

Stellungnahme des Markenverbandes
zum Gesetzentwurf der FDP-Fraktion zur Änderung des Telemediengesetzes
(BT-Drs. 16/11173)

I.

Vorbemerkung

Das Ziel des von der FDP-Fraktion vorgelegten Gesetzentwurfes ist vor allem eine Präzisierung der gesetzlichen Regelungen der Providerhaftung für Rechtsverletzungen Dritter. Durch gesetzliche Klarstellungen müsse nachhaltig verhindert werden, dass Diensteanbieter beispielsweise im Rahmen einer Störerhaftung reguläre Überwachungspflichten übernehmen. Aus der Einzelbegründung des Gesetzesentwurfes ergibt sich, dass diese Regelungen vor allem die Haftungsanforderungen von „Hostern“ verbessern sollen.

II.

Zum Gesetzentwurf

Der Markenverband hat hinsichtlich der vorgeschlagenen Haftungskonkretisierungen Bedenken.

1) Das Ziel des Gesetzentwurfes zur Änderung des Telemediengesetzes besteht vor allem in der Einführung eines doppelten Subsidiaritätsgrundsatzes. Gem. § 7 Abs. 2 Satz 2 TMÄndG sollen Unterlassungsansprüche gegen Service-Provider nur dann durchgesetzt werden können, „wenn sich Maßnahmen gegenüber dem verantwortlichen Nutzer als nicht durchführbar oder Erfolg versprechend erweisen und die Entfernung oder Sperrung technisch möglich und zumutbar ist“.

Gem. § 7 Abs. 3 TMÄndG sollen die Diensteanbieter zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung vorhandene Informationen außerdem nur nach Vorlage eines dahingehenden, vollstreckbaren Titels gegen den verantwortlichen Nutzer verpflichtet sein.

- a) Diesen Regelungen begegnen schon aufgrund ihrer Unschärfe Bedenken, wenn es darum geht, das Haftungsmodell von Service-Providern zu konkretisieren. Denn wann rechtliche Maßnahmen gegenüber Dritten „Erfolg versprechend“ sind, ist nicht geklärt. Wenn etwa ein Anbieter im Ausland sitzt – zumal im außereuropäischen

Ausland –, ist die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung gegen diesen Anbieter in Deutschland zwar grundsätzlich möglich, verspricht aber aufgrund einer Vielzahl von Zustellungs- und Vollstreckungshindernissen nicht unbedingt Aussicht auf Erfolg. Zudem setzt die Inanspruchnahme eines Anbieters zunächst einmal voraus, dass dessen Name und Anschrift bekannt sind. Genau dies ist aber durch das „Pseudonymitätsmodell“ von Internet-Versteigerungen nicht gewährleistet. Die Rechteinhaber sind hierzu also in der Regel auf eine entsprechende Auskunft durch die Plattformbetreiber angewiesen. Werden diese Auskünfte verweigert – so wie dies bei eBay gegenüber allen Rechteinhabern geschieht, die nicht Mitglieder des VeRO-Programmes sind – so muss die Auskunftsverpflichtung gegen den Plattformbetreiber – bei Markenverletzungen gem. § 19 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG - gerichtlich durchgesetzt werden. § 19 Abs. 2 Satz 2 sieht dabei ausdrücklich ein parallel gegen den Verletzer und den Diensteanbieter geführtes Verfahren vor. Das Auskunfts- und Verletzungsverfahren gegen einen Diensteanbieter ist danach also nicht subsidiär, sondern dem Verfahren gegen den Verletzer typischerweise vorgeschaltet.

- b) Auch der BGH hat ein Subsidiaritätsmodell u. a. in der Entscheidung „Betreiber eines Internetforums“ vom 27.03.2007 (VI ZR 101/06) ausdrücklich verworfen. Der BGH weist zutreffend darauf hin, dass der haftungsrechtliche Subsidiaritätsgrundsatz dem deutschen Recht fremd ist. Ebenso wie der Verleger die Quelle einer von einem Presseerzeugnis ausgehenden Störung beherrsche und deshalb grundsätzlich neben dem Autor eines beanstandeten Artikels verantwortlich sei, so sei auch beim Fernsehen das Sendeunternehmen als „Herr der Sendung“ zur Unterlassung verpflichtet. Derartige Grundsätze gälten auch für den Betreiber eines Internetforums.
- c) Die vorgeschlagene Subsidiaritätsregel in § 7 Abs. 3 TMÄndG ist darüber hinaus auch deshalb problematisch, weil sie zu einer Überlastung der Justiz führen dürfte. Denn die entsprechende Regelung setzt voraus, dass im Hinblick auf jeden Einzelfall mindestens eine einstweilige Verfügung erwirkt wird. Auf diese Weise werden der Allgemeinheit Kosten aufgebürdet, die gerechterweise die jeweiligen Rechtsverletzer und ihre Mitstörer zu tragen haben. Leer laufen würde der notwendige Rechtsschutz, wenn er mit einer zwingenden Kostentragungspflicht des verletzten Rechteinhabers für die erste gerichtliche Anordnung verbunden wäre. An dem bewährten Instrumentarium einer außergerichtlichen Streitbeilegung darf nicht gerüttelt werden. Dabei ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die haftungskonkretisierende Erstabmahnung gegenüber dem Internet-Auktionshaus kostenfrei ist.
- d) Die vorgeschlagene subsidiäre Haftung ist im Übrigen aber auch nicht mit dem ansonsten unveränderten Haftungskonzept des § 10 TMG abgestimmt. Denn danach haften Diensteanbieter für rechtsverletzende Inhalte nur solange nicht, als sie von ihnen keine Kenntnis haben. Die haftungskonkretisierende Erstabmahnung begründet indessen eine solche Kenntnis ganz unabhängig von der Frage, ob daneben auch gegen den verantwortlichen Nutzer vorgegangen wird. In der Regel wird sogar die

haftungskonkretisierende Erstabmahnung einem solchen Vorgehen gegen Dritte vorausgehen müssen, weil der verletzte Rechteinhaber zunächst einmal Auskunft über dessen Name und Anschrift benötigt. Wird indessen der Service-Provider nach Kenntniserlangung von der Rechtsverletzung nicht unverzüglich tätig, indem er den rechtsverletzenden Inhalt löscht, haftet er schon gem. § 10 TMG auch auf Unterlassung und dies kann nicht durch eine Subsidiaritätsregel in § 7 TMG umgangen werden.

- e) Unabhängig davon ist die vorgeschlagene Subsidiaritätsregelung aber auch europarechtswidrig und deshalb nicht umsetzungsfähig. Sowohl die Urheberrechtsrichtlinie als auch die Enforcement-Richtlinie verpflichten die Mitgliedstaaten zwingend, auch ein direktes Rechtsmittel gegen die an einer Rechtsverletzung teilnehmenden Diensteanbieter vorzusehen.

2) § 7 Abs. 4 Satz 3 TMÄndG enthält ferner eine Neuregelung, wonach zukünftig der verletzte Rechteinhaber die Darlegungs- und Beweislast für die technische Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Maßnahme trägt, die einem Diensteanbieter im Zusammenhang mit nach pflichtgemäßen Ermessen zu erbringenden Sorgfaltspflichten auferlegt wird. Einer solchen Regelung tritt der Markenverband entschieden entgegen.

- a) Sie ist zunächst weder mit den bisherigen Beweislastgrundsätzen noch der im deutschen Recht geltenden Sphärentheorie zu vereinbaren. Im Rahmen der Störerhaftung ist der Einwand der fehlenden Zumutbarkeit der Störungserkennung und -beseitigung rechtssystematisch eine Einwendung, die der Störer darlegen und beweisen muss (BGH GRUR 1997, 313, 315 – Architektenwettbewerb; GRUR 2003, 969, 970 – Ausschreibung von Vermessungsleistungen).
- b) Im Übrigen gilt gerade für Internet-Auktionshäuser, dass außenstehende Rechteinhaber keinen Einblick in deren technischen Möglichkeiten haben und von sich aus nicht erkennen können, ob Auktionshäusern der Einsatz einer bestimmten Maßnahme im Hinblick auf ihre internen Betriebsabläufe zumutbar ist (BGH, Urteil vom 10.04.2008, I ZR 227/05 – Namensklau im Internet). Es obliegt deshalb den Auktionshäusern, im Einzelnen vorzutragen, welche Schutzmaßnahmen sie ergreifen können und weshalb ihnen – falls diese Maßnahmen keinen lückenlosen Schutz gewährleisten – weitergehende Maßnahmen nicht zuzumuten sind (BGH a. a. O.).

Es gibt weder Veranlassung noch Rechtfertigung, an dieser von grundlegenden Gerechtigkeitsgedanken getragenen Beweislastverteilung etwas zu ändern. Aus den Verfahren seiner Mitglieder gegen die Internet-Auktionshäuser Ricardo und eBay ist dem Markenverband bekannt, dass die Auktionsplattformen sorgfältig vermeiden, belastbare Einzelheiten zu ihrer technischen und personellen Struktur vorzutragen. Die angebliche Unzumutbarkeit der Einhaltung von Unterlassungsverpflichtungen wird lediglich mit der großen Zahl der Angebote und Rechtsverletzungen begründet. Es liegt indessen nach Auffassung des Markenverbandes auf der Hand, dass kein Betreiber mit der Behauptung gehört werden kann,

sein Geschäftsmodell wachse ihm im Hinblick auf die Anzahl der Rechtsverletzungen über den Kopf.

Bei der Diskussion über den Änderungsbedarf der Haftungsregelungen von Serviceprovidern ist zu berücksichtigen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland auch Internet-Auktionshäuser wie eBay in die Haftungsprivilegierungen mit einbezieht. Es geht also nicht nur um rein technische Dienstleister, für die eine Haftungsprivilegierung um so eher gerechtfertigt ist, je weiter der Anbieter von dem eigentlich rechtsverletzenden Inhalt entfernt ist. Die Haftungsregelungen in § 7 ff. TDG müssen dieser Bandbreite gerecht werden.

Der Markenverband hat gegen diese sehr weite Auslegung des Begriffs des „Host Providers“ Bedenken, weil die Regelungen der E-Commerce-Richtlinie über die Haftungsprivilegierung von Host-Providern für Internet-Auktionshäuser wie z. B. eBay nicht anwendbar sind. Denn gem. Erwägungsgrund 42 der Richtlinie decken die Haftungsprivilegierungen

„nur Fälle ab, in denen die Tätigkeit des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft auf den technischen Vorgang beschränkt ist, ein Kommunikationsnetz zu betreiben und den Zugang zu diesem zu vermitteln (...). Diese Tätigkeit ist rein technischer, automatischer und passiver Art, was bedeutet, dass der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.“

Diese Voraussetzungen treffen auf ein Internet-Auktionshaus, das seine Anbieter bei ihren Verkaufsangeboten in vielfältiger Weise unterstützt, nicht zu, weil es sich nicht um eine rein technische Dienstleistung handelt. Internet-Auktionshäuser wie eBay wirken heute auch unmittelbar an der Gestaltung einzelner Angebote mit, wie beispielsweise durch die Bereitstellung technischer Daten für elektronische Konsumgüter, die die Anbieter per Mausklick übernehmen können. eBay vermarktet die Angebote auch ganz gezielt gegenüber Dritten, und zwar nicht nur über Suchmaschinenmarketing (eBay ist der weltgrößte Nachfrager nach sog. Adwords), sondern es werden auch ganz gezielt einzelne Angebote. Über detaillierte Allgemeine Geschäftsbedingungen und eine die eingestellten Angebote überprüfende „Marktplatz-Überwachung“ kontrollieren eBay und vergleichbare Anbieter auch konkret die auf der Seite eingestellten Angebote und Informationen. Internet-Auktionshäuser wie eBay sind somit kein rein technischer Dienstleister, sondern bilden mit ihren Anbietern eine Vermarktungsgemeinschaft. eBay profitiert darüber hinaus von jedem einzelnen Angebot nicht nur durch die Einstellgebühr, sondern auch die kaufpreisabhängige Provision.

3) Zugangsvermittlung/Störerhaftung (Access-Provider)

Auch im Hinblick auf Zugangsvermittler und Datendienstleister kommt eine generelle Haftungsfreistellung für die Verletzung gewerblicher Schutzrechte nach Auffassung des Markenverbandes nicht in Betracht. Gerade für Access-Provider gilt, dass sie in vielen Fällen der einzige Anknüpfungspunkt sind, um zukünftige Rechtsverletzungen tatsächlich effektiv zu

verhindern. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Rechtsverletzer (Massenversender von E-Mails usw.) – wie häufig – im Ausland befinden.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass Access-Provider von den rechtswidrigen Daten und den rechtsverletzenden Anbietern weiter entfernt sind als Host-Provider. Je weniger Interesse der jeweilige Zugangsvermittler an der einzelnen Information hat und je mehr seine Dienste Elemente der Daseinsvorsorge beinhalten, umso größer ist der Bedarf für eine entsprechende Privilegierung.

Genau diesem Anliegen wird durch das Konzept der individuellen Verantwortlichkeit bei der Störerhaftung bereits jetzt vollständig Rechnung getragen. Es bedarf keiner gesetzlichen Neuregelung des Haftungsregimes, um der Rechtsprechung in geeigneten Fällen Haftungs-erleichterungen zu ermöglichen.

4) Suchmaschinen und Hyperlinks

Für diesen bislang nicht von der E-Commerce-Richtlinie erfassten Bereich besteht nach Auffassung des Markenverbandes ebenfalls kein Regelungsbedarf. Die Haftung für Hyperlinks ist durch die Entscheidungen „Paperboy“ (GRUR 2003, 958 ff.) und „Schöner Wetten“ (GRUR 2004, 693 ff.) bereits weitgehend geregelt. Auch hier führt das einzelfallbezogene Haftungskonzept zu einer angemessenen Haftungsverteilung. Bei der Haftung für Links kommt es im Einzelfall etwa auf die Frage an, ob der Link absichtlich oder automatisch gesetzt wurde, ob aus den Gesamtumständen ersichtlich ist, dass sich der Linksetzer den Inhalt der verlinkten Seite tatsächlich zu Eigen machen will usw. (dazu bereits Schardt/Lehment/Peuckert, Haftung für Hyperlinks im Internet, UFITA 2001, 841 ff.).

5) Örtliche Zuständigkeit der Gerichte

Aus Sicht des Markenverbandes bedarf es im Hinblick auf die örtliche Zuständigkeit für die Inanspruchnahme von Diensteanbietern keiner ergänzenden Regelung. Es entspricht sowohl in Wettbewerbs- wie im Markenrecht der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Marktortprinzip richtet, also nur diejenigen Gerichte örtlich zuständig sind, die in einem Gebiet liegen, in dem die wettbewerblichen oder sonstigen Marktinteressen der Beteiligten tatsächlich aufeinander treffen (BGH GRUR 2005, 431 – Hotel Maritime). Diese Grundsätze gelten auch für die internationale Zuständigkeit. Diese ist nach dem Marktortprinzip gegeben, wenn die wettbewerblichen Interessen der Mitbewerber in Deutschland berührt sind (ständige Rechtsprechung seit BGH GRUR 1962, 243 ff. - Kindersaugflaschen). Die wettbewerbliche Interessenkollision findet an dem Ort statt, an dem durch die Wettbewerbsmaßnahme im Wettbewerb mit anderen Unternehmen auf die Kundenentschließung eingewirkt werden soll (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Auflage, UWG Einl Rdnr. 5.5 m. w. N.). Das ist der Ort, an dem die Konkurrenzprodukte einander begegnen (BGH GRUR 1982, 495, 497 – Domgartenbrand). Deutsches Wettbewerbs- und Markenrecht gilt also beispielsweise für alle Fälle, in denen eine Lieferung nach Deutschland angeboten wird. Dies ist, sofern die Angebote keine aus-

drückliche Festlegung enthalten, ggf. anhand verschiedener Indizien zu ermitteln (Sprache, Währung, Größe und Professionalität des Anbieters usw.).

Dass innerhalb des betroffenen Marktortes ein fliegender Gerichtsstand gilt, entspricht auch für die Inanspruchnahme von Störern und sonstigen Tatbeteiligten einer seit vielen Jahrzehnten eingeübten Praxis und begegnet keinen Bedenken. Es gibt keinen Grund, Internet-Dienstleister hier gegenüber anderen ubiquitär tätigen Anbietern zu privilegieren. So können auch Unterlassungsansprüche gegen Presseunternehmen bundesweit an jedem Ort geltend gemacht werden, in denen das Presseerzeugnis verbreitet wird. Auch hier ist gegenüber der Presse kein erhöhter Privilegierungsbedarf von Internet-Dienstleistern zu erkennen. Wer überall Geschäfte machen will, muss sich auch überall einer föderalen gerichtlichen Kontrolle stellen. Das gilt auf internationaler Ebene ebenso wie in Deutschland selbst.

6) Fazit

Aus Sicht des Markenverbandes ist vor diesem Hintergrund das gegenwärtig von beiden zuständigen Senaten des BGH vertretene Haftungsmodell (I ZR 304/01 - Internetversteigerung; I ZR 35/04 – Internet-Versteigerung II; I ZR 18/04 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; I ZR 227/05 – Namensklau im Internet; I ZR 73/05 – Internet-Versteigerung III sowie VI ZR 101/06 – Haftung des Forenbetreibers) vertretene Konzept der Störerhaftung und der Haftung aufgrund von Verkehrssicherungspflichten angemessen und gerecht. Denn die Störerhaftung eröffnet durch das Kriterium der „zumutbaren Prüfungspflichten“ eine Abwägung, die eine gerechte Einzelfalllösung für unterschiedliche Sachverhalte und unterschiedliche Dienstanbieter ermöglicht. So ist eine Haftung der DENIC als nicht kommerzieller das ein vorsorgender Anbieter bei vergleichbaren Sachverhalten verneint worden (BGH GRUR 2001, 1038 ff. – ambiente.de), wie etwa auch das Deutsche Patent- und Markenamt nicht für Rechtsverletzungen durch eingetragene Marken haftet. Bei einem rein kommerziellen Anbieter, der an jedem einzelnen Verletzungsangebot finanziell beteiligt ist und dafür unabhängig vom Verkaufserfolg auch eine Einstellprovision erhält, liegen die Interessen ganz offensichtlich anders.

Jedes Haftungsmodell von Host-Providern im Internet ist schon heute notwendigerweise ein Kooperationsmodell, bei dem die Rechteinhaber dauerhaft verpflichtet bleiben, neue rechtsverletzende Angebote zu melden. Im Gegenzug ist es notwendig und angemessen, dass die Host-Provider als Herr ihrer Systeme über den Unterlassungsanspruch ihrerseits einen Beitrag leisten, indem sie verhindern, dass identische oder gleichartige Rechtsverletzungen erneut in das eigene Angebot eingestellt werden. Dass das gegenwärtige Modell ausgewogen ist, zeigt sich auch daran, dass die haftungskonkretisierende Erstabmahnung durch die Rechteinhaber für die Host-Provider nicht kostenpflichtig ist. Erst wenn es trotz der dadurch vermittelten Kenntnis des Providers zu weiteren gleichartigen Rechtsverletzungen kommt, kann dies auch kostenmäßige Auswirkungen haben. Im Übrigen aber tragen die Rechteinhaber die Kosten für die jeweilige Marktplatzüberwachung selbst.

Die durch das Zumutbarkeitskriterium eröffnete Interessenabwägung lässt auch Raum für eine unterschiedliche Behandlung einzelner Host-Provider, deren Bandbreite vom privaten, nicht kommerziellen Meinungsforum bis hin zu hoch integrierten Verkaufskanälen wie eBay reicht. Bei dieser Interessenabwägung ist dann beispielsweise auch zu berücksichtigen, dass es die Vertragspartner der Host-Provider sind, die die Rechtsverletzungen begehen, diese also im Lager der Internet-Auktionshäuser stehen.

Vor diesem Hintergrund fehlt es nicht nur an einem Bedürfnis für eine allgemeine Privilegierung der Host-Provider, die vielmehr je nach ihrer Schutzwürdigkeit individuell unterschiedlich behandelt werden sollten. Es fehlt auch an einer inneren Rechtfertigung, rein kommerzielle Anbieter in den Genuss einer generellen Haftungsfreistellung oder des im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Subsidiaritätsmodells zu bringen. Aus Sicht des Markenverbandes können etwa die Internet-Auktionshäuser unmöglich besser gestellt werden als die grundrechtsgeschützte Presse, die ebenfalls auf Unterlassung der Verbreitung rechtswidriger Anzeigen haftet. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die vieldiskutierten Benetton-Verfahren unter dem Stichwort „Schockwerbung“ nicht gegen das Unternehmen selbst, sondern den „Stern“ geführt wurden, der entsprechende Anzeigen abgedruckt hatte (z. B. GRUR 1995, 595 ff. – Kinderarbeit). Diesen Regelungen der Verbreiterhaftung müssen sich auch die Internet-Auktionshäuser stellen. Die flexiblen Grundsätze der Störer- und Teilnehmerhaftung ermöglichen eine einzelfallgerechte, tatbeitragsbezogene, risikoadäquate und verhältnismäßige Inanspruchnahme von Service Providern, die an der Verbreitung von Rechtsverletzungen mitwirken.

Die Störerhaftung von Zugangsvermittlern zu rechtswidrigen Angeboten ist das Grundmodell des deutschen und europäischen Rechts. Sie gilt selbst dort, wo Beteiligte in Wahrnehmung öffentlicher Interessen oder unter einer verfassungsrechtlichen Institutsgarantie handeln, wie etwa bei der Presse. Für eine generelle Haftungsprivilegierung von Host-Providern gibt es keinen sachlichen Grund, weil störeradäquate Unterlassungsverpflichtungen das Geschäftsmodell keines Host-Providers in Frage stellen. Es hat sich vielmehr in der praktischen Erfahrung herausgestellt, dass Internet-Auktionshäuser und das von ihnen vermittelte Geschäftsmodell nicht nur Nutznießer, sondern auch Ursache einer Vielzahl von Rechtsverletzungen – darunter vor allem auch die organisierte Produktpiraterie – ist. Dieser Verantwortung müssen Internet-Auktionshäuser gerecht werden.

Der MV spricht sich deshalb für eine Beibehaltung des aktuellen Rechtsstands aus.