

FREY Rechtsanwälte • Kaiser-Wilhelm-Ring 40 • 50672 Köln

Vorab per Email
Landtag Düsseldorf
Platz des Landtags 1
40211 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/938

Alle Abg

Köln, den 2. Juli 2013

Stellungnahme zum Thema
„Abschaffung der Störerhaftung“

Vor dem Hintergrund der zur Anhörung gestellten Fragen möchten wir vorab einige grundsätzliche Ausführungen zur Störerhaftung machen, um die Problematik zu illustrieren. Das Institut der Störerhaftung betrifft nicht nur WLAN-Betreiber, sondern ist vielmehr ein von der Rechtsprechung entwickeltes Haftungsinstitut, mit dem im gesamten Bereich des Immaterialgüterrechts eine verschuldensunabhängige Haftung begründet wird. Das besondere an der Störerhaftung ist, dass neben den Verletzern (z.B. im Bereich des Urheberrechts) Dritte, die für die Rechtsverletzung selber nicht verantwortlich sind, unmittelbar von Rechtsinhabern in Anspruch genommen werden können. Die Haftung eines Störers ist dabei nicht subsidiär gegenüber derjenigen des Verletzers, was das Institut zu einem „scharfen Schwert“ macht. Dies hat erhebliche Kritik provoziert, da die Störerhaftung ohne gesetzliche Statik durch die Rechtsprechung im Sinne der Rechtsfortbildung entwickelt wurde. Nachfolgend möchten wir den Rahmen der urheberrechtlichen Störerhaftung kurz skizzieren und die Bedeutung der Haftungsprivilegierungen für Diensteanbieter im TMG für die aufgeworfenen Fragen verdeutlichen.

FREY Rechtsanwälte Partnerschaft
Kaiser-Wilhelm-Ring 40
50672 Köln
Tel. +49 (0) 221 / 420 748 00
Fax +49 (0) 221 / 420 748 29
Internet : www.frey.eu

Bankverbindung:
Deutsche Bank Köln, BLZ 37070024
Konto-Nr. 102181500
Raiba Rosbach e.G., BLZ 37069639
Konto-Nr. 6900819011
USt.-ID-Nr.: DE 281 489 395

Rechtsanwälte

Dr. Dieter Frey, LL.M. (Brügge)*
Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

Dr. Matthias Rudolph*
Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

Dr. Philip Lüghausen
Rechtsanwalt

Dr. Jan Oster, LL.M. (Berkeley)**
Rechtsanwalt

Florian Thierbach
Rechtsanwalt

* Partner

** Of-Counsel

Dr. Dieter Frey
Tel. +49 (0) 221 / 420 748 00
Fax +49 (0) 221 / 420 748 29
dieter.frey@frey.eu

Aktenzeichen: (13)K0358
(Bitte bei Schriftverkehr angeben)

A. Die urheberrechtliche Störerhaftung

1. Die urheberrechtliche Störerhaftung wird in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB i.V.m § 97 Abs. 1 UrhG begründet. Sie ist Voraussetzungen gekennzeichnet, die durch die Rechtsprechung formuliert wurden, um im Rahmen einer Einzelfallabwägung eine Vielfalt von Konstellationen abarbeiten zu können, in denen eine Person, zu einer Urheberrechtsverletzung eines Dritten beiträgt. Nach ständiger Rechtsprechung kann als Störer

„bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Gutes beiträgt“¹.

2. Aufgrund der potentiell sehr weitreichenden Möglichkeit, nach der angeführten Grundformel eine Haftung zu begründen, macht die Rechtsprechung die Verletzung von Prüfungspflichten zur weiteren Voraussetzung der urheberrechtlichen Störerhaftung. Weil die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden dürfe, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben, setze die Haftung des Störers die Verletzung von Prüfungspflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist².
3. Die Verletzung von Prüfungspflichten ist regelmäßig Dreh- und Angelpunkt für die Frage, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer urheberrechtlichen Störerhaftung bejaht werden können³. Die mit dem Merkmal der Prüfungspflicht intendierte Interessenabwägung ermöglicht so eine gewisse Parallelität der Wertungen im Wettbewerbsrecht und im Immaterialgüterrecht⁴. Eine Haftung von Access-Providern kommt danach nur in Betracht, wenn es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, die Rechtsverletzungen Dritter zu verhindern. Dabei ist insbesondere auch die Regelung des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG zu beachten, welche proaktive Überwachungspflichten ausdrücklich ausschließt.

¹ Vgl. BGH, Urt. v. 12.05.2010, Az. I ZR 121/08 – Sommer unseres Lebens, NJW 2010, 2061, 2062, m.w.N.

² Vgl. BGH, Urt. v. 15.10.98, Az.: I ZR 120/96 – Möbelklassiker, GRUR 1999, S. 418, 419; BGH, Urt. v. 17.05.2001, Az. ZR 251/99 - ambiente.de, NJW 2001, S. 3265, 3266; BGH, Internet-Versteigerung I, MMR 2004, S. 668, 671; BGH, Internetversteigerung II, MMR 2007, S. 507, 511; BGH, Internetversteigerung III, MMR 2008, S. 531, 533.

³ Vgl. *Leistner/Stang*, Die Neuerung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten, WRP 2008, S. 533, 541.

⁴ Vgl. auch *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host-und Access-Provider, Rn. 258 ff. im Hinblick auf die vergleichbaren Kriterien im Fall einer täterschaftlichen Haftung wegen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten. Anders als im Wettbewerbsrecht werden für die urheberrechtliche Störerhaftung aber keine persönlichen Tatbestandsmerkmale wie eine Wettbewerbshandlung oder die Verursachung einer zurechenbaren, ernststen Gefahr vorausgesetzt.

4. Im Hinblick auf die Verletzung absoluter Rechte im Urheberrecht ist aber zunächst Ausgangspunkt einer vermeintlichen Störerhaftung die adäquate (Mit-)Verursachung eines rechtswidrigen Erfolges, z.B. von Urheberrechtsverletzungen, den Dritte herbeiführen.

I. Willentlich und adäquat kausaler Beitrag

5. Die Voraussetzung eines willentlichen und adäquat kausalen Beitrags zur Rechtsverletzung eines Dritten wird in der aktuellen Rechtsprechung zur Störerhaftung von Access-Providern regelmäßig nicht weiter vertieft, sondern zugunsten der Betrachtung von Prüfungspflichten, die eine einzelfallbezogene Interessenabwägung erlauben, hintangestellt⁵. Dabei unterstreicht bereits die Grundformel der Störerhaftung, dass ein Ursachenbeitrag im Sinne der Äquivalenztheorie nicht ausreichend ist, die Haftung zu begründen. Die ausdrücklich vorausgesetzte Adäquanz der Mitwirkung verdeutlicht, dass nicht jedes Ereignis, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiere (*conditio sine qua non*), Ausgangspunkt der Störerhaftung sein kann. Es ist daher notwendig, dass eine Willensbetätigung⁶ im Sinne eines gesteuerten nach außen hervortretenden Verhaltens durch weitere Zurechnungselemente gekennzeichnet wird, um daraus einen haftungsbegründenden Beitrag an einer Urheberrechtsverletzung abzuleiten.

6. Ein adäquater Zusammenhang besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann,

„wenn eine Tatsache im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen“⁷.

7. Im Urteil „*Möbelklassiker*“ aus dem Jahr 1998 präzisiert der Bundesgerichtshof die Voraussetzungen der Adäquanz des ursächlichen Beitrags eines vermeintlichen urheberrechtlichen Störers. Er weist darauf hin, dass

⁵ Vgl. in dieser Richtung sogar die jüngeren Entscheidungen, die die Rechtsfolge von Internetsperren aus grundsätzlichen Erwägungen ausschließen, OLG Hamburg, Urt. v. 22.12.2010, Az. 5 U 36/09, BeckRS 2011, 22463; LG Hamburg, MMR 2010, 488, 489; LG Köln, Urt. v. 31.08.2011, Az. 28 O 362/10, BeckRS 2011, 22073.

⁶ Vgl. zur Willensbetätigung im Sinne einer lediglich gesteuerten Verhaltensweisen *Volkmann*, Der Störer im Internet, S. 62.

⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 07.04.2000 - V ZR 39/99 - Mittelbarer Störer, NJW 2000, S. 2901, 2902. In unmittelbarer Anwendung des § 1004 BGB hat der BGH dabei Tätigkeiten im Allgemeininteresse haftungsbeschränkend berücksichtigt.

„als Mitwirkung auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen [kann], sofern der in Anspruch Genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte“⁸.

8. Inwieweit darüber hinaus der Schutzzweck der Norm als objektives Zurechnungselement Berücksichtigung findet, lässt sich der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur immaterialgüterrechtlichen Störerhaftung nicht mehr eindeutig entnehmen. *Leistner/Stang*⁹ unterstreichen insofern zu Recht, dass die „Klassiker“ der Störerhaftung – wie etwa die alte „Tonbandgeräte“-Entscheidung¹⁰ – noch eine sorgfältige Prüfung des Verursachungsbeitrags eines vermeintlichen Störers unter dem Blickwinkel des Schutzzwecks der Norm enthielten. Danach wurde gefragt, ob und inwieweit das Risiko einer Urheberrechtsverletzung durch den Beitrag des Technologieherstellers oder eines sonstigen potentiellen Störers überhaupt nach den Umständen des Einzelfalls gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko in relevanter und zurechenbarer Weise erhöht wurde¹¹.
9. Eine klare Grenzziehung zwischen allgemeinem Lebensrisiko und der einem vermeintlichen Störer zurechenbaren Urheberrechtsverletzung hat der Bundesgerichtshof z.B. in dem Urteil *Paperboy* aus dem Jahre 2003 vorgenommen. Das Gericht verneinte grundsätzlich die Schaffung eines urheberrechtlichen Störungszustands durch das Setzen von Hyperlinks (auch in der Form von Deep-Links), die im Internet den Zugang zu technisch nicht geschützten Werken erleichtern. Die Gefahr rechtswidriger Nutzungen eines vom Berechtigten selbst im Internet öffentlich bereitgehaltenen Werkes werde durch Hyperlinks Dritter qualitativ nicht verändert, sondern nur insofern erhöht, als dadurch einer größeren Zahl von Nutzern der Zugang zum Werk eröffnet werde. Auch ohne Hyperlink könne ein Nutzer unmittelbar auf eine im Internet öffentlich zugängliche Datei zugreifen, wenn ihm deren URL, die Bezeichnung ihres Fundorts im World Wide Web, genannt werde¹². Mit dem Urteil *Paperboy* hat der Bundesgerichtshof damit für die urheberrechtliche Bewertung der Linksetzung im Internet weitgehende Rechtssicherheit geschaffen, indem er bereits im Rahmen der Kausalitätsprüfung eine abstrahierende und wertende Analyse für die Zurechnung von Gefahren des Internets vornimmt¹³. Eine solche Herangehensweise böte sich auch generell bei der

⁸ BGH, Möbelklassiker, GRUR 1999, S. 418, 419.

⁹ *Leistner/Stang*, Die Neuerung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten, WRP 2008, S. 533, 542.

¹⁰ BGH, Urt. v. 29.05.1964, Az. I b ZR 4/63 - Personalausweise, NJW 1964, 2157, 2158 f.

¹¹ Vgl. *Schnabel*, Anmerkung zu LG Kiel, MMR 2008, 123, 125.

¹² BGH, *Paperboy*, CR 2003, S. 920, 922.

¹³ *Ahrens*, 21 Thesen zur Störerhaftung im UWG und im Recht des Geistigen Eigentums, WRP

Verschaffung des Internetzugangs über WLANs an, da durch eine inhaltsneutrale Infrastrukturleistung die Gefahr von Urheberrechtsverletzungen in der Internetsphäre qualitativ nicht verändert wird.

10. Wertende Zurechnungselemente werden aber durch die Rechtsprechung bisher nur wenig berücksichtigt, sondern treten gegenüber den Prüfungspflichten als Haftungskorrektiv für den sonst ausufernden Anwendungsbereich der immaterialgüterrechtlichen Störerhaftung in den Hintergrund¹⁴. Das LG Hamburg stellt in einer Entscheidung vom 12. März 2010 zwar die Frage nach dem Schutzzweck der Störerhaftung, verwirft den Gedanken aber unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁵.

11. Mit der Bejahung eines adäquat-kausalen Beitrags wird indes auch nach der Rechtsprechung nichts darüber ausgesagt, ob und inwieweit Prüfungspflicht gegeben sind.

II. Prüfpflichten als dogmatisches Vehikel einer umfassenden Interessenabwägung

12. Auch wenn ein willentlich und adäquat kausaler Beitrag zu der Rechtsverletzung eines Dritten angenommen wird, bedarf es für die urheberrechtliche Störerhaftung zusätzlich der Verletzung zumutbarer Prüfpflichten¹⁶. Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁷ wird dies für die Geltendmachung der allein in Frage kommenden Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche auch im Bereich der urheberrechtlichen Störerhaftung vorausgesetzt. Dieses Element dient der Interessenabwägung im Einzelfall.

13. Der Umfang der Prüfpflichten bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen eine Prüfung zuzumuten ist¹⁸. Dabei sind die Funktion und

2007, S. 1281, 1288, fordert, dass Grundlage jeder Störerhaftung sein muss, dass der in Anspruch Genommene mit seinem Verhalten die Gefahr einer Verletzung durch den unmittelbar Handelnden qualitativ erhöht hat. Soweit sozial erwünschte und akzeptierte Handlungen im Einzelfall beanstandet werden sollen, bedürfe es dazu gesetzgeberischer Bewertungen.

¹⁴ Vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 22.12.2010, Az. 5 U 36/09, BeckRS 2011, 22463; LG Hamburg, MMR 2010, 488, 489; LG Köln, Urt. v. 31.08.2011, Az. 28 O 362/10, BeckRS 2011, 22073.

¹⁵ LG Hamburg, MMR 2010, 488, 489.

¹⁶ Ein Haftung mangels zumutbarer Prüfungspflichten verneinend, z.B. BGH, ambiente.de, NJW 2001, S. 3265, 3266.

¹⁷ Vgl. nur BGH, Urt. v. 12. 05. 2010, Az. I ZR 121/08 – Sommer unseres Lebens, NJW 2010, 2061, 2062, m.w.N.

¹⁸ BGH, Urt. v. 17. 12. 2010 – Schlösser, NJW 2011, 753, 754

Aufgabenstellung des als Störer in Anspruch Genommenen sowie die Eigenverantwortlichkeit des unmittelbar handelnden Dritten zu berücksichtigen¹⁹. Die im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung eröffnet der Rechtsprechung so ein weites Spektrum möglicher Prüf- und Verhaltenspflichten. Dies stellt für Betroffene gleichzeitig ein großes Problem dar, da die einzelnen Pflichten durch die Rechtsprechung nur einzelfallbezogen entwickelt werden. Zudem setzen die Gerichte teilweise uneinheitliche Prüf- und Verhaltenspflichten voraus. Dies sorgt für erhebliche Rechtsunsicherheit.

B. Grundsätze der Provider-Privilegierung

14. Das TMG regelt in seinem Abschnitt 3 unter der Überschrift „*Verantwortlichkeit*“ die privilegierte Haftung von Diensteanbietern im Bereich der Telemedien. Das Gesetz definiert in § 2 Nr. 1 TMG den Begriff des Diensteanbieters als *„jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt“*. Es unterscheidet damit zwischen Diensteanbietern, die eigene Telemedien bzw. in der europarechtlich geprägten Terminologie des Abschnitts 3 *„eigene Informationen“* bereithalten, und solchen Diensteanbietern, die für Dritte Telemedien bereithalten oder den Zugang zur Nutzung vermitteln. Damit werden insbesondere die Angebote von Content-Providern einerseits sowie die Dienstleistungen von Host- und Access-Providern andererseits voneinander abgegrenzt²⁰.
15. Die Haftungsprivilegierungen des Abschnitts 3 sind für Content-Anbieter nicht einschlägig. Dies stellt § 7 Abs. 1 TMG klar, wonach Diensteanbieter für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, ohne Einschränkung nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich sind. Host- und Access-Provider können sich dagegen auf die §§ 7 ff. TMG mit ihren jeweils spezifischen Privilegierungstatbeständen berufen.
16. § 10 TMG beschreibt den Rahmen der Privilegierung von Host-Providern, während § 8 TMG die Privilegierung von Access-Providern regelt. Host- und Access-Providern ist gemein, dass sie für fremde Informationen nur unter engen Bedingungen nach den Bestimmungen des TMG verantwortlich gemacht werden sollen. Diese allgemeine Wertung kommt insbesondere auch in § 7 Abs. 2 S. 1 TMG zum Ausdruck, nach dem Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 TMG nicht verpflichtet sind, die von ihnen

¹⁹ BGH, Jugendgefährdende Medien bei eBay, MMR 2007, S. 634, 637.

²⁰ Vgl. ausführlich zum Ganzen *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider im Bereich der Telemedien, 2009, Rn. 2ff.

- übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Ihre Haftung ist aufgrund dieser rechtsgebietsübergreifenden Querschnittsregelung²¹ im Strafrecht, Zivilrecht und Verwaltungsrecht²² eng begrenzt.
17. Nach § 8 Abs. 1 TMG sind Access-Provider für fremde Informationen, die sie in einem Kommunikationsnetz übermitteln oder zu denen sie den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich, sofern sie die Übermittlung nicht veranlasst (Nr. 1), den Adressaten der übermittelten Informationen nicht ausgewählt (Nr. 2) und die übermittelten Informationen nicht ausgewählt oder verändert haben (Nr. 3). Im Rahmen der inhaltsneutralen Infrastrukturleistung veranlassen sowohl klassische Access-Provider als auch die Anbieter öffentlicher WLAN-Zugänge weder die Übermittlung der spezifischer Informationen noch wählen sie die Adressaten oder die übermittelten Informationen aus bzw. verändert die übermittelten Informationen. Nur wenn ein Anbieter des Internetzugangs im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 TMG mit einem Nutzer kollusiv zusammenwirkt, um rechtswidrige Handlungen zu begehen, würde der Filter des § 8 TMG nicht zur Anwendung kommen.
18. Die Bestimmungen über die Haftungsprivilegierung gehen zurück auf die 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“)²³. Die Richtlinie enthält in ihren Artikeln 12 bis 15 detaillierte Regeln über die Haftungsprivilegierung von Diensteanbietern, die in deutsches Recht umzusetzen waren. Die Regeln der §§ 7ff. TMG sind daher gemeinschaftsrechtskonform auszulegen²⁴.
19. Die Bestimmungen sind als Filter konzipiert, der selber weitergehende Verantwortlichkeiten von Diensteanbietern weder begründet noch die Haftung nach

²¹ Sieber/Höfinger in Hören/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Stand Oktober 2007, 18.1 Rn. 1.

²² Wie hier zu § 5 Abs. 1 bis 3 TDG/MDStV 1997 und §§ 8 bis 11 TDG/6 bis 9 MDStV 2002 instruktiv und überzeugend Schmidt, Die Rechtmäßigkeit staatlicher Gefahrenabwehr im Internet unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 136ff. mit zahlreichen Nachweisen; wie hier noch zu § 5 Abs. 1 bis 3 TDG/MDStV 1997, Greiner, Die Verhinderung verbotener Internetinhalte im Wege polizeilicher Gefahrenabwehr, S. 113f.; a.A. zu § 5 Abs. 1 bis 3 TDG/MDStV 1997 z.B. Zimmermann, NJW 1999, S. 3145, 3148; Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, S. 385f. differenzierend Zimmermann/Stender-Vorwachs in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Vorb. §§ 7ff. TMG Rn. 46ff.

²³ ABl. der EG Nr. L 178 v. 17.07.2000, S. 1.

²⁴ Vgl. zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegungen die ständige Rspr. des EuGH, z.B., Urteil vom 4. Juli 2006, C-212/04 - Adeneler u.a, Slg. 2006, I-6057 Rn. 108ff.

den allgemeinen Gesetzen erweitert²⁵. Die dogmatische Einordnung der Filterfunktion der §§ 7 bis 10 TMG ist im Einzelnen umstritten²⁶. Am Treffendsten lassen sich die §§ 7 bis 10 TMG als „tatbestandsintegrierter Vorfilter“ charakterisieren²⁷. Wichtiger als die dogmatische Verortung im dreigliedrigen Prüfungsaufbau des deutschen Rechts nach Tatbestandsmäßigkeit (Rechtsgutverletzung), Rechtswidrigkeit und Schuld (Verschulden) ist allerdings die in der Praxis hochrelevante Frage zur Reichweite des sachlichen Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierungen.

20. Der BGH geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass die §§ 7ff. TMG nur im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung zum Tragen kommen. Der ständigen Rechtsprechung²⁸ des BGH ist zu entnehmen, dass zivilrechtliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nicht unter die Haftungsprivilegierung des TMG fallen sollen. Daher wendet die Rechtsprechung die Haftungsprivilegierung auch nicht bei Fällen der Störerhaftung an. Diese Haltung ist in der Literatur stark kritisiert worden.²⁹ Die Ansicht des BGH stößt insbesondere vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des TMG auf schwerwiegende Bedenken. Im Interesse einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des deutschen Rechts sowie zur autoritativen Auslegung der umzusetzenden Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr wäre jedenfalls ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH erforderlich gewesen³⁰.

²⁵ Vgl. BT-Drucks. 14/6098, S. 23.

²⁶ Vgl. dazu *Sieber/Höfing* in Hören/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Stand Oktober 2007, 18.1 Rn. 21 ff. m.w.N.

²⁷ Vgl. *Sieber/Höfing* in Hören/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Stand Oktober 2007, 18.1 Rn. 25.

²⁸ Urteil v. 11.03.04, Az. I ZR 304/01 - Internet-Versteigerung I, MMR 2004, 668ff.; Urteil v. 27.03.07, Az. VI VR 101/06 – Meinungsforen, MMR 2007, 518ff.; Urteil v. 19.04.2007, Az. I ZR 35/04 - Internet-Versteigerung II, MMR 2007, 507ff.; Urteil v. 12.07.07, Az. I ZR 18/04 - Jugendgefährdende Medien bei eBay, MMR 2007, 634ff.; Urteil v. 30.04.08, Az. I ZR 73/05 - Internet-Versteigerung III, MMR, 2008, 531ff. Urteil v. 22.07.10, Az. I ZR 139/08 – Kinderhochstühle im Internet, MMR 2011, 172ff.; Urteil v. 25.10.11, Az. VI ZR 93/10 – Blogspot, MMR 2012, 82ff.

²⁹ Vgl. *Leible/Sosnitza*, Neues zur Störerhaftung von Internet-Auktionshäusern, NJW 2004, S. 3225, 3226; *dies.*, Haftung von Internet-Auktionshäusern - reloaded, NJW 2007, S.3324ff.; *Rücker*, Notice an take down-Verfahren für die deutsche Providerhaftung? CR 2005, S.347ff.; *Sobola/Kohl*, Haftung von Providern für fremde Inhalte, CR 2005, S.443, 448ff.; *Spindler*, Präzisierung der Störerhaftung im Internet – Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, GRUR 2011, 101.

³⁰ Vgl. ausführlich zur Kritik und zur Verletzung der Vorlagepflicht des BGH *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider in den Telemedien, 2009, Rn. 206ff. Das BVerfG qualifiziert die Verletzung der Vorlagepflicht zum EuGH auch als Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, vgl. BVerfG, Beschluss v. 30.08.10, 1 BvR 1631/08 –Drucker und Plotter, GRUR 2010, 999ff.

C. Aktuelle Diskussion um Haftungsprivilegierung öffentlicher WLAN-Anbieter

21. Die oben skizzierte generelle Rechtsunsicherheit zur Reichweite des Haftungsprivilegierung des TMG für Access-Provider sowie zu den im Lichte der Störerhaftung anzulegenden Sorgfaltsmaßstäbe gilt erst Recht für die Anbieter öffentlicher WLAN, die den Dienst nur als Nebenleistung erbringen (z.B. Hotels und Cafés, Bibliotheken). Trotz einer Vielzahl urheberrechtlicher Abmahnungen³¹ ist noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung für diesen Bereich ergangen. Auch ist nicht geklärt, ob sich Anbieter öffentlicher WLAN überhaupt auf § 8 TMG berufen können.

22. Vor dem beschriebenen Hintergrund wurden eine Reihe von Initiativen auf Bundesebene gestartet. Bezüglich der Haftung für den Betrieb gewerblicher/öffentlicher WLAN hat die Bundestagsfraktion der LINKEN einen Gesetzentwurf in den Bundestag eingebracht (BT-Drs. 17/11137 vom 23.10.2012), der – basierend auf einem Vorschlag der Digitalen Gesellschaft e.V. – darauf abzielt, umfassend die Verantwortlichkeit von gewerblichen und nicht gewerblichen Betreibern öffentlicher Funknetzwerke auszuschließen, insbesondere auch, um öffentlich WLAN-Angebote z.B. durch Kommunen zu fördern. Ausgehend von einem Antrag der Länder Berlin und Hamburg hat auch der Bundesrat die Bundesregierung gebeten zu prüfen, wie das Haftungsrisiko von Betreibern von WLAN-Zugängen vermieden werden kann (BR-Drs. 545/12 vom 12.10.2012). In dieselbe Richtung zielt ein Antrag der SPD-Fraktion im Bundestag, Potenziale von WLAN-Netzen zu nutzen und Rechtssicherheit für WLAN-Betreiber zu schaffen (BT-Drs. 17/11145 vom 23.10.2012). Der Wirtschaftsausschuss des Bundestags hat den Antrag der SPD-Fraktion am 6. Juni 2013 abgelehnt (BT-Drs.7/13793). Die Bundesregierung hält in ihrer Stellungnahme zur Initiative des Bundesrates im Lichte bestehender Haftungsprivilegierungen von Access-Providern (§ 8 TMG), der Rechtsprechung des BGH sowie der Rechtsprechung des EuGH eine gesetzliche Regelung zur Beschränkung des Haftungsrisikos weder für geeignet noch für erforderlich (Stellungnahme der Bundesregierung vom 21.02.2013, BR-Drs 545/12).

D. Beantwortung der einzelnen Fragen

23. Im Lichte der vorstehenden Ausführungen möchte nunmehr die einzelnen Fragen beantworten:

³¹ Vgl. <http://www.internet-law.de/2013/05/aufruf-zum-thema-filessharingstorerhaftung.html>.

1. **Nach derzeitiger Rechtsprechung fallen bestimmte WLAN-Betreiber (Cafés, Hotels, Privatpersonen, gemeinnützige Vereine) nicht unter den Haftungsausschluss nach § 8 Telemediengesetz (TMG). Wie bewerten Sie diese Rechtslage? Welche Verbesserungen schlagen Sie vor?**
24. Wie vorstehend ausgeführt, fallen zunächst klassische Access-Provider unter die Haftungsprivilegierung des § 8 TMG. Die Betreiber öffentlicher WLAN, die solche Dienste entweder privat oder als gewerbliche Nebenleistung anbieten, werden von der Rechtsprechung den klassischen Access-Providern bisher nicht ausdrücklich gleichgestellt.
25. Dies scheint zunächst darauf zurückzuführen sein, dass die insoweit ergangene Rechtsprechung – soweit ersichtlich – ausschließlich Unterlassungssituationen betrifft, bei denen die Rechtsprechung nach den Vorgaben des BGH unterstellt, dass die Regeln der §§ 7 ff. TMG ohnehin keine Anwendung finden. Unabhängig von der dogmatischen Schwäche dieser Rechtsprechung kann problematisiert werden, ob private oder „nebenberufliche“ Betreiber von öffentlichen WLAN als „Dienstanbieter“ im Sinne des TMG aufzufassen sind. Nach § 2 Nr. 1 TMG gelten sowohl natürliche als auch juristische Personen, die den Zugang zur Nutzung von Telemedien vermitteln, als Dienstanbieter im Sinne des TMG. Inwieweit hier eine weitere kommerzielle Komponente hinzutreten muss, ist bisher weder von der Rechtsprechung noch durch die Wissenschaft abschließend geklärt. Es wird vertreten, dass allein die Funktion des Anbieters, die Nutzung von Telemedien zu ermöglichen, genüge, um einen Anbieter als Dienstanbieter einzuordnen³². Dagegen könnte eingewendet werden, dass ein Dienstanbieter seine Leistungen klassischer Weise gegen Entgelt anbietet. Für eine entsprechende Voraussetzung spricht etwa Erwägungsgrund 17 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, wonach die von der Richtlinie erfassten Dienste der Informationsgesellschaft *„alle Dienstleistungen umfassen, die in der Regel gegen Entgelt im Fernabsatz mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompressionen) und Speicherung von Daten auf individuellen Abruf eines Empfängers erbracht werden“*. Andererseits rechnet Erwägungsgrund 18 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr generell die Dienste, die Informationen über ein Kommunikationsnetz übermitteln oder Zugang zu einem Kommunikationsnetz anbieten zu den relevanten Diensten der Informationsgesellschaft, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Dort wird keine Einschränkung hinsichtlich der Entgeltlichkeit vorgenommen. Gleiches gilt auch für § 2 Nr. 1 TMG. Hier ist allgemein von Diensteanbieter die Rede, während § 2 Nr. 2 TMG den

³² Vgl. Spindler/Schuster/Holznapel/Ricke, Recht der elektronischen Medien, § 2 TMG, Rn. 2; in diese Richtung wohl auch LG München, Urteil vom 12.01.2012, Az.: 7 HK O 1398/11.

„niedergelassenen Diensteanbieter“ in dem Sinne qualifiziert, dass er Telemedien „geschäftsmäßig anbietet“.

26. Vor dem dargestellten Hintergrund erscheint es naheliegend, dass auch die Anbieter offener WLAN, die ihre Dienste nicht kommerziell unterbreiten, nach der Bestimmung des § 8 TMG zu beurteilen sind. In diese Richtung argumentiert auch die Bundesregierung in der erwähnten Stellungnahme zu der Initiative des Bundesrates (vgl. Stellungnahme der Bundesregierung vom 21.02.2013, BR-Drs 545/12, S 7). Obwohl viel dafür spricht, auch die „nicht klassischen“ Access-Provider nach der Bestimmung des § 8 TMG zu beurteilen, herrscht insofern Rechtsunsicherheit, sodass sich eine entsprechende gesetzliche Klarstellung empfiehlt. Dabei wäre zu berücksichtigen, dass mit der Funktion eines Access-Providers, welche nach § 8 TMG privilegiert ist, auch eine Reihe von Verpflichtungen einhergehen. Es handelt sich insbesondere um solche des TKG. Die Anwendung der dortigen Verpflichtungen für Anbieter von Telekommunikationsdiensten würden Betreiber von offenen WLAN-Angeboten regelmäßig strukturell überfordern, sodass es meines Erachtens auch insofern einer gesetzlichen Klarstellung bedarf.

2. WLAN-Betreiber, die bereits derzeit unter § 8 des Telemediengesetzes fallen, können trotzdem von Unterlassungsklagen betroffen sein. Wie beurteilen Sie diese Rechtsprechung auch mit Hinblick auf eine eventuelle Ausweitung des § 8 TMG auf nichtklassische Provider und Privatpersonen (bzw. rechtliche Klarstellung, dass diese unter den benannten Paragraphen fallen)?

27. Die Rechtsprechung des BGH, wonach das Institut der Störerhaftung und die damit begründeten negatorischen Ansprüche (Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche) von dem System der Haftungsprivilegierungen des TMG nicht erfasst werden, ist meines Erachtens unionsrechtlich nicht haltbar (vgl. dazu ausführlich die Ausführungen unter B.). Der EuGH hat die Haftungsprivilegierungen des Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, die mit den §§ 7ff. TMG in deutsches Recht umgesetzt wurden, eindeutig auch in Unterlassungssituationen angewendet. Daher wäre zumindest ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH erforderlich³³. Auch dies ist aber bisher nicht geschehen. Zur Korrektur dieser Rechtsprechung würde sich eine gesetzliche Klarstellung empfehlen, dass die Regelungen der §§ 7 ff. TMG auch für die verschuldensunabhängige Haftung gemäß dem Institut der Störerhaftung gelten.

³³ Vgl. ausführlich *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider, Rn. 206ff.

- 3. Die derzeitige Rechtspraxis führt zu einer Abmahnungswelle bei bestimmten WLAN-Betreibern (Cafés, Hotels, Privatpersonen, gemeinnützige Vereine) aufgrund von möglichen Urheberrechtsverletzungen. Welche Abwägung zwischen der gesellschaftlichen Relevanz offener WLAN-Netze gegenüber der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen ist Ihrer Meinung nach sinnvoll?**
28. Meines Erachtens sollte der Bundesgesetzgeber durch klarstellende Regelungen zum Anwendungsbereich des TMG sowie zu den im Rahmen der Störerhaftung anzuwendenden Sorgfaltsmaßstäbe Rechtssicherheit schaffen, um die gesellschaftlich erwünschten Infrastrukturangebote von Betreibern offener WLAN-Angebote zu schützen.
29. Die Verfügbarkeit möglichst flächendeckender WLAN-Angebote ist meines Erachtens sowohl unter dem Gesichtspunkt der Steigerung wirtschaftlicher Produktivität als auch zur Erweiterung der Kommunikations- und Partizipationsmöglichkeiten der Bevölkerung erstrebenswert. Da das geistige Eigentum ebenfalls verfassungsrechtlich und durch die Charta der Grundrechte (auf europäischer Ebene) geschützt ist, darf die Position der Rechteinhaber andererseits trotz der gesellschaftlich erwünschten Schaffung von Infrastrukturangeboten nicht außer Acht gelassen werden. Daher halte ich es für sinnvoll, dass Anbieter von öffentlichen WLAN-Angeboten ihre Nutzer zumindest vertraglich zur Beachtung der urheberrechtlichen Bestimmungen verpflichten.
- 4. Wie bewerten Sie den Umstand, dass in massenhaften Abmahnungen ein Geschäftsfeld für manche Anwaltskanzleien entstanden ist? Steht Ihres Erachtens nach hier der Urheberrechtsschutz noch im Vordergrund?**
30. Meines Erachtens ist es in der Tat ein zu kritisierendes Phänomen, dass einzelne spezialisierte Anwaltskanzleien standardisierte Massenabmahnungen nutzen, um in erster Linie ihr Honoraraufkommen unverhältnismäßig zu steigern. Allerdings kann daraus nicht pauschal die Aussage abgeleitet werden, der Schutz des Urheberrechts spiele generell bei Abmahnungen in der Internetsphäre keine Rolle.
31. Im Hinblick auf die Anwaltskanzleien, welche aufgrund standardisierter Massenabmahnungen lediglich ihr Honoraraufkommen in die Höhe treiben wollen bleibt abzuwarten, ob das gerade verabschiedete Gesetz über unseriöse Geschäftspraktiken seinen Sinn erfüllen wird.

5. Welches wirtschaftliche oder gesellschaftliche Potenzial kann Ihrer Meinung nach bei einer Abschaffung der Störerhaftung freigesetzt werden?

32. Eine generelle Abschaffung der Störerhaftung erscheint derzeit nicht angezeigt. Vielmehr ist der Gesetzgeber aufgerufen, eine gesetzliche Statik zu schaffen, um Rechtssicherheit hinsichtlich von Sorgfaltspflichten zu ermöglichen. Neben einer gesetzlich präzisierten Störerhaftung sollte die Einführung einer rechtlichen Basis geprüft werden, die das Institut der Störerhaftung nur subsidiär zur Anwendung kommen lässt.
33. Statt im Bereich des P2P-Filesharings auf Einzelabmahnungen zu setzen, bietet es sich zudem an, verstärkt gegen unseriöse Anbieter im Bereich des Host-Providings vorzugehen. Die Fälle „kino.to“, „megaupload.com“, „ifile.it“ und „library.nu“ stehen für wichtige Erfolge, mit denen gewerbsmäßige Urheberrechtsverletzungen im Bereich des Sharehostings abgestellt werden konnten. Dabei wird als Haftungsmaßstab u.a. auf das Kriterium eines *„von der Rechtsordnung gebilligten Geschäftsmodells“* zurückgegriffen. Verfolgt ein Host-Provider ein generell auf Urheberrechtverletzungen angelegtes *„Geschäftsmodell“*, kann es durch strafrechtliche und zivilrechtliche Maßnahmen unterbunden werden.

6. Ist eine Konkretisierung der nötigen Schutzmaßnahmen von WLAN-Netzen nötig und sinnvoll, um die Rechtssicherheit von deren Betreibern zu erhöhen? Wäre eine namentliche Erfassung von Nutzern eines offenen WLAN praktikabel? Ist eine Belehrung in Form einer Einstiegsseite hilfreich, oder ist es nur ein unnötiger Hinweis auf Selbstverständlichkeiten und ohnehin geltende Gesetze? Würde eine Pflicht zur Überwachung der Nutzer des WLANs nicht einen Datenschutzverstoß darstellen?

34. Eine Konkretisierung der Sorgfaltsmaßstäbe für das Angebot offener WLAN-Netze ist meines Erachtens erforderlich, um die Rechtssicherheit für die Betreiber zu erhöhen. Da es sich bei der Störerhaftung um ein von der Rechtsprechung entwickeltes Institut ohne gesetzliche Statik handelt, ist der Gesetzgeber aufgefordert, Sorgfaltsmaßstäbe zu spezifizieren. Im Sinne solcher Sorgfaltsmaßstäbe erachte ich eine namentliche Erfassung von Nutzern als wenig praktikabel: Dies setzt die Entwicklung einer aufwändigen Authentifizierungsinfrastruktur voraus, welches die Nutzung und Verbreitung entsprechender Angebote wesentlich einschränken dürfte.
35. Dagegen halte ich die Belehrung der Nutzer in Form einer Einstiegsseite für sinnvoll und erforderlich, um den Nutzern zu verdeutlichen, dass sie auch bei der Verwendung offener WLAN zur Beachtung der Rechtsordnung und insbesondere zur

Respektierung der Urheberrechte verpflichtet sind.

36. Eine Pflicht zur Überwachung der Nutzer des WLAN wäre dagegen rechtlich nicht akzeptabel. Eine solche Pflicht verstieße sowohl gegen europäisches Recht (vgl. z.B. die Scarlet-Entscheidung des EuGH) als auch gegen deutsches Recht, insbesondere gegen die Bestimmungen des § 7 Abs. 2 S. 1 TMG und § 88 TKG³⁴.

7. Die Ermittlung gegen etwaige Urheberrechtsverletzer erfolgt aufgrund der Zuordnung der IP-Adresse. Halten Sie diese Praxis aus technischer und/oder juristischer Sicht für legitim? Wie bewerten Sie das Problem, das WLAN-Betreiber haben, selbst einen Gegenbeweis führen zu müssen, ohne dass ihnen dazu die erforderlichen Informationen mehr zur Verfügung stehen?

37. Ausgangspunkt der Ermittlung von Urheberrechtsverletzungen ist § 101 UrhG, der einen urheberrechtlichen Auskunftsanspruch auch gegen Dritten, die an Urheberrechtsverletzungen nicht beteiligt sind bzw. waren, regelt. Im vergangenen Jahr berichtete der eco-Verband, dass Access-Provider in Deutschland bis zu 300.000 Auskunftersuchen pro Monat auf dieser Grundlage beantworten haben.
38. Es ist allerdings bekannt, dass die Zuordnung von IP-Adresse und Nutzerdaten fehleranfällig ist. Außerdem identifiziert die IP-Adresse lediglich den Anschlussinhaber und nicht diejenigen, welche für eine Urheberrechtsverletzung unmittelbar verantwortlich sind. Der Beweiswert der Zuordnung einer IP-Adresse für eine konkrete Urheberrechtsverletzung ist daher beschränkt. Daher sollte die Frage einer Inanspruchnahme eines WLAN-Betreibers davon abhängen, ob er die (zu präzisierenden) Sorgfaltspflichten erfüllen hat, die ihm zumutbar sind, um den Missbrauch seines Anschlusses für die Verletzung von Urheberrechten zu verhindern. Wie bereits angeführt, sollte der Gesetzgeber hier klare Maßstäbe aufstellen. Meines Erachtens reicht hier eine Belehrungspflicht des Anschlussinhabers aus.

³⁴ Vgl: dazu ausführlich Frey, Deutscher Bundestag – Unterausschuss Neue Medien Stellungnahme zum Thema „Vermarktung und Schutz kreativer Inhalte im Internet“ http://www.frey.tv/sites/default/files/120518-frey_stellungnahme_unterausschuss_neue_medien.pdf.

8. Wie bewerten Sie die in dem Antrag „Abschaffung der Störerhaftung“ der Fraktion der PIRATEN (Drucksache 16/2284) dargelegte Analyse und die abschließend formulierten Forderungen an die Landesregierung?

39. Unabhängig davon, dass die in dem Antrag der Fraktion der PIRATEN dargelegte Analyse nicht in allen Teilen geteilt wird (z.B. ist es für private Nutzer vertraglich nicht ohne weiteres möglich, einen WLAN-Zugang für die Öffentlichkeit bereitzustellen) bewerte ich die abschließend formulierten Forderungen als in weiten Teilen sinnvoll und zutreffend.
40. Der genaueren Betrachtung bedürfte der Aspekt einer generellen Gleichsetzung von Betreibern offener WLAN-Zugänge mit kommerziell agierenden Access-Providern. Dies ist im Lichte des § 8 TMG wünschenswert. Allerdings würden die Access-Provider insbesondere nach dem TKG treffenden Verpflichtungen die „nebenberuflichen“ Betreiber offener WLAN regelmäßig überfordern.
41. Zudem ist festzustellen, dass – entgegen dem Titel des Antrags – unter II. 3) als Forderung an die Landesregierung nicht die Abschaffung der Störerhaftung gefordert wird. Vielmehr werden klare Voraussetzungen für das Vorliegen einer Störerhaftung eingefordert. Dies erscheint zutreffend, um eine Balance zwischen dem Schutz von Urheberrechten und dem angestrebten Ziel einer möglichst flächendeckend verfügbaren technischen Infrastruktur für den Zugang zum Internet sicher zu stellen.

9. Welche Folgen hätte die im Antrag geforderte Abschaffung der Störerhaftung für die zivil- und strafrechtliche Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen?

42. Für die zivil- und strafrechtliche Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen würde ein solcher Ansatz keine unmittelbaren Auswirkungen zeigen, da die Haftung des Verletzers unberührt bliebe. Es könnte lediglich angeführt werden, dass ggf. eine zivil- und strafrechtliche Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen erschwert würde. Es scheint indes zweifelhaft, ob es zu einer substanziellen Erhöhung der Rechtsverletzungen kommt.

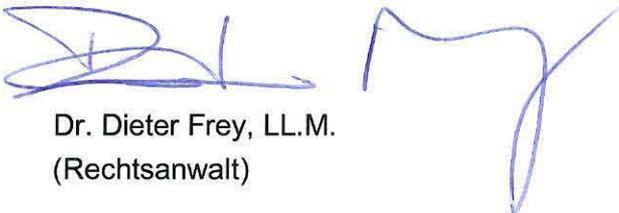
10. Welche Auswirkungen hätte dies auf Künstler, Rechteinhaber etc.?

43. Ich erachte die Auswirkung auf Künstler und Rechteinhaber etc. als überschaubar. Insbesondere sollte die Rechtsverfolgung in Zukunft gleichzeitig stärker auf Urheberrechtsverletzungen im großen Ausmaße fokussiert werden. Damit sind in

erster Linie Plattformen angesprochen, deren Betreiber selbst urheberrechtsverletzendes Material zur Verfügung stellen und auf Kosten der Urheber und Rechteinhaber durch Abonnements-Entgelte oder durch das Schalten von Werbung Umsätze generieren.

11. Welche Maßnahmen müssten ergriffen werden, um trotz Abschaffung der Störerhaftung Urheberrechtsverletzungen effektiv ahnden zu können?

S.o.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'D' followed by a long horizontal stroke and a vertical stroke, and a separate 'F' with a long horizontal stroke and a vertical stroke.

Dr. Dieter Frey, LL.M.
(Rechtsanwalt)