

**Stellungnahme zur Änderung des
Telemediengesetzes**



WESTFÄLISCHE WILHELMS-UNIVERSITÄT
Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM)
- Zivilrechtliche Abteilung -
Prof. Dr. Thomas Hoeren
Prof. Dr. Bernd Holznagel

Leonardo-Campus 9
D-48149 Münster
Tel.: 02 51/83-3 86 00
Fax: 02 51/83-3 86 01
Email:
hoeren@uni-muenster.de

3. März 2009

Stellungnahme

**anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des
Deutschen Bundestages**

am Mittwoch, den 4. März 2009

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes
(Telemedienänderungsgesetz – TMGÄndG)**

- Drucksache 16/11173 –

I. Zusammenfassung:

- Die in § 7 Abs. 2 S. 2 TMG-E geplante subsidiäre Haftung des Diensteanbieters wird praktisch der Regelfall sein. Zudem trägt die allgemeine Formulierung nicht zur Behe-

bung der bestehenden Rechtsunsicherheit bei. § 7 Abs. 2 S. 2 TMG-E sollte daher aus dem Entwurf gestrichen werden und mit einem Anspruch auf Entfernung und Sperrung rechtswidriger Informationen ersetzt werden, der bei Vorlage eines vollstreckbaren Titels durchgesetzt werden kann. Weitere Prüfungs- und Überwachungspflichten sollen nicht bestehen

- § 7 Abs. 3 TMG-E sollte dahingehend geändert werden, dass sich der Titel ausdrücklich gegen den Diensteanbieter richten soll und nicht gegen den „Anbieter der Informationen nach Abs. 1“. Hierdurch entstände Rechtssicherheit und ein Ausweg aus der Haftungsfalle für die Diensteanbieter. Dem Verletzten soll für die Erlangung des Titels die Kostentransportpflicht auferlegt werden.
- § 7 Abs. 4 S. 1-3 TMG-E sollten entweder gestrichen werden, oder konkreter formuliert werden. Der geplante Wortlaut ist jedenfalls missglückt und verwirrend.
- Die Darlegungs- und Beweislast der technischen Möglichkeit und Zumutbarkeit einer dem Diensteanbieter auferlegten Maßnahme ist mit § 7 Abs. 4 S. 4 TMG-E klar und eindeutig geregelt. Aus systematischen Gründen sollte die Regelung jedoch in einem eigenständigen Absatz stehen.
- Die Regelung der Haftung eines Suchmaschinenbetreibers nach § 8a TMG-E ist grundsätzlich nachvollziehbar. Die verwendeten Verweise und Weiterverweisungen führen jedoch zu großer Unübersichtlichkeit. Außerdem sollte überlegt werden, ob die Regelung so pauschal für jegliche angebotenen Dienste eines Suchmaschinenbetreibers gelten soll.
- § 10a TMG-E (Hyperlinks) steht systematisch an der falschen Stelle. Er sollte stattdessen in Zusammenhang mit den Suchmaschinen gestellt werden. Zudem fehlt eine eindeutige Festlegung, in welchem Umfang Überwachungspflichten vorzunehmen sind. Die Verwendung von Hyperlinks sollte zudem stärker privilegiert sein als das Host-Providing, was in der Entwurfsfassung jedoch nicht geschieht.

II. Stellungnahme:

1. § 7 TMG-E – Allgemeine Grundsätze

a) § 7 Abs. 2 S. 2 TMG-E

Im Gegensatz zum derzeit geltenden Recht sollen Diensteanbieter gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 TMG-E nur dann nach den allgemeinen Gesetzen zur Entfernung oder Sperrung vorhandener Informationen verpflichtet werden, wenn sich Maßnahmen gegenüber dem verantwortlichen Nutzer als nicht durchführbar oder Erfolg versprechend erweisen und die Entfernung oder Sperrung technisch möglich und zumutbar ist (subsidiäre, also nachrangige Haftung der Diensteanbieter). Die Entwurfsbegründung nennt als Grund für diese Regel lediglich, dass das Verursacherprinzip im haftungsrechtlichen Kontext durch die Gesetzesänderung gestärkt wird.

Es trifft zu, dass das derzeit geltende Telemediengesetz keine derartige Subsidiarität vorsieht, so dass der Rechtsverletzer als Täter sowie der Diensteanbieter als Störer unabhängig voneinander in Anspruch genommen werden können, wie es der Bundesgerichtshof (BGH, U. v. 27.3.2007 - VI ZR 101/06, MMR 2007, 518) bestätigt hat. Der Gesetzesentwurf schließt sich dagegen der Argumentation der Vorinstanz an (OLG Düsseldorf, U. v. 26.4.2006 - I-15 U 180/05, ZUM-RD 2007, 234), nach der vorrangig der Rechtsverletzer in Anspruch zu nehmen sei, soweit dessen Identität bekannt ist. Ob dies eine bewusste Entscheidung gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, oder ob dessen Rechtsprechung im Entwurfsverfahren übersehen oder missverstanden wurde, ist eine andere Frage. Das Verursacherprinzip wird jedenfalls – dem Anschein nach – durch Einführung dieser Subsidiaritätsklausel gestärkt.

Zu vermuten ist jedoch, dass die als Ausnahmeregelung vorgesehene Haftung der Diensteanbieter praktisch den Regelfall darstellen wird. Es ist regelmäßig leichter, den Diensteanbieter zu identifizieren als einen für die Rechtsverletzung verantwortlichen Dritten. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Rechtsverletzer seinen (Wohn-) Sitz im Ausland hat, wodurch eine effektive Rechtsverfolgung wesentlich erschwert wird, selbst wenn dessen Adresse bekannt ist. Hinzu kommt, dass die Nutzung bei vielen im Internet angebotenen Diensten anonym erfolgt. Dies ist aus datenschutzrechtlicher Sicht natürlich zu begrüßen; die Täter sind indes im Fall von Rechtsverletzungen nicht identifizierbar. Weiterhelfen könnten allenfalls Auskunftsansprüche gegen den jeweiligen Access-Provider, die zwar nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums schneller und einfacher zu erlangen sind, deren Voraussetzungen aber ebenfalls noch nicht vollkommen geklärt sind. Dem Verletzten verbleibt also praktisch nur noch die alternative Inanspruchnahme des Diensteanbieters, wenn er seine Rechte durchsetzen

möchte. Es ist daher zu vermuten, dass trotz der Subsidiaritätsklausel weiterhin die Diensteanbieter in Anspruch genommen werden, so dass die im Gesetzesentwurf vorgesehene Gesetzesänderung voraussichtlich ins Leere laufen wird.

Zu vermuten ist ferner, dass die Formulierung der geplanten Vorschrift nicht zur Behebung der bestehenden Rechtsunsicherheit beiträgt. Es ist unklar, welche Maßstäbe an die Wahrscheinlichkeit des Erfolges zu stellen sind und wer über diese Maßstäbe zu entscheiden hat. Der Begriff der Erfolgswahrscheinlichkeit müsste also zunächst durch zahlreiche Gerichtsurteile konkretisiert werden, damit der Verletzte Anhaltspunkte bekäme, in welchen Fällen er erfolgreich gegen den Diensteanbieter vorgehen kann (und darf). Es stellt sich auch die Frage, ob der Verletzte hierfür beweispflichtig ist, oder ob er die fehlende Durchführbarkeit oder Erfolgsaussicht nur glaubhaft machen muss.

Problematisch ist auch die Voraussetzung, dass sich Maßnahmen „als nicht durchführbar oder Erfolg versprechend erweisen“. Bedeutet dies, dass bereits eine Maßnahme ergriffen worden sein muss und sich als unzureichend dargestellt hat? Oder reicht es, dass der Verletzte eine mögliche Maßnahme benennt und darlegt, aus welchen Gründen sie nicht effektiv sein wird?

Des Weiteren wird vorausgesetzt, dass „die Entfernung oder Sperrung technisch möglich und zumutbar“ sein muss. Dies ist eine Formulierung, die auch die Rechtsprechung immer wieder verwendet, wenn es um den Umfang der vom Provider zu treffenden Maßnahmen geht. Was hierunter und gerade unter der „Zumutbarkeit“ im Einzelfall zu verstehen ist, war jedoch in den letzten Jahren in der Rechtsprechung höchst umstritten und ist nicht endgültig geklärt. Die Vielzahl der hierzu ergangenen Entscheidungen hat gezeigt, dass eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht und eine Gesetzesänderung unabdinglich ist. Die jetzt geplante Änderung führt aber nicht zu einer Beseitigung dieser Unsicherheit und einer tatsächlichen Verdeutlichung des Pflichtenumfanges. Auch bisher war sich die Rechtsprechung darüber einig, dass Maßnahmen technisch möglich und zumutbar sein müssen, dennoch mussten die Gerichte für die Auslegung dieser unbestimmten Begriffe sorgen und die Pflichten für die Diensteanbieter festsetzen. Gerade diese Situation sollte durch die Gesetzesänderung beendet werden, was aber aus den genannten Gründen nicht gelingt.

§ 7 Abs. 2 S. 2 TMG-E sollte folglich in der geplanten Fassung nicht in das Telemediengesetz aufgenommen werden. Die unerwünschte Störerhaftung des Diensteanbieters gäbe es in vielen Fällen weiterhin, da der eigentliche Verletzer oft nicht identifizierbar ist oder

eine Rechtsverfolgung im Ausland nicht Erfolg versprechend genug ist. Die unbestimmten Rechtsbegriffe dieser Regelung müssten erst durch die Gerichte spezifiziert werden, damit der Nutzer konkretere Anhaltspunkte erhält, gegen wen und unter welchen Voraussetzungen er letztendlich vorgehen kann. Mit der Übernahme des Kriteriums der Zumutbarkeit bleibt die vorherrschende Rechtsunsicherheit weiterhin bestehen und von einer spürbaren Verbesserung der Situation kann kaum noch die Rede sein. Der Diensteanbieter sollte daher von einer Haftung nach den allgemeinen Gesetzen vollständig befreit werden. Um die in der Vergangenheit ausufernde Störerhaftung einzudämmen, sollte das Gesetz nur einen Anspruch auf Entfernung und Sperrung rechtswidriger Informationen vorsehen. Dieser Anspruch besteht neben dem Anspruch gegen den Rechtsverletzer, kann aber nur bei Vorlage eines vollstreckbaren Titels durchgesetzt werden (s.u.). Darüber hinaus sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass der Diensteanbieter von jeglichen Prüfungs- und Überwachungspflichten befreit ist. Diese Befreiung sollte auch für einen in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch gelten, da ansonsten der Diensteanbieter entgegen der Intention, ihn von Pflichten zu befreien, zur Durchführung von Überwachungsmaßnahmen verpflichtet wäre, um erneute gleichartige Rechtsverletzungen verhindern zu können. Eine solche Regelung entspräche zudem dem Grundsatz aus Art. 15 der E-Commerce-Richtlinie, wonach Diensteanbietern keine allgemeinen Kontroll- und Überwachungspflichten von fremden Inhalten auferlegt werden dürfen.

b) § 7 Abs. 3 TMG-E

Nach § 7 Abs. 3 TMG-E sind Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10a zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung vorhandener Informationen nur nach Vorlage eines dahin gehenden, vollstreckbaren Titels verpflichtet, der gegen den Anbieter der Informationen nach Absatz 1 gerichtet ist. Hierdurch soll laut Begründung vermieden werden, dass der Diensteanbieter innerhalb kürzester Zeit dieselbe Entscheidung wie ein Richter zu treffen hat, ohne dessen Kenntnisse, Unterlagen und Ermittlungsbefugnisse zu haben. Trifft der Diensteanbieter eine falsche Entscheidung, ist er regelmäßig einer Haftung ausgesetzt: löscht er die entsprechenden Inhalte trotz ihrer Rechtswidrigkeit nicht, kann er von dem Rechteinhaber in Anspruch genommen werden; löscht er hingegen einen zulässigen Inhalt, drohen ihm Schadensersatzforderungen seines Vertragspartners. Selbst wenn der Diensteanbieter einen wirksamen Haftungsausschluss für derart gelagerte Fälle mit dem Vertragspartner vereinbart hat, sind die Konsequenzen einer unnötigen Löschung unerwünscht: der Provider würde den vermeintlich sicheren Weg wählen und im Zweifel den Inhalt löschen oder sperren, um einer Haftung zu entgehen. Eine freie Ausübung der Mei-

nungsfreiheit oder der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit könnte bei einem solchen Vorgehen nicht mehr gewährleistet werden, wenn aus Angst vor einer Haftung gegenüber dem durch die Information Verletzten alle kritischen und heiklen Inhalte gelöscht würden.

Durch die Voraussetzung der Einholung eines vollstreckbaren Titels wäre der Diensteanbieter jedoch von der Haftung gegenüber dem Kunden befreit. Er wäre zur Sperrung des Inhalts gerichtlich verpflichtet und könnte sich auch im Fall der späteren Aufhebung des Titels und wegen der Löschung gegen ihn gerichteten Schadensersatzforderungen exkulpieren. Ferner bestünde für ihn die Rechtssicherheit, wann er welche Inhalte zu entfernen hat, und eine möglicherweise nur schwer zu treffende Entscheidung über die Zulässigkeit des Inhalts bliebe ihm erspart. Laut Entwurfsbegründung sollen mit dieser Regelung als Nebeneffekt auch unerwünschte Abmahnwellen gegen den Diensteanbieter unterbunden werden.

Die Rechtssicherheit für einen Diensteanbieter wird durch die Voraussetzung eines vollstreckbaren Titels wirksam gewährleistet. Ihn trifft keine Pflicht mehr, schwierige Entscheidungen und Abgrenzungen treffen zu müssen, die auch von Richtern oftmals nicht ohne weiteres vorgenommen werden können. Selbstverständlich gibt es eindeutige Fälle, in denen jeder Provider die Rechtswidrigkeit leicht erkennen kann, etwa wenn ein aktueller Kinofilm im Internet kostenlos zur Ansicht oder zum Download bereitgehalten wird. Andere Rechtsverletzungen sind hingegen nicht derart offensichtlich; so musste kürzlich das Bundesverfassungsgericht entscheiden, ob der Begriff „Dummschwätzer“ im Rahmen einer öffentlichen Debatte von der Meinungsfreiheit umfasst ist, oder ob die Bezeichnung unverhältnismäßig in das Persönlichkeitsrecht des Adressaten eingreift (BVerfG, B. v. 5.12.2008 - 1 BvR 1318/07, DVBl. 2009, 243). In Fällen, in denen erst in der dritten Instanz juristisch geklärt werden kann, ob eine Rechtsverletzung vorliegt, kann nicht von einem juristisch unerfahrenen Diensteanbieter verlangt werden, eine fehlerfreie Entscheidung unverzüglich nach Erhalt einer Benachrichtigung durch den Betroffenen zu treffen. Solche Entscheidungen würden insbesondere private Diensteanbieter und kleinere Unternehmen überfordern, die nicht über die Erfahrung und Ressourcen verfügen wie auf dem Markt etablierte Unternehmen. Da eine gesetzliche Differenzierung zwischen offensichtlicher und nicht-offensichtlicher Rechtswidrigkeit aber erneut zu Unschärfen und damit zu Rechtsunsicherheit bei Provider und Verletztem führen würde, ist es richtig, alle Fälle gleich zu behandeln und das Erwirken eines Titels für alle Arten der Rechtsverletzungen zu verlangen.

Natürlich geht das Erfordernis, einen vollstreckbaren Titel zu erlangen, zu Lasten des Verletzten. Dieser kann sich mit seinem Anliegen einer möglichst zeitnahen Löschung des rechtsverletzenden Inhalts nicht unmittelbar an den Diensteanbieter wenden, sondern er muss zuvor den Umweg über die Anrufung eines Gerichts gehen. Nach deutschem Zivilprozessrecht kann (wie in der Begründung des Entwurfs angeführt) relativ schnell eine einstweilige Verfügung erwirkt werden. Dennoch kann dies in bestimmten Fällen auch eine gewisse Zeit beanspruchen, vor allem, wenn der Aufenthaltsort des Antragsgegners unbekannt ist und daher eine öffentliche Zustellung (§ 185 ZPO) erfolgen muss, die erst nach Ablauf eines Monats wirksam wird (§ 188 ZPO).

Auf Grund der genannten Vorteile ist das Erfordernis eines vollstreckbaren Titels zu begrüßen. Die Formulierung ist aber misslungen, da es missverständlich ist, gegen wen sich der vollstreckbare Titel richten soll. Sollte sich der Titel gegen den Rechtsverletzer richten müssen, stellt sich oftmals das Problem, dass dieser wegen der Anonymität im Internet nicht auffindbar ist und daher ein einstweiliger Rechtsschutz gegen „Unbekannt“ beantragt werden müsste. Das ist aber im deutschen Recht nicht möglich. Selbst wenn man für diesen Fall eine subsidiäre Haftung des Diensteanbieters vorsehen sollte (wie im Entwurf vorgesehen), wäre dieser erst nach Erwirken des Titels gegen den eigentlichen Verletzer zum Handeln verpflichtet. Dass sich der Titel gegen Rechtsverletzer richten muss, ist auf Grund der Formulierung des Entwurfs aber zu vermuten. Denn ansonsten wäre der Verweis auf den „Anbieter der Informationen nach Absatz 1“ überflüssig gewesen, es genügt ein „Titel gegen den Diensteanbieter“. Auch unterscheiden sowohl § 7 Abs. 3 TMG-E als auch die Entwurfsbegründung zwischen dem „Diensteanbieter“ einerseits und dem „Anbieter von Informationen nach Absatz 1“ andererseits. Daher ist mit der letztgenannten Formulierung anscheinend nicht der Diensteanbieter gemeint, sondern der Rechtsverletzer (derjenige, für den die Information eine „eigene“ ist). Ist dieser jedoch nicht identifizierbar, könnte laut Entwurf der Provider subsidiär in die Haftung genommen werden. Wenn aber ein Titel gegen den Verletzer nicht erwirkt werden kann, könnte der Provider niemals zum Entfernen oder Sperren der Information verpflichtet werden. Dies wäre ein unhaltbarer Zustand.

Ein Titel gegen den Diensteanbieter würde hingegen effektiv gewährleisten, dass dieser den Inhalt löscht und selbst Rechtssicherheit bezüglich des Gegenstands der Löschung, also vor allem der Rechtswidrigkeit der Inhalte erlangt. Daher sollte der Entwurf dahinge-

hend geändert werden, dass nicht gegen den Rechtsverletzer, sondern gegen den Diensteanbieter der Titel erwirkt werden muss.

Im Zusammenhang mit dem Titel stellt sich auch die Frage, wer die Kosten zu tragen hat. Wie aus der Begründung hervorgeht, soll die Frage der Kostentragungspflicht für Diensteanbieter bei erstinstanzlicher Inanspruchnahme zunächst offen gelassen werden. Es wird angedeutet, dass der Diensteanbieter von diesen Kosten freigestellt werden soll, da der Verletzte ja auch gegen den Verletzer („Anbieter der Informationen“) vorgehen könnte. Wenn er trotzdem gegen den Diensteanbieter vorgeht, soll dieser nicht die Kosten tragen müssen. Hier stellt sich zunächst die Frage, unter welchen Voraussetzungen gegen den Diensteanbieter vorgegangen werden kann, ohne zunächst gegen den Verletzer vorzugehen, wenn doch laut Entwurf ein Titel gegen den Verletzer Voraussetzung für eine Verpflichtung des Diensteanbieters sein soll. Davon abgesehen ist eine Freistellung des Diensteanbieters erstrebenswert. Es komplettiert die anvisierte Haftungsfreistellung, da ansonsten die Gefahr besteht, dass Diensteanbieter zwar nicht auf Schadensersatz, Unterlassung etc. haften und auch von Abmahnkosten befreit sind, sie aber dennoch nicht unerhebliche prozessuale Kosten zu befürchten haben. Eine ausdrückliche Zuweisung der Kostentragungspflicht auf den Verletzten bzw. eine Freistellung des Diensteanbieters sollte daher in den Entwurf aufgenommen werden. Zu Recht weist die Begründung im Übrigen darauf hin, dass der Verletzte für die so entstehenden Kosten vom Verletzer Ersatz verlangen kann. Er trägt zwar das Risiko, dass dieser zahlungsunfähig oder nicht identifizierbar ist oder sich im Ausland befindet und der Anspruch nicht durchgesetzt werden kann. Unter dem Gesichtspunkt einer weitgehenden Haftungs- und Risikofreistellung der Diensteanbieter ist es jedoch gut vertretbar, den Verletzten mit dem Kostenrisiko zu belasten.

- c) Mit den Regelungen des § 7 Abs. 4 S. 1-3 TMG-E werden ungeachtet der eigentlichen Haftungsprivilegien dazu verpflichtet, die Inhalte ihrer Dienste auf Rechtsverletzungen zu untersuchen. Dies soll dann gelten, wenn Rechtsvorschriften den Diensteanbietern „nach pflichtgemäßen Ermessen von diesen zu erwartende Sorgfaltspflichten“ auferlegen, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern. Diese Regelung kann nur dann sinnvoll sein, wenn die Anzahl der hiermit gemeinten Rechtsvorschriften gering ist, da ansonsten die gewünschte Rechtssicherheit und -klarheit für den Provider nicht erreicht werden kann. In diesem Fall wären sämtliche Erleichterungen und Privilegierungen von Diensteanbietern nutzlos. Beispielsweise dürfte § 1004 Absatz 1

BGB nicht gemeint sein, da es Sinn und Zweck der Gesetzesänderung sein soll, die allgemeine Störerhaftung definitiv auszuschließen. Die Rechtsvorschriften müssen also spezifisch auf die Pflichten der Diensteanbieter eingehen und auf die zu erwartenden Rechtsverletzungen.

Leider ergibt die derart allgemein gefasste Formulierung des § 7 Abs. 4 S. 1 TMG-E keineswegs, welche Vorschriften konkret gemeint sind. In der Entwurfsbegründung wird ausgeführt, dass die Vorschrift der Tatsache Rechnung tragen soll, dass Diensteanbietern durch Rechtsverletzungen Dritter auch Vorteile entstehen können. Daher besteht ein gesetzliches Interesse daran, dass Diensteanbieter selbst bestmöglich an der Verhinderung von Rechtsverletzungen mitwirken. Es ist richtig, dass Diensteanbieter in einigen Konstellationen kommerzielle Vorteile aus den Rechtsverletzungen ihrer Nutzer ziehen können, etwa wenn auf einer Online-Auktionsplattform Produkte versteigert werden, die fremde Marken- oder Urheberrechte verletzen, und wenn die Auktionsplattform am Verkaufserlös prozentual beteiligt werden (vgl. hierzu OLG Hamburg, U. v. 24.7.2008 - 3 U 216/06, WRP 2008, 1569). Dieses Ziel geht aus der Vorschrift selbst jedoch nicht hervor, und konkrete Pflichten lassen sich für die Diensteanbieter nicht erkennen. Vielmehr trägt diese Vorschrift nur zu großer Verwirrung bei, zumal ursprünglich geregelt wurde, dass Diensteanbieter keine Handlungspflichten treffen. Nachdem schon § 7 Abs. 2 S. 2 TMG-E eine Ausnahme zur Haftungsfreistellung normiert, wird hiermit eine weitere Ausnahme eingeführt. Von einer eindeutigen und übersichtlichen Regelung der Handlungspflichten eines Diensteanbieters kann keine Rede mehr sein. Der Verweis auf die entsprechende Geltung des § 7 Abs. 2 TMG hilft dabei auch nicht weiter. Einerseits sollen Diensteanbieter Sorgfaltspflichten treffen (Abs. 4), andererseits sind sie gerade von diesen befreit (Abs. 2). Eindeutigen Sinn ergibt diese Vorschrift in der vorgeschlagenen Version jedenfalls nicht. Daher ist eine Streichung oder konkretere Formulierung anzustreben.

Missglückt ist auch der Verweis der Diensteanbieter an eine zuständige Stelle, wenn im Zuge der Sorgfaltspflichten Kenntnis vermutlich rechtswidriger Tätigkeiten erlangt wurde. Es ist nicht ersichtlich, welche Stelle dies sein soll. Staatsanwaltschaft, Aufsichtsbehörde, Polizei, Dienstherr, ...? Denkbar ist auf Grund der Begründung allenfalls, dass über Absatz 4 die Voraussetzung dafür geschaffen werden soll, freiwillige Verfahren zur kooperativen Beseitigung von Rechtsverletzungen zu erfassen („notice and take down“ oder die Einrichtung einer Art Schiedsstelle). Klar geht dies aber weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch aus der Entwurfsbegründung hervor.

- d) § 7 Abs. 4 S. 4 TMG-E regelt die Darlegungs- und Beweislast der technischen Möglichkeit und Zumutbarkeit einer dem Diensteanbieter auferlegten Maßnahme. Die Beweislast war in der Vergangenheit nicht immer einheitlich dem Gläubiger oder dem Schuldner auferlegt worden. Daher ist zu begrüßen, dass der Gesetzesentwurf ausdrücklich vorsieht, dass der Antragsteller die technische Möglichkeit und Zumutbarkeit der dem Diensteanbieter auferlegten Maßnahme darlegen muss.

Positiv an dieser Regelung ist deren klare und eindeutige Formulierung. Auch ergibt es auf den ersten Blick Sinn, dass ein Antragsteller, der eine Handlung von einem Diensteanbieter begehrt bzw. das Unterlassen einer Maßnahme kritisiert, die technische Möglichkeit und die Zumutbarkeit dieser Maßnahme darlegen muss. Dies entspricht im Grunde auch der allgemeinen prozessualen Regeln, dass jede Partei für sie günstige Tatsachen beweisen muss. Da die technische Möglichkeit und Zumutbarkeit der Maßnahme Voraussetzung für den Anspruch gegen den Diensteanbieter ist, muss der Verletzte dies darlegen und ggf. beweisen. Ein für den Diensteanbieter schwer zu führender Negativbeweis wird, wie es auch die Begründung herausstellt, durch die Klarstellung ausgeschlossen. Allerdings wird es für den Verletzten regelmäßig unmöglich sein, diese Beweisführung vorzunehmen, da er von den technischen Möglichkeiten und insbesondere von den für die Bestimmung der Zumutbarkeit relevanten betrieblichen Abläufen beim Diensteanbieter keine Kenntnis hat. Hinsichtlich der technischen Möglichkeit einzelner Maßnahmen können jedoch Sachverständigen-Gutachten eingeholt werden. Und für die Frage der Zumutbarkeit ist von der Rechtsprechung anerkannt, dass den Diensteanbieter auf Grund seiner Kenntnis und der dementsprechenden Unkenntnis des Verletzten eine sekundäre Darlegungslast trifft, auf Grund derer er substantiiert darlegen muss, warum für ihn einzelne Maßnahmen nicht zumutbar sind (vgl. BGH, U. v. 10. 4. 2008 - I ZR 227/05, NJW 2008, 3714).

Unklar ist wegen der Systematik jedoch, auf welche Maßnahmen genau sich die Regelung bezieht. Denn vom Wortlaut wird nur die Beweisführung hinsichtlich der Maßnahmen im Zusammenhang mit den Sorgfaltspflichten nach Abs. 4 erfasst, die durch die Rechtsvorschriften auferlegt wurden. Ob sich die Beweislastregelung hingegen auch auf die technische Möglichkeit und die Zumutbarkeit der Maßnahmen nach Abs. 2 erstrecken soll, wird nicht deutlich. Es wäre aber wegen der dann einheitlichen Behandlung und der Klarstellungswirkung wünschenswert. Daher sollte Wortlaut und Systematik geändert werden

(z.B. dahingehend, dass die Beweislast in einem eigenen Absatz geregelt wird, der für die gesamte Vorschrift gilt).

2. § 8a TMG-E – Suchmaschinen

§ 8a TMG-E legt zunächst den Tätigkeitsbereich von Suchmaschinenbetreibern fest. Diensteanbieter betreiben danach Suchmaschinen, wenn sie Nutzern elektronische Hilfsmittel zur Suche nach fremden Informationen bereitstellen. Suchmaschinenbetreiber sind nach der geplanten Regelung dann von der Haftung befreit, wenn sie die Übermittlung der abgefragten Informationen nicht veranlasst haben, den Empfänger der Informationen nicht ausgewählt haben und die abgefragten Informationen weder nicht-automatisiert ausgewählt noch verändert haben. Die Bereitstellung der Information muss also ungefiltert und automatisiert auf Abfrage des Nutzers erfolgen. Die Handlungspflichten und das Erfordernis eines vollstreckbaren Titels werden durch die Verweise in § 7 Abs. 2 und 3 TMG-E auch für Suchmaschinenbetreiber geregelt. Ausnahmen von dieser Haftungsprivilegierung enthält § 8a Abs. 2 TMG-E, indem er auf die entsprechende Anwendung von § 7 Abs. 4 und § 8 Abs. 1 S. 2 TMG-E verweist. Der Schutz der Anbieter ist also – zusätzlich zu § 7 Abs. 2 TMG-E – geschwächt.

Nachvollziehbar ist die Ausnahme von der Privilegierung durch den Verweis auf § 8 Abs. 1 S. 2 TMG, da diese Norm den Fall betrifft, dass der Diensteanbieter absichtlich mit einem Nutzer der Suchmaschine zusammenarbeitet, um rechtswidrige Handlungen zu begehen. In diesem Fall ist der Diensteanbieter nicht schutzbedürftig und soll nicht trotz seines bewusst rechtswidrigen Verhaltens in den Genuss einer Haftungsprivilegierung kommen. Denn diese beruht auf dem Gedanken, dass Diensteanbieter eine sozial erwünschte, für das Internet nützliche Funktion ausüben und ihnen auf Grund der Fülle an Informationen und der technischen Gegebenheiten sowie des Fernmeldegeheimnisses eine inhaltliche Kontrolle der Informationen, die sie für andere speichern, übermitteln oder zu denen sie den Zugang vermitteln, nicht wirksam möglich ist. Dies gilt auch für Betreiber von Suchmaschinen, die auf die Inhalte keinen Einfluss nehmen. Wenn ein Betreiber aber absichtlich mit einzelnen Nutzern in rechtswidriger Absicht zusammenarbeitet, entfallen all diese Erwägungen, so dass auch die Privilegierung entfallen muss.

Der Verweis auf § 7 Abs. 4 TMG-E ist aus den oben genannten Gründen wiederum fraglich. Es ist unklar, welche Vorschriften gemeint sind, die der Suchmaschinenbetreiber trotz der Haftungsprivilegierungen beachten muss und welche Stelle er zu benachrichtigen

hat. Der doppelte Verweis von § 8a Abs. 2 TMG-E auf § 7 Abs. 4 TMG-E und von diesem auf § 7 Abs. 2 TMG-E ist verwirrend, zumal schon § 7 Abs. 2 und 3 TMG-E Suchmaschinenbetreiber betreffen, wie der Verweis auf die §§ 8 bis 10a TMG zeigt. Durch die in § 7 Abs. 4 TMG-E angeordnete entsprechende Anwendung des § 7 Abs. 2 TMG-E wird hinsichtlich der Haftung über die Rechtsvorschriften (Abs. 4) zudem wieder die aus oben genannten Gründen unerwünschte Subsidiarität eingeführt.

Der Übersichtlichkeit gerade für Nicht-Juristen kommt diese Vorgehensweise auf Grund der vielen Verweise und entsprechenden Anwendungen sicherlich nicht zugute. Allerdings ist zu begrüßen, dass durch den Verweis des § 8a Abs. 2 TMG-E auch für ein Vorgehen gegen den Suchmaschinenbetreiber die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der technischen Möglichkeit und Zumutbarkeit klargestellt wurde (mit den oben genannten Einschränkungen).

Die Formulierung in § 8a Abs. 1 Nr. 3 TMG-E ist auf Grund der doppelten Verneinung unglücklich. Besser könnte der Gesetzestext in Nr. 3 lauten: „diese automatisiert ausgewählt und nicht verändert haben“.

Fraglich ist zudem, ob verschiedene Angebote wie die klassische Websuche oder etwa eine Bilder- oder Videosuche gleich behandelt werden sollten, zumal gerade die Bildersuche ein deutlich erhöhtes Risiko für Rechtsverletzungen darstellt und etwa vom LG Hamburg (U. v. 26.9.2008, - 308 O 42/06, MMR 2009, 55) praktisch verboten wurde wegen der Urheberrechtsverletzungen durch die Anzeige (öffentliche Zugänglichmachung) der Bilder in Form von niedrig auflösenden Vorschaubildern (Thumbnails). Unklar ist weiterhin, ob auch an die Suchanfrage angepasste Werbeanzeigen auf der Website des Suchmaschinenbetreibers von der Vorschrift umfasst sind, und ob diese als fremder oder sogar als eigener Inhalt behandelt werden sollen.

3. § 10a TMG-E – Hyperlinks

Mit § 10a TMG-E soll die Haftung im Zusammenhang mit dem Setzen von Hyperlinks geregelt werden, welche als elektronische Verweise auf fremde Informationen gesetzlich definiert werden. Diensteanbieter, die solche Verweise setzen, sind danach nicht für die Informationen verantwortlich, auf die der Hyperlink verweist, sofern sie keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der fremden Informationen haben, diese nicht offensichtlich ist oder wenn der Hyperlink unverzüglich nach Kenntniserlangung von der Rechtswidrigkeit

entfernt wird. Die Haftungsprivilegierung soll nicht gelten, wenn der Anbieter der fremden Informationen dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird oder der Diensteanbieter die fremden Informationen als seine eigenen darstellt. § 7 Abs. 2 und 3 TMG-E gilt auch für die Verwender von Hyperlinks und ebenso wie bei § 8a TMG-E wird auch für die Verwender von Hyperlinks eine entsprechende Anwendung von § 7 Abs. 4 TMG-E und § 8 Abs. 1 S. 2 TMG normiert. Die oben genannten Kritikpunkte gelten auch für diese Vorschrift.

Gut an der geplanten Regelung ist, dass das Problem der Haftung für Hyperlinks gesehen wurde und eine gesetzliche Normierung angestrebt wird. Bisher unterlagen Setzer von Hyperlinks nach nicht dem Regelungs- und Privilegierungssystem des TMG (vgl. BGH, U. v. 18.10.2007 - I ZR 102/05, ZUM 2008, 511), weshalb eine ausdrückliche Regelung im Gesetz zu begrüßen ist. Im Wesentlichen wurde allerdings nur die bisher ergangene Rechtsprechung zu Hyperlinks in den Entwurf aufgenommen. Danach sollen solche Diensteanbieter nicht privilegiert werden, die die fremden verlinkten Informationen „als eigene darstellen“. Diese Anbieter sollen (wie nach bisheriger Rechtsprechung, vgl. BGH, U. v. 18.10.2007 - I ZR 102/05, ZUM 2008, 511; LG Hamburg U. v. 12.05.1998 - 312 O 85/98, NJW 1998, 3650) wie Content-Provider behandelt und nicht privilegiert werden. Eine Definition, wann verlinkte Informationen zu eigen gemacht werden, fehlt, ist aber auch nur schwer gesetzlich normierbar.

Wenn das Setzen von Hyperlinks nun gesetzlich geregelt wird, sollte die Gelegenheit genutzt werden, die Befreiung oder zumindest den Umfang von Überwachungspflichten festzulegen. Denn auf Grund der jetzigen Fassung des Entwurfs würde – zumindest subsidiär – nach § 7 Abs. 2 S. 2 TMG-E auch trotz der Privilegierung des § 10a TMG-E eine Haftung nach den allgemeinen Gesetzen gelten. Die Rechtsprechung hat sich in der Vergangenheit sehr schwer getan, den Umfang dieser Pflichten zu bestimmen. Das OLG München hat erst kürzlich klargestellt, dass bei Setzen des Links die verlinkte Information geprüft werden müsse, danach aber ohne weitere Anhaltspunkte keine Pflicht bestünde zu prüfen, ob der Inhalt weiterhin rechtmäßig ist oder inzwischen rechtswidrig geworden ist oder geändert wurde (U. v. 29.4.2008 - 18 U 5645/07, AfP 2008, 618). Hier kann aber noch nicht von einer gefestigten Rechtsprechung die Rede sein. Daher wäre es wünschenswert klarzustellen, dass den Diensteanbieter unter den in § 10a genannten Voraussetzungen keinerlei Pflichten treffen, den bei Verlinkung geprüften Inhalt nochmals zu überprüfen, und dass er erst ab Kenntnis handeln (d.h. löschen) muss. Die subsidiäre Haf-

tung nach den allgemeinen Gesetzen, die § 7 Abs. 2 S. 2 TMG-E vorsieht, sollte dagegen ausgeschlossen werden, da dieser wieder zu einer umfassenden Störerhaftung mit unklarer Reichweite führt.

Gesetzessystematisch folgt § 10a TMG-E der Regelung über Hostprovider (§ 10 TMG) mit einer praktisch inhaltsgleichen Aussage für eine Haftung. In § 10 TMG fehlt lediglich der Verweis auf die entsprechende Anwendung von § 7 Abs. 4 TMG-E und § 8 Abs. 1 S. 2 TMG, wodurch der Hostprovider letztlich besser steht als der Diensteanbieter, der eine Verlinkung vornimmt. Diese Gleichstellung oder Annäherung sollte auf keinen Fall vorgenommen werden. Hostprovider stellen Speicherplatz für fremde Informationen auf ihren eigenen Servern zur Verfügung und können theoretisch Einfluss darauf nehmen, wann welcher Nutzer unter welchen Bedingungen welche Information auf den Servern ablegt oder ändert. Die von ihnen ggf. vorzunehmende Überwachung und Überprüfung auf Rechtsverletzungen kann jedenfalls zu einem Teil durch technische Filterprogramme durchgeführt werden (vgl. Argumentation des OLG Hamburg, U. v. 24.7.2008 - 3 U 216/06, WRP 2008, 1569), was bei Hyperlinks nicht der Fall ist, wenn die fremden Inhalte auf fremden Servern gespeichert sind. Hier müsste eine nicht-automatisierte Überprüfung der Inhalte stattfinden, um die andauernde Zulässigkeit der fremden Inhalte im Blick zu behalten. Auch deshalb sollte hier eine eigenständige Regelung vorgenommen und solche Überwachungspflichten ausdrücklich ausgeschlossen werden.

Die Regelung zu Hyperlinks ist aus diesen Gründen vielmehr im Zusammenhang mit der Vorschrift zur Haftung von Suchmaschinenbetreibern zu sehen: aus technischer Sicht bieten beide Arten von Diensteanbietern eine elektronische Verknüpfung zu fremden Inhalten an. Der Setzer von Hyperlinks, der ohne eigene inhaltliche Aussage Verlinkungen vornimmt, verweist insofern genauso auf fremde Inhalte wie der Suchmaschinenbetreiber, zumindest solange dieser bei der Anzeige der Suchergebnisse keine Auswahl vornimmt und keine inhaltliche Aussage trifft. Der relevante Unterschied ist, dass Hyperlinks bewusst gesetzt werden und dauerhaft für die Adressaten der Informationen sichtbar sein sollen, während Suchmaschinenbetreiber die Hyperlinks automatisiert anzeigen und keinen Einfluss auf das Suchergebnis haben, welches allein von der Eingabe der Schlagwörter des Nutzers abhängt und somit bei jeder Anfrage neu generiert wird. Daher bietet sich für diese beiden Arten von Diensteanbietern eine Unterscheidung in generelles und spezielles Gesetz (*lex generalis* und *lex specialis*) an. Die Vorschriften sollten dies in ihrer Systematik widerspiegeln, etwa indem sie aufeinander folgen oder in „§ 8a“ und „§ 8b“

eingeteilt werden. Zumindest sollten sie in einen deutlich engeren Zusammenhang gerückt werden. Suchmaschinenbetreiber wären danach unter den in § 8a TMG-E aufgeführten Voraussetzungen von der Haftung befreit. Setzer von Hyperlinks sollten ebenfalls weitestgehend von einer Haftung befreit werden, und zwar auch nach den „allgemeinen Gesetzen“, wenn sie die fremden Inhalte bei bewusstem Setzen der Verknüpfung einmalig auf rechtswidrige Inhalte untersuchen. Weitergehende Überprüfungspflichten sollte es nicht geben, und erst bei einer Abmahnung/Benachrichtigung über die Rechtswidrigkeit der fremden Inhalte mit einem vollstreckbaren Titel müsste der Hyperlink entfernt werden.