

# Alone in the Dark - Gesetzgeber leuchte! Für eine Lösung der Sharehoster-Problematik durch den Gesetzgeber

Sophia Klimanek

Das Urheberrechtsgesetz bietet in seiner aktuellen Form nur unzureichende oder sogar gar keine Antworten auf die Fragen, die sich im digitalen Zeitalter, wo das kostenlose Beziehen von Musik und Filmen aus dem Internet für große Teile der Gesellschaft zur alltäglichen Handlung geworden ist, stellen. Dies zeigt sich daran, dass die Bemühungen der Rechtsprechung, das Neuland Internet mit immer komplizierter werdender Rechtsprechung juristisch zu beackern, häufig nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führen.

## I. Crawler gegen Captcha – die Rechtsprechung des BGH zu den Sharehostern

So verhält es sich etwa bei der Frage nach der Haftung von sog. Sharehostern. Diese sollen nach den Entscheidungen „Alone in the Dark“<sup>1</sup> und „File-Hosting-Dienst“<sup>2</sup> als Störer haften, siehe dazu ausführlich *Engert* in diesem Heft. Diese Urteile sehen sich in einigen Punkten großer Kritik ausgesetzt.

Die dogmatische Richtigkeit der Einordnung als Störer einmal dahingestellt, sind diese Urteile jedenfalls von einer Fehleinschätzung der technischen Funktionsweise von Sharehostern geprägt.<sup>3</sup> Außerdem verursachen die Aussagen des BGH zum Umfang der durchzuführenden Prüfpflichten große Rechtsunsicherheit. Es bleibt offen, wie die umfassende Marktbeobachtungspflicht, welcher die Sharehoster nach dem BGH nachzukommen haben, praktisch umzusetzen ist.

Aber wer kann dem BGH einen Vorwurf machen – mangels passender Gesetze ist der Rechtsanwender tatsächlich vom Gesetzgeber „Alone in the Dark“<sup>4</sup> gelassen.

## II. Vorschläge für eine gesetzliche Neuregelung

Wie viele der Pflänzchen, die auf dem Neuland Internet sprießen, sind Sharehoster nicht nur Akteure von völlig neuer Quantität, sondern auch von völlig neuer Qualität. Der Umgang mit ihnen kann nicht einer überforderten Rechtsprechung überlassen bleiben. Die Haftung der Sharehoster als

Störer greift in die Berufsfreiheit der Diensteanbieter und jedenfalls teilweise in die Meinungsfreiheit und die allgemeine Handlungsfreiheit der Nutzer ein, sodass es nach der Wesentlichkeitstheorie eines gesetzgeberischen Aktes bedarf.<sup>5</sup>

Die Haftung von Sharehostern findet ihre Grundlage im Unionsrecht. Daher könnte man an eine Regelung der Problematik auf europäischer Ebene denken. Dafür spricht, dass es sich bei der Haftung von Sharehostern wie bei den meisten Fragen zu im Internet auftretenden Akteuren um ein grenzüberschreitendes Problem handelt.<sup>6</sup> Für eine Regelung zunächst auf nationaler Ebene spricht aber, dass die Vermittlerhaftung eng mit allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen der jeweiligen Rechtsordnungen zusammenhängen, weil die Verfahren unterschiedlich stark reglementiert sind und weil sich die rechtspolitischen Auffassungen zwischen den Mitgliedstaaten unterscheiden.<sup>7</sup> Daher ist zunächst eine gesetzliche Neuregelung auf nationaler Ebene anzustreben. Dem deutschen Gesetzgeber dürften die europarechtlichen Vorgaben zur Haftung von Intermediären auch noch genug Spielraum für eine eigene Regelung lassen.<sup>8</sup> Auf Details soll hier nicht eingegangen werden.

In der Literatur finden sich verschiedene Ansätze für eine solche gesetzliche Neuregelung durch den deutschen Gesetzgeber.<sup>9</sup>

### 1. Kontrolle der Sharehoster durch staatliche Eingriffsverwaltung

*Rehbinder* schlägt eine Regelung durch staatliche Eingriffsverwaltung entsprechend dem Gaststättengesetz vor.<sup>10</sup> Nach dessen § 4 Abs. 1 Nr. 1 ist die Erlaubnis für den Betrieb einer Gaststätte zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere dem Trunke ergeben ist oder befürchten lässt, dass er Unerfahrene, Leichtsinelige oder Willensschwache ausbeuten wird oder dem Alkoholmissbrauch, verbotenem Glücksspiel, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit Vorschub leisten wird oder die Vorschriften des Gesundheits- oder Lebensmittelrechts, des Arbeits- oder Jugendschutzes nicht einhalten wird. Umgekehrt kann eine einmal erteilte Erlaubnis aus diesen Gründen auch wieder entzogen werden. *Rehbinder* führt aus, dass § 4 GastG zum Ausdruck bringe, dass der Gaststättenbetreiber eine gewisse Verantwortung dafür trage, was seine Gäste täten. Entsprechend könne einem Dienstbetreiber der Betrieb des Dienstes dann un-

1 BGH ZUM 2013, 288 – *Alone in the Dark*.

2 BGH ZUM 2013, 874 – *File-Hosting-Dienst*.

3 *Sesing*, MMR 2013, 733 (737).

4 So der Name des in der „Alone in the Dark“-Entscheidung des BGH streitgegenständlichen Computerspiels.

5 *Ohly*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neuen Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, S. 104 f.

6 Ebda., S. 103.

7 Ebda.

8 Ebda.

9 Für eine rechtsvergleichende Übersicht siehe ebda., S. 95 ff.

10 *Rehbinder*, ZUM 2013, 241 (258).

tersagt werden, wenn auf seinem Dienst wiederholt massive Urheberrechtsverletzungen festgestellt werden und der Dienstbetreiber trotz mehrmaligen Hinweises diese nicht unterbinde.<sup>11</sup>

Eine Regelung ähnlich dem GastG ist aber problematisch. Zunächst bringt § 4 Abs. 1 GastG nicht nur zum Ausdruck, dass der Betreiber einer Gaststätte eine „gewisse Verantwortlichkeit“<sup>12</sup> für das Treiben seiner Gäste trägt, sondern dass der Betrieb einer Gaststätte überhaupt unter Erlaubnisvorbehalt steht. Der Vorschlag, für Sharehoster eine öffentlich-rechtliche Regelung ähnlich § 4 GastG zu schaffen, beinhaltet also den Vorschlag, auch das Betreiben eines Sharehostingdienstes unter ein grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu stellen.

Dies ist aber nicht möglich. Erstens ließe sich das Verbot, Sharehostingdienste zu betreiben, im Internet real nicht durchsetzen. Anders als bei einer realen Gaststätte, für die nach einer Schließung erst neue Räumlichkeiten gesucht werden müssten, kann ein Sharehostingdienst, soweit die eigentlichen Speicherserver nicht in Deutschland stehen und somit nicht von der entsprechenden Behörde beschlagnahmt werden können, jederzeit unter einer anderen Domain wieder online gehen. Also ist ein grundsätzliches Verbot des Betriebens von Sharehostern technisch nicht durchsetzbar.

Zweitens müsste dann aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten auch Dropbox unter Erlaubnisvorbehalt gestellt werden, da auch hier die Gefahr des Austauschs von urheberrechtlich geschützten Inhalten, wenn auch in geringerem Umfang und teilweise auch von der Privatkopieschranke gedeckt, zu befürchten ist. Ebenso müsste ebay, das ebenfalls als Störer für Markenrechtsverletzungen haftet<sup>13</sup>, unter Erlaubnisvorbehalt gestellt werden. Wenn man eine solche Überregulierung des Internets grundsätzlich ablehnt, dann kann ein Erlaubnisvorbehalt für Sharehoster nicht der richtige Umgang mit ihnen sein.

Außerdem stellt sich bei einem grundsätzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt die Frage, ob dies nicht eine ungerechtfertigte Berufswahlbeschränkung darstellen würde. Aufgrund dieser praktischen wie grundrechtlichen Probleme ist eine Kontrolle der Sharehoster über staatliche Eingriffsverwaltung nicht der richtige Weg, um die Verantwortlichkeit von Sharehostern gesetzlich neu zu regeln.

## 2. Effizientere Ausgestaltung des zivilrechtlichen Haftungssystems

Vielmehr ist *Czychowski/Nordemann* zuzustimmen, dass „unabhängig davon, ob im Internet mehr Staat oder gerade weniger Staat politisch gewünscht wird, [...] ein wirklicher Bedarf für mehr staatliche Eingriffsverwaltung jedenfalls dann nicht zu existieren [scheint], wenn das zivilrechtliche Haftungssystem hinreichend effizient ausgestaltet ist.“<sup>14</sup>

11 *Rehbinder*, ZUM 2013, 241 (258).

12 *Rehbinder*, ZUM 2013, 241 (258).

13 BGH GRUR 2004, 860 – *Internetversteigerung I*; BGH GRUR 2007, 708 – *Internetversteigerung II*; BGH MMR 2008, 531 – *Internetversteigerung III*.

14 *Czychowski/Nordemann*, GRUR Beilage 2014, 3 (12).

Die von den Autoren konkret vorgeschlagenen Lösungen können eine effiziente Ausgestaltung der zivilrechtlichen Haftung von Sharehostern aber nicht herbeiführen.

Zum einen wird eine Lösung durch Selbstregulierung in Form eines branchenweiten Verhaltenskodex wie in § 2 Abs. 1 Nr. 5 UWG vorgeschlagen. Die Rechteinhaber und die Zugangsprovider sollten sich auf einen Verhaltenskodex zur Sperrung von Websites mit rechtswidrigem Geschäftsmodell einigen und dessen Umsetzung durch qualifizierte Einrichtungen entsprechend § 4 UKlaG sicherstellen. Effizienz würde dadurch allerdings nicht erreicht. Die Sperrung von Websites führt meist nur dazu, dass diese in nur leicht abgeänderter Form einige Zeit später wieder online sind. Zum anderen ist die Unterzeichnung eines solchen Verhaltenskodex durch wirklich alle Zugangsprovider unwahrscheinlich – denn schließlich verdienen auch die Zugangsprovider Geld durch Kunden, die sich einen Internetanschluss unter anderem oder sogar ausschließlich deswegen zulegen, um damit kostenlos und folglich rechtswidrig urheberrechtlich geschützte Inhalte herunterzuladen. Darüber hinaus würde die durch die Ablehnung von staatlicher Eingriffsverwaltung geschützte Freiheit des Internets wiederum gefährdet, wenn aufgrund von Marktmacht ähnlich starke Akteure die Sperrung von gewissen Seiten auf ähnliche Weise herbeiführen könnten wie es sonst nur dem Staat möglich wäre.

Zum anderen wird eine flächendeckende, anlasslose Speicherung von IP-Daten vorgeschlagen, jedenfalls für einen gewissen Zeitraum, da andernfalls eine Rückverfolgung der Rechtsverletzungen nicht möglich sei. Als Lösung für die daraus resultierenden datenschutzrechtlichen Probleme wird die Einschaltung eines „vertrauenswürdigen Dritte[n]“<sup>15</sup> vorgeschlagen, welcher die von den Access-Providern gespeicherten Daten kommuniziert, ähnlich der im Bereich der Grenzbeschlagnahme bei offline-Piraterie bei den Finanzbehörden eingerichteten Zentralstelle für gewerblichen Rechtsschutz. Im konkreten Verletzungsfall solle vom Rechteinhaber dann ein Antrag mit Nachweis der Verletzung und dem Auftrag, diesen zu überprüfen und an den zuständigen Access-Provider weiterzureichen, bei diesem „vertrauenswürdigen Dritten“ gestellt werden. Der Access-Provider würde die Daten dem „vertrauenswürdigen Dritten“ zur Verfügung stellen. Dieser solle dann den Nutzer informieren, dass ihm eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, und seine Daten dem Verletzten herausgegeben werden, sofern er nicht widerspreche. Im Falle, dass der Nutzer widerspreche, müsse der Verletzte gerichtliche Klärung herbeiführen, für den Fall, dass der Nutzer sich nicht melde und nicht widerspreche, würden seine Daten herausgegeben und der Verletzte könnte gegen ihn zivilrechtlich vorgehen.

Es liegt auf der Hand, dass das Problem an diesem Vorschlag die Suche nach dem „vertrauenswürdigen Dritten“ ist. *Czychowski/Nordemann* schlagen als „sachnächste Institution“<sup>16</sup> die Bundesnetzagentur vor. Ob dies richtig ist,

15 *Czychowski/Nordemann*, GRUR Beilage 2014, 3 (12).

16 *Czychowski/Nordemann*, GRUR Beilage 2014, 3 (12).

darf bezweifelt werden.

Zunächst ist gegen die Einschaltung eines „vertrauenswürdigen Dritten“ vorzubringen, dass, wie jeden Tag in verschiedenen Zusammenhängen in den Medien nachlesbar, die Bezeichnung „vertrauenswürdig“ im Zusammenhang mit der digitalen Speicherung von Daten sowieso Augenwischerei ist – egal, ob es sich um eine private oder um eine staatliche Institution handelt. Allein aufgrund dieses pauschalen Gegenarguments ist der Vorschlag abzulehnen.

Außerdem vergrößert die Zwischenschaltung eines Dritten die Gefahr, dass Daten in die falschen Hände geraten, erheblich. Daten werden ja nicht wie ein Paket einfach weitergegeben, sondern bei der „Weitergabe“ vervielfältigt. Je mehr Akteure man zwischenschaltet, desto mehr Möglichkeiten gibt es, die Datenpakete unterwegs abzufangen.

Außerdem würde nach der bestehenden Regelung zwingend ein Gericht über die Herausgabe von IP-Daten entscheiden. Wenn nun nur eine Behörde darüber entscheiden würde und der Bürger, wie vorgeschlagen, nur ein Widerspruchsrecht erhält, dann ist das ein Weniger an Datenschutz und nicht ein Mehr.

Darüber hinaus besteht bei einer bloßen Widerspruchslösung die Gefahr, dass überhaupt kein Datenschutz mehr besteht. Erstens kann es passieren, dass die Rechteinhaber vorsorglich für behauptete Rechtsverletzungen massenhaft Daten einfordern. Zweitens besteht die Gefahr, dass die Möglichkeit des Widerspruchs nicht in einer hinreichenden Zahl von Fällen wahrgenommen wird, denn wer würde sich schon gerne durch Widerspruch dem Verdacht aussetzen, dass er tatsächlich eine Rechtsverletzung begangen hat.

Zuletzt ist zu befürchten, dass ein solcher Auskunftsanspruch sowieso ins Leere ginge. Die ursprüngliche, d.h. täterschaftliche Rechtsverletzung wird beim Sharehosting nicht von dem Nutzer, der die Dateien herunterlädt, begangen, sondern von der Person, welche die Kopiervorlagen unter Umgehung von Kopierschutz oder durch „Leaken“ hergestellt, hochgeladen und den entsprechenden Link in einer Linksammlung veröffentlicht hat. Dabei wird es sich in der Regel um Personen handeln, die über gewisse IT-Kenntnisse verfügen und folglich auch in der Lage sind, ihre IP-Adresse derart zu verschlüsseln, dass sie nicht aufzufinden sind. Als Konsequenz würde der Wettlauf zwischen der Ver- und wieder Entschlüsselung von IP-Adressen nur weiter befördert und würde Kosten verursachen. Die angestrebte Effizienz der Rechtsverfolgung würde nicht erreicht werden.

### 3. Pauschalvergütung ähnlich § 54 UrhG versus individuelle Inanspruchnahme

Die richtige Schlussfolgerung aus der Situation ziehen *Gabriel/Albrecht*, indem sie eine Pauschalvergütung ähnlich der Geräteabgabe in § 54 UrhG für das Betreiben eines Sharehosters vorschlagen.<sup>17</sup>

Eine solche Lösung bietet sich immer dann an, wenn ein Verbotsrechtsrecht aufgrund der Vielzahl privater Kopier-

vorgänge in der Praxis nicht durchsetzbar ist.<sup>18</sup> Dies trifft im Fall der Sharehoster zu. Betroffen von einer solchen Pauschalabgabe muss immer der sein, der den wirtschaftlichen Nutzen zieht.<sup>19</sup> Das sind beim Sharehosting in erster Linie die Sharehosterbetreiber. Eine Pauschalabgabe führt als einzige der vorgeschlagenen Lösungen zu der angestrebten Vereinfachung der Rechtslage und wäre in dem Sinne effizient, als dass sie die kostspielige Einschaltung von Gerichten und Behörden vermeiden kann.

Gegen eine Pauschale und für eine individuelle Inanspruchnahme kann stets das Argument der Verteilungsgerechtigkeit vorgebracht werden. Dass aber trotz dieser immer bestehenden Problematik eine Pauschalabgabe einer individuellen Inanspruchnahme vorzuziehen ist, zeigt ein Vergleich mit einem Vorschlag von *Ohly* zur gesetzlichen Neugestaltung der Haftung von Intermediären. Dieser regt an, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen Intermediäre in Anknüpfung an die Grundsätze des BGH zur Störerhaftung gesetzlich zu regeln.<sup>20</sup> Den Vermittlern sollten Verkehrspflichten auferlegt werden, die erstens von kollektiven, brancheninternen Vereinbarungen, zweitens von gesetzlich festgelegten Spezialbestimmungen für die einzelnen Arten von Vermittlern und drittens nach einem an die bisherige Rechtsprechung angelehnten Kriterienkatalog bestimmt würden.<sup>21</sup> Gegen Vermittler, die grob fahrlässig diese Verkehrspflichten verletzen, solle dann ein Schadensersatzanspruch bestehen, der in der Höhe durch den aus der Vermittlung erzielten Gewinn begrenzt würde.<sup>22</sup>

Gegen eine individuelle Inanspruchnahme auf Beseitigung und Unterlassung ist anzuführen, dass ein Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung wirtschaftlich betrachtet einer Pauschalabgabe sowieso gleich kommt, nur dass anstatt einer Pauschalabgabe ebenfalls pauschal berechnete Ordnungsgelder aufgrund von einstweiligen Verfügungen, die von den Rechteinhabern gegen die Betreiber der Sharehoster erwirkt werden würden, gezahlt werden müssten.

Für die Bevorzugung einer pauschalen Abgabe gegenüber einem individuellen Schadensersatzanspruch spricht, wie von *Ohly* selbst vorgebracht, erstens, dass immense Schadenssummen drohen würden, die möglicherweise das Geschäftsmodell gerade kleiner und innovativer Vermittler in Frage stellen würden.<sup>23</sup> Eine Beschränkung der Haftung auf den erzielten Gewinn kann hier keine Abhilfe schaffen, denn dies würde den Hosting-Anbietern nur eine weitere Pflicht, nämlich die Pflicht zur Offenlegung ihrer Ge-

18 *Gabriel/Albrecht*, ZUM 2010, 392 (397).

19 *Gabriel/Albrecht*, ZUM 2010, 392 (397).

20 *Ohly*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neuen Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, S. 105.

21 *Ohly*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neuen Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, S. 105, 128.

22 *Ohly*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neuen Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, S. 107, 128.

23 *Ohly*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neuen Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, S. 108.

17 *Gabriel/Albrecht*, ZUM 2010, 392.

schäftsbilanz, aufbürden. Wiederum würde in die Berufsausübungsfreiheit eingegriffen werden.

Darüber hinaus setzt sich ein individueller Schadensersatzanspruch dem gleichen Gegenargument aus wie ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch – auch ein individueller Schadensersatzanspruch ist wirtschaftlich betrachtet nichts anderes als eine Pauschalabgabe, da die Schadensberechnung beim Eingriff in Immaterialrechtsgüter nur pauschal erfolgen kann.

### III. Ausblick: Kulturflatrate statt Stückwerk

Wieder zeigt sich, dass in der digitalen Welt ein sinnvoller Umgang mit dem Urheberrecht nur über eine Pauschalvergütung zu erreichen ist. Konsequenterweise sollte der Gesetzgeber aber, anstatt wiederum Stückwerk zu leisten und für einzelne Geschäftsmodelle gesetzliche Regelungen einzuführen<sup>24</sup>, auf lange Sicht die vollständige „Pauschalisierung“ der Vergütung von Rechteinhabern im Zusammenhang mit dem Internet durch die Einführung einer Kulturflatrate, also einer Pauschalabgabe auf Internetschlüsse gepaart mit der vollständigen Legalisierung des Up- und Downloads sowie des Streamings, anstreben, auch wenn zu diesem Modell noch nicht alle Fragen der rechtlichen und technischen Umsetzbarkeit geklärt sind.<sup>25</sup> Die technische Entwicklung eines wiederum ein wenig anders ausgestalteten Geschäftsmodells lässt sicher nicht lange auf sich warten. Eine Gesetzgebungsentwicklung hin zu einer Kulturflatrate wäre der beste Weg, um zu vermeiden, dass die Rechtsprechung angesichts der rasanten technischen Entwicklung wiederum „Alone in the Dark“ steht.

24 Gegen eine zu detaillierte Regelung für Sharehoster auch *Ohly*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neuen Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? - Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, S. 103, S. 113.

25 Für eine Vereinbarkeit der Kulturflatrate mit nationalem Recht, Europa- und Völkerrecht *Klimanek*, in: *Höbel/Blanke-Roeser/Klimanek/Ueberfeldt/Chatziathanasiou/Hartmann*, Kulturflatrate, Kulturwertmark oder Three strikes and you are out: Wie soll mit Kreativität im Internet umgegangen werden?, Göttingen 2013, S. 65 ff.; *Roßnagel/Jandt/Schnabel*, MMR 2010, 8; für eine Vereinbarkeit zumindest mit nationalem Verfassungsrecht *Spindler*, Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, Göttingen 2014 (einsehbar unter [http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2014/Spindler\\_Kulturflatrate.pdf](http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2014/Spindler_Kulturflatrate.pdf), zuletzt aufgerufen am 16.8.2014); dagegen *Blanke-Roeser*, in: *Höbel/Blanke-Roeser/Klimanek/Ueberfeldt/Chatziathanasiou/Hartmann*, Kulturflatrate, Kulturwertmark oder Three strikes and you are out: Wie soll mit Kreativität im Internet umgegangen werden?, Göttingen 2013, S. 25 ff.; *Ohly*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neuen Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, S. 71 f.; *Schwartmann/Hentsch*, ZUM 2012, 759.