FESTSCHRIFT
FÜR
ULRICH EISENHARDT
ZUM 70. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN
VON
ULRICH WACKERBARTH
THOMAS VORMBAUM
HANS-PETER MARUTSCHKE

VERLAG C.H.BECK MÜNCHEN 2007
THOMAS HOEREN

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


I. Einleitung


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

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

1 So die Formulierung in § 2 Nr. 3 TMG. Ähnlich früher, z.B. § 3 Nr. 2 TDG.
3 Vom englischen Begriff host = Gastgeber.
4 Eine automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung zur beschleunigten Übermittlung fremder Informationen – sog. Proxy-Caching – fällt nicht unter den Begriff des „hosten“. Vgl. auch §9 TMG.

244
II. Der Host Provider

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

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

1. Abgrenzung TDG–MDStV

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

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

5 So auch der wortlautgleiche § 9 Satz 1 TMG-E.
7 Deutlich: Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, 2981, 2984.
Haftungsprivilegierungen des MDStV als Ländergesetz wegen fehlender Regelungskompetenz (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) keine Wirkung auf dem Gebiet der Bundesgesetzgebung, also dem Straf- und dem Zivilrecht, entfalten konnten. Daher konnte § 9 MDStV die zivil-, urheber-, marken- und wettbewerbsrechtliche Haftung von Mediendienstanbietern nicht beschränken, so dass er nur Verstöße gegen den MDStV selber sanktionieren konnte. Mediendienstanbieter hafteten folglich nach den allgemeinen Grundsätzen und standen daher haftungsrechtlich schlechter dar als die Anbieter von Telediensten.


2. Verschulden des Host Providers

Nach § 10 Satz 1 TMG sind Dienstanbieter „für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, oder sie unverzüglich tätig geworden sind, um diese Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben.“ Entscheidend ist daher das Vorliegen von „Kenntnis“, das als anspruchsbegründend anzusehen ist. Der Anspruchsteller hat hierfür die volle Darlegungs- und Beweislast zu tragen. Damit soll die Haftung der Host Provider auf Vorsatzstraftaten und -delikte beschränkt werden. Es geht daher um die unbedingte oder bedingte Kenntnis der objektiven Tatbestandverwirklichung. Es ist zwischen der Kenntnis der Inhalte und der Kenntnis der Rechtswidrigkeit dieser Inhalte zu unterscheiden.

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

11 Hoeren, Rechtsfragen im Internet, Juni 2006, S. 390.
13 BGH, MMR 2004, 166, 167 zu § 5 Abs. 2 TDG a.F.
Unterlassungsansprüche gegen Host Provider

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

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


\textsuperscript{14} Vgl. BGH, NJW 1996, 1205; BGH NJW 1996, 1339, 1340.
\textsuperscript{15} LG Köln, MMR 2004, 184, m. Anm. Christiansen.
III. Die besondere Probleme bei Unterlassungsansprüchen

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

1. Haftungsprivilegierung bei Unterlassungsansprüchen

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

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

\(^{17}\) BGH, NJW 2004, 3102, 3103 f. – Internet-Versteigerung.
\(^{18}\) BGH, NJW 2004, 3102, 3103 f. – Internet-Versteigerung.
Unterlassungsansprüche gegen Host Provider

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

Dass das Haftungsprivileg Unterlassungsansprüche nicht erfasse, lege außerdem § 8 Abs. 2 S. 2 TDG (§ 7 Abs. 2 S. 2 TMG) nahe. 25 Dementsprechend bezeichnen sich „Verpflichtungen zur Entfernung“ von Informationen auf den Beseitigungsanspruch und „Verpflichtungen zur Sperrung der Nutzung von Informationen“ auf den Unterlassungsanspruch. 26 § 8 Abs. 2 S. 2 TDG decke sich insofern mit der Vorgabe aus Art. 14 Abs. 3 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce-Richtlinie; ECRL), welcher der deutsche Gesetzgeber 2001 in § 8 Abs. 2 S. 2 TDG umgesetzt hat. 28 Die E-Commerce-Richtlinie habe von der ausdrücklichen Regelung der Beseitigungs- und Unterlassungshaftung abgesehen, woraufhin auch das TDG auf eine positive Regelung verzichte. 29 Aus diesem Gesamtvorhersicht gehe, dass das Haftungsprivileg des § 11 S. 1 TDG (§ 10 S. 1 TMG) jedenfalls nicht den Unterlassungsanspruch betreffe. 30

Daher erfolgt nach Ansicht des BGH die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung 31 entsprechend §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB. Dabei unterscheidet das Gericht zwischen Fällen des Verhaltensunrechts, wonach die Passivlegitimation allein nach den deliktischen Kategorien der Täterschaft und Teilnahme zu begründen sei, und Fällen, in denen eine Verletzung eines absoluten Rechtes in Rede stehe. In letzterer Konstellation könne sich eine Haftung aus der uneingeschränkten Anwendung der Grundsätze der Störerhaftung ergeben.

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

---

24 BGH, NJW 2004, 3102, 3103; Schultz, WRP 2004, 1347, 1352.
25 BGH, NJW 2004, 3102, 3103f.
26 Schultz, WRP 2004, 1347, 1351.
27 Den Wortlaut des Art. 14 Abs. 3 entsprechen Art. 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 und Erwähnungsgrund 45 ECRL. Es wird des Weiteren auf die Erwähnungsgründe 44, 46, 47, 48 ECRL verwiesen.
29 Spindler, in Spindler/Wiebe, Kap. 6, Rn. 35.

2. Kritik


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

34 Leible/Sosnitza, NJW 2004, 3225, 3226 bezüglich § 11 S. 1 Nr. 1 TDG.
Unterlassungsansprüche gegen Host Provider

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

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

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

\textsuperscript{35} Berger/Jander, CR 2004, 917, 919.
\textsuperscript{36} Gerecke, CR 2005, 233, 234.
\textsuperscript{38} Volkmann, CR 2003, 440, 443.
\textsuperscript{40} Rücker, CR 2005, 347.
nach muss zunächst ein qualifizierter Hinweis auf eine konkret rechtswidrige Information erfolgen. Dieser Hinweis löst die für eine Haftung erforderliche Kenntnis aus. Eine Haftungsprivilegierung für sämtliche Ansprüche – also auch für Unterlassungsansprüche – kommt dem Diensteanbieter zu, wenn er die konkret abgemachte Information entfernt und es unterlässt, sie zukünftig zugänglich zu machen.  

42 Kontrollen und deren Kosten sollen damit zu Gunsten des Diensteanbieters zu Lasten des Rechtsinhabers gehen. 43 Ein Vorschlag des Europäischen Parlaments, 44 nach dem technisch mögliche und zumutbare Maßnahmen, die eine präventive Verhinderung der Nutzung rechtswidrig angebotener Inhalte bezwecken, unberührt bleiben sollten, wurde von der Kommission abgelehnt. 45


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

45 Kommission (Fn. 38), S. 8.
49 Vgl. dazu Berger/Janal, CR 2004, 917, 921, Fn. 44.
Auch im Falle einer Nichtverantwortlichkeit bleiben allerdings nach § 8 Abs. 2 S. 2 TDG (§ 7 Abs. 2 S. 2 TMG) bestimmte Verpflichtungen unberührt. Die dort festgelegten Maßnahmen unterscheiden sich indes nicht von den Maßnahmen aus Art. 14 Abs. 3 ECRL und umfassen somit keine Verpflichtungen des Dienstanbieters, zukünftig gleichartige Rechtsverletzungen zu verhindern.\(^{51}\) Vielmehr muss der Inhalt des Unterlassungsanspruchs auf den des Be- seitigungsanspruchs begrenzt werden.\(^{52}\) Das wird insbesondere durch den Zu- sammenhang mit dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 TDG (§ 7 Abs. 1 S. 1 TMG) deutlich.


\(^{53}\) \textit{Hoeren}, MMR 2004, 672.

\(^{54}\) \textit{Berger/Janal}, CR 2004, 917, 923.

IV. Ergebnis

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