

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Az. 5 U 255/07
Az: 5 U 255/07 Datum: 28. Januar 2009 Entscheidungsart: Urteil
Verweise: §§ 1004, 823 BGB; §§ 15, 19a UrhG

Leitsatz / Orientierungssatz

1. Einem Access-Provider sind im Grundsatz keine hohen Prüfungspflichten aufzuerlegen. Denn mit der Tätigkeit der Zugangsvermittlung sind naturgemäß erhebliche und unüberschaubare Risiken verbunden, da der Vermittler keinen Einfluss auf die von ihm übertragenen Inhalte hat.

2. Ein Usenet-Provider haftet aber jedenfalls dann als Störer nach §§ 823, 1004 BGB analog für Urheberrechtsverletzungen, die über seinen Dienst begangen werden, wenn er den Missbrauch seines Dienstes nicht nur kennt, sondern hiermit auch unmissverständlich wirbt und Software zur Verfügung stellt, die gerade eine missbräuchliche Nutzung des Usenets maßgeblich erleichtert. Die Verpflichtung zur Unterlassung umfasst in diesem Fall nicht nur die Bewerbung des Dienstes, sondern dessen gesamten Betrieb.

3. Der Störer hat in diesem Fall auch nicht das seinerseits Erforderliche zur Verhinderung der Rechtsverletzungen getan, wenn er in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Verbreitungsverbot für urheberrechtlich geschützte Werke unterbringt.

Entscheidungstext

1

Tenor

2

I. Die Berufung der Antragsgegner gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 26.10.2007, Az. 308 O 382/07, wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Tenor der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 18.6.2007 wie folgt lautet:

3

Im Wege der einstweiligen Verfügung wird den Antragsgegnern bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens €250.000,-, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre),

4

für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland verboten,

5

1. die aus der Anlage zu diesem Urteil ersichtlichen 139 Musikwerke ohne Zustimmung der Antragstellerin über das Usenet öffentlich zugänglich zu machen und / oder öffentlich zugänglich machen zu lassen, insbesondere wie durch den Dienst „alphaload“ unter „www.alphaload.de“ und „www.alphaload.org“,

6

2. Dienste wie den unter Ziffer 1 genannten mit Hinweisen darauf zu beschreiben, anzubieten und / oder zu bewerben und / oder beschreiben, anbieten oder bewerben zu lassen, dass diese

Dienste es ermöglichen Dateien herunterzuladen, wenn der Dienst den Zugang zu einem oder mehreren der aus der Anlage ersichtlichen Musikwerke ermöglicht und wenn diese Hinweise durch Aussagen wie die folgenden erfolgen:

„Sie möchten sofort Zugang zu über 300 Terabyte (= mehr als 300.000 GB) Filme, MP3s, Software, Games, Bildern oder Erotikinhalten, wollen in Foren mehr als 380 Millionen Artikel lesen und über ihre Lieblingsthemen diskutieren? Sie quälen sich immer noch mit lahmen und rechtlich sehr unsicheren Tauschbörsen wie BitTorrent oder eDonkey herum? (...)

Wir bieten einen sehr schnellen, anonymen, unzensierten und einzigartig einfachen Zugang ins Usenet an, dem Vorbild aller Foren und Tauschbörsen, das bisher nur von Internetprofis genutzt werden konnte! (...)

Haben Sie mit einer Tauschbörse schon einmal ein MP3 in 5 Sekunden herunter geladen? Nein? Probieren Sie es doch einfach aus - innerhalb von 5 Minuten können Sie bereits mit unserer Software downloaden. (...)

Mit unserer Software sind Sie 100% sicher vor externen Zugriffen - Ihre Daten können nicht von Ihrem Computer geladen werden – anders als bei Tauschbörsen, wie zB BitTorrent oder eMule, wo das Prinzip darauf basiert, dass Sie auch Ihre Daten anbieten müssen. GENAU DAS ist aber illegal und wird immer öfter bestraft – auch in Deutschland. Schaffen Sie dieses Risiko aus der Welt! Bis uns müssen SIE NICHTS FREIGEBEN ODER TAUSCHEN! (...)

Anonymität und Meinungsfreiheit sind die Punkte, die das Internet zu einer bedeutendsten Entwicklungen der Menschheit gemacht haben. (...) Firmen aus der ganzen Welt verklagen Tauschbörsenbenutzer, der Staat überwacht die Aktivitäten seiner Bürger im Internet. Damit muss Schluss sein! Bei uns wird der Zugang nicht überwacht! Wir messen nur wie viel Sie downloaden – was Sie downloaden wissen wir nicht. (...)

Was Sie herunter laden, weiß keiner. Wir erheben also nur die zur Abrechnung notwendigen Daten und diese werden in den Niederlanden auf Servern gespeichert, auf die weder der Staatsanwaltschaft, noch andere neugierige Institutionen Zugang erlangen können. Wenn Sie Filesharingprogramme benutzen ist es für die Staatsanwaltschaft kein Problem, Ihnen nachzuweisen, was Sie heruntergeladen haben. Vermeiden Sie dieses unnötige Risiko! (...)

Ihre Daten werden in den Niederlanden gespeichert, wo niemand (z.B. der Staat) darauf zugreifen kann. Also selbst wenn unser Service illegal wäre, wären Sie sicher. Ihre Downloads werden nicht mitprotokolliert. (...) Welche Dateien Sie bezogen haben, wissen selbst wir nicht und können solche Informationen deshalb auch gar nicht speichern.“

7

II. Von den Kosten des Verfahrens haben die Antragstellerin 30% und die Antragsgegner 70% zu tragen;

8

und beschließt:

9

Der Streitwert wird auch für das Berufungsverfahren auf €95.000,- festgesetzt.

10

Gründe

11

I.

Die Antragstellerin nimmt die Antragsgegner im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens aus Urheberrecht auf Unterlassung in Anspruch.

12

Die Antragstellerin ist die Wahrnehmungsgesellschaft für musikalische Aufführungsrechte in Deutschland. Sie beruft sich darauf, dass sie die ausschließliche Nutzungsberechtigte in Bezug auf die öffentliche Zugänglichmachung der streitgegenständlichen, aus der Anlage zu diesem Urteil ersichtlichen 139 Musikwerke sei.

13

Die Antragsgegnerin zu 1) bietet den Dienst „alphaload“ an. Dieser Dienst ist über die Internetseiten „alphaload.de“ und „alphaload.com“ erreichbar und beinhaltet in erster Linie eine kostenpflichtige Zugangsvermittlung zum Usenet. Der Antragsgegner zu 2) ist der Geschäftsführer und einer von zwei Gesellschaftern der Antragsgegnerin zu 1). Außerdem ist er Inhaber der Domain „alphaload.com“ und administrativer Ansprechpartner der Domain „alphaload.de“.

14

Das Usenet ist ein (eigenes) weltweites elektronisches Netzwerk, das aus sog. „Newsservern“ besteht; dieses ist kompatibel mit den Rechnerverbindungen im „normalen“ Internet. Mit einem PC mit Internetzugang und einer Zugangssoftware („Newsclient“ oder „Newsreader“) kann man Zugang zum Usenet erlangen.

15

Die Inhalte des Usenet liegen auf weltweit verteilten Servern verschiedener Unternehmen, wobei der gesamte Datenbestand permanent untereinander gespiegelt wird („store-and-forward“-Prinzip). Die Inhalte werden dabei regelmäßig nicht von den Betreibern der Server erstellt, sondern von den jeweiligen Nutzern des Usenet. Die verschiedenen Inhaber von Usenet-Servern halten die Inhalte unterschiedlich lange vor, bevor sie aus dem Datenbestand fallen. Durch die permanente Spiegelung der Inhalte ist eine Nachricht, die auf einen Newsserver „gepostet“ wird, kurze Zeit später auch auf allen anderen an der betroffenen Newsgroup teilnehmenden Servern des weltweiten Verbunds vorhanden und von dort lokal abrufbar. Größere Dateien müssen hierbei in mehrere Teilnachrichten aufgespalten werden, die nach Umwandlung in der Art eines Textdokumentes („yEnc-Codierungsverfahren“) - und damit in einer als Musik- oder Bilddatei nicht wiedergabefähigem Format - transportiert und auch entsprechend auf den Servern gespeichert werden. Je nach Qualität und Länge benötigt eine MP3-Datei ca. 10 bis 50 Nachrichten, eine vollständige DVD ca. 20.000 Nachrichten. Diese Dateien sind erst nach einer Rückumwandlung in das Ausgangsformat wiedergabefähig, zu der alle Teildateien fehlerfrei vorliegen müssen. Andernfalls kann der

Rückumwandlungsversuch – wenn Reparaturfunktionen fehlen oder nicht greifen – scheitern. Die Rückumwandlung wird von den Newsreadern automatisch vollzogen.

16

Inhaltlich setzt sich das Usenet aus virtuellen Diskussionsforen zusammen, die auf den Newsservern abgespeichert werden. Um das Usenet übersichtlich zu gestalten, sind diese Gruppen zugeteilt, die sich jeweils nur mit einem bestimmten Thema befassen, zum Beispiel Sport, Kinofilme oder Politik. Derartige Newsgroups sind baumartig nach Themen geordnet, was sich auch in ihren Namen widerspiegelt. Gruppen mit gemeinsamem Namensvorsatz gehören zur selben Hierarchie. Die Nutzer können in den Newsgroups „Postings“ (Beiträge) einstellen. Die klassischen Usenet-Bereiche betrafen reine Diskussionsforen (ohne die Möglichkeit des Downloads) zu News-Hierarchien wie Computerfragen („comp.*“), Nachrichten aus dem Usenet („news.*“), Freizeit und Hobby („rec.*“), Wissenschaft („sci.*“) oder Diskussionen („talk.*“). Namentlich in der Newsgroup „alt.*“ mit der Hierarchie „binaries“ ist indes seit einiger Zeit auch das Anhängen sog. „Binärdateien“ („binaries“) zugelassen. Diese Hierarchie dient nicht mehr in erster Linie der Diskussion, sondern dem Austausch von Dateien jeder Art, ermöglicht also das Herunterladen von Dateien. Die in dieser Hierarchie versandten „Postings“ können in den angehängten Binärdateien jegliche Art von Dateien – vor allem auch Audio- und audiovisuelle Dateien in verschiedenen Formaten - enthalten. Unter den so verbreiteten Binärdateien finden sich zahlreiche illegale Kopien von Spielfilmen, Software, Computerspielen und Pornographie, aber auch erhebliche Mengen urheberrechtlich geschützter Musikwerke; streitig ist das Ausmaß der Verbreitung derartiger Dateien im Usenet.

17

Die „Postings“ für die einzelnen Newsgroups sind mit „Headern“ (einer Art Kopfzeile) versehen, die Informationen über die Inhalte des Postings (im sog. „body“), das Vorhandensein einer Binärdatei und den Standort des „Postings“ auf den Newsservern enthalten. Über die Informationen in den „Headern“ können die „Newsreader“ zudem „Postings“ mit bestimmten Inhalten – etwa bestimmten Musiktiteln – suchen.

18

Für die Beanstandung rechtsverletzender Inhalte durch Nachrichten im Rahmen des Usenet steht die sog. „notice and take down“-Prozedur zur Verfügung. Hierbei wird der Betreiber des „Newsservers“, auf dem ein als rechtsverletzend erkanntes „Posting“ ursprünglich gespeichert und von dem dieses weltweit in das Usenet gestellt worden ist, benachrichtigt; der veranlassende Provider ist ebenfalls im „Header“ der „Postings“ bezeichnet. Der Betreiber der Ausgangs-Servers ist in der Lage, eine sog. „Cancel“-Anweisung weltweit an alle Betreiber von Newsservern im Usenet zu verbreiten, die automatisch bewirkt, dass die bezeichnete Nachricht vollständig und unverzüglich weltweit von den Newsservern als „zu löschend“ behandelt und entfernt wird.

19

Die Antragsgegnerin zu 1) vermittelt im Rahmen ihres Dienstes „alphaload“ – als ein Anbieter von vielen – kostenpflichtig den Zugang zum Usenet. Diese Leistung wird pauschal nach der vereinbarten zulässigen Datentransfermenge bezahlt; die von der Antragsgegnerin zu 1) geforderten Preise reichen von €7,95 (für ein Downloadvolumen von 10 Gigabyte) bis €19,95 (für 50GB) im Monat. Die Antragsgegnerin zu 1) stellt ihren Nutzern eine „Newsreader“-Software („Alphaload Software“) zur Verfügung, die besonders zum Suchen und Herunterladen von Dateien geeignet ist. Vorinstalliert hierin ist der automatische Zugriff auf bestimmte Newsgroups in bestimmten Kategorien (insgesamt etwa 100); die meisten

hiervon betreffen „Binary-Newsgroups“; darunter findet sich die Kategorie „TOP Binary Musik/mp3“. Außerdem gibt es eine Suchfunktion, bei der man über Eingabe eines bestimmten Suchbegriffs auf sämtlichen angeschlossenen Newsservern nach bestimmten Inhalten suchen kann; die Software durchsucht hierbei die Header-Dateien. Hierbei sind wiederum eine Reihe von „TOP-Suchbegriffen“ voreingestellt; durchweg aus den Kategorien „Musik“, „Filme“, „Games“ usw.

20

Auf den genannten deutschsprachigen Webseiten „www.alphaload.de“ und „www.alphaload.com“ wurde über das Geschäftsmodell der Antragsgegnerin zu 1) u.a. mit folgenden Aussagen informiert:

„Sie möchten sofort Zugang zu über 300 Terabyte (= mehr als 300.000 GB) Filme, MP3s, Software, Games, Bildern oder Erotikinhalten, wollen in Foren mehr als 380 Millionen Artikel lesen und über ihre Lieblingsthemen diskutieren? Sie quälen sich immer noch mit lahmen und rechtlich sehr unsicheren Tauschbörsen wie BitTorrent oder eDonkey herum? (...)“

Wir bieten einen sehr schnellen, anonymen, unzensierten und einzigartig einfachen Zugang ins Usenet an, dem Vorbild aller Foren und Tauschbörsen, das bisher nur von Internetprofis genutzt werden konnte! (...) Haben Sie mit einer Tauschbörse schon einmal ein MP3 in 5 Sekunden herunter geladen? Nein? Probieren Sie es doch einfach aus - innerhalb von 5 Minuten können Sie bereits mit unserer Software downloaden. (...)“

Mit unserer Software sind Sie 100% sicher vor externen Zugriffen - Ihre Daten können nicht von Ihrem Computer geladen werden – anders als bei Tauschbörsen, wie zB BitTorrent oder eMule, wo das Prinzip darauf basiert, dass Sie auch Ihre Daten anbieten müssen. GENAU DAS ist aber illegal und wird immer öfter bestraft – auch in Deutschland. Schaffen Sie dieses Risiko aus der Welt! Bei uns müssen SIE NICHTS FREIGEBEN ODER TAUSCHEN! (...)“

Anonymität und Meinungsfreiheit sind die Punkte, die das Internet zu einer der bedeutendsten Entwicklungen der Menschheit gemacht haben. (...) Firmen aus der ganzen Welt verklagen Tauschbörsenbenutzer, der Staat überwacht die Aktivitäten seiner Bürger im Internet. Damit muss Schluss sein! Bei uns wird der Zugang nicht überwacht! Wir messen nur wie viel Sie downloaden – was Sie downloaden wissen wir nicht. (...)“

Was Sie herunter laden, weiß keiner. Wir erheben also nur die zur Abrechnung notwendigen Daten und diese werden in den Niederlanden auf Servern gespeichert, auf die weder der Staatsanwaltschaft, noch andere neugierige Institutionen Zugang erlangen können. Wenn Sie Filesharingprogramme benutzen ist es für die Staatsanwaltschaft kein Problem, Ihnen nachzuweisen, was Sie heruntergeladen haben. Vermeiden Sie dieses unnötige Risiko! (...)“

Ihre Daten werden in den Niederlanden gespeichert, wo niemand (z.B. der Staat) darauf zugreifen kann. Also selbst wenn unser Service illegal wäre, wären Sie sicher. Ihre Downloads werden nicht mitprotokolliert. (...) Welche Dateien Sie bezogen haben, wissen selbst wir nicht und können solche Informationen deshalb auch gar nicht speichern.“

21

Beim Anklicken der aufgeführten Kategorie „mp3“ wurde der Nutzer zur „Top 20“ der „Newsgroups“ zu diesem Thema geleitet; dort sind ausschließlich solche „Newsgroups“ aufgelistet, die die Möglichkeit bieten, Dateien anzuhängen („Binaries“). Unter der Anleitung zur Software der Antragsgegnerin zu 1) („So funktioniert’s“) wurde zudem erläutert, wie die Nutzer Dateien suchen und herunterladen können. Auch Nutzer aus Österreich und der Schweiz können über die Antragsgegnerin zu 1) Dateien herunterladen, müssen aber eine Kontoverbindung in Deutschland haben.

22

Die Antragsgegnerin zu 1) betreibt – soweit ersichtlich - selbst keine eigenen Server, auf denen Teile des Usenet gespeichert sind. Auch bietet sie ihren Nutzern offenbar nicht die Möglichkeit, eigene Inhalte in das Usenet hochzuladen. Ob das Angebot der Antragsgegnerin damit eine reine Zugangsvermittlung ist, ist zwischen den Parteien streitig.

23

Dateien mit den streitgegenständlichen Musikwerken wurden am 22.5.2007 über das Angebot der Antragsgegnerin zu 1) heruntergeladen. Eine vorprozessuale Abmahnung der Antragsgegner vom 6.6.2007 blieb unbeantwortet; die Antragsgegner behaupten, diese nicht erhalten zu haben. Daraufhin luden die Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin Dateien mit den gleichen Musikwerken am 15.6.2007 erneut über das Angebot der Antragsgegnerin zu 1) aus dem Usenet.

24

Das Landgericht hat am 18.6.2007 antragsgemäß eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der den Antragsgegnern bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel untersagt wurde,

1. Dienste, bestehend aus Dienstleistungen der Zugangsvermittlung zum Usenet und Bereitstellung von Software und / oder inhaltlichen Angeboten auf Webseiten zu betreiben und / oder anzubieten und / oder betreiben und / oder anbieten zu lassen, mit denen die aus der Anlage zu diesem Beschluss ersichtlichen Musikwerke widerrechtlich ohne Zustimmung der Antragstellerin vervielfältigt und / oder widerrechtlich öffentlich zugänglich gemacht werden, wie derzeit durch den Dienst „Alphaload“ unter „www.alphaload.de“, „www.alphaload.com“ und „www.alphaload.net“ geschehen.

2. Dienste – wie derzeit den Dienst „Alphaload“ – mit Formulierungen, die (potenziellen) Nutzern die rechtswidrigen Nutzungsmöglichkeiten dieser Dienste unter Missachtung der von der Antragstellerin wahrgenommenen Rechte (insbesondere hinsichtlich der aus der Anlage zu diesem Beschluss ersichtlichen Musikwerke) nahe legt, wie beispielsweise

„Sie möchten Zugang zu über 300 Terabyte (= mehr als 300.000 GB) Filme, MP3s, Software, Games, Bildern oder Erotikinhalten, wollen in Foren mehr als 380 Millionen Artikel lesen und über ihre Lieblingsthemen diskutieren? Sie quälen sich immer noch mit lahmen und rechtlich sehr unsicheren Tauschbörsen wie BitTorrent oder eDonkey herum?“

oder

„Wir bieten einen sehr schnellen, anonymen, unzensierten und einzigartig einfachen Zugang ins Usenet an, dem Vorbild aller Foren und Tauschbörsen, das bisher nur von Internetprofis genutzt werden konnte!“

oder

„Haben Sie mit einer Tauschbörse schon einmal ein MP3 in 5 Sekunden herunter geladen? Nein? Probieren Sie es doch einfach aus - innerhalb von 5 Minuten können Sie bereits mit unserer Software downloaden.“

oder

„Mit unserer Software sind Sie 100% sicher vor externen Zugriffen - Ihre Daten können nicht von Ihrem Computer geladen werden – anders als bei Tauschbörsen, wie zB BitTorrent oder eMule, wo das Prinzip darauf basiert, dass Sie auch Ihre Daten anbieten müssen. GENAU DAS ist aber illegal und wird immer öfter bestraft – auch in Deutschland. Schaffen Sie dieses Risiko aus der Welt! Bei uns müssen SIE NICHTS FREIGEBEN ODER TAUSCHEN!“

oder

„Anonymität und Meinungsfreiheit sind die Punkte, die das Internet zu einer der bedeutendsten Entwicklungen der Menschheit gemacht haben. (...) Firmen aus der ganzen Welt verklagen Tauschbörsenbenutzer, der Staat überwacht die Aktivitäten seiner Bürger im Internet. Damit muss Schluss sein! Bei uns wird der Zugang nicht überwacht! Wir messen nur wie viel Sie downloaden – was Sie downloaden wissen wir nicht.“

oder

„Was Sie herunter laden, weiß keiner. Wir erheben also nur die zur Abrechnung notwendigen Daten und diese werden in den Niederlanden auf Servern gespeichert, auf die weder der Staatsanwaltschaft, noch andere neugierige Institutionen Zugang erlangen können. Wenn Sie Filesharingprogramme benutzen ist es für die Staatsanwaltschaft kein Problem, Ihnen nachzuweisen, was Sie heruntergeladen haben. Vermeiden Sie dieses unnötige Risiko!“

oder

„Ihre Daten werden in den Niederlanden gespeichert, wo niemand (z.B. der Staat) darauf zugreifen kann. Also selbst wenn unser Service illegal wäre, wären Sie sicher. Ihre

Downloads werden nicht mitprotokolliert. (...) Welche Dateien Sie bezogen haben, wissen selbst wir nicht und können solche Informationen deshalb auch gar nicht speichern.“

oder generell unter Herausstellung der rechtswidrigen Nutzungsmöglichkeiten des Dienstes in irgendeiner Form zu beschreiben, anzubieten oder zu bewerben und / oder beschreiben, anbieten oder bewerben zu lassen.

25

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung vom 18.6.2007 mit dem angegriffenen Urteil vom 26.10.2007 - nach entsprechender teilweisen Rücknahme des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung - mit der Maßgabe bestätigt, dass der Internetauftritt „www.alphaload.net“ im Verbotstenor nicht mehr aufgeführt wurde.

26

Gegen das Urteil wenden sich die Antragsgegner mit ihrer frist- und formgerecht eingelegten Berufung. Beide Parteien wiederholen und vertiefen in der Berufungsinstanz in erster Linie ihre Rechtsausführungen zur Frage der Haftung der Antragsgegner. Die Antragsgegner sind der Ansicht, dass das Herunterladen illegaler Kopien der Musikwerke zwar die Antragstellerin in deren Vervielfältigungs- und öffentlichen Wiedergaberechten verletze, dass die Antragsgegnerin zu 1) hieran aber nicht willentlich und adäquat kausal mitgewirkt habe; sie sei lediglich Zugangsvermittlerin. Werde eine Audio-, Video- oder Fotoaufnahme als Binärdatei durch das Usenet transportiert, sei auf keinem der am Transport beteiligten Server die Datei in einem wiedergabefähigen Format gespeichert, da das Textdokument, in das die Dateien umgewandelt werden, zum Transport in zahlreiche Einzelnachrichten aufgespalten werde. Das habe zur Folge, dass sämtlichen Nachrichten der Inhalt nicht anzusehen sei; erst nach Rückwandlung in das Ausgangsformat werde eine Überprüfung des Inhalts möglich. Sie hätten jede erdenkliche Anstrengung unternommen, dafür zu sorgen, dass keine Rechtsverletzungen von ihren Nutzern bei der Inanspruchnahme ihrer Dienste geschehen: Nach Ziffer 7.2 der AGB seien Up- und Download schutzrechtsverletzender Inhalte untersagt, auch hätten sie eine Seite eingerichtet, auf der Dateien als urheberrechtsverletzend eingetragen werden könnten und dann nach entsprechender Überprüfung aus dem Suchindex entfernt würden; dies ist unstrittig. Es gebe für sie keine zumutbaren Prüfungspflichten und –möglichkeiten. Selbst wenn eine Filterung der Inhalte zur Entfernung der Nachrichten möglich wäre, würde dies zukünftige Rechtsverletzungen nicht verhindern, da eine Nachricht mit einem rechtsverletzenden Inhalt aufgrund der dezentralen Organisationsstruktur des Usenet auf allen anderen Newsservern weiterhin vorgehalten und bei der nächsten Synchronisierung der Newsserver wieder auf dem Newsserver gespeichert werde. Sie hätten auch nicht die Möglichkeit, illegale Dateien aus dem Usenet zu entfernen; dazu seien nur die Server-Farmen des Usenet in der Lage. Das einzig wirksame Mittel sei das Abschalten des Zugangs zum Usenet, was aber ihr Geschäftsmodell unmöglich machen würde. Die Antragsgegner haben in zweiter Instanz nicht mehr bestritten, dass die Antragstellerin Berechtigungsverträge mit allen Urhebern der hier streitgegenständlichen Musikwerke abgeschlossen hat, sie sind aber der Auffassung, dass diese die hier in Rede stehende Verwertung nicht erfassten; insbesondere handele es sich bei einer öffentlichen Zugänglichmachung über das Usenet um eine neue Nutzungsart gegenüber einer öffentlichen Zugänglichmachung über das Internet.

27

Die Antragsgegner beantragen,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 26.10.2007, Geschäfts-Nr. 308 O 382/07 abzuändern und unter Aufhebung der mit diesem Urteil bestätigten einstweiligen Verfügung vom 18.6.2007 wie folgt neu zu fassen:

Der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 15.6.2007 wird zurückgewiesen.

28

Die Antragstellerin hat ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in der Berufungsinstanz hinsichtlich der Verhaltensalternative „Vervielfältigen“ zurückgenommen und beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass den Antragsgegnern für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland zu verbieten sei,

1. die streitgegenständlichen 139 Musikwerke ohne ihre – der Antragstellerin - Zustimmung über das Usenet öffentlich zugänglich zu machen und / oder öffentlich zugänglich machen zu lassen, wenn dies wie durch den Dienst „alphaload“ unter „www.alphaload.de“ und „www.alphaload.org“ geschieht;

2. Dienste wie den unter Ziffer 1 genannten mit Hinweisen darauf zu beschreiben, anzubieten und / oder zu bewerben und / oder beschreiben, anbieten oder bewerben zu lassen, dass diese Dienste es ermöglichen, Dateien öffentlich zugänglich zu machen, wenn sich dies auf einen oder mehrere Musiktitel bezieht, die in Ziffer 1 genannt sind, und wenn dies durch Aussagen, wie die im Tenor des Verbotsverfügung des Landgerichts aufgeführten, geschieht.

29

Die Antragstellerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil.

30

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Niederschrift der Verhandlung vom 17.12.2008 Bezug genommen.

31

II.

1. Die zulässige Berufung der Antragsgegner hat keinen Erfolg. Der Antragstellerin steht hinsichtlich der öffentlichen Zugänglichmachung der streitgegenständlichen Werke ein Verfügungsanspruch in dem zuletzt geltend gemachten Umfang zu, wie er aus dem Tenor ersichtlich ist (a.). Die Antragstellerin hat daneben einen Anspruch auf Unterlassung der angegriffenen Werbeaussagen (b.). Es liegt ein Verfügungsgrund vor (c.).

32

a. Der Anspruch der Antragstellerin auf Unterlassung der öffentlichen Zugänglichmachung ergibt sich aus §§ 823, 1004 BGB analog, denn die Antragsgegner haften als Störer auf Unterlassung. Die Antragsgegner haben einen adäquat kausalen Tatbeitrag dazu geleistet,

dass die streitgegenständlichen Musikwerke, an denen der Antragstellerin die ausschließlichen Verwertungsrechte zustehen, im Sinne von § 19a UrhG öffentlich zugänglich gemacht wurden. Die Antragsgegner können sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihnen eine derartige Unterlassungsverpflichtung nicht zumutbar sei. Diese Verpflichtung trifft beide Antragsgegner. Im Einzelnen:

33

aa. Die Rechtmäßigkeit der hier noch angegriffenen Verwertungshandlung „öffentlicher Zugänglichmachung“ beurteilt sich nach dem deutschen Urheberrecht. Zwar haben die Parteien nicht vorgetragen, ob die von der Antragstellerin aufgefundenen Dateien mit den streitgegenständlichen Titeln von Nutzern aus Deutschland und auf Server innerhalb Deutschlands erstmals in das Usenet eingestellt wurden. Die Antragstellerin begehrt indes Schutz nur für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland; einen weiteren Schutz kann sie wegen des Territorialitätsprinzips vor einem deutschen Gericht auch nicht geltend machen. Damit beurteilt es sich aufgrund des allgemein anerkannten Schutzlandprinzips nach deutschem Recht, ob und welche Ansprüche die Antragstellerin wegen der streitgegenständlichen Titel grundsätzlich haben kann (vgl. Katzenberger in Schrickler, Urheberrecht, 3.Aufl., Vor §§ 120ff Rz.129). Aus dem Territorialitätsprinzip folgt zudem, dass eine ausschließlich in einem ausländischen Staat begangene Handlung nicht als Verletzung des Urheberrechts im Inland gewertet werden kann (HansOLG GRUR-RR 2005, 41, 43 – Bauhauslampen aus Italien). Der für die Frage des anzuwendenden Rechts maßgebliche Handlungsort der „öffentlichen Zugänglichmachung“ im Sinne des § 19a UrhG befindet sich hier aber jedenfalls auch im Inland. Zwar besteht durchaus Uneinigkeit über die Frage, an welchem Ort die Handlung der „öffentlichen Zugänglichmachung“ begangen wird, wenn es um die öffentliche Zugänglichmachung von Werken als Dateien geht: So wird vertreten, dass dies der Serverstandort sei oder dass auf den Ort abzustellen sei, von dem aus die Einstellung erfolgt sei. Nach der wohl hM sollen zusätzlich (oder auch: nur) die Rechtsordnungen aller derjenigen Länder anwendbar sein, von denen aus auf die Daten zugegriffen werden kann; dies wird zum Teil auf die Länder beschränkt, von denen aus die Abrufmöglichkeit intendiert war (vgl. die Meinungsübersicht bei Katzenberger in Schrickler, Urheberrecht, 3.Aufl., Vor §§ 120ff Rz.145). Diese Fragen können indes für den vorliegenden Fall offenbleiben, da gerichtsbekannt auch deutsche Zugangsvermittler die Möglichkeit anbieten, Dateien in das Usenet hochzuladen, und auch die Antragsgegner nicht behaupten, dass die streitgegenständlichen Dateien von außerhalb der Bundesrepublik Deutschland hochgeladen worden seien. Abrufbar sind die Musiktitel in Deutschland unbestritten; das Angebot der Antragsgegner richtet sich gerade an deutschsprachige Nutzer. Hinzu kommt, dass es sich um Dateien handelt, die auf Server eingestellt wurden, zu denen die Antragsgegner den Zugang vermitteln, die also ihrer „Sphäre“ zuzurechnen sind. Da man den Dateien zudem – namentlich aus deren „Header“ - entnehmen kann, auf welchen Server sie ursprünglich eingestellt worden sind, hätte der Antragsgegnerin eine entsprechende Darlegung obliegen.

34

bb. Grundsätzlich kommen hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Musikwerke Ansprüche aus dem UrhG in Betracht, weil es sich zweifellos und unbestritten um Musikwerke im Sinne § 2 I Ziff.2 UrhG handelt.

35

cc. Die Antragstellerin ist berechtigt, für jeden einzelnen der hier streitgegenständlichen 139 Titel Ansprüche aus dem UrhG geltend zu machen und zwar auch und gerade bezgl. der Verwertungshandlung der öffentlichen Zugänglichmachung. Zwar haben die Antragsgegner

in Abrede genommen, dass der Antragstellerin Nutzungsrechte eingeräumt worden sind, die die hier streitgegenständliche Nutzungsart erfassen. Die Antragstellerin hat aber letztlich Berechtigungsverträge mit allen hier in Rede stehenden Urhebern vorgelegt; die zunächst fehlenden Verträge mit den Urhebern R. und K. hat sie mit Schriftsatz vom 10.12.2008 nachgereicht. Diese verspätete Vorlage führt nicht dazu, dass diese Unterlagen gemäß § 531 II ZPO nicht mehr zu berücksichtigen wären, denn die Antragsgegner haben den Abschluss derartige Verträge – wie auch hinsichtlich aller anderen Urheber der streitgegenständlichen Werke - daraufhin nicht mehr bestritten, sondern lediglich die Ansicht vertreten, dass die hier in Rede stehende Art der Verwertung von den abgeschlossenen Verträgen nicht erfasst sei. Mit diesem Einwand haben die Antragsgegner indes keinen Erfolg:

36

aaa. In den von der Antragstellerin vorgelegten „Alt-Verträgen“, die vor dem 9./10.7.1996 abgeschlossen worden waren, war eine auf die Verwertung der Werke über elektronische Netzwerke passende Klausel zwar noch nicht enthalten. Alle diese Alt-Verträge wurden aber später durch Ergänzungsvereinbarungen oder Neufassungen auf folgende Nutzungsrechte ausgedehnt:

„Das Recht, Werke der Tonkunst (mit oder ohne Text) in Datenbanken, Dokumentationssysteme oder in Speicher ähnlicher Art einzubringen.

Das Recht, Werke der Tonkunst (mit oder ohne Text), die in Datenbanken, Dokumentationssysteme oder in Speicher ähnlicher Art eingebracht sind, elektronisch oder in ähnlicher Weise zu übermitteln.“

37

Hiervon ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung über elektronische Netzwerke ersichtlich erfasst.

38

Ihre erstinstanzlich pauschal vertretene Ansicht, dass es nicht bezüglich aller Verträge tatsächlich zu entsprechenden Änderungen gekommen sei, haben die Antragsgegner in der Berufung ersichtlich nicht mehr aufrecht erhalten, denn sie sind der dezidierten Aufstellung der Antragstellerin zu jedem einzelnen Berechtigungsvertrag im Schriftsatz vom 5.3.2008 nicht entgegen getreten.

39

In den Verträgen, die nach dem 9./10.7.1996 abgeschlossen wurden, war eine solche Klausel ohnehin schon enthalten, so dass der Einwand der Antragsgegner, dass es hinsichtlich jener Verträge an einer entsprechenden Änderung fehle, neben der Sache liegt.

40

bbb. Auch der Einwand der Antragsgegner, dass es sich bei der öffentlichen Zugänglichmachung über das Usenet um eine neue Nutzungsart gegenüber der öffentlichen Zugänglichmachung über das Internet handele, greift nicht durch. Zum einen beziehen sich die zitierten Klauseln nach ihrem Wortlaut bereits nicht ausschließlich auf eine Verwertung der Werke gerade über das Internet. Zum anderen handelt es sich bei der öffentlichen Zugänglichmachung über das Usenet nicht um eine neue Nutzungsart gegenüber der öffentlichen Zugänglichmachung über das Internet.

41

Einen bisher unbekannte, eigenständige Nutzungsart liegt dann vor, wenn mit Hilfe einer neuen Technik ein neuer Absatzmarkt erschlossen wird, die traditionellen Verwendungsformen also nicht oder nur am Rande eingeschränkt werden. Dagegen ist eine wirtschaftlich eigenständige Verwendungsform tendenziell eher zu verneinen, wenn durch die neue Verwendungsform eine gebräuchliche Verwendungsform substituiert wird. Aus der Sicht des Urhebers erscheint es besonders wichtig, ihm seine Rechte für die Vermarktung auf neuen Absatzwegen uneingeschränkt vorzubehalten; dagegen kann ihm zugemutet werden, für die bloße Intensivierung der Nutzung bereits im Rahmen der ursprünglichen Rechtseinräumung eine angemessene Regelung zu treffen. Aus der Sicht des Lizenznehmers ist von entscheidender Bedeutung, dass ihm durch eine neue Verwendungsform, die über kurz oder lang die herkömmliche Verwendungsform ersetzt, nicht die wirtschaftliche Grundlage für getätigte Investitionen entzogen wird; dagegen ist es nicht unbillig, dass sein Nutzungsrecht sich trotz umfassender Rechtseinräumung nicht auf neu entstandene Absatzmärkte erstreckt (BGH GRUR 2005, 937, 939f – Der Zauberberg).

42

Hier ist bereits nicht ersichtlich, dass es sich bei der Einstellung von Dateien in das Usenet um eine „neue Technik“ im vorbezeichneten Sinne handelt. Vor allem aber fehlt es an der Erschließung eines neuen Absatzmarktes; es ist nicht ersichtlich, dass eine öffentliche Zugänglichmachung von Musikwerken über das Usenet sich gegenüber einer öffentlichen Zugänglichmachung über das Internet an einen signifikant anderen Markt richtet.

43

dd. Die streitgegenständlichen Musikwerke wurden im Sinne des §19a UrhG von der Antragsgegnerin zu 1) öffentlich zugänglich gemacht, obwohl unstreitig die Antragstellerin hierzu keine Einwilligung erteilt hatte.

44

Ein Zugänglichmachen setzt voraus, dass Dritten der Zugriff auf das geschützte Werk eröffnet wird. Maßgebliche Verwertungshandlung ist bereits das Zugänglichmachen des Werks für den interaktiven Abruf (Dreier / Schulze UrhG, 2.Aufl., § 19a Rz.6). Das ist hier gegeben, da die Titel gerade zu dem Zweck in das Usenet eingestellt wurden, dass dritte Nutzer diese herunterladen können. Diesen Dritten wird der Zugang auch als Mitgliedern der Öffentlichkeit eröffnet. Dies ist gemäß § 15 III UrhG dann zu bejahen, wenn der Zugang für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist. Diese Voraussetzungen sind hier ebenfalls erfüllt: Für eine „Mehrzahl von Personen“ reichen grundsätzlich bereits zwei Personen aus (Dreier / Schulze UrhG, 2.Aufl., § 15 Rz.40). Diese müssen nicht an einem Ort versammelt sein (Dreier / Schulze UrhG, 2.Aufl., § 15 Rz.41) und das Werk auch nicht zur gleichen Zeit wahrnehmen (vgl. Dreier / Schulze UrhG, 2.Aufl., § 15 Rz.42). Die dritten Nutzer sind hier auch nicht im vorbezeichneten Sinne persönlich miteinander oder mit dem Werkverwerter verbunden, denn dies ist nur dann der Fall, wenn die Beziehungen stark genug sind, um das Bewusstsein der persönlichen Verbundenheit zu begründen, oder - anders gesagt - wenn unter sämtlichen Beteiligten ein enger gegenseitiger Kontakt besteht, der bei allen das Bewusstsein hervorruft, persönlich miteinander verbunden zu sein (BGH GRUR 1996, 875, 876 – Zweibettzimmer im Krankenhaus; Dreier / Schulze UrhG, 2.Aufl., § 15 Rz.43); dies ist ersichtlich bei der lediglich gemeinsamen Nutzung technischer Möglichkeiten zum anonymen

Datenaustausch nicht gegeben. Auch die Art der Verschlüsselung / Zerlegung der Dateien während des Transportes steht der Annahme einer öffentlichen Zugänglichmachung nicht entgegen. Denn den Nutzern der Antragsgegnerin zu 1) werden unstreitig Audiodateien übermittelt, die im Regelfall (wieder) wahrnehmbar sind und die irgendwo in einer Weise vorgehalten worden waren, dass die Nutzer diese identifizieren und abrufen konnten; was mit den Dateien auf dem Transportweg geschieht, kann daher zu keiner anderen Beurteilung führen.

45

ee. Anhaltspunkte für eine Haftung der Antragsgegnerin zu 1) als Täter / Teilnehmer an dieser Verletzung der der Antragstellerin zustehenden ausschließlichen Verwertungsrechte sind nicht ersichtlich. Namentlich hat die Antragsgegnerin zu 1) sich die Inhalte der Uploads in das Usenet nicht zu Eigen gemacht. Vielmehr liegt der Schwerpunkt der Tätigkeit der Antragsgegnerin zu 1) auch nach der Darstellung auf den Internetseiten „alphaload.de“ und „alphaload.com“ für den Nutzer erkennbar in der Vermittlung des Zugangs zu Dateien, die von anderen in das Usenet eingestellt worden sind.

46

ff. Wegen der Verletzung des ihr ausschließlich zustehenden Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung kann die Antragstellerin die Antragsgegnerin zu 1) aber als Störer auf Unterlassung in Anspruch nehmen.

47

Hierbei ist zunächst festzuhalten, dass nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien die Antragsgegnerin zu 1) ihren Kunden lediglich fremde Informationen aus dem Usenet zugänglich macht und Abforderungsanfragen ihrer Kunden in das Usenet weiterleitet, nicht jedoch die Möglichkeit anbietet, dass ihre Kunden ihrerseits Dateien in das Usenet hochladen. Mit dem von ihr angebotenen Dienst übt die Antragsgegnerin zu 1) eine Funktion aus, die rechtlich derjenigen eines Access-Provider der in § 8 TMG genannten Art ähnelt (ausführlicher dazu s. unten).

48

Im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits ist nicht über die grundsätzliche Zulässigkeit einer Zugangsvermittlung zum Usenet zu entscheiden; es ist möglich, dass die Zugangsvermittler zum Usenet nicht grundsätzlich bzw. in jedem Fall für ihren Beitrag an Urheberrechtsverletzungen verantwortlich zu machen sind, die dadurch eintreten, dass unbekannte Nutzer eigenverantwortlich Dateien in das Usenet einstellen. Etwas anderes hat aber jedenfalls dann zu gelten, wenn der Anbieter eines derartigen Zugangs die Eignung zum Missbrauch nicht nur kennt, sondern hiermit auch unmissverständlich wirbt und zudem Software zur Verfügung stellt, die gerade eine missbräuchliche Nutzung des Usenet maßgeblich erleichtert. Damit wird die Möglichkeit einer Begehung von Urheberrechtsverletzungen ausdrücklich zum Anwendungsbereich des angebotenen Dienstes erhoben. Diese Voraussetzungen liegen für den angebotenen Dienst „alphaload“ vor und führen dazu, dass die Antragsgegnerin zu 1) hier als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann. Im Einzelnen:

49

aaa. Entgegen der Ansicht der Antragsgegner können sie sich schon aus rechtssystematischen Gründen gegenüber ihrer Inanspruchnahme auf Unterlassung nicht mit Erfolg auf eine direkte Anwendbarkeit der Privilegierungen des Providers nach §§ 7 - 10 TMG, insbesondere des Access-Providers gemäß § 8 TMG berufen. Denn diese Vorschriften erfassen nur

Schadensersatzansprüche, finden jedoch auf Unterlassungsansprüche keine Anwendung. Dies hat der Bundesgerichtshof zu § 11 Satz 1 TDG a.F. (= § 10 TMG) für den Host-Provider ausdrücklich festgestellt (BGH GRUR 2004, 860 - Internet-Versteigerung I) und mehrfach bekräftigt (s. nur BGH GRUR 2007, 708, 709 - Internet-Versteigerung II). Wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung ergibt, finden die Haftungsprivilegierungen der §§ 7 - 10 TMG keine Anwendung auf Unterlassungsansprüche, sondern betreffen lediglich die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung (BGH GRUR 2007, 724, 725 – Meinungsforum); vielmehr bleibt es insoweit - insbesondere ohne die Einschränkung des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG - bei den allgemeinen Regeln der Verantwortlichkeit für rechtsverletzendes Handeln aus §§ 823, 1004 ff BGB analog. Dieser Grundsatz kommt zwar im Wortlaut dieser Vorschriften nicht vollständig zum Ausdruck, ergibt sich aber u.a. mittelbar aus dem – für alle Diensteanbieter, also auch den Access-Provider geltenden - § 7 II 2 TMG (BGH WRP 07, 1173, 1175 - Jugendgefährdende Medien bei eBay; BGH WRP 07, 964, 966 – Internet-Versteigerung II; BGH WRP 04, 1287, 1290 – Internet-Versteigerung I).

50

Auch der Einwand der Antragsgegner, dass eine derartige Haftung ein Ergebnis gegen die E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 (im Folgenden: ECRL) verstoße, greift nicht durch. Wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist in Abs.3 der einschlägigen Haftungsprivilegierung für Access-Provider (Art.12 ECRL) geregelt, dass diese Vorschrift die Möglichkeit unberührt lässt, dass ein Gericht eines Mitgliedstaates vom Diensteanbieter verlange, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern. Die Ansicht der Antragsgegner, dass dieser Vorschrift die Regelung in Art. 15 I ECRL quasi übergeordnet sei, wonach die Mitgliedstaaten den Diensteanbietern keine allgemeine Überwachungspflicht auferlegen, überzeugt nicht. Der Erwägungsgrund zu dieser Vorschrift besagt ausdrücklich, dass damit nur allgemeine Überwachungspflichten gemeint sind, nicht jedoch Überwachungspflichten in spezifischen Fällen (Erwägungsgrund 47 zur ECRL).

51

bbb. Unabhängig hiervon setzt die Haftung des Störers allerdings grundsätzlich die Verletzung von Prüfungspflichten voraus, weil die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung als solche vorgenommen haben. Der Umfang der Prüfungspflichten bestimmt sich dabei grundsätzlich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen des Einzelfalls eine Prüfung zuzumuten ist (BGH GRUR 07, 708, 711 – Internet-Versteigerung II; BGH WRP 04, 1287, 1292 – Internet-Versteigerung I; BGH GRUR 97, 313, 315 – Architektenwettbewerb; BGH GRUR 94, 841, 842 – Suchwort; BGH GRUR 99, 428, 419 – Möbelklassiker; BGHZ 148, 13, 17 f – ambiente.de). Hierbei ist insbesondere zwischen den Interessen von Inhabern geschützter Rechtspositionen – wie hier aus dem Urheberrecht – und den Nutzern technischer Neuerungen umfassend abzuwägen. In diesem Zusammenhang ist allerdings – auch wenn, wie ausgeführt, die Vorschriften der §§ 7 - 10 TMG auf Unterlassungsansprüche keine Anwendung finden - sehr wohl die konkrete Art der Dienstleistung zu berücksichtigen, da sich auch hieraus ein unterschiedliches Maß an zumutbaren Prüfungspflichten ergeben kann. Für den vorliegenden Fall besteht indes gleichwohl eine Haftung der Antragsgegnerin zu 1) als Störer, wobei es hier nicht darauf ankommt, ob die Antragsgegnerin zu 1) konkrete Kenntnis von beabsichtigten Rechtsverletzungen Dritter hat und ob ihr Prüfungspflichten nur in einem zumutbaren Umfang auferlegt werden können. Im Einzelnen:

52

(1) Wie bereits angesprochen, übt die Antragsgegnerin zu 1) eine Funktion aus, die rechtlich der eines Access-Provider der in § 8 TMG genannten Art ähnelt. Denn die Antragsgegnerin zu 1) stellt eine technische und organisatorische Infrastruktur bereit, die ihren Kunden den Zugang zum Usenet ermöglicht, ohne dass die Antragsgegnerin – soweit ersichtlich - in rechtlich relevanter Weise aktiv Zugriff auf die vermittelten Inhalte nimmt. Auch der Umstand, dass die Antragsgegnerin zu 1) von ihren Kunden abgerufene Nachrichteninhalte zur Beschleunigung des Zugriffs für einen bestimmten Zeitraum auf ihren Servern zwischenspeichern dürfte, begründet für sich genommen keine weitergehende Verantwortlichkeit. Denn insoweit handelt sie nach dem gesetzlichen Leitbild des § 9 TMG wie ein Cache-Provider, dem im Rahmen seiner Zweckbestimmung eine zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung gestattet ist, um Nutzeranfragen effizienter zu gestalten. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (MMR 2008, 254, 255) soll die Antragsgegnerin auch im Übrigen als Cache-Provider zu behandeln sein, weil sie zunächst nur den „Header“ der (potentiell rechtsverletzenden) Dateien speichert und den „Body“ nur auf Anforderung nachlädt. Für die tatsächliche Bemessung der Prüfungspflichten führt diese Einordnung indes zu keinen maßgeblichen Abweichungen. Im Gegenteil weist das OLG Düsseldorf weist zutreffend daraufhin, dass die Möglichkeiten eines Cache-Provider, eine Rechtsverletzung abzustellen, noch geringer sind.

53

(2) Auch als Access-Provider unterliegt die Antragsgegnerin zu 1) indes gemäß § 7 II 2 TMG unverändert den sich aus den allgemeinen (zivilrechtlichen) Vorschriften ergebenden Verpflichtungen des Zugangsvermittlers zur Sperrung von Inhalten aus §§ 823, 1004 BGB analog, mithin der Störerhaftung. Ein nach den Grundsätzen der Störerhaftung erforderlicher adäquater Kausalzusammenhang besteht hier:

54

Für eine objektiv rechtswidrige Verletzung eines Urheberrechts ist es ausreichend, dass zwischen dem zu verbotenden Verhalten und dem befürchteten rechtswidrigen Eingriff ein adäquater Ursachenzusammenhang besteht (BGH, GRUR 1984, 54, 55 - Kopierläden; GRUR 1965, 104, 105 - Personalausweise/Tonbandgeräte-Händler II), d.h., dass das Verhalten eine nicht hinweg zu denkende Bedingung des Verletzungserfolgs ist und dass ein adäquater Zurechnungszusammenhang besteht. Ein Access-Provider eröffnet den Zugang zu Rechtsverletzungen, die aus einer von einem Dritten eröffneten Gefahrenquelle herrühren, setzt also eine Bedingung für den Eintritt des Verletzungserfolgs. Ein adäquater Kausalzusammenhang der von ihr veranlassten Zugangsvermittlung und der Rechtsverletzung besteht. Ein solcher Zusammenhang ist in der Regel dann gegeben, wenn ein Ereignis im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und auch nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen. Bei der Beurteilung der Adäquanzen kommt es auf eine objektive nachträgliche Prognose an, bei der alle erkennbaren Umstände zum Zeitpunkt des Erfolgseintritts zu berücksichtigen sind. Hier besteht ein adäquater Kausalzusammenhang im vorbezeichneten Sinne:

55

(a) Die Eröffnung des Zugangs zum Usenet schließt schon allgemein die nicht fern liegende Möglichkeit ein, dass es hierbei zu Rechtsverletzungen der vorliegenden Art kommen kann. Es ist allgemein - und damit umso mehr den Antragsgegnern - bekannt, dass sich über das Usenet rechtsverletzende Inhalte (und darunter urheberrechtlich geschützte Musikdateien) in erheblichem Umfang zugänglich machen lassen und zugänglich gemacht werden. Entsprechend adäquat kausale Zusammenhänge bestehen unzweifelhaft bei nahezu jedem

Access-Provider, auch außerhalb einer Zugangsvermittlung gerade zum Usenet. So ist es weiten Teilen der Nutzer von Telediensten - und den Senatsmitgliedern aus dienstlicher Befassung - bekannt, dass sich heutzutage bereits allgemein und häufig ohne besondere Zugangsbeschränkungen auch über das Internet nahezu problemlos eine Vielzahl rechtswidriger Inhalte erschließen lassen, wie Aufrufe zur Begehung terroristischer Handlungen, Anleitungen zur Herstellung von Bomben, kinderpornographische Abbildungen, nationalsozialistische Symbole, Gewalt verherrlichende Abbildungen, indizierte Computerspiele oder strafbares Glücksspiel. Angesichts der Vielzahl allgemein bekannter Möglichkeiten der Begehung von Rechtsverletzungen über das Internet kann auch nicht davon gesprochen werden, dass bei einer Zugangsvermittlung derartige Möglichkeiten nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge nicht zu erwarten sind. Sie liegen vielmehr ausgesprochen nahe.

56

Dies ist auch jedem Access-Provider bewusst, der seine Dienste zur Verfügung stellt, selbst wenn er die Zugänglichkeit derartiger Inhalte missbilligt. Jede andere Beurteilung stünde erkennbar im Widerspruch zur Lebenswahrscheinlichkeit. Das Geschäftsmodell eines jeden Access-Providers basiert in gewissem Umfang auch darauf, dass die Zugänglichkeit rechtswidriger bzw. strafbarer Inhalte für Teile seiner Benutzergruppen attraktiv ist. Aus diesem Interesse an rechtlich nicht gebilligten Inhalten erzielt er in nicht unerheblichem Umfang (unmittelbar oder mittelbar) seine Einkünfte. Sowohl das Angebot einer besonders schnellen Dateiübertragung durch DSL als auch die Bereitstellung großer Speicher- bzw. Übertragungsvolumina ist zumindest auch für Nutzerkreise mit rechtsverletzender Zielrichtung (z.B. zum komfortablen Download) besonders attraktiv.

57

(b) Hier kommt hinzu, dass der Beitrag der Antragsgegnerin zu 1) zur rechtsverletzenden Handlung deutlich weitergeht. Der Antragsgegnerin zu 1) ist die öffentliche Zugänglichmachung der streitgegenständlichen Musikwerke zum Zwecke des Downloads schon deshalb objektiv zuzurechnen, als dies genau dem entspricht, was die Antragsgegnerin zu 1) ihren Nutzern als die zentrale Möglichkeit des von ihr angebotenen Dienstes anpreist. Die Antragsgegnerin zu 1) stellt ihren Mitgliedern nicht nur die technischen Rahmenbedingungen dafür zur Verfügung, dass diese auf in das Usenet hochgeladene Musikdateien zugreifen können, sondern ermuntert ihre Mitglieder hierzu und stellt zudem eine speziell für die gezielte Titelsuche und den einfachen Download von Musikdateien aus dem Usenet geeignete Software zur Verfügung. Damit leistet die Antragsgegnerin zu 1) einen adäquat kausalen Beitrag dazu, dass sich der Kreis der Dritten, die auf diese Dateien Zugriff nehmen können, erheblich erweitert. Da die Antragsgegnerin zu 1) ihren Dienst genau zu dem Zweck zur Verfügung stellt, dass ihre Nutzer auf die Dateien Zugriff nehmen können, liegt hierin ein evidenter willentlicher und adäquater Beitrag zu dieser Verwertungshandlung.

58

(3) Gleichwohl geht es nach Auffassung des Senats unter Berücksichtigung der sich aus §§ 7 – 10 TMG ergebenden grundsätzlichen gesetzlichen Wertungen zu weit, eine Störerhaftung alleine aus dem Gesichtspunkt der Adäquanz unterschiedslos in allen derartigen Fallgestaltungen zu bejahen. Den sich aus dem jeweiligen Dienstinhalt ergebenden Besonderheiten trägt die Rechtsprechung vielmehr dadurch Rechnung, dass die dem jeweiligen Telediensteanbieter abzuverlangenden Prüfungspflichten nicht starr, sondern der jeweiligen Art des Geschäftsmodells angepasst sind.

59

Für die Frage, wie weit Prüfungspflichten eines möglichen Störers konkret reichen, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - neben der Eigenverantwortung des unmittelbar handelnden Dritten - maßgeblich die Funktion und Aufgabenstellung des als Störer in Anspruch Genommenen zu berücksichtigen (BGH WRP 2001, 1305, 1307 - ambiente.de). So hat der BGH beispielsweise nur eine eingeschränkte Prüfungspflicht angenommen, wenn der Störungszustand für den als Störer in Anspruch Genommenen nicht ohne weiteres oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erkennbar ist. Weiterhin hat der BGH berücksichtigt, ob der potenzielle Störer eigene (finanzielle) Interessen verfolgt bzw. (auch) quasi öffentliche Interessen wahrnimmt (BGH WRP 2001, 1305, 1307 - ambiente.de). Nach diesen Grundsätzen ist auch bei der Störerhaftung der Diensteanbieter im Internet nach der Art und Funktion des jeweils angebotenen Dienstes zu differenzieren. Sowohl das TMG (in §§ 8 - 10) als auch die ECRL (in Art. 12 - 14) sehen ein mehrfach abgestuftes System unterschiedlicher Verantwortlichkeiten vor, das im Detail danach differenziert, welcher konkreten Art der angebotene Dienst ist. Dabei wird insbesondere zwischen der "reinen Durchleitung" (Access-Provider), dem "Caching" sowie dem "Hosting" (Host-Provider) unterschieden. Den verschiedenen Diensteanbietern werden Pflichten in unterschiedlichem Umfang auferlegt, je nachdem, in welchem Ausmaß der Dienst in eigenem bzw. im Fremdinteresse betrieben wird. Hierin kommt eine grundsätzliche Wertentscheidung sowohl des europäischen als auch des nationalen Gesetzgebers zum Ausdruck, die die Rechtsprechung auch bei der Auferlegung von Prüfungspflichten des Störers im Rahmen von §§ 823, 1004 BGB analog zu beachten hat. Dies gilt trotz des – oben dargelegten - Grundsatzes, dass in Bezug auf Unterlassungspflichten die spezialgesetzlichen Regelungen aus §§ 8 bis 10 TMG nicht anwendbar sind. Denn auch in Bezug auf Unterlassungspflichten ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, alle Provider unabhängig von der Art ihres Dienstes und der Angriffsintensität derselben Verantwortlichkeit und denselben Prüfungspflichten zu unterwerfen. Ein derartiger Rechtsgrundsatz wäre ersichtlich unverhältnismäßig. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in der Grundsatzentscheidung „ambiente.de“ auch im Rahmen der sich als Ausfluss der Störerverantwortung ergebenden Prüfungspflichten maßgeblich auf "Funktion und Aufgabenstellung des als Störer Inanspruchgenommenen" abgestellt und hierdurch die notwendige Differenzierung sowie Feinsteuerung ermöglicht. Dabei werden auch im Rahmen der Unterlassungspflichten die in den §§ 8 bis 10 TMG verankerten Grundsätze in Betracht zu ziehen sein, ohne dass diese allerdings unmittelbar gelten oder identisch zu übertragen sind.

60

Insoweit mögen abweichende Kriterien anzulegen sein, die indes stets die in §§ 8 bis 10 TMG zum Ausdruck kommende Grundentscheidung des Gesetzgebers einer abgestuften Verantwortlichkeit der einzelnen Provider zu achten haben. Inwieweit sich hieraus für den Störer ergebende Pflichten bemessen bzw. an welchen konkreten Verhaltensweisen sie anknüpfen, lässt sich - anders als dies in §§ 8 bis 10 TMG für die verschuldensabhängige Haftung grundsätzlich geregelt ist - für die Störerhaftung jeweils nur im konkreten Einzelfall entscheiden.

61

Dies gilt auch für die Haftung reiner Zugangsvermittler, denn diese vermitteln letztlich „pauschal“ den Zugang zu fremden Inhalten, die nahezu vollständig ihrem Zugriff bzw. ihrer Kontrolle entzogen sind. Damit ist die Tätigkeit eines jeden Access Providers von vornherein bereits aufgrund seiner Funktion und Aufgabenstellung mit erheblichen und unüberschaubaren Risiken behaftet, an einer Vielzahl von Rechtsverletzungen mitzuwirken bzw. diese zu ermöglichen. Obwohl der Zugangsvermittler weiß, dass seine Handlung in einem adäquat kausalen Zusammenhang zu einer Rechtsverletzung steht bzw. stehen kann, kann er nicht grundsätzlich verpflichtet sein, die Zugangsvermittlung zu dem Medium

insgesamt einzustellen bzw. zu unterbinden, weil es dort zu Rechtsverletzungen gekommen ist oder kommen kann, wenn diese einen vertretbaren Rahmen nicht überschreiten und durch zumutbare Prüfungs- und Sperrmaßnahmen auch nicht zu verhindern sind. Ansonsten könnte nach Auffassung des Senats kein einziger Provider - auch nicht die "klassischen" Anbieter wie Hansenet, 1&1 Internet, Deutsche Telekom usw. - seine Tätigkeit rechtmäßig ausüben, obwohl derartige Geschäftsmodelle ersichtlich von der Rechtsordnung gebilligt sind. Die Zugangsvermittlung zu den vielfältigen weltweiten Internet-Dienstleistungen stellt sich - trotz ihres eindeutig kommerziellen Charakters - gleichwohl in gewissem Umfang auch als eine Aufgabe dar, die im Interesse der Allgemeinheit liegt. Auch dies hat Auswirkungen auf die zu erfüllenden Prüfungspflichten.

62

(4) Bei der gebotenen Abwägung kann – trotz dieser grundsätzlichen Privilegierung – indes das eigene Verhalten des Zugangsvermittlers dazu führen, dass er im Einzelfall (erheblich) schärferen Prüfungspflichten zu unterwerfen ist.

63

Jedenfalls dann, wenn der Zugangsvermittler die Inanspruchnahme seines Dienstes mit der Möglichkeit der Rechtsverletzungen aktiv und offensiv bewirbt, steigert er die seinem Dienst von Natur aus innewohnende Gefahr einer Rechtsverletzung so erheblich, dass ein Entfallen der Funktionsprivilegierung geboten ist. In einem derartigen Fall treffen den Zugangsvermittler deutlich gesteigerte Prüfungspflichten schon deshalb, weil er durch sein eigenes Werbeverhalten ein deutlich höheres Risiko verursacht hat. Von entsprechenden Überlegungen ist der Senat unter dem Gesichtspunkt einer „Zweckbestimmung zur rechtswidrigen Nutzungsmöglichkeit“ auch in der Entscheidung "Cybersky" (Senat GRUR-RR 2006,148 – Cybersky) ausgegangen. Er hat dort u.a. ausgeführt:

„Vor dem Hintergrund dieser Rechtsgrundsätze ist eine Verantwortung des Antragsgegners, geeignete Schutzmaßnahmen zu Gunsten der Antragstellerin zu treffen, jedenfalls dann gegeben, wenn der Antragsgegner seinerseits die Möglichkeit eines Rechtsmissbrauchs durch sein Programm "Cybersky" im Rahmen des "TVOON Media Center" den interessierten Anwendern im Rahmen der Produktankündigung, Absatzwerbung bzw. Nutzungsbeschreibung als eine (von mehreren) Nutzungsmöglichkeiten angeboten hat. Denn in diesem Fall erhebt der Hersteller bzw. Händler des Produkts die rechtswidrige Nutzungsmöglichkeit selbst zur Zweckbestimmung der Ware bzw. Dienstleistung. So verhält es sich im vorliegenden Fall. Dabei mag es sein, dass einzelne – in rechtlicher Hinsicht auch dem Antragsgegner zuzurechnende – Äußerungen für sich genommen noch unverdächtig erscheinen mögen. Jedenfalls im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung aller relevanten Umstände spricht nach Auffassung des Senats eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Antragsgegner interessierten Nutzern sein Produkt jedenfalls auch zum Zwecke einer Urheberrechtsverletzung anbietet. Damit ist er als Störer zu Unterlassung verpflichtet.“

64

Eine derartige Ankündigung begründet nicht nur bei dem Angebot eines Software-Programms eine Verantwortlichkeit als Störer. Sie führt in entsprechender Weise auch bei der Zugangsvermittlung zu rechtsverletzenden Inhalten zu (erheblich) gesteigerten Prüfungs- und Kontrollpflichten.

65

Im Rahmen der demnach erforderlichen Interessenabwägung können folgende Kriterien eine Rolle spielen: Wird ein Medium, Werkzeug, Hilfsmittel o.ä. zur Verfügung gestellt oder genutzt, das neben seiner rechtmäßigen Benutzung auch zu Eingriffen in die Rechte Dritter benutzt werden kann, kommt es maßgeblich nicht nur darauf an, ob nach objektiver Betrachtung der rechtsverletzende Gebrauch nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt (BGH, GRUR 1965, 104, 105 - Personalausweise/Tonbandgeräte-Händler II), sondern auch, in welcher Größenordnung sich eine derartige Wahrscheinlichkeit bewegt. Hierbei wird auch zu berücksichtigen sein, ob Nutzungshandlungen lediglich in der Öffentlichkeit ermöglicht werden – bei denen schon angesichts der bestehenden einfachen Kontrollmöglichkeiten nach der Lebenserfahrung im Regelfall nicht von einer rechtswidrigen Nutzung auszugehen sein dürfte - , oder ob Vorrichtungen, Dienste oder Werkzeuge geliefert werden, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch sich im privaten Bereich abspielt, der einer wirksamen und der Allgemeinheit zumutbaren Kontrolle weitgehend entzogen ist (vgl. BGH, GRUR 1965, 104, 106 - Personalausweise/Tonbandgeräte-Händler II). Zudem wird bei der Abwägung zu berücksichtigen sein, in welcher Qualität die unzulässige Verwertungshandlung vorgenommen werden kann und mit welcher Mühewaltung dies für den Verletzer verbunden ist (vgl. BGH, GRUR 1965, 104, 106 - Personalausweise/Tonbandgeräte-Händler II). Auch kann bei der Abwägung eine Rolle spielen, ob und in welchem Ausmaß der Anbieter mit seinem Beitrag zur Verletzungshandlung eigene Erwerbszwecke verfolgt. Erhebt der Anbieter – etwa im Rahmen der Produktankündigung, Absatzwerbung bzw. Nutzungsbeschreibung - gar die Möglichkeit eines Rechtsmissbrauchs selbst zur Zweckbestimmung der von ihm angebotenen Ware oder Dienstleistung, kommt eine Störerhaftung auch ohne konkrete Kenntnis von beabsichtigten Rechtsverletzungen Dritter in Betracht, und ohne dass sich der Handelnde darauf berufen kann, dass ihm Prüfungspflichten nur in einem zumutbaren Umfang auferlegt werden könnten. Denn die Haftung gründet sich dann nicht (nur) auf das rechtsverletzende Verhalten Dritter, sondern auf seine eigenen Handlungen, mit denen er potentiellen Erwerbern der Software die Möglichkeit zum Rechtsverstoß eröffnet bzw. nahe legt (zu allem siehe HansOLG GRUR-RR 2006, 148, 150f – Cybersky). Auch hierbei kann indes kein starrer Maßstab gelten, vielmehr wird stets im Rahmen einer Gesamtabwägung ein gleitender Maßstab anzulegen sein, wonach eine derartige Störerhaftung den Anbieter um so eher treffen wird, je eindeutiger und plakativer er die Möglichkeiten eines rechtsmissbräuchlichen Einsatzes der von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen herausstellt.

66

(5) Vor dem Hintergrund dieser Rechtsgrundsätze besteht im vorliegenden Fall eine Verantwortung der Antragsgegnerin zu 1) als Störer. Die soeben aufgeführten Kriterien, aus denen sich eine erweiterte Störerhaftung auch eines Zugangsvermittlers ergeben kann, sind hier durchweg gegeben:

67

Die Antragsgegnerin zu 1) vermittelt mit ihrem Dienst „alphaload“ den Zugang zum Usenet, aus dem unstreitig in großer Zahl Dateien von Filmen, Spielen, Fotos und auch Musikwerken heruntergeladen werden können. Der Zugriff wird hierbei einer unübersehbaren Zahl von tatsächlichen und potentiellen Nutzern angeboten, nämlich grundsätzlich allen Personen, die über einen Computer mit Zugang zum Internet verfügen. Hierdurch erhalten die Nutzer, die sich bei der Antragsgegnerin zu 1) anmelden, die Möglichkeit derartige Dateien in nahezu beliebiger Anzahl herunterzuladen. Gegenüber der Qualität der hochgeladenen Dateien tritt hierbei – jedenfalls bei problemlosem Download – grundsätzlich kein Qualitätsverlust auf, d.h. dass heruntergeladene Dateien bei entsprechendem Upload professionelle Qualität haben. Das Auffinden bestimmter Titel ist mit der von der Antragsgegnerin zu 1) zur Verfügung

gestellten Software (nach ihrer eigenen Bewerbung) mühelos und der Vorgang des Downloads ist für den Nutzer mit keinerlei Aufwand verbunden, da dieser nach Eingabe des entsprechenden Befehls selbsttätig erfolgt. Letztlich unbestritten ist auch, dass ein rechtsverletzender Gebrauch eines derartigen Zugangs in das Usenet keineswegs fernliegt. Auch die Antragsgegner haben eingeräumt, dass sich im Usenet Dateien von Werken finden, deren öffentliche Zugänglichmachung die Rechte von Urhebern verletzt, und dass es zum Herunterladen derartiger Dateien auch durch ihre Nutzer kommt. Zwar ist zwischen den Parteien streitig, in welchem Ausmaß sich derartige Dateien im Usenet finden. Den Antragsgegnern ist einzuräumen, dass nicht jede im Usenet auffindbare Musikdatei zwangsläufig unter Verletzung von Schutzrechten öffentlich zugänglich gemacht worden sein muss; zweifellos werden sich dort z.B. auch Musikdateien finden, die von den Urhebern selbst eingestellt wurden. Auch werden sich in großen Teilen des Usenet – worauf die Antragsgegner im Grundsatz ebenfalls zutreffend hinweisen – überhaupt keine Dateien irgendwelcher Werke finden, namentlich in den zahlreichen Newsgroups, die die Möglichkeit von Dateianhängen („Binaries“) nicht vorsehen. Andererseits kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass der Zugang jedenfalls zu den Newsgroups der Hierarchie „alt.binaries*“, die eine derartige Möglichkeit bieten, zumindest in großem Ausmaß auch dazu genutzt wird, auf urheberrechtlich geschützte Werke in Dateiform zugreifen zu können. Dies zeigt nicht zuletzt die eigene Beschreibung des Dienstes der Antragsgegnerin zu 1) auf den Internetseiten „www.alphaload.de“ und „www.alphaload.com“ (näher dazu s. unten).

68

Vor allem aber hat die die Antragsgegnerin zu 1) den interessierten Nutzern nicht nur die Möglichkeit des Downloads von Dateien, darunter insbesondere Dateien von Musikwerken, als die zentrale Nutzungsmöglichkeit ihres Dienstes „alphaload“ vorgestellt, sondern hierbei auch unmissverständlich und nahezu unverhohlen herausgestellt, dass die Nutzer auf diesem Wege risikolos Zugriff auf geschützte Dateien – Musiktitel, Filme, Computerspiele etc. – nehmen können, die sie üblicherweise nicht oder nicht ohne Bezahlung an einen Berechtigten herunterladen können:

69

(a) Zunächst ist festzuhalten, dass die Inhalte, die sich auf den Seiten „www.alphaload.de“ und „www.alphaload.com“ finden, der Antragsgegnerin zu 1) jedenfalls uneingeschränkt zuzurechnen sind; wahrscheinlicher ist, dass sie sogar direkt von der Antragsgegnerin zu 1) veranlasst wurden; letzteres kann aber dahinstehen. Zwar haben die Antragsgegner im Ansatz zutreffend darauf hingewiesen, dass der eigentliche Vorgang des Einstellens von Seiteninhalten vom Webmaster vorgenommen wird. Die Antragsgegner haben aber schon nicht behauptet, dass der Inhalt der genannten Seiten ohne ihr Wissen und eigenmächtig vorgenommen worden sei und nichts mit dem von ihnen angebotenen Dienst „alphaload“ zu tun habe. Eine solche Behauptung wäre angesichts des Inhaltes dieser Seiten auch nicht im Ansatz glaubhaft, denn diese Seiten enthalten nicht nur umfassende Darstellungen des Inhaltes des von der Antragsgegnerin zu 1) angebotenen Dienstes „alphaload“, sondern dort werden auch die Vorteile dieses Dienstes angepriesen; andere Inhalte sind dort – soweit vorgetragen – nicht zu finden. Vor allem aber stellen die genannten Internetseiten ersichtlich genau den „Einstieg“ dar, über den interessierte Nutzer sich anmelden und die erforderliche Zugangssoftware herunterladen können; damit sind diese Seiten quasi der Geschäftsbetrieb der Antragsgegnerin zu 1), jedenfalls dessen von der Öffentlichkeit wahrnehmbarer Teil. Auch die Antragsgegner haben nicht behauptet, dass ihre Nutzer auf einem anderen Weg ihr Angebot in Anspruch nehmen könnten.

70

(b) In den Beschreibungen auf diesen Internetseiten „www.alphaload.de“ und „www.alphaload.com“ hat die Antragsgegnerin zu 1) die Möglichkeiten und Vorteile ihres Dienstes „alphaload“ in einer Weise herausgestellt oder herausstellen lassen, dass die interessierten Nutzer die Möglichkeit von rechtsmissbräuchlichen Downloads als den Hauptvorteil und eigentlichen Zweck des Angebotes der Antragsgegnerin zu 1) verstehen.

71

(aa) Auf der Internetseite „alphaload.de“ (Anl ASt 6) heißt es u.a. [alle Hervorhebungen wie im Original]:

„Filme, Musik, Games & Mehr ...

Alphaload der Download-Spezialist

(...) Sie möchten Zugang zu über 300 Terabyte (= mehr als 300.000 GB) Filme, MP3s, Software, Games, Bildern oder Erotikinhalten, wollen in Foren mehr als 380 Millionen Artikel lesen und über ihre Lieblingsthemen diskutieren? Sie quälen sich immer noch mit lahmen und rechtlich sehr unsicheren Tauschbörsen wie BitTorrent oder eDonkey herum?

Wir bieten einen sehr schnellen, anonymen, unzensierten und einzigartig einfachen Zugang ins Usenet an, dem Vorbild aller Foren und Tauschbörsen, das bisher nur von Internetprofis genutzt werden konnte!“

72

Auch wird dort darauf hingewiesen, dass die kostenlose „Alphaload-Software“ „TOP Suchfunktionen“ und „vollautomatische Downloads“ bietet. Die ebenfalls auf dieser Seite wiedergegebene Liste „Top Musik Newsgroups“ zeigt, dass es auch den Nutzern des Dienstes „alphaload“ weniger um die „News“, als um die Anhänge geht, da es sich ausschließlich um Newsgroups der Hierarchie „alt.binaries*“ handelt. Und schließlich werden dort die „Vorteile gegenüber edonkey, Bittorrent & Co“ u.a. so benannt:

„100% anonymer Zugriff auf unzensierte Dateien, garantiert!“

73

(bb) Über den Link „mp3“ gelangte der Nutzer (etwa am 14.6.2007) zur „Top 20“ der „Newsgroups“ zu diesem Thema (Anl ASt 28); auch dort finden sich überhaupt nur solche Newsgroups, die die Möglichkeit bieten, Dateien anzuhängen, und zwar ersichtlich ausschließlich solche mit Musikdateien.

74

(cc) Unter der Anleitung zur Software der Antragsgegnerin zu 1) („So funktioniert’s“) wird genau erläutert, wie man sich Dateien sucht und herunterlädt (Anl ASt 30). Außerdem werden dort folgende Aussagen getätigt:

„Haben Sie mit einer Tauschbörse schon einmal ein MP3 in 5 Sekunden herunter geladen? Nein? Probieren Sie es doch einfach aus - innerhalb von 5 Minuten können Sie bereits mit unserer Software downloaden. (...)

Anonymität und Meinungsfreiheit sind die Punkte, die das Internet zu einer bedeutendsten Entwicklungen der Menschheit gemacht haben. Leider werden diese Positiva in jüngster Zeit immer mehr eingeschränkt und der Staat übernimmt die Kontrolle. Firmen aus der ganzen Welt verklagen Tauschbörsenbenutzer, der Staat überwacht die Aktivitäten seiner Bürger im Internet. Damit muss Schluss sein! Bei uns wird der Zugang nicht überwacht! Wir messen nur wie viel Sie downloaden – was Sie downloaden wissen wir nicht. Unsere Siteserver stehen in Amsterdam – der deutsche Staat oder neugierige Firmen haben keine Möglichkeit, auf Ihre Daten zuzugreifen. (...)

Mit unserer Software sind Sie 100% sicher vor externen Zugriffen - Ihre Daten können nicht von Ihrem Computer geladen werden – anders als bei Tauschbörsen, wie zB BitTorrent oder eMule, wo das Prinzip darauf basiert, dass Sie auch Ihre Daten anbieten müssen. GENAU DAS ist aber illegal und wird immer öfter bestraft – auch in Deutschland. Schaffen Sie dieses Risiko aus der Welt! Bei uns müssen SIE NICHTS FREIGEBEN ODER TAUSCHEN!“

75

(dd) Unter der Rubrik „FAQ“ (Häufig gestellte Fragen) erhält man u.a. folgende Antworten (Anl ASt 31):

„Ist der Zugriff auf das Usenet anonym?“

Bei uns ist der Zugriff auf das Usenet deshalb anonym, weil keine Aufzeichnungen darüber angefertigt werden, was Sie tun. ... (Wir bekommen) lediglich die Information, wie viele GB Sie herunter geladen haben. Was Sie herunter laden, weiß keiner. Wir erheben also nur die zur Abrechnung notwendigen Daten und diese werden in den Niederlanden auf Servern gespeichert, auf die weder der Staatsanwaltschaft, noch andere neugierige Institutionen Zugang erlangen können. Wenn Sie Filesharingprogramme benutzen ist es für die Staatsanwaltschaft kein Problem, Ihnen nachzuweisen, was Sie heruntergeladen haben. Vermeiden Sie dieses unnötige Risiko!

Warum Alphaload? Mein Provider bietet mir auch Newsserver an

Die Newsserverzugänge, die Ihnen Ihr Internetprovider anbietet, sind stark restriktiert, gefiltert und zensiert – außerdem besteht die Gefahr, dass Ihr Verhalten dort von Ihrem Provider überwacht wird. Die meisten Provider bieten nur Zugang zu den Textnewsgroups an – Sie können also keine Dateien downloaden, sondern haben lediglich Zugriff zu einem großen Forum. Wir bieten beides ...

Wie sicher sind meine Daten?

(...) Ihre Daten werden in den Niederlanden gespeichert, wo niemand (z.B. der Staat) darauf zugreifen kann. Also selbst wenn unser Service illegal wäre, wären Sie sicher. Ihre Downloads werden nicht protokolliert. Es wird lediglich ermittelt, wie viel Gigabyte Sie herunter geladen haben. Welche Dateien Sie bezogen haben, wissen selbst wir nicht und können solche Informationen deshalb auch gar nicht speichern.“

76

(ee) Die von der Antragsgegnerin zu 1) ihren Nutzern angebotene Newsreader-Software ist entsprechend den o.g. Werbeaussagen (Anl Ast 6) gerade darauf ausgerichtet, angehängte Dateien leicht aufzufinden und dann in einfacher Weise herunterzuladen („Vollautomatische Downloads“), unterstützt also den Eindruck, dass auch die Antragsgegnerin zu 1) dies als das zentrale Anliegen ihrer Nutzer ansieht.

77

(ff) Zusammenfassend lassen sich demnach folgende wiederkehrenden Grundzüge in den Werbeaussagen der Antragsgegnerin zu 1) feststellen:

78

Die Antragsgegnerin zu 1) wendet sich gezielt und in allererster Linie an solche Nutzer, die an Downloads interessiert sind; sie stellt bei der Bewerbung der Vorteile des Usenet und ihres Dienstes fast ausschließlich auf die Möglichkeiten zum Download ab. Die von ihr im vorliegenden Verfahren immer wieder „zur Entlastung“ angeführten reinen Diskussionsforen werden dort allenfalls am Rande erwähnt. Auch die angebotenen Tarife zeigen, dass sich die Antragsgegnerin zu 1) an solche Nutzer wendet, die am Download von Dateien und nicht an der Teilnahme an Diskussionsforen interessiert sind: Es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb ein Nutzer, dem es vorrangig um die Teilnahme an Diskussionsforen geht, die nicht ganz geringen Zugangsgebühren der Antragsgegnerin zu 1) (von €7,95 bis 19,95 monatlich) für ganz erhebliche Datenvolumina (von 10 GB bis 50GB) zahlen sollte, die für eine reine Teilnahme an Diskussionsforen kaum benötigt werden können; dies gilt um so mehr, als unstrittig verschiedene andere Anbieter den Zugang zu dem reinen Diskussionsforen im Usenet im Rahmen der von ihnen angebotenen Dienste kostenlos mit anbieten.

79

Vor allem aber betont die Antragsgegnerin zu 1) wiederholt und an prominenten Stellen, dass man über ihr Dienstangebot Dateien herunterladen kann, ohne dass dies dem Nutzer „nachzuweisen“ wäre. Bereits diese Wortwahl weist den interessierten Nutzer unmissverständlich darauf hin, dass ihm hier eine risikofreie Möglichkeit für illegale Downloads geboten wird, denn „nachgewiesen“ werden muss nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nur etwas Verbotenes. Dass sich die Antragsgegnerin zu 1) nicht nur bewusst ist, dass sich der von ihr angebotene Dienst eben hierfür eignet, sondern dass sie eben hierauf auch ihre potentiellen Nutzer hinweisen möchte, zeigt sich auch an anderen Aussagen, die sich in den genannten Internetdarstellungen fanden. So wird der Interessent wiederholt auf das Risiko hingewiesen, sich einer juristischen Verfolgung auszusetzen, wenn er Internet-Tauschbörsen zum Austausch geschützter Dateien benutzt („Firmen aus der ganzen Welt verklagen Tauschbörsenbenutzer, der Staat überwacht die Aktivitäten seiner Bürger im Internet.“). In diesem Zusammenhang vergleicht die Antragsgegnerin zu 1) ihren Dienst mehrfach mit Internet-Tauschbörsen wie eDonkey / eMule und BitTorrent und stellt hierbei in ihren Werbeaussagen stets heraus, dass jene „rechtlich sehr unsicher“ seien und dass es für die Staatsanwaltschaft kein Problem sei, dem Nutzer „nachzuweisen“, was er heruntergeladen habe, wenn er Filesharingprogramme benutze. Unstrittig und gerichtsbekannt erfolgt über Internet-Tauschbörsen jedenfalls in großem Stil der illegale Austausch von Dateien, wobei in zunehmendem Maße zivil- und strafrechtlich gegen die Teilnehmer an solchen Tauschbörsen vorgegangen wird. Der Schilderung dieses Gefährdungspotentials stellt die Antragsgegnerin zu 1) ihren eigenen Dienst gegenüber und betont durchgehend, dass sie einen „100% anonymen Zugriff“ auf Dateien „garantiere“. Zwar findet sich im genannten Internetauftritt

auch ein Hinweis, wonach lediglich das Heraufladen von geschützten Dateien illegal sei („Ihre Daten können nicht von Ihrem Computer geladen werden – anders als bei Tauschbörsen [...], wo das Prinzip darauf basiert, dass Sie auch Ihre Daten anbieten müssen. GENAU DAS ist aber illegal und wird immer öfter bestraft – auch in Deutschland.“). Unabhängig von der Frage, ob dieser rechtliche Hinweis zutreffend ist, signalisiert die Antragsgegnerin zu 1) ihren potentiellen Nutzern an anderen Stellen aber auch, dass einer der ganz besonderen Vorteile ihres Dienstes sei, dass nirgends festgehalten werde, was die Nutzer herunterladen („Wir messen nur wie viel Sie downloaden – was Sie downloaden wissen wir nicht...[...] Bei uns ist der Zugriff auf das Usenet deshalb anonym, weil keine Aufzeichnungen darüber angefertigt werden, was Sie tun. [...] [Wir bekommen] lediglich die Information, wie viele GB Sie herunter geladen haben. Was Sie herunter laden, weiß keiner. [...] Es wird lediglich ermittelt, wie viel Gigabyte Sie herunter geladen haben. Welche Dateien Sie bezogen haben, wissen selbst wir nicht und können solche Informationen deshalb auch gar nicht speichern.“). In diesem Zusammenhang findet sich zudem ein vielsagender Hinweis („Also selbst wenn unser Service illegal wäre, wären Sie sicher.“), den der interessierte potentielle Nutzer nur als „augenzwinkerndes“ Eingeständnis verstehen kann, dass der Antragsgegnerin zu 1) selbstverständlich bewusst ist, dass über ihr Dienstangebot die Rechte von Urhebern nicht nur verletzt werden können, sondern auch tatsächlich verletzt werden, und dass eben dies hier risikofrei geschehen kann. Dass es für die potentiellen Nutzer in der Tat Anlass für die Sorge gibt, sich deshalb einer juristischen Verfolgung durch Inhaber verletzter Schutzrechte (und der Staatsanwaltschaft) ausgesetzt zu sehen, wird wiederum an mehreren Stellen der genannten Internetauftritte unmissverständlich verdeutlicht („Unsere Siteserver stehen in Amsterdam – der deutsche Staat oder neugierige Firmen haben keine Möglichkeit, auf Ihre Daten zuzugreifen. [...] Wir erheben also nur die zur Abrechnung notwendigen Daten und diese werden in den Niederlanden auf Servern gespeichert, auf die weder der Staatsanwaltschaft, noch andere neugierige Institutionen Zugang erlangen können. Wenn Sie Filesharingprogramme benutzen ist es für die Staatsanwaltschaft kein Problem, Ihnen nachzuweisen, was Sie heruntergeladen haben. Vermeiden Sie dieses unnötige Risiko! [...] Ihre Daten werden in den Niederlanden gespeichert, wo niemand [z.B. der Staat] darauf zugreifen kann.“).

80

Nach allem hat die Antragsgegnerin zu 1) die Möglichkeit des risikofreien Downloads urheberrechtlich geschützter Dateien selbst zur Zweckbestimmung des von ihr angebotenen Dienstes „alphaload“ erhoben. Hierbei sind verschiedene der angegriffenen Äußerungen für sich genommen noch „unverdächtig“, etwa solche zur Geschwindigkeit des Downloads oder zur im Usenet insgesamt vorhandenen Datenmenge. Im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung aller angegriffenen Aussagen spricht aber nach den vorstehenden Ausführungen wenigstens eine ganz überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der potentielle Nutzer des Dienstes „alphaload“ nicht nur versteht, dass dieser ihm jedenfalls auch gerade zum Zwecke von Urheberrechtsverletzungen angeboten wird, sondern auch, dass dies genau der Intention der Antragsgegnerin zu 1) entspricht. Dementsprechend war allerdings bei der Tenorierung des Verbotes zu beachten, dass die angegriffenen Werbeaussagen in ihrer Gesamtheit zu untersagen sind und nicht jeweils für sich genommen.

81

(c) Als Folge dieser Sachlage ist hier eine Störerhaftung der Antragsgegnerin zu 1) für die von Nutzern eigenverantwortlich begangenen und zu begehenden Verletzungen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung der Antragstellerin im Sinne von § 19a UrhG unabhängig davon gegeben, ob die Antragsgegnerin zu 1) konkrete Kenntnis von begangenen oder beabsichtigten Rechtsverletzungen Dritter hat. Es geht auch nicht darum, ob der

Antragsgegnerin zu 1) – wie dies in der Rechtsprechung in anderen Fällen angenommen wird – Prüfungspflichten nur in einem zumutbaren Umfang auferlegt werden können. Die Haftung des Antragsgegnerin zu 1) gründet sich nicht (nur) auf das rechtsverletzende Verhalten Dritter, sondern auf ihre eigenen Handlungen, mit denen sie potentiellen Nutzern ihres Dienstes die Möglichkeit zum Rechtsverstoß nicht nur eröffnet, sondern auch nahe legt. Aus diesem Grund kann die Antragsgegnerin zu 1) keine Erleichterungen bei der Beurteilung der Voraussetzungen einer Störerhaftung in Anspruch nehmen:

82

(aa) Zwar sind die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze der Störerhaftung in den letzten Jahren und Jahrzehnten kontinuierlich weiterentwickelt und die Anforderungen an die Zumutbarkeit von Prüfungen verschärft worden. Bei Verstößen gegen Verbotsnormen, denen der Störer nicht selbst unterworfen ist, ist die Störerhaftung dadurch begrenzt, dass die Erfüllung der in einem solchen Fall vorausgesetzten Prüfungspflichten dem als Störer in Anspruch genommenen zumutbar sein muss (BGH GRUR 2002, 902 - Vanity-Nummer; GRUR 1997, 313 - Architektenwettbewerb I), um die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte zu erstrecken, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben (BGH GRUR 2001, 1038 - ambiente.de). Wer nur durch Einsatz organisatorischer oder technischer Mittel an der von einem anderen vorgenommenen Verletzungshandlung beteiligt war, muss, wenn er als Störer in Anspruch genommen wird, ausnahmsweise einwenden können, dass er im konkreten Fall nicht gegen eine Pflicht zur Prüfung auf mögliche Rechtsverletzungen verstoßen hat. So muss er insbesondere geltend machen können, dass ihm eine solche Prüfung nach den Umständen überhaupt nicht oder nur eingeschränkt zumutbar war (für das Urheberrecht: BGH GRUR 1999, 418 - Möbelklassiker; zum Wettbewerbsrecht: GRUR 1997, 313 [315] - Architektenwettbewerb; zum Markenrecht: GRUR 2001, 1038 - ambiente.de).

83

(bb) Hieraus kann indes die Antragsgegnerin zu 1) nichts für sich herleiten. Denn die Frage, wie weit die Prüfungspflichten eines möglichen Störers reichen, ist unter Berücksichtigung der Funktion und Aufgabenstellung des als Störer in Anspruch genommenen sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung des unmittelbar handelnden Dritten zu beurteilen (BGH GRUR 2001, 1038 - ambiente.de; GRUR 1995, 62, 64 - Betonerrhaltung; GRUR 1997, 313, 315 - Architektenwettbewerb I). Während es in den in der Rechtsprechung entschiedenen Fällen in erster Linie darum ging, dass die als Störer in Anspruch genommene Person lediglich ein Medium zur Verfügung gestellt hat, mit dem (auch) urheberrechtsverletzende Handlungen begangen werden können, geht das Verhalten der Antragsgegnerin zu 1) deutlich darüber hinaus. Sie stellt nicht nur einen geeigneten Zugang zum Usenet zur Verfügung, sondern bewirbt diesen gegenüber der Öffentlichkeit - wie dargelegt - (auch und nicht zuletzt) mit der Möglichkeit einer Verwendung zu urheberrechtswidrigen Zwecken. Die rechtliche Situation ist dementsprechend eine grundlegend andere. Die Antragsgegnerin zu 1) hat nicht zu prüfen, ob Dritte - ohne ihr Zutun bzw. ihre Kenntnis - mit Hilfe ihres Dienstes rechtsverletzende Handlungen begehen, sondern hat - aktiv - durch eine dahingehende Anpreisung diese Möglichkeiten herausgestellt und damit selbst (willentlich) die Gefahr einer Rechtsverletzung herbeigeführt. Deshalb sind die einschränkenden Grundsätze der Störerhaftung schon im Ausgangspunkt ungeeignet, auf das Verhalten der Antragsgegnerin zu 1) Anwendung zu finden (vgl. zu allem HansOLG GRUR-RR 2006, 148, 152 – Cybersky).

84

(cc) Entgegen der Ansicht der Antragsgegner gelten diese vom Senat im Rahmen der Entscheidung „Cybersky“ entwickelten Grundsätze auch im vorliegenden Fall. Zwar weisen

die Antragsgegnerin zutreffend darauf hin, dass es in jenem Fall um einen Störer gegangen war, der Software und technische Einrichtungen zum Aufbau und Betrieb eines „Peer To Peer-Netzwerkes“ angeboten hatte, über das es dann zur Verletzung von Urheberrechten kommen konnte. Dies kann jedoch zu keiner anderen Beurteilung führen, denn der entscheidende Anknüpfungspunkt dafür, die zugunsten des Störers entwickelten Haftungsbeschränkungen nicht eingreifen zu lassen, ist die Tatsache, dass die in Anspruch Genommenen durch ihr Verhalten die Gefahr für eine rechtsverletzende Benutzung gesetzt hat und daher aus eigener Verantwortung entsprechende Gegenmaßnahmen ergreifen muss; dieser Gesichtspunkt trifft indes auch auf den vorliegenden Fall zu.

85

ccc. Zumindest prozessual ist davon auszugehen, dass der Antragsgegnerin zu 1) eine Unterlassung der öffentlichen Zugänglichmachung entsprechend der aus dem Tenor ersichtlichen Fassung der einstweiligen Verfügung weder unmöglich noch unzumutbar ist.

86

(1) Hat eine Person die ernsthafte Gefahr einer Verletzung von Urheberrechten durch Dritte in zurechenbarer Weise (mit)verursacht, folgt daraus zwar nur ihre Verpflichtung, alle zumutbaren Sicherungsmaßnahmen zu treffen, durch die die Gefährdung der Rechte des Urhebers ausgeschlossen oder doch ernsthaft gemindert werden kann (BGH GRUR 1984, 54, 55 - Kopierläden; GRUR 1965, 104, 105 - Personalausweise/Tonbandgeräte-Händler II; GRUR 1964, 94, 96 - Tonbandgeräte-Hersteller). Art und Umfang der Maßnahmen bestimmen sich nach Treu und Glauben. Allgemeine Regeln darüber, welche Sicherungsmaßnahmen zur Verhütung eines rechtsverletzenden Gebrauchs eines Gegenstandes oder Dienstes, der seiner Natur nach einen solchen Gebrauch ermöglicht oder sogar nahe legt, notwendig und zumutbar erscheinen, lassen sich nicht aufstellen (BGH GRUR 1964, 94, 96 - Tonbandgeräte-Hersteller). Der Störer ist aber im Rahmen des Zumutbaren und Erforderlichen verpflichtet, geeignete Vorkehrungen zu treffen, durch die die Rechtsverletzung soweit wie möglich verhindert werden kann (BGH GRUR 1984, 54, 55 - Kopierläden; GRUR 1965, 104, 105 - Personalausweise/Tonbandgeräte-Händler II). Auch in diesem Zusammenhang ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin zu 1) nicht ohne ihr Zutun - wie z.B. ein Händler von Elektroartikeln, der auch Tonbandgeräte im Sortiment führt - oder gar gegen ihren Willen in eine Situation geraten ist, aus der eine Rechtsverletzung droht. Vielmehr hat die Antragsgegnerin zu 1) durch ihr eigenes - werbendes bzw. produktdarstellendes - Verhalten mit dazu beigetragen, dass eine solche Situation überhaupt erst entstanden ist. Dieser Umstand hat bei der Beurteilung, welche geeigneten Sicherungsmaßnahmen der Antragsgegnerin zu 1) zumutbar sind, eine Rolle zu spielen. Da sie selbst die Gefahr von Rechtsverstößen zumindest mit verschärft hat, sind ihr erheblich gesteigerte Verpflichtungen aufzuerlegen, geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen (vgl. HansOLG GRUR-RR 2006, 148, 152f - Cybersky).

87

(2) Entgegen der sie treffenden Darlegungslast hat die Antragsgegnerin zu 1) indes schon nicht dargelegt, dass es ihr unzumutbar, geschweige denn unmöglich ist, dem aus dem Tenor des Urteils ersichtlichen Verbot Folge zu leisten.

88

(a) Die Antragsgegnerin zu 1) trifft – anders als hinsichtlich der Frage, inwieweit einen Internetprovider als „passiven“ (potentiellen) Störer von vornherein Pflichten zur Überprüfung der Inhalte des von ihm angebotenen Dienstes treffen (vgl. dazu BGH GRUR 08, 1097 - Namensklau im Internet) - die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast dafür, dass

ihr eine Beachtung des Verbotes technisch unmöglich oder unzumutbar ist. Der Sache nach beruft sich die Antragsgegnerin zu 1) damit auf den Einwand der Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit eines entsprechenden Verbotes, so dass sie schon nach allgemeinen Grundsätzen das Vorliegen der Voraussetzungen derartiger Einwände darzulegen und gegebenenfalls glaubhaft zu machen bzw. zu beweisen hat. Die Antragsgegnerin zu 1) hat hier zudem durch ihr Verhalten die Gefahr für eine rechtsverletzende Benutzung gesetzt und muss daher aus eigener Verantwortung entsprechende Gegenmaßnahmen ergreifen (vgl. HansOLG GRUR-RR 2006, 148, 153 – Cybersky). Hinzu kommt, dass wirksame Gegenmaßnahmen möglicherweise zumindest zum Teil in einem Bereich ansetzen müssten, der nicht mehr Teil des Usenet als einem offenen System ist (und dessen Abläufe daher zumindest potentiell auch vom Verletzten beurteilt werden können), sondern alleine Vorgänge im Verhältnis der Antragsgegnerin zu 1) zu ihren Nutzern betreffen könnte. Unter diesen Umständen ist der in Anspruch Genommene im Rahmen der ihn treffenden Darlegungslast gehalten, im Einzelnen vorzutragen, welche Schutzmaßnahmen er ergreifen kann und weshalb ihm - falls diese Maßnahmen keinen lückenlosen Schutz gewährleisten - weitergehende Maßnahmen nicht zuzumuten sind. Erst dann, wenn die Antragsgegner darlegen (und gegebenenfalls glaubhaft machen), dass ihnen ein Herausfiltern der streitgegenständlichen Musikwerke technisch unmöglich ist und sie alle auch nur denkbaren (zumutbaren) Bemühungen erfolglos unternommen haben, könnte eine Situation gegeben sein, in der das den Antragsgegnern auferlegte Verbot einer weiteren Überprüfung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bedürfte (vgl. HansOLG GRUR-RR 2006, 148, 153 – Cybersky).

89

(b) Dieser Darlegungslast haben die Antragsgegner nicht genügt, so dass prozessual davon auszugehen ist, dass der Antragsgegnerin zu 1) die zuletzt geltend gemachte Unterlassung möglich und zumutbar ist.

90

Die Antragsgegner haben lediglich auf die unstrittigen Tatsachen verwiesen, dass nach Ziffer 7.2 AGB des angebotenen Dienstes „alphaload“ Up- und Download schutzrechtsverletzender Inhalte untersagt sind und dass sie eine Seite eingerichtet haben, auf der Dateien als urheberrechtsverletzend eingetragen werden können; diese werden dann nach entsprechender Überprüfung aus dem Suchindex entfernt (Anl AG 9). Zudem führen die Antragsgegner an, dass sie, um einer entsprechenden Unterlassungspflicht zu genügen, das gesamte Usenet herunterladen müssten, um den Inhalt jeder einzelnen Datei zu prüfen, was nicht zumutbar und zudem sinnlos sei, weil eine Nachricht mit einem rechtsverletzenden Inhalt aufgrund der dezentralen Organisationsstruktur des Usenet auf allen anderen Newsservern weiterhin vorgehalten und bei der nächsten Synchronisierung der Newsserver wieder auf dem Newsserver gespeichert werde. Sie hätten auch nicht die Möglichkeit, illegale Dateien aus dem Usenet zu entfernen; dazu seien nur die Server-Farmen des Usenet in der Lage.

91

Diese Einwände stellen bereits keine hinreichende Darlegung im vorbezeichneten Sinne dar:

92

(aa) Der Hinweis der Antragsgegner auf die praktischen Schwierigkeiten, bestimmte Inhalte im Usenet aufzufinden und dauerhaft zu entfernen, liegt neben der Sache. Zwar wäre eine solche Maßnahme in besonderem Maße geeignet, um dem Verbot zu genügen, denn wenn die streitgegenständlichen Musikwerke aus dem Usenet entfernt oder wenigstens von niemandem mehr auffindbar sind, werden sie nicht mehr öffentlich zugänglich gemacht, so dass die Antragsgegnerin zu 1) hieran auch keinen Tatbeitrag mehr leisten könnte. Die

Antragsgegnerin zu 1) muss indes nach dem Tenor des Verbotes in der zuletzt geltend gemachten und zugesprochenen Form gerade nicht gewährleisten, dass die streitgegenständlichen Musikwerke im Usenet überhaupt nicht mehr auffindbar oder sogar nicht mehr vorhanden sind. Vielmehr beschränkt sich ihre Verpflichtung darauf, an der öffentlichen Zugänglichmachung dieser Dateien nicht mehr mitzuwirken, d.h. den Zugang zu Dateien der streitgegenständlichen Musikwerke nicht mehr zu vermitteln. Dies bedeutet eben nicht, dass die Antragsgegnerin zu 1) dafür sorgen muss, dass alle Dateien mit sämtlichen streitgegenständlichen Titeln aus dem Usenet entfernt (und auch nicht erneut eingestellt) werden. Vielmehr muss sie dafür Sorge tragen, dass Dateien mit den streitgegenständlichen Musikwerken über von ihr betriebene Dienstangebote nicht mehr auffindbar sind (und nicht mehr heruntergeladen werden können), denn hierin lag ihr wesentlicher Beitrag zu der urheberrechtswidrigen öffentlichen Zugänglichmachung.

93

Weshalb ihr dies nicht möglich oder zumutbar sein sollte, ist weder ersichtlich noch auch nur im Ansatz dargelegt. Die von ihren Nutzern gesuchten Musikwerke können (und müssen) nach dem unstreitigen Aufbau der „Binaries“ im Usenet über deren jeweiligen „Header“ aufgefunden werden. Letztere müssen dazu Informationen enthalten, die eine Identifizierung möglich machen, etwa über Titel und Interpreten eines Musikwerkes. Ohne weitere Darlegung ist indes nicht auszuschließen, dass es möglich ist, in diesen Prozess so einzugreifen, dass bestimmte Werke überhaupt nicht mehr als auffindbar angezeigt werden, und zwar unabhängig davon, ob sie im Usenet noch vorhanden sind. Auch ist weder ersichtlich noch dargelegt, dass ein solcher Ausschluss bestimmter Werke nicht automatisiert erfolgen könnte; die Antragsgegner selbst haben darauf hingewiesen, dass eine Entfernung von Dateien aus dem Suchindex möglich ist. Die Antragsgegner haben im Übrigen schon nicht konkret zur technischen Funktionsweise ihres Dienstes und hier insbesondere der Dateisuche und des Ladevorganges durch ihre Nutzer vorgetragen, so dass sich nicht beurteilen lässt, ob und welche Schutzmaßnahmen die Antragsgegnerin zu 1) dabei ergreifen können und ob ihr weitergehende Maßnahmen nicht zuzumuten sind.

94

(bb) Die daneben von der Antragsgegnern angeführten Maßnahmen - Hinweis in den AGB sowie die Einrichtung einer Seite, auf der Dateien als urheberrechtsverletzend eingetragen werden können – sind offensichtlich ungeeignet bzw. unzureichend zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen.

95

Der Störer hat zwar häufig das seinerseits Erforderliche und Zumutbare erfüllt, wenn er zum Beispiel in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Verpflichtung seiner Kunden zur Beachtung fremder Urheberrechte hinweist (BGH GRUR 1984, 54, 56 - Kopierläden).

96

Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt. So darf sich etwa der Vertreiber eines Mediums, der sich – etwa wegen in der Vergangenheit erfolgter massenhafter Verletzungen von Urheberrechten - nicht der Einsicht verschließen kann, dass durch einen derartigen Hinweis die Gefahr eines rechtsverletzenden Gebrauchs nur in einer praktisch kaum ins Gewicht fallenden Weise gemindert ist, nicht auf einen solchen Hinweis beschränken (BGH GRUR 1965, 104, 105 - Personalausweise/Tonbandgeräte-Händler II). Eine vergleichbare Situation liegt hier vor, denn entsprechende Hinweise sind im vorliegenden Fall ersichtlich unzureichend. Sie werden - im Gegenteil - nach Sachlage sogar als verdeckte Aufforderung zur Urheberrechtsverletzung verstanden. Dafür ist die Antragsgegnerin zu 1) selbst durch die

Art und Weise ihrer Produktpreisung bzw. -bewerbung verantwortlich; es wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Zudem ist die Attraktivität eines risikofreien und – über die von der Antragsgegnerin zu 1) verlangten Zugangsgebühren hinaus – kostenlosen Downloads von Dateien der in der Darstellung der Antragsgegnerin zu 1) genannten Art heutzutage in den „einschlägigen“ Nutzerkreisen so hoch, dass allein ein Hinweis auf die Verpflichtung zur Rechtstreue Verstöße noch nicht einmal in Ansätzen verhindern kann.

97

Die Möglichkeit, als urheberrechtswidrig identifizierte oder verdächtige Dateien in eine Liste einzutragen, um so – eventuell – deren Löschung aus dem Suchindex zu bewirken, stellt ebenfalls eine ersichtlich unzureichende Maßnahme dar, da hiermit allenfalls bereits erfolgte Urheberrechtsverstöße beendet, nicht aber von vornherein verhindert werden können. Zudem dürften hierdurch – wiederum allenfalls - lediglich vollkommen identische Dateien aus dem Suchindex entfernt werden können, nicht jedoch solche, die (etwa durch minimale Bearbeitungen) geringe Abweichungen von der „angezeigten“ Datei aufweisen, so dass damit nicht einmal ausgeschlossen sein dürfte, dass dasselbe Musikwerk weiterhin auffindbar bleibt, wenn es nämlich in einer auch nur minimal modifizierten Dateiversion in das Usenet eingestellt wurde. Schließlich verlagert die Antragsgegnerin zu 1) durch eine solche Maßnahme die Verantwortlichkeit für den Schutz von Urheberrechten auf die Nutzer und die Rechtsinhaber, anstatt – wie es ihr nach den obigen Ausführungen obliegt – selbst dafür Sorge zu tragen, dass es nicht zur öffentlichen Zugänglichmachung von urheberrechtlich geschützten Werken kommt.

98

(cc) Schließlich kann die Antragsgegnerin zu 1) auch nicht mit Erfolg einwenden, dass ihr billigerweise lediglich das Unterlassen einer Bewerbung ihres Dienstes in der streitgegenständlichen Weise abverlangt werden könne. Selbst dann, wenn die Antragsgegnerin zu 1) zukünftig nicht mehr in rechtsverletzender Weise für ihren Dienst wirbt, sind die Rechte der Antragstellerin nicht angemessen gewahrt, denn die Rechtswidrigkeit der streitgegenständlichen Werbeaussagen wird mit überwiegender Wahrscheinlichkeit noch heute fortwirken. Dies ist zum einen wegen des durch diese Werbeaussagen entstandenen Rufes und der spezifischen Attraktivität eines derartigen Angebotes für einschlägig interessierte Nutzerkreise der Fall. Zum anderen würde eine reine Änderung der Werbeaussagen diejenigen Nutzer, die bereits über die Antragsgegnerin zu 1) das Usenet nutzen, kaum erreichen und schwerlich deren Nutzungsverhalten ändern. Daher ist ein reines Werbeverbot ungeeignet, den berechtigten Interessen der Antragstellerin zu entsprechen.

99

gg. Neben der Antragsgegnerin zu 1) haftet auch der Antragsgegner zu 2) als Geschäftsführer der Antragsgegnerin zu 1) als weitere Störer. Der Geschäftsführer einer GmbH ist in der Regel in der Lage und rechtlich verpflichtet, für die Einhaltung von Rechtsvorschriften durch das von ihm vertretene Unternehmen zu sorgen (BGH GRUR 1964, 88, 89 - Verona-Gerät). Eine persönliche Haftung des gesetzlichen Vertreters einer GmbH oder AG setzt zwar voraus, dass er die Rechtsverletzung selbst begangen oder hiervon zumindest Kenntnis und die Möglichkeit hatte, sie zu verhindern (BGH GRUR 1986, 248, 251 - Sporthosen). Der Senat hat aber keinen Zweifel daran, dass der Antragsgegner zu 2) von den geschäftlichen Tätigkeiten der Antragsgegnerin zu 1) im allgemeinen und speziell von sämtlichen werbenden und produktbeschreibenden Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Dienst „alphaload“ unmittelbar persönliche Kenntnis hatte bzw. diese Maßnahmen selbst veranlasst hat. Da die Antragsgegnerin zu 1) durch den Antragsgegner zu 2) handelt, ist mangels entgegenstehenden

Vortrags der Antragsgegner mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Antragsgegner zu 2) bewussten Anteil hieran hatte, dass die Antragsgegnerin zu 1) so gehandelt hat, wie sie gehandelt hat. Hinzu kommt, dass der Antragsgegner zu 2) einer von nur zwei Anteilseignern der Antragsgegnerin zu 1) ist, was jedenfalls in der Zusammenschau mit der Tatsache, dass er deren Geschäftsführer ist, für eine ganz erhebliche Teilhabe am operativen Geschäft der Antragsgegnerin zu 1) spricht. Zudem ist der Antragsgegner zu 2) unstreitig Inhaber der Domain „www.alphaload.com“ und administrativer Ansprechpartner der Domain „www.alphaload.de“. Bei dieser Konstellation widerspräche die Annahme jeder Lebenserfahrung, dass Geschäftstätigkeit und Außendarstellung der Antragsgegnerin zu 1) für diesen Dienst ohne Kenntnis des Antragsgegners zu 2) erfolgt sein könnten. Zumindest ist eine derartige Kenntnis jedoch überwiegend wahrscheinlich, was im Rahmen des Verfügungsverfahrens ohne weiteres ausreicht.

100

hh. Die Unterlassungsverpflichtung der Antragsgegner umfasst jegliche öffentlichen Zugänglichmachung der streitgegenständlichen Musikwerke durch die Antragsgegner, beschränkt sich also weder auf Dateien, die mit denen vollständig identisch sind, die von der Antragstellerin aufgefunden worden sind, noch auf solche Dateien, die von denselben Nutzern in das Usenet eingestellt wurden. Anderenfalls liefe gerade bei der Funktionsweise des Usenet – vollständig anonyme Zugang, ständige Spiegelung aller weltweiten Inhalte – der Schutz des Urhebers völlig leer. Ein Nutzer könnte sich sogleich unter einem anderen Pseudonym anmelden und dieselben Dateien einstellen, ohne dass man das erkennen könnte. Nach den obigen Ausführungen ist hier auch keine Veranlassung zu erkennen, die Unterlassungsverpflichtung der Antragsgegner unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten in dieser Richtung zu beschränken.

101

ii. Die durch das rechtsverletzende Verhalten gesetzte Wiederholungsgefahr in Bezug auf die Verwertungshandlung der öffentlichen Zugänglichmachung haben die Antragsgegner nicht rechtswirksam ausgeräumt. Die durch einen bereits begangenen Verstoß begründete tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr kann regelmäßig nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung - das heißt durch eine uneingeschränkte, bedingungslose und unwiderrufliche Unterwerfungserklärung unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung - ausgeräumt werden, weil regelmäßig nur dann an der Ernstlichkeit kein Zweifel besteht (BGH GRUR 2001, 453, 455 - TCM-Zentrum). Hieran fehlt es jedoch im vorliegenden Fall.

102

b. Der Antragstellerin steht gegen die Antragsgegner auch ein Unterlassungsanspruch wegen der angegriffenen Werbeaussagen zu (Verfügungsantrag zu 2). Dieser Anspruch besteht jedenfalls als Annex zu dem urheberrechtlich begründeten Unterlassungsanspruch der Antragstellerin, da dies von der Schutznorm mit umfasst ist (OLG Köln GRUR-RR 2006, 5, 6 – Personal Video Recorder; HansOLG GRUR-RR 2006, 148, 154 – Cybersky).

103

c. Es besteht auch ein Verfügungsgrund. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die zutreffenden Ausführungen in der angegriffenen Entscheidung Bezug genommen; da die Antragsgegner das Vorliegen eines Verfügungsgrundes in der Berufung nicht mehr in Frage gestellt haben, hat der Senat keine Veranlassung, hierauf näher einzugehen.

104

d. Bei der Tenorierung des Unterlassungsanspruchs zu Ziffer 2 war im Rahmen des § 938 ZPO gegenüber dem zuletzt gestellten Antrag aus Gründen der größeren sprachlichen Genauigkeit die Formulierung „... dass diese Dienste es ermöglichen, Dateien öffentlich zugänglich zu machen ...“ durch die Formulierung „...dass diese Dienste es ermöglichen, Dateien herunterzuladen ...“ zu ersetzen; dies beschreibt den Anknüpfungsgrund für die Haftung der Antragsgegner zu diesem Punkt genauer, ohne dass es in der Sache etwas anderes ist, als die Antragstellerin beantragt hat. Nach den obigen Ausführungen waren zudem die angegriffenen Werbeaussagen in ihrer Gesamtheit zu untersagen und nicht jeweils für sich genommen. Schließlich war zur Klarstellung einzufügen, dass das Verbot lediglich für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland gelten kann.

105

2. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 I, 92 I, 97 I, 269 III ZPO. Den Unterlegensanteil der Antragstellerin durch die in der Berufungsinstanz vorgenommene teilweise Rücknahme des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hinsichtlich der Verwertungshandlung des „Vervielfältigens“ bewertet der Senat nach pflichtgemäßem Ermessen mit 30%.

106

III.

Die Festsetzung des Streitwertes für die Berufungsinstanz erfolgt gemäß § 3 ZPO und folgt der Wertfestsetzung des Landgerichts. Diese haben die Antragsgegner zwar angegriffen, aber ohne Erfolg; es wird auf den Beschluss vom heutigen Tage zum Geschäftszeichen 5 W 11/08 Bezug genommen, mit dem die Streitwertbeschwerde der Antragsgegner zurückgewiesen wurde.