

Gutachten

Rechtliche Bewertung des Gesetzentwurfs zur Neuregelung der Host-Providerhaftung

im Auftrag des

eco – Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V.

Erstellt durch:

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

Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

Rechtsanwalt Dr. Matthias Rudolph

Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

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

Gliederung

A. Gutachtenauftrag	4
B. Zusammenfassung	5
C. Einführung.....	11
I. Grundsätze der Host-Provider-Privilegierung	12
II. Initiativen auf EU-Ebene zur Ergänzung der Host-Provider-Privilegierung.....	17
III. Inhalt des Gesetzentwurfs zur Host-Providerhaftung.....	18
D. Rechtliche Bewertung des Gesetzentwurfs zur Änderungen der Host-Providerhaftung im Lichte des Unionsrechts	22
I. Unionsrechtliche Vorgaben zur Host-Providerhaftung	22
1. Haftungsfreistellung für Host-Provider nach Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr	22
2. Rechtsprechung des <i>EuGH</i> zur Haftungsprivilegierung für Host-Provider ...	24
a) Anwendungsbereich des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.....	24
b) Zusammenspiel zwischen nationalen Anspruchsgrundlagen und unionsrechtlichen Privilegierungstatbeständen	27
c) Keine einzelstaatliche Erweiterung oder Verengung der Tatbestandsmerkmale der Haftungsprivilegierung für Host-Provider ...	28
3. Schlussfolgerungen aus der <i>EuGH</i> -Rechtsprechung.....	29
II. Verstoß des durch den Gesetzentwurf vorgeschlagenen § 10 TMG-E gegen unionsrechtliche Vorgaben	30
1. Regelungsansatz des Gesetzentwurfs	31
a) Gesetzentwurf vermischt Elemente der Störerhaftung mit der Haftungsprivilegierung	31
b) Gesetzentwurf missachtet Vollharmonisierung	31
c) Gesetzentwurf versucht vertikale Haftungsverschärfung herbeizuführen	32
d) Gesetzentwurf kann nicht die Grenzen des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung für Host-Provider bestimmen	33
e) Fazit zum Regelungsansatz des Gesetzentwurfs	34
2. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr verlangt konkrete Kenntnis und kann nicht durch einen nationalen Vermutungstatbestand ergänzt werden	35
3. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr trifft keine Regelungen zu „ <i>gefährdigen Diensten</i> “	36
4. Vermutungstatbestände des § 10 Abs. 2 TMG-E.....	38
a) § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TMG-E des Gesetzentwurfs	38
b) § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TMG-E des Gesetzentwurfs	39
c) § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 TMG-E des Gesetzentwurfs	41
d) § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 TMG-E des Gesetzentwurfs	41
III. Ergebnis zur Bewertung des Gesetzentwurfs im Lichte des Unionsrechts.....	42

E. Leitlinien für gesetzgeberische Initiativen	45
I. Geschäftsmodell-Betrachtung als Haftungsmaßstab	46
1. Allgemeiner Rahmen für die Verantwortlichkeit von Host-Providern	48
a) Haftung als Täter oder Teilnehmer	48
(1) Strafrechtliche Kategorien der Täterschaft und Teilnahme.....	48
(2) Täterschaftliche Haftung wegen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten	51
(3) Täterschaftliche Haftung eines Host-Providers bei rechtsverletzenden Informationen, die sich „zu <i>Eigen gemacht</i> “ werden	52
(4) Zwischenergebnis.....	54
b) Störerhaftung.....	55
c) Fazit	57
2. „Von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle“ und „gefährdene Dienste“	59
II. Anspruchsgrundlage gegen „von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle“	62
III. „Notice & Takedown-Verfahren“	63
IV. Ergebnis zu Leitlinien für gesetzgeberische Initiativen	65

A. Gutachtenauftrag¹

Die *Bundesregierung* hat einen Gesetzentwurf für ein zweites Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes (TMG) vorgelegt (nachfolgend TMG-E) und am 15. Juni 2015 der *Europäischen Kommission* nach der sog. Transparenzrichtlinie notifiziert.²

Der Gesetzentwurf soll Fragen zur Haftung von WLAN-Betreibern regeln und durch Ergänzungen des § 10 TMG die Haftungsprivilegierung für Host-Provider modifizieren. § 10 TMG setzt derzeit für eine etwaige Haftung jedenfalls die Kenntnis von Tatsachen oder Umständen voraus, aus denen sich die Rechtswidrigkeit einer Information ergibt. Für „*besonders gefahrgeneigte Dienste*“ soll diese Kenntnis nach dem Gesetzentwurf aufgrund einer Reihe von Vermutungstatbeständen fingiert werden. § 10 TMG beruht allerdings auf Artikel 14 der Richtlinie für den elektronischen Geschäftsverkehr (Richtlinie 2000/31/EG), der solche Vermutungstatbestände und das Merkmal der „*gefahrgeneigten Dienste*“ nicht vorsieht. Gleichwohl heißt es in dem Gesetzentwurf auf Seite S. 11:

„Die Vorgaben der E-Commerce Richtlinie (Richtlinie 2000/31/EG) sind zu beachten. Die Bestimmungen präzisieren lediglich die bestehenden Regelungen des TMG sowie die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Störerhaftung und stehen damit im Einklang mit der E-Commerce Richtlinie.“

Vor diesem Hintergrund hat der *eco-Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V.* den Auftrag zur Erarbeitung des vorliegenden Rechtsgutachtens erteilt. In der Untersuchung soll zunächst die Kompatibilität der vorgeschlagenen Neufassung des § 10 TMG-E mit den Vorgaben der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und der dazu ergangenen Rechtsprechung des *EuGH* geprüft werden. Darüber hinaus soll der mit dem Gesetzentwurf unter Berufung auf die *BGH*-Rechtsprechung verfolgte Ansatz, sog. „*gefahrgeneigte Dienste*“ in den Fokus zu nehmen, näher analysiert werden. Hierbei handelt es sich um Einzelfallentscheidungen, bei denen implizit eine Betrachtung des Geschäftsmodells eines Dienstansbieters vorgenommen wird. Bei der gutachterlichen Prüfung soll besonders berücksichtigt werden, ob dieser Ansatz dazu geeignet ist, die erforderliche Rechtssicherheit zu schaffen oder ob es hierzu weitergehender gesetzgeberische Anstrengungen bedürfte. Nicht Gegenstand der Untersuchung ist dagegen die Entwurfsfassung des § 8 TMG-E, mit der eine ausdrückliche Regelung für WLAN-Betreiber innerhalb des Systems der Haftungsprivilegierung für Access-Provider geschaffen wird.

Köln, den 11. September 2015

¹ Rechtsgutachten erstellt durch die Rechtsanwälte Dr. Dieter Frey, LL.M., Dr. Matthias Rudolph und Dr. Jan Oster, LL.M. unter Mitwirkung von Rechtsanwältin Stefanie Kupczak, LL.M.

² Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften über die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. L 217 vom 05/08/1998, S. 18. Notifizierungsnummer 2015/305/D.

B. Zusammenfassung

➤ Verstoß gegen unionsrechtliche Vorgaben

- Die in dem Gesetzentwurf vorgeschlagene Neuregelung des § 10 TMG-E verstößt gleich aufgrund mehrerer Gesichtspunkte gegen die unionsrechtlichen Vorgaben.
- Die Regelungen zur Verantwortlichkeit eines Diensteanbieters in den Art. 12 bis 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (Richtlinie 2000/31/EG) dienen der Vollharmonisierung. Sie dürfen nicht durch einzelstaatliche Regelungen modifiziert werden, was bereits die Unionsrechtswidrigkeit der mit dem Gesetzentwurf beabsichtigten Neuregelung verdeutlicht.
- Die mit dem Gesetzentwurf bezweckte Modifizierung des Tatbestandsmerkmals der „*Kenntnis*“ durch die Schaffung neuer Vermutungstatbestände kann nicht dadurch in das unionsrechtliche System der Haftungsprivilegierung integriert werden, indem – entgegen der Regelungstechnik des Gesetzentwurfs – lediglich eine einzelstaatliche Festlegung des Anwendungsbereichs des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr unterstellt wird. Nimmt der Host-Provider eine „*neutrale Rolle*“ bei der Handhabung gespeicherter Informationen Dritter ein, ist der Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung eröffnet. Die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit eines Dienstes stellt die „*neutrale Rolle*“ des Anbieters und damit die Anwendbarkeit des Art. 14 dieser Richtlinie dabei ebenso wenig in Frage wie der Umstand, dass ein Host-Provider die Vergütungsmodalitäten des Dienstes festlegt oder seinen Kunden Auskünfte allgemeiner Art erteilt. Unterstützt der Host-Provider dagegen Nutzer seines Dienstes in qualifizierter Art und Weise, kann er nach der Rechtsprechung des *EuGH* eine „*aktive Rolle*“ einnehmen: Eine solche „*aktive Rolle*“ hat der *EuGH* z.B. im Hinblick auf eine Internetversteigerungsplattform angenommen, wenn diese die Präsentation der gespeicherten Daten für Nutzer optimiert oder die Angebote von Nutzern bewirbt. Solche Handlungen fallen nicht in den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung. Die Vermutungstatbestände des Gesetzesentwurfs in § 10 Abs. 2 TMG-E beruhen indes nicht auf diesen Kriterien zur Bestimmung des Anwendungsbereichs.
- Wo die Grenze des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung im Hinblick auf spezifische Tätigkeiten eines Host-Providers verläuft und – soweit der Anwendungsbereich eröffnet ist – wie die Tatbestandsmerkmale der Norm, also z.B. die Kenntnis von der rechtswidrigen, für einen Nutzer gespeicherten Information, auszulegen sind, bestimmt im Übrigen der *EuGH*. Für eine autoritative Auslegung der unionsrechtlich determinierten Haftungsprivilegierungen ist nur der *EuGH* zuständig. Diese kann nicht durch nationale Regelungen der Mitgliedstaaten ersetzt werden. Letzteren verbleibt das Recht, Anspruchsgrundlagen zu schaffen. Solche nationalen Anspruchsgrundlagen dürfen indes nicht die Fragen der Anwendbarkeit und

Reichweite der Haftungsprivilegierungen für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft bestimmen.

- Weiterer Kritikpunkt, der die Inkompatibilität der in dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen Änderungen des § 10 TMG-E mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr indiziert, ist der vertikale Regelungsansatz, der laut Begründung des Gesetzentwurfs nur der besseren Durchsetzung des Urheberrechts dienen soll. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr stellt dagegen eine horizontale Haftungsprivilegierung dar, die als Querschnittsregelung rechtsgebietsübergreifend wirkt.
- Der mit dem Gesetzentwurf in § 10 Abs. 2 TMG-E verfolgte Ansatz, den Tatbestand der Haftungsprivilegierung durch eine Kenntnisvermutung unter Heranziehung von durch die Rechtsprechung zur Störerhaftung als Anspruchsgrundlage entwickelter Gesichtspunkte zu verengen, sofern ein „*gefährgeneigter Dienst*“ vorliegt, widerspricht diametral dem mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr verfolgten Regelungsansatz. Der *EuGH* setzt in seiner Rechtsprechung eine klare Trennung zwischen nationaler Anspruchsgrundlage und unionsrechtlich determinierter Haftungsprivilegierung voraus. Diese Trennung wird durch den Gesetzentwurf aufgelöst. Eine einheitliche EU-weite Anwendung des durch die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr etablierten Systems der Haftungsprivilegierung für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft würde damit unmöglich gemacht.
- Die Ergänzung des § 10 Abs. 1 TMG durch den in dem Gesetzentwurf vorgesehenen § 10 Abs. 2 TMG-E, der rechtskonstruktiv eine Kenntnis fingiert, steht nicht im Einklang mit dem Tatbestand des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Aufgrund bestimmter, gleichwohl nicht abschließender Vermutungstatbestände, die die Gefährgeneigtheit eines Dienstes beschreiben sollen, wird das zentrale Kriterium der Kenntnis verändert. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr kennt weder die Figur eines „*gefährgeneigten Dienstes*“ noch fingiert er anhand von Vermutungstatbeständen die Kenntnis. Auch diese Form der tatbestandlichen Aufladung des § 10 TMG durch Anleihen an die Rechtsprechung des *BGH* zur Störerhaftung verstößt gegen die unionsrechtlichen Vorgaben.
- Die Auseinandersetzung mit den einzelnen Vermutungstatbeständen zeigt schließlich, dass diese nicht die konkrete Kenntnis einer rechtsverletzenden Handlung Dritter umschreiben. Vielmehr handelt es sich um einzelne Regelbeispiele, mit denen tatbestandlich neue Dienstekategorien geschaffen werden, die in Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr nicht vorgesehen sind. Diese Regelbeispiele verstoßen folglich nicht nur gegen die Vorgaben des Art. 14 der

Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, sondern führen auch zu erheblicher Rechtsunsicherheit.

- Die *Europäische Kommission* hat im Übrigen bereits vielfältige Maßnahmen für die Klärung des Haftungsregimes für Host-Provider angestoßen. Gerade vor dem Hintergrund der Diskussion über eine Ergänzung der unionsrechtlichen Regeln im Hinblick auf die Unterschiede in den Mitgliedstaaten sorgt der deutsche Gesetzentwurf zu § 10 TMG für Erstaunen. Im Lichte der Zielsetzung der Europäischen Union, den digitalen Binnenmarkt zu verwirklichen, erscheint dieser deutsche Alleingang – unabhängig von seiner Inkompatibilität mit dem Unionsrecht – politisch nicht opportun.

➤ Leitlinien für gesetzgeberische Initiativen

- Leitlinien für gesetzgeberische Initiativen im Kontext der Host-Providerhaftung erfordern ein eindeutiges Verständnis der zu regelnden Sachverhalte und Rechtsbegriffe. Sofern in Anlehnung an die *BGH*-Rechtsprechung Geschäftsmodelle zum Haftungsmaßstab gemacht werden sollen, müssen daher die Unterschiede zwischen den „von der Rechtsordnung missbilligten Geschäftsmodellen“ und dem umfassenderen Kriterium der „Gefahrgeneigtheit eines Dienstes“ klar herausgestellt werden. Die unterschiedlichen Bedeutungsgehalte sind für eine hieran anknüpfende Gesetzgebung von zentraler Bedeutung, da das Konfliktpotential mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen ist.
- Der Gesetzentwurf leidet systematisch besonders unter dem Versuch, mit dem Begriff der „*gefahrgeneigten Dienste*“ die Rechtsprechung des *BGH* zur Störerhaftung mit dem unionsrechtlich determinierten Filter der Haftungsprivilegierung des § 10 TMG zu verschmelzen. Der *BGH* verknüpft die besondere Gefahrgeneigtheit eines angebotenen Dienstes nur mit der Frage, welche Sorgfaltsmaßstäbe im Rahmen der Störerhaftung anzulegen sind und konzentriert die Prüfung damit auf die Reichweite der einschlägigen Anspruchsgrundlage. Anders als der Gesetzentwurf schließt der *BGH* nicht aus dem Vorliegen einer besonderen Gefahrgeneigtheit eines Dienstes auf die nach § 10 TMG bzw. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr erforderliche Kenntnis eines Host-Providers.
- Der in der neueren Rechtsprechung des *BGH* geprägte Begriff eines gefahrgeneigten Dienstes umfasst sowohl die Figur eines von der Rechtsordnung gebilligten bzw. missbilligten Geschäftsmodells als auch die weitergehende Frage, ob ein Host-Provider durch eigene Maßnahmen die Gefahr einer Rechtsverletzung fördert. Das Kriterium hat damit einen weiteren, weniger konturierten Bedeutungsgehalt, da selbst

Geschäftsmodelle, die von der Rechtsordnung gebilligt sind, gleichwohl „*gefährgeneigte Dienste*“ sein können.

- Einen zivilrechtlichen Anspruch, der sich unmittelbar gegen die Art und Weise richtet, in der ein Hosting-Dienst angeboten wird, gibt es in der deutschen Rechtsordnung nicht. Gleichwohl können sich auch Einzelfallentscheidungen mittelbar auf Geschäftsmodelle auswirken. Dies gilt insbesondere in den Fällen einer Verantwortlichkeit als Täter oder Teilnehmer, wenn aufgrund einer Vielzahl von Rechtsverletzungen ein großes Haftungsrisiko entsteht.
- In den meisten Fällen steht aber eine Verantwortlichkeit von Host-Providern nach den Grundsätzen der Störerhaftung zur Debatte. Anders als im Falle einer Verantwortung als Täter oder Teilnehmer haftet ein Störer hier nur auf Unterlassung und Beseitigung. Wenn ein Host-Provider nach den von der deutschen Rechtsprechung etablierten Grundsätzen als Störer haftet, können ihm unterschiedlich weit reichende Sorgfaltsverpflichtungen auferlegt werden. Aufgrund der einzelfallbezogenen Rechtsprechung kann dies für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgen, was dazu führt, dass es an einer Voraussehbarkeit der Sorgfaltsanforderungen mangelt. Dies gefährdet bestehende und hemmt die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle. Mit dem Gesetzentwurf zu § 10 TMG würde die Rechtsunsicherheit, die aufgrund der durch die Rechtsprechung entwickelten Störerhaftung besteht, in den Bereich der Haftungsprivilegierung für Host-Provider verlängert. Die vorgeschlagene Modifizierung des Tatbestands in § 10 TMG-E würde so die in Deutschland ohnehin bestehende Rechtsunsicherheit in einen Bereich übertragen, in dem einheitliche Privilegierungstatbestände gleiche Standards für Diensteanbieter in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union schaffen sollen.
- Der mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ansatz ist auch insofern verfehlt, als er mit dem Begriff der gefährgeneigten Dienste Sachverhaltskonstellationen aufgreift, bei denen teilweise der Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung nach § 10 TMG bzw. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gar nicht eröffnet ist. Ohne auf die Rechtsprechung des *EuGH* einzugehen, werden mit der Gefährgeneigtheit eines Dienstes anders gelagerte, nationale Kriterien herangezogen, was zu einer erheblichen Konfusion führt, da die Vermutungstatbestände offensichtlich sowohl Dienste erfassen sollen, die ohnehin außerhalb des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung agieren, als auch solche, deren Verhalten an dem Tatbestand des § 10 TMG zu bemessen sind. Die Modifizierung der Tatbestandsmerkmale in § 10 TMG-E durch den Gesetzentwurf befördert damit das Missverständnis, dass die Privilegierung von Host-Providern insgesamt stark beschränkt werden soll und dies unabhängig von dem Unionsgesetzgeber erfolgen kann. Ein solches Signal unterstreicht nicht nur die unionsrechtliche Inkompatibilität des Gesetzentwurfs. Es würde die bestehende Rechtsunsicherheit wesentlich verschärfen und vielfältige, langwierige

Rechtsstreitigkeiten zwischen Host-Providern und Rechteinhabern provozieren. Dabei wären erneut konkrete Rechtsverletzungen Ausgangspunkt einer Auseinandersetzung. Eine Geschäftsmodell-Betrachtung wäre dabei weiterhin nur im Sinne eines nachgelagerten Maßstabs möglich, wenn eine Verantwortlichkeit nach allgemeinen deliktischen Haftungsgrundsätzen anzunehmen ist.

- Hinsichtlich der mit dem Koalitionsvertrag intendierten effektiveren Bekämpfung von Plattformen, deren Geschäftsmodelle auf Rechtsverletzungen aufbauen, erscheint der mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ansatz nicht zielführend. Anders als der Koalitionsvertrag fokussiert der vorgeschlagene Gesetzestext nicht auf von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle, sondern adressiert mit dem Begriff der Gefahrgeneigntheit ein schwer abgrenzbares Spektrum an Diensten.
- Der Gesetzgeber könnte jedoch eine Anspruchsgrundlage schaffen, die unmittelbar gegen von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle in Ansatz gebracht werden kann. Ein solches Vorgehen hätte den großen Vorteil, tatsächlich Geschäftsmodelle, die z.B. auf Urheberrechtsverletzungen beruhen, zu isolieren und aufgrund einer entsprechend formulierten Anspruchsgrundlage deren Unterlassung anordnen zu können. An rechtskräftig festgestellte und zu unterlassende von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle könnten zudem weitere Rechtsfolgen geknüpft werden. Diese Rechtsfolgen müssten durch den Gesetzgeber angeordnet werden und könnten darin bestehen, dass die Werbung bei Unternehmen mit nicht schutzwürdigen Geschäftsmodellen für Dritte verboten und auch die Zahlungsabwicklung durch Finanzdienstleister untersagt wird. Die hier skizzierten Regelungen sollten durch eine eingehende Analyse der tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen weiter vertieft werden.
- Neben einem Anspruch gegen von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle könnte ein gesetzlich umrissenes „*Notice & Takedown-Verfahren*“ zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung erwogen werden. Die Etablierung eines solchen Verfahrens wäre im Lichte der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zulässig, wenn es allein der verfahrensrechtlichen Absicherung der Entfernung bzw. der Sperrung des Zugangs zu rechtswidrigen Informationen dient. Dies gilt jedenfalls solange, wie es nicht zu einer materiellen Änderung der zur Umsetzung von Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ergangenen Bestimmung des § 10 TMG kommt. Dies kann Erwägungsgrund 46 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr entnommen werden.
- Auch Art. 21 Abs. 2 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr nimmt auf ein „*Notice & Takedown-Verfahren*“ Bezug. Die Bestimmung sieht vor, dass im Hinblick auf eine etwaige Anpassung der Richtlinie auch zu prüfen ist, ob Vorschläge in Bezug auf Verfahren zur Meldung und Entfernung rechtswidriger Inhalte („*Notice & Takedown-Verfahren*“) erforderlich sind. Da die Kommission entsprechende

Verfahren derzeit prüft, erscheint es gegenwärtig politisch sinnvoll, auf eine unionsweit geltende gemeinsame Regelung hinzuwirken. So könnten die in Deutschland gewonnenen Erkenntnisse in die Diskussion auf Unionsebene eingebracht und nationale Sonderregelungen vermieden werden.

C. Einführung

1. Das Haftungsregime für Host-Provider³ ist maßgeblich durch das Unionsrecht determiniert. Die Vorschläge zur Änderung der Regelungen zur Host-Providerhaftung müssen daher besonders auf ihre Kompatibilität mit den unionsrechtlichen Vorgaben hin untersucht werden.
2. Außerdem ist bei jeder angedachten Änderung des Haftungsregimes für Host-Provider zu berücksichtigen, dass unter dem Begriff des Host-Providers ganz unterschiedliche Formen von Diensteanbietern zusammengefasst werden. Verallgemeinernd wird hierunter jede Entität, die von einem Dritten eingegebene Informationen in deren Auftrag speichert („*hostet*“), verstanden. „*Hosting*“ umfasst dabei zahlreiche, allerdings sehr unterschiedliche Tätigkeiten und Geschäftsmodelle. Zum Hosting gehört nicht nur das Speichern von Daten und das Hosten von Webseiten, sondern jede Situation, in der Informationen von Dritten gespeichert werden,⁴ wie beispielsweise Schwarze Bretter (sog. Bulletin Boards), Chatrooms, Plattformen für User Generated Content,⁵ Soziale Medien,⁶ Online-Marktplätze,⁷ Cloud-Angebote, Filehoster/Sharehoster,⁸ Meinungsforen,⁹ Foto oder Video-Plattformen¹⁰ und Domain-Parking-Dienste.¹¹ Letztlich kommt es immer auf eine

³ Vgl. dazu ausführlich *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider im Bereich der Telemedien, Norderstedt 2009.

⁴ Vgl. „*Erster Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr)*“ vom 21. November 2003, KOM(2003) 702 endgültig, S. 14 Fn. 64.

⁵ BGH, Urt. v. 27.03.12, Az. VI ZR 144/11 – *RSS-Feeds*, GRUR 2012, 751; BGH, Urt. v. 25.10.11, Az. VI ZR 93/10 – *blogspot*, GRUR 2012, 311; KG, Urt. v. 16.04.13, Az. 5 U 63/12 – *Hotel-Bewertungsportal*, MMR 2014, 46; OLG Stuttgart, Urt. v. 02.10.13, Az. 4 U 78/13 – *wikipedia*, NJW-RR 2014, 423.

⁶ EuGH, Urt. v. 16.02.12, Rs. C-360/10 – *Netlog*, EU:C:212:85; OLG Dresden, Urt. v. 01.04.15, Az. 4 U 1296/14 – *Microblogging-Dienst*, ZUM-RD 2015, 452; OLG Stuttgart, Beschl. v. 22.10.13, Az. 4 W 78/13 – *Social Network-Portal*, MMR 2014, 132.

⁷ EuGH, Urt. v. 12.07.11, Rs. C-324/09 – *L'Oréal/eBay*, EU:C:2011:474; BGH, Urt. v. 17.08.11, Az. I ZR 57/09 – *Stiftparfüm*, GRUR 2011, 1038; BGH, Urt. v. 12.07.07, Az. I ZR 18/04 – *Jugendgefährdende Medien bei ebay*, GRUR 2007, 890; BGH, Urt. v. 19.04.07, Az. I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708; BGH, Urt. v. 11.03.04, Az. I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860.

⁸ BGH, Urt. v. 15.08.13, Az. I ZR 80/12 – *File-Hosting-Dienst*, MMR 2013, 733; BGH, Urt. v. 12.07.12, Az. I ZR 18/11 – *Alone in the dark*, GRUR 2013, 370; OLG Köln, Urt. v. 21.09.07, Az. 6 U 86/07 – *Sharehoster-Haftung*, GRUR-RR 2008, 35; LG Frankfurt, Urt. v. 05.02.2015, Az. 2-06 O 319/13 u.a. – *netload*, BeckRS 2014, 03623.

⁹ BGH, Urt. v. 23.06.09, Az. VI ZR 196/08 – *spickmich.de*, MMR 2009, 608; BGH, Urt. v. 27.03.07, Az. VI ZR 101/06 – *Meinungsforen*, GRUR 2007, 724; OLG Zweibrücken, Urt. v. 14.05.09, Az. 4 U 139/08, MMR 2009, 541; OLG Koblenz, Beschl. v. 12.07.07, Az. 2 U 862/06, MMR 2008, 54; OLG Hamburg, Urt. v. 22.08.06, Az. 7 U 50/06 – *heise.de*, MMR 2006, 744; OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.06.06, Az. I-15 U 21/06, MMR 2006, 618; LG Düsseldorf, Urt. v. 27.06.07, Az. 12 O 343/06, ZUM-RD 2007, 529.

¹⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 29.09.10, Az. 5 U 9/09 – *s1.de*, MMR 2011, 49; LG Hamburg, Urt. v. 20.04.12, Az. 310 O 461/10 – *Youtube*, MMR 2012, 404 (entgegen LG Hamburg, Urt. v. 03.09.10, Az. 308 O 27/09).

gesonderte Betrachtung der jeweiligen Tätigkeit an, sodass Eingriffe in das bestehende gesetzliche Gefüge nicht nur wegen der Notwendigkeit der Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben, sondern auch wegen der heterogenen Sachverhaltskonstellationen im Hinblick auf die eingesetzte Technik und das Angebot für Nutzer große gesetzgeberische Sorgfalt erfordern. Da nachfolgend die rechtliche Bewertung der in § 10 TMG-E vorgeschlagenen Änderungen im Vordergrund steht, ist an dieser Stelle lediglich zu konstatieren, dass der Gesetzentwurf die erforderliche Sorgfalt bei der Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Formen des Host-Providings nicht erkennen lässt.

3. Bevor unter den Randnummern 19 ff. dieses Gutachtens ausführlich auf die Vorgaben der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und die dazu ergangene Rechtsprechung des *EuGH* vor dem Hintergrund der mit dem Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen eingegangen wird, sollen zunächst die derzeit geltenden, zur Umsetzung der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr in das deutsche Recht aufgenommenen Grundsätze der Host-Provider-Privilegierung in Erinnerung gerufen werden.

I. Grundsätze der Host-Provider-Privilegierung

4. Das TMG¹² 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 unionsrechtlich geprägten Terminologie des Abschnitts 3 eigene „*Informationen*“ bereithalten, und solchen Diensteanbietern, die für Dritte Telemedien bzw. Informationen bereithalten oder den Zugang zur Nutzung vermitteln. Damit werden insbesondere die Angebote von Content-Providern einerseits sowie die Dienstleistungen von Host-Providern und solchen von Access-Providern andererseits voneinander abgegrenzt.¹³
5. 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

¹¹ BGH, Urt. v. 18.11.10, Az. I ZR 155/09 – *Sedo*, BeckRS 2011, 13391; BGH, Urt. v. 30.06.09, Az. VI ZR 210/08 – *Focus Online*, GRUR 2009, 1093; LG Saarbrücken, Urt. v. 15.01.14, Az. 7 O 82/13 – *H33t.com*, MMR 2014, 407.

¹² Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179), das zuletzt durch Art. 2 Abs. 16 des Gesetzes vom 1. April 2015 (BGBl. I S. 434) geändert wurde (nachfolgend: TMG).

¹³ Vgl. ausführlich zum Ganzen *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider im Bereich der Telemedien, 2009, Rn. 2ff.

dagegen auf die §§ 7 ff. TMG mit ihren jeweils spezifischen Privilegierungstatbeständen berufen.

6. § 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 dürfen. 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 übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Die §§ 8 bis 10 TMG sind rechtsgebietsübergreifende Querschnittsregelungen,¹⁴ die die Haftung von der Access- und Host-Provider eng begrenzen. Sie entfalten eine horizontale Wirkung und gelten im Strafrecht, Zivilrecht und Verwaltungsrecht.¹⁵
7. Die geltenden Regeln der §§ 7 bis 10 TMG, die nunmehr mit dem Gesetzentwurf modifiziert werden sollen, sind zur Umsetzung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“)¹⁶ ergangen. Die Richtlinie enthält in ihren Artikeln 12 bis 15 detaillierte Regeln über die Haftungsprivilegierung von Diensteanbietern, die in deutsches Recht umzusetzen waren. Die Bestimmungen sind daher nicht nur unionsrechtskonform auszulegen,¹⁷ sondern müssen in ihrer inhaltlichen Reichweite auch den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen.
8. Im Gegensatz zum allgemeinen Regelungsansatz der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, durch eine Mindestharmonisierung den unbeschränkten grenzüberschreitenden Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft in der EU zu ermöglichen, sind die Regeln über die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern detailliert ausgestaltet. Wie auch der deutsche Gesetzgeber in der Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes

¹⁴ Sieber/Höfing in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Stand Oktober 2007, 18.1 Rn. 1.

¹⁵ 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.; Hoffmann in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage 2015, Vorb. §§ 7 ff. TMG Rn. 25.

¹⁶ ABl. Nr. L 178 vom 17/07/2000, S. 1.

¹⁷ Vgl. zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegungen die ständige Rspr. des EuGH, z.B., Urt. v. 04.07.06, Rs. C-212/04 – Adeneler u.a, EU:C:2006:443, Rn. 108 ff.

über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr herausstellt,¹⁸ dienen sie mit ihrem Regelungsgehalt der Vollharmonisierung, d.h. die Mitgliedsstaaten dürfen weder weitere noch engere Regeln im nationalen Recht treffen. Die herrschende Meinung in der Literatur geht ebenfalls von einer Vollharmonisierung aus.¹⁹ Schließlich nimmt auch der *BGH* unter Berufung auf die Gesetzesbegründung und die Literatur ausdrücklich eine Vollharmonisierung an und stellt explizit fest, dass es dem deutschen Gesetzgeber nicht möglich ist, § 10 TMG einen über Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr hinausgehenden Inhalt zu geben.²⁰ Wie sich insbesondere aus den Erwägungsgründen 6 und 40 der Richtlinie ergebe, bezwecke sie im Bereich der Verantwortlichkeit der Diensteanbieter die Schaffung eines koordinierten Bereichs durch Rechtsangleichung.²¹

9. Wie die deutsche Gesetzesbegründung ebenfalls zutreffend hervorhebt, sind die Bestimmungen als Filter konzipiert, der selber weitergehende Verantwortlichkeiten von Diensteanbietern weder begründet noch die Haftung nach den allgemeinen Gesetzen erweitert.²² Die dogmatische Einordnung der Filterfunktion der §§ 7 bis 10 TMG ist im Einzelnen umstritten.²³ Wichtiger als die dogmatische Verortung der Filterfunktion sind aber die in der Praxis hochrelevante Frage zur Reichweite des sachlichen Anwendungsbereichs und die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen der Haftungsprivilegierungen.
10. Der *BGH* unterstellt in seiner älteren Rechtsprechung, dass die §§ 7 ff. TMG nur im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung zum Tragen kommen. Zivilrechtliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche fielen danach nicht unter die Haftungsprivilegierung des TMG.²⁴ Diese Haltung ist in

¹⁸ BT-Drucks. 14/6098, S. 22, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406098.pdf> (zuletzt abgerufen am 04.09.15).

¹⁹ Vgl. *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider im Bereich der Telemedien, S. 16 Rn. 6; *Marly* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Lfg. 2009, Sekundärrecht, A 4 Elektronischer Geschäftsverkehr, Vorbem. zu Abschn. 4 Rn. 3; *Spindler*, ZRP 2001, 203, 206; ders., GRUR 2010, 785, 792; *Sieber/Höfing* in Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht, 18. Lfg. Oktober 2007, Teil 18.1 Rn. 10 f.); *Hoffmann* in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage 2015, Vorb. §§ 7ff. TMG Rn 21 und § 7 TMG Rn. 4.

²⁰ Vgl. *BGH*, Urt. v. 04.07.13, Az. I ZR 39/12 – *Terminhinweise auf Kartenausschnitten*, MMR 2014, 121, 122 Rn. 19.

²¹ Vgl. *BGH*, a.a.O., Rn. 19.

²² Vgl. BT-Drucks. 14/6098, S. 23, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406098.pdf> (zuletzt abgerufen am 04.09.15).

²³ Vgl. dazu *Sieber/Höfing* in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Stand Oktober 2007, 18.1 Rn. 21 ff. m.w.N.

²⁴ Urt. v. 11.03.04, Az. I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860 ff.; Urt. v. 27.03.07, Az. VI ZR 101/06 – *Meinungsforen*, GRUR 2007, 724ff.; Urt. v. 19.04.07, Az. I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708, 712ff.; Urt. v. 12.07.07, Az. I ZR 18/04 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*, MMR 2007, 634ff.; Urt. v. 30.04.08, Az. I ZR 73/05 – *Internet-Versteigerung III*, MMR, 2008, 531ff.; Urt. v. 22.07.10, Az. I ZR 139/08 –

der Literatur stark kritisiert worden.²⁵ Die Ansicht stößt insbesondere vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Vorgaben des TMG auf schwerwiegende Bedenken. Im Interesse einer unionsrechtskonformen Auslegung des deutschen Rechts sowie zur autoritativen Auslegung der umzusetzenden Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr wäre ein Vorabentscheidungsersuchen an den *EuGH* erforderlich gewesen.²⁶ Dies hat der *BGH* aber bisher vermieden.²⁷

11. Die vorstehend skizzierte Haltung scheint auch im Lichte der neueren Rechtsprechung des *EuGH* nicht mehr fortführbar. Der *EuGH* wendet die Haftungsprivilegierung für Host-Provider ohne die von dem *BGH* für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche angenommene Differenzierung an. So hat der Gerichtshof etwa in den Rechtssachen C-324/09 – *L'Oréal/eBay*²⁸ und C-360/10 – *Netlog*²⁹ die Regeln zur Privilegierung von Host-Providern nach der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr angewandt, obwohl es in den Vorlageverfahren (auch) um Unterlassungsverpflichtungen ging.
12. Der *I. Zivilsenat* des *BGH* hat sich sodann in seiner Entscheidung *Stiftparfüm* vom 17. August 2011 umfangreich mit der *L'Oréal*-Rechtsprechung des *EuGH* auseinandergesetzt, ohne seine Rechtsprechung zur Unanwendbarkeit der §§ 7, 10 TMG auf die Unterlassungspflichten von Host-Providern zu wiederholen.³⁰ Trotzdem hat der u. a. für die persönlichkeitsrechtlichen Streitigkeiten zuständige *VI. Zivilsenat* der *BGH* in einer Entscheidung vom 25. Oktober 2011 ausdrücklich entschieden, dass die Haftungsbeschränkung des § 10 TMG nicht für Unterlassungsansprüche gilt.³¹ Eine nähere Auseinandersetzung mit dem *EuGH* fehlt in diesem Zusammenhang, obgleich der *VI. Zivilsenat* die *L'Oréal*-Rechtsprechung durchaus erwähnt. Er hält einen Host-Provider im Rahmen der Störerhaftung für Rechtsverletzungen nur dann für verantwortlich, sobald der Host-Provider Kenntnis von der Rechtsverletzung hat, wobei sich der *VI. Zivilsenat* hierzu auf die

Kinderhochstühle im Internet, MMR 2011, 172ff.; Urt. v. 25.10.11, Az. VI ZR 93/10 – *Blogspot*, MMR 2012, 82ff.

²⁵ 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; *Ohly* in *Ohly/Sosnitza*, UWG § 8 Rn. 124.

²⁶ 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, Beschl. v. 30.08.10, Az. 1 BvR 1631/08 – *Drucker und Plotter*, GRUR 2010, 999ff.

²⁷ Vgl. z.B. auch die ausdrücklichen Ablehnungen der Vorlage, *BGH*, Urt. v. 16.05.13, Az. I ZR 216/11 – *Kinderhochstühle im Internet II*, ZUM-RD 2014, 4, 11 Rn. 62; Urt. v. 05.2.15, Az. I ZR 240/12 – *Kinderhochstühle im Internet III*, GRUR 2015, 485, 493 Rn. 81ff.

²⁸ *EuGH*, Urt. v.12.07.11, Rs. C-324/09 – *L'Oréal/eBay*, EU:C:2011:474.

²⁹ *EuGH*, Urt. v. 16.02.12, Rs. C-360/10 – *Netlog*, EU:C:2012:85.

³⁰ Urt. v. 17.08.011, Az. I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038, 1039 Rn. 20ff.

³¹ Urt. v. 25.10.11, Az. VI ZR 93/10 – *Blogspot*, MMR 2012, 82 ff. Rn. 19.

Entscheidung *Stiftparfüm* des I. Zivilsenats und die Entscheidung *L'Oréal* des EuGH beruft.³² Dass die Haftungsbeschränkung des § 10 TMG nicht für Unterlassungsansprüche gilt, hat der VI. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 27. März 2012 zur Einbindung von *RSS-Feeds* durch ein Informationsportal wiederholt, dieses Mal allerdings ohne jeden Rekurs auf die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zu Internet-Marktplätzen.³³ Danach erwähnt auch der VI. Zivilsenat des BGH die Nichtanwendbarkeit der Haftungsprivilegierungen des TMG auf Unterlassungsansprüche nicht mehr, sondern formuliert jetzt weiter, dass „Dienstanbieter gem. §§ 8 bis 10 TMG nur eingeschränkt“ für Fremdinhalte verantwortlich sind.³⁴ In einem Urteil vom 23. September 2014 hat der VI. Zivilsenat des BGH im Hinblick auf Unterlassungsansprüche sogar darauf verwiesen, dass eine Verpflichtung zur Beseitigung von bekanntgemachten, nachweislich rechtswidrigen Äußerungen möglich sei, „was letztlich schon aus § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG“ folge.³⁵ Die Entwicklung der Rechtsprechung des I. und VI. Zivilsenats des BGH kann daher als deutliches Signal gewertet werden, dass der BGH insgesamt nach und nach von seiner alten Rechtsprechung abrückt.³⁶

13. Trotz dieser klaren Zeichen des BGH wird in dem vorgelegten Gesetzentwurf im Zusammenhang mit der Haftung von WLAN-Betreibern – ohne Auseinandersetzung mit der aktuellen Rechtsprechung des BGH – weiterhin unterstellt, dass die Haftungsprivilegierungen des TMG nicht die verschuldensunabhängige Inanspruchnahme von Diensteanbietern auf Beseitigung oder Unterlassung ausschließen.³⁷ Der ausschließliche Hinweis auf die ältere BGH-Rechtsprechung zur Unanwendbarkeit und die nur im Zusammenhang mit dem Regelungsvorschlag für WLAN-Betreiber in § 8 Abs. 4 TMG-E eingefügte Klarstellung, dass nunmehr unter bestimmten Bedingungen auch Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche von der Privilegierung für WLAN-Betreiber erfasst sein sollen, dürfte daher erneut für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgen. Stattdessen hätte eine generelle Klarstellung nahegelegen, dass es sich bei den Haftungsprivilegierungen um anspruch- und rechtsgebietsübergreifende Querschnittsregelungen handelt, die damit auch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche umfassen.
14. In der Begründung des Gesetzentwurfs wird zudem mit keinem Wort auf die Initiativen auf Unionsebene zur Neuregelung der Haftungsprivilegierung von Host-Providern eingegangen. Diese Überlegungen werden nachfolgend kurz skizziert.

³² Urt. v. 25.10.11, Az. VI ZR 93/10 – *Blogspot*, MMR 2012, 82 ff. Rn. 24.

³³ Urt. v. 27.03.12, Az. VI ZR 144/11 – *RSS-Feeds*, GRUR 2012, 751 Rn. 9.

³⁴ Urt. v. 14.05.13, Az. VI ZR 269/12 – *Autocomplete-Funktion*, BeckRS 2013, 08626 Rn. 20.

³⁵ Urt. v. 23.09.14, Az. VI ZR 358/13 – *Ärztewertungsportal*, MMR 2015, 106, 110.

³⁶ Vgl. dazu auch *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308, 312.

³⁷ Gesetzentwurf, S. 2.

II. Initiativen auf EU-Ebene zur Ergänzung der Host-Provider-Privilegierung

15. Die *Europäische Kommission* hat bereits am 11. Januar 2012 eine Mitteilung über den elektronischen Geschäftsverkehr und andere Online-Dienste verabschiedet.³⁸ Basierend auf einer öffentlichen Konsultation stellt diese Mitteilung die Vision der *Kommission* zum Potenzial von Online-Diensten im Hinblick auf Wachstum und Beschäftigung vor, nennt die wichtigsten Hemmnisse für die Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs und der Online-Dienste und identifiziert fünf Schwerpunkte, begleitet von einem Aktionsplan.³⁹ In einem Arbeitspapier werden auch die Regeln zur Haftungsprivilegierung von Diensteanbietern analysiert und die Frage nach der Notwendigkeit eines sog. „*Notice & Action-Verfahrens*“ aufgeworfen.⁴⁰
16. Das Thema „*Notice & Action*“ im Kontext des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr hat die *Kommission* in der Folgezeit vertieft und eine weitere Konsultation durchgeführt.⁴¹ Am 23. April 2013 hat sie ein Arbeitspapier mit einem „*E-Commerce Action Plan 2012-2015*“ vorgelegt.⁴² Darin kündigt sie eine horizontale Initiative für ein „*Notice & Action-Verfahren*“ an, mit der Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ergänzt werden soll, ohne indes die Novellierung der Richtlinie selbst in Angriff nehmen zu wollen. Im Hinblick auf die Wahlen zum *Europäischen Parlament* und die Neubesetzung der *Kommission* scheint das Projekt aufgrund seiner politischen Sensibilität danach ins Stocken geraten zu sein.⁴³
17. In der schließlich von der neuen *Kommission* unter *Kommissionspräsident Juncker* am 6. Mai 2015 angenommenen Mitteilung für eine „*Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa*“⁴⁴ macht die *Kommission* deutlich, dass sie sich intensiv mit den rechtlichen Rahmenbedingungen für Plattformen und Mittler beschäftigt.⁴⁵ Für die so u.a. adressierten Host-Provider verweist die *Kommission* darauf, dass

³⁸ Abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0942:FIN:DE:PDF> (zuletzt abgerufen am 20.08.15).

³⁹ Weitere Informationen abrufbar unter : http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/communication_2012_de.htm

⁴⁰ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communication2012/SEC2011_1641_en.pdf (zuletzt abgerufen am 21.08.15).

⁴¹ Vgl. die Roadmap der Kommission aus dem Jahre 2012, abrufbar unter http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/planned_ia/docs/2012 Markt 007 notice_and_takedown_procedures_en.pdf (zuletzt abgerufen am 21.08.15)

⁴² Abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communications/130423_report-ecommerce-action-plan_en.pdf (zuletzt abgerufen am 21.08.15)

⁴³ Vgl. ausführlich zu der Entwicklung *Kuczerawy*, *Intermediary Liability & Freedom of expression: Recent developments in the EU Notice & Action Initiative, Computer Law and Security Review*, 2015, S. 46.

⁴⁴ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_de.pdf (zuletzt abgerufen am 21.08.15).

⁴⁵ Vgl. Punkt 3.3. der Mitteilung „*Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa*“, S. 13f..

unterschiedliche einzelstaatliche Verfahrensweisen die Rechtsdurchsetzung behindern und das Vertrauen in die Online-Welt untergraben könnten. Außerdem sei es nicht immer einfach, Grenzen dafür zu ziehen, was Mittler mit den von ihnen übermittelten, gespeicherten oder bereitgehaltenen Inhalten eigentlich tun dürfen, ohne die ihnen im Rahmen der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gewährte Haftungsfreistellung zu verlieren.⁴⁶ Daher kündigt die *Kommission* an, vor Ende des Jahres 2015 eine umfassende Untersuchung über die Rolle von Plattformen und Mittlern im Internet einzuleiten. In einem weiteren Arbeitspapier vom 6. Mai 2015 vertieft die *Kommission* die in der erwähnten Mitteilung aufgeworfenen Fragen im Hinblick auf das Haftungsregime der Online-Vermittler.⁴⁷ Auch hier verweist sie besonders auf die Fragmentierung nationaler Regeln und auf die Probleme widersprüchlicher Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten.⁴⁸ Gleichzeitig beschreibt sie ihre Überlegungen für eine Ergänzung des bestehenden Rechtsrahmens.⁴⁹

18. Insgesamt ist festzustellen, dass die *Kommission* vielfältige Maßnahmen für die Klärung des Haftungsregimes für Host-Provider angestoßen hat. Gerade vor dem Hintergrund der Diskussion über eine Ergänzung der unionsrechtlichen Regeln im Hinblick auf die Unterschiede in den Mitgliedstaaten sorgt der deutsche Gesetzentwurf zu § 10 TMG-E daher für Erstaunen. Im Lichte der Zielsetzung, den digitalen Binnenmarkt zu verwirklichen, erscheint dieser nationale Alleingang – unabhängig von der Frage seiner nachfolgend näher geprüften Kompatibilität mit dem Unionsrecht – politisch nicht opportun.

III. Inhalt des Gesetzentwurfs zur Host-Providerhaftung

19. Ausweislich der Notifizierung des Gesetzentwurfs zum TMG-E nach der Transparenzrichtlinie soll u.a. in § 10 TMG-E „*die Reichweite des Haftungsprivilegs für Hostprovider, die einen besonders gefahrgeneigten Dienst anbieten, klargestellt werden*“. Die „*Klarstellung zur Haftung der Hostprovider*“ trage „*dem Umstand Rechnung, dass im Internet immer leichter und in größerem Ausmaß Rechte am geistigen Eigentum verletzt werden können.*“ Nach der Begründung des Gesetzentwurfs ist es Ziel des § 10 TMG-E, ein Vorgehen gegen Host-Provider,

⁴⁶ Vgl. Punkt 3.3. der Mitteilung „*Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa*“, S. 13f.

⁴⁷ Vgl. Kommission, Arbeitspapier - A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence, SWD(2015) 100 final, abrufbar unter http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-swd_en.pdf, S. 55ff. (zuletzt abgerufen am 21.08.15).

⁴⁸ Vgl. Kommission, Arbeitspapier, S. 55f.

⁴⁹ Vgl. Kommission, Arbeitspapier, S. 55f. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auch auf die mit Beschluss vom 6. Mai 2015 eingeleitete wettbewerbsrechtliche Sektoruntersuchung der Kommission zum elektronischen Handel (C(2015) 3026 final) verwiesen, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/e-commerce_decision_de.pdf (zuletzt abgerufen am 21.08.15).

deren „Geschäftsmodell“ im Wesentlichen auf einer Verletzung von Urheberrechten beruht, zu erleichtern.⁵⁰ Damit wird bereits deutlich, dass es nicht nur um eine „Klarstellung“ gehen soll, sondern auch um eine „Erleichterung“ des Vorgehens gegen Host-Provider.

20. Weiter wird in der Begründung des Gesetzentwurfs ausgeführt, dass nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. a) der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ein Host-Provider für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen nicht haftet, sofern er „keine tatsächliche Kenntnis“ von der Rechtsverletzung hat. Für Geschäftsmodelle, die überwiegend auf der Verletzung von Rechten aufbauen, soll die tatsächliche Kenntnis zukünftig unterstellt werden. Wörtlich heißt es:

„Von Kenntnis ist nach dem vorliegenden Gesetzentwurf insbesondere dann auszugehen, wenn das Geschäftsmodell weit überwiegend auf der Verletzung von z.B. Urheberrechten aufbaut, was bei Auslegung des geltenden Rechts auch heute schon der Fall sein dürfte. Dies unzweideutig festzulegen, bezweckt der Gesetzentwurf.“⁵¹

21. Nach Art. 1 Nr. 4 TMG-E wird der bisherige § 10 TMG zu § 10 Abs. 1, und es wird ein Abs. 2 hinzugefügt. § 10 TMG-E hat demnach in der notifizierten Entwurfsfassung folgenden Wortlaut:

„§ 10 Speicherung von Informationen

(1) ¹Diansteanbieter sind für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern

1. 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

2. sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben.

²Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diansteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

(2) ¹Die Kenntnis von Tatsachen oder Umständen nach Absatz 1, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, wird vermutet, wenn es sich bei dem angebotenen Dienst um einen besonders gefahrgeneigten Dienst handelt.

²Ein besonders gefahrgeneigter Dienst liegt in der Regel dann vor, wenn

1. die Speicherung oder Verwendung der weit überwiegenden Zahl der gespeicherten Informationen rechtswidrig erfolgt,

⁵⁰ Vgl. Gesetzentwurf, S. 2, 3, 12, 16.

⁵¹ Vgl. Gesetzentwurf, S. 10.

2. der Diensteanbieter durch eigene Maßnahmen vorsätzlich die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung fördert,

3. in vom Diensteanbieter veranlassten Werbeauftritten mit der Nichtverfolgbarkeit bei Rechtsverstößen geworben wird oder

4. keine Möglichkeit besteht, rechtswidrige Inhalte durch den Berechtigten entfernen zu lassen.“ [Hervorhebung der vorgeschlagenen Ergänzung des § 10 TMG hinzugefügt]

22. Durch die Ergänzung des § 10 TMG um einen zweiten Absatz soll es danach tatbestandlich für die Haftungsprivilegierung von Host-Providern bei „*besonders gefahrgeneigten Diensten*“ nicht mehr auf die Kenntnis der relevanten Handlungen und Informationen ankommen. Vielmehr soll diese Kenntnis anknüpfend an die Qualität des Dienstes gesetzlich fingiert werden; auf diese Weise sollen – so die Begründung des Gesetzentwurfs – Dienste, die „*die von der Rechtsprechung mittlerweile als „gefahrgeneigte Dienste“⁵² bezeichnet würden, in dem Tatbestand der Haftungsprivilegierung integriert werden. „Um hier für mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu sorgen,“ – so die Begründung des Gesetzentwurfs weiter – „zählt das Gesetz, dieser [Rechtsprechung] folgend, Fallkonstellationen auf, bei denen von einem besonders gefahrgeneigten Dienst ausgegangen werden kann.“⁵³ [Klammerzusatz hinzugefügt].*
23. Dem Gesetzentwurf liegt damit offenbar die Vorstellung zugrunde, es existiere eine etablierte und konturierte Rechtsprechung zu „*gefahrgeneigten Diensten*“, gleichsam eine durch die Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur der „*gefahrgeneigten Dienste*“. Dies ist nicht der Fall. Soweit ersichtlich, hat der BGH den Begriff der „*besonderen Gefahrgeneigtheit*“ in der Entscheidung *Sedo*⁵⁴ in seine Rechtsprechung eingeführt. Der BGH verwendet diese Begrifflichkeit dort im Hinblick auf den Umfang von Prüfungspflichten im Rahmen der durch die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Störerhaftung. Das Berufungsgericht habe in dem zu entscheidenden Fall zu Recht eine Prüfungspflicht der Anbieterin eines *Domain-Parking-Dienstes*, die bereits vor Erlangung der Kenntnis von konkreten Verletzungen einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung einsetzt, mangels „*einer besonderen Gefahrgeneigtheit*“ des fraglichen Domainprogramms verneint.
24. Im Hinblick auf die Frage nach der Reichweite von Prüfungspflichten im Rahmen der Störerhaftung aufgrund der „*besonderen Gefahrgeneigtheit*“ stellt der BGH in der Entscheidung *Sedo* folgenden abstrakten Grundsatz auf: Wenn „*das Geschäftsmodell eines Gewerbetreibenden von vornherein auf Rechtsverletzungen*

⁵² Vgl. Gesetzentwurf, S. 15.

⁵³ Vgl. Gesetzentwurf, S. 15.

⁵⁴ Urt. v. 18.11.10, Az. I ZR 155/09 – *Sedo*, BeckRS 2011, 13391 Rn. 44.

durch die Nutzer seiner Leistungen angelegt“ ist oder wenn der Gewerbetreibende „durch eigene Maßnahmen die Gefahr einer Nutzung, die in Rechte Dritter eingreift“, fördert, ist der Gewerbetreibende verpflichtet, die Gefahr auszuräumen.⁵⁵ Der BGH beruft sich dabei auf seine Entscheidung *Cybersky*,⁵⁶ die ein Jahr zuvor erging. Er entwickelt diesen abstrakten Maßstab im Kontext der von ihm bis dahin schon in den Entscheidungen *Internet-Versteigerung I*, *Internet-Versteigerung II* und *Jugendgefährdende Medien bei eBay* herausgebildeten Rechtsprechung, nach der einem Diensteanbieter keine Kontrollmaßnahmen auferlegt werden dürfen, die „sein Geschäftsmodell gefährden oder seine Tätigkeit unverhältnismäßig erschweren“, vorausgesetzt es handelt sich „um ein von der Rechtsprechung gebilligtes Geschäftsmodell“.⁵⁷ In der jüngeren, zu dem File-Hosting-Dienst *Rapidshare* ergangenen Entscheidung *File-Hosting-Dienst* sowie einer weiteren Entscheidung vom gleichen Tag verdichtet der BGH diese Rechtsprechung wie folgt:

„Weitergehende Prüfungspflichten können bei einer besonderen Gefahrgeneigtheit des angebotenen Dienstes bestehen. Eine solche ist anzunehmen, wenn das Geschäftsmodell von vornherein auf Rechtsverletzungen durch die Nutzer angelegt ist oder der Gewerbetreibende durch eigene Maßnahmen die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung fördert.“⁵⁸

25. Eine ausdifferenzierte Kasuistik dazu, unter welchen Voraussetzungen eine „besondere Gefahrgeneigtheit“ eines Dienstes vorliegt, d.h. „ein Geschäftsmodell von vornherein auf Rechtsverletzungen durch die Nutzer seiner Leistungen angelegt ist“ oder unter welchen Voraussetzungen ein Gewerbetreibender „durch eigene Maßnahmen die Gefahr einer rechtverletzenden Nutzung fördert“, lässt sich diesen Entscheidungen nicht entnehmen. Vor allem verknüpft der BGH die besondere Gefahrgeneigtheit eines angebotenen Dienstes nur mit der Frage, welche Sorgfaltsmaßstäbe im Rahmen der Störerhaftung anzulegen sind. Der BGH konzentriert die Frage der besonderen Gefahrgeneigtheit eines Dienstes also auf die Reichweite der einschlägigen Anspruchsgrundlage. Er schließt indes nicht aus dem Vorliegen einer besonderen Gefahrgeneigtheit eines Dienstes auf die nach § 10 TMG bzw. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr erforderliche Kenntnis eines Host-Providers. Anders als der Gesetzentwurf versucht der BGH damit nicht, den Tatbestand der Haftungsprivilegierung für Host-Provider zu modifizieren.

⁵⁵ Urt. v. 18.11.10, Az. I ZR 155/09 – *Sedo*, BeckRS 2011, 13391 Rn. 45.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 15.01.09, Az. I ZR 57/07 – *Cybersky*, MMR 2009, 625, 626 Rn. 21 f.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 11.03.14, Az. I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, BGHZ 158, 236, 251; Urt. v. 19.04.07, Az. I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708, 712 Rn. 47; Urt. v. 12.07.07, Az. I ZR 18/04 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*, GRUR 2007, 890 Rn. 39.

⁵⁸ Urt. v. 15.08.13, Az. I ZR 80/12 – *File-Hosting-Dienst*, MMR 2013, 733, 734 Rn. 31; Urt. v. 15.08.13, Az. I ZR 79/12, BeckRS 2013, 15388 Rn. 26.

26. In der Begründung des Gesetzentwurfs wird daher fälschlicherweise eine Normierung der Rechtsprechung des *BGH* zur „*besonderen Gefahrgeneigtheit*“ eines Dienstes unterstellt. Die in den Vermutungstatbeständen des mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen § 10 Abs. 2 TMG-E wiedergebenden Konstellationen hat der *BGH* weder im Einzelnen in seiner Rechtsprechung behandelt noch stellen sie vermeintlich durch diese Rechtsprechung etablierte Elemente zur Auslegung der Haftungsprivilegierungen des § 10 TMG bzw. des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr dar. Vielmehr betrifft die Rechtsprechung lediglich die Störerhaftung als Anspruchsgrundlage und die daraus abgeleiteten Prüfungspflichten. Auf die Differenzierung zwischen Anspruchsgrundlage und Haftungsprivilegierung wird im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben zurückzukommen sein.

D. Rechtliche Bewertung des Gesetzentwurfs zur Änderungen der Host-Providerhaftung im Lichte des Unionsrechts

27. § 10 TMG dient der Umsetzung von Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Alle durch den Gesetzentwurf eingefügten Änderungen müssen sich daher an dieser Richtlinie, zu dessen Umsetzung die Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet ist, und insbesondere an ihrem Art. 14 sowie an der dazu ergangenen Rechtsprechung des *EuGH* messen lassen.

I. Unionsrechtliche Vorgaben zur Host-Providerhaftung

28. Für die Frage der Kompatibilität des § 10 TMG-E mit Unionsrecht ist entscheidend, ob diese Bestimmung den unionsrechtlich vorgegebenen Regelungsgehalt der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zu der Verantwortlichkeit von Diensteanbietern im Allgemeinen und Art. 14 der Richtlinie im Besonderen unangetastet lässt.

1. Haftungsfreistellung für Host-Provider nach Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

29. Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie hat folgenden Wortlaut:

„Hosting

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers

gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

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

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

30. Hintergrund des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr wie auch der Parallelvorschriften der Art. 12 (für Access-Provider) und Art. 13 (für Anbieter von Caching-Diensten) ist, Unterschiede in den Rechtsvorschriften und der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Verantwortlichkeit von Diensteanbietern, die als Vermittler handeln, zu beseitigen.⁵⁹
31. Die Diensteanbieter sollen nur unter bestimmten Voraussetzungen dazu verpflichtet sein, aktiv zu werden, um rechtswidrige Tätigkeiten zu verhindern oder abzustellen. Um dies zu erreichen, wirken Art. 12 bis 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr wie ein „Filter“ gegenüber den haftungsrechtlichen Ansprüchen.⁶⁰ Wie bereits unter Randnummer 6 dieses Gutachtens ausgeführt, handelt es sich um rechtsgebietsübergreifende Querschnittsregelungen, aufgrund derer die Haftung von Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft eng begrenzt ist. Die Bestimmungen begründen weder selbst Verantwortlichkeiten von Diensteanbietern noch erweitern sie die Haftung nach den allgemeinen Gesetzen,⁶¹ d.h. Art. 12 bis 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr begründen – wie nachfolgend noch näher ausgeführt wird – insbesondere selbst keine Ansprüche gegen Host-Provider oder andere Diensteanbieter.
32. Um eine Beschränkung der Verantwortlichkeit in Anspruch nehmen zu können, muss ein Host-Provider „*unverzüglich tätig werden, sobald ihm rechtswidrige Tätigkeiten bekannt oder bewusst werden*“, um die betreffende Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.⁶² Ebenso wie Access-Provider und Anbieter von Caching-Diensten trifft einen Host-Provider jedoch gemäß Art. 15 der Richtlinie über den

⁵⁹ Erwägungsgrund 40 Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.

⁶⁰ Vgl. BR-Drucks. 136/01, S. 49. Vgl. dazu auch *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider im Bereich der Telemedien, S. 16 Rn. 7. Nach a.A. sind Art. 12-14 Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr bzw. die nationalrechtlichen Umsetzungen dieser Regelungen in den herkömmlichen Normaufbau zu integrieren, etwa auf Tatbestands- oder Verschuldensebene, sog. „Integrationslösung“; dazu *Gounalakis/Rhode*, Persönlichkeitsschutz im Internet, 2002, Rn. 264 mwN. In der Sache hat dies jedoch keine Auswirkungen.

⁶¹ Vgl. BT-Drucks. 14/6098, S. 23, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406098.pdf> (zuletzt abgerufen am 04.09.15).

⁶² Erwägungsgrund 46 Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.

elektronischen Geschäftsverkehr keine allgemeine Verpflichtung, die von ihm gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Die Bestimmung wird durch § 7 Abs. 2 S. 1 TMG in deutsches Recht umgesetzt. Dies lässt Überwachungspflichten in spezifischen Fällen und Anordnungen, die von einzelstaatlichen Behörden nach innerstaatlichem Recht getroffen werden, unberührt.⁶³ Die Mitgliedstaaten können zudem von Host-Providern verlangen, die nach vernünftigem Ermessen von ihnen zu erwartende und in innerstaatlichen Rechtsvorschriften niedergelegte Sorgfaltspflicht anzuwenden, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern.⁶⁴

2. Rechtsprechung des *EuGH* zur Haftungsprivilegierung für Host-Provider

33. Der *EuGH* hat den durch die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr vorgegebenen Rahmen in seinen Entscheidungen präzisiert. Da die Kompatibilität des mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen § 10 TMG-E mit den unionsrechtlichen Vorgaben ein zentraler Prüfungsgegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens ist, steht bei der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des *EuGH* im Fokus, wie die Zuständigkeiten zwischen nationalem Recht und Unionsrecht abzugrenzen sind.
34. Dazu ist zunächst die Rechtsprechung des *EuGH* zum Anwendungsbereich des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zu untersuchen (vgl. dazu nachstehend die Randnummern 35 ff.). Darüber hinaus ist das Zusammenspiel zwischen nationalen Anspruchsgrundlagen und unionsrechtlichen Privilegierungstatbeständen zu analysieren (vgl. dazu die nachstehend die Randnummern 42 ff.). Schließlich ist zu klären, welcher Raum dem nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Privilegierungstatbestände verbleibt (vgl. dazu die nachstehend die Randnummern 46 ff.).⁶⁵

a) Anwendungsbereich des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

35. Der *EuGH* hat in seiner jüngeren Rechtsprechung zu den Grenzen des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung für Host-Provider mehrfach Stellung genommen. Er hat die Anwendung des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr davon abhängig gemacht, ob ein Host-Provider eine „*neutrale*“ oder aber eine „*aktive*“ Rolle einnimmt.

⁶³ Erwägungsgrund 47 Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.

⁶⁴ Erwägungsgrund 48 Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.

⁶⁵ Vgl. allgemein zu Leitlinien für gesetzgeberische Initiativen die Randnummern 98 ff.

36. Die Bedeutung einer „neutralen Rolle“ für die Frage der Anwendbarkeit des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Rechtsverkehr stellte der *EuGH* erstmals in der Rechtssache *Google France* in seinem Urteil vom 23. März 2010 heraus. Es sei zu prüfen,

„114 ob die Rolle dieses Anbieters insofern neutral ist, als sein Verhalten rein technischer, automatischer und passiver Art ist und er weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.“⁶⁶

37. In der Rechtssache *L'Oréal/eBay* entwickelte der *EuGH* diese Rechtsprechung weiter. In diesem Urteil vom 12. Juli 2011 deutet der Gerichtshof an, dass die Versteigerungsplattform *eBay* eine „aktive Rolle“ einnehmen könne, indem sie die Modalitäten festlegt, unter denen die Verkäufe stattfinden und Hilfestellung mit dem Ziel leistet, bestimmte Verkaufsangebote zu optimieren oder zu bewerben. Wörtlich führt der *EuGH* dazu aus:

„116 Hat dieser Betreiber hingegen Hilfestellung geleistet, die u.a. darin bestand, die Präsentation der betreffenden Verkaufsangebote zu optimieren oder diese Angebote zu bewerben, ist davon auszugehen, dass er zwischen dem fraglichen als Verkäufer auftretenden Kunden und den potenziellen Käufern keine neutrale Stellung eingenommen, sondern eine aktive Rolle gespielt hat, die ihm eine Kenntnis der diese Angebote betreffenden Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte. Hinsichtlich dieser Daten kann er sich mithin nicht auf die in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 genannte Ausnahme im Bereich der Verantwortlichkeit berufen.“⁶⁷

38. Der *EuGH* begründet die so zwischen „neutraler“ und „aktiver“ Rolle eines Host-Providers gezogene Grenze für den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung zunächst mit einem Wortlautargument: Aus der Überschrift des Abschnitts 4 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ergebe sich, dass das in diesen Artikeln geregelte Verhalten eines Diensteanbieters auf das eines „Vermittlers“ beschränkt sei.⁶⁸ In systematischer Hinsicht verweist der Gerichtshof auf Erwägungsgrund 42⁶⁹ der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Dieser Erwägungsgrund umschreibt die Tätigkeiten des Access-Providing und des Caching und besagt, dass die Ausnahmen von der Verantwortlichkeit nur die Fälle erfassen sollen,

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 23.03.10, verb. Rs. C 236-238/08 – *Google France*, EU:C:2008:389 Rn. 114.

⁶⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.07.11, Rs. C-324/09 – *L'Oréal/eBay*, EU:C:2011:474 Rn. 116.

⁶⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.07.11, Rs. C-324/09 – *L'Oréal/eBay*, EU:C:2011:474 Rn. 112; EuGH, Urt. v. 11.09.14, Rs. C-291/13 – *Papasavvas/Fileleftheros*, EU:C:2014:2209 Rn. 39.

⁶⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 23.03.10, verb. Rs. C 236-238/08 – *Google France*, EU:C:2008:389 Rn. 113; EuGH, Urt. v. 11.09.14, Rs. C-291/13 – *Papasavvas/Fileleftheros*, EU:C:2014:2209 Rn. 40.

„in denen die Tätigkeit des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft rein technischer, automatischer und passiver Art ist, was bedeutet, dass der Anbieter weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.“

39. Diese Formulierung übernimmt der *EuGH* fast wörtlich in seiner Rechtsprechung über den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung für Host-Provider. Nur ein Host-Provider, der danach eine „*neutrale Rolle*“ einnimmt, fällt nach der Rechtsprechung des *EuGH* in den Anwendungsbereich des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und kann sich auf die Haftungsprivilegierung berufen, sofern er die dort geregelten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt.⁷⁰
40. Die „*neutrale Rolle*“ eines Host-Providers wird dem *EuGH* zufolge aber nicht dadurch in Frage gestellt, dass ein Dienst entgeltlich ist, dass die Vergütungsmodalitäten vom Diensteanbieter festgelegt werden und dass er seinen Kunden Auskünfte allgemeiner Art erteilt.⁷¹ Zu der „*aktiven Rolle*“ des Host-Providers, die zur Folge hat, dass dieser Diensteanbieter hinsichtlich der konkreten Handhabung von Daten, die er für Dritte speichert, nicht in den Anwendungsbereich des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr fällt, hat der *EuGH* zuletzt in dem Urteil vom 11. September 2014 in der Rechtssache *Papasavvas/Fileleftheros*⁷² Stellung genommen. Dort fasst er seine bisherige Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung wie folgt zusammen:
- „43 Dagegen ist von Bedeutung, welche Rolle der Diensteanbieter bei der Abfassung der den Werbelink begleitenden Werbebotschaft oder bei der Festlegung oder der Auswahl der Schlüsselwörter spielt (vgl. Urteil *Google France und Google*, EU:C:2010:159, Rn. 118).
- 44 Leistet der Diensteanbieter Hilfestellung, die u. a. darin besteht, die Präsentation der betreffenden Verkaufsangebote zu optimieren oder diese Angebote zu bewerben, nimmt er zwischen dem fraglichen als Verkäufer auftretenden Kunden und den potenziellen Käufern keine neutrale Stellung ein, sondern spielt eine aktive Rolle, die ihm eine Kenntnis der diese Angebote betreffenden Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen kann (Urteil *L'Oréal u. a.*, EU:C:2011:474, Rn. 116).
- 45 Da eine Presseverlagsgesellschaft, die auf ihrer Website die elektronische Fassung einer Zeitung veröffentlicht, grundsätzlich von den von ihr veröffentlichten Informationen Kenntnis hat und eine Kontrolle über diese

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 23.03.10, verb. Rs. C 236-238/08 – *Google France*, EU:C:2008:389 Rn. 114; EuGH, Urt. v. 12.07.11, Rs. C-324/09 – *L'Oréal/eBay*, EU:C:2011:474 Rn. 113 ; EuGH, Urt. v. 11.09.14, Rs. C-291/13 – *Papasavvas/Fileleftheros*, EU:C:2014:2209 Rn. 41.

⁷¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 23.03.10, verb. Rs. C 236-238/08 – *Google France*, EU:C:2008:389 Rn. 116; EuGH, Urt. v. 12.07.11, Rs. C-324/09 – *L'Oréal/eBay*, EU:C:2011:474 Rn. 115 ; EuGH, Urt. v. 11.09.14, Rs. C-291/13 – *Papasavvas/Fileleftheros*, EU:C:2014:2209 Rn. 42.

⁷² EuGH, Urt. v. 11.09.14, Rs. C-291/13 – *Papasavvas/Fileleftheros*, EU:C:2014:2209.

Informationen ausübt, kann sie folglich nicht als „Vermittler“ im Sinne der Art. 12 bis 14 der Richtlinie 2000/31 angesehen werden, und zwar unabhängig davon, ob der Zugang zur Website kostenpflichtig oder unentgeltlich ist.“

41. Die Entscheidung über die „*neutrale*“ oder „*aktive*“ Rolle eines Host-Provider stellt damit nach der Rechtsprechung des *EuGH* die entscheidende Weichenstellung dar, anhand derer festzustellen ist, ob der betreffende Anbieter in den Anwendungsbereich der unionsrechtlich determinierten Haftungsprivilegierung fällt oder ob seine Verantwortlichkeit sich allein nach den Anspruchsgrundlagen richtet, die die Mitgliedstaaten etabliert haben. Relevant sind für die einzelstaatliche Gesetzgebung in diesem Bereich insofern die Fragen, wo einerseits die Schnittstelle zwischen der Anwendung nationalen Rechts und Unionsrecht verläuft und andererseits, wieviel Spielraum dem nationalen Gesetzgeber verbleibt, die Haftungsprivilegierungen auszufüllen.

b) Zusammenspiel zwischen nationalen Anspruchsgrundlagen und unionsrechtlichen Privilegierungstatbeständen

42. Der *EuGH* hat zu dem Zusammenspiel zwischen nationalem Recht und Unionsrecht in den unter den Randnummern 36 ff. dieses Rechtsgutachtens angeführten Urteilen ebenfalls Stellung bezogen. Er führt aus, dass die Anspruchsgrundlagen für eine etwaige Haftung eines Host-Providers dem nationalen Recht zu entnehmen sind. Die in nationales Recht umzusetzende Haftungsprivilegierung aus Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr führt dagegen zu einer Beschränkung der Verantwortlichkeit des Anbieters, die sich aufgrund einer mitgliedstaatlichen Anspruchsgrundlage ergeben könnte. Wie bereits unter Randnummer 9 dieses Gutachtens hervorgehoben, bezeichnet auch der deutsche Gesetzgeber diese Funktion der Haftungsprivilegierungen zutreffend als Filter, der selber weitergehende Verantwortlichkeiten von Diensteanbietern weder begründet noch die Haftung nach den allgemeinen Gesetzen erweitert.⁷³
43. Wörtlich führt der *EuGH* zu dem Verhältnis zwischen nationalen Anspruchsgrundlagen und der Haftungsprivilegierung für Diensteanbieter in der Rechtssache *L'Oréal/eBay* wie folgt aus:

„107 Wie der Gerichtshof bereits ausgeführt hat, sollen die Art. 12 bis 15 der Richtlinie 2000/31 die Fälle beschränken, in denen nach dem einschlägigen nationalen Recht die Vermittler von Diensten der Informationsgesellschaft zur Verantwortung gezogen werden können. Die Voraussetzungen für die Feststellung einer solchen Verantwortlichkeit sind daher dem nationalen Recht zu entnehmen, wobei jedoch

⁷³ Vgl. BT-Drucks. 14/6098, S. 23, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406098.pdf> (zuletzt abgerufen am 04.09.15).

nach den vorgenannten Artikeln dieser Richtlinie in bestimmten Fällen keine Verantwortlichkeit dieser Vermittler festgestellt werden darf (Urteil Google France und Google, Randnr. 107).

108 Somit hat zwar das vorliegende Gericht zu ermitteln, unter welchen Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit wie die von L'Oréal gegenüber eBay geltend gemachte gegeben ist, doch hat der Gerichtshof zu prüfen, ob der Betreiber eines Online-Marktplatzes sich auf die in der Richtlinie 2000/31 festgelegte Ausnahme im Bereich der Verantwortlichkeit berufen kann.⁷⁴

44. Die Reichweite der Haftungsprivilegierung ist danach allein dem Unionsrecht zu entnehmen und durch den *EuGH* auszulegen. Den Mitgliedstaaten bleibt es andererseits unbenommen, allgemeine Anspruchsgrundlagen zu formulieren, die vorbehaltlich der Filterfunktion der Haftungsprivilegierung zu einer Inanspruchnahme von Diensteanbietern führen könnten. Letzteren Aspekt macht der Gerichtshof in der Rechtssache *Papasavvas/Fileleftheros* besonders deutlich. Hier heißt es:

„53 Der Gerichtshof möchte dem vorlegenden Gericht gleichwohl den Hinweis geben, dass sich diese Artikel [Art. 12 bis 14 der Richtlinie 2000/31] ihrem Gegenstand nach nicht auf die Voraussetzungen beziehen, unter denen gegen diese Diensteanbieter Klagen wegen zivilrechtlicher Verantwortlichkeit erhoben werden können, die in Ermangelung einer Präzisierung im Unionsrecht vorbehaltlich der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen.“⁷⁵ [Klammerzusätze hinzugefügt]

45. Anders gewendet, kann aber auch die aufgrund von Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr vorgesehene Haftungserleichterung nicht dazu führen, dass ein Host-Provider nach nationalem Recht zur Verantwortung gezogen wird, wenn das nationale Recht selbst keine entsprechenden Anspruchsgrundlagen vorsieht. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr kann also nicht dazu herangezogen werden, um eine Haftung erst zu begründen oder auszuweiten.

c) Keine einzelstaatliche Erweiterung oder Verengung der Tatbestandsmerkmale der Haftungsprivilegierung für Host-Provider

46. Wie bereits unter der Randnummer 8 dieses Rechtsgutachtens ausgeführt, haben die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern das Ziel einer Vollharmonisierung. Bereits hieraus und aus der vorstehend dargestellten Rechtsprechung des *EuGH* zur Bestimmung des Zusammenspiels zwischen nationalem Recht und Unionsrecht lässt sich entnehmen, dass die Mitgliedstaaten

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 12.07.11, Rs. C-324/09 – *L'Oréal/eBay*, EU:C:2011:474 Rn. 107f.

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 11.09.14, Rs. C-291/13 – *Papasavvas/Fileleftheros*, EU:C:2014:2209 Rn. 53.

nicht berechtigt sind, die Regelungsinhalte der Artikel 12 bis 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr einzelstaatlich zu erweitern oder zu verengen. Der *EuGH* grenzt klar die nationale Kompetenz zur Schaffung von Anspruchsgrundlagen, nach denen Host-Provider zur Verantwortung gezogen werden könnten, von der unionsrechtlichen Zuständigkeit ab, EU-weit geltende und durch den Gerichtshof auszulegende Ausnahmen von dieser Verantwortlichkeit zu bestimmen. Diese Vorgabe aus der Rechtsprechung des *EuGH* könnte nicht erreicht werden, wenn es den Mitgliedstaaten möglich wäre, das zur Umsetzung der Artikel 12 bis 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr erlassene Recht nach eigenen Vorstellungen zu erweitern oder zu verengen.

3. Schlussfolgerungen aus der *EuGH*-Rechtsprechung

47. Wie vorstehend gezeigt, ist auch der Rechtsprechung des *EuGH* zu entnehmen, dass mit den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern eine Vollharmonisierung erreicht werden soll.⁷⁶ Hätten die Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, weitere oder engere Regeln im nationalen Recht zu treffen, würde die durch den *EuGH* festgestellte Zuständigkeitsverteilung aufgelöst und der durch die Art. 12 bis 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr intendierte einheitliche EU-weite Rahmen für die Bestimmungen der Haftungsprivilegierung von Diensteanbietern unmöglich gemacht.⁷⁷
48. Nimmt der Host-Provider eine „*neutrale Rolle*“ bei der Handhabung gespeicherter Informationen Dritter ein, ist der Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierungen eröffnet, deren Reichweite sich allein anhand des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr bestimmt. Die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit eines Dienstes stellt die „*neutrale Rolle*“ des Anbieters und damit die Anwendbarkeit des Art. 14 dieser Richtlinie nicht in Frage. Gleiches gilt für den Umstand, dass ein Host-Provider die Vergütungsmodalitäten des Dienstes festgelegt oder seinen Kunden Auskünfte allgemeiner Art erteilt. Unterstützt dagegen z.B. der Anbieter einer Internetversteigerungsplattform den seinen Dienst nutzenden Dritten, indem er die Präsentation der gespeicherten Daten optimiert oder indem er die Angebote des Dritten bewirbt, nimmt dieser Host-Provider eine „*aktive Rolle*“ ein. Solche Handlungen fallen nicht unter den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung.
49. Wo die Grenze des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung im Hinblick auf spezifische Tätigkeiten eines Host-Providers verläuft und – soweit der Anwendungsbereich eröffnet ist – wie die Tatbestandsmerkmale der Norm, also z.B.

⁷⁶ Vgl. dazu auch die Ausführungen unter den Randnummern 8 dieses Rechtsgutachtens.

⁷⁷ Auch der BGH geht – wie bereits ausgeführt – von einer Vollharmonisierung der Regeln zur Verantwortlichkeit aus, vgl. BGH, Urt. v. 04.07.13, Az. I ZR 39/12 – *Terminhinweise auf Kartenausschnitten*, MMR 2014, 121, 122 Rn. 19.

die tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen, für einen Dritten gespeicherten Information, auszulegen ist, bestimmt der *EuGH*. Für eine autoritative Auslegung der unionsrechtlich determinierten Haftungsprivilegierungen ist nur der *EuGH* zuständig. Diese kann nicht durch einzelstaatliche Regelungen der Mitgliedstaaten ersetzt werden. Letzteren verbleibt das Recht, Anspruchsgrundlagen zu schaffen. Solche nationalen Anspruchsgrundlagen dürfen aber nicht die Fragen der Anwendbarkeit und Reichweite der Haftungsprivilegierungen für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft bestimmen.

II. Verstoß des durch den Gesetzentwurf vorgeschlagenen § 10 TMG-E gegen unionsrechtliche Vorgaben

50. Im Lichte der vorstehend herausgearbeiteten unionsrechtlichen Vorgaben lässt sich die Frage beantworten, ob die in § 10 Abs. 2 TMG-E nach dem deutschen Gesetzentwurf vorgesehene Vermutung der Kenntniserlangung anhand (nicht abschließender) gesetzlicher Tatbestände zu „*gefährdungen Diensten*“ gegen die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und insbesondere ihren Art. 14 verstößt.
51. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs wird unterstellt, dass die vorgeschlagenen Bestimmungen lediglich die bestehenden Regelungen des TMG sowie die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Störerhaftung präzisieren. Daraus lasse sich die Vereinbarkeit des Entwurfs mit der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ableiten.⁷⁸ Diese Schlussfolgerung im Gesetzentwurf erstaunt bereits unabhängig von den vorstehend herausgearbeiteten unionsrechtlichen Vorgaben: Aus dem Blickwinkel des nationalen Rechts und der nationalen Rechtsprechung wird auf die vermeintliche Kompatibilität mit den Vorgaben der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen. Dies geschieht ohne nähere Auseinandersetzung mit den Vorgaben der Richtlinie und der dazu ergangenen vorstehend dargelegten Rechtsprechung des *EuGH*.
52. Die nähere Auseinandersetzung mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und der dazu ergangenen Rechtsprechung des *EuGH* zeigt dagegen, dass der deutsche Gesetzentwurf mit § 10 TMG-E gegen die unionsrechtlichen Vorgaben verstößt. Dies betrifft sowohl den Regelungsansatz des Gesetzentwurfs als auch die einzelnen Tatbestandsmerkmale.

⁷⁸ Vgl. Gesetzentwurf, S. 11.

1. Regelungsansatz des Gesetzentwurfs

53. Der Regelungsansatz des mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen § 10 Abs. 2 TMG-E verstößt bereits gegen Unionsrecht.

a) Gesetzentwurf vermischt Elemente der Störerhaftung mit der Haftungsprivilegierung

54. Die in der Begründung des deutschen Gesetzentwurfs angesprochene, durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelte Störerhaftung stellt eine Anspruchsgrundlage dar, die auch gegenüber Host-Providern in Ansatz gebracht werden kann. Die Störerhaftung als gesetzlich nicht ausdrücklich normierte Anspruchsgrundlage führt wegen ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit in der Praxis zwar zu Rechtsunsicherheit.⁷⁹ Für sich genommen steht es aus unionsrechtlicher Perspektive den Mitgliedstaaten und damit auch Deutschland aber zunächst frei, eine solche Regelung zu etablieren oder aufrechtzuerhalten.
55. Demgegenüber verfolgt der deutsche Gesetzentwurf mit § 10 Abs. 2 TMG-E den Ansatz, den Tatbestand der Haftungsprivilegierung durch eine Kenntnisvermutung zu verengen, sofern ein „*gefährdender Dienst*“ vorliegt, dessen Merkmale nach der Begründung des Gesetzentwurfs aus der Rechtsprechung zur Störerhaftung kondensiert wurde. Diese Vermischung von Anspruchsgrundlage und Privilegierungstatbestand widerspricht damit diametral dem mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr verfolgten Regelungsansatz. Die vorstehend unter den Randnummern 42 ff. dieses Rechtsgutachtens aufgezeigte, durch den *EuGH* vorgegebene Trennung zwischen nationaler Anspruchsgrundlage und unionsrechtlich determinierter Haftungsprivilegierung wird durch den Gesetzentwurf aufgelöst. Eine einheitliche EU-weite Anwendung des durch die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr etablierten Systems der Haftungsprivilegierung für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft wird unmöglich gemacht.

b) Gesetzentwurf missachtet Vollharmonisierung

56. Der mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ansatz, in § 10 TMG-E eine Kenntnisvermutung unter Verweis auf „*gefährdende Dienste*“ zu etablieren, missachtet ebenfalls, dass Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr eine Vollharmonisierung⁸⁰ verwirklichen soll. Dem deutschen Gesetzgeber ist es – wie er

⁷⁹ Vgl. *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider im Bereich der Telemedien, Rn. 354; *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308, 311ff.

⁸⁰ S. hierzu bereits Randnummern 8 und 46 dieses Gutachtens.

selbst in der Begründung des Regierungsentwurfs des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr anerkannt hat⁸¹ – daher nicht möglich, durch eine grundlegende Modifikation der Tatbestandsmerkmale der EU-rechtlich bestimmten Haftungsprivilegierungen für Host-Provider eine Verschärfung der Haftung herbeizuführen. Wie unter den Randnummern 46 dieses Rechtsgutachtens ausgeführt, schließt auch der *EuGH* eine einzelstaatliche Erweiterung oder Verengung der Tatbestandsmerkmale der Haftungsprivilegierung für Host-Provider aus. Gleiches gilt für den *BGH*, der ebenfalls von einer Vollharmonisierung ausgeht.⁸²

c) Gesetzentwurf versucht vertikale Haftungsverschärfung herbeizuführen

57. Wie bereits unter Randnummer 6 dieses Rechtsgutachtens ausgeführt, stellen die Haftungsprivilegierungen rechtsgebietsübergreifende Querschnittsregelungen dar. Sie gelten für sämtliche Rechtsmaterien und entfalten damit eine horizontale Wirkung. Die Entscheidungen des *EuGH* in den Rechtssachen *Google France* und *L'Oréal/eBay*⁸³ betrafen z.B. das Markenrecht. Der Rechtssache *Papasavvas/Fileleftheros*⁸⁴ lag ein äußerungsrechtlicher Streit zugrunde.
58. Die Begründung des Gesetzentwurfs deutet dagegen an, dass mit § 10 Abs. 2 TMG-E eine Sonderregelung für das Urheberrecht intendiert ist. Auf Seite 9 des Gesetzentwurfs heißt es insoweit wörtlich, „*dass Plattformen, deren Geschäftsmodell im Wesentlichen auf der Verletzung von Urheberrechten aufbaut*“, nicht länger das Haftungsprivileg der Host-Provider genießen sollen. Ein weiterer Beleg findet sich auf Seite 16 des Gesetzentwurfs. Dort heißt es:
- „Hierdurch [durch die Aufzählung von Fallkonstellationen gefahrgeneigter Dienste] trägt die Bundesregierung dem Umstand Rechnung, dass bei Urheberrechtsverletzungen im Internet ein Vorgehen der betroffenen Rechteinhaber gegen Diensteanbieter, deren Geschäftsmodelle im Wesentlichen auf Rechtsverletzungen beruht, vielfach schwierig, wenn nicht unmöglich ist. [Klammerzusätze hinzugefügt]
59. Auch dadurch, dass nach dem Gesetzentwurf eine Sonderregelung bezüglich der Haftungsprivilegierung im Bereich des Urheberrechts intendiert ist, verstößt § 10 Abs. 2 TMG-E gegen die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Bei der unionsrechtlich vorgegebenen

⁸¹ BT-Drucks. 14/6098, S. 22, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406098.pdf> (zuletzt abgerufen am 04.09.15).

⁸² *BGH*, Urt. v. 04.07.13, Az. I ZR 39/12 – *Terminhinweise auf Kartenausschnitten*, MMR 2014, 121, 122 Rn. 19.

⁸³ *EuGH*, Urt. v. 12.07.11, Rs. C-324/09 – *L'Oréal/eBay*, EU:C:2011:474.

⁸⁴ *EuGH*, Urt. v. 11.09.14, Rs. C-291/13 – *Papasavvas/Fileleftheros*, EU:C:2014:2209.

Haftungsprivilegierung für Host-Provider handelt es sich gerade um eine horizontale Querschnittsregelung, die vertikale Haftungsverschärfungen durch Mitgliedstaaten nicht zulässt. Selbst wenn man den Gesetzentwurf horizontal verstanden wissen wollte, zeigt die Begründung, dass ausschließlich Gesichtspunkte des Urheberrechts oder des geistigen Eigentums für seine Formulierung herangezogen wurden. Äußerungsrechtliche Gesichtspunkte sind beispielsweise in der Begründung nicht angesprochen. Die besondere Relevanz der Haftungsprivilegierung für die Meinungsäußerungsfreiheit, welche etwa Erwägungsgrund 46 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr hervorhebt, ist bei dem Gesetzentwurf mithin nicht berücksichtigt worden.

d) Gesetzentwurf kann nicht die Grenzen des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung für Host-Provider bestimmen

60. Wie unter den Randnummern 35 ff. dieses Rechtsgutachtens ausgeführt, bestimmt der *EuGH* die Grenzen des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung anhand der Unterscheidung zwischen der „neutralen“ und der „aktiven“ Rolle eines Diensteanbieters im Hinblick auf die von ihm gespeicherten Daten. Die von dem *EuGH* hierzu entwickelte jüngere Rechtsprechung wirft im Einzelnen noch Fragen auf, sodass insgesamt die Abgrenzung keinesfalls als „*acte clair*“ gelten kann. Die sog. „*acte clair*“-Doktrin⁸⁵ ist durch den *EuGH* zur Vorlagepflicht für letztinstanzliche Gerichte im Hinblick auf auslegungsbedürftige Rechtsakte entwickelt worden. Die Vorlagepflicht ist unerlässlich für die ordnungsgemäße Anwendung des Unionsrechts.⁸⁶ Sie stellt insbesondere die einheitliche Auslegung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten sicher. Ein Absehen von der Vorlage ist danach für letztinstanzliche Gerichte nur unter sehr engen Bedingungen möglich, wenn keine Zweifel an der Auslegung des Unionsrechts bestehen können.⁸⁷ In der Union dürfen Fragen des Unionsrechts nicht zu unterschiedlicher Auslegung im Rahmen nationaler Gerichtsentscheidungen führen.⁸⁸ Wenn dies aber schon für die letztinstanzlichen Gerichte gilt, dann sind nationale Gesetzgeber erst recht daran gehindert, auslegungsbedürftiges Unionsrecht – noch dazu wenn die Vollharmonisierung verwirklicht werden sollte – durch nationale Rechtsakte zu determinieren. Eine

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 06.10.82, Rs. C-283/81 – *C.I.L.F.I.T.*, EU:C:1982:335 Rn. 13-16. Der EuGH nimmt in der genannten Entscheidung Anleihen an die im französischen Recht bekannte *acte clair*-Doktrin.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 04.06.02, Rs. C-99/00 – *Kenny Roland Lyckeskog*, EU:C:2002:329 Rn. 14; EuGH, Urt. v. 04.11.97, Rs. C-337/95 – *Parfums Christian Dior*, EU:C:1997:517 Rn. 25.

⁸⁷ Vgl. dazu im Einzelnen EuGH, Urt. v. 06.10.82, Rs. 283/81 – *C.I.L.F.I.T.*, EU:C:1982:335 Rn. 13-16.

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 04.06.02, Rs. C-99/00 – *Kenny Roland Lyckeskog*, EU:C:2002:329 Rn. 15.

weitere Präzisierung der Haftungsprivilegierung für Host-Provider obliegt damit dem *EuGH* oder einer Initiative des Unionsgesetzgebers.⁸⁹

61. Selbst wenn mit dem Gesetzentwurf lediglich die Grenzen des Anwendungsbereichs bestimmt werden sollten, was weder aus der Entwurfsformulierung noch aus der Begründung hervorgeht, würde der deutsche Gesetzgeber durch eine Kenntnisvermutung anhand der gesetzlichen Regelung „*gefährdeneigter Dienste*“ innerhalb der Haftungsprivilegierung seine Kompetenzen überschreiten. Wenn z.B. in § 10 Abs. 2 Nr. 1 TMG-E ein quantitatives Kriterium für die Bestimmung der Gefährdeneigtheit eines Dienstes verwendet wird, widerspricht dies dem Ansatz des *EuGH*, der eine „*aktive Rolle*“ an dem Verhalten des Diensteanbieters festmacht. Darüber hinaus ist es im Lichte der Rechtsprechung des *EuGH* unmöglich, die grundsätzlichen Grenzen des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung für Host-Provider durch eine Veränderung einzelner Tatbestandsmerkmale der zur Umsetzung des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr erlassenen Regelungen zu erreichen. Da mit der Bestimmung – wie bereits ausgeführt – eine Vollharmonisierung intendiert ist, können die Tatbestandsmerkmale der Haftungsprivilegierung nur durch den Unionsgesetzgeber verändert werden.
62. Die mit dem Gesetzentwurf bezweckte Verschärfung des Tatbestandsmerkmals der „*Kenntnis*“ durch die Schaffung neuer Vermutungstatbestände kommt danach ebenfalls nicht unter dem Blickwinkel der grundsätzlichen Grenzen des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung in Betracht.

e) Fazit zum Regelungsansatz des Gesetzentwurfs

63. Der mit dem Gesetzentwurf im § 10 Abs. 2 TMG-E verfolgte Regelungsansatz verstößt gleich unter mehreren Gesichtspunkten gegen die unionsrechtlichen Vorgaben.
64. Der mit dem Gesetzentwurf zu § 10 Abs. 2 TMG-E verfolgte Ansatz, den Tatbestand der Haftungsprivilegierung durch eine Kenntnisvermutung zu verengen, sofern ein „*gefährdeneigter Dienst*“ vorliegt, vermischt Elemente der national bestimmten Anspruchsgrundlage mit dem unionsrechtlich determinierten Privilegierungstatbestand. Dies widerspricht der Rechtsprechung des *EuGH* und dem mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr verfolgten Regelungsansatz. Die Norm dient der Vollharmonisierung, was eine Veränderung des Tatbestandsmerkmals der Kenntnis in § 10 Abs. 2 TMG-E durch den deutschen Gesetzgeber ausschließt. Zudem widerspricht der Ansatz des Gesetzentwurfs, eine

⁸⁹ Vgl. zu den laufenden Initiativen auf Unionsebene die Randnummern 15 ff. dieses Gutachtens.

Verschärfung der Haftung von Host-Providern nur mit Blick auf Urheberrechtsverletzungen bzw. Rechten des geistigen Eigentums erreichen zu wollen, dem horizontal wirkenden Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Die rechtsgebietsübergreifende Haftungsprivilegierung erfasst alle Rechtsmaterien. Schließlich kann der deutsche Gesetzgeber auch nicht die Grenzen des Anwendungsbereichs des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr bestimmen. Selbst wenn dies intendiert war, was dem Gesetzentwurf nicht zu entnehmen ist, steht es einem Mitgliedstaat im Lichte der Rechtsprechung des *EuGH* nicht frei, durch die Veränderung einzelner Tatbestandsmerkmale der zur Umsetzung des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr erlassenen Regelung den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung festzulegen. Hierzu ist allein der *EuGH* beziehungsweise der Unionsgesetzgeber berufen.

2. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr verlangt konkrete Kenntnis und kann nicht durch einen nationalen Vermutungstatbestand ergänzt werden

65. Nicht nur der mit dem Gesetzentwurf verfolgte Regelungsansatz führt zu einem Verstoß gegen die unionsrechtlichen Vorgaben. Auch eine Betrachtung des durch den Entwurf neu gefassten Tatbestands, der der Umsetzung des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr in deutsches Recht dient, unterstreicht diesen Befund.
66. Wie bereits mehrfach aufgezeigt, soll mit den Haftungsprivilegierungen der Richtlinie eine Vollharmonisierung verwirklicht werden. Daraus folgt, dass dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung von Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr in deutsches Recht kein eigener Gestaltungsspielraum verbleibt. Der deutsche Gesetzgeber darf die Haftungsprivilegierung nicht selbst konkretisieren und weitere oder engere Regeln im nationalen Recht treffen. Auch eine tatbestandliche Betrachtung führt vor diesem Hintergrund zu dem Ergebnis, dass die in dem Gesetzentwurf vorgenommene Ergänzung des § 10 Abs. 1 TMG durch den vorgeschlagenen § 10 Abs. 2 TMG-E, der rechtskonstruktiv eine Kenntnisvermutung schafft und durch eine Reihe von neuen Vermutungstatbeständen die Tatbestandsvoraussetzung der „*Kenntnis*“ erweitert, nicht im Einklang mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr steht.
67. Nach Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ist ein Host-Provider solange nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich, wie er „*keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat*“. In Bezug auf

Schadensersatzansprüche gilt dies, solange er sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* verliert ein Host-Provider im letzteren Fall seine Privilegierung, wenn er auf der Grundlage der ihm „bewussten“ Tatsachen oder Umstände als sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die in Rede stehende Rechtswidrigkeit hätte „feststellen“ können und nicht unverzüglich vorging, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.⁹⁰ Daraus folgt auch in dieser Konstellation, dass ein Host-Provider konkrete Kenntnis von Tatsachen oder Umständen haben muss, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. In beiden Alternativen muss ein Host-Provider folglich konkrete Kenntnisse entweder von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information selbst oder aber von Tatsachen und Umständen haben, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. Ohne diese konkreten Kenntnisse ist nach Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr eine Verantwortlichkeit eines Host-Providers ausgeschlossen.

68. Durch die vorgesehene Regelung des § 10 Abs. 2 TMG-E in dem Gesetzentwurf soll im Gegensatz zu Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr eine Kenntnis nur anhand von Vermutungstatbeständen fingiert werden. Es soll also gerade von dem Erfordernis der tatbestandlich vorausgesetzten konkreten Kenntnis eines Host-Providers durch die Etablierung von Vermutungstatbeständen abgesehen werden. Die erforderliche Kenntnis soll immer dann vermutet werden, wenn der von dem Host-Provider angebotene Dienst nach den abstrakten Vermutungstatbeständen des § 10 Abs. 2 TMG-E allein nach deutschem Recht als „*besonders gefahrgeneigter Dienst*“ eingestuft wird. Der Tatbestand des Art. 14 Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr sieht jedoch einen solchen rechtskonstruktiven Ansatz nicht vor.

69. Die durch § 10 Abs. 2 TMG-E beabsichtigte tatbestandliche Veränderung des Erfordernisses der Kenntnis durch Einführung von Vermutungstatbeständen steht folglich nicht im Einklang mit Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Der Gesetzentwurf stellt damit nicht lediglich eine tatbestandliche Präzisierung dar, die mit der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr in Einklang stünde – wie es auf Seite 11 des Gesetzentwurfs heißt –, sondern er verstößt gegen das Unionsrecht.

3. **Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr trifft keine Regelungen zu „*gefahrgeneigten Diensten*“**

70. Der Entwurf des § 10 Abs. 2 TMG-E erschöpft sich nicht darin, entgegen den Vorgaben des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

⁹⁰ Vgl. *EuGH*, Urt. v.12.07.11, Rs. C-324/09 – *L’Oréal/eBay*, EU:C:2011:474 Rn. 120.

Vermutungstatbestände einzuführen. Laut der Begründung des Gesetzentwurfs zu Art. 10 Abs. 2 TMG-E sollen diese Vermutungstatbestände zusätzlich mit der *BGH*-Rechtsprechung zur Gefahrgeneigtheit von Diensten verbunden werden. Mit dem Gesetzentwurf wird das ausdrückliche Ziel verfolgt, die Rechtsprechung zu „*gefahrgeneigten Diensten*“ tatbestandlich in die Haftungsprivilegierung zu integrieren.⁹¹ Wie bereits ausgeführt, ist die Gefahrgeneigtheit eines Dienstes nach der *BGH*-Rechtsprechung indes ein Element der Störerhaftung. Mit dem Gesetzentwurf sollen also Elemente einer durch die nationale Rechtsprechung entwickelten Anspruchsgrundlage in den Tatbestand der Haftungsprivilegierung implementiert werden.

71. Für die Ergänzung des § 10 TMG durch in dem Gesetzentwurf vorgesehene Vermutungstatbestände ist der Umstand einer unionrechtlichen Vollharmonisierung der Haftungsprivilegierung durch Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr Maßstab und Grenze zugleich. Auch die durch § 10 Abs. 2 TMG-E beabsichtigte Einbindung des durch den *BGH* entwickelten abstrakten Grundsatzes für „*gefahrgeneigte Dienste*“ muss sich an diesem Maßstab und an dieser Grenze messen lassen. Tatbestandlich sieht Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr eine Differenzierung der Dienste danach, ob sie möglicherweise „*gefahrgeneigt*“ sind, aber gerade nicht vor und kann daher nach unionsrechtlichen Kriterien nicht zum tatbestandlichen Maßstab gemacht werden.
72. Darüber hinaus ist der Ansatz des Gesetzentwurfs, die Rechtsprechung des *BGH* zur Gefahrgeneigtheit von Diensten in den Tatbestand der Haftungsprivilegierung für Host-Provider zu integrieren, auch mit Blick auf den vom *BGH* aufgestellten Grundsatz selbst verfehlt. Der *BGH* verwendet diesen Begriff im Zusammenhang mit dem Umfang von bestehenden Prüfungspflichten im Rahmen der durch die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Störerhaftung. Er versucht, die Gefahrgeneigtheit von Diensten also im Rahmen der Anspruchsgrundlage selbst fruchtbar zu machen. Der *BGH* nutzt diesen Grundsatz aber nicht, um hierdurch die nach § 10 TMG bzw. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr erforderliche tatbestandliche Kenntnis zu fingieren. Im Gegenteil wendet der *BGH* diesen Grundsatz der Gefahrgeneigtheit von Diensten zur Begründung von Prüfungspflichten im Rahmen der Störerhaftung auch dann an, wenn der Host-Provider keine Kenntnis von konkret bevorstehenden (Urheberrechts-) Verletzungen hat.⁹² Diese Rechtsprechung, die sich auf die Voraussetzungen der Haftungsgrundlage bezieht, ist für sich genommen unionsrechtlich konsequent und provoziert nicht die gleiche Kritik, die den Gesetzentwurf trifft. Mit § 10 TMG-E werden nämlich ganz bewusst Elemente der Anspruchsgrundlage mit der unionsrechtlich determinierten Haftungsprivilegierung vermischt. Der *BGH* behauptet

⁹¹ Vgl. Gesetzentwurf, S. 15.

⁹² Vgl. Urt. v. 15.08.13, Az. I ZR 80/12 – *File-Hosting-Dienst*, MMR 2013, 733, 734 Rn. 36.

dagegen nicht, dass die Gefahrgeneigtheit eines Dienstes Element für den Verlust der Haftungsprivilegierung ist. Die Kritik an der Rechtsprechung des *BGH* richtet sich vielmehr gegen die Unbestimmtheit der Störerhaftung selbst und gegen die mangelnde Anwendung des § 10 TMG in Unterlassungssituationen (vgl. dazu bereits die Ausführungen unter den Randnummern 9 ff. dieses Rechtsgutachtens). Mit seiner Rechtsprechung zur Gefahrgeneigtheit eines Dienstes im Zusammenhang mit der Störerhaftung vermischt der *BGH* aber nicht im gleichen Maße – wie dies aus dem Gesetzentwurf zutage tritt – die Verteilung der Ausgestaltungshoheit der Anspruchsgrundlage durch den Mitgliedstaat (und seine Gerichte) einerseits und der unionsrechtlich determinierten Haftungsprivilegierung andererseits.

4. Vermutungstatbestände des § 10 Abs. 2 TMG-E

73. Die vorstehend aufgezeigten Verstöße des § 10 Abs. 2 TMG-E gegen die unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr setzen sich fort in den einzelnen Regelbeispielen des § 10 Abs. 2 Satz 2 TMG-E. Verschärfend kommt hinzu, dass die vorgeschlagenen Vermutungstatbestände nicht abschließend sind, sondern eine erweiternde Auslegung der Kenntnisfiktion nur anhand des abstrakten Begriff der Gefahrgeneigtheit eines Dienstes möglich ist.

a) § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TMG-E des Gesetzentwurfs

74. Nach § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TMG-E liegt ein besonders gefahrgeneigter Dienst in der Regel dann vor, wenn „*die Speicherung oder Verwendung der weit überwiegenden Zahl der gespeicherten Informationen rechtswidrig erfolgt*“. Die bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ausgelöste Kenntnisvermutung entspricht jedoch nicht den Anforderungen des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, wonach konkrete Kenntnis von Tatsachen und Umständen in jedem Einzelfall verlangt wird.
75. Anders als die Begründung des Gesetzentwurfs suggeriert, existiert im Übrigen auch keine „*allgemeine Lebenserfahrung*“ dafür, dass ein Diensteanbieter *konkrete* Kenntnis von einer Rechtsverletzung hat, wenn ganz überwiegend Informationen mit rechtswidrigen Inhalten gespeichert oder die ganz überwiegende Zahl der gespeicherten Informationen in rechtswidriger Weise verwendet werden.⁹³ Dabei ist nicht klar, ob hier ein Bezug zu den von einem Diensteanbieter insgesamt gespeicherten Informationen hergestellt werden soll oder ob bereits die für einen einzelnen Nutzer gespeicherten (rechtswidrigen) Informationen den

⁹³ So aber der Gesetzentwurf, S. 16.

Vermutungstatbestand auslösen können soll. In jedem Fall wäre eine „*allgemeine Lebenserfahrung*“ nicht ausreichend, einen Haftungsausschluss im Einzelfall zu begründen. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr bleibt anwendbar, sofern der Diensteanbieter eine „*neutrale Rolle*“ im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* einnimmt. Der Umfang für etwaige weitergehende Sorgfaltspflichten, die ggf. aus der Störerhaftung nach der *BGH*-Rechtsprechung abzuleiten sind, wären zudem für diesen Fall durch Art. 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr begrenzt.

76. Darüber hinaus ist im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben besonders bedenklich, dass der Host-Provider nach § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TMG-E sein Haftungsprivileg nicht aufgrund eigener vorwerfbarer Handlungen verlieren soll, sondern aufgrund objektiver, vom Diensteanbieter nur begrenzt beeinflussbarer, ausschließlich nach quantitativen Kriterien zu beurteilender Umstände. Wie und wann ein solches quantitatives Element festgestellt werden muss und was geschehen soll, wenn sich die Zahlen in dem dynamischen Internetumfeld verändern, beantwortet der Gesetzentwurf nicht. Dies zeigt, dass mit dem Gesetzentwurf weitere Rechtsunsicherheit vorprogrammiert wäre.
77. Schließlich soll mit dem Vorschlag eine neue tatbestandliche Dienstekategorie geschaffen werden, die in Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr nicht vorgesehen ist. Das Regelbeispiel verstößt folglich gegen die Vorgaben des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und damit gegen Unionsrecht.

b) § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TMG-E des Gesetzentwurfs

78. Nach § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TMG-E liegt ein besonders gefahrgeneigter Dienst, der die Kenntnisvermutung nach § 10 Abs. 1 TMG bewirken soll, in der Regel dann vor, „*wenn der Diensteanbieter durch eigene Maßnahmen vorsätzlich die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung fördert*“. Auch hier gilt, dass dies nicht den Anforderungen des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr entspricht, der konkrete Kenntnis von Tatsachen und Umständen in jedem Einzelfall verlangt.
79. Wie oben unter den Randnummern 35 ff. dieses Rechtsgutachtens dargestellt, ist nach der Rechtsprechung des *EuGH* der Anwendungsbereich des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, und folglich auch der des § 10 TMG, dann nicht eröffnet, wenn der Host-Provider bei der Bereitstellung der Information eine „*aktive Rolle*“ gespielt hat. Würde § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TMG-E nur auf diese Fälle abzielen, wäre er nicht nur überflüssig, sondern würde auch in die

Irre führen, da unabhängig von der Rechtsprechung des *EuGH* neue Kriterien durch den nationalen Gesetzgeber etabliert werden.

80. Die Begründung zu § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TMG-E zeigt jedoch, dass die Bestimmung weitergehend ausgelegt werden soll. Anders als im Bereich des Cloud Computing – so die Begründung des Gesetzentwurfs – fördere der Diensteanbieter gezielt die Gefahr einer rechtswidrigen Nutzung, wenn „für die Bereitstellung von Speicherplatz kein Entgelt verlangt, sondern seine Einnahmen von der Downloadhäufigkeit der hochgeladenen (rechtswidrigen) Dateien abhängig sind“. Nicht ausreichend ist es dabei laut Begründung des Gesetzentwurfs, wenn Maßnahmen lediglich auch die Gefahr einer rechtsverletzenden Handlung fördern. Bei einem Geschäftsmodell, das im bloßen Angebot einer Cloud bestehe, werde die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung nicht gefördert.⁹⁴ Das Abstellen auf die Entgeltlichkeit der Bereitstellung von Speicherplatz widerspricht aber bereits der Rechtsprechung des *EuGH*, wonach es für die Frage der „neutralen“ oder „aktiven“ Rolle eines Diensteanbieters gerade nicht darauf ankommt, ob ein Angebot entgeltlich ist oder nicht (vgl. dazu bereits oben unter den Randnummern 40 und 48 dieses Rechtsgutachtens). Es handelt sich damit um eine nationale Regelung zur Festlegung neuer Kriterien innerhalb der durch Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr determinierten Haftungsprivilegierung, die dem Unionsgesetzgeber vorbehalten ist.
81. Auch aus praktischer Perspektive ist die angeführte Begründung des Gesetzentwurfs bedenklich. Viele Cloud-Computing-Anbieter halten bis zu bestimmten GB-Grenzen unentgeltlichen Speicherplatz vor (z.B. *Dropbox*, *Google*, *Microsoft*) oder bepreisen diesen im Rahmen eines Gesamtangebots jedenfalls nicht (z.B. *Deutsche Telekom*). Auch das Angebot, das Nutzer Dateien mit Dritten teilen, also zum Herunterladen anbieten können, gehört zum typischen Funktionsumfang aller Cloud-Computing-Anbieter. Auch solche Anbieter liefen danach Gefahr, unter die genannte Norm subsumiert zu werden. Jedenfalls brächte die Regelung eine erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich.
82. Generell soll auch hier eine neue tatbestandliche Dienstekategorie geschaffen werden, die in Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr nicht vorgesehen ist. Das Regelbeispiel verstößt folglich ebenfalls gegen die Vorgaben des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und damit gegen Unionsrecht.

⁹⁴ Gesetzentwurf, S. 16.

c) § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 TMG-E des Gesetzentwurfs

83. Der mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagene § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 TMG-E leidet an denselben Mängeln wie § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TMG-E. Nach diesem Regelbeispiel liegt ein besonders gefahrgeneigter Dienst, der die Vermutung der Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung auslösen soll, in der Regel dann vor, wenn in vom Diensteanbieter veranlassten Werbeauftritten mit der Nichtverfolgbarkeit bei Rechtsverstößen geworben wird.
84. Auch in solchen Fällen dürfte dem Host-Provider teilweise eine „aktive Rolle“ im Sinne der *EuGH*-Rechtsprechung zukommen können, die für den Anwendungsbereich des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr relevant ist. Würde § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 TMG-E nur auf diese Fälle abzielen, wäre er ebenfalls nicht nur überflüssig, sondern führte auch in die Irre, da unabhängig von der Rechtsprechung des *EuGH* zusätzliche Kriterien durch einen nationalen Gesetzgeber etabliert werden.
85. Da dieses Regelbeispiel an vom Diensteanbieter veranlasste Werbung anknüpft, kann hierin zusätzlich eine Inkorporierung des Lauterkeitsrechts in den Tatbestand der Haftungsprivilegierung von Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gesehen werden. Es handelt sich bei § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 TMG-E um eine versteckte lauterkeitsrechtliche Vorschrift, die sachrechtlich – wäre sie gewollt – im Lauterkeitsrecht zu verankern wäre.
86. Zudem entspricht das Regelbeispiel nicht den Vorgaben des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, wonach konkrete Kenntnis von Tatsachen und Umständen in jedem Einzelfall vorausgesetzt werden. Vielmehr soll ein tatbestandliches Kriterium in Bezug auf Dienste geschaffen werden, das in Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr nicht vorgesehen ist. Das Regelbeispiel verstößt folglich ebenfalls gegen Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und damit gegen Unionsrecht.

d) § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 TMG-E des Gesetzentwurfs

87. Der Gesetzentwurf regelt in § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 TMG-E ein weiteres Regelbeispiel. Danach liegt ein besonders gefahrgeneigter Dienst in der Regel dann vor, wenn „keine Möglichkeit besteht, rechtswidrige Inhalte durch den Berechtigten entfernen zu lassen“. Auch dies soll wiederum die Vermutung der Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung auslösen. Dieses Regelbeispiel ist für sich gesehen bereits unschlüssig. Die objektiv fehlende Möglichkeit eines Rechteinhabers, rechtswidrige Inhalte entfernen zu lassen, steht in keiner Verbindung mit der subjektiven Kenntnis des Host-Providers von der Rechtswidrigkeit der Handlungen Dritter.

88. Soweit unausgesprochene Zielrichtung dieser Bestimmung des Gesetzeswurfs sein sollte, Probleme bei der Rechtsdurchsetzung gegen den Verletzer als ein Kriterium zu etablieren, das die Kenntnisvermutung nach § 10 Abs. 2 TMG-E zur Folge hat, zeigt sich hieran erneut, dass neue Kriterien in den nationalen Tatbestand der Haftungsprivilegierung implementiert werden sollen, die keine Entsprechung in Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr haben.
89. Das Regelbeispiel ist im Übrigen sehr unbestimmt, sodass es schwer fällt, überhaupt die genaue Zielrichtung zu bestimmen. Sollte es lediglich um die Verpflichtung gehen, ausreichende Kontaktdaten zur Geltendmachung eines Rechtsanspruch vorzuhalten, so ist dies weder eine Frage der konkreten Kenntnis von einer Rechtsverletzung noch generell eine Frage der Haftungsprivilegierung für Host-Provider. Vielmehr würde unter dieser Prämisse systemwidrig eine andere Ordnungsvorschrift ähnlich wie § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 TMG-E in § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 TMG-E inkorporiert, hier nämlich das Transparenzgebot des Art. 5 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Nach dieser Vorschrift muss der Diensteanbieter den Nutzern des Dienstes und den zuständigen Behörden bestimmte Informationen leicht, unmittelbar und ständig verfügbar machen, insbesondere seinen Namen, seine Anschrift und Angaben, die eine schnelle Kontaktaufnahme ermöglichen sollen. Ein Verstoß gegen diese Vorgabe kann aufsichtsrechtliche Maßnahmen nach sich ziehen; es ist jedoch nicht Sinn und Zweck dieser Regelung, über das Schicksal von Haftungsprivilegien von Diensteanbietern zu bestimmen.

III. Ergebnis zur Bewertung des Gesetzentwurfs im Lichte des Unionsrechts

90. Die in dem Gesetzentwurf vorgeschlagene Neuregelung des § 10 TMG-E verstößt gleich aufgrund mehrerer Gesichtspunkte gegen die unionsrechtlichen Vorgaben.
91. Bereits der Regelungsansatz des Gesetzentwurfs ist nicht kompatibel mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und der dazu ergangenen Rechtsprechung des *EuGH*. Der mit § 10 Abs. 2 TMG-E verfolgte Ansatz, den Tatbestand der Haftungsprivilegierung durch eine Kenntnisvermutung zu modifizieren, sofern ein „*gefährdeter Dienst*“ vorliegt, widerspricht diametral dem mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr verfolgten Regelungsansatz.
92. Die mit dem Gesetzentwurf bezweckte Modifizierung des Tatbestandsmerkmals der „*Kenntnis*“ durch die Schaffung neuer Vermutungstatbestände kann nicht dadurch in das unionsrechtliche System der Haftungsprivilegierung integriert werden, dass – entgegen der Regelungstechnik des Gesetzentwurfs – lediglich eine einzelstaatliche Festlegung des Anwendungsbereichs des Art. 14 der Richtlinie über den

elektronischen Geschäftsverkehr unterstellt wird. Nimmt der Host-Provider eine „*neutrale Rolle*“ bei der Handhabung gespeicherter Informationen Dritter ein, ist der Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung eröffnet. Die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit eines Dienstes stellt die „*neutrale Rolle*“ des Anbieters und damit die Anwendbarkeit des Art. 14 dieser Richtlinie dabei ebenso wenig in Frage wie der Umstand, dass ein Host-Provider die Vergütungsmodalitäten des Dienstes festgelegt oder seinen Kunden Auskünfte allgemeiner Art erteilt. Unterstützt der Host-Provider dagegen Nutzer seines Dienstes in qualifizierter Art und Weise, kann er nach der Rechtsprechung des *EuGH* eine „*aktive Rolle*“ einnehmen: Eine solche „*aktive Rolle*“ hat der *EuGH* z.B. im Hinblick auf eine Internetversteigerungsplattform angenommen, die die Präsentation der gespeicherten Daten für Nutzer optimiert oder indem sie die Angebote von Nutzern bewirbt. Solche Handlungen fallen nicht in den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung. Die Vermutungstatbestände des Gesetzentwurfs in § 10 Abs. 2 TMG-E beruhen indes nicht auf diesen Kriterien zur Bestimmung des Anwendungsbereichs.

93. Wo die Grenze des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung im Hinblick auf spezifische Tätigkeiten eines Host-Providers verläuft und – soweit der Anwendungsbereich eröffnet ist – wie die Tatbestandsmerkmale der Norm, also z.B. die Kenntnis von der rechtswidrigen, für einen Nutzer gespeicherten Information, auszulegen sind, bestimmt im Übrigen der *EuGH*. Für eine autoritative Auslegung der unionsrechtlich determinierten Haftungsprivilegierungen ist nur der *EuGH* zuständig. Diese kann nicht durch nationale Regelungen der Mitgliedstaaten ersetzt werden. Letzteren verbleibt das Recht, Anspruchsgrundlagen zu schaffen. Solche nationalen Anspruchsgrundlagen dürfen indes nicht die Fragen der Anwendbarkeit und Reichweite der Haftungsprivilegierungen für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft bestimmen.
94. Weiterer Kritikpunkt, der die Inkompatibilität der in dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen Änderungen des § 10 TMG-E mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr indiziert, ist der vertikale Regelungsansatz, der laut Begründung des Gesetzentwurfs nur der besseren Durchsetzung des Urheberrechts dienen soll. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr stellt dagegen eine horizontale Haftungsprivilegierung dar, die als Querschnittsregelung rechtsgebietsübergreifend wirkt.
95. Der mit dem Gesetzentwurf in § 10 Abs. 2 TMG-E verfolgte Ansatz, den Tatbestand der Haftungsprivilegierung durch eine Kenntnisvermutung unter Heranziehung von durch die Rechtsprechung zur Störerhaftung als Anspruchsgrundlage entwickelter Gesichtspunkte zu verengen, sofern ein „*gefährdender Dienst*“ vorliegt, widerspricht diametral dem mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr verfolgten Regelungsansatz. Der *EuGH* setzt in seiner Rechtsprechung eine klare Trennung zwischen nationaler Anspruchsgrundlage und

unionsrechtlich determinierter Haftungsprivilegierung voraus. Diese Trennung wird durch den Gesetzentwurf aufgelöst. Eine einheitliche EU-weite Anwendung des durch die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr etablierten Systems der Haftungsprivilegierung für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft würde damit unmöglich gemacht.

96. Die Ergänzung des § 10 Abs. 1 TMG durch den in dem Gesetzentwurf vorgesehenen § 10 Abs. 2 TMG-E, der rechtskonstruktiv eine Kenntnis fingiert, steht nicht im Einklang mit dem Tatbestand des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Aufgrund bestimmter Vermutungstatbestände, die die Gefahrgeneigntheit eines Dienstes beschreiben sollen, wird das zentrale Kriterium der Kenntnis verändert. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr kennt weder die Figur eines „*gefahrgeneigten Dienstes*“ noch fingiert er anhand von Vermutungstatbeständen die Kenntnis. Auch diese Form der tatbestandlichen Aufladung des § 10 TMG durch Anleihen an die Rechtsprechung des *BGH* zur Störerhaftung verstößt gegen die unionsrechtlichen Vorgaben.
97. Die Auseinandersetzung mit den einzelnen Vermutungstatbeständen zeigt schließlich, dass diese nicht die konkrete Kenntnis einer rechtsverletzenden Handlung Dritter umschreiben. Vielmehr handelt es sich um einzelne Regelbeispiele, mit denen tatbestandlich neue Dienstekategorien geschaffen werden, die in Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr nicht vorgesehen sind. Diese Regelbeispiele verstoßen folglich nicht nur gegen die Vorgaben des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, sondern führen auch zu erheblicher Rechtsunsicherheit.

E. Leitlinien für gesetzgeberische Initiativen

98. Die Analyse des Gesetzentwurfs zur Änderungen der Host-Providerhaftung hat verdeutlicht, dass die vorgeschlagene Neuregelung des § 10 TMG-E aufgrund mehrerer Gesichtspunkte gegen unionsrechtliche Vorgaben verstößt. Im Lichte des ausführlich unter den Randnummern 28 ff. dieses Rechtsgutachtens dargelegten Befunds sollten die Änderungen durch den von der Bundesregierung vorgeschlagenen Gesetzentwurf zu § 10 TMG-E nicht weiterverfolgt werden.
99. Der Gesetzentwurf leidet systematisch besonders unter dem Versuch, mit dem Begriff der „*gefährdgeneigten Dienste*“ die Rechtsprechung des BGH zur Störerhaftung mit dem unionsrechtlich determinierten Filter der Haftungsprivilegierung des § 10 TMG zu verschmelzen. Wie bereits unter den Randnummern 25 f. dieses Rechtsgutachtens ausgeführt, verknüpft der *BGH* die besondere Gefährdgeneigtheit eines angebotenen Dienstes indes nur mit der Frage, welche Sorgfaltsmaßstäbe im Rahmen der Störerhaftung anzulegen sind und konzentriert die Prüfung damit auf die Reichweite der einschlägigen Anspruchsgrundlage. Anders als der Gesetzentwurf schließt der *BGH* nicht aus dem Vorliegen einer besonderen Gefährdgeneigtheit eines Dienstes auf die nach § 10 TMG bzw. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr erforderliche Kenntnis eines Host-Providers. Mit dem Gesetzentwurf wird dagegen der Tatbestand der Haftungsprivilegierung für Host-Provider modifiziert. Dadurch würde neue Rechtsunsicherheit in einem Feld geschaffen, in dem es aufgrund der fehlenden gesetzlichen Statik der durch die Rechtsprechung entwickelten Störerhaftung bereits an Konturen fehlt.⁹⁵
100. Die unionsrechtliche Inkompatibilität des Gesetzentwurfs zu § 10 TMG-E hat indes nicht zur Folge, dass jegliche gesetzgeberische Aktivität im Kontext der Host-Providerhaftung ausgeschlossen ist. Im Lichte der Analyse der unionsrechtlichen Vorgaben in diesem Rechtsgutachten können Leitlinien für solche gesetzgeberische Initiativen abgeleitet werden. Dazu soll zunächst der Frage nachgegangen werden, welche Rolle eine Geschäftsmodell-Betrachtung als Haftungsmaßstab einnehmen kann (siehe dazu die Ausführungen unter den Randnummern 101 ff. dieses Rechtsgutachtens). Im Lichte dessen soll anschließend skizziert werden, wie eine Anspruchsgrundlage gegen „*von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle*“ konstruiert werden könnte (siehe dazu die Ausführungen unter den Randnummern 147 ff. dieses Rechtsgutachtens). Schließlich soll kurz beleuchtet werden, welche Vorteile ein gesetzlich geregeltes „*Notice & Takedown-Verfahren*“ haben könnte (vgl. dazu die Ausführungen unter den Randnummern 153 ff. dieses Rechtsgutachtens).

⁹⁵ Vgl. zu der Kritik bereits *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider im Bereich der Telemedien, Rn. 399.

I. Geschäftsmodell-Betrachtung als Haftungsmaßstab

101. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs wird durch § 10 Abs. 2 TMG-E das Ziel verfolgt, ein Vorgehen gegen Host-Provider, deren „Geschäftsmodell“ im Wesentlichen auf einer Verletzung von Urheberrechten beruht, zu erleichtern.⁹⁶ Damit wird das Bemühen zum Ausdruck gebracht, eine Geschäftsmodell-Betrachtung stärker zum Maßstab der Gesetzgebung für die Frage der Verantwortlichkeit von Host-Providern zu machen. In der Begründung des Gesetzentwurfs wird dazu auf den Koalitionsvertrag Bezug genommen und ausgeführt, dass dessen Vorgaben umgesetzt werden sollen.⁹⁷ Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD wurde folgendes vereinbart:

„Wir wollen die Rechtsdurchsetzung insbesondere gegenüber Plattformen verbessern, deren Geschäftsmodell im Wesentlichen auf der Verletzung von Urheberrechten aufbaut. Wir werden dafür sorgen, dass sich solche Diensteanbieter nicht länger auf das Haftungsprivileg, das sie als sogenannte Hostprovider genießen, zurückziehen können und insbesondere keine Werbeeinnahmen mehr erhalten.“⁹⁸

102. Wenn der Koalitionsvertrag Geschäftsmodelle in Bezug nimmt, die auf Rechtsverletzungen aufbauen, verweist diese Formulierung auf die Rechtsprechung des *BGH*, der die Figur der „von der Rechtsordnung nicht gebilligten Geschäftsmodelle“ geprägt hat.⁹⁹ In dem vorgeschlagenen Gesetzestext folgt der Gesetzentwurf diesem Ansatz jedoch nicht, sondern hebt auf den Begriff der „*gefährigeneigten Dienste*“ ab. Eine ausdifferenzierte Kasuistik hat die Rechtsprechung zu gefährigeneigten Diensten bisher nicht entwickelt. Gleichwohl werden in dem Gesetzentwurf unter dem Begriff der „*gefährigeneigten Dienste*“ eine Reihe von neuen Vermutungstatbeständen geschaffen,¹⁰⁰ mit denen die tatbestandlichen Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung für Host-Provider in § 10 TMG modifiziert werden. Zudem soll es sich nur um Regelbeispiele handeln, die den Begriff der „*gefährigeneigten Dienste*“ daher nicht abschließend umschreiben. Wie unter den Randnummern 28 ff. dieses Rechtsgutachtens ausführlich dargelegt, ist dieser Regelungsansatz sowie die konkrete tatbestandliche Umsetzung mit einer Kenntnisfiktion, die durch Vermutungstatbestände zu „*gefährigeneigten Diensten*“ ausgelöst werden soll, mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar.

103. Der in der neueren Rechtsprechung des *BGH* geprägte Begriff eines gefährigeneigten Dienstes umfasst sowohl die Figur eines von der Rechtsordnung „*gebilligten*“ bzw. „*missbilligten*“ Geschäftsmodells als auch die weitergehende Frage, ob ein Host-

⁹⁶ Vgl. Gesetzentwurf, S. 2, 3, 12, 16.

⁹⁷ Vgl. Gesetzentwurf, S. 8, 9f.

⁹⁸ Koalitionsvertrag 2013 zwischen CDU, CSU und SPD, S. 93.

⁹⁹ Vgl. *BGH*, Urt. v. 15.01.09, Az. I ZR 57/07 – *Cybersky*, MMR 2009, 625.

¹⁰⁰ Vgl. zu der Kritik an dieser Begründung bereits die Ausführungen unter den Randnummern 23 ff. dieses Rechtsgutachtens.

Provider durch eigene Maßnahmen die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung fördert. Das Kriterium hat damit einen weiteren, weniger konturierten Bedeutungsgehalt, da selbst Geschäftsmodelle, die von der Rechtsordnung gebilligt sind, gleichwohl ein „*gefährdender Dienst*“ sein können.

104. Der *BGH* setzt sich bei der Prüfung der „*Gefährdetheit eines Dienstes*“ in einem ersten Schritt damit auseinander, ob das Geschäftsmodell eines Host-Providers grundsätzlich schützenswert ist.¹⁰¹ Er unterscheidet dabei in einer abstrahierenden Betrachtung zwischen Geschäftsmodellen, die von der Rechtsordnung gebilligt sind und solchen, die nicht gebilligt sind. Anschließend prüft er in einem zweiten Schritt, ob mit der konkreten Ausgestaltung eines Angebots zusätzlich Rechtsverletzungen der Nutzer gefördert werden.
105. Die vorstehend skizzierte Unterscheidung zwischen den „*von der Rechtsordnung missbilligten Geschäftsmodellen*“ und dem umfassenderen Kriterium der „*Gefährdetheit eines Dienstes*“ hat Relevanz für die Gesetzgebung, sofern in Anlehnung an die *BGH*-Rechtsprechung Geschäftsmodelle zum Haftungsmaßstab gemacht werden sollen. Das genaue Verständnis der unterschiedlichen Bedeutungsgehalte ist für eine hieran anknüpfende Gesetzgebung von zentraler Bedeutung, da das Konfliktpotential mit den unionsrechtlichen Vorgaben unterschiedlich ausgeprägt ist. Im Hinblick auf etwaige Leitlinien für gesetzgeberische Initiativen wird daher auf diesen Umstand unter den Randnummern 139 ff. dieses Rechtsgutachtens näher eingegangen.
106. Bei der Betrachtung in Anlehnung an die *BGH*-Rechtsprechung ist ebenfalls von Bedeutung, dass *de lege lata* beide genannten Kriterien keinen unmittelbaren Anspruch, der sich gegen einen Diensteanbieter richtet, vermitteln. Sie stellen nachgelagerte Bewertungselemente dar, die im Rahmen einzelfallbezogener Anspruchsgrundlagen (z.B. bei der Verletzung des Urheberrechts an einem konkreten Werk) herangezogen werden, um Sorgfaltsanforderungen zu bestimmen. Vor jeder Betrachtung der Schutzwürdigkeit eines Geschäftsmodells bzw. der Gefährdetheit eines Dienstes steht daher die Frage nach dem Vorliegen konkreter Rechtsverletzungen im Zusammenhang mit dem Angebot eines Host-Providers. Die Verantwortlichkeit eines Diensteanbieters setzt also eine Anspruchsgrundlage voraus, nach der dieser grundsätzlich als Täter, Teilnehmer oder Störer haftet (siehe dazu sogleich unter den Randnummern 107 ff.).¹⁰²

¹⁰¹ *BGH*, Urt. v. 15.08.13, Az. I ZR 80/12 – *File-Hosting-Dienst*, MMR 2013, 733 Rn. 34; *BGH*, Urt. v. 12.07.12, Az. I ZR 18/11 – *Alone in the dark*, GRUR 2013, 370 Rn. 23.

¹⁰² Darüber hinaus stellt sich die Frage einer Privilegierung nach den §§ 7 ff. TMG. Wie bereits ausführlich unter den Randnummern 4 ff. dieses Rechtsgutachtens ausgeführt, haben die unionsrechtlich determinierten Privilegierungstatbestände eine Filterfunktion, die eine Haftung nach allgemeinen deliktischen Maßstäben voraussetzen, aber SELBST keine Verantwortlichkeit begründen.

1. Allgemeiner Rahmen für die Verantwortlichkeit von Host-Providern

107. Zur Klärung der Verantwortlichkeit eines Host-Providers für Rechtsverletzungen sind nach dem Vorgesagten zunächst die allgemeinen deliktischen Haftungsmaßstäbe heranzuziehen. Es muss gefragt werden, ob der Diensteanbieter als Täter, Teilnehmer oder Störer z.B. für die Verletzung eines urheberrechtlich geschützten Werks in Anspruch genommen werden kann.¹⁰³

a) Haftung als Täter oder Teilnehmer

108. Eine Verantwortlichkeit eines Host-Providers kann sich hier einerseits anhand der allgemeinen, aus dem Strafrecht abgeleiteten Kategorien von Täterschaft und Teilnahme ergeben. Andererseits nimmt die Rechtsprechung in bestimmten Konstellationen eine täterschaftliche Haftung an, wenn sich ein Diensteanbieter eine Rechtsverletzung „zu *Eigen macht*“ oder gegen wettbewerbsrechtliche Verkehrspflichten verstößt.

(1) Strafrechtliche Kategorien der Täterschaft und Teilnahme

109. Die Frage, ob sich jemand als Täter bzw. Mittäter oder Teilnehmer (insb. Gehilfe) in einer die zivilrechtliche Haftung begründenden Weise an einer deliktischen Handlung eines Dritten beteiligt hat, beurteilt sich nach den im Strafrecht entwickelten Rechtsgrundsätzen.¹⁰⁴ Täter ist danach derjenige, der die Zuwiderhandlung selbst oder in mittelbarer Täterschaft begeht (§ 25 Abs. 1 StGB). Mittäterschaft erfordert eine gemeinschaftliche Begehung, also ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (vgl. § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Teilnehmerhaftung als Gehilfe setzt neben einer objektiven Beihilfehandlung zumindest einen bedingten Vorsatz auch in Bezug auf die Haupttat voraus, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss (§ 27 Abs. 1 StGB).¹⁰⁵

¹⁰³ Vgl. ausführlich zu Haftungsszenarien im Hinblick auf Sharehoster auch *Heckmann*, Legalität von File-Hosting-Diensten, Stand: 30. Januar 2015, S. 21 ff., abrufbar unter http://www.for-net.info/wp-content/uploads/2015/08/Gutachten_Cyando_AG.pdf (zuletzt abgerufen am 03.09.15).

¹⁰⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 29.10.74, Az. VI ZR 182/73, BGHZ 63, 124, 126; BGH, Urt. v. 24.01.84, Az. VI ZR 37/82, BGHZ 89, 383, 389.

¹⁰⁵ BGH, Urt. v. 11.03.04, Az. I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860, 863 m.w.N.; BGH, Urt. v. 19.04.07, Az. I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708, 710 Rn. 31; BGH, Urt. v. 22.07.10, Az. I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, MMR 2011, 172ff. Rn. 30ff.; BGH, Urt. v. 05.02.15, Az. I ZR 240/12 – *Kinderhochstühle im Internet III*, GRUR 2015, 485, 493 Rn. 35.

110. Eine unmittelbare Täterschaft bzw. Mittäterschaft im vorstehend beschriebenen Sinne ist bei Host-Providern, die Informationen für ihre Nutzer speichern, grundsätzlich die Ausnahme. Anders wäre dies zu bewerten, wenn ein Dienst so konstruiert ist, dass ein Host-Provider selbst z.B. urheberrechtsverletzende Inhalte einstellt, um seinen Nutzern diese zum Download anzubieten. Dann liegt zweifellos ein Fall der gewerbsmäßigen unerlaubten Verwertung gemäß §§ 106, 108a UrhG vor, welche nach deutschem Recht strafrechtlich mit Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe sanktioniert wird. Entsprechendes gilt im Falle eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens mit einem Mittäter, welcher z.B. für den Host-Provider die urheberrechtsverletzenden Inhalte einstellt. Neben der strafrechtlichen Sanktion sind hier insbesondere zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach § 97 UrhG gegeben. Für eine täterschaftliche Verantwortlichkeit kann auf das Beispiel „kino.to“ verwiesen werden, bei dem die Betreiber ein auf Urheberrechtsverletzungen ausgelegtes System aus Link-Plattform und Filehostern aufbauten.¹⁰⁶
111. Für eine täterschaftliche Verantwortlichkeit muss gleichwohl immer die vorsätzliche Verletzung eines urheberrechtlich geschützten Werks nachgewiesen werden. Soweit die rechtswidrigen Informationen von Nutzern im Rahmen eines automatischen Verfahrens ohne vorherige Kenntnisnahme des Host-Providers eingestellt werden, scheidet daher eine (mit-)täterschaftliche Haftung mangels Vorsatz aus. Es fehlt dann an der erforderlichen positiven Kenntnis von den rechtswidrigen Handlungen Dritter.¹⁰⁷ Für ein vorsätzliches Zusammenwirken eines Host-Providers mit Dritten ist die Kenntnis von konkret drohenden Haupttaten Voraussetzung.¹⁰⁸ Unter Heranziehung der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Kriterien ist dabei auf menschliche Kenntnis abzustellen.¹⁰⁹ Host-Provider und ihre Mitarbeiter wirken indes z.B. bei einem Cloud-Angebot üblicherweise gerade nicht willentlich und wissentlich bei der Verwirklichung von Urheberrechtsverletzungen mit Dritten zusammen. Eine Inanspruchnahme als (Mit-)Täter scheidet damit regelmäßig aus.
112. Für eine Beihilfe durch ein „positives Tun“ dürfte im Bereich des Host-Providings der vorstehend beschriebene Befund ebenfalls gelten. Ein anderes Ergebnis kommt allenfalls in der „Megaupload.com“ vorgeworfenen Konstellation in Frage, nämlich dann, wenn – wie berichtet wurde – eine Belohnung für das Einstellen urheberrechtsverletzender Inhalte von „Megaupload.com“ versprochen wird.¹¹⁰

¹⁰⁶ Vgl. zu den Einzelheiten des Falls „kino.to“ LG Leipzig, Urt. v. 14.06.12, Az. 11 KLs 390 Js 191/11, ZUM 2013, 338.

¹⁰⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 22.07.10, Az. I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, MMR 2011, 172ff. Rn. 31; BGH, Urt. v. 05.02.15, Az. I ZR 240/12 – *Kinderhochstühle im Internet III*, GRUR 2015, 485, 493 Rn. 36f.

¹⁰⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 12.07.07, Az. I ZR 18/04 – *Jugendgefährdende Medien bei ebay*, GRUR 2007, 890 Rn. 21.

¹⁰⁹ Vgl. *Spindler*, Präzisierung der Störerhaftung im Internet – Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, GRUR 2011, 101, 103.

¹¹⁰ Vgl. *Müller*, Sind wir alle Piraten?, CHIP 4/2012, 22, 23.

113. Für den Bereich des Immaterialgüterrechts hat der *BGH* bisher offen gelassen, ob auch eine Gehilfenhaftung in Betracht kommt, wenn ein Host-Provider ihn treffende Prüfungspflichten nachhaltig verletzt.¹¹¹ Für diesen Fall wird eine „*Beihilfe durch Unterlassen*“ diskutiert.¹¹² Ausgangspunkt für eine Teilnehmerhaftung wäre hier die Frage, ob einen Host-Provider eine Erfolgsabwendungspflicht trifft, bei deren vorsätzlicher Verletzung eine Haftung als Teilnehmer einer Immaterialgüterrechtsverletzung in Betracht kommt. Dies setzt jedenfalls den Vorsatz bezüglich einer konkret drohenden Haupttat voraus,¹¹³ welcher bei einem Host-Provider allenfalls angenommen werden kann, wenn er sich beharrlich weigert, einen rechtsverletzenden Inhalt, auf den er wiederholt hingewiesen wurde, zu entfernen.¹¹⁴
114. Eine Beihilfe durch Unterlassen setzt zudem voraus, dass ein Host-Provider eine Garantenstellung innehat, die ihn verpflichtet, den deliktischen Erfolg abzuwenden.¹¹⁵ Auch dies dürfte die Ausnahme sein. Der *BGH* hat eine solche „*Erfolgsabwendungspflicht*“ bisher nur in einer wettbewerbsrechtlichen Konstellation für den ungeprüften Vertrieb jugendgefährdender, volksverhetzender und gewaltverherrlichender Medien über eine Internet-Versteigerungsplattform bejaht. Grund hierfür ist nach Auffassung des *BGH* die große Gefahr, die von dem Vertrieb dieser verbotenen Produkte über die Internetplattform wegen der Anonymität der Verkäufer, der problemlosen Abwicklung im Fernabsatz und der für das Internet typischen, deutlich herabgesetzten Hemmschwelle potentieller Käufer ausgeht.¹¹⁶
115. Für die Annahme von Erfolgsabwendungspflichten besteht allerdings keine verallgemeinerungsfähige Basis.¹¹⁷ Die Notwendigkeit einer konkreten Betrachtung der betroffenen Rechtsgüter und des Grads ihrer Bedrohung lässt kaum eine Grenzziehung zu, die sich an einer generellen Betrachtung des Geschäftsmodells eines Host-Providers orientiert.

¹¹¹ Vgl. *BGH*, Urt. v. 11.03.04, Az. I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860, 864; *BGH*, Urt. v. 19.04.07, Az. I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708, 711 Rn. 32; *BGH*, Urt. v. 22.07.10, Az. I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, MMR 2011, 172ff. Rn. 33.

¹¹² Vgl. dazu *Heckmann*, Legalität von File-Hosting-Diensten, Stand: 30. Januar 2015, S. 37 ff., abrufbar unter http://www.for-net.info/wp-content/uploads/2015/08/Gutachten_Cyando_AG.pdf (zuletzt abgerufen am 03.09.15).

¹¹³ *BGH*, Urt. v. 05.02.15, Az. I ZR 240/12 – *Kinderhochstühle im Internet III*, GRUR 2015, 485, 493 Rn. 42; Urt. v. 15.08.13, Az. I ZR 80/12 – *File-Hosting-Dienst*, MMR 2013, 733 Rn. 28; *BGH*, Urt. v. 12.07.12, Az. I ZR 18/11 – *Alone in the dark*, GRUR 2013, 370 Rn. 17.

¹¹⁴ Vgl. zu der Konstellation und der Diskussion auf der Ebene der Untergerichte *Heckmann*, Legalität von File-Hosting-Diensten, Stand: 30. Januar 2015, S. 41, abrufbar unter http://www.for-net.info/wp-content/uploads/2015/08/Gutachten_Cyando_AG.pdf (zuletzt abgerufen am 03.09.15).

¹¹⁵ Vgl. *BGH*, Urt. v. 18.06.14, Az. I ZR 242/12 – *Geschäftsführerhaftung*, GRUR 2014, 883, 884 Rn. 16.

¹¹⁶ Vgl. *BGH*, Urt. v. 12.07.07, Az. I ZR 18/04 – *Jugendgefährdende Medien bei ebay*, GRUR 2007, 890 Rn. 25.

¹¹⁷ Vgl. *Spindler*, Präzisierung der Störerhaftung im Internet – Besprechung des *BGH*-Urteils „*Kinderhochstühle im Internet*“, GRUR 2011, 101, 103f.

116. Die abstrakte Definition von Erfolgsabwendungspflichten zur Vermeidung einer Beihilfe durch (vorsätzliches) Unterlassen würde im Übrigen zu einem Aufweichen der Vorsatzvoraussetzungen führen und dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten in § 7 Abs. 2 S. 1 TMG und Art. 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr widersprechen.¹¹⁸

(2) Täterschaftliche Haftung wegen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten

117. In dem bereits angesprochenen Urteil *Jugendgefährdende Medien bei eBay*¹¹⁹ hat der BGH das Institut einer täterschaftlichen Haftung wegen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten entwickelt. Bei der Verletzung von Verkehrspflichten handelt es sich um tatbestandliche Elemente des § 3 UWG, anhand derer das Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes bestimmt wird.¹²⁰ Wer durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die Gefahr schafft, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, ist nach dem BGH wettbewerbsrechtlich dazu verpflichtet, diese Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen. Zur Konkretisierung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten nimmt der BGH, wie bei der nachfolgend näher beschriebenen Störerhaftung, auf Prüfungspflichten Bezug. Die Prüfungspflicht, also die Pflicht zur Prüfung der Rechtswidrigkeit eines Sachverhalts, geht dabei dem BGH zufolge Hand in Hand mit einer Pflicht des Host-Providers zum Eingreifen, um die identifizierte Gefahr zu bekämpfen.¹²¹
118. Verkehrssicherungspflichten im allgemeinen Deliktsrecht stehen unter der Bedingung, dass sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die naheliegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden können.¹²² Es handelt sich um eine Pflicht, Dritte vor Schaden zu bewahren, die sich dogmatisch allein aus dem

¹¹⁸ Vgl. *Spindler*, Präzisierung der Störerhaftung im Internet – Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, GRUR 2011, 101, 103f., der allerdings auch auf die Fallgruppe der so genannten „neutralen Beihilfe“ verweist und darlegt, dass die zivilrechtliche Rechtsprechung es hier für ausreichend erachtet, dass ein ausländischer Broker die sittenwidrigen Geschäftsmodelle eines deutschen Terminoptionsvermittlers nicht kontrolliert, sondern bewusst keine Kontrolle ausübt, sodass er die Augen vor den Risiken verschlüsse und damit bedingt vorsätzliche Beihilfe leiste.

¹¹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 12.07.07, Az. I ZR 18/04 – *Jugendgefährdende Medien bei ebay*, GRUR 2007, 890.

¹²⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 12.07.07, Az. I ZR 18/04 – *Jugendgefährdende Medien bei ebay*, GRUR 2007, 890 Rn. 22 ff.

¹²¹ Vgl. dazu umfassend *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider, 2009, Rn. 258ff.; siehe auch BGH, Urt. v. 18.06.14, Az. I ZR 242/12 – *Geschäftsführerhaftung*, GRUR 2014, 883 Rn. 21.

¹²² Vgl. BGH, Urt. v. 15.07.03, Az. VI ZR 155/02, NJW-RR 2003, 1459, 1460 m.w.N.

Bestehen von Gefahrenquellen in der Sphäre des Haftenden ableitet.¹²³ Wie oben unter der Randnummer 113 f. dieses Rechtsgutachtens im Hinblick auf die Frage einer „Erfolgsabwendungspflicht“ des Host-Providers im Immaterialgüterrecht angeführt, bringt der BGH in jüngeren Entscheidungen indes selbst zum Ausdruck, dass das Urteil *Jugendgefährdende Medien bei eBay* einen Sonderfall betraf, welcher nicht verallgemeinerungsfähig ist und nur bei einer Gefahr für besonders hochrangige Rechtsgüter zu einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht führen kann.¹²⁴ Enge Grenzen sind auch hier durch das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten in § 7 Abs. 2 S. 1 TMG und Art. 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gesetzt.

119. Gleichwohl würde die dogmatische Einordnung des Verhaltens eines Host-Providers als täterschaftlicher Verstoß gegen das Lauterkeitsgebot des § 3 UWG – neben Unterlassungsansprüchen – die Tür für Schadensersatzansprüche gem. § 9 UWG öffnen.¹²⁵ Die Haftung wegen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten vergrößert insofern das wirtschaftliche Risiko des in Anspruch Genommenen und könnte so aus einer Wettbewerbsperspektive als besonders problematisch empfundene Geschäftsmodelle in Frage stellen.¹²⁶

(3) Täterschaftliche Haftung eines Host-Providers bei rechtsverletzenden Informationen, die sich „zu Eigen gemacht“ werden

120. Eine täterschaftliche Haftung wird auch dann angenommen, wenn sich ein Host-Provider rechtsverletzende Informationen seiner Nutzer „zu Eigen macht“.¹²⁷ Nach der Rechtsprechung werden solche Inhalte als „eigene Informationen“ im Sinne des § 7 Abs. 1 TMG behandelt, für die Host-Provider dann z.B. nach § 97 UrhG auf Unterlassung und Schadensersatz haften. Die Figur des sich „Zu-Eigen-Machens“ ist

¹²³ Vgl. auch *Leistner/Stang*, Die Neuerung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht, WRP 2008, 533, 536, 538.

¹²⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 22.07.10, Az. I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, MMR 2011, 172ff. Rn. 36.

¹²⁵ Vgl. *Döring*, Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsverstößen nach der Entscheidung des BGH "Jugendgefährdende Medien bei eBay", WRP 2007, S.1131, 1137; *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308, 312ff.

¹²⁶ Dogmatisch unterscheidet der BGH zwischen Erfolgsonrecht im Immaterialgüterrecht und Verhaltensunrecht im Wettbewerbsrecht. Er hat daher die Störerhaftung im Bereich des Wettbewerbsrechts aufgegeben, vgl. BGH, Urt. v. 18.06.14, Az. I ZR 242/12 – *Geschäftsführerhaftung*, GRUR 2014, 883, 884 Rn. 11. Diese Unterscheidung zwischen Erfolgsonrecht im Immaterialgüterrecht und Verhaltensunrecht im Wettbewerbsrecht wird in der Literatur teilweise kritisiert, vgl. *Spindler*, Präzisierung der Störerhaftung im Internet – Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, GRUR 2011, 101, 103f sowie die Nachweise *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider, 2009, Rn. 253ff. Vgl. auch *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308, 315.

¹²⁷ So auch die Begründung zum Elektronischen Geschäftsverkehr-Gesetz – EGG, BT-Drucks. 14/6098, S. 23, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406098.pdf> (zuletzt abgerufen am 04.09.15).

dem Presserecht entlehnt. Auch hier wird eine Zurechnung von Behauptungen Dritter vorgenommen, wenn sich der Äußernde von den Behauptungen nicht klar distanziert.¹²⁸

121. Der *BGH* hat im Hinblick auf das Immaterialgüterrecht in seinem Urteil *Marions Kochbuch* vom 12. November 2009¹²⁹ wie folgt dazu ausgeführt:

„Eigene Inhalte sind nicht nur selbst geschaffene, sondern auch solche Inhalte, die sich der Anbieter zu Eigen gemacht hat. Maßgeblich ist dafür eine objektive Sicht auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände“.

122. Bei der Auseinandersetzung mit dem Angebot der Plattform für Kochrezepte stellte der *BGH* fest, dass u.a. die Prüfung der hochgeladenen Rezepte und Bilder durch den Diensteanbieter und deren Kennzeichnung durch eigene Embleme zu einem „zu Eigen machen“ der von Dritten hochgeladenen Informationen führe. Der *BGH* stellt dazu eine Gesamtbetrachtung an: Es reiche nicht aus, wenn ein Inhalt unter Hinweis auf den Aliasnamen eines Nutzers veröffentlicht werde, um aus der Sicht eines objektiven Nutzers eine ernsthafte und genügende Distanzierung des Diensteanbieters von den auf seiner Webseite eingestellten Inhalten deutlich zu machen, wenn die Art und Weise der Präsentation sowie die inhaltliche Kontrolle der Inhalte eine gegenteilige Wertung erzeuge. Wenn Kontrolle hinsichtlich der Vollständigkeit und Richtigkeit der Inhalte ausgeübt werde, die (rechtsverletzenden) Beiträge der Nutzer in ein eigenes Angebot integriert und unter dem eigenen Emblem veröffentlicht werde, erwecke der Diensteanbieter den zurechenbaren Anschein, sich mit den fremden Inhalten zu identifizieren und sich diese zu Eigen zu machen.¹³⁰ Einen zusätzlichen Hinweis darauf, dass sich ein Diensteanbieter Inhalte „zu Eigen macht“, entnimmt der *BGH* in dem Urteil *Marions Kochbuch* auch dem Umstand, dass der Diensteanbieter sich umfassende Nutzungsrechte an den fremden Inhalten einräumen lässt und Dritten anbietet, die Inhalte kommerziell zu nutzen.¹³¹

123. Die von der Rechtsprechung für die Begründung einer täterschaftlichen Haftung von Host-Providern im Immaterialgüterrecht sowie im Äußerungsrecht herangezogene Figur des sich „Zu-Eigen-Machens“ wird indes in der Literatur teilweise kritisiert, da die in § 7 Abs. 1 TMG vorgenommene Unterscheidung zwischen „eigenen“ und „fremden“ Informationen nicht den unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie über

¹²⁸ Vgl. *Wegner* in Götting/Schertz/Seitz, Hb. des Persönlichkeitsrechts, § 32 Rn. 27; siehe besonders im Hinblick auf die Kritik an dem Urteil des LG Hamburg *Christiansen*, Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg, Urte. v. 03.09.10, Az. 308 O 27/09 – *Youtube*, MMR 2010, 835ff.

¹²⁹ BGH, Urte. v. 12.11.09, Az. I ZR 166/07 – *marions-kochbuch.de*, GRUR 2010, 616 Rn. 23.

¹³⁰ BGH, Urte. v. 12.11.09, Az. I ZR 166/07 – *marions-kochbuch.de*, GRUR 2010, 616 Rn. 27 m.w.N.

¹³¹ BGH, Urte. v. 12.11.09, Az. I ZR 166/07 – *marions-kochbuch.de*, GRUR 2010, 616 Rn. 27.

den elektronischen Geschäftsverkehr entspreche.¹³² In der Tat setzt Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr für die Privilegierung des Host-Providing lediglich voraus, dass es sich um „vom Nutzer eingegebene“ Informationen handelt. Auch hier kann es daher zu Friktionen zwischen unionsrechtlichen Vorgaben und der deutschen Praxis kommen.¹³³

124. Auch nach der vorstehend skizzierten Rechtsprechung des *BGH* zur Figur des sich „Zu-Eigen-Machens“ fremder Informationen und Rechtsverletzungen wird eine Inanspruchnahme von Host-Providern eher die Ausnahme bleiben. Dies gilt besonders für Webhosting-Dienste sowie sonstige Anbieter von Speicherplatz und Cloud-Lösungen, bei denen jeweils nicht der Dienst des Host-Providers im Zentrum steht, sondern die Inhalte und Informationen, die für Dritte gespeichert werden.

(4) Zwischenergebnis

125. Obwohl die einzelfallbezogenen Ansprüche und Sanktionen der deutschen Rechtsordnung sich gegen konkrete Rechtsverletzungen richten, kann eine Verantwortlichkeit als Täter oder Teilnehmer mittelbar Auswirkungen auf das Geschäftsmodell eines Diensteanbieters entfalten. Wie z.B. der Fall *kino.to* zeigt, ist bei strafrechtlich relevanten Handlungen ein unmittelbares Vorgehen gegen die Verantwortlichen eines Unternehmens und eine Beschlagnahme von Tatmitteln möglich.¹³⁴ Die einzelfallbezogene Verantwortlichkeit für Rechtsverletzungen kann einen Dienst auch zivilrechtlich jedenfalls indirekt in Frage stellen. Aufgrund einer potentiell großen Zahl von Ansprüchen bzw. Anspruchstellern kann ein Unternehmen einem erhöhten Haftungsrisiko ausgesetzt sein, was es finanziell zu gefährlich erscheinen läßt, ein Angebot fortzuführen. , Dieses Risiko ist insbesondere bei einer deliktischen Haftung aufgrund der strafrechtlichen Kategorien von Täterschaft und Teilnahme bei Rechtsverletzungen gegeben. Täter und Teilnehmer haften zivilrechtlich nicht nur auf Unterlassung, sondern auch auf Schadensersatz.
126. Die Konstellationen, in denen nach der Rechtsprechung eine täterschaftliche Haftung in Frage kommt, wenn sich ein Host-Provider eine Rechtsverletzung Dritter „zu *Eigen macht*“ oder gegen wettbewerbsrechtliche Verkehrspflichten verstößt, dürften auf spezifische Ausnahmefälle begrenzt sein. Die von der Rechtsprechung entwickelte Figur des „*Sich-zu-Eigen-Machens*“ setzt – wie das Urteil *Marions Kochbuch* des *BGH* belegt – im Immaterialgüterrecht eine in besonderem Maße qualifiziert nach

¹³² Vgl. *Sieber/Höfing* in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Stand Oktober 2007, 18.1 Rn. 39ff.; *Fitzner*, Sind Haftungsbeschränkungen für Host-Provider noch zeitgemäß?, GRURInt 2012, 109, 113f.; *Christiansen*, Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg, Urt. v. 03.09.10, Az. 308 O 27/09 – *Youtube*, MMR 2010, 835ff.

¹³³ Vgl. *Fitzner*, Sind Haftungsbeschränkungen für Host-Provider noch zeitgemäß?, GRURInt 2012, 109, 113f.

¹³⁴ LG Leipzig, Urt. v. 14.06.12, Az. 11 KLS 390 Js 191/11, ZUM 2013, 338.

Außen zutage tretende Aneignung fremder Informationen voraus. Für ihre Anwendung ist daher z.B. im Hinblick auf Webhosting-Dienste sowie sonstige Anbieter von Speicherplatz und Cloud-Lösungen kein Raum. Auch wettbewerbsrechtliche Verkehrspflichten können nur in besonderen Fällen angenommen werden. Die besondere Pflicht eines Diensteanbieters, Dritte vor Schaden zu bewahren, kommt nach der mit dem Urteil *Jugendgefährdende Medien bei eBay* begründeten Rechtsprechung des *BGH* nur in Sonderfällen in Betracht. Der *BGH* verlangt insofern eine Gefahr für besonders hochrangige Rechtsgüter.

127. In beiden Konstellationen kommen angesichts der täterschaftlichen Haftung auch Ansprüche auf Schadensersatz in Betracht. Aufgrund des damit einhergehenden Haftungsrisikos ist es daher denkbar, dass durch die von der Rechtsprechung entwickelte täterschaftliche Haftung aufgrund eines sich „Zu-Eigen-Machens“ fremder Rechtsverletzungen oder einer Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten in den beschriebenen Ausnahmefällen mit Einzelfallentscheidungen mittelbar Einfluss auf die Geschäftsmodelle der betroffenen Diensteanbieter genommen wird.

b) Störerhaftung

128. Die Verantwortlichkeit von Host-Providern wird in der Praxis am häufigsten durch die Störerhaftung begründet. Dieses von der Rechtsprechung entwickelte Institut wird aus § 1004 BGB analog i.V.m den rechtsgebietsspezifischen Anspruchsgrundlagen (im Urheberrecht z.B. § 97 Abs. 1 UrhG) abgeleitet. Sie stellt den zentralen Ansatz im Immaterialgüterrecht dar, um Host-Provider für Rechtsverletzungen Dritter in Anspruch zu nehmen. Die Störerhaftung eröffnet allerdings nur Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung von Rechtsverletzungen Dritter. Ihre tatbestandlichen Voraussetzungen wurden von der Rechtsprechung formuliert, um im Rahmen einer Einzelfallabwägung unterschiedliche Konstellationen abarbeiten zu können, in denen eine Person, z.B. 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“.¹³⁵

129. Im Hinblick auf die Verletzung absoluter Rechte im Immaterialgüterrecht ist Ausgangspunkt einer Störerhaftung zunächst die adäquate (Mit-)Verursachung eines rechtswidrigen Erfolgs, den Dritte herbeiführen (z.B. Urheberrechtsverletzungen). Ein willentlich adäquater Beitrag liegt nach dem *BGH* bereits in der Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten, sofern der

¹³⁵ Vgl. *BGH*, Urt. v. 05.02.15, Az. I ZR 240/12 – *Kinderhochstühle im Internet III*, GRUR 2015, 485, 493 Rn. 49.

in Anspruch Genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte. Wegen dieser sehr weitreichenden Kausalitätsbetrachtung der Rechtsprechung dürfte dabei – anders als z.B. bei Access-Providern – kaum ein Fall ersichtlich sein, in dem ein Host-Provider durch seine Leistungen keinen adäquat kausalen Beitrag zu etwaigen Rechtsverletzungen Dritter in seiner Sphäre leistet. Dies gilt nach den von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien sowohl im Hinblick auf Online-Marktplätze sowie bezüglich anderer Formen des Host-Providings wie z.B. Meinungsforen, Plattformen für User Generated Content, Webhoster oder Anbieter von Cloud-Diensten. Bei abstrakter Betrachtung haben Host-Provider regelmäßig eine Zugriffsmöglichkeit auf die von ihren Nutzern bereitgehaltenen Informationen und Angebote, was ihnen aufgrund der bestehenden Vertragsbeziehungen zumindest die rechtliche Möglichkeit der Verhinderung immaterialgüterrechtsverletzender Handlungen eröffnet.

130. Aufgrund der potentiell sehr weitreichenden Möglichkeit, nach der angeführten Grundformel eine Haftung zu begründen, stellt die Verletzung von Prüfungspflichten eine weitere Voraussetzung der Störerhaftung dar. Auch nach der Rechtsprechung des *BGH* darf die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben. Daher wird auf die „*Verletzung von Prüfungspflichten*“ abgestellt, wodurch die Haftung des Störers ausgelöst wird. Der Umfang der Prüfungspflichten bestimmt sich wiederum danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.¹³⁶ Die Verletzung von Prüfungspflichten ist somit regelmäßig Dreh- und Angelpunkt für die Frage, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer Störerhaftung bejaht werden können.¹³⁷
131. Der *BGH* beurteilt die Zumutbarkeit einer Prüfung, um Verletzungshandlungen zu vermeiden oder abzustellen, nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Funktion und Aufgabenstellung des Host-Providers sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat.¹³⁸ Die Reichweite der Prüfungspflichten macht der *BGH* z.B. davon abhängig, ob der als Störer in Anspruch Genommene ohne Gewinnerzielungsabsicht zugleich im öffentlichen Interesse handelt oder aber eigene

¹³⁶ Vgl. *BGH*, Urt. v. 05.02.15, Az. I ZR 240/12 – *Kinderhochstühle im Internet III*, GRUR 2015, 485, 493 Rn. 49; Urt. v. 15.08.13, Az. I ZR 80/12 – *File-Hosting-Dienst*, MMR 2013, 733 Rn. 30; *BGH*, Urt. v. 12.07.12, Az. I ZR 18/11 – *Alone in the dark*, GRUR 2013, 370 Rn. 19; *BGH*, Urt. v. 15.10.98, Az. I ZR 120/96 – *Möbelklassiker*, GRUR 1999, 418, 419; *BGH*, Urt. v. 17.05.01, Az. ZR 251/99 – *ambiente.de*, NJW 2001, 3265, 3266; *BGH*, Urt. v. 11.03.04, Az. I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860, 864; *BGH*, *Internet-Versteigerung II*, MMR 2007, S. 507, 511; *BGH*, *Internet-Versteigerung III*, MMR 2008, S. 531, 533.

¹³⁷ Vgl. *Leistner/Stang*, Die Neuerung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten, WRP 2008, 533, 541.

¹³⁸ Vgl. *BGH* Urt. v. 05.02.15, Az. I ZR 240/12 – *Kinderhochstühle im Internet III*, GRUR 2015, 485, 493 Rn. 50.

wirtschaftliche Interessen verfolgt. Außerdem ist nach der Rechtsprechung des *BGH* relevant, ob die geförderte Rechtsverletzung eines Dritten auf Grund einer unklaren Rechtslage erst nach eingehender rechtlicher oder tatsächlicher Prüfung festgestellt werden kann oder ob diese für den in Anspruch Genommenen offenkundig und unschwer zu erkennen ist.¹³⁹

132. Die Heterogenität der unter der Randnummer 2 dieses Rechtsgutachtens beschriebenen Erscheinungsformen des Host-Providings mag den von dem *BGH* vertretenen Ansatz erklären, dass Prüfungs- und Eingreifflichten in jedem Einzelfall im Wege einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Funktion und Aufgabenstellung sowie des Geschäftsmodells eines vermeintlichen Störers zu ermitteln sind. Gleichzeitig ist aber die Reichweite der aus den Prüfungspflichten abgeleiteten Sorgfaltsanforderungen im Vorfeld für Host-Provider nur schwer abschätzbar.¹⁴⁰ Durch die weitreichenden Sorgfaltspflichten zur Verhinderung gleichartiger Rechtsverletzungen verschärft sich dabei das Problem der durch die Rechtsprechung ausgelösten Rechtsunsicherheit.¹⁴¹ Der Versuch, ein Sorgfaltsgebäude ohne gesetzliche Statik und allein auf der Grundlage der durch die Rechtsprechung entwickelten Störerhaftung aufzubauen, wird daher in der Literatur zu Recht kritisiert.¹⁴²

c) Fazit

133. Einen zivilrechtlichen Anspruch, der sich unmittelbar gegen die Art und Weise richtet, in der ein Hosting-Dienst angeboten wird, gibt es in der deutschen Rechtsordnung

¹³⁹ Vgl. *BGH*, Ur. v. 05.02.15, Az. I ZR 240/12 – *Kinderhochstühle im Internet III*, GRUR 2015, 485, 493 Rn. 50 m.w.N.

¹⁴⁰ Der *BGH* will dabei die Zweifel an der notwendigen Bestimmtheit eines im Erkenntnisverfahren festzustellenden Unterlassungstitels durch den Hinweis auf das Vollstreckungsverfahren entkräften. Da einem Beklagten stets nur schuldhaft Verstöße zur Last gelegt werden könnten, erstrecke sich ein Verbot nicht auf ein unverschuldetes Verhalten. Im Übrigen ließen sich die Grenzen dessen, was einem im Hinblick auf die Rechtsverstöße Dritter Haftenden zuzumuten sei, im Erkenntnisverfahren möglicherweise nicht präziser bestimmen, weil weder die Art der zukünftigen Angebote noch die in der Zukunft bestehenden technischen Möglichkeiten, klare Verdachtsfälle herauszufiltern, abzusehen sind. Die Verlagerung eines Teils des Streits in das Vollstreckungsverfahren sei daher nicht zu vermeiden, wenn nicht der auf einen durchsetzbaren Unterlassungstitel zielende Rechtsschutz geopfert werden solle. Vgl. *BGH*, Ur. v. 19.04.07, Az. I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708, 712 Rn. 48.

¹⁴¹ Vgl. ausführlich zur Kritik an dieser Rechtsprechung *Frey/Rudolph*, Haftungsregime im Bereich der Telemedien, Rn. 304 ff.

¹⁴² Vgl. ausführlich zur Kritik an dieser Rechtsprechung *Frey/Rudolph*, Haftungsregime im Bereich der Telemedien, Rn. 399; *Heckmann*, Legalität von File-Hosting-Diensten, Stand: 30. Januar 2015, S. 56, 59 ff. m.w.M., abrufbar unter http://www.for-net.info/wp-content/uploads/2015/08/Gutachten_Cyando_AG.pdf (zuletzt abgerufen am 04.09.15); *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308, 312ff.

nicht.¹⁴³ Gleichwohl können sich auch Einzelfallentscheidungen mittelbar auf die Geschäftsmodelle auswirken. Dies gilt insbesondere in den Fällen einer Verantwortlichkeit als Täter oder Teilnehmer, wenn aufgrund einer Vielzahl von Rechtsverletzungen ein großes Haftungsrisiko entsteht.

134. In den meisten Fällen steht eine Verantwortlichkeit von Host-Providern nach den Grundsätzen der Störerhaftung zur Debatte. Anders als im Falle einer Verantwortung als Täter oder Teilnehmer haftet ein Störer hier nur auf Unterlassung und Beseitigung. Gleichzeitig gilt ein Akzessorietätserfordernis, nach dem eine rechtsverletzende Haupttat Voraussetzung für die Haftung als Störer ist. Wenn ein Host-Provider nach den von der Rechtsprechung etablierten Grundsätzen als Störer haftet, können ihm unterschiedlich weit reichende Sorgfaltsverpflichtungen auferlegt werden. Aufgrund der einzelfallbezogenen Rechtsprechung kann dies für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgen, was dazu führt, dass es an einer Voraussehbarkeit von Sorgfaltsanforderungen mangelt. Dies gefährdet bestehende und hemmt die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle.
135. Mit dem Gesetzentwurf zu § 10 TMG-E würde die Rechtsunsicherheit, die aufgrund der unbestimmten Sorgfaltsmaßstäbe der nur durch die Rechtsprechung entwickelten Störerhaftung besteht, in den Bereich der Haftungsprivilegierung für Host-Provider verlängert. Es wurde in diesem Zusammenhang bereits unter Randnummer 99 dieses Rechtsgutachtens darauf hingewiesen, dass der Gesetzentwurf systematisch besonders unter dem Versuch leidet, mit dem Begriff der „*gefährdigen Dienste*“ die Rechtsprechung des *BGH* zur Störerhaftung mit dem unionsrechtlich determinierten Filter der Haftungsprivilegierung des § 10 TMG zu verschmelzen. Die vorgeschlagene Modifikation des Tatbestands in § 10 TMG-E würde so die in Deutschland ohnehin bestehende Rechtsunsicherheit in einen Bereich übertragen, in dem einheitliche Privilegierungstatbestände gleiche Standards für Diensteanbieter in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union schaffen sollen.
136. Der mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ansatz ist auch insofern verfehlt, als er mit dem Begriff der gefährdigen Dienste Sachverhaltskonstellationen aufgreift, bei denen häufig der Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung nach § 10 TMG bzw. Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gar nicht eröffnet ist. Ohne auf die Rechtsprechung des *EuGH* einzugehen, werden mit der Gefährdetheit eines Dienstes aber anders gelagerte, nationale Kriterien herangezogen, was zu einer erheblichen Konfusion führt. Die Vermutungstatbestände sollen offensichtlich sowohl Dienste erfassen, die ohnehin

¹⁴³ Allerdings ist z.B. ein Vertriebsverbot für eine Software denkbar, wenn diese die Möglichkeit zur Begehung von Urheberrechtsverletzungen eröffnet und der Diensteanbieter damit wirbt, vgl. *BGH*, Urt. v. 15.01.09, Az. I ZR 57/07 – *Cybersky*, MMR 2009, 625.

außerhalb des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung agieren,¹⁴⁴ als auch solche, deren Verhalten an dem Tatbestand des § 10 TMG zu messen sind. Die Modifikation der Tatbestandsmerkmale in § 10 TMG-E durch den Gesetzentwurf befördert damit das Missverständnis, dass die Privilegierung von Host-Providern insgesamt stark beschränkt werden soll und dies unabhängig von dem Unionsgesetzgeber erfolgen kann. Ein solches Signal unterstreicht nicht nur die unionsrechtliche Inkompatibilität des Gesetzentwurfs. Es würde die bestehende Rechtsunsicherheit wesentlich verschärfen und vielfältige, langwierige Rechtsstreitigkeiten zwischen Host-Providern und Rechteinhabern provozieren. Dabei wären erneut konkrete Rechtsverletzungen Ausgangspunkt einer Auseinandersetzung. Eine Geschäftsmodell-Betrachtung wäre dabei weiterhin nur im Sinne eines nachgelagerten Maßstabs möglich, wenn eine Verantwortlichkeit nach dem unter den Randnummern 107 ff. dieses Rechtsgutachtens skizzierten Rahmen für die deliktische Haftung in Einzelfallentscheidungen angenommen wird.

137. Hinsichtlich der mit dem Koalitionsvertrag intendierten effektiveren Bekämpfung von Plattformen, deren Geschäftsmodelle auf Rechtsverletzungen aufbauen, erscheint der mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ansatz ebenfalls nicht zielführend. Wie bereits unter Randnummer 102 dieses Rechtsgutachtens ausgeführt, fokussiert der vorgeschlagene Gesetzestext – anders als der Koalitionsvertrag – nicht auf von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle, sondern adressiert mit dem Begriff der Gefahrgeneigtheit ein schwer abgrenzbares Spektrum an Diensten.
138. Leitlinien für nationale gesetzgeberische Initiativen im Kontext der Host-Providerhaftung bedürfen indes eines eindeutigen Verständnisses der zu regelnden Sachverhalte. Das genaue Verständnis der von der Rechtsprechung entwickelten Kategorien ist für eine hieran anknüpfende Gesetzgebung ebenfalls von zentraler Bedeutung, da das Konfliktpotential mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen ist.

2. „Von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle“ und „gefahrgeneigte Dienste“

139. Der *BGH* hat in seiner älteren Rechtsprechung zunächst nur danach unterschieden, ob ein Diensteanbieter ein „von der Rechtsordnung gebilligtes oder missbilligtes Geschäftsmodell“ verfolgt.¹⁴⁵ Dazu hat er ausgeführt, dass „die Rechtsordnung keine Geschäftsmodelle billigt, die auf einer Verletzung von Rechten Dritter gründen“.¹⁴⁶ Der Schutz der Berufsfreiheit oder anderer Grundrechte könne für solche

¹⁴⁴ Vgl. zu dem Anwendungsbereich des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr bereits ausführlich die Ausführungen unter den Randnummern 35 ff.

¹⁴⁵ Vgl. *BGH*, Urte. v. 22.07.10, Az. I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, MMR 2011, 172ff. Rn. 38 m.w.N.

¹⁴⁶ *BGH*, Urte. v. 15.01.09, Az. I ZR 57/07 – *Cybersky*, MMR 2009, 625 Rn. 33.

Geschäftsmodelle nicht in Anspruch genommen werden.¹⁴⁷ Um die Schutzwürdigkeit zu beurteilen, nimmt der *BGH* dabei eine abstrahierende Einordnung eines Angebotsspektrums vor.¹⁴⁸ Der Vertrieb einer Software, mit der Urheberrechtsverletzungen durchgeführt werden können, ist z.B. ein von der Rechtsordnung missbilligtes Geschäftsmodell, wenn die urheberrechtsverletzende Einsatzmöglichkeit gerade in der Werbung herausgestellt wird. Dies hat der *BGH* 2009 in der Entscheidung *Cybersky*¹⁴⁹ festgestellt. Ein plastisches Beispiel für ein missbilligtes Geschäftsmodell ist auch „kino.to“: Das *LG Leipzig* hat in dem Strafverfahren gegen den Haupttäter wie folgt wörtlich ausgeführt:

„Das System kino.to war ein arbeitsteiliges Geschäftsmodell. Es kam allen Tatbeteiligten vorrangig darauf an, sich durch die systematische Verletzung der Urheberrechte an Filmwerken dauerhaft persönlich zu bereichern.“

140. Die ursprüngliche Unterteilung in durch die Rechtsordnung gebilligte oder missbilligte Geschäftsmodelle hat der *BGH* dann in seiner jüngeren Rechtsprechung durch die „besondere Gefahrgeneigtheit“ eines Dienstes erweitert. Den Begriff der „besonderen Gefahrgeneigtheit“ hat er 2010 in der Entscheidung *Sedo*¹⁵⁰ erstmals aufgegriffen und in den zu dem File-Hosting-Dienst *Rapidshare* ergangenen Entscheidungen fortgeführt. Eine besondere Gefahrgeneigtheit des angebotenen Dienstes nimmt der *BGH* an, „wenn das Geschäftsmodell von vornherein auf Rechtsverletzungen durch die Nutzer angelegt ist oder der Gewerbetreibende durch eigene Maßnahmen die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung fördert.“¹⁵¹ Im Rahmen der Störerhaftung sollen einem Host-Provider, der einen gefahrgeneigten Dienst anbietet, erweiterte Prüfungs- und Eingreiffpflichten auferlegt werden können, welche faktisch eine Änderung des Geschäftsmodells bewirken können.
141. Unabhängig von der Schädlichkeit eines Angebots für die Rechte Dritter erscheint dabei bedenklich, dass die Änderung eines Geschäftsmodells auf der Grundlage eines einzelfallbezogenen Anspruchs bewirkt werden kann. Mit der Störerhaftung handelt es sich zusätzlich um einen von der Rechtsprechung entwickelten Anspruch ohne gesetzliche Statik.¹⁵² Diese Kritik gilt ganz besonders aufgrund der durch den *BGH* in seiner jüngeren Rechtsprechung vorgenommenen Erweiterung der Geschäftsmodell-Betrachtung, indem die Förderung der Gefahr einer

¹⁴⁷ Vgl. *BGH*, Urt. v. 15.01.09, Az. I ZR 57/07 – *Cybersky*, MMR 2009, 625 Rn. 33.

¹⁴⁸ Vgl. dazu auch *Heckmann*, Legalität von File-Hosting-Diensten, Stand: 30. Januar 2015, S. 1 ff., der neben der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG auch weitere Rechtspositionen anführt, abrufbar unter http://www.for-net.info/wp-content/uploads/2015/08/Gutachten_Cyando_AG.pdf (zuletzt abgerufen am 04.09.15).

¹⁴⁹ *BGH*, Urt. v. 15.01.09, Az. I ZR 57/07 – *Cybersky*, MMR 2009, 625.

¹⁵⁰ Urt. v. 18.11.10, Az. I ZR 155/09 – *Sedo*, BeckRS 2011, 13391 Rn. 44.

¹⁵¹ Urt. v. 15.08.13, Az. I ZR 80/12 – *File-Hosting-Dienst*, MMR 2013, 733, 734 Rn. 31; Urt. v. 15.08.13, Az. I ZR 79/12, BeckRS 2013, 15388 Rn. 26.

¹⁵² *Frey/Rudolph*, Haftungsregime für Host- und Access-Provider im Bereich der Telemedizin, Rn. 399.

rechtsverletzenden Nutzung unter dem Begriff der Gefahrgeneigtheit eines Dienstes dem von vorneherein auf Rechtsverletzungen angelegten Geschäftsmodell, also dem missbilligten, gleichgesetzt wird.

142. Anders als die grundsätzliche Frage, ob ein Geschäftsmodell auf Rechtsverletzungen angelegt ist, lässt das Merkmal der Förderung der Gefahr von Rechtsverletzungen einen großen Interpretationsspielraum zu. Im Übrigen stellen nach der Rechtsprechung des *BGH* auch Dienste, die die Gefahr von Rechtsverletzungen lediglich fördern, von der Rechtsordnung gebilligte Geschäftsmodelle dar.¹⁵³
143. Als Leitlinie für die Gesetzgebung erscheint der Bezug auf gefahrgeneigte Dienste nach dem Vorgesagten bedenklich. Hier stellen sich einerseits schwierige grundrechtliche Abwägungsfragen. Im Lichte der unter den Randnummern 27 ff. dieses Rechtsgutachtens herausgearbeiteten Prinzipien zum Zusammenspiel zwischen nationalem Recht und Unionsrecht ist der Konflikt mit den unionsrechtlichen Vorgaben aufgrund der inhaltlichen Unbestimmtheit des Begriffs der gefahrgeneigten Dienste – dies nicht nur durch die konkrete Verwendung im Gesetzentwurf zu § 10 TMG-E – vorprogrammiert.
144. Die Förderung der Gefahr einer Rechtsverletzung ist auch bei einer neutralen Rolle des Host-Providers im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH*¹⁵⁴ nicht ausgeschlossen. In diesem Fall ist aber die unionsrechtlich determinierte Haftungsprivilegierung nach Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr anwendbar. Wie bereits unter den Randnummern 41 f. dieses Rechtsgutachtens ausgeführt, ist der Anwendungsbereich und die inhaltliche Reichweite der unionsrechtlich determinierten Haftungsprivilegierung allein durch den *EuGH* autoritativ auszulegen bzw. durch den Unionsgesetzgeber gesetzlich zu präzisieren. Mit einer nationalen Regelung darf die Host-Provider-Privilegierung aufgrund der mit Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr verfolgten Vollharmonisierung daher nicht verändert werden.
145. Anders sind dagegen von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle zu beurteilen. Diese beruhen von vorneherein auf Rechtsverletzungen. Ein Host-Provider, der ein solches Geschäftsmodell verfolgt, nimmt in jedem Fall eine aktive Rolle im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* zum Anwendungsbereich der Host-Provider-Privilegierung ein. Der nationale Gesetzgeber wäre daher in der Lage, gesetzgeberische Maßnahmen zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung für solche Geschäftsmodelle zu ergreifen, ohne dabei in Konflikt mit dem Unionsrecht zu kommen.

¹⁵³ *BGH*, Urt. v. 15.08.13, Az. I ZR 80/12 – *File-Hosting-Dienst*, MMR 2013, 733.

¹⁵⁴ Vgl. zum Anwendungsbereich des Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ausführlich die Ausführungen unter den Randnummern 35 ff.

146. Als Leitlinie für den nationale Gesetzgeber kann daraus abgeleitet werden, dass gegen gesetzgeberische Maßnahmen, die an „*von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle*“ anknüpfen, weder verfassungsrechtliche noch unionsrechtliche Gründe sprechen. Auch würde der freie Wettbewerb nicht über Gebühr beeinträchtigt, da ein zielgerichtetes Vorgehen gegen grundsätzlich nicht schutzwürdige Geschäftsmodelle angestrebt wird.

II. Anspruchsgrundlage gegen „von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle“

147. Im Lichte der vorstehenden Prüfung zu einer Geschäftsmodell-Betrachtung als Haftungsmaßstab ist insgesamt zu konstatieren, dass die einzelfallbezogene Einbeziehung einer Geschäftsmodell-Betrachtung nur eine Hilfskonstruktion sein kann. Bereits heute entsteht vielfach der Eindruck, dass die Rechtsprechung den Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung mit der Störerhaftung überspannt.
148. Der Gesetzgeber könnte jedoch eine Anspruchsgrundlage schaffen, die unmittelbar gegen von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle in Ansatz gebracht werden kann. Ein solches Vorgehen hätte den großen Vorteil, tatsächlich Geschäftsmodelle, die z.B. auf Urheberrechtsverletzungen beruhen, zu isolieren und aufgrund einer entsprechend formulierten Anspruchsgrundlage deren Unterlassung anordnen zu können. An rechtskräftig festgestellte und zu unterlassende von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle könnten zudem weitere Rechtsfolgen geknüpft werden. Diese Rechtsfolgen müssten durch den Gesetzgeber angeordnet werden und könnten darin bestehen, dass die Werbung bei Unternehmen mit nicht schutzwürdigen Geschäftsmodellen für Dritte verboten und auch die Zahlungsabwicklung durch Finanzdienstleister untersagt wird.
149. Die Rechtsdurchsetzung könnte entsprechend der Vorgaben des Koalitionsvertrags verbessert werden, wenn der Gesetzgeber einen Anspruch schafft, welcher ausschließlich auf Geschäftsmodelle ausgerichtet ist, die von vorneherein auf Rechtsverletzungen angelegt sind. So könnte das Kriterium des „*von der Rechtsordnung missbilligten Geschäftsmodells*“, welches von der Rechtsprechung entwickelt wurde, aufgenommen und zu einer Anspruchsgrundlage ausgebaut werden, um z.B. Rechteinhabern die Möglichkeit zu geben, unmittelbar gegen illegale Dienste vorzugehen.
150. Ein Diensteanbieter könnte damit in einem rechtsstaatlichen Verfahren von einem Verletzten auf Unterlassung eines „*von der Rechtsordnung missbilligten Geschäftsmodells*“ in Anspruch genommen werden. Ein derartiger Anspruch müsste an qualitative und quantitative Voraussetzungen geknüpft werden, die es sorgfältig

auszuarbeiten gilt. Gleichzeitig könnte ein Schadensersatzanspruch gegen den Anbieter eines von der Rechtsordnung missbilligten Geschäftsmodells geschaffen werden. Damit würde Rechteinhabern ein effektives Instrument an die Hand gegeben, um gegen nicht schutzwürdige Geschäftsmodelle vorzugehen.

151. Der Gesetzgeber könnte zudem weitere Regelungen für den Fall schaffen, dass ein entsprechendes Urteil gegen einen ausländischen Betreiber, dessen Angebote auf den deutschen Markt zielen, nicht vollstreckt werden kann. Hier könnte gesetzlich angeordnet werden, dass ein rechtskräftiges Urteil zur Folge hat, dass Werbetreibende und Zahlungsdienstleister für derartige Angebote keine Werbung mehr schalten und entsprechende Zahlungsdienstleistungen erbringen dürfen. In diesem Zusammenhang könnte auch geregelt werden, dass ein solches Verbot der Werbung und der Erbringung von Zahlungsdienstleistungen sowohl von Wettbewerbern der Werbetreibenden und Zahlungsdienstleister als auch von den Verletzten gerichtlich durchgesetzt werden kann.
152. Die hier skizzierten Regelungen sollten durch eine eingehende Analyse der tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen weiter vertieft werden.

III. „*Notice & Takedown-Verfahren*“

153. Auf der Basis des vorstehenden Befunds kann schließlich erwogen werden, die Haftungsprivilegierung für Host-Provider durch die Etablierung eines gesetzlich umrissenen „*Notice & Takedown-Verfahrens*“ zu ergänzen. Ein solches Verfahren ist bereits in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr angedacht. Erwägungsgrund 46 dieser Richtlinie ist wie folgt formuliert:

„Um eine Beschränkung der Verantwortlichkeit in Anspruch nehmen zu können, muss der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von Informationen besteht, unverzüglich tätig werden, sobald ihm rechtswidrige Tätigkeiten bekannt oder bewusst werden, um die betreffende Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Im Zusammenhang mit der Entfernung oder der Sperrung des Zugangs hat er den Grundsatz der freien Meinungsäußerung und die hierzu auf einzelstaatlicher Ebene festgelegten Verfahren zu beachten. Diese Richtlinie lässt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, spezifische Anforderungen vorzuschreiben, die vor der Entfernung von Informationen oder der Sperrung des Zugangs unverzüglich zu erfüllen sind.“

154. Durch den Hinweis auf einzelstaatliche Verfahren der Mitgliedstaaten, die einer Entfernung von Informationen oder deren Sperrung voran gehen können, wird in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zum Ausdruck gebracht, dass die Mitgliedstaaten insbesondere im Interesse der Meinungsäußerungsfreiheit einen

prozeduralen Rahmen für die Entfernung oder die Sperrung des Zugangs zu Informationen, die für Dritte gespeichert werden, vorsehen können.

155. Darüber hinaus ist auf Art. 21 Abs. 2 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zu verweisen. Diese Bestimmung sieht vor, dass im Hinblick auf eine etwaige Anpassung der Richtlinie auch zu prüfen ist, ob Vorschläge in Bezug auf Verfahren zur Meldung und Entfernung rechtswidriger Inhalte („*Notice & Takedown-Verfahren*“) erforderlich sind. Damit wird auch in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr perspektivisch vorgesehen, dass die Haftungsregeln für das Host-Providing ggf. durch ein „*Notice & Takedown-Verfahren*“ zu ergänzen sind. Wie unter den Randnummern 15 ff. dieses Rechtsgutachtens dargelegt, stellt auch die Kommission entsprechende Überlegungen an.
156. Die Vorteile eines „*Notice & Takedown-Verfahrens*“ sind die Vermeidung von Gerichtsverfahren, die schnelle und unkomplizierte Beseitigung einer Rechtsverletzung, die Vermeidung ausufernder Überwachungspflichten, die Schaffung von Rechtssicherheit für durch Art. 14 der Richtlinie über elektronischen Geschäftsverkehr privilegierte Host-Provider hinsichtlich ihrer Sorgfaltspflichten sowie die Gewährleistung einer weitestgehend unbeobachteten Kommunikation von Nutzern im Internet. Im Übrigen dient das Verfahren der Sicherstellung eines möglichst schonenden Ausgleichs zwischen den Rechten des vermeintlich Verletzten (z.B. dem Eigentum aus Art. 14 GG bzw. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht), den Rechten der Host-Provider (z.B. der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG) und den Rechten der betroffenen Nutzer (z.B. dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit).
157. Im Lichte des Erwägungsgrundes 46 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr kann davon ausgegangen werden, dass eine rein verfahrensrechtliche Absicherung der Entfernung bzw. der Sperrung des Zugangs zu rechtswidrigen Informationen durch die gesetzliche Etablierung eines „*Notice & Takedown-Verfahrens*“ im Einklang mit der Richtlinie steht. Dies gilt jedenfalls solange, wie es nicht zu einer materiellen Änderung der zur Umsetzung von Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ergangenen Bestimmung des § 10 TMG kommt. Da aber derzeit auch die Kommission entsprechende Verfahren prüft, erscheint es politisch sinnvoll, auf eine unionsweit geltende gemeinsame Regelung hinzuwirken. So könnten die in Deutschland gewonnenen Erkenntnisse in die Diskussion auf Unionsebene eingebracht und nationale Sonderregelungen vermieden werden.

IV. Ergebnis zu Leitlinien für gesetzgeberische Initiativen

158. Leitlinien für nationale gesetzgeberische Initiativen im Kontext der Host-Providerhaftung erfordern ein eindeutiges Verständnis der zu regelnden Sachverhalte und Rechtsbegriffe. Sofern in Anlehnung an die *BGH*-Rechtsprechung Geschäftsmodelle zum Haftungsmaßstab gemacht werden sollen, müssen daher die Unterschiede zwischen den „von der Rechtsordnung missbilligten Geschäftsmodellen“ und dem umfassenderen Kriterium der „Gefahrgeneigtheit eines Dienstes“ klar herausgestellt werden. Die unterschiedlichen Bedeutungsgehalte sind für eine hieran anknüpfende Gesetzgebung von zentraler Bedeutung, da das Konfliktpotential mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen ist.
159. Der in der neueren Rechtsprechung des *BGH* geprägte Begriff eines gefahrgeneigten Dienstes umfasst sowohl die Figur eines von der Rechtsordnung gebilligten bzw. missbilligten Geschäftsmodells als auch die weitergehende Frage, ob ein Host-Provider durch eigene Maßnahmen die Gefahr einer Rechtsverletzung fördert. Das Kriterium hat damit einen weiteren, weniger konturierten Bedeutungsgehalt, da selbst Geschäftsmodelle, die von der Rechtsordnung gebilligt sind, gleichwohl „gefahrgeneigte Dienste“ sein können.
160. Einen zivilrechtlichen Anspruch, der sich unmittelbar gegen die Art und Weise richtet, in der ein Hosting-Dienst angeboten wird, gibt es in der deutschen Rechtsordnung nicht. Gleichwohl können sich auch Einzelfallentscheidungen mittelbar auf Geschäftsmodelle auswirken. Dies gilt insbesondere in den Fällen einer Verantwortlichkeit als Täter oder Teilnehmer, wenn aufgrund einer Vielzahl von Rechtsverletzungen ein großes Haftungsrisiko entsteht.
161. In den meisten Fällen steht aber eine Verantwortlichkeit von Host-Providern nach den Grundsätzen der Störerhaftung zur Debatte. Anders als im Falle einer Verantwortung als Täter oder Teilnehmer haftet ein Störer hier nur auf Unterlassung und Beseitigung. Wenn ein Host-Provider nach den von der Rechtsprechung etablierten Grundsätzen als Störer haftet, können ihm unterschiedlich weit reichende Sorgfaltsverpflichtungen auferlegt werden. Mit dem Gesetzentwurf zu § 10 TMG würde die Rechtsunsicherheit, die aufgrund der nur durch die Rechtsprechung entwickelten Störerhaftung besteht, in den Bereich der Haftungsprivilegierung für Host-Provider verlängert. Die vorgeschlagene Modifikation des Tatbestands in § 10 TMG-E würde so die in Deutschland ohnehin bestehende Rechtsunsicherheit in einen Bereich übertragen, in dem einheitliche Privilegierungstatbestände gleiche Standards für Diensteanbieter in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union schaffen sollen.

162. Ohne auf die Rechtsprechung des *EuGH* einzugehen, werden mit der Gefahrgeneigntheit eines Dienstes in dem Gesetzentwurf nationale Kriterien herangezogen, was zu einer erheblichen Konfusion führt, da die Vermutungstatbestände offensichtlich sowohl Dienste erfassen sollen, die ohnehin außerhalb des Anwendungsbereichs der Haftungsprivilegierung agieren, als auch solche, deren Verhalten an dem Tatbestand des § 10 TMG zu messen sind. Die Modifikation der Tatbestandsmerkmale in § 10 TMG-E durch den Gesetzentwurf befördert damit das Missverständnis, dass die Privilegierung von Host-Providern insgesamt stark beschränkt werden soll und dies unabhängig von dem Unionsgesetzgeber erfolgen kann. Es würde die bestehende Rechtsunsicherheit wesentlich verschärfen und vielfältige, langwierige Rechtsstreitigkeiten zwischen Host-Providern und Rechteinhabern provozieren. Dabei wären erneut konkrete Rechtsverletzungen Ausgangspunkt einer Auseinandersetzung. Eine Geschäftsmodell-Betrachtung wäre dabei weiterhin nur im Sinne eines nachgelagerten Maßstabs möglich, wenn eine Verantwortlichkeit nach allgemeinen deliktischen Haftungsgrundsätzen anzunehmen ist.
163. Hinsichtlich der mit dem Koalitionsvertrag intendierten effektiveren Bekämpfung von Plattformen, deren Geschäftsmodelle auf Rechtsverletzungen aufbauen, erscheint der mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ansatz nicht zielführend. Anders als der Koalitionsvertrag fokussiert der vorgeschlagene Gesetzestext nicht auf von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle, sondern adressiert mit dem Begriff der Gefahrgeneigntheit ein schwer abgrenzbares Spektrum an Diensten.
164. Der Gesetzgeber könnte jedoch eine Anspruchsgrundlage schaffen, die unmittelbar gegen von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle in Ansatz gebracht werden kann. Ein solches Vorgehen hätte den großen Vorteil, tatsächlich Geschäftsmodelle, die z.B. auf Urheberrechtsverletzungen beruhen, zu isolieren und aufgrund einer entsprechend formulierten Anspruchsgrundlage deren Unterlassung anordnen zu können. An rechtskräftig festgestellte und zu unterlassende von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle könnten zudem weitere Rechtsfolgen geknüpft werden. Diese Rechtsfolgen müssten durch den Gesetzgeber angeordnet werden und könnten darin bestehen, dass die Werbung bei Unternehmen mit nicht schutzwürdigen Geschäftsmodellen für Dritte verboten und auch die Zahlungsabwicklung durch Finanzdienstleister untersagt wird. Die hier skizzierten Regelungen sollten durch eine eingehende Analyse der tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen weiter vertieft werden.
165. Neben einem Anspruch gegen von der Rechtsordnung missbilligte Geschäftsmodelle könnte ein gesetzlich umrissenes „*Notice & Takedown-Verfahren*“ zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung erwogen werden. Die Etablierung eines solchen Verfahrens wäre im Lichte der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zulässig,

wenn es allein der verfahrensrechtlichen Absicherung der Entfernung bzw. der Sperrung des Zugangs zu rechtswidrigen Informationen dient.

166. Auch Art. 21 Abs. 2 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr nimmt auf ein „*Notice & Takedown-Verfahren*“ Bezug. Da die Kommission entsprechende Verfahren derzeit prüft, erscheint es gegenwärtig politisch sinnvoll, auf eine unionsweit geltende gemeinsame Regelung hinzuwirken. So könnten die in Deutschland gewonnenen Erkenntnisse in die Diskussion auf Unionsebene eingebracht und nationale Sonderregelungen vermieden werden.

FREY RECHTSANWÄLTE

FREY Rechtsanwälte Partnerschaft
Agrippinawerft 22 (Rheinuhafen)
D-50678 Koeln
Tel. +49 (221) 420 748 00
Fax +49 (221) 420 748 29
Email info@frey.eu
Internet www.frey.eu
www.twitter.com/FREYLegal
www.facebook.com/FREYLegal

Eingetragen im Partnerschaftsregister
des Amtsgerichts Essen, PR 2631

Vertretungsberechtigte Partner.
RA Dr. Dieter Frey, LL.M. (Brügge)
RA Dr. Matthias Rudolph

