

Stellungnahme

Fragebogen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zur Regelung der Anbieterhaftung im Telemediengesetz (TMG)

30. August 2007

Seite 1

Der BITKOM vertritt mehr als 1.000 Unternehmen, davon 850 Direktmitglieder mit 120 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Geräte-Hersteller, Anbieter von Software, IT- und Telekommunikationsdiensten sowie Content.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat am 13. Juni 2007 einen Fragebogen zur künftigen Regelung der Anbieterhaftung im TMG veröffentlicht. Dieser dient ausweislich seiner Begründung dazu, im Hinblick auf die jüngste Rechtsprechungsentwicklung in Deutschland, einen Beurteilungsmaßstab zu erhalten, ob weitere Verbesserungen im Bereich der Haftungsregeln möglich sind. Er soll insoweit eine etwaige Novellierung des TMG vorbereiten. Dies geschieht parallel zur Evaluierung der E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG) im Hinblick auf die Verantwortlichkeitsregelungen durch Europäische Kommission.

Der BITKOM begrüßt die Initiative des Bundeswirtschaftsministeriums, die im Rahmen der Zusammenführung von TDG und MDStV zum TMG nicht behandelte offene Frage der Anbieterhaftung nun politisch in Angriff zu nehmen. Wir nehmen gerne die Gelegenheit wahr, uns zu diesem aus Sicht der Internetwirtschaft zentralen Problemkomplex umfassend zu äußern. Aus Sicht des BITKOM gibt es hier dringenden Überarbeitungsbedarf, um inzwischen zu Tage getretene Fehlentwicklungen einer teils widersprüchlichen, teils exzessiven Rechtsprechung entgegenzuwirken.

Wir sehen die in Deutschland zu Tage getretenen Probleme jedoch eher in den Entwicklungen der Rechtsprechung begründet und nicht in der Richtlinie selbst. Daher halten wir eine Revision der Richtlinie nicht für notwendig und angesichts möglicher Gefahren für zentrale Elemente, wie das Herkunftslandprinzip auch nicht für geboten.

Schließlich begrüßt der BITKOM auch die erfolgte Notifizierung der BGH-Rechtsprechung zur Störerhaftung von Host-Providern bei der Europäischen Kommission. Wir erhoffen uns von diesem Verfahren erste Aussagen zur Vereinbarkeit der Rechtsprechungspraxis des BGH mit der E-Commerce-Richtlinie, nachdem das Gericht selbst leider stets von einer Vorlage der Auslegungsfragen zur E-Commerce-Richtlinie zum EuGH abgesehen hatte.

BITKOM erlaubt sich, bei der Beantwortung des Fragebogens von der vorgegebenen Struktur abzuweichen, um die zentralen Problemkomplexe und unsere Vorschläge für eine künftige Ausgestaltung im Zusammenhang darstellen zu können.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10
10117 Berlin
+49. 30. 27576-0
Fax +49. 30. 27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner

Dr. Guido Brinkel
Referent
Telekommunikations- und
Medienpolitik
+49. 30. 27576-221
Fax +49. 30. 27576-400
g.brinkel@bitkom.org

Präsident

Prof. Dr. Dr. h.c. mult August-Wilhelm Scheer

Hauptgeschäftsführer

Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 2

Zusammenfassung

BITKOM betont zunächst, dass es sich bei dem Verantwortlichkeitschema des TMG wie auch der E-Commerce-Richtlinie um ein ausgewogenes und in sich geschlossenes Regime handelt, das hinsichtlich seiner grundlegenden Vorgaben beibehalten werden sollte. Die Rechtsunsicherheit, der sich die Branche in der Praxis gegenüber sieht, ist insoweit weniger eine Folge der gesetzgeberischen Vorgaben, als vielmehr das Ergebnis der Anwendung und Auslegung durch die Rechtsprechung. Die jetzt durch das BMWi angestoßene Evaluierung der Verantwortlichkeitsregelungen sollte daher in erster Linie die durch die ausufernde Rechtsprechung zu den Überwachungspflichten verursachten Fehlentwicklungen ins Visier nehmen.

Daraus folgt, dass das Hauptaugenmerk der Evaluierung auf die Verantwortlichkeit der Host-Provider im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zur Störerhaftung gelegt werden sollte. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begrenzt die Wirkungsreichweite der im TMG verankerten, häufig verkürzend als „Privilegierungen“ bezeichneten Haftungsregeln stark, indem sie diese für zivilrechtliche Unterlassungsansprüche für nicht anwendbar erklärt. In der Praxis spielt auf diesem Boden daher das Verantwortlichkeitschema des TMG nur noch eine untergeordnete Rolle - maßgebend sind die vom BGH regelmäßig sehr extensiv interpretierten Regeln der allgemeinen Störerhaftung.

An dieser Stelle sieht BITKOM dringenden Korrekturbedarf. Aus unserer Sicht ist das von der E-Commerce-Richtlinie vorgegebene Verbot allgemeiner Überwachungspflichten in der deutschen Rechtsprechungspraxis nicht mehr befolgt. Wir begrüßen aus diesem Grunde ausdrücklich die Notifizierung der einschlägigen Rechtsprechung gegenüber der Kommission. Indem der Bundesgerichtshof die Prüfungspflichten der Provider – mittlerweile auch explizit für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch – auf wesensgleiche Rechtsverstöße erstreckt, werden Hosting-Anbieter faktisch zur dauerhaften Beobachtung der von ihnen gespeicherten fremden Inhalte ohne zeitliche Begrenzung verpflichtet. Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass durch die Konstruktion der Überwachungspflichten regelmäßig im Urteilstenor selbst nicht einmal die genauen Grenzen der Überwachung bestimmt werden. Die Frage, ob etwa hinreichende Monitoring-Maßnahmen eingeleitet wurden, bleibt damit einer Beurteilung im Einzelfall im Vollstreckungsverfahren überlassen. Die Rechtsunsicherheit der Diensteanbieter wird hierdurch nochmals erhöht.

Insgesamt werden durch die aktuelle Rechtsprechungspraxis die Provider in eine Richterrolle hinsichtlich der Bewertung fremder Inhalte gedrängt, ohne dass ihnen aber die Befugnisse eines Gerichts zukommen. Angesichts der Komplexität der im Raum stehenden rechtlichen Fragestellungen und dem regelmäßig bestehenden Zeitdruck ist dies nicht zumutbar, da die Provider auch das Haftungsrisiko für Fehlentscheidungen tragen. Insgesamt vermittelt das geltende Haftungsrecht in zu geringem Maße Anreize zu eigenen Maßnahmen der Provider, da diese mit Kenntnis eines entsprechenden Inhalts in eine haftungsrechtlich ungünstigere Situation gelangen, so dass das geltende Recht letztendlich eine „Vogel-Strauß-Mentalität“ belohnt.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 3

Schließlich führt das von der Rechtsprechung entwickelte Konzept der Prüfungspflichten zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit über den Umfang dieser Pflichten im Einzelfall. Die vagen Eingrenzungen dieser Pflichten durch den Bundesgerichtshof haben nicht dazu geführt, dass sich ein kohärentes System destillieren ließe. Vielmehr ist insbesondere auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung häufig durch fehlende Sensibilität für die technischen wie administrativen Möglichkeiten von Prüfungen gekennzeichnet. Dazu kommt, dass es letztendlich der Provider ist, der die technische Unmöglichkeit einer Maßnahme zu belegen hat – ein Negativbeweis, welcher in der Praxis kaum zu führen ist.

Insgesamt ist damit zu konstatieren, dass die durch die Rechtsprechung geschaffenen rechtlichen Unwägbarkeiten nicht nur für Internet-Auktionen, sondern für alle Fälle des Hostings, wie Internetportale, elektronische Marktplätze oder Webespace-Provider Anwendung finden.

BITKOM sieht verschiedene Ansätze, wie die bestehenden Defizite beseitigt werden können. Wir präferieren dabei eine explizite gesetzgeberische Klarstellung, dass Hostprovider auch über die Störerhaftung nicht verpflichtet werden können, die von ihnen gespeicherten Fremdinhalte auf etwaige künftige Rechtsverletzungen hin zu überwachen. Denkbar wäre auch die Einführung einer Haftungsprivilegierung für Hostprovider bei Bereitstellung eines spezifischen Anforderungen unterworfenen Melde- und Entferungsverfahren (Notice-and-Take-Down). Eine solche Privilegierung könnte das bestehende Haftungssystem präzisieren und ergänzen. Bei der Ausgestaltung der entsprechenden Anforderungen an das Meldeverfahren kann im Kern auf das amerikanische Vorbild im Digital Millennium Copyright Act (DMCA) zurückgegriffen werden, wobei allerdings im Anwendungsbereich der querschnittsartige Charakter des TMG beibehalten werden, also keine Beschränkung auf Urheberrechtsverletzungen erfolgen sollte. Ein weiterer denkbarer Ansatz wäre eine Präzisierung der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, mit welcher das für die Provider bestehende Dilemma, zur Führung eines Negativ-Beweises gezwungen zu sein, angegangen werden kann. Schließlich sollte ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip im Sinne eines Vorranges der Haftung des Content-Anbieters ins Auge gefasst werden, welches jüngst zum einen in der obergerichtlichen Rechtsprechung angenommen wurde, sich aber etwa auch im Entwurf zum 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag findet.

Über den Bereich des Host-Providings hinaus, halten wir außerdem eine Einbeziehung von Hyperlinks und Suchmaschinen in das Verantwortlichkeitsschema des TMG für sachgerecht und geboten. Während Hyperlinks hier der Regelung des § 10 TMG zugeordnet werden sollten, kommt für Suchmaschinen eine Erfassung über § 8 TMG in Betracht.

Schließlich sollten die Evaluierungsbemühungen auch das Access-Providing einbeziehen. Die Haftungsregelung des § 8 TMG erfasst zwar aus unserer Sicht umfassend auch alle neuen Formen der Zugangsvermittlung, wie etwa öffentlich betriebene Hotspots. Jedoch ist auch diesbezüglich die Reichweite der allgemeinen Störerhaftung problematisch, wie die umstrittenen Sperrungsverfügungen der Bezirksregierung

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 4

Düsseldorf offenbart haben. Da der Access-Provider gerade keinen Zugriff auf die Inhalte hat, die irgendwo im Internet vorgehalten werden, wäre die Auferlegung von Prüfpflichten hier erst recht ein eklatanter Verstoß gegen den Grundsatz des § 7 Absatz 2 Satz 1 TMG, bzw. des Artikel 15 Absatz 1 der E-Commerce-Richtlinie.

Soweit die Evaluierung ergänzend auch Fragen der örtlichen Zuständigkeit behandelt, befürwortet der BITKOM eine künftige Regel, welche die Möglichkeiten des bundesweiten Forum-Shoppings für den Antragsteller bzw. Kläger einschränkt und gleichzeitig die Bildung von Schwerpunktgerichten bzw. Schwerpunktkammern zulässt, ähnlich dem Vorbild der Kammern für Marken- oder Handelsrecht.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 5

Inhalt Seite

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | Allgemeine Anmerkungen | 6 |
| 2 | Problemlagen und Rechtsunsicherheiten im Bereich der Störerhaftung & Überwachungspflichten (Fragenkomplex 1, Fragen 1 bis 6) | 6 |
| 2.1 | Unklarheiten über die Wirkungsreichweite der §§ 8 – 10 TMG in der Praxis | 6 |
| 2.2 | Proaktive Überwachungspflichten trotz Verbot nach § 7 Abs. 2 S. 2 TMG..... | 7 |
| 2.3 | Richterrolle der Provider | 9 |
| 2.4 | Fehlende Anreizfunktion des Haftungsrechts | 10 |
| 2.5 | Zumutbarkeit von Überwachungsmaßnahmen & Darlegungslast | 11 |
| 2.6 | Situation der Forenbetreiber | 13 |
| 2.7 | Fazit | 13 |
| 3 | Lösungsansätze zur Störerhaftung & Überwachungspflichten (Fragenkomplex 1 – Fragen 6 bis 9) | 14 |
| 3.1 | Klarstellung, bzgl. in die Zukunft gerichteter Unterlassungspflichten | 14 |
| 3.2 | Notice & Takedown | 15 |
| 3.2.1 | Denkbare Ausgestaltung | 15 |
| 3.2.2 | Anwendungsbereich | 17 |
| 3.3 | Präzisierungen zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast..... | 18 |
| 3.4 | Haftungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip | 19 |
| 4 | Notwendige Regelung für Hyperlinks und Suchmaschinen (Fragenkomplex 3)..... | 21 |
| 4.1 | Rechtslage in Deutschland | 21 |
| 4.2 | Die Situation der Anbieter | 22 |
| 4.3 | Praktische Maßnahmen der Anbieter (Frage 3.2) | 22 |
| 4.4 | Einordnung von Suchmaschinen | 23 |
| 4.5 | Einordnung von Hyperlinks und ähnliche Instrumenten | 23 |
| 5 | Zugangsvermittlung/Störerhaftung (Fragenkomplex 2)..... | 24 |
| 5.1 | Bedeutung der Zugangsvermittlung..... | 24 |
| 5.2 | Einordnung in das Verantwortlichkeitsschema des TMG | 24 |
| 5.3 | Störerhaftung | 25 |
| 6 | Örtliche Zuständigkeit (Fragenkomplex 4) | 26 |

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 6

1 Allgemeine Anmerkungen

Der BITKOM weist darauf hin, dass es sich bei den Haftungsvorschriften des TMG wie auch der EU-Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr um ein in sich geschlossenes und ausgewogenes Regime handelt, welches bzgl. seiner grundlegenden Vorgaben in den §§ 7 ff. TMG bzw. den Artikeln 12 bis 15 der EU-Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr (Richtlinie 2000/31/EG) grundsätzlich beibehalten werden sollte. Es handelt sich hierbei um einen im Gesetzgebungsverfahren zur EU-Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr erzielten Kompromiss, der auch in Zukunft Bestandskraft haben muss.

Die Rechtsunsicherheit mit der sich die Diensteanbieter konfrontiert sehen, ist unseres Erachtens nicht auf ein Defizit des europäischen Gesetzgebers, sondern maßgeblich auf die bereits im Fragenkatalog des BMWi angeführte ausufernde und mit den tatsächlichen Gegebenheiten der Branche offensichtlich wenig vertraute Rechtsprechung zurückzuführen. Diese ist nach Auffassung des BITKOM weder mit den Vorgaben noch dem Sinn des TMG noch den Regelungen der EU Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr vereinbar. Im Rahmen der Novellierung des TMG sollte daher in erster Linie der durch die Rechtsprechung entstandenen Schiefelage entgegen gewirkt werden.

2 Problemlagen und Rechtsunsicherheiten im Bereich der Störerhaftung & Überwachungspflichten (Fragenkomplex 1, Fragen 1 bis 6)

2.1 Unklarheiten über die Wirkungsreichweite der §§ 8 – 10 TMG in der Praxis

Aus Sicht der vom BITKOM repräsentierten Unternehmen bildet die künftige Behandlung der Unterlassungsansprüche bzw. der sog. Störerhaftung den zentralen Problempunkt, der mit der Novellierung angegangen werden sollte. Die im TMG niedergelegten, häufig apodiktisch als „Privilegierungen“ titulierten, Haftungsregelungen der §§ 8 bis 10 werden heute von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soweit einschränkend ausgelegt, dass sie nur auf Schadensersatzansprüche sowie strafrechtliche Verantwortlichkeit und ggf. die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit anwendbar sein sollen, nicht aber auf zivilrechtliche Unterlassungsansprüche. Dies gründet auf einer sehr weitgehenden Auslegung von § 7 Abs. 2 S. 2 TMG. Dieser greift letztlich mit seiner Regelung, wonach „*Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen [...] auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit [...] unberührt*“ bleiben sollen, nur in leicht abgewandelter Formulierung Regelungen der E-Commerce-Richtlinie auf, die allerdings nur einzelfallbezogene Maßnahmen erlauben.

Zwei Senate des Bundesgerichtshofs haben dies nun dennoch wiederholt so interpretiert, dass der gesamte Bereich der verschuldensunabhängigen Haftung, insbesondere auf Unterlassung, von den Begrenzungstatbeständen der §§ 8 bis 10 TMG nicht erfasst wird. Von der gesetzlich vorgesehenen Haftungsbeschränkung der verschie-

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 7

denen Provider bleibt damit in der Praxis kaum etwas übrig. Denn hier dominieren Unterlassungsansprüche bzw. die sog. Störerhaftung das Bild. Dies liegt schon darin begründet, dass im Bereich der Immaterialgüterrechte, die den Hauptanteil der entsprechenden Verfahren vor den Gerichten ausmachen, die Störerhaftung mit dem Ziel von Unterlassungsverfügungen die verschuldensabhängige Haftung auf Schadensersatz praktisch vollständig verdrängt hat. Typisch für die Praxis ist im Übrigen, dass der ganz überwiegende Teil der Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz abgewickelt wird. Dies bedeutet regelmäßig zumindest in den Ausgangsinstanzen eine geringere gerichtliche Prüfungsdichte, die häufig zu Falschannahmen hinsichtlich der technischen Möglichkeit und des damit verbundenen Aufwandes von Sperrungen und Überwachungsmaßnahmen führt. Es bedarf schon aus diesem Grunde dringend gesetzlicher Präzisierungen der Providerverantwortlichkeit im TMG, welche auch den zentralen Bereich der Störerhaftung erfassen, um den Unternehmen die notwendige Rechtssicherheit zu geben, deren Schaffung der eigentliche Ausgangspunkt der E-Commerce-Richtlinie war.

Wir betonen, dass vor allem die neuerliche Rechtsprechung des BGH in den beiden „Rolex“-Entscheidungen (BGH Urteil vom 11.3.2004 - I ZR 304/01; BGH Urteil vom 19.04.2007 – I ZR 35/04) sowie in der Foren-Entscheidung (BGH Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 101/06) nicht nur im Bereich der Internetauktionen für erhebliche Rechtsunsicherheit gesorgt hat. Vielmehr stellen die in den Urteilen enthaltenen grundsätzlichen Feststellungen zur Haftung von Host Providern bereits für heute existierende Geschäftsmodelle wie das Web-Hosting, elektronische Marktplätze oder Foren erhebliche Probleme dar. Negativen Einfluss wird diese Rechtsprechung insbesondere aber auch auf die weitere Marktentwicklung von sog. Web 2.0-Angeboten (soziale Netzwerke und user generated content) haben.

2.2 Proaktive Überwachungspflichten trotz Verbot nach § 7 Abs. 2 S. 2 TMG

Ausgangspunkt aller Überlegungen zur jetzigen Novelle sollte der haftungsrechtliche Zentralsatz nach Artikel 15 der E-Commerce-Richtlinie sein, wonach den Anbietern von Diensten keine allgemeinen Verpflichtungen auferlegt werden dürfen, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. BITKOM sieht diesen, im TMG über § 7 Abs. 2 S. 1 formal umgesetzten, durch Satz 2 aber wieder aufgeweichten haftungsrechtlichen Grundsatz in der deutschen Rechtsprechungspraxis als nicht mehr gewährleistet an. Wir begrüßen aus diesem Grund ausdrücklich die Notifizierung der einschlägigen Rechtsprechung bei der Europäischen Kommission durch das Bundeswirtschaftsministerium.

Die Entwicklung der instanz- wie auch höchstrichterlichen Rechtsprechung in den vergangenen Jahren hat zu einer Situation geführt, die aus unserer Sicht der Auferlegung allgemeiner Überwachungspflichten gleichkommt. Dabei kann es bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch nicht darauf ankommen, ob gerichtliche Verfügungen explizit entsprechende allgemeine Verpflichtungen aussprechen –

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 8

wobei sich dies faktisch auch aus einer Unterlassungstenorierung ergibt -, sondern entscheidend sind die aus der Umsetzung der Urteile bei den betroffenen Unternehmen tatsächlich resultierenden Konsequenzen.

Der Bundesgerichtshof hat die Leitlinien seiner Rechtsprechung zur Störerhaftung 2007 in den Urteilen Internetversteigerung II (BGH I ZR 35/04) sowie zur Forenhaftung (BGH VI 101/06) bestätigt. Die Grundaussagen zur Reichweite der entsprechenden Pflichten lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Begangene oder auch nur drohende Rechtsverletzungen begründen eine Prüfungspflicht des Providers.
- Der Provider ist in der Folge nicht nur verpflichtet das konkrete Angebot zu sperren, sondern muss Vorsorge treffen, dass es nicht zu vergleichbaren Verletzungen (etwa Verletzungen der gleichen Marke) kommt. In diesem Zusammenhang führt der BGH den Einsatz von Filtersoftware an, die entsprechende Verdachtsfälle aufdecken könne.
- Die Grenze ist jedenfalls dort erreicht, wo entsprechende Pflichten das gesamte Geschäftsmodell in Frage stellen oder wo es keine Merkmale gibt, die als Anknüpfungspunkt für eine (technische) Filterung geeignet sind.

Die Kernproblematik der bestehenden Rechtsprechungspraxis liegt im zweiten Element dieser Rechtsprechungslinie begründet. Indem der jeweilige Provider hiernach gehalten ist, auch sämtliche vergleichbare Verletzungen zu verhindern, ist er in der Praxis faktisch verpflichtet, sein *gesamtes* Angebot *für immer* proaktiv auf entsprechende Verletzungen durch Drittinhalte zu durchforsten. Unklar ist in diesem Zusammenhang schon, was danach im Einzelfall unter wesensgleichen Verstößen zu verstehen ist, ab wann beim Hostprovider von einer Kenntnis einer klaren Rechtsverletzung ausgegangen und was ihm an Maßnahmen zur Vermeidung wesensgleicher Verletzungen zugemutet werden kann. Der BGH gibt im Rahmen seiner Rechtsprechung eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen vor, deren Konkretisierung er jedoch den Instanzgerichten im Einzelfall überlässt. Dies führt zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit für die betroffenen Wirtschaftskreise, da Art und Umfang der drohenden Inanspruchnahme nicht zuverlässig prognostiziert werden kann.

Ein wesentliches Problem ergibt sich in diesem Zusammenhang daraus, dass die Konstruktion der Überwachungspflichten über den Unterlassungsanspruch gegen den nicht schuldhaft handelnde Störer dazu führt, dass im Urteilstenor selbst nicht einmal die genauen Grenzen der Überwachung bestimmt werden. Unterlassungsansprüche sind ihrer Natur nach zunächst absolut und werden nur begrenzt durch das technisch Mögliche und wirtschaftlich Zumutbare. In aller Regel fehlt den Urteilen aber eine genauere Vorgabe, welche Maßnahmen der Diensteanbieter zu ergreifen hat, so dass die Frage, ob hinreichende Monitoring-Maßnahmen eingeleitet wurden, der Beurteilung im Einzelfall im Vollstreckungsverfahren überlassen bleibt. Dies bedeutet nicht nur eine Überlastung der Vollstreckungsgerichte, in deren Verfahren die notwendigen

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 9

Ermittlungen kaum zu leisten sind; vor allem verlängert dies unerträglich die massive Rechtsunsicherheit für die Diensteanbieter.

Der BGH hat sich aus Sicht des BITKOM den rechtlichen Rahmen hier im Wege einer rechtsdogmatisch sehr zweifelhaften Auslegung der Vorgaben des TMG und der E-Commerce-Richtlinie weit über das unter sorgsamer Anwendung der allgemein anerkannten Auslegungsmethoden vertretbare Maß hinaus überdehnt. Es ist klar festzuhalten, dass der Gesetzgeber das TMG als allgemeine, weit zu verstehende Haftungsregelung etabliert hat, welches als eine Art Filter vor der Prüfung der allgemeinen Verantwortlichkeitsnormen heranzuziehen ist, unabhängig davon, ob wegen der unerlaubten Handlung Schadensersatz, Beseitigung oder Unterlassung verlangt wird.

Das generelle Ausklammern von Unterlassungsansprüchen von der Privilegierung unterläuft die Wertung und die Zielsetzung der §§ 7 bis 10 TMG, wie auch die Vorgaben der Artikel 12 bis 15, insbesondere Artikel 15 der E-Commerce-Richtlinie. Auch die einschränkenden Regelungen in den 12 Absatz 3, 13 Absatz 2 und 14 Absatz 3 erlauben nur eine Anordnung im Einzelfall, eine Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern. In diesem Sinne muss – jedenfalls in richtlinienkonformer Auslegung auch der Wortlaut des § 7 Absatz 2 Satz 2 TMG verstanden werden, aus dem die Rechtsprechung gleichwohl die jetzt im Raum stehenden allgemeinen Überwachungspflichten entwickelt hat. Eine unbegrenzt in die Zukunft gerichtete Pflicht zur allgemeinen Überprüfung im Hinblick auf wesensgleiche Rechtsverletzungen ist damit von den europäischen Vorgaben nicht erfasst und auch im § 7 Absatz 2 Satz 2 TMG nicht vorgesehen. Aufgrund des zwischen § 7 Absatz 2 Satz 2 und § 7 Absatz 1 Satz 1 TMG bestehenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist die Ausnahmeregelung des Satzes 2 unter Anwendung der allgemein anerkannten Grundsätze der Gesetzesauslegung restriktiv anzuwenden. Der Wortlaut der Regelung bildet somit die Grenze der Auslegung. Eine unbegrenzt in die Zukunft gerichtete Überprüfungspflicht ist demzufolge mit den gesetzlichen Vorgaben unvereinbar – sie darf deshalb auch nicht durch den Unterlassungstitel konstituiert werden.

Besonders bedenklich ist, dass eine jüngste Entscheidung des 1. Senats des BGH (BGH, Urteil v. 12.7.2007 - I ZR 18/04) nunmehr das Konzept von Überwachungspflichten sogar auf Verstöße im Bereich des Wettbewerbsrechts erstreckt hat und hierbei nicht einmal mehr auf die verschuldensabhängige Störerhaftung abstellt, sondern die Konstruktion von wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten zur Kontrolle von Drittinhalten heranzieht, wodurch der Provider im Falle einer Verletzung der hier konstruierten Überwachungspflicht für gleichartige Rechtsverletzungen sogar zu einem „Täter einer unlauteren Wettbewerbshandlung“ werden soll.

2.3 Richterrolle der Provider

Internet-Provider werden durch die geschilderte Situation heute in eine Richterrolle bei der Beurteilung der im Einzelfall beanstandeten Inhalte gedrängt, wenn ein vermeintlicher Rechteinhaber eine vermeintliche Rechtsverletzung geltend macht, ohne

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 10

diese jedoch näher zu belegen. Der Provider kann regelmäßig die behauptete Rechtsverletzung nicht überprüfen. Gerade im Bereich von Marken- und Urheberrechtsverletzungen sind genauere Hintergrundinformationen unabdingbar. Nicht umsonst ziehen sich allein Rechtsstreitigkeiten etwa allein um die Frage einer Markeninhaberschaft oft über Jahre hin. Noch diffiziler kann die Beurteilung im Bereich anderer absoluter Schutzrechte, wie etwa des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie der Urheberrechte ausfallen. Was hier als kerngleicher oder wesensgleicher Verstoß in Betracht gezogen werden könnte, ist im Einzelfall äußerst schwer zu beurteilen. So ist beispielsweise bei Einträgen in Meinungs- und Diskussionsforen die Grenze zwischen noch zulässiger Meinungsäußerung und unzulässiger Schmähkritik fließend, was stets eine genaue Prüfung des Einzelfalles erforderlich macht. Wie schwierig es bei Urheberrechten ist, diese einem bestimmten Rechtsträger zuzuordnen, belegt eine diesbezügliche Entscheidung des LG Mannheim (Urt. v. 15.12.2006 – 7 O 129/06).

Es ist nicht angemessen, von einem Diensteanbieter dieselbe Entscheidung ohne die erforderlichen Angaben und Unterlagen und ohne die Ermittlungsbefugnisse eines Gerichts innerhalb kürzester Zeit zu verlangen und ihm dabei die Folgen für eine Fehlentscheidung aufzubürden: Entfernt er die Inhalte nicht und besteht die geltend gemachte Rechtsverletzung, haftet er gegenüber dem Rechteinhaber. Entfernt er dagegen einen zulässigen Inhalt, drohen Schadensersatzforderungen seines Vertragspartners. Ein vertraglicher Haftungsausschluss ist über standardmäßig verwandte AGB schwierig und zumindest für bestehende Altverträge nicht durchsetzbar. Gelingt aber der Haftungsausschluss in der Vertragsbeziehung, droht dann ein unkritisches Löschen aller als möglicherweise rechtsverletzend gemeldeten Inhalte, weil der Provider lieber den vermeintlich sicheren Weg der Löschung/Sperrung wählen wird – mit fatalen Folgen für Meinungs- und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit im Netz. Hier bedarf es unbedingt eines Einschreitens des Gesetzgebers, um den Diensteanbieter nicht zum Schnellhilfsrichter mit Privathaftung zu machen.

2.4 Fehlende Anreizfunktion des Haftungsrechts

Bei der Bewertung des Haftungsregimes und zusätzlicher Überwachungspflichten ist zu berücksichtigen, dass schon heute zahlreiche Diensteanbieter, wie z.B. Anbieter von Handelsplattformen, Communities oder Foren auf freiwilliger Basis Maßnahmen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen ergreifen. Hierbei wird teils softwaregestützt versucht, Rechtsverletzungen aufzuspüren, teils werden spezielle Meldemechanismen bereitgestellt, die eine unkomplizierte Benachrichtigung über Rechtsverletzungen und eine unverzügliche Beseitigung der inkriminierten Inhalte sicherstellen. So bietet etwa das BITKOM-Mitgliedsunternehmen eBay sein sog. „Verifiziertes Rechteinhaber-Programm (VeRI), um im Falle von Verletzungen effektiv zu einer schnellen für alle Beteiligten zufriedenstellenden Lösung zu gelangen. Dieses Verfahren wird von zahlreichen Rechteinhabern genutzt, hat sich in der Praxis bereits hinlänglich bewährt und auf diese Weise auch die Beanspruchung der Gerichte vermindert.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 11

Auch für Hyperlinks existieren bereits ähnliche freiwillige Mechanismen. Sobald durch ein seitens der Rechteinhaber beauftragtes Unternehmen Links auf rechtsverletzende Inhalte, etwa illegale Musikdateien, gefunden werden, sendet dieses eine Nachricht an den Provider mit dem Hinweis auf den Link, verbunden mit der Aufforderung den Link zu entfernen. Der Link wird in der Regel unverzüglich, d.h. innerhalb weniger Stunden, vom Provider entfernt. Dies wird schriftlich gegenüber der Ermittlungsfirma bestätigt. Dieses Verfahren läuft unbürokratisch und in der Praxis erfolgreich.

Jedoch haben solche, rein vertraglich basiertes Verfahren naturgemäß den Nachteil, gesetzliche Haftungsrisiken nicht ausschalten zu können, womit der Provider letztlich auf die Kooperationsbereitschaft im Einzelfall angewiesen ist. Entsprechende freiwillige Maßnahmen werden insoweit nach der bestehenden Gesetzeslage für den Anbieter nicht honoriert, sondern sie könnten ihm sogar zum Nachteil gereichen, da mit der Meldung einer Verletzung beim Provider Kenntnis angenommen werden könnte, die noch strengere Haftungsmaßstäbe nach sich zöge. Werden schädliche Inhalte nämlich fälschlicherweise in den freiwilligen Kontrollen nicht als solche identifiziert, könnte dem Provider die Kenntnis des Inhalts haftungsverschärfend angerechnet werden. Aus Sicht des Providers wäre es dann besser gewesen, auf die freiwilligen Anstrengungen zu verzichten. Das geltende Recht leidet insofern unter einem bereits hinlänglich benannten Strukturproblem, weil es eine „Vogel-Strauß-Mentalität“ belohnt und eigene Initiativen der Anbieter eher bestraft. Diese Situation sollte im Hinblick auf die Interessen aller Beteiligten grundlegend überdacht und überarbeitet werden.

2.5 Zumutbarkeit von Überwachungsmaßnahmen & Darlegungslast

Ein zentraler Eingrenzungsfaktor der Haftungspflichten von Providern ist das Element der Zumutbarkeit der auferlegten Pflichten. Nach der Auffassung des BGH bestimmt sich der Umfang zumutbarer Prüfungspflichten anhand einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Angesichts dieser unbestimmten Rechtsprechung liegt es auf der Hand, dass es dem Hostprovider unmöglich ist, den von einem möglicherweise mit der Sache befassten Gericht als zumutbar erachteten Vorsorgeaufwand zuverlässig zu prognostizieren. Die praktischen Schwierigkeiten der Hostprovider lassen sich am besten anhand einiger Zahlen belegen: So werden bei YouTube beispielsweise täglich ca. 65.000 Videos hochgeladen¹, registrieren sich bei MySpace täglich ca. 230.000 neue Nutzer², werden bei Flickr innerhalb einer Minute weit über tausend Fotos hochgeladen und werden bei heise-online ca. 200.000 Forenbeiträge monatlich verfasst³. Vor diesem Hintergrund sind besonders jüngere obergerichtliche Entscheidungen bedenklich, in denen dem Hostprovider eine beschränkte manuelle Prüfung zugemutet wird. So hat beispielsweise das OLG Hamburg (Urt. v. 22. 8. 2006 - 324 O 721/05, MMR 2006, 744 ff. – heise) die Verfassung eines zwar kritischen, rechtlich aber nicht zu beanstandenden Artikels durch einen Forenbetreiber zum Anlass genommen, diesen als verpflichtet anzusehen, die zu

¹ Quelle: <http://de.wikipedia.org/wiki/YouTube#Nutzung>, Stand: Okt. 2006.

² Quelle: <http://en.wikipedia.org/wiki/MySpace>.

³ Quelle: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/72026>.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 12

diesem Artikel verfassten Forenbeiträge einer solchen manuellen Prüfung zu unterziehen.

Gleichzeitig sind auch rein technische Filtermechanismen regelmäßig nicht geeignet, den rechtsverletzenden Charakter eines nutzerseitig eingestellten Inhalts zu identifizieren. Unmöglich ist dies insbesondere bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen sowie Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, etwa durch Boykottaufrufe in Meinungs- und Diskussionsforen. Gleiches gilt in weitem Umfang jedoch etwa auch für Urheber- und Markenrechtsverletzungen, weil eine automatisierte Prüfung generell weder semantische noch rechtliche Wertungen vornehmen kann.

Der Bundesgerichtshof hat in jüngerer Zeit zur Präzisierung des Prüfungsumfangs die beiden oben bereits benannten Grundsätze herausgearbeitet, dass durch entsprechende Überwachungspflichten nicht das gesamte Geschäftsmodell in Frage gestellt werden dürfe und im Übrigen Merkmale vorhanden sein müssen, an denen eine technische Filterung anknüpfen könne. Beide Merkmale sind in ihrer Grundtendenz zwar zu begrüßen, führen aber in der Praxis für die Provider ebenfalls kaum zu spürbaren Einschränkungen:

Soweit der Bestand des Geschäftsmodells angesprochen ist, handelt es sich hierbei nur um eine absolute Mindestgrenze, die kaum jemals erreicht werden wird – dies vor allem deshalb weil der Bundesgerichtshof damit wohl nicht auf den konkreten Anbieter abstellen will, sondern das Geschäftsmodell abstrakt bewertet. Daher müssen sich bei dieser Wertung etwa kleinere Unternehmen an den für große Handelsplattformen geltenden Maßstäben und damit auch deren technischer wie personeller Infrastruktur orientieren. Im Übrigen ist nach der Rechtsprechung unklar, wem die Darlegungs- und Beweislast dafür obliegen soll, dass der Bestand des Geschäftsmodells beeinträchtigt ist.

Die zweite Eingrenzung ist aus unserer Sicht ein selbstverständlicher Ausdruck des Grundsatzes „impossibilium nulla est obligatio“. Auch hier bleibt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes letztendlich offen, wer für die Frage der Unmöglichkeit einer (technischen) Filterung die Darlegungs- und Beweislast trägt, weshalb wir gerade in diesem Bereich Klarstellungen anregen. Zwar ist die Zumutbarkeit einer Maßnahme grundsätzlich eine rechtliche Fragestellung, die der eigenständigen Bewertung des Gerichts unterliegt. Jedoch kann diese Wertung im Bereich der Providerhaftung nur auf dem Boden einer sorgfältigen Analyse der technischen Möglichkeiten sachgerecht erfolgen, so dass es in der Praxis zentral darauf ankommt, wem die Darlegung dieser technischen Möglichkeiten obliegt. Gerade instanzgerichtliche Urteile aus der Vergangenheit offenbaren einen häufig zu sorglosen Umgang mit der tatsächlichen Realisierbarkeit auferlegter Prüfungs- und Filterpflichten.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 13

2.6 Situation der Forenbetreiber

Wie bereits vorstehend angeklungen, sehen auch Anbieter von Meinungs- und Diskussionsforen den Spielraum für den wirtschaftlichen Betrieb solcher Plattformen erheblich eingeschränkt. Neben der Rechtsprechung des BGH ist hierfür insbesondere auch die obergerichtliche Rechtsprechung ursächlich. Diese tendiert dazu, den Grundsatz, wonach Diensteanbieter für fremde Inhalte nicht verantwortlich sind, mehr und mehr zu erodieren.

Zum einen äußert sich dies in der erkennbaren Tendenz, fremde Inhalte über die Rechtsfigur des „zu eigen gemachten Inhalts“ als solche des Diensteanbieters zu qualifizieren (vgl. etwa OLG Köln, Urt. v. 28. 5. 2002 - 15 U 221/01MMR 2002, S. 548 f. – Steffi Graf; LG Hamburg, U. v. 27.04.2007 – 324 O 600/06). Zum anderen manifestiert sich dies in der durch die Rechtsprechung verstärkt angenommenen Verpflichtung zu pro-aktiven Überwachungsmaßnahmen. Während der BGH hier an zurückliegende klare Rechtsverletzungen anknüpft, lässt es beispielsweise das OLG Hamburg (Urt. v. 22. 8. 2006 - 324 O 721/05, MMR 2006, 744 ff. – Heise) ausreichen, wenn der Diensteanbieter „durch sein eigenes Verhalten vorhersehbar rechtswidrige Beiträge Dritter provoziert hat.“

Vor diesem Hintergrund stellt auch der Betrieb von Meinungs- und Diskussionsforen ein kaum kalkulierbares Risiko dar, welches aus unserer Sicht sogar geeignet ist, ganze Geschäftsmodelle grundsätzlich in Frage zu stellen, womit selbst die vom BGH gezogene Zumutbarkeitsgrenze erreicht wäre. Nach Ansicht des LG Hamburg (Urt. v. 2. 12. 2005 - 324 O 721/05, MMR 2006, S. 491 ff. – Heise) ist beispielsweise ein Forenbetreiber, dem eine Kontrolle aller Forenbeiträge durch Mitarbeiter nicht möglich ist, gehalten, entweder die hierfür erforderliche Anzahl von Mitarbeitern zu beschäftigen, oder aber sein Geschäftsmodell grundlegend umzustellen.

2.7 Fazit

Insgesamt ist zu konstatieren, dass die durch die Rechtsprechung geschaffenen rechtlichen Unwägbarkeiten nicht nur für Internet-Auktionen, sondern für alle Fälle des Hostings, wie Internetportale, elektronische Marktplätze oder Webspaces-Provider Anwendung finden. Zur Vermeidung immaterialgüterrechtlicher vorbeugender Unterlassungsansprüche müssten die Anbieter nach Bekanntwerden „klarer“ Rechtsverstöße letztlich filtern. Was, wieviel und wie gefiltert werden müsste, bleibt offen. Es kann daher nicht verwundern, dass sich die Hostprovider derzeit in der Entwicklung oder Implementierung innovativer Geschäftsmodelle und Applikationen erheblich beeinträchtigt sehen.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 14

3 Lösungsansätze zur Störerhaftung & Überwachungspflichten (Fragenkomplex 1 – Fragen 6 bis 9)

Angesichts der geschilderten Problemlagen in der Praxis sollte aus Sicht des BITKOM eine Novellierung des TMG insbesondere die Korrektur der durch die Rechtsprechung verursachten Schiefelage zum Ziel haben. Die betroffenen Unternehmen sind sich ihrer Verantwortung für rechtswidrige Inhalte bewusst und bereit, an der Bekämpfung von Verletzungen des geistigen Eigentums sowie strafrechtlich relevanter Inhalte sowie Persönlichkeitsrechtsverletzungen mitzuwirken. Sie haben dies auch in der Vergangenheit in weitem Umfang getan. Nach der vorherrschenden Rechtsprechung sind jedoch die Provider als Intermediäre entgegen dem klaren Wortlaut von E-Commerce-Richtlinie und TMG in das Zentrum des Haftungssystems gerückt. Ihre Inanspruchnahme bildet faktisch nicht den Ausnahme-, sondern den Regelfall.

Auch eine vertragliche Gestaltung kann dieses tägliche Dilemma langfristig nicht lösen. Im Verhältnis zu den Nutzern sind Anpassungen in zum Teil Millionen Altverträgen nicht durchsetzbar; vor allem aber kann eine vertragliche Regelung nicht die Schutzwirkung zugunsten des die Kooperation anbietenden Hostproviders gegenüber nicht kooperationswilligen Rechteinhabern erreichen. Es muss hier daher künftig der Grundsatz gelten, dass derjenige, der freiwillig zusätzliche Verfahren zur Bekämpfung von Rechtsverletzungen anbietet, besser steht als ein komplett unkooperativer Provider.

3.1 Klarstellung, bzgl. in die Zukunft gerichteter Unterlassungspflichten

BITKOM weist zunächst nochmals darauf hin, dass das derzeit in der E-Commerce-Richtlinie etablierte Haftungsregime ein in sich geschlossenes und ausgewogenes System darstellt. Die für Deutschland spezifischen aus der Störerhaftung resultierenden ausufernden Verpflichtungen zur vorbeugenden Unterlassung von kerngleichen Rechtsverstößen beruhen auf einer sehr weitgehenden Auslegung der deutschen Implementierung der Richtlinienvorgaben im TMG. Die Überarbeitung sollte daher vorrangig die Eingrenzung dieser ausufernden Pflichten ins Visier nehmen.

Die Beseitigung der beschriebenen Schiefelage kann daher am ehesten durch eine explizite gesetzgeberische Klarstellung erreicht werden, dass Host-Provider auch über die Störerhaftung nicht verpflichtet werden können, die von Ihnen gespeicherten Fremdinhalte auf etwaige künftige Rechtsverletzungen hin zu überwachen. Diese Klarstellung sollte sowohl den auf eine bereits geschehen Verletzung gestützten als auch den vorbeugenden Unterlassungsanspruch im Sinne der Internetversteigerung-II-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil v. 19. 4. 2007 – I ZR 35/04) einbeziehen.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 15

3.2 Notice & Takedown

BITKOM könnte sich für den Fall, dass eine solche Klarstellung vom Gesetzgeber abgelehnt wird, auch die Einbeziehung eines Notice- and Takedown-Prinzips (NTD) für Hostprovider in das gesetzliche Haftungssystem vorstellen, wenn dessen Voraussetzungen und der Anwendungsbereich klar präzisiert und eingegrenzt werden. Vor allem müsste sichergestellt werden, dass die Etablierung eines NTD nicht das heute bereits bestehende austarierte Haftungsregime für Provider unterläuft, sondern ein entsprechendes Verfahren dies im Ergebnis präzisiert und ergänzt. Die „Einbeziehung in das gesetzliche Haftungssystem“ meint aus diesem Grund insbesondere nicht ein gesetzlich vorgeschriebenes, allgemein verpflichtendes Verfahren.

Vielmehr sollte die (dem Provider freigestellte) Etablierung eines bestimmten Anforderungen genügenden Verfahrens im Ergebnis zu einer umfassenden haftungsrechtlichen Entlastung des Intermediärs führen. Kern der gesetzlichen Regelung wäre somit eine über das heutige Maß hinausgehende und insbesondere auch vollständig die Störerhaftung einbeziehende Haftungsfreistellung bei freiwilliger Bereitstellung eines bestimmten Voraussetzungen unterliegenden Melde- und Entferungsverfahren. Das Ziel eines solchen Verfahrens sollte eine Verminderung der Inanspruchnahme der Gerichte und eine konsequente Konzentration des Haftungsrechts auf die originär Beteiligten im Falle von Rechtsverletzungen, nämlich den Verletzer und den Verletzten sein. Auch die Rechteinhaber haben in einzelnen vorhandenen Beispielen für Notice-and-Takedown-Verfahren bereits positive Erfahrungen hiermit gemacht - so etwa im Bereich von Hyperlinks oder im Rahmen von Internetmarktplätzen. Sie haben hier in der Vergangenheit regelmäßig die effektive Streitbeilegung gefördert.

3.2.1 Denkbare Ausgestaltung

Soll eine sachgerechte Einpassung in das bestehende Haftungssystem gewährleistet werden, kommt der konkreten Ausgestaltung des NTD somit die maßgebliche Bedeutung zu. Wie auch beim oft zitierten Verfahren des amerikanischen Digital Millennium Copyright Act (DMCA) sollte ein Notice-and-Takedown-Verfahren keine allgemeine gesetzliche Verpflichtung bilden, sondern in erster Linie eine Anreizfunktion für Provider ausüben. Sec 512 U.S. Copyright Act basiert im Ausgangspunkt auf diesem zentralen Grundgedanken: Den Urheberrechtsinhabern ging es darum, Providern einen Anreiz zu geben, rechtsverletzendes Material schnell zu entfernen, während die Rechtsinhaber darauf bedacht waren, aufwändige und kostenintensive Gerichtsverfahren in jedem Einzelfall zu vermeiden.

Ein solches Meldeverfahren müsste als zentrales Element bestimmen, dass der Provider, der unter bestimmten formellen Voraussetzungen tätig wird (also Inhalte entfernt), in jedem Fall von einer Haftung frei ist. Voraussetzung für ein solches Einschreiten des Providers sollte zumindest eine schriftliche Versicherung des sich berühmenden Rechteinhabers hinsichtlich seiner Rechtsinhaberschaft, einer eventuellen Vertretungsbefugnis und hinsichtlich der behaupteten Rechtsverletzung sein. Diese

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 16

schriftliche Versicherung muss das angeblich geschützte Werk/Produkt, den angeblich verletzenden Inhalt sowie einen Ansprechpartner bei dem sich berühmenden Rechteinhaber präzise benennen. Dies könnte es dem Provider ermöglichen, einzuschreiten und so eine Haftung für sich auszuschließen.

Entscheidend in diesem Zusammenhang sind folgende Aspekte: Der Provider ist im Rahmen der Anwendung des Verfahrens nicht verpflichtet, eine materielle Prüfung der Beanstandung vorzunehmen. Er muss also insbesondere nicht die Berechtigung des Antragstellers sowie das Vorliegen einer Rechtsverletzung positiv feststellen, um in den Genuss der Haftungsfreistellung zu gelangen. Daraus leitet sich gleichzeitig ab, dass die Haftungsfreistellung umfassend in beide Richtungen wirkt, also sowohl gegenüber dem Rechteinhaber als auch gegenüber dem vermeintlichen Verletzer.

Um Missbräuche (sog. "chilling effects"), wie sie seit Inkrafttreten des US DMCA in bekannt geworden sind, zu vermeiden, bedarf es u.a. eines weiteren – hier gesetzlichen – Anspruchs auf Schadensersatz im Verhältnis Rechteinhaber/vermeintlicher Verletzer. War die Versicherung falsch, so soll der sich berühmende Rechteinhaber dem wahren Rechteinhaber bzw. dem behaupteten Verletzer unter bestimmten Voraussetzungen schadensersatzpflichtig sein. Nur so kann verhindert werden, dass eine Flut leichtfertig abgegebener Versicherungen das gesamte Notice-and-Take-Down-System lahm legt. Denkbar wäre hier zum einen eine Gefährdungshaftung nach dem Vorbild von § 717 Abs. 2 ZPO bei der vorläufigen Vollstreckung noch nicht rechtskräftiger Urteile. Eine solche Lösung bietet sich an, weil ein Handeln auf Grundlage einer Versicherung im Notice-and-Take-Down-Verfahren im Prinzip auf einem mutmaßlichen Urteil beruht und somit der Sache nach eine noch vorläufigere Form der „Vollstreckung“ darstellt. Alternativ kommt eine Verschuldenshaftung des Versicherungsgebers in Betracht. Hier sollte der Versicherungsgeber allerdings den Entlastungsbebeweis erbringen müssen, damit die Haftung für schuldhaft falsch abgegebene Versicherungen nicht leer läuft.

Weiter muss zur Eingrenzung von Missbräuchen auch die Installation eines Widerspruchsverfahrens zur Voraussetzung der Haftungsprivilegierung gemacht werden, um auch außerhalb gesetzlicher Ansprüche für den Inhaltenanbieter ein Verteidigungsinstrument bereit zu halten. Zwar wird bei verantwortlicher Nutzung des NTD durch Rechteinhaber gar nicht oft mit einer Nutzung der Widerspruchsmöglichkeit zu rechnen sein; für den Fall von Missbräuchen muss diese Möglichkeit aber gegeben sein. Auch insoweit kann auf das Grundmuster nach dem DMCA zurückgegriffen werden, das dortige „Counter-Notice“-Verfahren.

Insgesamt könnte ein Verfahren wie folgt strukturiert sein:

Antragsverfahren

1. Eingang einer formal korrekten Meldung beim Provider.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 17

2. Der konkret beanstandete Inhalt, Link bzw. das Suchergebnis wird umgehend vorläufig entfernt und/oder es wird Auskunft über den Inhabeanbieter als vermeintlichen Primärverletzer erteilt.
3. Gleichzeitig wird der Inhabeanbieter von der Entfernung/Auskunft sowie der Identität des Rechteinhabers in Kenntnis gesetzt.

Widerspruchsverfahren

4. Der Inhabeanbieter widerspricht der Entfernung.
5. Der Provider informiert den Rechteinhaber über den Widerspruch und setzt damit eine vom Gesetz zu definierende Frist zur Einleitung rechtlicher Schritte des Verletzten gegen den vermeintlichen Verletzte zur Klärung der streitigen Rechtsverletzung in Gang.
6. a) Rechteinhaber leitet rechtliche Schritte ein und informiert den Provider.
b) Rechteinhaber unterlässt rechtliche Schritte innerhalb der Frist. Provider kann die Beseitigung aufheben.

Zur Gewährleistung der notwendigen Rechtssicherheit müsste sorgfältig abgewogen werden, welche zentralen Eckpunkte gesetzlich normiert werden müssten. Hierzu zählen nach unserer Auffassung z.B. die formalen Anforderungen an die Meldung einer Verletzung. Auch die notwendige Fristsetzung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens kann nur gesetzlich erfolgen. Darüber hinaus wären sicherlich eine Reihe weiterer rechtlicher wie tatsächlicher Fragen zu klären, um ein ausgewogenes grundlegendes NTD Verfahren etablieren zu können.

3.2.2 Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich einer Notice-and-Takedown-Regel ist in zweierlei Hinsicht abzugrenzen. Zum einen wird zu prüfen sein, für welche Art von Rechtsverletzungen ein entsprechendes Verfahren geeignet ist. Zum anderen bedarf es einer Entscheidung, auf welche Art von Dienstleistungen der Provider ein entsprechendes Verfahren Anwendung finden kann.

Adressaten einer entsprechenden Privilegierung sollten jedenfalls nur Hosting-Dienstleister sowie Hyperlinkanbieter und Suchmaschinen sein. Hinsichtlich der Pflicht zur Benachrichtigung des vermeintlichen Verletzers sowie des damit in Zusammenhang stehenden Widerspruchsverfahrens wären ggf. für Suchmaschinenbetreiber und Linksetzer anderweitige Verfahren vorzusehen, da hier regelmäßig der konkrete Content-Provider gar nicht bekannt sein wird und jedenfalls keine Kunden- bzw. Rechtsbeziehung zum Inhabeanbieter besteht. Im Übrigen müsste berücksichtigt werden, dass die Entfernungspflicht (Take-Down) sich nicht auf den eigentlichen In-

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 18

halt, sondern allenfalls auf den Verweis auf einen solchen beziehen kann. Denn weder Suchmaschinenbetreibern noch Linksetzern ist eine Entfernung des eigentlich beanstandeten Inhalts möglich.

Auf Access-Providing ist ein Notice-and-Takedown-Prinzip aus unserer Sicht dagegen definitiv nicht anwendbar, weil eine Entfernung eines Inhalts nicht vom Zugangsvermittler geleistet werden kann und auch technische Sperrungen bzw. Filterungen praktisch nicht möglich sind. Dies ist so auch im amerikanischen DMCA berücksichtigt, der ebenfalls NTD nur für Fälle des Hostings regelt. Die gleiche Wertung ergibt sich schließlich auch aus der E-Commerce-Richtlinie, welche Festlegungen der Mitgliedstaaten für „Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr“ nur für den Bereich des Hostings in Art. 14 Abs. 3 vorsieht. Eine solche Sperrung kann daher gemäß § 7 Absatz 2 Satz 2 TMG lediglich im Einzelfall und nur als ultima ratio gegenüber dem Access Provider erwogen werden. Ein „Notice and Blocking“ Verfahren würde dieses nur in begründeten Ausnahmefällen zulässige Vorgehen in ein Standardprocedere umwandeln. Dies ist umso mehr zu befürchten, da im TMG, anders als im neuen Rundfunkstaatsvertrag in § 59 Absatz 4, bislang kein Subsidiaritätsprinzip verankert ist, das einen Rückgriff auf den Access Provider erst dann gestatten würde, wenn sowohl das Heranziehen des eigentlich Verantwortlichen, nämlich des Content Providers, als auch des Hostproviders erfolglos geblieben ist. Wir verweisen außerdem ergänzend auf unsere Ausführungen zur Zugangsvermittlung unter Punkt 5.

Daneben wird zu entscheiden sein, auf welche Art von Rechtsverletzungen das entsprechende Verfahren anwendbar sein soll. BITKOM spricht sich hierzu dafür aus, den querschnittsartigen Ansatz der Verantwortlichkeitsregelungen des Telemediengesetzes auch insofern fortzuschreiben und den Anwendungsbereich, anders als beim Vorbild im US-amerikanischen Recht, nicht auf einzelne Arten von Rechtsverletzungen zu beschränken.

Eine Ausnahme kommt aus unserer Sicht allenfalls für Meinungsäußerungen in Betracht, wenn in diesem Zusammenhang die Verletzung von Persönlichkeitsrechten geltend gemacht wird. Hier wird im Rahmen der Evaluierung zu untersuchen sein, inwiefern das Grundrecht auf Meinungsfreiheit einem entsprechenden Verfahren entgegensteht. Auch wird in diesem Kontext beachtet werden müssen, dass ein reiner Schadensersatzanspruch im Falle unberechtigter Löschungsaufforderung keine vollständige Kompensation für die dadurch bewirkte Einschränkung der Meinungsfreiheit gewährleisten kann.

3.3 Präzisierungen zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast

Vorbehaltlich des zuvor beschriebenen möglichen Ansatzes einer spezifischen Haftungsprivilegierung für Host-Providing bei Einsatz effektiver Melde-und-Entfernungs-Mechanismen halten wir auch innerhalb der geltenden Grundsätze zur Störerhaftung und ihrer Anwendung durch die Rechtsprechung Präzisierungen für notwendig und

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 19

sinnvoll. Dies betrifft in erster Linie die Frage der Zumutbarkeit von Prüfungspflichten. Die Internetversteigerung-II-Entscheidung des BGH mag hier zur Verdeutlichung als Beispiel dienen. Die dort erstmals niedergelegte Einschränkung, wonach Prüfungspflichten nur zumutbar sind, soweit ein geeignetes Anknüpfungsmerkmal für Prüfungsvorgänge besteht, leitet über zur Frage, wem im Streitfall die Darlegung obliegt, dass solche Merkmale existieren bzw. nicht existieren. Nach allgemeinen Grundsätzen der Störerhaftung bildet die Unzumutbarkeit einen Einwand des Beklagten, für den dieser folglich darlegungs- und beweispflichtig ist.⁴ Ist der Provider danach gehalten, die Unzumutbarkeit einer Prüfungspflicht zu belegen, müsste er letztendlich die technische Unmöglichkeit und damit eine negative Tatsache beweisen. Die Führung eines solchen Negativ-Beweises ist aber naturgemäß kaum möglich. Der Bundesgerichtshof hat die Problematik der Darlegungs- und Beweislast in den jüngsten Entscheidungen nicht angesprochen, jedoch klingt in neueren obergerichtlichen Urteilen diese Auffassung ebenfalls teilweise an.⁵

Der BITKOM spricht sich daher dafür aus, die primäre Darlegungslast für die technische Realisierung von Prüfpflichten dem jeweiligen Antragsteller aufzuerlegen. Dieser müsste danach konkrete Maßnahmen benennen, die der Provider ergreifen soll, so dass dem Provider nur die sekundäre Darlegungslast bezüglich der Umsetzbarkeit und des Aufwandes für die konkret vom Rechteinhaber vorgeschlagene Maßnahme zukäme.

3.4 Haftungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip

Schließlich sollte über ein haftungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip nachgedacht werden, in welchem die Provider als Intermediäre grundsätzlich nur nachrangig hinter den Primärverletzern verantwortlich sind. Wie bereits beschrieben, hat die Rechtsprechungsentwicklung in Deutschland die Provider mehr und mehr in den Mittelpunkt der Verantwortlichkeit gerückt. Die Störerhaftung als mittelbare für Haftung für Rechtsverletzungen Dritter bildet im Internet heute nicht mehr die Ausnahme sondern nahezu die Regel. Der BITKOM stellt nicht in Frage, dass auch rein technische Dienstleister im Internet Pflichten im Zusammenhang mit der Verhinderung von Rechtsverletzungen treffen. Es geht also nicht darum, die Inanspruchnahme mittelbar beteiligter Institutionen generell zu unterbinden. Jedoch ist der durch das aktuelle System bewirkte Automatismus einer primären und regelmäßig auch ausschließlichen Inanspruchnahme des Diensteanbieters sachlich nicht gerechtfertigt.

⁴ Vgl. etwa BGH I ZR 129/94, Urteil v. 10.10.1996 – Architektenwettbewerb: „Dem als Störer Inanspruchgenommenen muß daher ausnahmsweise der Einwand offenstehen, daß ihm im konkreten Fall eine Prüfungspflicht - etwa weil der Störungszustand für ihn nicht ohne weiteres erkennbar war - entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nur eingeschränkt zuzumuten sei.“

⁵ Vgl. OLG Hamburg, 5 U 78/05, Urt. v. 8. 2. 2006 – Cybersky: „Erst dann, wenn der Antragsgegner zweifelsfrei nachweist, dass ihm ein Herausfiltern der von der Antragstellerin herrührenden Programmsignale technisch unmöglich ist und er alle auch nur denkbaren (zumutbaren) Bemühungen erfolglos unternommen hat, die Antragstellerin dazu zu veranlassen, ihm die Möglichkeit zugeben, die rechtswidrige Übertragung ihres Programmangebotes mittels der Software "Cybersky" zu unterbinden, könnte eine Situation gegeben sein, in der das dem Antragsgegner auferlegte Verbot einer weiteren Überprüfung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bedürfte.“

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 20

Gerade vor dem Hintergrund sich erweiternder Auskunftsansprüche der Rechteinhaber, etwa im Rahmen der Umsetzung des Enforcement-Richtlinie, bedarf es daher einer gesetzlichen Richtungsentscheidung, dass der Primärverletzer prinzipiell auch primär haftet und Provider nur nachrangig in Anspruch genommen werden können. Die tatsächlichen Entwicklungen in der Praxis belegen im Übrigen, dass die Inanspruchnahme der eigentlichen Verletzer nicht etwa generell aussichtslos ist. Dort nämlich, wo Rechteinhaber in der jüngeren Vergangenheit nicht auf einen zentralen Intermediär zurückgreifen konnten, so insbesondere im Bereich von Urheberrechtsverletzungen in dezentralen Peer-to-Peer-Plattformen, wurde konsequent und durchaus mit Erfolg der Weg gegen die Einzelverletzer beschritten. Dies offenbart, dass die Inanspruchnahme der Service-Provider nicht etwa der einzig gangbare, sondern häufig schlicht der bequemere Weg ist. Haftungsrechtlich darf dies aber nicht das systembestimmende Argument sein.

Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung zur Providerhaftung lassen sich mittlerweile entsprechende Überlegungen ausmachen. So hat das OLG Düsseldorf im Fall „aufrecht.de“⁶ ausgeführt:

„Nach den dargestellten Grundsätzen hat der Kläger gegen die Beklagte [...] jedoch keinen Anspruch auf Unterlassung [...], weil ihm die Identität des Verfassers [...] bekannt ist und er diesen auf Unterlassung in Anspruch hätte nehmen können.“

Allerdings wird diese Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vom BGH aktuell nicht mitgetragen, so dass es hier einer gesetzlichen Präzisierung bedürfte.

Schließlich verweisen wir an dieser Stelle auch noch auf die aktuellen Planungen zur Regulierung von Plattformen im Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag der Länder, in dessen § 52a Abs. 2 S. 3 nach dem aktuellen Entwurf zum 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag⁷ auch ein haftungsrechtlicher Subsidiaritätsgedanke eingeführt werden soll:

„Sind Maßnahmen gegenüber dem Verantwortlichen von Programmen und Diensten nach Satz 2 nicht durchführbar oder nicht Erfolg versprechend, können Maßnahmen zur Sperrung von Programmen und Diensten auch gegen den Plattformanbieter gerichtet werden, sofern eine Sperrung technisch möglich und zumutbar ist.“

Diese Formulierung kann als Vorbild für einen telemedienrechtlichen Subsidiaritätsgedanken dienen.

⁶ OLG Düsseldorf, Urt. V. 26. April 2006, Az.: 1-15 U 180/05.

⁷ Stand: 15. Juni 2006.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 21

4 Notwendige Regelung für Hyperlinks und Suchmaschinen (Fragenkomplex 3)

Die Novellierung des TMG sollte zum Anlass genommen werden, die bislang unregelte Behandlung von Hyperlinks und Suchmaschinen im Rahmen des TMG zu präzisieren. Dies muss mit Blick auf die auch in diesem Sektor problematische Entwicklung der Rechtsprechung geschehen. Beide Instrumente lassen Parallelen zu den von §§ 8 bis 10 TMG erfassten Diensten erkennen. Im Übrigen handelt es sich um Kerninstrumente des Internets, deren Bereitstellung dessen sinnvolle Nutzung überhaupt erst ermöglichen und damit dem „Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets“⁸ entsprechen. Der Bundesgerichtshof hat dies in der Paperboy-Entscheidung wie folgt auf den Punkt gebracht:

„Ohne die Inanspruchnahme von Suchdiensten und deren Einsatz von Hyperlinks (gerade in der Form von Deep-Links) wäre die sinnvolle Nutzung der unübersehbaren Informationsfülle im World Wide Web praktisch ausgeschlossen.“

Vor diesem Hintergrund ist es dringend erforderlich, bestehende Rechtsunsicherheiten für die Anbieter durch eine klare haftungsrechtliche Einordnung zu beseitigen.

4.1 Rechtslage in Deutschland

Die fehlende Integration von Hyperlinks- und Suchmaschinen in das Verantwortlichkeitsschema führt zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit bei der Beurteilung dieser Dienste. Mit dem Schöner-Wetten-Urteil hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass Hyperlinks nicht unter die Begrenzungsnormen des TMG fallen. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung hat diese Feststellung in mittlerweile mehreren Urteilen auch für Suchmaschinen bestätigt. Zwar unterliegt sowohl die Beurteilung von Hyperlinks als auch die haftungsrechtliche Einordnung von Suchmaschinen zumindest noch den Grenzen mittelbarer Haftung nach allgemeinem Recht, wie sie auch für die Störerhaftung der in §§ 8 bis 10 TMG aufgeführten Dienste Anwendung finden. Jedoch fehlt es durch die Nichterwähnung in den Begrenzungstatbeständen des TMG zum einen an der dadurch vermittelten Indizwirkung. Vor allem aber gilt nach der geltenden Rechtslage für beide Instrumente insbesondere nicht das in § 7 Abs. 2 S. 1 TMG niedergelegte Verbot allgemeiner Überwachungspflichten, womit eines der fundamentalen Prinzipien der Providerhaftung nicht auf Hyperlinks und Suchmaschinen anwendbar ist. Insoweit akzentuiert für Links und Suchmaschinen die durch die oben dargestellte BGH-Rechtsprechung zur allgemeinen Störerhaftung faktisch begründete Überwachungspflicht bzgl. zukünftiger Rechtsverletzungen. Insbesondere in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung zu Suchmaschinen lassen sich heute teilweise Entwicklungen ausmachen, die letztendlich auf ein in der Praxis nicht zu realisierendes inhaltliches Monitoring der Inhalte hinauslaufen, das in der Praxis nicht umsetzbar ist.

⁸ BGH, Urteil v. 17.07.2003, I ZR 259/00 - Paperboy.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 22

4.2 Die Situation der Anbieter

Sowohl Suchmaschinenbetreiber als auch Linksetzer - zu letzteren darf im Übrigen letztendlich nahezu die Gesamtheit sämtlicher Website-Betreiber gezählt werden - sehen sich in der Praxis nahezu unüberwindbaren Problemen bei der Beurteilung der von ihnen indirekt vermittelten Inhalte ausgesetzt. Bereits bei der manuellen Integration eines einzelnen Hyperlinks in eine klassische html-Webseite kann der Linksetzer keine dauerhafte Gewähr für den adressierten Drittinhalt übernehmen, da dieser sich permanent und unabhängig von der Verlinkung ändern kann. Wollte man den Hyperlinksetzer umfassend auch für die in Bezug genommenen Inhalte verantwortlich machen, ergäbe sich daher eine permanente Monitoring-Pflicht, der niemand nachkommen könnte. Die Sachlage potenziert sich entsprechend für automatisierte Linksammlungen, redaktionell betreute Linklisten und Web-Kataloge. Echte Suchmaschinen schließlich können schon im Ausgangspunkt der Erfassung von Drittinhalten keine Inhaltsüberprüfung leisten, da diese Erfassung automatisiert über sog. Robots bzw. Crawler geschieht, die keinerlei semantische und schon gar keine komplizierte rechtliche Prüfung der Zielinhalte zu leisten imstande sind.

4.3 Praktische Maßnahmen der Anbieter (Frage 3.2)

Bei den Mitgliedern des BITKOM kommt teilweise ein spezieller Familienfilter in der Suchfunktion zum Einsatz, der in der Regel nicht vom Nutzer, sondern nur durch den Administrator selbst abgeschaltet werden kann. Dadurch wird die Auslieferung von jugendgefährdenden Inhalten entsprechend des Jugendmedienschutzstaatsvertrages und des Jugendschutzgesetzes gesteuert. Darüber hinaus werden teilweise Blacklists und Stopp-Wort-Dateien geführt. Hierüber kann die komplette Anzeige/Auslieferung von Ergebnissen zu bestimmten Keywords gestoppt werden.

Besonderes Augenmerk verdient die unter dem Dach der Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter (FSM) gegründete Selbstkontrolle Suchmaschinen. Sie ist die weltweit erste Initiative, in der sich die wichtigsten, den Markt bestimmenden Unternehmen im Rahmen eines freiwilligen Engagements zusammengefunden haben, um sich gemeinsam über einheitliche Standards zur Gewährleistung von Verbraucher- und Jugendschutz bei gleichzeitiger Wahrung der Meinungsfreiheit und der Vermeidung von Zensur zu verständigen. Dementsprechend verpflichten sich die Suchmaschinen mit Unterzeichnung des Verhaltenssubkodex der Suchmaschinenanbieter zu folgenden Maßnahmen:

- Aufklärung und Information über die Funktionsweise der Suchmaschinen.
- Transparente Gestaltung der Suchergebnisse (u.a. Kennzeichnung von Werbung).
- Einsatz technischer Vorrichtungen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor jugendgefährdenden Inhalten.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 23

- Grundsatz der Datensparsamkeit mit Nutzerdaten.
- Verbesserung des Jugendmedienschutzes (insbesondere Schutz vor jugendgefährdenden Inhalten).
- Nicht-Anzeige von Internetadressen, die auf dem Index jugendgefährdender Medien der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPJM) stehen – sog. BPJM-Modul.

Auf den Portalseiten unserer Mitgliedsunternehmen wird schließlich auf eine klare Kennzeichnung über die Herkunft der Inhalte sowie die Kennzeichnung von Anzeigen geachtet. Eine unübersichtliche oder gar absichtliche Vermischung von redaktionellen Beiträgen und Werbeblöcken ist auszuschließen. Zusätzlich werden Disclaimer eingesetzt, die etwa in der Bilder-Suche Hinweise auf mögliche Urheberrechte geben.

4.4 Einordnung von Suchmaschinen

Neben der Tatsache, dass bei vollautomatischen Suchmaschinen keine inhaltliche Auswahl stattfindet, ist bei der Einordnung von Suchmaschinen in das Verantwortlichkeitsschema des TMG aus technischer Sicht insbesondere zu berücksichtigen, dass Suchmaschinen keine Speicherung fremder Inhalte vornehmen.

Deshalb schlagen wir vor, § 8 TMG-E insoweit zu ergänzen, dass Abs. 1 entsprechende Anwendung auf Diensteanbieter findet, die Nutzern eine automatisierte Suchmaschine oder vergleichbare Hilfsmittel zur Suche nach fremden Informationen bereitstellen. Einem Missbrauch einer solchen Haftungsprivilegierung etwa durch inhaltsspezifische Programmierung oder Modifikation der Sucheinstellung des Crawlers steht entgegen, dass es sich dabei um eine Auswahl im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 3 TMG handeln würde. Die abstrakt-generelle Programmierung des automatisierten Suchvorgangs ist hingegen nicht als „Auswahl“ im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 3 TMG zu klassifizieren.

4.5 Einordnung von Hyperlinks und ähnliche Instrumenten

Beim Einsatz von Hyperlinks findet – nimmt man die automatisierte Generierung, wie etwa bei der Ergebnisanzeige von Suchmaschinen aus – eine inhaltliche Auswahl zu den verwiesenen Seiten statt. Andererseits hat der Linksetzer über die in Bezug genommenen Informationen regelmäßig nur eine stark eingeschränkte inhaltliche Kontrolle, besonders wenn die verlinkte Seite ihrerseits auf eine Vielzahl von anderen Informationen verweist. Hier können, wie z.B. bei großen Nachrichtenportalen, Hunderte und Tausende von Unterseiten zu verschiedenen Themen bestehen, die wiederum jederzeit verändert werden können. Insofern besteht eher eine Parallele zur Situation des Hostproviders. Dies hat auch der Österreichische Gesetzgeber erkannt, der mit § 17 des Österreichischen E-Commerce-Gesetzes die Verantwortlichkeit für

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 24

das Setzen von Links derjenigen eines Hostproviders gleichsetzt. Wir schlagen daher vor, in § 10 TMG eine entsprechende ausdrückliche gesetzliche Regelung aufzunehmen.

5 Zugangsvermittlung/Störerhaftung (Fragenkomplex 2)

5.1 Bedeutung der Zugangsvermittlung

Bei der Beurteilung von Zugangsdiensten ist im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass die Zugangsvermittlung zu Inhalten einen zentralen Aspekt der sog. Informationsgesellschaft bildet. Verschiedene Breitbandinitiativen bemühen sich aktuell darum, den Zugang zu Online-Inhalten möglichst flächendeckend für die Bevölkerung zu ermöglichen. Auf Länderebene wird der Internet-Zugang teils sogar als Erschließungskomponente im Baurecht diskutiert. Die Zugangsvermittlung wird in diesem Zusammenhang heute längst als ein Schlüssel zur Verhinderung der häufig postulierten „digitalen Kluft“ erkannt.

Die Neubewertung der Verantwortlichkeitsregelungen sollte auch berücksichtigen, dass mit dem Begriff der Zugangsvermittlung schon heute unterschiedlichste Szenarien erfasst sind, die sich nicht mehr auf das klassische Internet-Access-Providing beschränken. Zugang zu Inhalten gewähren heute auch universitäts- und unternehmensinterne Netze, öffentliche WLAN-Hotspots, mobile Dienste z.B. über UMTS, private WLAN-Gemeinschaften oder dezentrale Peer-to-Peer-Netze, die teilweise keinerlei Betreiber mehr kennen. In der Praxis folgt daraus, dass in einzelnen Fallkonstellationen regelmäßig mehrere Zugangsvermittler in einer Kette auftreten.

Schließlich bilden Zugangstechnologien einen wesentlichen Innovationsfaktor, wie etwa die Entwicklung öffentlicher Hotspots beweist, deren Anzahl sich allein zwischen 2005 und 2007 auf mittlerweile 13.000 verdoppelt hat. Bereits jetzt sind im Übrigen weitere technische Entwicklungen absehbar, die auch die Frage der Verantwortlichkeit berühren. Dem steigenden Bedürfnis nach mobil verfügbaren Inhalten müssen auch künftige Zugangstechnologien verstärkt Rechnung tragen. Auch sog. „location based services“ gewinnen vermehrt an Bedeutung. Daraus ergeben sich neue Anforderungen an die Access-Technologie, die vermehrt auf dezentralen Architekturen beruhen wird. Letzteres bedingt wiederum eine barrierefreie, flexible Nutzung. Einer solchen stehen etwa Registrierungspflichten eher im Wege.

5.2 Einordnung in das Verantwortlichkeitsschema des TMG

Die rechtliche Einordnung von Zugangsvermittlungs-Diensten in das Verantwortlichkeitsschema des TMG wirft aus Sicht der IT-Wirtschaft keine fundamentalen Probleme auf. Insbesondere die praxisrelevanten kommerziell betriebenen Zugangsdienste fallen – unabhängig von der technologischen Ausgestaltung – in den Anwendungsbe-

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 25

reich des Begrenzungstatbestands nach § 8 TMG. Dies gilt insbesondere auch für sog. Hotspots, also öffentlich zugängliche oder auch geschlossene Netzzugänge über WLAN. Da § 8 TMG zu recht nicht nach der technischen Umsetzung der Zugangsvermittlung differenziert, ist „Hotspotting“ unseres Erachtens ohne weiteres erfasst. Gleiches gilt damit auch für unternehmensinterne Netze, Internet-Cafes, Büchereien, Hochschulen und lokale (bzw. private) Netze. BITKOM sieht keinen Grund, derartige Formen der Zugangsvermittlung aus dem Anwendungsbereich der gesetzlichen Haftungsbegrenzung zu führen. Zweck der E-Commerce-Richtlinie war es ausweislich einer Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Kommissionsentwurf ein „je nach Nähebezug zu den übermittelten Inhalten und ihrer [der Internetprovider] Kontrollmöglichkeit abgestuftes System der Haftungsfreistellungen bzw. –beschränkungen“ zu schaffen (ABl. C 169 vom 16.6.1999, S. 36 ff.). Entscheidend ist folglich allein, dass der Provider keinen Nähebezug zu den übermittelten Inhalten und nur vergleichsweise eingeschränkte Kontrollmöglichkeiten über diese hat. Insofern sind auch Angebote der beschriebenen Art dem Haftungsprivileg des § 8 TMG zu unterstellen.

Soweit Gegenansichten teilweise darauf abstellen, die Haftungsbegrenzung sei zumindest dann nicht mehr zu legitimieren, wenn tatsächliche physische Kontrollmöglichkeiten bestünden, z.B. in Internet Cafes, folgen wir dem nicht. Wir halten derartige Ansätze vor allem deshalb problematisch, weil sie letztendlich Abgrenzungsprobleme bei der Bestimmung der relevanten Eingriffsschwelle verursachen würden. Insbesondere unternehmensinterne Netze sind heute regelmäßig hochkomplexe Netzwerke, die sich einer konkreten Inhaltskontrolle entziehen. Eine physische Kontrolle des Nutzers am Arbeitsplatz ist darüber hinaus schon aus arbeits- und datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten regelmäßig nicht möglich. Wir wenden uns daher gegen jede Aufweichung von § 8 TMG, da dies zusätzlich Rechtsunsicherheiten zur Folge hätte. Wo tatsächliche Kontrollmöglichkeiten bestehen, können diese im Rahmen der Störerhaftung aus unserer Sicht hinreichend berücksichtigt werden.

5.3 Störerhaftung

Aufgrund des klaren Aussagegehalts des § 8 TMG bildet auch im Rahmen der Zugangsvermittlung die Störerhaftung den eigentlich kritischen Anwendungsfall gesetzlicher Inhaltsverantwortlichkeit. Es ist allerdings im Ausgangspunkt zu konstatieren, dass die konkrete Rechtsprechungsentwicklung der vergangenen Jahre in diesem Sektor von größerer Zurückhaltung und Sensibilität für die tatsächlichen technischen Bedingungen gekennzeichnet ist, als etwa im Bereich des Hostings. Ausgehend von den umstrittenen öffentlich-rechtlichen Sperrungsverfügungen im Jahre 2002 sind zumindest für den klassischen Anwendungsfall, das Internet-Access-Providing, soweit ersichtlich, keine weiteren Sperrungsanordnungen ergangen.⁹

⁹ Allerdings offenbaren einzelne Entwicklungen im Ausland, dass eine solche Feststellung keine endgültige Rechtssicherheit für die Provider bieten kann. So hat etwa in Belgien das erstinstanzliche Gericht in der Sache SABAM/Scarlett (Brussels Court of First Instance, 04/8975/A, 29.6.2007), entschieden, dass ein

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 26

Dahinter steht letztendlich die Erkenntnis, dass im Bereich der öffentlichen Zugangsvermittlung Sperrungen von Inhalten einerseits technisch kaum zu bewerkstelligen sind und andererseits in der Regel auch unverhältnismäßig wären. Denn auf Ebene der Zugangsvermittler haben Sperrungen typischerweise gleichzeitig die Blockade einer Vielzahl weiterer Inhalte zur Folge und gleichzeitig kann die vollständige Unerreichbarkeit eines entsprechenden Angebots auch hierüber nicht gewährleistet werden.

Die bisherige Rechtsprechung verfügt im Übrigen über keinerlei gesicherte Kriterien für die Bestimmung zumutbarer Prüfpflichten öffentlicher Zugangsvermittler, sondern ermittelt dies jeweils in einer Einzelfallabwägung: Für den Fall der reinen Zugangsvermittlung wird die Rechtsauffassung des 1. Senats des BGH zum Hosting aus unserer Sicht kaum heranzuziehen sein. Der Access-Provider hat gerade keinen Zugriff auf die Inhalte, die irgendwo im Internet vorgehalten werden, zu dem er lediglich den Zugang vermittelt. Ihm Prüfpflichten aufzuerlegen, wäre daher erst recht ein eklatanter Verstoß gegen den Grundsatz des § 7 Absatz 2 Satz 1 TMG, bzw. des Artikel 15 Absatz 1 der EU Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr. Fraglich wäre auch, ob die Durchführung derartiger Kontrollen im Einzelnen mit den Vorgaben des Datenschutzes und des Fernmeldegeheimnisses in Einklang zu bringen wäre.

6 Örtliche Zuständigkeit (Fragenkomplex 4)

Die durch die deutsche Rechtslage ermöglichte Situation des sog. Forum Shoppings, also der Tatsache, dass bei Rechtsverletzungen im Internet faktisch Ansprüche in örtlicher Hinsicht bei jedem sachlich zuständigen Gericht geltend gemacht werden können, ist insgesamt ambivalent zu beurteilen.

Als nachteilig ist es jedenfalls einzustufen, dass es dem Kläger bzw. Antragssteller auf diesem Wege möglich ist, seine vermeintlichen Ansprüche bei dem Gericht geltend zu machen, das dem von ihm vertretenen Rechtsstandpunkt besonders offen gegenüber zu stehen scheint. Zudem resultiert aus der örtlichen Zuständigkeit jedes sachlich zuständigen Gerichts die erhöhte Gefahr, dass der Antragssteller im einstweiligen Verfügungsverfahren parallel mehrere Gerichte angeht, ohne dass dies von dem Gegner oder dem Gericht nachvollzogen werden könnte. Insgesamt erhält der jeweilige Rechteinhaber damit gewissermaßen ein zusätzliches Instrument in die Hand, da er sich an vergangenen Urteilen orientieren und nach diesem Kriterium den Gerichtsstand wählen kann.

Andererseits hat der „fliegende Gerichtsstand“ für über das Internet begangene Rechtsverletzungen zumindest teilweise zur Bildung von in der Sache besonders

Internet-Access-Provider Rechtsverletzungen in Peer-to-Peer-Plattformen zu unterbinden habe, ohne dass die technischen Voraussetzungen und Konsequenzen für den Provider hinreichend berücksichtigt wurden und ohne dass die Bedeutung des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten angemessen gewürdigt wurde.

Stellungnahme

Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

Seite 27

erfahrenen Schwerpunktgerichten geführt, was prinzipiell zu befürworten ist. Die Hoffnung, der „fliegende Gerichtsstand“ könnte übergreifend zu einer natürlichen Ausbildung von Schwerpunktgerichten mit besonderem Sachverstand führen, wird jedoch enttäuscht. Vielmehr wird der Kläger häufig das nach seinen bisherigen Erfahrungen seiner juristischen Sichtweise nahestehende Gericht auswählen. Genau dies ist in der Praxis auch zu beobachten, in der tatsächlich bestimmte Gerichte besonders häufig angerufen werden. Doch führt dies eben nicht zur Bildung besonderen Sachverständs, sondern zur stetigen Perpetuierung einer bestimmten, oft eher zugespitzten Sichtweise und damit zu einer grundlegenden Verletzung der Prinzipien über ein für beide Parteien faires Verfahren.

Insgesamt sollte die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit daher der Vermeidung der beschriebenen Nachteile und der Förderung der Schwerpunktbildung dienen. Es wäre daher eine Regel zu befürworten, welche die Möglichkeiten des bundesweiten Forum-Shopping einschränkt und gleichzeitig die Bildung von Schwerpunktgerichten bzw. Schwerpunktkammern zulässt, ähnlich dem Vorbild der Kammern für Marken- oder Handelsrecht.