

BEITRÄGE

Prof. Dr. Dr. Jürgen Ensthaler* /Mirko Heinemann**

Berlin

Zur Haftung des Hostproviders

Eine Betrachtung aus Anlass des aktuellen OECD Berichtes zu den wirtschaftlichen Folgen von Marken- und Produktpiraterie

INHALT

- A. Einleitung
- B. Zur Störerhaftung von Plattformbetreibern wegen Marken- und Produktpiraterie
 - I. Entwicklung der Störerhaftung
 - II. Voraussetzungen der Störerhaftung
 - 1. Verursachungsbeitrag
 - 2. Einschränkung der Störerhaftung
 - a) Keine Haftungsprivilegierung des Plattformbetreibers nach § 10 TMG
 - b) Verletzung zumutbarer Prüfungspflichten
 - c) Entstehung der Prüfungspflichten und Reichweite der Störerhaftung
- C. Fazit

A. Einleitung

Aus dem im Jahre 2008 veröffentlichten Bericht der OECD über die wirtschaftlichen Folgen von Produkt- und Markenpiraterie ergibt sich, dass der internationale Handel mit gefälschten und

unerlaubt kopierten Produkten im Jahre 2005 ein Volumen von schätzungsweise 200 Mrd. US-\$ erreicht hat.¹⁾ Noch nicht mit eingerechnet in diese Zahl sind Produktfälschungen, die ausschließlich im Inland hergestellt und konsumiert werden, also den internationalen Handel gar nicht erreichen.

Der Schaden für die Gesamtwirtschaft ist beträchtlich. Neben der Beeinträchtigung der unternehmerischen Innovationstätigkeit zeigt der Bericht als weitere Folge sich ausbreitender Marken- und Produktpiraterie Sicherheitsrisiken und Gesundheitsgefahren für die Verbraucher auf, die aus den häufig qualitativ minderwertigen Produktfälschungen resultieren.

Gerade die vermeintliche Anonymität des Internets animiert Produktfälscher am positiven Image namhafter Hersteller rechtswidrig zu partizipieren. Befragt man Markenhersteller der Konsumgüterindustrie nach dem Stellenwert von Marken- und Produktpiraterie speziell im Internet, wird dieser Bereich als ein großes und vor allem wachsendes Problem beschrieben. Produktpiraten versuchen zunehmend, Plagiate über das Internet direkt an Kunden zu verkaufen. Die Markenhersteller sehen sich dabei nicht nur häufig mit Fälschungen von Produkten aus ihren Produktpaletten konfrontiert, sondern müssen ebenso er-

* Professor Dr. Dr., Inhaber des Lehrstuhls für Wirtschafts-, Unternehmens- und Technikrecht an der Technischen Universität Berlin.

** Ass. jur., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Wirtschafts-, Unternehmens- und Technikrecht an der Technischen Universität Berlin.

1) Vgl. OECD, Die wirtschaftlichen Folgen von Produkt- und Markenpiraterie, Paris (2008), S. 11 ff.

kennen, dass deren Markenzeichen für völlig andere Produkte missbraucht werden.²⁾

Bei der Rechtsverfolgung stellt sich meist die Herausforderung, möglichst wirksam und schnell gegen Produktfälschungen vorzugehen. Erschwert wird dies aber dadurch, dass Produktfälscher selten eigene Online-Shops zum Vertrieb der Piraterieware betreiben. Angebote finden sich oft auf Internet-Auktionsplattformen, wie beispielsweise eBay. Daneben bieten sich die immer zahlreicher in Erscheinung tretenden sog. elektronischen Marktplätze zur Nutzung an.³⁾ Diese kommerziellen Online-Plattformen zeichnen sich dadurch aus, dass viele Anbieter ihre Waren kostenpflichtig auf einer Plattform mit einer einheitlichen Architektur, was beispielsweise die Abwicklung von getätigten Online-Käufen angeht, einem unbestimmten Käuferkreis („many-to-many“ Beziehung) zum Kauf anbieten.

Ein gangbarer Weg zur Bekämpfung von Produktfälschungen ist daher die Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen gegenüber den Betreibern dieser Internetplattformen, auf denen Dritte gefälschte Markenprodukte anbieten. Den rechtlichen Rahmen hierfür bietet die Störerhaftung, bei der häufig umstritten ist, was den Betreibern der Plattformen eigentlich an Maßnahmen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen Dritter zuzumuten ist. Hierauf ist nachfolgend einzugehen. Zunächst werden die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen dargestellt.

B. Zur Störerhaftung von Plattformbetreibern wegen Marken- und Produktpiraterie

I. Entwicklung der Störerhaftung

Der negatorische Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB ergänzt den Eigentumsherausgabeanspruch aus § 985 BGB insoweit, wie er Schutz gegen Eigentumsbeeinträchtigungen bietet, die nicht auf Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beruhen. Er räumt dem Eigentümer unter bestimmten Voraussetzungen einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegenüber dem sog. Störer ein, sofern den Eigentümer im Hinblick auf die Beeinträchtigung keine Duldungspflicht trifft. Der Anspruch ist bekanntermaßen verschuldensunabhängig.

Dem Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB kommt heute über seinen direkten Anwendungsbereich zur Abwehr von Eigentumsbeeinträchtigungen hinaus besondere Bedeutung zu, da allgemein anerkannt ist, dass jedes absolut geschützte Recht gegen Beeinträchtigungen durch einen § 1004 Abs. 1 BGB entsprechenden, verschuldensunabhängigen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch geschützt ist.⁴⁾ Die von Marken- und Produktpiraterie betroffenen gewerblichen Schutzrechte sowie das Urheberrecht gewähren grundsätzlich solche Ausschließlichkeitsrechte. Zwar kennen die existierenden gesetzlichen Regelungen neben Schadenersatzansprüchen auch Unterlassungsansprüche (vgl. z.B. § 139 PatG; §§ 14, 15 MarkenG; § 42 GeschmMG; § 97 UrhG), jedoch

knüpfen diese eben an bestimmte Benutzung- und Verwendungsformen an.

Soweit ein Internetprovider nicht als sog. Content-Provider⁵⁾ eigene Inhalte im Internet zur Verfügung stellt bzw. sich fremde Inhalte im Sinne des § 7 Abs. 1 Telemediengesetz (TMG) zu eigen macht, fehlen meist anspruchsbegründende Voraussetzungen für einen täterschaftlichen Unterlassungsanspruch. Werden bei einem Internetauktionshaus gefälschte Markenartikel durch Dritte angeboten, so begehrt der Betreiber selbst meist keine Markenrechtsverletzung. Selbst wenn an den Betreiber der Plattform eine Gebühr für die Versteigerung zu entrichten ist, bietet dieser nicht selbst die gefälschte Markenware im Netz an und benutzt insoweit auch nicht die Marke zur Warenkennzeichnung.⁶⁾ Genauso wenig ist der Betreiber *Teilnehmer* an einer Markenrechtsverletzung, sofern er neben der objektiven Beihilfehandlung nicht mindestens mit bedingtem Vorsatz im Hinblick auf die rechtswidrige Haupttat handelt, was im weitgehend automatisierten Massengeschäft im Internet ganz überwiegend ausscheiden dürfte.⁷⁾

Vor diesem Hintergrund kommt der verschuldensunabhängigen Störerhaftung aus § 1004 Abs. 1 BGB im Interesse eines effizienten Schutzes des Rechteinhabers eine entscheidende Rolle zu. So besteht oftmals das praktische Erfordernis sofort gegen natürliche oder juristische Personen vorzugehen, deren Verhalten bloß ursächlich für die Beeinträchtigung von Immaterialgüterrechten ist.⁸⁾ Der Kreis der Passivlegitimierten wird dadurch stark ausgedehnt, was aber auch das Bedürfnis nach einer klaren Grenzziehung mit sich bringt. Diese Grenzziehung und die Voraussetzungen der Störerhaftung werden im Folgenden dargestellt.

II. Voraussetzungen der Störerhaftung

1. Verursachungsbeitrag

Zum Störer wird, wer zur widerrechtlichen Verletzung eines absoluten Rechts willentlich einen adäquat-kausalen Beitrag leistet oder dessen Verhalten die Beeinträchtigung eines solchen Rechtsgutes befürchten lässt.⁹⁾ Ist das Verhalten des vermeintlichen Störers in irgendeiner Weise mitursächlich für die Rechtsverletzung geworden, richtet sich die Beurteilung der Adäquanz danach, ob der Verursachungsbeitrag allgemein und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, den konkreten Erfolg herbeizuführen.¹⁰⁾

Werden im Internet fremde, die Rechte Dritter verletzende Inhalte durch einzelne Anbieter auf vorhandenen Internetplattformen verbreitet oder zugänglich gemacht, so kann in der Zurverfügungstellung von Speicherplatz und eines bestimmten Rahmens, in dem die Inhalte präsentiert werden, meist ein adä-

5) Vgl. zu den Begrifflichkeiten *Thomas Hoeren* in: Festschrift für Ulrich Eisenhardt, München (2007), S. 243/244.

6) Vgl. bspw. BGH WRP 2004, 1287 (1291) – Internetversteigerung.

7) Vgl. bspw. BGH WRP 2007, 964 – Internetversteigerung II.

8) So schon BGH GRUR 1957, 352 (354).

9) Vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, 68. Aufl. (2009), Einf. v. § 823 Rn. 22.

10) So die gängige Definition zur Adäquanz, vgl. *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., Vorb. v. § 249, Rn. 59.

2) Dies geht aus einer von den Verfassern im Jahre 2009 durchgeführten Befragung einer nichtrepräsentativen Anzahl von namhaften deutschen Unternehmen hervor.

3) Vgl. *Bräutigam/Leupold*, Online-Handel, München (2003), Kap. A.II., Rz. 38.

4) Vgl. MünchKommBGB/*Baldus*, § 1004 Rn. 2; *Wolf*, Sachenrecht (22. Aufl.), Rn. 323.

quat-kausaler Tatbeitrag des Betreibers dieser Internetplattform gesehen werden. Dann ist nach den allgemeinen Regeln eine Störerhaftung grundsätzlich in Betracht zu ziehen.¹¹⁾

2. Einschränkung der Störerhaftung

a) Keine Haftungsprivilegierung des Plattformbetreibers nach § 10 TMG

Die Frage, ob der Betreiber einer Internet-Plattform, auf der Dritte gewerblich Waren zum Kauf oder im Rahmen einer Auktion anbieten können, überhaupt im Wege der Störerhaftung in Anspruch genommen werden kann, wird seit einigen Jahren lebhaft diskutiert. Zur Debatte steht dabei die Anwendung des Telemediengesetzes (TMG), welches in den §§ 7 bis 10 für die Anbieter von Telemediendiensten Haftungsprivilegierungen vorsieht.

Die Anwendbarkeit des TMG setzt nach § 1 Abs. 1 TMG zunächst voraus, dass ein Anbieter Telemediendienste, also elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, deren Funktionen sich nicht lediglich in der Übertragung von Informationen erschöpfen und die mittels Telekommunikation übertragen werden, zur Nutzung bereithält.¹²⁾ Die Betreiber der hier zu Grunde gelegten Internetplattformen, wie beispielsweise Online-Marktplätze oder Internetauktionshäuser, erbringen grundsätzlich Telemediendienste. Diese bestehen darin, dass Dritte auf den betriebenen Internetseiten in einem dafür vorgesehenen Rahmen einer vorhandenen Architektur Produkte anbieten können. Es handelt sich hierbei um Dienstleistungen, die elektronisch mittels Telekommunikation bereitgestellt werden. Das TMG findet daher Anwendung, weshalb zu klären ist, ob ein Plattformbetreiber hinsichtlich der störerrechtlichen Haftung nach den o.g. Vorschriften des TMG privilegiert ist.

Nach § 10 TMG wird der sog. Host-Provider, der fremde Informationen für einen Nutzer speichert, hinsichtlich einer etwaigen Haftung wegen rechtswidriger Handlungen Dritter privilegiert. Nach dem dieser Vorschrift zu Grunde liegenden Verständnis kann die Dienstleistung des Betreibers auch darin bestehen, für den Kunden nicht nur eine quasi ausgelagerte Datenspeicherung vorzunehmen, sondern vielmehr dessen digitale Informationen Dritten zugänglich zu machen.¹³⁾ Es handelt sich also genau um die Situation, in der sich die Betreiber der hier relevanten Plattformen befinden.

Ist mit den gespeicherten Daten eine Verletzung von Rechten Dritter verbunden, ist ein Diensteanbieter hierfür nach dem Wortlaut des Gesetzes nur verantwortlich, wenn er Kenntnis von einer Rechtsverletzung erlangt bzw. im Hinblick auf Schadensersatzansprüche ihm zumindest Umstände bekannt werden, aus denen eine rechtswidrige Handlung offenkundig ersichtlich ist *und* die rechtsverletzende Information nicht unverzüglich von der Plattform entfernt bzw. gesperrt wird.

Anderes gilt grundsätzlich, wenn sich der Betreiber die Daten zu Eigen macht. Dann haftet er nach den allgemeinen Vorschriften, ohne nach dem TMG privilegiert zu sein, vgl. § 7 Abs. 1 TMG. Die Abgrenzung zwischen eigenen und fremden Inhalten wird von der Rechtsprechung nach wie vor danach vorgenommen, ob der Plattformbetreiber aus Sicht des Nutzers die Informationen als eigene übernehmen will oder ob diese für ihn erkennbar fremd sind.¹⁴⁾ Der Betreiber macht sich fremde Informationen jedenfalls nicht dadurch zu Eigen, dass er eine Gebühr für die Nutzung seiner Plattform erhält.¹⁵⁾ Überprüft der Betreiber die abzuspeichernden Informationen selbst, kann ein Zueigenmachen hingegen in Betracht kommen. Letzteres dürfte aber aufgrund der meist automatisierten Verfahren der Plattformbetreiber ausscheiden.

Soweit nun ein störerrechtlicher Abwehrensanspruch in Betracht kommt, richtet sich dieser – wie oben erläutert – nicht auf den Ersatz des entstandenen Schadens, sondern lediglich auf die Beseitigung der eingetretenen Störung und auf die Verhinderung künftiger Störungen. Streitig ist vor diesem Hintergrund folglich, ob der Betreiber der Plattform gemäß § 10 Nr. 1, 1. Alt. TMG solange von einer Störerhaftung ausgenommen bleibt, wie er keine Kenntnis von der rechtswidrigen Tat hatte. Dies hat der BGH inzwischen wiederholt abgelehnt.¹⁶⁾ Vom BGH wird die Auffassung vertreten, die Ziffer 1 des § 10 TMG beziehe sich zum einen ausdrücklich auf Schadensersatzansprüche und zum anderen auf strafrechtliche Verantwortlichkeit des Providers für Inhalte der von ihm betriebenen Seiten.¹⁷⁾ Der Störer sei demnach nicht haftungsprivilegiert und unterfalle – wie durch § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG bestätigt werde – den allgemeinen Gesetzen.

Deutlich vernehmbare Stimmen in der Literatur halten aber die Anwendung der Haftungsprivilegierung auch auf die Störerhaftung vor dem Hintergrund der E-Commerce-Richtlinie (ECRL), auf die das TMG zurück geht, für angezeigt. Ziel der ECRL und damit auch des TMG ist unbestrittenermaßen die Schaffung von Rechtssicherheit für elektronischen Rechtsverkehr im Binnenmarkt.¹⁸⁾ Deshalb sei es nicht akzeptabel, dass nach der Rechtsprechung des BGH Diensteanbieter, die die Verhaltensregeln der §§ 8 bis 10 TMG befolgten, dennoch im Wege der Störerhaftung in Anspruch genommen werden können.¹⁹⁾ Tatsächlich spiele die Störerhaftung bei Haftungsfragen im Internet im Vergleich zu Schadensersatzfällen nämlich die deutlich bedeutendere Rolle. Nach dem Gesetzeszweck sei daher in § 10 TMG zwischen den verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen und anderen Ansprüchen, zu denen der verschuldensunabhängige störerrechtliche Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch zähle, zu unterscheiden. Hierfür wird u.a. auch die englische Fassung der ECRL ins Feld geführt, in der in Bezug auf die Haftungsprivilegierung von „liability“ die Rede ist, was allgemein mit „Haftung“ übersetzt werden könne und nach deutschem Verständnis nicht zwingend ein Verschulden voraussetze.²⁰⁾

11) So auch *Spindler/Volkman*, WRP 2003, 1 (2).

12) Vgl. hierzu *Spindler/Schuster/Schmitz*, Recht der elektronischen Medien, § 1 TMG Rz. 8 ff.

13) Vgl. *Spindler/Schuster/Hoffmann*, a.a.O., § 10 TMG Rz. 1.

14) Vgl. *Spindler/Schuster/Hoffmann*, a.a.O., § 7 TMG Rz. 15.

15) Vgl. bspw. BGH WRP 2004, 1287 ff. – Internetversteigerung I.

16) Vgl. BGH WRP 2007, 964 ff. – Internetversteigerung II.

17) So der BGH WRP 2004, 1287 (1290) – Internetversteigerung I.

18) Vgl. Erwägungsgründe 6 ff. der Richtlinie.

19) So *Härting*, a.a.O., Rz. 1356, 1360.

20) So *Hoeren*, Festschrift für Ulrich Eisenhardt (2007), S. 250.

Soweit nach dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 3 ECRL, der in § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG Ausdruck gefunden hat, die Möglichkeit unberührt bleiben sollte, dass Gerichte nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten von Diensteanbietern verlangen, Rechtsverletzungen abzustellen oder zu verhindern, soll sich dies nach Auffassung der Kritiker der BGH Rechtsprechung ausschließlich auf bereits eingetretene Rechtsverletzungen (Beseitigungsanspruch) beziehen. Diese Annahme ergebe sich aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG, der von „Entfernung“ oder „Sperrung“ spricht.²¹⁾

Dem kann jedoch mit Blick auf die Vorgaben der deutschen Fassung der Richtlinie nicht ohne Weiteres gefolgt werden, spricht diese in Art. 14 Abs. 3 ECRL doch *ausdrücklich* von der Konstellation, eingetretene Rechtsverletzungen abzustellen bzw. künftig verhindern (Unterlassungsanspruch) zu wollen. Die Beschränkung der Anwendung der allgemeinen Gesetze nach § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG auf bereits eingetretene Rechtsverletzungen lässt sich bei richtlinienkonformer Auslegung nicht mit dem klaren Wortlaut des Art. 14 Abs. 3 ECRL vereinbaren.²²⁾

Darüber hinaus verweist der BGH zu Recht darauf, dass die Annahme einer Privilegierung von störerrechtlichen Ansprüchen nach § 10 Nr. 1, 1. Alt. TMG zu dem systematisch kaum nachvollziehbaren Ergebnis führen würde, dass die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen an höhere Voraussetzungen geknüpft wäre als die von Schadensersatzansprüchen.²³⁾ Ein Anspruch auf Schadensersatz wäre bereits bei Kenntnis evidenter, die Rechtswidrigkeit begründender Umstände möglich, vgl. § 10 Nr. 1, 2. Alt. TMG. Dies aber läuft dem eigentlichen Zweck²⁴⁾ der Störerhaftung, die einen schnellen und effizienten Rechtsschutz gewährleisten soll, zuwider.

Daneben sind weitere Argumente anzuführen. Eine Privilegierung des Störers folgt schon aus § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG. Danach sind Diensteanbieter nach §§ 8 bis 10 TMG nicht verpflichtet, die ihnen übermittelten oder gespeicherten Daten zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf ein rechtswidriges Verhalten hinweisen. Der in § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG erfolgte Hinweis auf die allgemeinen Gesetze und damit auch auf die rechtlichen Grundlagen der Störerhaftung kann an dieser Privilegierung nichts ändern, da anderenfalls – in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BGH – zahlreiche Geschäftsmodelle im Sinne der §§ 8 ff. TMG nicht durchgeführt werden können. Die allgemeinen Gesetze, wie gerade auch die Grundlagen der Störerhaftung, erfordern aber keine Auslegung im Rahmen des § 10 TMG. Die Privilegierungstatbestände beziehen sich auf die verschuldensabhängige Haftung und auf strafrechtliche Verfolgung. Gerade die Freistellung vor *strafrechtlicher* Verfolgung erfordert eine enge am Wortlaut orientierte Auslegung der gesetzlichen Privilegierung. Dies bedeutet, dass im Rahmen der Haftungsfreistellung in § 10 TMG die insofern relevante Kenntnis grundsätzlich auch im Zusammenhang mit dem konkreten Störfall gesehen werden müsste.

21) So *Härtling*, a.a.O., Rz. 1355.

22) Ähnlich nun auch *Leible/Sosnita* in NJW 2007, 3324 (3324), die die Verhinderung wiederholter Rechtsverletzungen den allgemeinen Gesetzen unterstellen wollen.

23) So der BGH WRP 2004, 1287 (1290).

24) Vgl. oben B. I.

Für die Störerhaftung gilt diese Begrenzung nicht. Der Störer ist zwar auch durch § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG vor Kenntniserlangung eines Störfalls nicht zur Durchführung von Abwehrmaßnahmen verpflichtet, aber der Hinweis auf die allgemeinen Vorschriften in § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG und die Tatsache, dass es sich insofern nicht um Schadensersatzansprüche oder um eine strafrechtliche Verantwortlichkeit handelt, lässt eine andere Auslegung zu.

Mit der ständigen Rechtsprechung des BGH ist somit davon auszugehen, dass die Störerhaftung des Plattformbetreibers nicht der Haftungsprivilegierung des § 10 TMG unterfällt. Dennoch greift die Störerhaftung von Plattformbetreibern – wie noch zu zeigen ist – auch nach der Interpretation des BGH nicht kenntnisunabhängig ein. Lediglich deren aus der Kenntnis resultierende Reichweite weicht von dem Privilegierungstatbestand des § 10 TMG ab. Zunächst jedoch zu den die Störerhaftung einschränkenden Prüfungspflichten.

b) Verletzung zumutbarer Prüfungspflichten

Der BGH fordert nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung, dass die Störerhaftung nicht über das o.g. Tatbestandsmerkmal der adäquat-kausalen Mitverursachung einschränkungslos auf Dritte angewendet werden dürfe, da diese die rechtswidrige Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes nicht selbst vornehmen.²⁵⁾ Über die Störerhaftung soll im Interesse der Effektivität der Rechtsordnung die Inanspruchnahme auf Beseitigung oder Unterlassung gerade desjenigen ermöglicht werden, der zwar selbst die Voraussetzungen einer Haftung als Täter oder Teilnehmer nicht erfüllt, aber doch einen entsprechenden Beitrag zur Rechtsverletzung leistet.

Für Rechtsbeeinträchtigungen, die ihre unmittelbare Ursache im Verhalten Dritter haben, fordert der BGH zusätzlich zu dem Erfordernis der adäquat-kausalen Mitverursachung die Verletzung von Handlungspflichten, die sich allgemein danach bestimmen, inwieweit der Verantwortliche zur Verletzung beiträgt und ihm zumutbare Einwirkungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.²⁶⁾

Die Störerhaftung setze, so der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „Architektenwettbewerb“, notwendigerweise Prüfungspflichten des als Störer in Anspruch Genommenen voraus, deren Einhaltung zur Vermeidung einer solchen Inanspruchnahme geboten sei.²⁷⁾ Gegenstand dieser Pflicht ist die Prüfung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens eines Dritten. Allerdings müsse, so der BGH weiter, der als Störer beklagte Person gegenüber dem Unterlassungsbegehren grundsätzlich der Einwand offen stehen, eine Prüfung des fraglichen Vorganges sei nicht oder jedenfalls nur eingeschränkt zumutbar.²⁸⁾

Für den hier interessierenden Bereich der störerrechtlichen Haftung des Plattformbetreibers bedeutet dies, dass das Kriterium der Zumutbarkeit insoweit das Ausmaß der Anstrengungen, die ein Plattformbetreiber zu unternehmen hat, bestimmt.²⁹⁾

25) Vgl. BGH NJW 2001, 3265 (3266) – *ambiente.de*.

26) So *Palandt/Sprau*, a.a.O. Einf. v. § 823, Rn. 22.

27) Vgl. BGH GRUR 1997, 313 (316) – *Architektenwettbewerb*.

28) Vgl. BGH GRUR 1997, 313 (316) – *Architektenwettbewerb*.

29) Ähnlich *Ahrens* in WRP 2007, 1281 (1288).

Die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Prüfung auf Vorliegen einer Rechtsverletzung ist von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles abhängig. Bei dieser Beurteilung sind nach den Vorgaben des BGH vor allem Funktion und Aufgabenstellung des als Störer in Anspruch Genommenen sowie dessen Kenntnis der die Rechtswidrigkeit begründenden Tatsachen und auch die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beinträchtigung selbst unmittelbar vornimmt, zu berücksichtigen.³⁰⁾ Weiterhin ist nach Auffassung des BGH von Bedeutung, ob der Plattformbetreiber ein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Verkauf der Piraterieware hat. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Anbieter dem Plattformbetreiber eine Provision schuldet.³¹⁾ Aber auch wenn Zugangsentgelte von den Nutzern verlangt werden bzw. diese Voraussetzung für überhaupt erst attraktive Nutzungsmodelle sind, betreibt der Host-Provider nach Auffassung der Rechtsprechung ein profitorientiertes Geschäftsmodell, was dazu führt, dass dessen Interesse an einem reibungslosen und möglichst kostengünstigen Betrieb der Plattform ein geringerer Stellenwert beizumessen ist.³²⁾ In diesen Fällen darf dem Betreiber mehr zugemutet werden als beispielsweise der ohne Gewinnabsicht handelnden Domain-Namen-Vergabestelle DENIC, bei der der BGH Prüfungspflichten im Interesse einer weiterhin effizienten Aufgabenerfüllung auf Fälle offenkundiger und ohne weitere Nachforschungen feststellbarer Rechtsverletzungen weitgehend beschränkte.³³⁾

Die genannten Faktoren berücksichtigen allesamt Begleitumstände auf Seiten des Plattformbetreiber bzw. des unmittelbaren Verletzers. Zutreffend wurde daher darauf hingewiesen, dass auch Umstände auf Seiten des Verletzten, hier vor allem die Bedeutung des verletzten Rechtsgutes und Möglichkeiten des Verletzten zur Eigenvorsorge, in die Abwägung einzubeziehen sind.³⁴⁾

Prüfungspflichten dürfen nach Ansicht des BGH aber keinesfalls soweit gehen, dass ein *an sich zulässiges* Geschäftsmodell gefährdet wird.³⁵⁾ So kann einem Unternehmen, das im Internet eine Plattform für Fremdversteigerungen betreibt, nicht zugemutet werden, jedes Angebot vor Veröffentlichung im Internet auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen. Mit Hilfe von automatisierten Verfahren zur Einstellung von Angeboten, werden häufig mehrere zehntausend Angebote täglich auf entsprechenden Plattformen durch Nutzer zur Verfügung gestellt.³⁶⁾ Es liegt auf der Hand, dass sich die Anforderungen im Rahmen des Machbaren halten müssen, will man entsprechend der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG solche Geschäftsmodelle nicht grundsätzlich in Frage stellen. Diese Einschränkung stellt eine Art äußerste Grenze der Störerhaftung dar.

Die Frage nach der Zumutbarkeit der Prüfungspflichten ist in gerichtlichen Auseinandersetzungen meist der Zankapfel zwi-

schen den Parteien, weil streitig ist, welche konkreten technischen und tatsächlichen Maßnahmen dem Störer zuzumuten sind.³⁷⁾ Dabei wird es aber, wie später noch einmal aufgezeigt werden wird, im Erkenntnisverfahren in der Regel um die Frage gehen, ob der in Anspruch genommene Betreiber bereits seinen Pflichten zur Prüfung rechtswidriger Handlungen auf der Plattform nachgekommen ist bzw. ob eine Prüfung überhaupt möglich ist. Die konkrete Beurteilung der Zumutbarkeit wird in der Praxis zu wesentlichen Teilen in das Vollstreckungsverfahren verlagert.³⁸⁾

Von Seiten der Markeninhaber wird häufig gefordert³⁹⁾, dass den Plattformbetreibern eine Prüfung zugemutet wird, soweit besonders offenkundige Produktfälschungen auf dem Markt sind. Diskutiert wird diesbezüglich dann häufig der Einsatz von Filter- und Erkennungssoftware. Im Bereich der Markenrechtsverletzungen wurden Softwarelösungen zur Identifizierung und größtmöglichen Eingrenzung von Angeboten, die gegen einen Unterlassungstenor verstoßen, unter Verknüpfung von Produkt und offensichtlich niedrigem Preis grundsätzlich für zumutbar gehalten.⁴⁰⁾ Letztlich müssten die so ermittelten Daten mit vertretbarem personellen Aufwand gesichtet werden, will der Betreiber nicht auch rechtmäßige Angebote sperren. Die betroffenen Markeninhaber fordern diesbezüglich häufig auch eine Verpflichtung der Plattformbetreiber zu einer Zusammenarbeit in der Weise, dass produktspezifische Informationen, die das Auffinden von Plagiaten erleichtern, von den Markeninhabern eingeholt und berücksichtigt werden. Diese Forderung stellt die Geschäftsmodelle kommerzieller Plattformbetreiber nicht ohne Weiteres in Frage.

Plattformbetreiber wehren sich aber häufig mit dem Einwand der technischen Unmöglichkeit automatisierter Erkennung. Zwar gelingt es Betreibern regelmäßig auch, den Handel mit verbotener Ware, wie z.B. verbotene Waffen, von ihren Plattformen fern zu halten. Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass die Abwägung der Zumutbarkeit, wie die Rechtsprechung des BGH zeigt⁴¹⁾, auch die Bedeutung des betroffenen Rechtsgutes berücksichtigt. So wird Rechtsgütern von allgemeiner Bedeutung ein höherer Stellenwert eingeräumt als etwa den Markenrechten Dritter. Erhöht sich für die zuerst genannten Rechtsgüter die Schwelle zur Unzumutbarkeit von Prüfungspflichten, kann dies nicht eins zu eins etwa auf den Bereich der Markenrechtsverletzungen übertragen werden. Zumindest Erkenntnisse im Hinblick auf technische Machbarkeiten ließen sich künftig hieraus gleichwohl gewinnen.

Die Vorgaben der Rechtsprechung zu den möglichen Anforderungen an die Prüfungsintensität sind bisher vage geblieben und liefern keine befriedigenden Antworten. Die Rechtsprechung steht künftig vor der Herausforderung, technisch praktikable Vorgaben zu machen.⁴²⁾

30) Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung BGH GRUR 2004, 693 (695) – Schöner Werten.

31) Vgl. BGH WRP 2004, 1287 (1292) – Internetversteigerung.

32) So etwa LG Köln, ZUM 2007, 568.

33) BGH NJW 2001, 3265 (3267) – ambiente.de.

34) So Ahrens in WRP 2007, 1281 (1289) und ihm folgend auch OLG Hamburg 5 U 73/07 (rapidshare).

35) Vgl. BGH WRP 2004, 1287 (1292) – Internetversteigerung.

36) Vgl. dazu BGH WRP 2007, 964 (964) – Internetversteigerung II – dort ist von täglich 90.000 neuen Angeboten die Rede; OLG Hamburg (5 U 73/07) – rapidshare.com – dort ist von täglich 150.000 Datei-Uploads die Rede.

37) Vgl. bspw. BGH WRP 2004, 1287 (1292) – Internetversteigerung.

38) Vgl. OLG Köln K&R 2008, 58.

39) Vgl. FN. 2.

40) So BGH WRP 2004, 1287 (1292) (Internetversteigerung) unter Bezugnahme auf Lehment WRP 2003, 1058.

41) Vgl. BGH WRP 2007, 1173 – jugendgefährdende Medien bei ebay.

42) So auch Ahrens in WRP 2007, 1281 (1290); Härtling, Internetrecht, 3. Aufl. (2008), Rz. 1368.

Die Begrenzung der Störerhaftung durch (zumutbare) Prüfungspflichten hat sich inzwischen aufgrund der Rechtsprechung des BGH gleichermaßen in den relevanten Bereichen des Urheber- und Markenrechts durchgesetzt. Soweit die Störerhaftung auf die Kategorien der Täterschaft und Teilnahme zurückgeführt werden soll, betrifft dies offenbar Verhaltensunrecht, also Fälle, in denen nicht die Verletzung eines absoluten Rechts im Vordergrund steht.⁴³⁾

c) *Entstehung der Prüfungspflichten und Reichweite der Störerhaftung*

Soweit von der Verletzung von Prüfungspflichten als Voraussetzung der störerrechtlichen Haftung des Plattformbetreibers gesprochen wird, betrifft dies Unterlassungsansprüche. Der BGH hält eine derartige Eingrenzung der Störerhaftung auf dem Gebiet der Beseitigungsansprüche nicht für geboten. Jedoch hängt die Entstehung von in die Zukunft gerichteten Prüfungspflichten, als Voraussetzung für störerrechtliche Unterlassungsansprüche, mit ihnen eng zusammen.

Die Pflicht zur Beseitigung eines bereits vorhandenen und bekannten rechtswidrigen Zustandes hängt nicht von der Verletzung einer Prüfungspflicht ab. Hier gilt vielmehr das „Notice-And-Take-Down“-Prinzip.⁴⁴⁾ Die Pflicht zur Beseitigung des rechtsverletzenden Inhaltes folgt aus der Kenntnis des rechtswidrigen Zustandes bzw. der diesen begründenden Tatsachen, vgl. § 10 Nr. 2 TMG.

Diese Kenntnis eines Rechtsverstoßes, sei er bisher auch einmalig, begründet jedoch nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls für den kommerziellen Plattformbetreiber die Pflicht, dafür Sorge zu treffen, dass es *künftig* möglichst nicht zu weiteren *gleichartigen* Rechtsverletzungen kommt (=Prüfungspflicht).⁴⁵⁾

Allein der Umstand, dass ein Plattformbetreiber die Architektur zur Verfügung stellt, mit deren Hilfe die Nutzer mittels automatisierter Verfahren selbständig Angebote im Internet bereitstellen, vermag eine Prüfungspflicht hingegen nicht zu begründen. Zwar leistet der Betreiber zu etwaigen Rechtsverletzungen einen kausalen Beitrag, was meist auch nicht das Resultat eines ganz ungewöhnlichen Kausalverlaufes ist. Würde man hieraus jedoch eine kenntnisunabhängige Prüfungspflicht ableiten, wäre der Plattformbetreiber dazu gezwungen, die Inhalte seiner Plattform ständig auf Rechtsverstöße hin zu untersuchen. Nur so könnte er nämlich einer Störerhaftung begegnen. Eine derart weit reichende Prüfungspflicht würde also die Geschäftsmodelle der meisten Hostprovider in ihrem Bestand gefährden. Darüber hinaus würde – dies ist wohl der entscheidende Gesichtspunkt – über eine solche Interpretation der Störerhaftung die Anordnung des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG, wonach Diensteanbieter keiner allgemeinen Überwachungs- und Nachforschungspflicht unterliegen sollen, weitestgehend ausgehe-

belt. Die Regelungen des § 7 Abs. 2 TMG sind allgemeine Rechtsgrundsätze, die über den unmittelbaren Regelungsbereich des TMG hinausgehen und auch für die Störerhaftung von Bedeutung sind. Dies gilt namentlich für den Bereich einer Konkretisierung bzw. Eingrenzung der Störerhaftung. Eine unbeschränkte, von einem bereits eingetretenen Störfall bzw. der Kenntnis davon unabhängige Haftung würde unweigerlich zur Überprüfungspflicht in jedem Einzelfall führen und damit wären unzählige Geschäfts- bzw. Einsatzmöglichkeiten der Betreiber ausgeschlossen.

Soweit der BGH in seiner Entscheidung Internetversteigerung II einen Unterlassungsanspruch auch vor dem Hintergrund einer Erstbegehungsgefahr für möglich gehalten hat, mag man von einer speziellen Sachverhaltsgestaltung sprechen, die für die durch § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG modifizierte Störerhaftung des Plattformbetreibers keine allgemeingültige Aussage liefert.⁴⁶⁾ Anbieter hatten dort in einer Vielzahl von Fällen Produktfälschungen zum Kauf bzw. zur Ersteigerung bereitgestellt, mit denen die nationalen Marken und international registrierten Marken der Klägerin verletzt wurden. Die Klägerin stützte einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch auf eine drohende Verletzung ihrer Gemeinschaftsmarke. Diese Gemeinschaftsmarke war zwar inhaltlich identisch mit den bereits bestehenden Marken, wurde jedoch erst im Laufe des Rechtsstreites eingetragen und veröffentlicht. Nach obigen Erläuterungen kam also eine Prüfungspflicht im Hinblick auf die Gemeinschaftsmarke mangels Erstverletzung nicht zwangsläufig in Betracht.

Da die Gemeinschaftsmarke mit der nationalen und der international registrierten Marke der Klägerin übereinstimmte und der Verletzungstatbestand des Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. a, Abs. 2 lit. b GMV mit dem nationalen Verletzungstatbestand identisch ist, sah der BGH eine ernsthafte und greifbare Besorgnis dafür, dass die Klagemarken von den Anbietern künftig in gleicher Weise wie die nationalen Marken der Klägerin verletzt werden würden.⁴⁷⁾ Im Grunde hat der BGH hier den Kreis der „gleichartigen“ Rechtsverstöße, zu deren Überprüfung der primäre Rechtsverstoß und dessen Kenntnisnahme den Plattformbetreiber verpflichten, über den formalen Aspekt der Eintragung und Veröffentlichung der Marke hinaus gezogen. Denkbare Verletzungshandlungen in Bezug auf die Gemeinschaftsmarke konnten praktisch inhaltsgleich daher kommen, weshalb eine Ausdehnung der Prüfungspflicht geboten schien.

Fraglich ist allerdings, in welchem Umfang die jeweils bekannt gewordenen Rechtsverletzungen wirken sollen.

Gleichartige Rechtsverletzungen, zu deren Verhinderung der Plattformbetreiber im Rahmen einer Prüfungspflicht angehalten ist, sind nicht notwendigerweise nur Angebote, die mit den bekannt gewordenen Fällen identisch sind, also z.B. das Angebot des gleichen Artikels durch denselben Nutzer.⁴⁸⁾ Vielmehr ist im Rahmen des Zumutbaren zu verhindern, dass auch andere Nutzer dieselbe Rechtsverletzung begehen. Nur so lässt

43) Vgl. BGH WRP 2004, 1287 (1292) – Internetversteigerung; *Spindler/Wiebe*, Elektronische Marktplätze, 2. Aufl. (2005), Kap. 6 Rz. 42; BGH WRP 2007, 1173 – jugendgefährdende Schriften bei eBay; gegenläufige Tendenzen in der Literatur sind jedoch erkennbar, vgl. etwa *Piper/Ohly/Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Auflage (2010), § 8 Rn. 123.

44) Vgl. hierzu *Härting*, a.a.O., Rz. 1370.

45) Vgl. BGH WRP 2004, 1287 (1292); auch *Härting*, a.a.O., Rz. 1371.

46) So auch OLG Hamburg, 5 U 180/07 – Long Island Ice Tea.

47) Vgl. BGH WRP 2007, 964 (967) – Internetversteigerung II.

48) Vgl. BGH WRP 2007, 1173 (1178).

sich ein wirksamer Schutz realisieren, da anderenfalls der oftmals problemlos durchzuführende Wechsel der Nutzeridentität bereits ausreichen würde, um die Pflichten des Plattformbetreibers entfallen zu lassen. Es werden so für die Zukunft Prüfungspflichten und somit auch die Voraussetzungen für Unterlassungsansprüche begründet, beispielsweise die Angebote eines bestimmten Produkts künftig einer besonderen Prüfung zu unterziehen.⁴⁹⁾ Eine Pflicht zur Prüfung der realen Identität der Nutzer des Dienstes⁵⁰⁾, wie es von Seiten der Markeninhaber häufig gefordert wird, lässt sich im Rahmen der Störerhaftung dagegen nicht begründen. Dies würde zwar die angesprochenen Identitätswechsel erschweren, beträfe jedoch nicht die störerrechtliche Abwendung der Rechtsverletzung, sondern eher die Verfolgungsvorsorge.⁵¹⁾ Im Übrigen setzt insbesondere § 14 Abs. 1 TMG diesbezüglich enge Zulässigkeitsgrenzen.

Es bleibt also festzuhalten, dass eine entstandene Prüfungspflicht auch die Verhinderung von gleichartigen künftigen Verstößen auf derselben Internetplattform umfasst. Der Inhalt von Prüfungspflichten ähnelt insoweit der Auslegung von Urteilsformeln im Wettbewerbsrecht, die eine Unterlassung zum Gegenstand haben. Der Verbotsumfang des jeweiligen Urteils tenors beschränkt sich dort nicht nur auf Verletzungsfälle, die mit der ursprünglich streitgegenständlichen Verletzung identisch sind, sondern erstreckt sich – ähnlich wie die oben beschriebenen Prüfungspflichten – auch auf solche Handlungen, die von der Verbotsform nur unbedeutend abweichen oder deren Abweichung den Kern der Verletzungshandlung unberührt lassen und sozusagen bereits implizit Gegenstand des Erkenntnisverfahrens waren (sog. Kerntheorie).⁵²⁾ Bei der Störerhaftung jedoch erfasst bereits der materiellrechtliche Unterlassungsanspruch aufgrund der anspruchsbegründenden Prüfungspflichten ähnliche Verletzungsformen.

Soweit eine Prüfungspflicht des Plattformbetreibers begründet wurde, hindert nach Auffassung des BGH die technische Unmöglichkeit zur *lückenlosen* Kontrolle *aller* fraglichen Angebote die Gerichte nicht an der Verurteilung zur Unterlassung.⁵³⁾ Den Einwand, das – im oben beschriebenen Sinne – „Zumutbare“ an Prüfungsaufwand geleistet zu haben, kann der beklagte Plattformbetreiber nach dieser Rechtsprechung erst im Vollstreckungsverfahren unter dem Aspekt des Verschuldens i.S.d. § 890 Abs. 1 ZPO, der nach h.M. einen repressiven strafähnlichen Zweck hat und daher Verschulden voraus setzt⁵⁴⁾, geltend machen. Dieser Umstand ist in der Literatur zu Recht kritisiert worden, verlagert er die Frage der Zumutbarkeit der Prüfungspflicht doch in das Vollstreckungsverfahren.⁵⁵⁾ Vor allem der profitorientierte Betreiber einer Plattform, dem grundsätzlich von der Rechtsprechung strengere Prüfungspflichten auferlegt werden, kann sich kaum rechtssicher auf die von ihm zu erwartenden Anforderungen einstellen. Dieser Zustand scheint

vom BGH geradezu gewünscht zu sein, weil aus seiner Sicht weder die Art der künftigen Angebote noch die in Zukunft bestehenden technischen Möglichkeiten zur Filterung klarer Verdachtsfälle absehbar seien.⁵⁶⁾

C. Fazit

Der Betreiber einer Internetplattform, auf der Dritte Waren anbieten können, haftet grundsätzlich als Störer. Diese Störerhaftung setzt voraus, dass der Betreiber Kenntnis von einer Rechtsverletzung erlangt hat. Erst danach entsteht für den Betreiber die Pflicht, Vorsorge dafür zu treffen, dass es künftig nicht zu weiteren gleichartigen Rechtsverstößen kommt.

Unter Berücksichtigung des konkreten Geschäftsmodells wird auch vereinzelt eine einschränkungslose Prüfungspflicht angenommen, wenn das Geschäftsmodell geradezu darauf ausgerichtet ist, die massenhafte Begehung von Rechtsverletzungen zu ermöglichen.⁵⁷⁾ Das lässt sich dogmatisch damit begründen, dass in besonderes gelagerten Fällen das zur Rechtsverletzung einladende Geschäftsmodell bereits die Störung ist.

§ 7 Abs. 2 Satz 1 TMG stellt jedoch klar, dass auch der Hostprovider nicht dazu verpflichtet werden darf, die von ihm gespeicherten Informationen ohne Kenntnis von rechtsverletzenden Umständen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Das Unterlassen einer aktiven Überwachung der Plattform soll für deren Betreiber nicht zu einem wirtschaftlich kaum zu kalkulierenden Prozessrisiko führen.

Ein Verständnis von der Störerhaftung, welches nicht zu § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG in Widerspruch steht, lässt sich nur dadurch erreichen, dass für die Prüfungspflichten aus denen die Störerhaftung resultiert, stets die Kenntnis des Betreibers von einer gleichartigen Rechtsverletzung verlangt wird. Anderenfalls wäre doch wieder erreicht, dass der Plattformbetreiber eine generelle Untersuchungspflicht hätte und damit verbunden, ein entsprechendes Geschäftsmodell nicht durchführbar wäre. Erst die Kenntnis bestimmt letztlich den Gegenstand der Prüfungspflichten. Es handelt sich insoweit nicht mehr um allgemeine Überwachungspflichten, die völlig anlassunabhängig bestehen, sondern um spezifische Kontrollpflichten wie sie in Erwägungsgrund 47 ECRL genannt werden.

Im Hinblick auf eine extensive Handhabung dieser Prüfungspflichten ist Vorsicht geboten und die Ausdehnung von Prüfungspflichten nach Kenntnisnahme einer konkreten Rechtsverletzung des Plattformbetreibers auf die gesamte Plattform äußerst fraglich. Fällt die Störerhaftung, mit der oben dargelegten Begründung, nicht unter die Haftungsprivilegierung nach §§ 8 – 10 TMG, darf sie andererseits aus Gründen einer sachgerechten, zweckorientierten Auslegung des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG nicht dazu führen, dass dem Plattformbetreiber auferlegt wird, im breiten Umfeld der konkreten Rechtsverletzung nach weiteren möglichen Rechtsverletzungen zu suchen. Es bedarf

49) Vgl. bspw. BGH WRP 2007, 964 (969) – Internetversteigerung II – dort waren es Rolex Uhren.

50) Etwa durch ein PostIdent-Verfahren.

51) Vgl. hierzu Breyer MMR 2009, 14 (16).

52) Vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. (2007), Kap. 57.

53) Vgl. BGH WRP 2007, 964 (969) – Internetversteigerung II.

54) Stein/Jonas/Brehm, ZPO (22. Aufl.), § 890 Rn. 23.

55) Vgl. u.a. Spinder/Wiebe, Internetauktionen und Elektronische Marktplätze (2005), Kap. 6 Rz. 43c; Härting, a.a.O. Rz. 1372.

56) So der BGH in WRP 2007, 964 (969) – Internetversteigerung II.

57) So im Falle eines sog. Sharehosting-Services in OLG Hamburg (5 U 73/07) MMR 2008, 823 – Rapidshare; vgl. aber auch OLG Hamburg (5 U 180/07) – Long Island Ice tea.

demnach der sinnvollen Eingrenzung der Prüfungspflichten. Eine Begrenzung dieser Prüfpflicht muss aus Zumutbarkeitskriterien hergeleitet werden. Der Normzweck von § 7 TMG will eine allgemeine Prüfungspflicht ausschließen, weil anderenfalls entsprechende Geschäftsmodelle nicht verwirklicht wer-

den könnten. Demnach ist auch im Rahmen der Störerhaftung – unabhängig von technischen Lösungsmöglichkeiten – die wirtschaftliche Zumutbarkeit ein wesentliches Kriterium für den Umfang der Überprüfungspflicht im Fall einer konkreten Rechtsverletzung.

Prof. Dr. Alexander Peukert

Frankfurt am Main

hartplatzhelden.de – Eine Nagelprobe für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz

INHALT

- I. Fragestellung
- II. Gleiche Wettbewerbsfreiheit statt Eigentumslogik
- III. Anspruchsgrundlagen
 - 1. Kein Sonderrechtsschutz, Hausrecht
 - 2. UWG
 - 3. Deliktsrecht des BGB

I. Fragestellung

Wer sich ein Bild davon machen möchte, worum es im gegenwärtig beim BGH anhängigen Verfahren zwischen dem Württembergischen Fußballverband und den Betreibern der Internetseite <http://www.hartplatzhelden.de> geht, sollte dieser Webseite einen Besuch abstatten. Unter der Adresse findet sich ein Portal, über das jedermann nach Registrierung kostenlos eigene Filmaufnahmen, Fotos und Texte zu Amateur-Fußballspielen veröffentlichen kann. Diese nutzergenerierten Inhalte können dann wiederum von allen Besuchern der Seite gebührenfrei durchsucht, abgerufen und bewertet werden. Besonders bemerkenswerte fußballerische Leistungen in Kategorien wie „Tor des Jahres“, „Torwartparade“ und „Pechvogel und Grätsche“ werden prämiert und genießen besondere Aufmerksamkeit. [hartplatzhelden.de](http://www.hartplatzhelden.de) zählte 2009 zu den sieben von insgesamt 1.700 vorgeschlagenen Internetangeboten, die im Bereich Kultur und Unterhaltung für einen „Grimme Online Award“ nominiert waren¹⁾.

Die Tage dieses keineswegs nur vergnüglichen, sondern Gemeinschaft bildenden und singular über Amateur-Fußball informierenden Angebots könnten jedoch gezählt sein. Der Württembergische Fußballverband verlangt Unterlassung jedweder medialer Ausnutzung von Spielen, die im Verbandsgebiet unter seiner Organisation ausgetragen werden. Die Stuttgarter Gerichte gaben diesem Begehren statt²⁾. In der Literatur hat dies

zu einer ganzen Reihe ausnahmslos kritischer, ja deutlich ablehnender Stellungnahmen geführt³⁾. Die Aufmerksamkeit, die diesem Verfahren gewidmet wird, beruht nicht nur auf der Faszination des Streitgegenstands Fußball. Bedeutsamer ist in juristisch-dogmatischer Hinsicht, dass der Fall Grundfragen des Verhältnisses von (Wettbewerbs-)Freiheit und Eigentumsordnung berührt⁴⁾. Diese gilt es im Folgenden offenzulegen (dazu II). Im Anschluss soll kurz auf die in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen eingegangen werden (dazu III).

II. Gleiche Wettbewerbsfreiheit statt Eigentumslogik

„Wem gehört der (Amateur-)Fußball?“ Mit diesen Worten haben *Hoeren/Schröder* den Gegenstand des Prozesses auf einen kurzen Nenner gebracht⁵⁾. Wie die Gerichte und der Großteil der literarischen Stellungnahmen verstehen sie das Verfahren als einen *Eigentumsstreit* im weiteren Sinne; immerhin begehrt der Kläger die ausschließliche mediale Verwertung der Spiele für sich⁶⁾.

Doch dabei wird verkannt, dass hier nicht zwei Prätendenten darum streiten, wem ein vermögenswertes Gut „gehört“. Vielmehr geht es um die vorgelagerte Grundfrage nach dem maßgeblichen Modus der Güterverteilung. Die Aufzeichnung und mediale Verwertung von (Amateur-)Sportveranstaltungen ist insoweit nur ein Beispiel für eine allgemeine, wiederkehrende Problematik. Denn regelmäßig bringen gesellschaftliche, wirtschaftliche und technologische Entwicklungen neue Güter und

1) <http://www.grimme-institut.de/html/index.php?id=918>.

2) LG Stuttgart 41 O 3/08 KfH v. 8.5.2008, juris = K&R 2008, 385 = MMR 2008, 551 = CR 2008, 528 = ZUM 2009, 258 = SpuRT 2008, 166; OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris = MMR 2009, 395.

3) Zur Entscheidung des Landgerichts *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2008 Anm. 5; *Feldmann/Höppner*, K&R 2008, 421 ff.; *Hoeren/Schröder*, MMR 2008, 553 f.; *Maume*, MMR 2008, 797 ff.; *Frey*, CR 2008, 530 ff. Zur Entscheidung des Oberlandesgerichts *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2009 Anm. 2; *Ernst*, jurisPR-WettbR 5/2009 Anm. 3 („Ergebnis wie Begründung falsch“); *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659 ff.; *Ohly*, CaS 2009, 148 ff.; *Maume*, MMR 2009, 398 f.

4) So auch OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 140 in Bezug auf die Zulassung der Revision wegen „grundsätzlicher Bedeutung“.

5) *Hoeren/Schröder*, MMR 2008, 553.

6) Siehe *Maume*, MMR 2008, 797; *Frey*, CR 2008, 530; *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659. Siehe aber die Hinweise auf die Informationsfreiheit bei *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2008 Anm. 5.