigenes Verhalten ihn weder als Täter noch als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe einer fremden Urheberrechtsverletzung qualifiziert, dennoch als Störer auf Unterlassung und Beseitigung in Anspruch genommen werden.<sup>1247</sup>

Um jedoch eine unverhältnismäßige Ausuferung der Störerhaftung zu verhindern, wird im Falle von mittelbaren Rechtsgutsverletzungen im Bereich der wettbewerbsrechtlichen und urheberrechtlichen Störerhaftung die Haftung auf zumutbare Prüfungs- und Kontrollpflichten begrenzt.<sup>1248</sup> Die Beurteilung, ob eine Verletzung einer solchen Prüfpflicht vorliegt, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Funktion und Aufgabenstellung des als Störer Inanspruchgenommenen sowie der Eigenverantwortung des unmittelbar Handelnden.<sup>1249</sup> Weiterhin muss sich in der geltend gemachten Rechtsverletzung gerade die durch die Prüfpflichtverletzung herbeigeführte Gefährdungslage verwirklicht haben.<sup>1250</sup> Die Prüfpflicht besteht ab dem Zeitpunkt, in dem der

1244 *Wild*, in: *Schricker* (Hrsg.), *UrhR*, 2006, § 97, Rn. 36 a.; *Vinck*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *HdB UrhR*, 2010, § 81, Rn. 15; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), *UrhR*, 2008, § 97 *UrhG*, Rn. 156.

1245 *St. Rspr.*, vgl. nur *BGH* vom 11.03.2004, *GRUR* 2004, 860, 864 – *Internet-Versteigerung I*; *BGH* vom 19.04.2007, *GRUR* 2007, 708 – *Internetversteigerung II*; *BGH* vom 15.10.1998, *GRUR* 1999, 418, 419 – *Möbelklassiker*; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, *UrhG*, 2008, § 97, Rn. 33; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), *UrhR*, 2008, § 97 *UrhG*, Rn. 156; *Wild*, in: *Schricker* (Hrsg.), *UrhR*, 2006, § 97, Rn. 36 a.; *Vinck*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *HdB UrhR*, 2010, § 81, Rn. 15; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), *UrhR*, 2008, § 97 *UrhG*, Rn. 156; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, *TDG*, 2004, § 8 *TDG*, Rn. 13; *Spindler/Volkman*, *WRP* 2003, 1, 2.

1246 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, *TDG*, 2004, § 8 *TDG*, Rn. 13.

1247 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, *UrhG*, 2008, § 97, Rn. 33; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), *UrhR*, 2008, § 97 *UrhG*, Rn. 154.

1248 *Wild*, in: *Schricker* (Hrsg.), *UrhR*, 2006, § 97, Rn. 36 a.; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), *UrhR*, 2008, § 97 *UrhG*, Rn. 157; *Vinck*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *HdB UrhR*, 2010, § 81, Rn. 15.

1249 *BGH* vom 11.03.2004, *GRUR* 2004, 860 – *Internet-Versteigerung I*.

1250 *Neubauer*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), *RHdB E-Commerce*, 2005, Teil D, Rn. 53 c; *Buschle*, in: *Moritz/Dreier*, *RHdB E-Commerce*, 2005, Teil D, Rn. 269;.

Störer auf die Rechtsverletzung hingewiesen wird, d.h. Kenntnis von der Rechtsverletzung erlangt.<sup>1251</sup>

Die Prüfpflicht muss dem Störer vor allem auch zumutbar sein.<sup>1252</sup> Neben der Erkennbarkeit des Rechtsverstoßes erfordert dies eine umfassende Abwägung der Interessen des Verletzten, des Störers und der Allgemeinheit,<sup>1253</sup> wobei insbesondere die Funktion und Aufgabenstellung des Störers sowie die Eigenverantwortung des unmittelbaren Rechtsverletzers von Relevanz sind.<sup>1254</sup> Darüber hinaus sind ähnliche Kriterien wie im Rahmen der Prüfung von Verkehrssicherungspflichten zu berücksichtigen.<sup>1255</sup> Es erfolgt somit eine Einzelfallbetrachtung, bei der die vom Störer geschaffenen Risiken sowie bestehende Kontroll- und Einflussmöglichkeiten für die Beurteilung der Haftung maßgeblich sind.<sup>1256</sup> Nur wenn diese Betrachtung ergibt, dass der vermeintliche Störer alles ihm Zumutbare getan hat, um den Eintritt der Rechtsverletzung zu verhindern, scheidet eine negatorische Haftung in seinem Fall aus.<sup>1257</sup> Sofern die Störerhaftung auf eine Prüfpflichtverletzung gestützt wird, richtet sich auch der Umfang der hieraus resultierenden Ansprüche nach dem Umfang der dem ISP zumutbaren Prüfpflichten.<sup>1258</sup>

Für einen Anspruch auf Unterlassung muss weiterhin Wiederholungsgefahr gegeben sein. Diese ist im Falle eines wiederherstellenden Unterlassungsanspruches, bei dem die Rechtsverletzung bereits begangen wurde, regelmäßig indiziert.<sup>1259</sup> Die Wiederholungsgefahr beschränkt sich nicht auf identische Rechtsverletzungen, sondern umfasst alle im Kern gleichartigen Verletzungsformen.<sup>1260</sup> Bei Geltendmachung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruches, der auf die Unterlassung einer noch nicht eingetretenen, zukünftig zu erwartenden Rechtsverletzung gerichtet ist, ist das Bestehen einer drohenden, hinreichend konkretisierten Erstbe-

1251 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 860, 864 – *Internet-Versteigerung I*; BGH vom 19.04.2007, GRUR 2007, 708, 712 – *Internet-Versteigerung II*; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 33; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 97 UrhG, Rn. 158.

1252 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 860, 864 – *Internet-Versteigerung I*; BGH vom 19.04.2007, GRUR 2007, 708 – *Internet-Versteigerung II*; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 33; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 97 UrhG, Rn. 158; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 8, Rn. 22.

1253 *Freytag*, in: *Moritz/Dreier, RHDfB E-Commerce, 2005*, Teil D, Rn. 114; *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 97 UrhG, Rn. 158; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 8, Rn. 23.

1254 BGH vom 01.04.2004, GRUR 2004, 693, 695 – *Schöner Wetten*.

1255 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 8, Rn. 23.

1256 *Klatt*, ZUM 2009, 265, 271.

1257 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 33.

1258 *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 97 UrhG, Rn. 159; *Klatt*, ZUM 2009, 265, 266.

1259 St. Rspr, vgl. beispielsweise BGHZ 14, 163, 167 – *Constanze II*; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 41; *Wild*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 97, Rn. 42.

1260 BGH GRUR 1996, 290, 291, - *Wiederholungsgefahr I*; *Wild*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 97, Rn. 42.

gehungersgefahr erforderlich.<sup>1261</sup> Ein Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustands ist gegeben, wenn der das geschützte Rechtsgut gefährdende Störungszustand allein durch das Unterlassen der rechtsverletzenden Handlung nicht ausgeräumt wird.<sup>1262</sup> Ein durch einen rechtswidrigen Eingriff in ein Rechtsgut geschaffener fortdauernder störender Zustand muss somit durch den Störer beseitigt werden.<sup>1263</sup> Die Beseitigungsverpflichtung muss weiterhin verhältnismäßig, d.h. notwendig, geeignet und dem Störer zumutbar sein.<sup>1264</sup>

## b. Anwendbarkeit von § 10 TMG auf Ansprüche der Störerhaftung

Wie dargelegt wurde, beschränkt § 10 TMG aufgrund der horizontalen Wirkung der Haftungsbeschränkungen die Haftung von ISPs in Bezug auf sämtliche Ansprüche, unabhängig davon, welchem Rechtsgebiet sie entstammen oder ob sie ein Verschulden erfordern.<sup>1265</sup> Demnach könnte § 10 TMG grundsätzlich auch auf Ansprüche der Störerhaftung Anwendung finden. Allerdings bleiben gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 TMG „Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen ... auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt“. Mit dieser Regelung wurden Art. 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 und 14 Abs. 3 ECRL<sup>1266</sup> in deutsches Recht umgesetzt, wonach die Haftungsbeschränkungen grundsätzlich „die Möglichkeit unberührt“ lassen, dass „ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern“. Diese Öffnungsklauseln wurden in § 7 Abs. 2 S. 2 TMG in einer einzigen Regelung zusammengezogen.<sup>1267</sup> Höchst umstritten ist in diesem Zusammenhang, was dies für das Verhältnis der Störerhaftung zu der Haftungsbeschränkung für Host-Provider gemäß § 10 TMG bedeutet.<sup>1268</sup>

1261 BGH vom 17.07.2003, GRUR 2003, 958 – *Paperboy*; *Freytag*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHD B E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 160; *Wild*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 97, Rn. 42.

1262 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 47; *Buschle*, in: *Moritz/Dreier*, RHD B E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 263.

1263 *Wild*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006; § 97, Rn. 45.

1264 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 97, Rn. 48; *Wild*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 97, Rn. 47.

1265 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.1.b.cc.

1266 Übereinstimmend heißt es insoweit in Art. 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 und 14 Abs. 3 ECRL: „Dieser Artikel läßt die Möglichkeit unberührt, daß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern.“

1267 BT-Drs. 14/6098, S. 23; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, § 8 TDG Rn. 3.

1268 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, § 8 TDG Rn. 15 ff.; *Sieber/Höfing*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Multimediarecht, 2010, 18.1, Rn. 49.

## aa. Die Rechtsprechung des BGH zu Internetversteigerungen

Seit der Entscheidung des BGH „Internetversteigerung I“ aus dem Jahr 2004<sup>1269</sup> ist ständige Rechtsprechung des BGH, dass die Haftungsbeschränkung für Host-Provider gemäß § 10 TMG auf die Störerhaftung nicht anwendbar ist. Demnach ist ein ISP weiterhin vollumfänglich negatorischen Ansprüchen der Rechtsinhaber ausgesetzt.

### (1) Internetversteigerung I: Verpflichtung zur Beseitigung bekannter und zur Verhinderung kerngleicher Rechtsverstöße

Streitgegenstand der Entscheidungen des BGH waren jeweils Klagen des Herstellers von Uhren der Marke „Rolex“ sowie des Inhabers der in Bezug auf diese Uhren bestehenden Markenrechte („Kläger“) gegen den Betreiber des populären Internetauktionshauses Ebay („Beklagter“). Der Beklagte führte auf seinem Internetdienst Fremdversteigerungen durch. Die Parteien stritten darüber, inwieweit der Beklagte dafür haftete, dass er Dritten im Rahmen dieser Versteigerungen die Möglichkeit eröffnete, Plagiate der Uhren der Kläger anzubieten, in den Verkehr zu bringen und zu bewerben und hierdurch die Markenrechte der Kläger zu verletzen. Insoweit hatte der Beklagte im Hinblick auf § 11 TDG 2002 (nunmehr § 10 TMG) argumentiert, dass er den Nutzern lediglich eine technische Plattform zur Nutzung zur Verfügung stellen und die Versteigerungsangebote grundsätzlich in einem rein automatisierten Vorgang, d.h. ohne Kenntnisnahme durch einen Mitarbeiter, auf die Plattform gelangen würden. Allerdings kam der BGH in Bezug auf § 11 TDG 2002 zu dem Ergebnis, dass dieser auf Ansprüche der Störerhaftung grundsätzlich nicht anwendbar ist:

„Der markenrechtliche Unterlassungsanspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Beklagte als Veranstalterin einer Plattform für Fremdversteigerungen nach dem Teledienstegesetz nur eingeschränkt haftet. ... Wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung ergibt, findet die Haftungsprivilegierung des § 11 TDG ... keine Anwendung auf Unterlassungsansprüche.“<sup>1270</sup>

Folglich kam nach Auffassung des BGH eine Haftung des Beklagten als Störer in Betracht, sofern dieser die allgemeinen Voraussetzungen der Störerhaftung erfüllte, d.h. die Rechtsverletzung willentlich und adäquat kausal mitverursacht und

1269 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 860ff.; vgl. hierzu die Anmerkungen von *Lehment*, GRUR 2005, 210 ff., sowie *Leible/Sosnitza*, NJW 2007, 3324 ff.

1270 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 860, 862.

weiterhin eine ihm obliegende Prüfpflicht verletzt hatte.<sup>1271</sup> Mit dieser Rechtsprechung schloss sich der BGH der von großen Teilen der Literatur seit der Umsetzung der ECRL in das TDG 2002 vertretenen Rechtsauffassung an,<sup>1272</sup> obwohl die Instanzrechtsprechung bereits wiederholt von der Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkungen auch auf Ansprüche der Störerhaftung ausgegangen war.<sup>1273</sup>

Seine Rechtsauffassung begründete der BGH mit den folgenden Argumenten:<sup>1274</sup>

- Aus dem im Gesetz verwendeten Begriff der „Verantwortlichkeit“ gehe hervor, dass die Haftungsbeschränkung sich nur auf verschuldensabhängige Ansprüche gegen den ISP beziehen könne, d.h. auf die strafrechtliche Verantwortung und Schadensersatzansprüche.
- Zudem gehe aus § 8 Abs. 2 S. 2 TDG 2002 (§ 7 Abs. 2 S. 2 TMG) hervor, dass die Störerhaftung von dem Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkung ausgenommen sei. Dies entspreche auch dem Willen des europäischen Richtliniengebers, der die Ansprüche der Störerhaftung gegen ISPs nicht habe regeln wollen.
- Auch sei allein dieses Ergebnis interessengerecht, da ansonsten im Ergebnis an den Unterlassungsanspruch gegen den ISP höhere Anforderungen gestellt würden als an den Schadensersatzanspruch, da dieser bereits im Falle grob fahrlässiger Unkenntnis des ISP von der Rechtswidrigkeit einer Information oder Handlung eingreifen würde.
- Weiterhin werde dieses Resultat durch die Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 4 TDG 2002 gestützt, da auch hieraus hervorgehe, dass die Störerhaftung von ISPs von den Haftungsbeschränkungen habe unberührt bleiben sollen.

Konkret bedeutet dies für einen ISP, dass dieser, sobald ihm eine konkrete Rechtsverletzung bekannt geworden ist, das konkrete rechtswidrige Angebot unverzüglich sperren muss. Dies ergibt sich bereits aus § 10 S. 1 Nr. 2 TMG. Darüber hinaus muss er nach dem BGH in seiner Eigenschaft als Störer jedoch auch Vorsorge dafür treffen, dass es möglichst nicht zu „weiteren derartigen“ Rechtsverletzungen kommt.<sup>1275</sup>

1271 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 860, 864.

1272 Vgl. nur Spindler/Schmitz/Geis/Spindler, TDG, TDG § 8 Rn. 15 ff; Rössl/Rössl, CR 2005, 809, 810; Freytag, CR 2000, 600, 605; Spindler, MMR Beilage 7/2000, 4, 20; ders., MMR 2001, 737, 743; Spindler/Volkman, WRP 2003, 1, 3 f.; Lehment, WRP 2003, 1058, 1063 f; ders., GRUR 2005, 210 f.; Stadler, Informationen im Internet, 2005, Rn. 65; Dustmann, Privilegierte Provider, 2001, S. 109.

1273 Vgl. LG Düsseldorf MMR 2003, 120; OLG Düsseldorf MMR 2004, 315; OLG Brandenburg MMR 2004, 330; LG Berlin vom 25.02.2003, MMR 2004, 195.

1274 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 863, 864.

1275 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 864.

## (2) Internetversteigerung II: Erstreckung der Verpflichtung auf zukünftige Verstöße

In seiner Entscheidung *Internet-Versteigerung II* bekräftigte der BGH die in der Entscheidung *Internetversteigerung I* artikulierten Grundsätze und baute sie weiter aus.<sup>1276</sup> Demnach kann ein ISP als Störer auch vorbeugend auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, d.h. bereits dann, wenn eine Rechtsverletzung zwar noch nicht eingetreten ist, ihr Eintritt aber in Zukunft nach den Umständen zu befürchten ist und der ISP als potenzieller Störer eine Erstbegehungsgefahr begründet.<sup>1277</sup> Diese weitere Ausdehnung der Störerhaftung eines ISPs stützte der BGH auf den allgemeinen Grundsatz, dass bei einer drohenden Gefährdung nicht erst abgewartet werden muss, bis der erste Eingriff in das betroffene Rechtsgut auch tatsächlich erfolgt.<sup>1278</sup>

### bb. Stellungnahme

Die vom BGH vertretene Rechtsauffassung, wonach aus § 7 Abs. 2 S. 2 TMG folgt, dass Ansprüche der Störerhaftung von den Haftungsbeschränkungen für ISPs generell nicht erfasst werden, ist aus mehreren Gründen abzulehnen.

#### (1) Wortlaut von § 7 Abs. 2 S. 2 TMG

Ihrem Wortlaut nach lässt die Vorschrift gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 TMG nur die „Entfernung“ oder „Sperrung“ von Informationen im Rahmen der allgemeinen Gesetze zu. Unter „Entfernung“ kann dem Wortsinn nach jedoch nur die Beseitigung einer bereits eingetretenen Rechtsverletzung verstanden werden und unter „Sperrung“ die Verhinderung ihrer fortgesetzten Nutzung für die Zukunft.<sup>1279</sup> Daraus geht hervor, dass die Haftungsvorschriften der allgemeinen Gesetze nur insoweit zum Tragen kommen können, als sie einen ISP zu eben diesen Handlungen – Sperrung und Entfernung – verpflichten, nicht aber, soweit sie darüber hinausgehende Haftungsfolgen wie beispielsweise eine in die Zukunft gerichtete Unterlassungsverpflichtung erlauben. Somit ergibt bereits die rein grammatikalische Auslegung von § 7 Abs. 2 S. 2 TMG, dass hierdurch nicht die Störerhaftung in Gänze vom An-

1276 BGH vom 19.04.2007, GRUR 2007, 708 – *Internetversteigerung II*; vgl. dazu *Wimmers/Heymann*, MR-Int 2007, 222 ff.

1277 BGH vom 19.04.2007, GRUR 2007, 708, 711.

1278 BGH s.o.

1279 *Leible/Sosnitzer*, NJW 2004, 3225, 3226.

wendungsbereich der Haftungsbeschränkung ausgenommen werden sollte.<sup>1280</sup> Vielmehr erlaubt § 7 Abs. 2 S. 2 TMG seiner Formulierung nach nur einen Rückgriff auf die Ansprüche der Störerhaftung, soweit sie eine Art „Dauerbeseitigungsanspruch“ zugunsten des Anspruchstellers gewähren. Nur diesem Teilanspruch sind ISPs dem Wortlaut der Vorschrift nach weiterhin ausgesetzt.<sup>1281</sup> Auf die Störerhaftung gestützte Ansprüche gegen einen ISP, gerichtet auf die Verhinderung zukünftiger, noch nicht eingetretener Rechtsverletzungen, scheiden hingegen aufgrund des Wortlauts von § 7 Abs. 2 S. 2 TMG von vornherein aus.

## (2) Wortlaut und Zielsetzung der europarechtlichen Vorgaben

Weiterhin sprechen Wortlaut und Zielsetzung der Vorgaben der ECRL gegen eine generelle Ausnahme der Störerhaftung von dem Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkung. In diesem Zusammenhang ist vor allem die Öffnungsklausel gemäß Art. 14 Abs. 3 ECRL maßgeblich, da Art. 14 ECRL das europarechtliche Pendant zu der Regelung gemäß § 10 TMG darstellt.

### (i) Wortlaut

Zieht man die deutsche, englische und französische Fassung von Art. 14 ECRL heran und vergleicht sie mit dem Wortlaut von § 7 Abs. 2 S. 2 TMG, zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen der europarechtlichen Vorgabe und der deutschen Umsetzungsnorm.<sup>1282</sup> Denn die gerichtliche oder behördliche Maßnahme, die Art. 14 Abs. 3 ECRL ausnahmsweise gegen ISPs zulässt, hat einen individualisierten, konkreten Bezugspunkt, nämlich „die Rechtsverletzung“ bzw. „an infringement“ oder „une violation“. Hingegen lässt § 7 Abs. 2 S. 2 TMG seinem Wortlaut nach generell „Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nut-

1280 *Leible/Sosnitzka* s.o.

1281 *Hoeren*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, Teil 18.2, Rn. 104; *Sieber/Höfnger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, Teil 18.1, Rn. 60; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 449; *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 920; *Rücker*, CR 2005, 347, 350; *Volkman*, CR 2003, 440, 446.

1282 Die deutsche, englische und französische Fassung von Art. 14 Abs. 3 1. Halbsatz ECRL lauten: „Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern“; „This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement“; „Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation.“

zung von *Informationen* nach den allgemeinen Gesetzen ... auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 9 bis 11<sup>1283</sup> zu. Durch diese Formulierung erscheint der Anwendungsbereich von § 10 TMG gegenüber Art. 14 Abs. 3 ECRL wesentlich weiter, da sich demnach hoheitliche Maßnahmen anscheinend gleich gegen mehrere Informationen auf einmal richten können. Hingegen geht aus der für Art. 14 ECRL gewählten Formulierung eindeutig hervor, dass sich eine hoheitliche Maßnahme immer nur gegen eine einzelne, bestimmte Rechtsverletzung richten kann.<sup>1284</sup>

Der Wortlaut von Art. 14 Abs. 3 ECRL, der aufgrund der Vollharmonisierung für die Auslegung des TMG allein maßgeblich ist, spricht somit dafür, dass nur einzelfallbezogene hoheitliche Maßnahmen in Bezug auf konkrete Rechtsverletzungen zulässig sind. Hingegen werden hierdurch nicht allgemein gefasste Verpflichtungen eines ISPs zur Beseitigung oder Vermeidung weiterer als der streitgegenständlichen Rechtsverletzung erlaubt, wie etwa die vom BGH für zulässig erklärte Unterlassungsverpflichtung in Bezug auf kerngleiche und zukünftige Verstöße.<sup>1285</sup>

(ii) Zielsetzung: Freistellung der Regelung des Verfahrens zur Beseitigung von Rechtsverletzungen

Zudem bezweckte der europäische Richtliniengeber mit der Öffnungsklausel gemäß Art. 14 Abs. 3 ECRL lediglich, den Mitgliedstaaten die Regelung des *Ver-*

1283 Hervorhebung durch die Verfasserin.

1284 Eine ähnliche sprachliche Unstimmigkeit besteht im Ersten Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, KOM(2003) 702 endg. Dort heißt es in der deutschen Fassung des Berichtes, dass die ECRL die Möglichkeiten nationaler Gerichte oder Verwaltungsbehörden unberührt lasse, von einem Provider die Unterlassung oder Verhinderung „weiterer Rechtsverletzungen“ zu verlangen. Hingegen sind die englische bzw. französische Fassung des Berichtes wiederum eindeutig so formuliert, dass hoheitliche Maßnahmen nur in Bezug auf „eine Rechtsverletzung“ zulässig sind. Hier wird der Unterschied noch deutlicher als im Rahmen von Art. 14 Abs 3, da sich die deutsche Fassung ihrer Formulierung nach fast ausschließlich auf zusätzliche, andere Rechtsverletzungen als die ursprünglich im Streit stehende zu beziehen scheint, während es nach der englischen und französischen Fassung des Berichtes nur um die Anordnung der Beseitigung oder Verhinderung einer einzelnen, konkreten Rechtsverletzung gehen kann.

1285 Dieses Ergebnis wird wiederum durch einen Passus im soeben (siehe vorhergehende Fußnote) zitierten Bericht der Kommission bestätigt, wonach nach Auffassung der Kommission „Anlass zur Sorge“ besteht, wenn „Verfügungen im Rahmen einer allgemeinen Politik zur Bekämpfung unerlaubter Inhalte in größerem Umfang und nicht bei spezifischen Verstößen ausgesprochen“ werden. Als ein Beispiel für einen solchen Fall benennt der Bericht ausgerechnet einen Fall aus Nordrhein-Westfalen, in dem ca. 90 Anbieter von Internetzugängen von den Landesbehörden angewiesen worden waren, den Zugang zu bestimmten Seiten zu sperren; vgl. KOM(2003) 702 endg., Fn. 65.

*fahrens* freizustellen, mit dessen Hilfe die Rechtsinhaber die Entfernung oder Verhinderung einer konkreten Rechtsverletzung gegen einen ISP durchsetzen können. Darüber hinaus beabsichtigte er nicht, materiell-rechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche von der Haftungsbeschränkung vollumfänglich auszunehmen.<sup>1286</sup> Dies geht deutlich aus dem Umstand hervor, dass der Europäische Richtliniengeber den Mitgliedsstaaten in Art. 14 Abs. 3 Hs. 2 ECRL die Möglichkeit einräumte, als Alternative zu behördlichen und gerichtlichen Maßnahmen zur Beseitigung von Rechtsverletzungen ein spezielles Verfahren zu schaffen:

„Dieser Artikel läßt die Möglichkeit unberührt, daß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, oder daß die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen.“<sup>1287</sup>

Mit der Regelung in Art. 14 Abs. 3 ECRL wurde somit „nur“ beabsichtigt, den Mitgliedsstaaten einen Handlungsspielraum zur Sicherstellung einer möglichst effizienten Beseitigung von Rechtsverletzungen zu eröffnen. Zu diesem Zweck sollten sowohl die ISPs als auch – beispielsweise im Rahmen eines dem Notice&Takedown-Verfahren ähnlichen Prozederes – die betroffenen Rechtsinhaber herangezogen werden können, unabhängig davon, wer für die jeweilige Rechtsverletzung materiell-rechtlich verantwortlich zeichnet. Hierdurch sollte die Möglichkeit gewahrt bleiben, im Wege einer hoheitlichen Anordnung einen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen und dadurch den grundrechtlich verbrieften Anspruch des betroffenen Rechtsinhabers auf effektiven Rechtsschutz gegen eine Rechtsverletzung sicherzustellen.<sup>1288</sup>

### (3) Verstoß gegen den Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten

Die Erstreckung der Unterlassungspflichten von ISPs über eine konkrete Rechtsverletzung hinaus auch auf kerngleiche Verstöße steht zudem im scharfen Widerspruch zum Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG. Denn hierdurch werden ISPs gezwungen, eine Kontrollinfrastruktur zu

1286 Hoeren, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.2 Rn. 102; Rücker, CR 2005, 347, 350; vgl. auch Erwägungsgrund 45 ECRL: „Die in dieser Richtlinie festgelegten Beschränkungen der Verantwortlichkeit von Vermittlern lassen die Möglichkeit von Anordnungen unterschiedlicher Art unberührt. Diese können insbesondere in gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen bestehen, die die Abstellung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung verlangen, einschließlich der Entfernung rechtswidriger Informationen oder der Sperrung des Zugangs zu ihnen.“

1287 Hervorhebung durch die Verfasserin.

1288 Klatt, ZUM 2009, 265, 270.

errichten, mit deren Hilfe aus allen eingestellten Informationen nach bestimmten Kriterien solche herausgesucht werden, die möglicherweise eine „kerngleiche“ Rechtsverletzung darstellen und daher zu prüfen und gegebenenfalls zu beseitigen sind.<sup>1289</sup> Dies führt jedoch entgegen § 7 Abs. 2 S. 1 TMG bzw. Art. 15 Abs. 1 ECRL im Ergebnis zu einer Pflicht der ISPs zur Überwachung sämtlicher innerhalb ihrer Dienste vorhandenen Informationen.<sup>1290</sup> Aus diesem Grund gehen in der Literatur selbst diejenigen, die die Unanwendbarkeit von § 10 TMG auf Unterlassungsansprüche befürworten, davon aus, dass § 7 Abs. 2 S. 2 TMG nur behördliche oder gerichtliche Anordnungen zulässt, die auf die Sperrung oder Entfernung bestimmter rechtswidriger Informationen gerichtet sind, nicht hingegen darüber hinausgehende allgemeine Verpflichtungen zur Verhinderung auch kerngleicher Verstöße.<sup>1291</sup>

#### (4) Bedeutung der Störerhaftung im Bereich des Immaterialgüterrechtsschutzes

Gegen die generelle Unanwendbarkeit der Haftungsbeschränkungen auf die Störerhaftung spricht nicht zuletzt auch, dass diese Ansprüche im Bereich des Imma-

1289 *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 57.

1290 *Hoeren*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.2 Rn. 103; *Freytag*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Electronic Business*, 2002, Kap. F, Rn. 11; *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 919; *Wimmers/Heymann*, MR-Int 2007, 222, 223; vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.1.b.ee.(3)(iv).

1291 *Spindler*, GRUR 2011, 101, 106; *Sieber/Höfinger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, 18.1, Rn. 48; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, TDG § 8 Rn. 35; *Buschle*, in: *Moritz/Dreier*, RHdB E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 276; *Sessinghaus*, WRP 2005, 697, 702; *Rücker*, CR 2005, 347, 351; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 449; *Spindler*, JZ 2005, 37, 39; *Hoeren*, MMR 2004, 672; *Spindler/Volkman*, WRP 2003, 1, 14; *Volkman*, CR 2003, 440, 447; *Spindler*, NJW 2002, 921, 925; *Freytag*, CR 2000, 600, 605; a. A. *Klatt*, ZUM 2009, 265, 275; *Rössl/Rössl*, CR 2005, 809, 813ff.; *Lehment*, WRP 2003, 1058, 1064. Von Vertretern der Gegenauffassung wird argumentiert, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der allgemeinen Überwachungspflichten ein Ausfluss des Gebots der Zumutbarkeit sei und daher die insoweit entwickelten Kriterien weiterhin zur Bestimmung der Kontrollpflichten von ISPs herangezogen werden könnten, vgl. beispielsweise *Rössl/Rössl*, CR 2005, 808, 814; *Lehment*, WRP 2003, 1058, 1064. Diese Argumentation übersieht jedoch, dass in der Kodifizierung des Ausschlusses allgemeiner Überwachungsverpflichtungen die Entscheidung des europäischen Richtliniengabers zum Ausdruck kommt, basierend auf der Annahme der Unmöglichkeit effektiver Kontrolle von Informationen in Internetdiensten, ISPs grundsätzlich vom Einsatz solcher als unzumutbare Belastung angesehener Überwachungsmaßnahmen zu befreien und damit den Katalog an zumutbaren Maßnahmen von vornherein zu begrenzen. In der unveränderten Anwendung der althergebrachten allgemeinen Zumutbarkeitskriterien, die dieser Beschränkung des Pflichtenkreises der ISPs nicht Rechnung tragen, setzt sich diese Auffassung somit unzulässig über die Entscheidung des europäischen Richtliniengabers hinweg, die kraft dessen Einschätzungsprärogative verbindlich ist, vgl. *Rücker*, CR 2005, 347, 349, 353.

terialgüterrechtschutzes eine herausragende Rolle spielen.<sup>1292</sup> Ihre praktische Bedeutung nimmt gerade in Bezug auf die Haftung von ISPs ständig weiter zu, da für Rechtsinhaber oftmals die Inanspruchnahme des ISPs am naheliegendsten ist, weil die Belangung des unmittelbaren Täters vor allem aufgrund der Anonymität des Internets schwierig und darüber hinaus der ISP in der Regel der wirtschaftlich potentere Anspruchsgegner ist.<sup>1293</sup> Demgegenüber spielen Schadensersatzansprüche im deutschen Rechtskreis für die Rechtsinhaber eine eher untergeordnete Rolle, da die Substantiierung des entstandenen Schadens zumeist schwierig ist und die in diesem Zusammenhang durch die Gerichte zugesprochenen Beträge regelmäßig eher gering ausfallen.<sup>1294</sup>

Auch wurde gezeigt, dass die Passivlegitimation von ISPs für Schadensersatzansprüche aufgrund von Rechtsverletzungen der Nutzer schwer zu begründen ist, und insoweit höchstens Ansprüche im Zusammenhang mit der Verletzung von § 19 a UrhG in Betracht kommen. Dies bedeutet, dass Schadensersatzansprüche bereits aus diesem Grund, d.h. ungeachtet der Haftungsbeschränkung gemäß § 10 TMG, schwer durchsetzbar erscheinen.<sup>1295</sup> Hingegen bedeuten Unterlassungsansprüche für ISPs auch eine erhebliche finanzielle Belastung, da sie im Falle der erfolgreichen Inanspruchnahme die insoweit angefallenen Kosten der Rechtsverfolgung erstatten müssen und aus der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverpflichtung Ordnungsgelder und Vertragsstrafen resultieren können.<sup>1296</sup> Die wirtschaftlichen Folgen von Ansprüchen aus der Störerhaftung stellen somit für ISPs einen wesentlichen Faktor dar, den sie im Rahmen ihrer Geschäftsmodelle einkalkulieren müssen.

## (5) Weitere Argumente des BGH

Auch die weiteren Argumente des BGH vermögen nicht zu überzeugen. Insbesondere kann die Rechtsauffassung, dass § 10 TMG nur auf verschuldensabhängige Ansprüche gegen den ISP Anwendung findet, nicht auf den Begriff der „Verantwortlichkeit“ gestützt werden. Denn wie bereits dargelegt wurde, kommt darin der rechtsgebietsübergreifende Charakter der Haftungsbeschränkungen zum Ausdruck

1292 *Freytag*, in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), RHD E-Commerce, 2005, Teil D, Rn. 111; *Heckmann*, in: *Heckmann*, jurisPK-Internetrecht, 2007, Vorbem. Kap. 1.7 Rn. 67; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 448; *Spindler*, MMR 2001, 737, 741.

1293 *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, TDG, 2004, § 8 TDG Rn. 13; *Sieber*, CR 1997, 581; *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 918.

1294 *Nordemann*, CR 2010, 653, 654; *Rücker*, CR 2005, 347, Fn. 4; *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 919.

1295 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.1.a.cc.

1296 *Volkman*, *Der Störer im Internet*, 2005, S. 100; *Spindler/Volkman*, WRP 2003, 1; *Höeren*, MMR 2004, 672, 673; *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 919.

und nicht eine Einschränkung von deren Anwendungsbereich auf bestimmte, verschuldensabhängige Haftungsnormen.

Auch kann der Argumentation nicht gefolgt werden, dass im Falle der Anwendbarkeit von § 10 TMG auch auf Ansprüche der Störerhaftung eine interessenwidrige Situation entstehen würde, indem dadurch im Ergebnis an die Haftung für Schadensersatzansprüche höhere Anforderungen zu stellen wären als an die negatorische Haftung. Insoweit ist ein Wechsel der Perspektive erforderlich, aus der die Betrachtung der Wirkung der Haftungsbeschränkungen erfolgt. Es ist zu vergegenwärtigen, dass durch § 10 TMG eine möglicherweise bestehende Haftung des ISPs zu dessen Gunsten eingeschränkt wird. Dies bedeutet jedoch umgekehrt, dass dem Rechtsinhaber durch die Haftungsbeschränkung Ansprüche genommen werden, die er ohne deren Eingreifen gegen den ISP geltend machen könnte. Vor diesem Hintergrund erscheint es durchaus gerechtfertigt, dass ein ISP höhere Anforderungen erfüllen muss, d.h. auch keine grob fahrlässige Unkenntnis von der Rechtswidrigkeit bestimmter Informationen oder Handlungen haben darf, um in den Genuss der Befreiung auch von immerhin verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen zu kommen. Andererseits entsteht keine Schiefelage dadurch, dass der ISP von negatorischen Ansprüchen, die gegenüber Schadensersatzansprüchen aufgrund der Nichterforderlichkeit eines Verschuldens den geringeren Unwertgehalt widerspiegeln, darüber hinaus solange befreit ist, bis ihm positive Kenntnis von der Rechtswidrigkeit einer Information oder Handlung nachgewiesen werden kann.

Zuletzt ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass die Gesetzesbegründung zum TDG 1997 aufgrund des Erlasses der ECRL sowie deren Umsetzung im TDG 2002 insbesondere in Bezug auf den vollharmonisierten Rechtsbereich der Providerhaftung nicht länger maßgeblich sein kann. Dass der BGH dennoch diese Gesetzesbegründung im Rahmen seiner Entscheidung herangezogen hat, trägt somit in keiner Weise dazu bei, den Überzeugungswert seiner Argumentation zu erhöhen.

#### cc. Ergebnis der BGH-Rechtsprechung: Rechtsunsicherheit über die Voraussetzungen der Haftung von Host-Providern

Dem europäischen Richtliniengeber ging es bei der Schaffung der Haftungsbeschränkungen jedoch gerade darum, wesentliche Haftungsrisiken für ISPs im Zusammenhang mit den von ihnen erbrachten Dienstleistungen zu minimieren oder zumindest kalkulierbar zu machen. Dieses Ziel würde jedoch weitgehend verfehlt, wenn die Störerhaftung vollumfänglich von den Haftungsbeschränkungen ausgenommen und damit die Haftung von ISPs weiterhin von der stark einzelfallabhängigen Auslegung der Voraussetzungen dieses Haftungsinstituts abhängig wä-

re.<sup>1297</sup> Dies zeigt sich bereits anschaulich an den Entscheidungen des BGH zu Internetversteigerungen, die zahlreiche, inhaltlich teilweise stark divergierende instanzgerichtliche Entscheidungen nach sich gezogen haben,<sup>1298</sup> woraus hervorgeht, dass unter den Gerichten mangels eines klaren Haftungsmaßstabs weitgehende Rechtsunsicherheit über die Voraussetzungen und den Umfang der Störerhaftung von ISPs für Rechtsverletzungen der Nutzer ihrer Internetdienste vorherrscht.<sup>1299</sup>

So bejahte das LG Hamburg die Störereigenschaft des beklagten ISP im Wesentlichen bereits aus dem Grund, dass Rechtsverletzungen über das Internet „allgemein zugenommen“ hätten durch das Herunterladen und öffentliche Zugänglichmachen insbesondere auch urheberrechtlich geschützter Inhalte über das Internet.<sup>1300</sup> Daher berge der Internetdienst des Beklagten die „keinesfalls unwahrscheinliche Möglichkeit“, dass von Dritten auch dort entsprechende Urheberrechtsverletzungen begangen würden. Da der ISP zudem „rechtlich und tatsächlich ... in die Lage versetzt gewesen“ sei, wirksame Maßnahmen zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen zu treffen, auf die im Urteil jedoch nicht weiter eingegangen wird, sah das Gericht die Störerhaftung als gegeben an.

Darüber hinaus fand das LG Düsseldorf, dass einem ISP, der weiß, dass mittels seines Internetdienstes Urheberrechtsverletzungen begangen werden, von denen er in nicht unerheblichem Maße profitiert, „besonders hohe Prüfungspflichten“ obliegen.<sup>1301</sup> Der Umfang dieser Prüfpflichten könne so weit gehen, dass der ISP verpflichtet sei, auch Maßnahmen zu ergreifen, die sein Geschäftsmodell in wirtschaftlicher Hinsicht in Gänze in Frage stellen. Denn ebenso wie nicht jede Rechtsgutsverletzung einen „immensen Kontrollaufwand“ rechtfertige, könne sich ein ISP nicht generell darauf berufen, dass eine effektive Kontrolle angesichts des massenhaften Datenverkehrs einen erheblichen und damit unzumutbaren Aufwand darstelle. Auch sei die Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen ungeachtet der insoweit bestehenden technischen Möglichkeiten deswegen möglich, da der ISP „als letztes Mittel“ jederzeit seinen Internetdienst einstellen könne. Eine Ab-

1297 *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 449.

1298 OLG Düsseldorf vom 27.04.2010, ZUM 2010, 600; OLG Hamburg vom 30.09.2009, ZUM 2010, 440; OLG Düsseldorf vom 24.02.2009, MMR 2009, 402; LG Hamburg vom 12.06.2009, ZUM 2009, 863; LG Düsseldorf vom 23.01.2008, ZUM 2008, 338; OLG Saarbrücken vom 29.10.2007, MMR 2008, 343; LG Karlsruhe vom 10.12.2007, MMR 2008, 190; OLG Hamburg vom 26.09.2007, GRUR-RR 2008, 232; OLG Köln vom 21.09.2007, GRUR-RR 2008, 35; LG Hamburg vom 24.08.2007, MMR 2007, 726; LG München I vom 19.04.2007, MMR 2007, 453; OLG München vom 21.12.2006, GRUR-RR 2007, 393; OLG München vom 21.09.2006, MMR 2006, 739; LG Berlin vom 10.11.2005, ZUM 2006, 430.

1299 *Berger/Janal*, CR 2004, 917, 925.

1300 LG Hamburg vom 24.08.2007, MMR 2007, 726.

1301 LG Düsseldorf vom 23.01.2008, ZUM 2008, 338; ebenso LG Hamburg vom 12.06.2009, ZUM 2009, 863.

weichung von dem ansonsten gültigen Grundsatz, dass die eine Maßnahme zur Unterbindung von Rechtsverstößen nicht das gesamte Geschäftsmodell des potentiellen Störers in Frage stellen dürfe, sah das Gericht im konkreten Fall als gerechtfertigt an, da der Internetdienst der Beklagten offensichtlich auf die Begehung der urheberrechtsverletzenden Handlungen ausgerichtet sei.

Ebenso kam das OLG Hamburg zu dem Ergebnis, dass die zum Schutz gegen eine ausufernde Störerhaftung entwickelten Anforderungen an die Prüfpflichtverletzung auf den beklagten ISP nicht vollumfänglich Anwendung finden könnten, da dieser kein „von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell“ betreibe, weil es auf die Förderung der massenhaften Begehung von Urheberrechtsverletzungen angelegt sei.<sup>1302</sup> Anderenfalls würden die Interessen der Schutzrechtsinhaber „institutionalisiert schutzlos“ gestellt.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kam auch das Hanseatische Oberlandesgericht, nämlich dass ein ISP sich nicht auf die faktische oder wirtschaftliche Unmöglichkeit der urheberrechtlichen Kontrolle seines Internetdienstes berufen kann, wenn der ISP Dritten unbegrenzte Möglichkeiten zur Begehung von Urheberrechtsverletzungen im eigenen wirtschaftlichen Interesse zur Verfügung stelle.<sup>1303</sup> Weiterhin ging das Gericht davon aus, dass die Begehung von Urheberrechtsverletzungen in Form des unerlaubten Hochladens urheberrechtlich geschützter Lichtbilder durch Einführung einer Pflicht zur namentlichen Registrierung der Nutzer effektiv verhindert werden könne. Bei der Registrierung sollten die Nutzer auch genaue Angaben zur in Bezug auf die Lichtbilder bestehenden Rechtekette machen. Auch sei die Beklagte aufgrund ihres Wissens, dass in der Vergangenheit bereits mehrfach Urheberrechtsverletzungen in ihrem Internetdienst begangen wurden, dazu verpflichtet, sämtliche Rechtsverletzungen dieser Art, „für die eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit“ bestehe, zu unterbinden.

Andere Gerichte stellen hingegen wesentlich höhere Anforderungen an die Begründung der Haftung und den Umfang der Prüfungspflichten von ISPs. So sah das OLG Köln beispielsweise keine Anhaltspunkte dafür, dass der beklagten ISP von den Urheberrechtsverletzungen seiner Nutzer profitierte, da alle Nutzer für das Hochladen von Inhalten ein regelmäßiges monatliches Entgelt bezahlen mussten und das Herunterladen von Dateien kostenfrei war.<sup>1304</sup> Auch könne allein aus dem Umstand, dass der ISP den Vorgang des Herunterladens für solche Nutzer erleichtert habe, die sich kostenpflichtig registrieren lassen, nicht geschlossen werden, dass der ISP aus der Nutzung seines Internetdienstes durch Raubkopierer einen speziellen wirtschaftlichen Vorteil ziehen wolle.

1302 OLG Hamburg vom 30.09.2009, ZUM 2010, 440.

1303 OLG Hamburg vom 26.09.2007, GRUR-RR 2008, 230, 232 – *chefkoch.de*.

1304 OLG Köln vom 21.09.2007, GRUR-RR 2008, 35.

Auch wurde von Gerichten, die die Haftung von ISPs restriktiver bewerten, wiederholt betont, dass die einem ISP obliegenden Prüfungspflichten gerade nicht dazu führen dürften, das gesamte Geschäftsmodell des ISPs in Frage zu stellen.<sup>1305</sup> Daher werden Verpflichtungen zur manuellen Vor- oder auch Nachprüfung nach erfolgter Vorfilterung von auf einen Internetdienst durch Nutzer eingestellte Inhalte zumeist verneint, insbesondere wenn keine Technologien und/oder Merkmale ersichtlich sind, anhand derer rechtswidrige Inhalte effektiv ausgefiltert werden könnten.<sup>1306</sup> Allerdings geht aus den Entscheidungen hervor, dass der Einsatz einer solchen Filtertechnologie durchaus eine zumutbare Maßnahme im Rahmen der Prüfpflicht darstellt, sofern eine zusätzliche manuelle Nachprüfung gefundener „Treffer“ überflüssig ist.<sup>1307</sup>

dd. Zusammenfassung: Anwendbarkeit von § 10 TMG auf Web 2.0-Dienste in Bezug auf negatorische Ansprüche

Die Auslegung von § 7 Abs. 2 S. 2 TMG unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben der ECRL ergibt, dass Ansprüche der Störerhaftung nicht generell von dem Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkungen ausgenommen sind, sondern nur behördliche oder gerichtliche Anordnungen gerichtet auf die Beseitigung oder Sperrung einzelner, konkretisierter Rechtsverletzungen.<sup>1308</sup> Durch § 7 Abs. 2 S. 2 TMG soll somit lediglich sichergestellt werden, dass die Beseitigung eingetretener Rechtsverletzungen trotz Einschlägigkeit der Haftungsbeschränkungen einer hoheitlichen Regulierung zugänglich bleibt.<sup>1309</sup> Die Verpflichtung des ISPs zur Beseitigung der Rechtsverletzung erfolgt insoweit unabhängig von der materiell-rechtlichen Haftung des ISPs und damit auch unabhängig vom Vorliegen

1305 LG Karlsruhe vom 10.12.2007, MMR 2008, 190; LG München I vom 19.04.2007, MMR 2007, 453; OLG München vom 21.12.2006, GRUR-RR 2007, 393 sowie vom 21.09.2006, MMR 2006, 739, das als eines der wenigen Gerichte auch darauf hinweist, dass eine allgemeine Verpflichtung zur inhaltlichen Prüfung aller Informationen und Inhalte eines Internetdienstes gegen das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG verstoßen würde.

1306 LG Karlsruhe vom 10.12.2007, MMR 2008, 190; OLG Köln vom 21.09.2007, GRUR-RR 2008, 35; LG München I vom 19.04.2007, MMR 2007, 453; OLG München vom 21.12.2006, GRUR-RR 2007, 393.

1307 LG München I vom 19.04.2007, MMR 2007, 453; OLG München vom 21.12.2006, GRUR-RR 2007, 393.

1308 So auch *Berger/Janal* s.o.; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 450; *Wimmers/Heymann*, MR-Int 2007, 222, 223.

1309 *Engels*, AfP 2000, 524, 529.

weiterer, insbesondere auch subjektiver<sup>1310</sup> Voraussetzungen. Vielmehr wird auf den ISP zum Zwecke der Beseitigung von rechtswidrigem Material allein aufgrund der Tatsache seiner technischen Nähe zu der Rechtsverletzung zugegriffen. Weitere Pflichten des ISPs ergeben sich hieraus jedoch nicht, insbesondere nicht die weiterreichenden Unterlassungsverpflichtungen der Störerhaftung, die sich auch auf die Beseitigung und Verhinderung kerngleicher sowie zukünftiger Rechtsverletzungen richten können. Will ein Urheber sich dennoch die Möglichkeit offenhalten, solche weitergehenden Rechtsansprüche gegen den ISP geltend machen zu können, muss er dem ISP eine Rechtsverletzung konkret anzeigen. Als Folge hieraus entfällt die Haftungsbeschränkung gemäß § 10 S. 1 Nr. 1 TMG wegen positiver Kenntnis des ISPs von der Rechtsverletzung, es sei denn, der ISP ergreift unverzüglich Maßnahmen zur Beseitigung des angezeigten rechtswidrigen Materials.

Der vom BGH vertretenen Auffassung, dass die Störerhaftung vom Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkungen von vornherein ausgenommen ist, kann demgegenüber nicht gefolgt werden. Denn eine solche Auslegung von § 7 Abs. 2 S. 2 TMG steht im Widerspruch zu den europarechtlichen Vorgaben und würde die mit den Haftungsbeschränkungen hauptsächlich verfolgte Zielsetzung der Schaffung von Rechtssicherheit für ISPs weitgehend vereiteln.<sup>1311</sup>

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass § 10 TMG auch auf Ansprüche der Störerhaftung anwendbar ist. Negatorische Ansprüche gegen einen ISP, der einen Web 2.0-Dienst betreibt, sind somit grundsätzlich ebenfalls ausgeschlossen. Auf-

1310 Nach dem BGH ist im Einklang mit den in Bezug auf die mittelbare Störerhaftung im Erfolgsunrecht entwickelten Grundsätzen Voraussetzung für die Prüfpflicht und damit für eine mögliche Unterlassungsverpflichtung des ISPs, dass dieser positive Kenntnis von der Rechtsverletzung hat, vgl. *Wiebe*, in: *Ernst/Vassilaki/Wiebe*, *Hyperlinks*, 2002, Rn. 144; *Freytag*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Electronic Business*, 2002, Kap. F, Rn. 40. Denn der Gesetzgeber habe bei Erlass des TDG 1997/TMG nicht beabsichtigt, an der bis dato unter § 5 Abs. 4 TDG 1997 geltenden Rechtslage etwas zu ändern, wonach die den Providern gemäß den Grundsätzen der Störerhaftung obliegenden Prüfpflicht nur die Prüfung der Rechtswidrigkeit bereits bekannter Inhalte erfasste, vgl. *BT-Drs. 14/6098*, S. 23. Zudem ergebe sich dieses Erfordernis mittelbar aus dem Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG, da ansonsten die Provider zum Zwecke der Vermeidung der negativen Folgen einer Haftung dazu gezwungen wären, ihnen unbekannt Informationen vor Kenntnis zu nehmen und auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, vgl. *Spindler/Volkman*, *WRP* 2003, 1, 4. Darüber hinaus wird in Bezug auf das Kenntniserfordernis gefordert, dass auch bereits das Vorliegen von grob fahrlässiger Unkenntnis von Umständen, aufgrund derer eine Rechtsverletzung evident ist, zur Begründung eines negatorischen Anspruches gegen den ISP ausreichen müsse, um einen „Gleichlauf“ zwischen der Störerhaftung und der Schadensersatzhaftung zu erreichen, d.h. zu vermeiden, dass der ISP im Falle grob fahrlässiger Unkenntnis von einer rechtswidrigen Information zwar auf Schadensersatz hafte, von ihm mangels positiver Kenntnis jedoch nicht die Sperrung oder Entfernung der Information verlangt werden könne, vgl. *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, *TDG*, 2004, TDG § 8 Rn. 20; *Sieber/Höfner*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Multimediarrecht*, 2010, Teil 18.1, Rn. 51; *Spindler/Volkman*, *WRP* 2003, 1, 4.

1311 So auch *Rücker*, *CR* 2005, 347, 348; *Berger/Janal*, *CR* 2004, 917, 925; a.A. *Rössl/Rössl*, *CR* 2005, 809ff; *Sobola/Kohl*, *CR* 2005, 443, 450.

grund von § 7 Abs. 2 S. 2 TMG kann der ISP nur zu der Beseitigung konkreter, individualisierter und bereits eingetretener Rechtsverletzungen verpflichtet werden.<sup>1312</sup>

### c. Auswirkungen von Content-Identification-Technologien auf die Störerhaftung von Web 2.0-Diensten

Die Auswirkungen von Content-Identification-Technologien auf die Störerhaftung von Web 2.0-Diensten werden nachfolgend zunächst auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung zu Internetversteigerungen dargestellt. Sodann werden ihre Auswirkungen unter der hier vertretenen Rechtsauffassung beschrieben, dass § 10 TMG grundsätzlich auch auf Ansprüche der Störerhaftung anwendbar ist.

#### aa. Auswirkungen unter Zugrundelegung der BGH-Rechtsprechung zu Internetversteigerungen

Wenn man wie der BGH davon ausgeht, dass § 10 TMG auf die Ansprüche der Störerhaftung grundsätzlich nicht anwendbar ist, haftet der ISP nach den allgemeinen Grundsätzen der Störerhaftung bei mittelbaren Rechtsverletzungen.<sup>1313</sup> Fraglich ist, wie sich die Verfügbarkeit von Content-Identification-Technologien auf das Vorliegen der insoweit für die Haftung des mittelbaren Rechtsverletzers maßgeblichen Prüfpflichtverletzung auswirkt.

#### (1) Erforderliche Maßnahmen seitens des ISP zur Erfüllung der Prüfpflicht

In Bezug auf die Zumutbarkeit einer Prüfpflicht betreffend die im Internetdienst des Beklagten vorhandenen Informationen stellte der BGH in der Entscheidung *Internetversteigerung I* klar, dass dem Beklagten grundsätzlich nicht zugemutet werden kann, jedes einzelne Angebot vor der Veröffentlichung auf seine Rechtswidrigkeit hin zu untersuchen. Denn eine solche Verpflichtung würde das gesamte

1312 Eine ansatzweise Klärung dieser Streitfrage durch den EuGH wird vom Ausgang des Vorabentscheidungsersuchens des High Court of Justice von England und Wales im Zusammenhang mit einem in England anhängigen Rechtstreit erwartet, vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Niilo Jääskinen im Verfahren „L’Oreal/eBay“ vom 09.12.2010 – C-324/09.

1313 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.2.b.aa.

Geschäftsmodell des Beklagten in Frage stellen.<sup>1314</sup> Jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte auch von dem Verkauf von Plagiaten über seine Plattform durch die ihm insoweit zustehende Provision profitiert. Daher ist seinem Interesse an einem möglichst kostengünstigen Ablauf des Geschäftsbetriebes grundsätzlich ein geringeres Gewicht zuzumessen.

Hinsichtlich der konkret an den beklagten ISP zu stellenden Anforderungen zur Erfüllung der Unterlassungsverpflichtung bei Bekanntwerden von Urheberrechtsverletzungen hielt sich der BGH in seinen Entscheidungen bisher zurück. In der Entscheidung *Internetversteigerung I* beließ es der BGH insoweit anstatt einer konkreten Verpflichtung des ISPs zur Ergreifung bestimmter Maßnahmen – wie beispielsweise dem Einsatz einer „Filtersoftware“, den der BGH dem beklagten ISP in der Entscheidung zwar grundsätzlich nahelegte, ihn aber nicht ausdrücklich darauf verpflichtete<sup>1315</sup> – sogar nur bei dem lapidaren Hinweis, dass auch ein als Störer verurteilter und einem Unterlassungstitel unterworfenener ISP im Vollstreckungsverfahren gemäß § 890 ZPO nur für eine schuldhafte Zuwiderhandlung gegen die ihm auferlegte Unterlassungsverpflichtung haftbar gemacht werden kann. Spätestens hier muss somit berücksichtigt werden, ob der ISP eine Rechtsverletzung, beispielsweise durch ein vorgeschaltetes Filterverfahren, hätte aufdecken können.<sup>1316</sup> Damit verlagerte der BGH jedoch die Prüfung der Zumutbarkeit bestimmter Kontrollmaßnahmen im Ergebnis in das Vollstreckungsverfahren.<sup>1317</sup> Mittlerweile hat der BGH jedoch insoweit klargestellt, dass ein Gericht bereits bei der Prüfung der Begründetheit eines Unterlassungsanspruch grundsätzlich auch berücksichtigen muss, inwieweit es dem beklagten ISP im konkreten Fall tatsächlich technisch möglich und zumutbar ist, weitere Rechtsverletzungen zu verhindern.<sup>1318</sup>

In der Entscheidung *Internetversteigerung II* ging der BGH weiterhin ausdrücklich davon aus, dass zur praktischen Umsetzung der vorbeugenden Unterlassungsverpflichtung des Beklagten auch der Einsatz einer Filtersoftware „in gewissem Umfang“ zur Aufdeckung von Verdachtsfällen geboten war. Die hierdurch generierten Treffer mussten darüber hinaus gegebenenfalls zusätzlich manuell nachgeprüft werden. Die Grenze des dem Beklagten insoweit Zumutbaren ist aber jedenfalls dann erreicht, wenn im konkreten Fall keine für das Suchsystem geeigneten

1314 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 860, 864 – *Internetversteigerung I*; ebenso LG Düsseldorf vom 29.10.2002, MMR 2003, 120; OLG Brandenburg vom 16.12.2003, MMR 2004, 330.

1315 BGH vom 11.03.2004, GRUR 2004, 860, 864 – *Internetversteigerung I*.

1316 BGH s.o.

1317 Krit. hierzu *Stadler*, Informationen im Internet, 2005, Rn. 69 a; *Volkman*, Der Störer im Internet, 2005, S. 184 ff.

1318 BGH vom 10.04.2008, GRUR 2008, 1097, 1099; vgl. hierzu *Volkman*, CR 2009, 361, 363.

Merkmale zur Aufdeckung von Verdachtsfällen vorliegen.<sup>1319</sup> Andererseits hindert die Tatsache, dass „eine lückenlose Vorabkontrolle, die sämtliche Rechtsverletzungen sicher erkennt, technisch nicht möglich“ ist, grundsätzlich nicht die Verurteilung des betroffenen ISP zur Unterlassung.<sup>1320</sup>

Aus der Entscheidung *Internetversteigerung III* geht weiterhin hervor, dass eine schuldhafte Verletzung einer Unterlassungsverpflichtung dann ausscheidet, wenn die Rechtsverletzungen nicht durch den Einsatz eines zumutbaren Filterverfahren einschließlich manueller Nachprüfung der Ergebnisse hätten erkannt werden können.<sup>1321</sup> Diesen Grundsatz hat der BGH in einer späteren Entscheidung bekräftigt und präzisiert.<sup>1322</sup> Demnach dürfen dem ISP „keine Anforderungen auferlegt werden, die ihr von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell gefährden oder ihre Tätigkeit unverhältnismäßig erschweren“.<sup>1323</sup> Eine Überprüfung der auf einer Internetplattform eingestellten Angebote ist daher nur zumutbar, sofern dem ISP eine Filtersoftware zur Verfügung steht, die Verdachtsfälle verlässlich aufspüren kann; nicht zumutbar ist dem ISP hingegen eine Kontrollverpflichtung, wenn die relevanten Rechtsverletzungen nicht durch eine Filtersoftware aufgespürt werden können und daher jedes einzelne verdächtige Angebot zusätzlich einer manuellen Kontrolle unterzogen werden muss.<sup>1324</sup>

Nach der Entscheidung *Kinderhochstühle im Internet* deutet sich an, dass eine Kontrollverpflichtung für den ISP nach Abwägung der wechselseitigen Interessen möglicherweise auch dann als unzumutbar anzusehen ist, wenn der von einer Rechtsverletzung betroffene Rechteinhaber ebenso wie der ISP in der Lage ist, die Überprüfung der auf dem Internetdienst vorhandenen Angebote durchzuführen.<sup>1325</sup> In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatte die beklagte Betreiberin einer Internetauktionsplattform den Inhabern von Schutzrechten die Möglichkeit eingeräumt, Schutzrechtsverletzungen mit Hilfe einer Suchfunktion („VeRI-Programm“) aufzufinden. Mit diesem Programm konnten auf der Plattform eingestellte Angebote herausgefiltert werden, die bestimmte Markenbegriffe enthielten. Die Schutzrechtsinhaber konnten diese Angebote sodann auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen. Wurde ein rechtsverletzendes Angebot auf diese Weise identifiziert, gab die Beklagte die dieses Angebot betreffenden Nutzerdaten an den betroffenen Schutzrechtsinhaber heraus. Vor diesem Hintergrund vertrat der BGH die Auffassung, das es „nicht ohne Weiteres einzusehen“ sei, „warum die Beklagte

1319 BGH vom 19.04.2007, GRUR 2007, 708, 712 – *Internetversteigerung II*.

1320 BGH s.o.

1321 BGH vom 30.04.2008, GRUR 2008, 702, 706 – *Internetversteigerung III*.

1322 BGH vom 22.07.2010, GRUR 2011, 152 – *Kinderhochstühle im Internet*; vgl. hierzu die Besprechung von *Spindler*, GRUR 2011, 101 ff.

1323 BGH vom 22.07.2010, GRUR 2011, 152, 155 – *Kinderhochstühle im Internet*.

1324 BGH s.o.

1325 BGH s.o.

[der ISP] der Klägerin [der Rechtsinhaberin] eine Überprüfung ... abnehmen soll, die die Klägerin als Schutzrechtsinhaberin mit gleichem Aufwand selbst bewerkstelligen kann.“<sup>1326</sup> Im Ergebnis lehnte der BGH daher eine Prüfpflichtverletzung und damit die Störerhaftung des beklagten ISPs ab.

## (2) Bewertung

Nach der Rechtsprechung des BGH zu Internetversteigerungen ist ein ISP zur Erfüllung der ihm obliegenden Prüfpflicht grundsätzlich auch zum Einsatz technischer Hilfsmittel verpflichtet, wie beispielsweise einer Filtersoftware, mithilfe derer vorhandene Informationen anhand bestimmter Kriterien gefiltert werden. Es kommt somit grundsätzlich auch eine Verpflichtung von ISPs zum Einsatz einer Content-Identification-Technologie zur Erfüllung der Prüfpflicht in Betracht. Maßgeblich ist insoweit allein, ob diese Technologien technisch dazu geeignet sind, Rechtsverletzungen zu verhindern und ihr Einsatz dem ISP nicht aus anderen Gründen unzumutbar ist.

Von der technischen Fähigkeit von Content-Identification-Technologien, Rechtsverletzungen zu beseitigen und zu verhindern, kann – wie in dieser Arbeit ausführlich dargestellt wurde – ausgegangen werden.<sup>1327</sup> Der Einsatz einer Content-Identification-Technologie ist daher grundsätzlich geeignet, Urheberrechtsverletzungen zu verhindern, vor allem auch deswegen, da solche Verletzungen bereits im Zuge des Hochladens einer Datei auf einen Web 2.0-Dienst erkannt werden können und insbesondere bestimmte Audio-Fingerprinting-Technologien eine hohe Treffsicherheit für sich beanspruchen können.<sup>1328</sup> In Bezug auf die Zumutbarkeit ist weiterhin zu prüfen, ob der Einsatz einer solchen Technologie einem durchschnittlichen ISP wirtschaftlich zumutbar ist. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass der BGH klargestellt hat, dass die wirtschaftlichen Interessen des ISP im Rahmen der Bestimmung der Zumutbarkeit einer Maßnahme aufgrund des wirtschaftlichen Eigeninteresses des ISP an den Rechtsverletzungen nur eine untergeordnete Rolle spielen können. Ihm ist daher grundsätzlich zuzumuten, in gewissem Maße Kosten für die Gewährleistung des Schutzes der Rechte Dritter aufzuwenden.

1326 BGH s.o.

1327 Vgl. 7. Kapitel, Teil B.

1328 Zur Treffsicherheit beispielsweise der Audio-Fingerprinting-Technologie von Audible Magic vgl. 7. Kapitel, Teil B.II.1.; zur Relevanz der Treffsicherheit von Filterprogrammen im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zumutbarkeit vgl. z.B. LG Düsseldorf vom 29.10.2002, MMR 2003, 120. Das LG Düsseldorf hat weiterhin entschieden, dass die Filterung von Inhalten mit einem MD-5-Filter, d.h. einem einfachen Hash-Filter (vgl. hierzu vgl. 7. Kapitel, Teil B.I.) ungeeignet ist, um die einem ISP obliegende Prüfpflicht zu erfüllen, LG Düsseldorf vom 23.01.2008, ZUM 2008, 338; ebenso LG Hamburg vom 12.06.2009, ZUM 2009, 863.

Dementsprechend ist der Einsatz einer Content-Identification-Technologie aus Gründen der Wirtschaftlichkeit nur dann abzulehnen, wenn der ISP darlegen kann, dass die Implementierung solcher Technologien für ihn eine unzumutbare Härte darstellen würde, die sein gesamtes Geschäftsmodell in Frage stellt.

Die Prüfpflicht des Störers bezieht sich grundsätzlich (nur) auf Rechtsverletzungen, die dem ISP bekannt sind. Nach der Rechtsprechung des BGH zu Internetversteigerungen bezieht sie sich darüber hinaus auf Rechtsverletzungen, die mit denjenigen, die dem ISP bekannt sind, kerngleich sind. Auch werden zukünftige Rechtsverletzungen dieser Art von der Prüfpflicht des ISPs erfasst. Somit muss ein ISP die Content-Identification-Technologie nur zum Schutz solcher urheberrechtlich geschützte Multimediawerke einsetzen, bezüglich derer Rechtsverletzungen bereits bekannt sind. Fraglich ist jedoch, wie sich auf den Umfang dieser Verpflichtung auswirkt, dass der ISP nach der Rechtsprechung des BGH auch „kerngleiche“ Rechtsverletzungen verhindern muß. Damit werden auch Verletzungen in Bezug auf „charakteristisch gleichartige Rechtsgüter“ in die Unterlassungspflicht des ISPs einbezogen.<sup>1329</sup> Bei entsprechend weiter Auslegung des Begriffs der Kerngleichheit könnte hierfür jedoch bereits ausreichen, dass aus den bekannten Rechtsverletzungen genug Merkmale hervorgehen, die einen Rückschluss auf weitere von Rechtsverletzungen betroffene Rechtsgüter zulassen.<sup>1330</sup>

Darüber hinaus lassen die Argumente und der generelle Ton der BGH-Rechtsprechung zu Internetversteigerungen darauf schließen, dass sich darin die grundsätzliche Auffassung des Gerichts niederschlägt, wonach Internetdienste aufgrund ihrer Missbrauchsanfälligkeit für Rechtsverletzungen tendenziell als eine Gefahrenquelle anzusehen sind.<sup>1331</sup> Es würde daher nicht überraschen, wenn der BGH ISPs absehbar entsprechend der zu Verkehrssicherungspflichten entwickelten Grundsätze<sup>1332</sup> dazu verpflichten würde, alle geeigneten und zumutbaren Gegenmaßnahmen zu ergreifen, um der Realisierung dieser Gefahren soweit wie möglich entgegenzuwirken.<sup>1333</sup> Hierunter fiel dann auch die Möglichkeit, Content-Identi-

1329 Klatt, ZUM 2009, 265, 273.

1330 Klatt, ZUM 2009, 265, 274.

1331 So auch Spindler, GRUR 2011, 101, 107.

1332 In der Literatur wird z.T. die Auffassung vertreten, dass für die Beurteilung der Haftung von ISPs anstatt der Prüfung einer Prüfpflichtverletzung im Sinne der sachenrechtlichen Störerhaftung generell der Rückgriff auf das deliktsrechtliche Institut der Verkehrssicherungspflichten erwogen werden sollte, vgl. dazu Klatt, ZUM 2009, 265 ff; der BGH lehnt jedoch bisher die Heranziehung der deliktsrechtlichen Kategorien der Täterschaft und Teilnahme zur Begründung der Passivlegitimation im Zusammenhang mit Unterlassungsansprüchen bei der Verletzung absoluter Rechtsgüter, und damit auch für die Verletzung von Urheberrechten, ab, vgl. BGH vom 30.06.2009, MMR 2009, 752 – *Störerhaftung des Verpächters einer Domain*.

1333 Rössl/Rössl, CR 2005, 809, 812; allerdings bezwecken die Haftungsbeschränkungen gerade klarzustellen, dass Internetdienste grundsätzlich als sozialadäquate, d.h. nicht besondere Gefahrenquellen darstellende Dienstleistungen anzusehen sind, vgl. 8. Kapitel, Teil C.I. 1.b.dd.

fication-Technologien einzusetzen, und zwar nicht nur zur Verhinderung bereits bekannter und damit kerngleicher Rechtsverletzungen, sondern darüber hinaus zum Schutz sämtlicher urheberrechtlich geschützter Werke, deren rechtswidrige Nutzung im Rahmen des Internetdienstes des ISPs theoretisch in Betracht kommt.

Allerdings stünde einer solchen Ausdehnung der Verpflichtung der ISPs zur Verhinderung von Rechtsverletzungen im weitest möglichem Umfang an und für sich der Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG entgegen. Denn aus der Kombination des Ausschlusses einer generellen Verpflichtung zur Überwachung der Tätigkeiten der Nutzer mit den subjektiven Voraussetzungen für den Verlust der Haftungsbeschränkung gemäß § 10 S. 1 Nr. 1 TMG ergibt sich eindeutig, dass ein ISP keinerlei besondere Maßnahmen ergreifen muss, um Rechtsverletzungen aufzudecken. Es besteht somit auch keine Verpflichtung zum Einsatz einer besonderen Software zur Verhinderung von Rechtsverletzungen.<sup>1334</sup> Dieser Einwand dürfte den BGH bei seiner Entscheidung über den Umfang der Pflicht zum Einsatz von Content-Identification-Technologien jedoch kaum beeinträchtigen, da er diesen Vorwurf, der von weiten Teilen der Literatur bereits in Bezug auf die durch ihn ausgesprochene Verpflichtung von ISPs Verpflichtung zur Verhinderung auch „kerngleicher“ Verstöße erhoben wurde, in seinen weiteren Entscheidungen nicht berücksichtigt hat.

Einen Ausweg aus diesem Dilemma zeigt möglicherweise die Entscheidung *Kinderhochstühle im Internet*.<sup>1335</sup> Darin hat der BGH die Zumutbarkeit einer Prüfpflicht des ISPs verneint, wenn der Rechtsinhaber über dieselben technischen Möglichkeiten wie der ISP verfügt, um Rechtsverletzungen in dem Internetdienst aufzuspüren, da der ISP nicht ohne weiteres verpflichtet ist, dem Rechtsinhaber diese Arbeit abzunehmen. Dies bedeutet, dass es seitens des ISPs ausreichen kann, den Rechtsinhabern bestimmte technische Werkzeuge zur Identifikation von Rechtsverletzungen zur Verfügung zu stellen, um eine Störerhaftung abzuwenden. Auf diese Weise müsste der ISP die Filterung rechtswidriger Angebote nicht mehr selbst durchführen, sondern könnte dies den Rechtsinhabern überlassen und seinen eigenen Aufwand in dieser Hinsicht auf die Zurverfügungstellung der entsprechenden Technologien beschränken.

#### bb. Auswirkungen bei ECRL-konformer Auslegung von § 7 Abs. 2 S. 2 TMG

Die Analyse der Regelung gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 TMG hat ergeben, dass sich hieraus nicht die generelle Unanwendbarkeit der Haftungsbeschränkung gemäß § 10 TMG auf Ansprüche der Störerhaftung gegen Betreiber von Web 2.0-Diensten

1334 Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, TDG, 2004, TDG § 11 Rn. 11.

1335 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.1.3.c.aa.(1).

ergibt.<sup>1336</sup> Die Regelung lässt lediglich einzelfallbezogene hoheitliche Anordnungen gegen die ISPs zu, die auf die Entfernung oder Sperrung einer konkreten, bereits eingetretenen Rechtsverletzung gerichtet sind. Dies bedeutet jedoch, dass auch negatorische Ansprüche gegen Web 2.0-Dienste, insbesondere soweit sich diese auf die Verhinderung zukünftiger Rechtsverletzungen beziehen, grundsätzlich ausgeschlossen sind. Da die Betreiber von Web 2.0-Diensten somit nicht Störer sind und ihnen keinen besonderen Prüfpflichten in Bezug auf das in ihren Internetdiensten vorhandene Material obliegen, ist auch für eine Verpflichtung der ISPs zum Einsatz von Content-Identification-Technologien grundsätzlich kein Raum. Einer solchen Verpflichtung würde darüber hinaus der Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG entgegenstehen. Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass der Betreiber eines Web 2.0-Dienstes, sofern er die Tatbestandsvoraussetzungen gemäß § 10 TMG erfüllt, unabhängig von dem Einsatz von Content-Identification-Technologien grundsätzlich nicht als Störer haftet, und lediglich aufgrund von § 7 Abs. 2 S. 2 TMG zur Beseitigung von Rechtsverletzungen in Einzelfällen herangezogen werden kann.

### 3. Ergebnis

Nachfolgend werden die für die deutsch-europäische Rechtslage gefundenen Ergebnisse zusammengefasst und kritisch gewürdigt.

#### a. Auswirkungen von Content-Identification-Technologien auf die Haftung von Web 2.0-Diensten nach deutsch-europäischem Recht

Aufgrund der grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 10 TMG auf urheberrechtliche Schadensersatzansprüche scheiden solche Ansprüche gegen Web 2.0-Dienste regelmäßig aus. Auf dieses Ergebnis hat weder der Einsatz von Content-Identification-Technologien noch der bewusste Verzicht hierauf einen Einfluss.

Das gleiche Ergebnis ergibt sich in Bezug auf Ansprüche der Störerhaftung wegen Urheberrechtsverletzungen, sofern man § 7 Abs. 2 S. 2 TMG entsprechend der Intention des europäischen Gesetzgebers auslegt. Hieraus ergibt sich, dass Web 2.0-Dienste durch § 10 TMG grundsätzlich auch von Ansprüchen der Störerhaftung befreit werden und § 7 Abs. 2 S. 2 TMG insoweit nur erlaubt, dass ISPs eng begrenzte, einzelfallbezogene Maßnahmen zur Beseitigung einer konkreten Rechtsverletzung auferlegt werden können. Einer darüber hinausgehenden Verpflichtung von ISPs dahingehend, Content-Identification-Technologien generell zur Verhin-

1336 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.2.d.bb.

derung bzw. Beseitigung von Rechtsverletzungen einzusetzen, steht der Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten somit entgegen.

Folgt man in Bezug auf Ansprüche der Störerhaftung gegen einen ISP hingegen der Rechtsprechung des BGH zu Internetversteigerungen, ist § 10 TMG hierauf nicht anwendbar und haftet somit der Betreiber eines Web 2.0-Dienstes ohne Einschränkung als Störer, falls er die ihm im Zusammenhang mit ihm bekannt gewordenen Rechtsverletzungen obliegenden Prüfpflichten verletzt. Aufgrund der Ausweitung der Haftung von ISPs auf „kerngleiche“ und zukünftige Rechtsverletzungen sowie der daraus erkennbaren Tendenz des BGH, im Angebot von Internetdiensten generell die Eröffnung einer Gefahrenquelle zu sehen, die besondere Schutzpflichten des ISPs in Bezug auf die Rechtspositionen Dritter nach sich zieht, ist davon auszugehen, dass ISPs auf Grundlage dieser Rechtsprechung zukünftig auch zum Einsatz von Content-Identification-Technologien verpflichtet werden dürften.

## b. Bewertung

Aus diesem Ergebnis geht hervor, dass der europäische und der deutsche Gesetzgeber das Ziel, mit den Regelungen über die Haftung von Host-Providern gemäß Art. 14 Abs. 3 ECRL bzw. § 10 TMG einen interessengerechten, leicht handhabbaren, entwicklungsfähigen und flexiblen Rechtsrahmen zu schaffen, nicht erreicht haben.<sup>1337</sup>

Wie dargelegt wurde, beruht die Konzeption der Haftungsbeschränkungen auf der Annahme, dass eine technische Kontrolle des innerhalb von Internetdiensten stattfindenden Datenverkehrs für ISPs praktisch unmöglich ist. Daher wurde die Haftung von ISPs insoweit weitgehend beschränkt und zudem eine Verpflichtung von ISPs, ihre Internetdienste auf Rechtsverletzungen zu überwachen, gesetzlich ausgeschlossen, um zu vermeiden, dass den ISPs objektiv unerfüllbare Pflichten auferlegt werden würden. Diese den Haftungsbeschränkungen sämtlich zugrundeliegende Annahme der faktisch unmöglichen Kontrolle wurde jedoch weder in den Regelungen der ECRL noch des TMG ausdrücklich verankert. Da somit ISPs nach der Gesetzeslage zur Überwachung ihrer Dienste unabhängig davon, ob ihnen eine solche Überwachung technisch möglich wäre, nicht verpflichtet sind, bestehen ihrerseits keinerlei Anreize, vorhandene Technologien, die eine verbesserte Überwachung von Internetdiensten auf rechtsverletzendes Material und damit einen besseren Schutz von Urheberrechten ermöglichen würden, einzusetzen. Denn auf die Beschränkung ihrer Haftung wirkt sich die Ergreifung solcher Maßnahmen,

1337 Marly, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EU, 2009, A 4, Art. 12 Rn. 7.

deren Implementierung zudem mit erheblichem zeitlichen, technischen und finanziellen Aufwand verbunden ist, nicht aus. Zwar hätte eine Regelung, die die Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung davon abhängig macht, dass der ISP alle Mittel einsetzt, um Urheberrechte im Rahmen des zum jeweiligen Zeitpunkt technisch Möglichen und Zumutbaren zu schützen, weniger Rechtssicherheit bedeutet. Denn der Umfang der Beschränkung der Haftung von ISPs hätte demnach unter anderem von zukünftigen technischen Entwicklungen abgehängt. Andererseits hätte eine solche Regelung mehr Möglichkeiten geboten, auf die im Vorhinein zumeist nicht absehbaren neuen technischen Entwicklungen im Bereich des Internets flexibler zu reagieren.<sup>1338</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint daher die vom BGH entwickelte Lösung fast vorzugswürdig.<sup>1339</sup> Denn hierdurch kann im Rahmen der Prüfung der Prüfpflichtverletzung unter Berücksichtigung der im jeweiligen Zeitpunkt und nach den konkreten Umständen verfügbaren technischen Möglichkeiten für jeden Einzelfall eine angemessene Lösung gefunden werden. Für diesen Ansatz spricht auch, dass aufgrund neuer technischer Entwicklungen wie beispielsweise Content-Identification-Technologien die Kontrolle von Datenströmen im Internet in gewissem Umfang möglich wird. Damit wird jedoch die Rechtfertigung des Anspruchs von ISPs auf eine Beschränkung ihrer Haftung zunehmend in Frage gestellt.<sup>1340</sup> Aufgrund dieser Entwicklung rücken ISPs nach und nach in die Position eines „normalen“ Anbieters von Produkten oder Dienstleistungen in der analogen Welt heran, der in der Regel für seine Tätigkeiten und die daraus für die Rechtspositionen Dritter resultierenden Gefahren keine speziellen Haftungserleichterungen genießt. Gerade im deutschen

1338 Ähnlich sieht es auch *Spindler*, MMR 2007, 511, 514: Der Kern des Problems im Zusammenhang mit den Haftungsbeschränkungen des TMG liege in der Frage, ob unter Effizienzgesichtspunkten am ehesten der Rechtsinhaber oder der Provider eine Rechtsverletzung überwachen oder verfolgen kann. Die Lösung könne nicht ein „Schwarz-Weiß“ sein, sondern nur ein Mittelweg, bei dem sowohl Anreize zum Einsatz von Überwachungssystemen zur Rechtsüberwachung gesetzt als auch Risiken für Provider minimiert werden.

1339 So äußerte sich auch die derzeitige Bundesjustizministerin *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* in ihrer „Berliner Rede zum Urheberrecht“ vom 14.06.2010: „*Ich meine, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sichert einen fairen Ausgleich der Interessen, indem sie den Rechteinhabern unter bestimmten Voraussetzungen einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch auch gegenüber dem Provider zuerkennt. Nämlich dann, wenn dieser seine Prüfpflichten nicht erfüllt und es ihm im Einzelfall möglich und zumutbar ist, die Rechtsverletzung zu verhindern. Auch wenn dies manche fordern, halte ich es nicht für richtig, diese Rechtslage zum Nachteil der Rechteinhaber zu verändern. Die Provider bleiben hier in der Verantwortung.*“ Die Rede ist abrufbar unter [http://www.bmj.bund.de/enid/0,41c20c636f6e5f6964092d0936393139093a095f7472636964092d0936393230/Reden/Sabine\\_Leutheusser-Schnarrenberger\\_1mt.html](http://www.bmj.bund.de/enid/0,41c20c636f6e5f6964092d0936393139093a095f7472636964092d0936393230/Reden/Sabine_Leutheusser-Schnarrenberger_1mt.html) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

1340 *Rössl/Rössl*, CR. 2005, 809, 815; so auch *Lehmann*, CR 1998, 233, 234, der bereits sehr früh die weitreichenden Haftungsbeschränkungen für Provider als „rechtspolitisch verfehlt“ qualifizierte: „*Die Rechtsgeschäfte im Netz ... benötigen Rechtssicherheit, aber nicht eine wirtschaftspolitisch falsch verstandene Standortsubventionierung durch Haftungsbeschränkung.*“

Recht ist es zudem Tradition, dass für Gefahren, die sich aus neuen Technologien ergeben, grundsätzlich der Nutznießer dieser Technologien einstehen muss, beispielsweise im Rahmen einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung.<sup>1341</sup> Auch sollte es grundsätzlich Aufgabe des Rechts sein, Anreize dafür zu bieten, dass verfügbare technische Mittel zur Eindämmung der missbräuchlichen Verwendung von Produkten und Dienstleistungen nach Möglichkeit genutzt werden.<sup>1342</sup>

## II. Rechtsvergleich

Auf der Grundlage der gefundenen Ergebnisse zur Haftung von ISPs, die Web 2.0-Dienste betreiben, innerhalb derer die Nutzer Rechtsverletzungen begehen, sowie zu den Auswirkungen von Content-Identification-Technologien hierauf, wird nachfolgend die bestehende Rechtslage nach US-amerikanischem und deutsch-europäischem Urheberrecht verglichen. Dabei werden zunächst allgemein die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der materiell-rechtlichen Haftung von Web 2.0-Diensten sowie der Haftungsbeschränkung für Host-Provider dieser Jurisdiktionen dargestellt. Auf dieser Grundlage wird im Anschluss verglichen, welche Konsequenzen in haftungsrechtlicher Sicht die Verfügbarkeit von Content-Identification-Technologien nach sich zieht.

### 1. Vergleich der Rechtslage betreffend die materiell-rechtliche Haftung von Web 2.0-Diensten

Auf der Ebene der Haftungsbegründung bestehen erhebliche Unterschiede zwischen der US-amerikanischen und der deutsch-europäischen Rechtslage.

Nach US-amerikanischem Recht bleibt die Haftung von ISPs dem Grunde nach, d.h. nach den Grundsätzen der *primary* und der *secondary liability*, von der Haftungsbeschränkung gemäß § 512(c) unberührt. Dies bedeutet, dass es für die Beurteilung der Haftung von ISPs nach diesen Grundsätzen zunächst keine Rolle spielt, ob die Haftungsbeschränkung gemäß § 512(c) auf den ISP Anwendung findet. Denn die Voraussetzungen der einschlägigen Rechtsinstitute werden durch § 512(c) nicht überlagert oder modifiziert. Vielmehr beschränkt die Haftungsbeschränkung im Falle ihres Eingreifens lediglich die Folgen der dem Grunde nach bestehenden urheberrechtlichen Primär- oder Sekundärhaftung des ISPs für die Rechtsverletzungen der Nutzer seines Internetdienstes.

1341 *Lehmann*, in: *Lehmann/Meents* (Hrsg.), FA IT-Recht, Kap. 10, Rn. 11.

1342 *Rössl/Rössl*, CR 2005, 809, 815; *Lehmann*, ZUM 1999, 180, 183.

Allerdings scheidet eine Haftung von ISPs als *primary infringer* in der Regel bereits nach den Grundsätzen von *Netcom* aus. Demnach gelten als unmittelbare Täter von Urheberrechtsverletzungen, die in Bezug auf urheberrechtlich geschützte Multimediawerke innerhalb von Internetdiensten begangen werden, grundsätzlich nur die Nutzer. Der ISP kann für deren Handlungen nach *Netcom* als *primary infringer* nur im Falle des Hinzutretens weiterer Umstände („volition“ oder „causation“) haftbar gemacht werden. Darüber hinaus kommt im US-amerikanischen Recht jedoch eine Haftung des ISPs als *secondary infringer* nach den Grundsätzen des *contributory infringement* oder der *vicarious liability* in Betracht. Die Analyse der einzelnen Voraussetzungen dieser beiden Rechtsinstitute hat gezeigt, dass ein ISP, der im Rahmen seines Internetdienstes Content-Identification-Technologien einsetzt, aufgrund dieser Tatsache Gefahr läuft, wegen des Bestehens einer tatsächlichen Beherrschungsmöglichkeit in Bezug auf das rechtswidrige Verhalten der Nutzer als *vicarious infringer* haftbar gemacht zu werden. Hingegen kann auf die Tatsache, dass ein ISP Content-Identification-Technologien nicht einsetzt, die Haftung des ISPs als *contributory infringer* gestützt werden, sofern man insoweit für das subjektive Erfordernis der *constructive knowledge* ein bewusstes Sichverschließen vor Kenntnis ausreichen lässt. Denn ein solches bewusstes Sichverschließen kann darauf gestützt werden, dass es der ISP in seiner Eigenschaft als *cheapest cost avoider* unterläßt, Urheberrechtsverletzungen durch Einsatz technischer Mittel nach Möglichkeit einzudämmen, ohne hierfür zwingende (wirtschaftliche) Gründe nennen zu können. Weiterhin birgt der Nichteinsatz von Content-Identification-Technologien für den ISP das Risiko, dass dieser deswegen auch nach der *inducement rule* als *contributory infringer* haftet. Nach der gegenwärtigen US-amerikanischen Rechtslage lässt sich somit die materiell-rechtliche Haftung sowohl gegenüber einem ISP, der Content-Identification-Technologien einsetzt, als auch gegen einen ISP, der hierauf bewußt verzichtet, begründen. Aus materiell-rechtlichen Gesichtspunkten ist es somit im Ergebnis gleichgültig, ob sich ein ISP für oder gegen Content-Identification-Technologien in seinem Internetdienst entscheidet, da sich jede Entscheidung auf seine materiell-rechtliche Haftung sowohl positiv als auch negativ auswirken kann.

Währenddessen kommen nach deutsch-europäischem Urheberrecht gegen ISPs materiell-rechtliche Ansprüche in Form des urheberrechtlichen Schadensersatzanspruches gemäß § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG sowie Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche der urheberrechtlichen Störerhaftung in Betracht. Allerdings ist nach deutsch-europäischem Recht für das Bestehen dieser materiell-rechtlichen Ansprüche entscheidend, ob die auf Art. 14 ECRL basierende Haftungsbeschränkung gemäß § 10 TMG eingreift. Denn aufgrund der dogmatischen Einordnung der Haftungsbeschränkung als „tatbestandsintegrierter Vorfilter“ werden hierdurch anders als im US-amerikanischen Recht nicht nur die Haftungsfolgen, sondern vielmehr

die tatbestandliche Reichweite einer Haftungsnorm beschränkt. Damit wirkt sich § 10 TMG auf der Ebene der materiell-rechtlichen Begründung der Haftung des ISPs aus, d.h. werden im Falle der Anwendbarkeit dieser Vorschrift Ansprüche gegen den ISP bereits dem Grunde nach ausgeschlossen.

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass ein Web 2.0-Dienst nach US-amerikanischem Recht unabhängig von dem Eingreifen der Haftungsbeschränkung gemäß § 512(c) zunächst als *primary* oder *secondary infringer* haften kann. Sofern § 512(c) eingreift, wird der ISP hierdurch nur vor den Folgen einer solchen Haftung geschützt. Hingegen ist nach deutsch-europäischem Recht im Falle des Eingreifens der Haftungsbeschränkung gemäß § 10 TMG eine Urheberrechtsverletzung seitens des ISPs bereits tatbestandlich ausgeschlossen.

## 2. Vergleich der Haftungsbeschränkungen für Host-Provider gemäß § 512(c) bzw. § 10 TMG

Sowohl nach US-amerikanischem als auch nach deutsch-europäischem Recht hängt die Haftung von ISPs im Ergebnis davon ab, ob die jeweilige Haftungsbeschränkung für Host-Provider – gemäß § 512(c) bzw. Art. 14 ECRL/§ 10 TMG – eingreift. Gemeinsamkeiten und Unterschiede dieser Regelungen werden nachfolgend dargestellt.

### a. Gemeinsamkeiten: gleiche Motivation hinter der Einführung der Haftungsbeschränkungen

Die US-amerikanische und die deutsch-europäische Haftungsbeschränkung basieren auf identischen Erwägungen. Einerseits soll mit ihrer Hilfe der sich im Internet entwickelnde elektronische Geschäftsverkehr einschließlich der damit einhergehenden neuen Geschäftsmodelle, Technologien und Kommunikationswege befördert werden. Denn durch die Haftungsbeschränkungen soll zugunsten der ISPs, die solche Produkte und Dienstleistungen anbieten, Rechtssicherheit betreffend die Voraussetzungen und den Umfang ihrer Haftung für Rechtsverletzungen, die Nutzer innerhalb ihrer Internetdienste begehen, geschaffen werden. Zu diesem Zweck werden ISPs unter bestimmten Voraussetzungen von der Haftung für rechtswidrige Aktivitäten innerhalb ihrer Internetdienste weitgehend befreit. Die Haftungsbeschränkungen beruhen weiterhin auf der Annahme, dass ISPs eine Kontrolle des innerhalb ihrer Internetdienste automatisch abgewickelten Datenverkehrs technisch nicht möglich ist und deswegen eine Haftung ihrerseits insoweit nicht gerechtfertigt wäre. Daher dürfen ISPs gemäß § 512(m) bzw. 15 Abs. 1 ECRL/§ 7

Abs. 2 S. 1 TMG nicht zur aktiven Überwachung ihrer Internetdienste verpflichtet werden.

Andererseits sollen auch die Interessen der Rechtsinhaber an der Beseitigung und Verhinderung von im Internet stattfindenden Eingriffen in ihre Rechtspositionen angemessen berücksichtigt werden. Daher sehen sowohl § 512(j) als auch Art. 14 Abs. 3 ECRL/§ 7 Abs. 2 S. 2 TMG vor, dass ISPs ungeachtet des Eingreifens der jeweiligen Haftungsbeschränkung weiterhin zur Beseitigung konkreter Rechtsverletzungen durch hoheitliche Maßnahmen verpflichtet werden können.

## b. Unterschiede

Im Übrigen bestehen jedoch erhebliche Unterschiede in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der Haftungsbeschränkungen.

### aa. Reichweite der Haftungsbeschränkungen

Ein wesentlicher Unterschied besteht zunächst im Hinblick auf die Reichweite der Haftungsbeschränkungen. So beschränkt § 512(c) die Haftung von ISPs lediglich in Bezug auf *copyright infringement*. Dies bedeutet, dass die Haftung von ISPs für alle anderen Bereiche außerhalb des Urheberrechts hiervon unberührt bleibt. Hingegen wird durch § 10 TMG die Haftung von ISPs „horizontal“ beschränkt, d.h. rechtsgebietsübergreifend und damit unabhängig davon, ob die jeweilige Haftungsnorm dem Zivil-, Straf- oder öffentlichen Recht angehört. § 10 TMG befreit somit im Falle des Eingreifens dieser Regelung einen ISP nicht nur von der urheberrechtlichen Haftung, sondern darüber hinaus von jeglicher zivilrechtlicher, strafrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Verantwortlichkeit.

### bb. Folgen des Eingreifens der Haftungsbeschränkungen

Ein wesentlicher Unterschied besteht weiterhin in der gesetzlichen Ausgestaltung der Rechtsfolgen, die sich aus dem Eingreifen der Haftungsbeschränkungen ergeben.

Die haftungsrechtlichen Folgen des Eingreifens von § 512(c) sind klar gesetzlich geregelt. So geht aus dem Wortlaut von § 512(c) hervor, dass hierdurch jegliche finanzielle Entschädigungsansprüche („monetary relief“) gegen den ISP ausgeschlossen werden. Darüber hinaus werden in § 512(j) Art und Umfang des Erlasses von *injunctives* geregelt. Die Möglichkeiten der Gerichte, gegen ISPs solche Hand-

lungs- oder Unterlassungsverfügungen zu erlassen, werden stark eingeschränkt und an bestimmte, gesetzlich geregelte Voraussetzungen geknüpft. Diese klaren Regelungen betreffend den Umfang der Haftung des ISPs im Falle des Eingreifens der Haftungsbeschränkung werden ergänzt durch das Notice&Takedown-Verfahren gemäß § 512(c)(3). Hierdurch wird den Rechtsinhabern eine attraktive Alternative zur Beseitigung von Rechtsverletzungen unabhängig von der materiell-rechtlichen Inanspruchnahme des ISPs geboten, in Form eines klar geregelten Mechanismus zur Beseitigung bereits eingetretener Rechtsverletzungen.

Hingegen besteht nach der deutschen-europäischen Rechtslage gemäß § 10 TMG lediglich Klarheit darüber, dass jedenfalls verschuldensabhängige deliktische und strafrechtliche Ansprüche gegen den ISP im Falle des Eingreifens der Haftungsbeschränkung vollumfänglich ausgeschlossen sind. Weitgehende Rechtsunsicherheit besteht jedoch darüber, inwieweit ein ISP trotz der Anwendbarkeit von § 10 TMG als Störer haftbar gemacht werden kann, d.h. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen in Bezug auf die innerhalb seines Internetdienstes begangenen Rechtsverletzungen ausgesetzt ist. Da die ECRL insoweit keine eindeutigen Vorgaben außer der Öffnungsklausel gemäß Art. 14 Abs. 3 ECRL enthält, herrscht hierüber im Anwendungsbereich von § 10 TMG weitgehende Rechtsunsicherheit, die in der BGH-Rechtsprechung zu Internetversteigerungen sowie in der darauf folgenden Instanzrechtsprechung ihren Niederschlag gefunden hat, wonach § 10 TMG grundsätzlich nicht auf negatorische Ansprüche anwendbar ist. Dies bedeutet jedoch, dass nach deutsch-europäischem Recht ISPs dieser Haftung, die gerade im Bereich des Urheberrechts eine wichtige Rolle spielt, weiterhin vollumfänglich ausgesetzt sind. ISPs können daher in Bezug auf bekannte und nach der Rechtsprechung des BGH darüber hinaus auch für damit kerngleiche sowie erst zukünftig zu erwartende Rechtsverletzungen als Störer haftbar gemacht werden, sofern sie die ihnen ab Kenntnis von einer Rechtsverletzung obliegenden Prüfpflichten verletzen.

#### cc. Subjektive Voraussetzungen der Anwendbarkeit

Weiterhin unterscheiden sich die US-amerikanische und die deutsch-europäische Haftungsbeschränkung in Bezug auf die subjektiven Voraussetzungen, die zu einem Verlust des Anspruchs auf die Haftungsbeschränkung seitens des ISPs führen.

Zwar muss sowohl bei § 512(c)(1)(A) als auch bei § 10 TMG sich die Kenntnis des ISPs gerade auch auf die Rechtswidrigkeit des betreffenden Materials oder der Tätigkeit eines Nutzers beziehen. Allerdings reicht gemäß § 10 S. 1 Nr. 1 TMG neben positiver Kenntnis bereits „normale“ grob fahrlässige Unkenntnis des ISPs von der Rechtswidrigkeit der Information oder Handlung zum Verlust der Haf-

tungsbeschränkung in Bezug auf Schadensersatzansprüche aus. Hingegen führt im Rahmen von § 512(c)(1)(A) neben der positiven Kenntnis nur das Bewusstsein von *red flags*, d.h. von Umständen, aus denen die Rechtswidrigkeit des Materials oder der Handlung offensichtlich hervorgeht, zur Unanwendbarkeit der Haftungsbeschränkung. Wie gezeigt wurde, genügen dieser Anforderung nur Umstände, bei denen deutliche Hinweise auf eklatante Rechtsverletzungen vorliegen, d.h. die Rechtswidrigkeit dem Material oder der Handlung gleichsam „auf die Stirn geschrieben“ ist. Allerdings führt das Bewusstsein von *red flags* nicht nur zum Verlust der Haftungsbeschränkung in Bezug auf Schadensersatzansprüche, sondern in Bezug auf sämtliche Ansprüche, die sich aus einer Urheberrechtsverletzung ergeben können.

dd. US-amerikanische Ausschlusskriterien ohne direktes Pendant im deutsch-europäischen Recht

Die US-amerikanische Haftungsbeschränkung stellt über die subjektiven Voraussetzungen hinaus noch zwei weitere Anforderungen an einen ISP, die dieser erfüllen muss, um den Schutz gemäß § 512(c) für sich beanspruchen zu können. Hingegen stellt die deutsch-europäische Regelung gemäß § 10 TMG keine weiteren Anforderungen an ihre Anwendbarkeit, außer dass der die Rechtsverletzung unmittelbar begעהende Nutzer nicht der Aufsicht des ISPs unterstellt sein darf.

(1) Unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil bei gleichzeitigem Vorliegen der rechtlichen und tatsächlichen Beherrschungsmöglichkeit in Bezug auf das rechtswidrige Verhalten

Gemäß § 512(c)(1)(B) darf ein ISP, der über eine rechtliche und tatsächliche Beherrschungsmöglichkeit in Bezug auf das urheberrechtswidrige Verhalten der Nutzer verfügt, keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil aus diesem Verhalten ziehen. Die Einführung dieses Ausschlusskriteriums ist konsequent in Anbetracht der Tatsache, dass eine der grundlegenden Annahmen, auf der die Einführung der Haftungsbeschränkungen für ISPs sowohl im US-amerikanischen als auch im deutsch-europäischen Recht beruht, die fehlende Kontrolle der ISPs über den innerhalb ihrer Internetdienste stattfindenden Datenverkehr ist. Vor diesem Hintergrund ist es folgerichtig, den Schutz der Haftungsbeschränkung entfallen zu lassen, wenn der ISP entgegen dieser Annahme dennoch über eine solche Kontrollmöglichkeit verfügt und aus dem von ihm faktisch beherrschbaren rechtswidrigen Verhalten einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zieht. Denn hieraus kann ge-

geschlossen werden, dass der ISP von den Eingriffen in fremde Urheberrechte zielgerichtet profitieren will, indem er darauf verzichtet, solches Verhalten durch Ausübung der faktischen Beherrschungsmöglichkeit zu unterbinden.

Zwar wurde dargelegt, dass die derzeitige Konzeption dieses Ausschlusskriteriums im Detail durchaus kritikwürdig und verbesserungsfähig ist,<sup>1343</sup> insbesondere da sich weder dem Gesetzestext noch aus den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren ausreichende Anhaltspunkte entnehmen lassen, was unter der Voraussetzung des unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteils – gerade im Kontext der oftmals werbebasierten neuen Geschäftsmodelle des E-Commerce – im Einzelnen zu verstehen ist. Demgegenüber erscheint es jedoch als das größere Versäumnis, dass der europäische Gesetzgeber ein solches Ausschlusskriterium in die Haftungsbeschränkung gemäß Art. 14 ECRL erst gar nicht aufgenommen hat. Denn dadurch fehlt es im deutsch-europäischen Recht an einem Ansatzpunkt, um einen ISP vom Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkung auszuschließen, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass dieser sein Geschäftsmodell bewusst so ausgestaltet hat, dass er Rechtsverletzungen trotz bestehender Einwirkungsmöglichkeiten geschehen lässt, um hiervon wirtschaftlich zu profitieren, solange ihm nicht grob fahrlässige Unkenntnis von einer konkreten Rechtsverletzung nachgewiesen werden kann. Aufgrund des Ausschlusses allgemeiner Überwachungspflichten kann eine solche grobe Fahrlässigkeit auch nicht über den Verzicht des ISPs auf die Ergreifung von proaktiven Maßnahmen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen gestützt werden.

Möglicherweise hat jedoch der EuGH in seiner Entscheidung vom 23.03.2010, in der es um die Haftung von Google für dessen Referenzierungsdienst ging, also die Zuschaltung von Werbung zu Suchergebnissen auf Grundlage bestimmter „Schlüsselworte“, bereits einen möglichen Ausweg aus dem deutsch-europäischen Dilemma aufgezeigt.<sup>1344</sup> Darin hat das Gericht festgehalten, dass für die Feststellung, ob die Verantwortlichkeit eines ISPs aufgrund Art. 14 ECRL beschränkt ist, zu prüfen ist, „ob die Rolle dieses Anbieters [des ISPs] insofern neutral ist, als sein Verhalten rein technischer, automatischer und passiver Art ist und er weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.“<sup>1345</sup> Damit wurde jedoch für die Auslegung von Art. 14 ECRL auf das Verhalten eines ISPs der 42. Erwägungsgrund der ECRL für unmittelbar maßgeblich erklärt. Demnach sind für die Anwendbarkeit der in der ECRL festgelegten Aus-

1343 Vgl. 8. Kapitel, Teil B.IV.3.a.bb.

1344 EuGH vom 23.03.2010, Rs. C-236/08 bis C 238/08, Google France/Louis Vuitton; vgl. hierzu die Besprechung von *Fitzner*, MMR 2010, 83.

1345 EuGH vom 23.03.2010, Rs. C-236/08 bis C 238/08, Google France/Louis Vuitton, Rz. 114; in einem obiter dictum hat der BGH diese vom EuGH postulierte (zusätzliche) Voraussetzung der Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkungen auf ISPs bereits übernommen, vgl. BGH vom 29.04.2010, GRUR 2010, 628, 639 (Rn. 39) - Vorschaubilder.

nahmen der Verantwortlichkeit von ISPs genau diese Kriterien der Kenntnis und Kontrolle ausschlaggebend. Damit wird jedoch einer Argumentation die Tür geöffnet, wonach das Verhalten des ISPs über die gesetzlich ausformulierten Tatbestandsmerkmale hinaus einer wertenden Gesamtbetrachtung zu unterziehen ist und im Ergebnis der Schutz der Haftungsbeschränkungen nur einem ISP gewährt werden darf, dessen Verhalten keinerlei Hinweise darauf gibt, dass er das rechtswidrige Verhalten der Nutzer kontrollieren kann. Denn wenn eine solche faktische Kontrolle des ISPs besteht, würde nach der Lesart des EuGH die grundsätzliche Voraussetzung und Rechtfertigung für die Beschränkung der Haftung des ISP entfallen.

## (2) Standard Technical Measures

Darüber hinaus sieht die US-amerikanische Regelung in § 512(i)(1)(B) vor, dass die Haftungsbeschränkung auf einen ISP nicht anwendbar ist, wenn dieser im Rahmen seines Internetdienstes keine Technologien einsetzt, die als STMs zu qualifizieren sind. Zudem bilden STMs eine Ausnahme von dem Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten, indem ISPs zur Überwachung ihrer Internetdienste auf Rechtsverletzungen insoweit verpflichtet werden können, als solche Maßnahmen durch STMs ermöglicht werden.

Zwar ist wiederum die konkrete Ausgestaltung dieses *threshold requirements*, insbesondere die Definition des Begriffs der STMs, wie dargelegt wurde, kritikwürdig,<sup>1346</sup> jedoch ist der Zweck, der mit dieser Regelung verfolgt wird, ohne Einschränkung zu begrüßen. Denn die durch die Haftungsbeschränkungen geschaffene Sonderstellung der ISPs in Bezug auf die Haftung für Urheberrechtsverletzungen kann nur solange und soweit Geltung beanspruchen, wie die technische Beschaffenheit und die damit einhergehenden Kontroll(un)möglichkeiten der Internetdienste der ISPs dies rechtfertigen. Wenn jedoch die Kontrolle des Datenverkehrs in Internetdiensten durch neue technologische Entwicklungen, wie beispielsweise durch Content-Identification-Technologien, zumindest in gewissem Umfang möglich wird, müssen die Haftungsbeschränkungen auf diesen Umstand entsprechend reagieren können. Die Einführung einer Verpflichtung von ISPs, neue Technologien, die eine bessere Kontrolle von Urheberrechtsverletzungen ermöglichen, einzusetzen zu müssen, wenn sie die Vorteile der Haftungsbeschränkung weiterhin für sich beanspruchen wollen, wie sie § 512(i)(1)(B) eigentlich vorsehen möchte, stellt eine solche Reaktionsmöglichkeit dar.

Hingegen fehlt im deutsch-europäischen Recht eine solche Reaktionsmöglichkeit gänzlich. Damit ist im Anwendungsbereich von Art. 12-15 ECRL bzw. §§ 7-10

1346 Vgl. 8. Kapitel, Teil B.IV.3.a.aa.

TMG jedoch die Annahme der technischen Unmöglichkeit von Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen in Bezug auf Rechtsverletzungen, die innerhalb von Internetdiensten stattfinden, für alle Zukunft unabhängig von den tatsächlichen technischen Entwicklungen gleichsam „einbetoniert“. Technische Neuerungen, die die Privilegierung von ISPs mit der Begründung fehlender tatsächlicher Kontrollmöglichkeiten grundsätzlich in Frage stellen, können somit innerhalb der Prüfung der Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung nicht angemessen berücksichtigt werden. Dies führt zwangsläufig zu Ergebnissen, die nicht interessengerecht sind. Denn auf diese Weise kann ein ISP, der innerhalb seines Internetdienstes stattfindende Rechtsverletzungen technisch kontrollieren könnte, hierauf aber bewusst verzichtet, dennoch in den Genuß der Haftungsbeschränkung gemäß § 10 TMG kommen. Damit wird der ISP jedoch in seiner Haftung privilegiert, obwohl er die Grundannahme, auf der die Gewährung dieses Privilegs basiert nicht mehr erfüllt, nämlich die technische Unmöglichkeit der Kontrolle des Datenverkehrs. Einen Ausweg aus diesem Dilemma könnte nur der vom EuGH bereits angedeutete unmittelbare Rückgriff auf den 42. Erwägungsgrund der ECRL weisen, wonach die fehlende Kontrolle eine zusätzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkungen ist.

#### ee. Ergebnis

Im Vergleich mit der deutsch-europäischen Haftungsbeschränkung gemäß Art. 14 ECRL/§ 10 TMG erscheint § 512(c) insgesamt als die überzeugendere Regelung. Denn zum einen schafft § 512(c) tatsächlich Rechtssicherheit über die Voraussetzungen und den Umfang der Haftung von ISPs in Bezug auf die innerhalb ihrer Internetdienste durch die Nutzer begangenen Urheberrechtsverletzungen. Denn § 512 regelt mit aller Klarheit die Rechtsfolgen, denen sich ein ISP im Falle der Anwendbarkeit einer der Safe-Harbor-Regelungen noch ausgesetzt sehen kann, vor allem auch im Hinblick auf *injunctio*ns. Hingegen besteht im deutsch-europäischen Recht trotz der Einführung der Haftungsbeschränkungen nach wie vor weitgehende Rechtsunsicherheit über den Umfang der Haftung von ISPs. Dies hat zu der Rechtsprechung des BGH geführt, wonach die im Urheberrecht eine herausragende Rolle spielende Störerhaftung auf ISPs weiterhin vollumfänglich Anwendung findet. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen ISPs sind damit unverändert von der einzelfallabhängigen Bestimmung der Zumutbarkeit von Prüfpflichten abhängig.

Auch berücksichtigt nur die US-amerikanische Regelung ausreichend die Umstände, die zu einem Entfallen der Haftungsbeschränkung zugunsten von ISPs führen müssen. Denn da sowohl § 512(c) als auch Art. 12 ECRL/§ 10 TMG auf der

Annahme basieren, dass ISPs die rechtswidrigen Aktivitäten der Nutzer innerhalb ihrer Internetdienste technisch nicht kontrollieren können und ihnen daher eine Überwachung ihrer Dienste auf Rechtsverletzungen grundsätzlich nicht zumutbar ist, müssen diese Regelungen den Fall berücksichtigen, dass sich diese Annahme überholt. Für diesen Fall sieht das US-amerikanische Recht vor, dass ISPs speziell den Schutz der Haftungsbeschränkung gemäß § 512(c) dann verlieren, wenn sie das Verhalten der Nutzer kontrollieren können und darüber hinaus von diesen Handlungen bewusst wirtschaftlich profitieren. Weiterhin ist die Anwendbarkeit von § 512(c) von vornherein ausgeschlossen, wenn der ISP STMs in seinem Internetdienst nicht einsetzt. Ferner kann ein ISP im Zusammenhang mit STMs auch zu einer Überwachung seines Internetdienstes verpflichtet werden, soweit dies durch STMs tatsächlich ermöglicht wird.

Hingegen sieht das deutsch-europäische Konzept neben den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen gemäß § 10 S. Nr. 1 TMG keine solchen speziellen Gründe vor, die zum Verlust des Anspruchs auf die Haftungsbeschränkung führen können. Damit besteht der Anspruch auf die Haftungsbeschränkung grundsätzlich auch dann fort, wenn Technologien entwickelt werden, die Kontrolle des Datenverkehrs in Internetdiensten und damit die Identifikation von Rechtsverletzungen ermöglichen und damit die grundlegende Voraussetzung für die Gewährung der Haftungsbeschränkung entfällt.

### 3. Vergleich der Auswirkungen des (Nicht-)Einsatzes von Content-Identification-Technologien auf die Haftung von Web 2.0-Diensten

Allerdings zeigen die Ergebnisse der Prüfung, welche Auswirkungen die Verfügbarkeit von Content-Identification-Technologien auf die Haftung von Web 2.0-Diensten hat, dass insoweit weder § 512(c) noch Art. 14 ECRL/§ 10 TMG in ihrer derzeitigen Form zu einer interessengerechten Lösung führen.

#### a. Gegenwärtige Situation: Kontraproduktive Ergebnisse sowohl nach § 512(c) als auch gemäß § 10 TMG

Nach der US-amerikanischen Rechtslage vergrößert der Einsatz von Content-Identification-Technologien aufgrund der dadurch eröffneten Kontrollmöglichkeiten zunächst auf der Ebene der materiell-rechtlichen Haftung das Risiko des Betreibers eines Web 2.0-Dienstes, für die Urheberrechtsverletzungen der Nutzer als *vicarious infringer* haftbar gemacht zu werden. Auf der Ebene der Haftungsbeschränkung läuft ein ISP weiterhin aufgrund des Einsatzes solcher Technologien Gefahr,

deswegen den Anspruch auf den Schutz der Haftungsbeschränkung aufgrund Erfüllung des Ausschlusskriteriums gemäß § 512(c)(1)(B) zu verlieren. Im Ergebnis hat damit ein ISP, der Content-Identification-Technologien einsetzt, ein höheres Risiko, für die Urheberrechtsverletzungen seiner Nutzer haftbar gemacht zu werden als seine Konkurrenten, die keine finanziellen und technischen Ressourcen in den Einsatz einer Content-Identification-Technologie investieren. Denn letztere können nach der derzeitigen Rechtslage – trotz des Risikos der materiell-rechtlichen Haftung als *contributory infringer* – weitgehend auf den Schutz der Haftungsbeschränkung vertrauen, da diese in ihrer derzeitigen Fassung keinen Ansatzpunkt dafür bietet, dem ISP den Schutz der Haftungsbeschränkung allein aufgrund des Verzichts auf den Einsatz von Technologien, die einen verbesserten Schutz von Urheberrechten ermöglichen, zu versagen. Für dieses Ergebnis zeichnet vor allem das *threshold requirement* gemäß § 512(i)(1)(B) verantwortlich, da nach der verunglückten Legaldefinition von STMs sich Content-Identification-Technologien bisher nicht als eine solche Maßnahme qualifizieren konnten, von deren Einsatz die Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung von vornherein abhängen würde. Damit setzt § 512(c) ISPs jedoch nicht nur keine Anreize, solche Technologien, die einen verbesserten Schutz von Urheberrechten ermöglichen, einzusetzen, sondern schreckt hiervon sogar ab, da ein ISP mit dem Einsatz einer solchen Technologie seine Rechtsposition gegenüber seinen Konkurrenten sogar verschlechtert.

Hingegen hat die Analyse der deutsch-europäischen Rechtslage gezeigt, dass sich hier der Einsatz einer Content-Identification-Technologie weder positiv noch negativ auf die Haftung des Betreibers eines Web 2.0-Dienstes auswirkt, sofern man § 10 TMG europarechtskonform auslegt. Denn auf die Beurteilung der subjektiven Voraussetzungen gemäß § 10 S. 1 Nr. 1 TMG, deren Vorliegen zum Ausschluss der Haftungsbeschränkung führt, hat die Tatsache des (Nicht)Einsatzes von Content-Identification-Technologien keinerlei Einfluss. Auch scheidet eine Verpflichtung eines ISPs zum Einsatz von Content-Identification-Technologien aufgrund des Ausschlusses allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 7 Abs. 2. S. 1 TMG aus. Dies bedeutet jedoch, dass auch nach der deutsch-europäischen Rechtslage einem ISP derzeit keinerlei Anreize geboten werden, Technologien, die den Schutz von Urheberrechten innerhalb von Internetdiensten wesentlich verbessern, einzusetzen. Zu einem anderen Ergebnis kommt man insoweit nur, wenn man der – in ihrer Begründung abzulehnenden – Rechtsprechung des BGH zu Internetversteigerungen folgt. Demnach ist davon auszugehen, dass ein ISP zur Erfüllung der ihm in Bezug auf bekannte sowie damit kerngleichen Rechtsverletzungen obliegenden Prüfpflichten grundsätzlich auch Content-Identification-Technologien einsetzen muss. Allein die Rechtsprechung des BGH setzt somit einen Anreiz zum Einsatz von Content-Identification-Technologien, da der ISP nur

durch deren Einsatz sicherstellen kann, dass er ihm etwaig obliegende Prüfpflichten nicht verletzt und damit vor Ansprüchen der Störerhaftung verschont bleibt.

## b. Verbesserungsvorschläge

Um ein zufriedenstellendes Ergebnis in Bezug auf die Auswirkungen von Content-Identification-Technologien auf die Haftung von Web 2.0-Diensten nach der US-amerikanischen Rechtslage herbeizuführen, würden zwei relativ geringfügige Maßnahmen ausreichen.<sup>1347</sup> Zum einen müsste sichergestellt werden, dass im Rahmen der Voraussetzung des unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteils gemäß § 512(c)(1)(B) ausreichend berücksichtigt werden kann, dass im Einsatz einer Content-Identification-Technologie grundsätzlich eine rechtstreue Haltung des ISPs zum Ausdruck kommt. Ein ISP, der sich so verhält, sollte grundsätzlich auch dann von der Haftungsbeschränkung geschützt werden, wenn sein Geschäftsmodell auf einem werbefinanzierten Geschäftsmodell beruht, dessen Erfolg von der Höhe des Nutzeraufkommens abhängig ist. Weiterhin müsste im Rahmen des *threshold requirement* gemäß § 512(i)(1)(B) die Definition des Begriffs der STMs optimiert werden, so dass der Einsatz von Technologien, die den Schutz von Urheberrechten objektiv verbessern, automatisch zur Voraussetzung der Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung wird und in seiner Entstehung nicht länger von der Willensbildung der durch die Entstehung von STMs betroffenen Interessengruppen abhängt.

Die Korrektur der Rechtslage nach deutsch-europäischem Recht wäre hingegen erheblich aufwendiger, allein aus dem Grund, dass hierfür eine Reform der Haftungsbeschränkungen für ISPs auf EU-Ebene erforderlich wäre. Denn aufgrund der durch Art. 12-15 ECRL bewirkten Vollharmonisierung kann der deutsche Gesetzgeber Änderungen, durch die die Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkungen an weitere Voraussetzungen geknüpft werden würde, nicht im Alleingang vornehmen. Es ist somit der europäische Gesetzgeber gefordert, im Zusammenhang mit den Haftungsbeschränkungen für ISPs einen Anreiz zum Einsatz von Technologien zu schaffen, durch die der Schutz von Urheberrechten maßgeblich verbessert wird. Insoweit käme insbesondere eine Klarstellung im Text der Regelungen der Richtlinie in Ergänzung zu Erwägungsgrund 42 in Betracht. Demnach sollten ISPs den Schutz einer Haftungsbeschränkung grundsätzlich nur beanspruchen können, wenn ihnen die Kontrolle des in Frage stehenden rechtswidrigen Verhaltens der Nutzer trotz des Einsatzes verfügbarer Technologien nicht möglich ist.

1347 Vgl. 8. Kapitel, Teil B.IV.3.a.cc.