

## Association for Information Systems AIS Electronic Library (AISeL)

---

Wirtschaftsinformatik Proceedings 2009

Wirtschaftsinformatik

---

2009

# DIE AUSWIRKUNGEN VON SOZIALEN MOTIVEN AUF DIE RECHTS- UND HAFTUNGSSITUATION AM BEISPIEL OFFENER NETZE

Reto Mantz

*Heymann & Partner Rechtsanwälte*

Follow this and additional works at: <http://aisel.aisnet.org/wi2009>

---

### Recommended Citation

Mantz, Reto, "DIE AUSWIRKUNGEN VON SOZIALEN MOTIVEN AUF DIE RECHTS- UND HAFTUNGSSITUATION AM BEISPIEL OFFENER NETZE" (2009). *Wirtschaftsinformatik Proceedings 2009*. 50.  
<http://aisel.aisnet.org/wi2009/50>

This material is brought to you by the Wirtschaftsinformatik at AIS Electronic Library (AISeL). It has been accepted for inclusion in Wirtschaftsinformatik Proceedings 2009 by an authorized administrator of AIS Electronic Library (AISeL). For more information, please contact [elibrary@aisnet.org](mailto:elibrary@aisnet.org).

# **DIE AUSWIRKUNGEN VON SOZIALEN MOTIVEN AUF DIE RECHTS- UND HAFTUNGSSITUATION AM BEISPIEL OFFENER NETZE**

Reto Mantz<sup>1</sup>

## **Kurzfassung**

*Business Services im Internet sind extrem vielfältig. Sowohl die beteiligten Personen, die ausgetauschten Leistungen, die Form des Austauschs sowie die Motive der Beteiligten sind unterschiedlich. Die folgende Arbeit soll klären, ob und inwiefern soziale oder altruistische Motive Einfluss auf die Rechtsgestaltung, also die vertragliche Auslegung und Einordnung, sowie die Haftungssituation bei typischen und untypischen IT-Verträgen haben können. Dafür sollen zunächst anhand des Beispiels offener Netze soziale Motive erarbeitet und erläutert werden. Anschließend werden die Auswirkungen dieser Motivation auf die vertragliche Auslegung durch Betrachtung zweier Situationen der Leistungserbringung (anonyme Kommunikation ohne explizite (AGB-ähnliche) Vertragsgrundlage einerseits und Verwendung eines offenen „Vertrages“ andererseits) anhand des deutschen Rechts untersucht. Nach der Gestaltung ist die Frage nach dem Einfluss der Motivation auf die Haftung der Beteiligten zu stellen. Hierfür soll die aktuelle Rechtslage im Bereich der Störerhaftung sowie des Auskunftsanspruchs beleuchtet werden.*

## **1. Offene Netze**

Offene Netze (oder „freie Netze“) sind Funknetzwerke, die nicht von kommerziellen Anbietern, sondern hauptsächlich von Privatpersonen, teilweise auch von gemeinnützigen Vereinen, betrieben werden. Offene Netze bieten jedem Interessierten die Möglichkeit, zum einen das offene Netz zu nutzen und zum anderen Teil des Netzwerks zu werden und aktiv an dessen Weiterentwicklung und dessen Angebot mitzuwirken.

Ein einzelner Funkknotenbetreiber stellt also Dritten – in Zusammenarbeit mit anderen Betreibern - Zugang zum Netzwerk und eventuell auch zum Internet zur Verfügung. Er ist damit klar als Access Provider einzuordnen, der einen ähnlichen Dienst erbringt wie z.B. die Deutsche Telekom oder ihre Konkurrenten.

Offene Netze bilden Gemeinschaften, die sich sowohl regional als auch überregional organisieren und große Funknetzwerke schaffen, die allen Beteiligten und auch interessierten Dritten Zugang zum Netzwerk selbst und zum Internet gewähren. Nur ein typisches Beispiel ist die Initiative

---

<sup>1</sup> Heymann & Partner Rechtsanwälte, Frankfurt/M.

freifunk.net in Berlin (<http://www.freifunk.net>), die mit derzeit ca. 1000 aktiven Knoten das weltweit größte Netzwerk stellt. Aber auch in anderen Städten bilden sich solche Gemeinschaften und bauen offene Netze auf (für eine unvollständige Übersicht der Initiativen s. <https://freifunk.net/community>). Dabei versteht sich die Freifunk-Community als Teil einer globalen Bewegung für freie Infrastrukturen. Es gibt regelmäßige Kontakte und Zusammenarbeit mit anderen Initiativen auch im Ausland.

Offene Netze in ihrer generellen Form zeichnen sich zusätzlich dadurch aus, dass die Teilnahme am Netzwerk gleichzeitig dem Aufbau des Netzwerks selbst dient. Durch – teilweise selbst entwickelte – Routing-Protokolle auf Basis des sog. Ad-Hoc-Modus ist jeder Funknetz-knoten nicht nur Client, sondern auch Zugangs- und Vermittlungspunkt. Der „Nutzer“ eines Netzwerks ist also gleichzeitig auch dessen „Betreiber“.

## **2. Wirtschaftliche und gemeinnützige Motive**

Das Internet hat sich als wesentlicher Wirtschaftsraum etabliert. Der Waren- und Dienstleistungsumsatz über das Internet weist beständige Wachstumsraten auf. Das Internet hat außerdem neue Vertriebswege und Wirtschaftsmodelle befördert bzw. hervorgebracht. Dennoch sind die meisten rechtlichen Beziehungen im Internet als „klassische“ Verträge zu werten, bei denen die Leistungsbeziehung in Form eines Synallagmas eindeutig ist. Die Übertragung der allgemeinen rechtlichen Grundsätze auf diese Internet-Verhältnisse hat zwar zu Umbrüchen und Anpassungen im Rechtssystem geführt, ist aber weitgehend ohne grundlegende Systemveränderung durchgeführt worden. Als Beispiel unterscheidet sich der über das Internet abgeschlossene Kaufvertrag kaum vom klassischen Kaufvertrag. Lediglich beim Verbraucherschutz und im Rahmen der Durchführung des Vertrages haben sich größere Veränderungen ergeben. Auch ASP-Verträge, die sich durch ihre im Internet begründete Dezentralität auszeichnen, haben als Dienstverträge (BGH CR 2007, 75) ihren Platz in der Dogmatik des BGB gefunden.

Die Motivation der Beteiligten hat sich hingegen kaum geändert. Der europäische Binnenmarkt ist ein Wirtschaftsraum, in dem auch im Internet wirtschaftliche Motive vorherrschen.

Veränderungen hat das Internet aber dennoch dadurch gebracht, dass die Vernetzung sowie die Etablierung neuer Kommunikationswege auch die Potenzierung von gemeinschaftlicher Arbeit auf der Basis von „Mitmachmodellen“ befördert hat. Deutliches Beispiel hierfür sind die Phänomene Open Source und Open Content - und mit Abstrichen Open Access (eingehend zur Motivation und rechtlichen Einordnung [1]). Die Motivation der Beteiligten an diesen Modellen ist eine andere – sie ist im weitesten Sinne gemeinnützig. Natürlich haben die einzelnen Beteiligten auch persönliche Interessen, die sie durch die Investition ihrer Arbeit verfolgen – beispielsweise Reputationsgewinn oder persönliche Weiterbildung - aber in der Regel herrschen eher gemeinnützige Motive vor.

Auf dieser Ebene sind auch offene Netze anzusiedeln. Sie werden dabei ebenso als Etablierung einer „Netzwerk-Allmende“ begriffen, die als Parallele zu Open Source oder Open Content freien Zugriff auf Netzwerke und das Internet umfasst. Die Idee des offenen und freien Netzes ist damit Ausdruck einer fremdnützigen, altruistischen Motivation der Betreiber. Diese Idee stellt zumindest ein wesentliches Element der unterschiedlichen Motivationswege der Beteiligten dar. Die Beweggründe spiegeln sich zudem in dem Bestreben wider, den sog. „Digital Divide“ sowohl national [2] als auch international [3] zu überwinden.

### 3. Vertragliche Konstruktion?

#### 3.1. Die Trennung zwischen Nutzer und Diensteanbieter - Auflösung eines Rollenparadigmas

Betrachtet man die gesetzlichen und anderen rechtlichen Konzeptionen, die bei der Behandlung von Fragen im Zusammenhang mit technischen Netzwerken zusammenhängen, so lässt sich feststellen, dass bis auf wenige Ausnahmen eine Zweiteilung im Sinne einer klaren Rollenverteilung besteht. Netzwerk- und Internetdienste werden von einem Diensteanbieter angeboten und von einem Dienstanutzer konsumiert.

Daraus lässt sich auf ein grundsätzliches Rollenparadigma schließen, das nach der eingenommenen Funktion des Teilnehmers differenziert. Die Abgrenzung nach der Funktion ist durchaus sinnvoll und erleichtert das Verständnis für die Vielzahl der im Internet eingegangenen (Rechts-)Beziehungen. Zusätzlich deckt sich dieser Befund selbstverständlich mit dem synallagmatischen Verständnis von Verträgen mit Austauschbeziehung.

Diese Rollenverteilung lässt sich ohne weiteres überall dort aufrecht erhalten, wo sich die persönliche Handlung ebenso klassifizieren lässt: Der Kunde des Access Providers nutzt den vom Access Provider erbrachten Dienst. In den hier betrachteten offenen Netzen, die sich einer Vernetzung mittels Funktechnologien im AdHoc-Modus bedienen, ist die Ermittlung bzw. Aufrechterhaltung dieser Rollenverteilung erheblich schwieriger. Im mobilen AdHoc-Netzwerk steht der Teilnehmer in unmittelbarem (Funk-)Kontakt zu den mit ihm über Funkwellen physikalisch verbundenen Netzwerkknoten. Über diese vermittelt kann er aber auch mit denjenigen Netzwerkknoten kommunizieren, zu denen er selbst keine unmittelbare Funkverbindung hat. Routing-Algorithmen, die auf den Netzwerkknoten arbeiten, erlauben ihm die Kommunikation mit weiter entfernt liegenden anderen Teilnehmern. Insofern kann er leicht als Nutzer identifiziert werden. Die mit ihm verbundenen Knoten hingegen, die diese Vermittlungsleistung erbringen, sind für ihn die Diensteanbieter. Diese Sichtweise ändert sich, sobald man den Netzwerkknoten aus der Sicht eines anderen Teilnehmers sieht: Für diesen erbringt er die Vermittlungsleistung. Für diesen ist er nicht Nutzer, sondern Diensteanbieter. Im selben Augenblick kann jeder Teilnehmer eines AdHoc-Netzwerks also Nutzer und Diensteanbieter sein. Es besteht demzufolge eine Identität der beiden Rollen. Eine Trennung kann nur logisch hinzugedacht werden, indem auf einzelne Kommunikationsströme abgestellt wird.

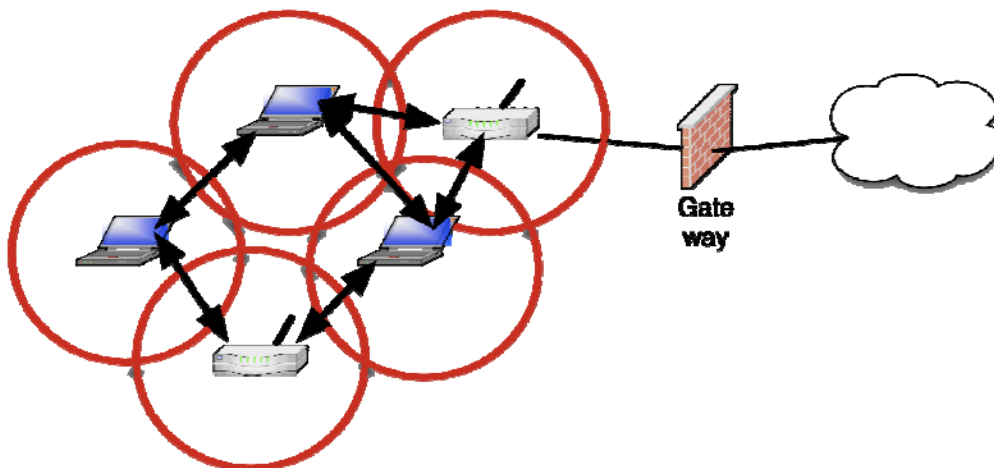


Abbildung: Einfaches Beispiel eines offenen Netzes (AdHoc-Modus)

Über Verträge des bürgerlichen Rechts lässt sich dieses Verhältnis ohne weiteres rechtlich abbilden, indem beide Parteien Dienste als Leistung erbringen. Die Verwendung und Bereitstellung von offenen Netzen hat eine starke soziale Komponente. Die Verbreitung und Akzeptanz basiert weitgehend auf der Anzahl der beteiligten Nutzer. Zwischen den Nutzern besteht darüber hinaus häufig ein die Gruppe verbindender Gemeinschaftssinn, der sich auch auf die gemeinschaftsinterne Kommunikation auswirkt. Durch diese Gemeinschaftsbildung, aber auch durch die technische Realisierung der Netzwerke, gibt es dementsprechend keine feste Rollenverteilung in reine Nutzer und reine Betreiber. Während im kommerziellen Bereich also eine Menge von Anbietern um die Konsumenten ihrer Angebote konkurrieren, wird bei offenen Netzen die deutliche Trennung, die sich auch in TKG und TMG niederschlägt, durch das den offenen Netzen immanente Konzept fast immer aufgelöst.

### **3.2. Vertrag ohne Gestaltungsgrundlage – Gefälligkeitsverhältnis?**

Offene Netze bilden in aller Regel größere Gemeinschaften. Dennoch ist es nicht unüblich, dass sich derjenige, der den Netzknoten aktiv betreibt und derjenige, der ihn nutzt, keinen unmittelbaren Kontakt haben und/oder sich nicht kennen. Dennoch findet ein technischer Kommunikationsvorgang statt. Fraglich ist, ob in dieser Situation der faktischen Anonymität, selbst ohne Verwendung einer (AGB-ähnlichen) vertraglichen Vereinbarung wie des Pico Peering Agreement (s.u. 3.3.1) ein Vertrag geschlossen wird, der eine (rechtliche) Grundlage des Verhältnisses zwischen den Beteiligten darstellt und bei eventuellen Problemen zur Regulierung dienen kann. Als Alternative dazu könnte ein Gefälligkeitsverhältnis oder gar ein reines Gefälligkeitsverhältnis vorliegen.

Nach BGHZ 21, 105 ist nach der vom BGH aufgestellten subjektiven Theorie darauf abzustellen, ob die Parteien mit Rechtsbindungswillen gehandelt haben. Es sind also die einzelnen Handlungen der Parteien im Hinblick auf Willenserklärungen zu untersuchen und zu bewerten. Als Hilfestellung hat die Rechtsprechung verschiedene objektivierte Kriterien entwickelt.

Diese sind:

- Gesellschaftlicher Verkehr
- Unentgeltlichkeit
- Grund und Zweck des Verhältnisses
- Wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung für die Beteiligten
- Wirtschaftliche Risiken des Leistenden

Betrachtet man diese Kriterien unter Zugrundelegung einer sozialen, gemeinnützigen Motivation dürfte es sich beim oben beschriebenen Verhältnis in offenen Netzen um ein reines Gefälligkeitsverhältnis unter Ausschluss aller Rechtspflichten handeln. Dies deckt sich auch mit den beobachteten Intentionen der Beteiligten.

Allerdings stellt diese Gefälligkeitslösung keine 1:1-Abbildung der oben angesprochenen Auflösung des Rollenparadigmas - in der hier betrachteten Situation im Grunde zwei vollständig wechselseitige reine Gefälligkeitsverhältnisse („Nutzer“-„Betreiber“ und „Betreiber“-„Nutzer“) - dar. Die im Rahmen der Gefälligkeit gegebene Reduktion der Pflichten bewirkt aber eine weitgehende Annäherung.

Die Motivation der Beteiligten wirkt sich also auf die objektivierte Bewertung der Handlungen und damit den Rechtsbindungswillen der Beteiligten aus. Sie hat folglich einen unmittelbaren Einfluss auf die vertragliche Gestaltung, der sich innerhalb der zivilrechtlichen Dogmatik abbilden lässt.

### **3.3. Mit vertraglicher Grundlage – Gründung einer Gesellschaft?**

Offene Netze sind wie oben aufgezeigt, durch die Phänomene Open Source und Open Content stark beeinflusst. Allerdings werden bei Open Source und Open Content in aller Regel spezielle vertragliche Werke verwendet, sog. offene Lizenzverträge (s. nur [4, 5]).

#### **3.3.1. Pico Peering Agreement**

Offene Netze sind in dieser Hinsicht auch durch die vertragliche Konstruktion von Open Source beeinflusst worden: Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Anzahl von öffentlich zugänglichen Netzwerkknoten sowie der Kenntnis des Konstrukts des kommerziellen Peerings (also der gegenseitigen Durchleitung von Datenverkehr durch gleichrangige Network Provider, vgl. [6, Rn. 156]) wurde im Jahr 2002 für freie Netze das „Pico Peering Agreement“ entwickelt (eingehend [7, S. 190 ff.]). Zwar existierten zu diesem Zeitpunkt bereits offen zugängliche Access Points, diese waren aber größtenteils nicht miteinander verbunden und bildeten kein größeres bzw. flächendeckendes Netzwerk. In dieser Situation entstand der Bedarf nach einem Peering-Abkommen für freie Netze (s. <http://www.picopeer.net>), das einerseits die Bedingungen einer Verbindung der einzelnen Netze und andererseits eine Definition offener Netze leisten sollte.

Nr. 1 des Pico Peering Agreement legt die wesentlichen Pflichten des Betreibers fest:

- „Der Eigentümer bestätigt, freien Transit über seine freie Netzwerkinfrastruktur anzubieten.“
- „Der Eigentümer bestätigt, die Daten, die seine freie Netzwerkinfrastruktur passieren, weder störend zu beeinträchtigen noch zu verändern.“

Das Pico Peering Agreement sollte demnach der Bildung von umfassenden und flächendeckenden offenen Netzen, aber auch der Vereinigung und Vergrößerung der Gemeinschaften rund um offene Netze dienen, indem die Betreiber Peering anbieten. Die deutliche Formulierung von Punkten, über die grundsätzlich Einigkeit bestand, sollte den bisherigen Teilnehmern die Situation erklären helfen und neuen Teilnehmern den Einstieg erleichtern. Der Begriff „pico“ soll dabei in Abgrenzung zu kommerziellen Peering Agreements den kleinen Maßstab des Peering-Aufkommens verdeutlichen. Das Pico Peering Agreement besteht aus drei Teilen: einer Präambel, der eigentlichen Vereinbarung sowie notwendigen Definitionen. Es soll laut Satz 1 der Präambel die „minimale, grundsätzliche Vorlage für ein Peering-Abkommen (Verbindungsabkommen, Bündnisabkommen) zwischen den Eigentümern individueller Netzwerkknoten“ darstellen.

Satz 2 der Präambel lautet: „Das PPA ist eine formalisierte Beschreibung der Verbindung zwischen zwei Netzwerk-Instanzen (peers). Eigentümer einer Netzwerkinfrastruktur machen von ihrem Eigentumsrecht Gebrauch, indem sie ihr Einverständnis dafür geben, einen Teil ihrer Infrastruktur für den freien Datenaustausch über ihr Netzwerk bereitzustellen.“

### 3.3.2. Interpretation und Verwendung des Pico Peering Agreement

Erneut ist fraglich, ob und wie sich die soziale Motivation, die sich nicht zuletzt im Rahmen dieses „Vertragswerks“ zeigt - aber auch Grenzen definiert - auf die rechtliche Gestaltung auswirkt.

Für offene Netze, insbesondere wenn sie eine starke persönliche Vernetzung zwischen den Mitgliedern aufweisen, könnte das Pico Peering Agreement als Vertrag über die Gründung einer BGB-Innengesellschaft aufgefasst werden. Es ist also zu untersuchen, ob die Regelungen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB oder gar das „Wesen der Gesellschaft“ (vgl. [8, S. 3 ff.]) dieser Interpretation entgegenstehen. Denn auch hier wirken sich die sozialen Motive der Beteiligten aus.

Zentraler Gesichtspunkt für die Gründung einer Gesellschaft ist der gemeinsam verfolgte Zweck. Das Pico Peering Agreement in Verbindung mit dem daraus ermittelten Willen der Beteiligten enthält einen solchen Zweck – den Aufbau und Betrieb eines offenen Netzwerks. Die Gesellschaft ist geradezu der Prototyp für die Abbildung der oben dargestellten Motive der Beteiligten. Sie erlaubt rechtlich den Zusammenschluss der Betreiber unter Festlegung einiger weniger Haupt(förderungs)pfllichten, die auch gegenüber unbekanntem Dritten erbracht werden können, und einem gleichzeitigen möglichst weitgehenden Haftungsausschluss. Zudem soll die Gesellschaft jederzeit Dritten offen stehen, was insbesondere im Hinblick auf gemeinschaftliche Entscheidungen der Gesellschaft problematisch sein kann. Die Aufnahme eines neuen Mitglieds, die Umdeutung der Kündigung durch Einstellung des Betriebs sowie die Mitgliedschaft in mehreren solchen Gesellschaften bedürfen der intensiven Betrachtung (dazu eingehend [9, S. 132 ff.]). Im Ergebnis kann eine Innengesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen angenommen werden. Damit entfallen auch eventuelle Probleme hinsichtlich der Auseinandersetzung oder der Haftung der Gesellschaft – durch die Innengesellschaft ist sichergestellt, dass kein Gesellschaftsvermögen aufgebaut wird, über das eine Auseinandersetzung erforderlich wäre, die Gesellschaft tritt zudem nicht nach außen auf und haftet dementsprechend auch nicht gegenüber Dritten. Sie ist eine motivationsgesteuerte Zweckgemeinschaft, die die Parteien lediglich im Innenverhältnis bindet - der sozialen Motivation entsprechend so wenig wie möglich und so viel wie nötig. Sie ermöglicht schließlich relativ unproblematisch die Einbindung wechselnder Teilnehmer sowie deren zahlenmäßiges Schwanken. Auch die oben angesprochene Auflösung des Rollenparadigmas wird durch die absolute Gleichstellung der Gesellschafter zueinander gewährleistet. Die Innengesellschaft bei offenen Netzen bildet insofern nur eine weite Interpretation des „weiten Gefäßes“ der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Konstruktion erlaubt zudem eine relativ starke Beschränkung der Haftung, genau wie sie das Pico Peering Agreement vorsieht, und wie es die Beteiligten in aller Regel auch wünschen [7, S. 190].

Als Folgefrage könnte eine Übertragung auf andere Situationen mit ähnlichen oder gar anderen Motiven interessant sein, z.B. im Rahmen von über die ganze Welt verteilten Netzwerken. Dazu ist allerdings zu beachten, dass z.B. für die Open Source-Lizenzverträge die Bildung einer Gesellschaft nach h.M. abgelehnt wird [4, S. 145; 10, S. 332; 11, S. 109].

## 4. Störerhaftung

Nach der Untersuchung der Auswirkungen der Motivation auf die vertragliche Konstruktion, ist der Einfluss der Motivation auf die Haftungssituation zu betrachten.

Derzeit in beständiger Diskussion ist die Frage nach der Störerhaftung des Internet Service Providers. Anhand offener Netze lassen sich die Grundlagen und Auswirkungen dieses Haftungsinstruments sehr gut darstellen und beleuchten.

Problematisch für offene Netze ist die Störerhaftung, weil sie die typische Haftungskonstellation ist: Verletzt ein Teilnehmer an einem offenen Netz die Rechte eines Dritten, so tritt nach außen in aller Regel nicht der Verletzer selbst (mittels seiner IP-Adresse) auf, sondern eben der Betreiber des Netzwerkknötens bzw. des Gateways ins Internet. Exkulpiert sich der Betreiber unter Verweis auf seine Funktion als Access Provider, greift für Schadensersatzansprüche die Privilegierung des § 8 TMG. Dem Rechtsinhaber verbleibt nur der Rückgriff auf die Störerhaftung.

Erste Frage bei der Untersuchung einer Störerhaftungskonstellation ist die Frage, ob die Handlung des potentiell Pflichtigen adäquat-kausal für die Rechtsverletzung war (BGH GRUR 2002, 618, 619 - Meißner Dekor I). Durch dieses Merkmal wird eine sehr weite Haftung eröffnet [12, § 8 Rn. 2.13; 13, Kap. 14 Rn. 10b]. Als Mittel zur Einschränkung hat der BGH das Erfordernis der Verletzung von Prüfungs- und Überwachungspflichten entwickelt (BGH GRUR 1997, 313, 315 - Architektenwettbewerb; BGH GRUR 2003, 969, 970 - Ausschreibung von Vermessungsleistungen; BGH GRUR 2004, 693, 695 - Schöner Wetten; BGH GRUR 2006, 875 - Rechtsanwalts-Ranglisten; st. Rspr.). Er schränkt somit die Haftung nicht nur über die Adäquanz, sondern in einem zweiten Schritt weiter ein.

Um festzustellen, ob eine Verletzung von Prüfungs- und Überwachungspflichten vorliegt, ist in jedem Einzelfall eine Abwägung der betroffenen Interessen nötig. Dafür hat sich in der Rechtsprechung eine Reihe von Kriterien gebildet, die mal mehr, mal weniger den Ausschlag geben können – eine einheitliche Linie hat sich bisher noch nicht gebildet.

Diese sind (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

- Kenntnis der Rechtsverletzung (str.)
- Rechtsschutzinteresse des Betroffenen – Rang des Rechtsguts und Schwere der Rechtsverletzung
- Wirtschaftliche Nutzenziehung des Internet Service Providers aus der Handlung des unmittelbaren Störers (z.B. relevant bei BGH – Internetversteigerung I-III)
- Funktion und Aufgabenstellung des potentiellen Störers
- Eigenverantwortung des Dritten
- Aufwand für Prüfungs- und Überwachungspflichten
- Effektivität bzw. erwarteter Erfolg der verlangten Maßnahme inkl. der Möglichkeit des unmittelbaren Störers, die Maßnahmen zu umgehen
- Technische und wirtschaftliche Zumutbarkeit der verlangten Maßnahme
- Datenschutz und Anonymität (str.)

Betrachtet man diese Punkte, zeigt sich deutlich, dass die Untersuchung von Prüfungs- und Überwachungspflichten im Grunde eine spezialisierte Verhältnismäßigkeitsprüfung enthält. Und aus diesem Schluss ergibt sich die Folge, dass gerade die Motivation des Internet Service Providers ein wesentliches Element in der Betrachtung der Störerhaftung bildet (eingehend [9, S. 254 ff.]). Der BGH hat erkennbar und wiederholt besonders stark auf die wirtschaftliche Betätigung des Providers abgestellt (vgl. auch m.w.N. BGH GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien bei eBay). Bereits das Fehlen von kommerziellen Beweggründen hat also deutlichen Einfluss auf die Haftung. Im konsequenten Umkehrschluss der Argumentation des BGH muss das Vorliegen von



sozialer und insbesondere fremdnütziger, nicht-kommerzieller Motivation zu einer weitergehenden Privilegierung des Betreibers führen.

Die Störerhaftung speziell des (unbewussten) WLAN-Betreibers bildet in den letzten Jahren einen scharf umstrittenen Teilbereich der Störerhaftung. Das LG Hamburg (MMR 2006, 763) hatte als erstes Gericht einen solchen Fall zu beurteilen und hat die Störerhaftung zu Lasten des WLAN-Betreibers ohne nähere Begründung angenommen. Das LG Frankfurt (MMR 2007, 675) sowie das LG Düsseldorf (zuletzt mit Urt. v. 16.07.2008 – 12 O 232/08) hatten sich der restriktiven Linie des LG Hamburg angeschlossen. Mit Urteil vom 01.07.2008 hat allerdings das OLG Frankfurt nun die Gegenposition eingenommen und die Störerhaftung des WLAN-Betreibers abgelehnt (OLG Frankfurt MMR 2008, 603 m. Anm. Mantz/Gietl). Revision zum BGH ist bereits eingelegt (Az. I ZR 121/08). Die Behandlung der Störerhaftung ist damit auch für offene Netze weiterhin nicht restlos geklärt, der BGH kann aber für Rechtssicherheit sorgen.

## 5. Auskunftsansprüche

Schlussendlich sind noch die Auswirkungen der Motivation auf Auskunftsansprüche des Rechtsinhabers gegen den Betreiber zu betrachten.

Im Rahmen der Auskunftsansprüche hat sich durch die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie (2004/48/EG) in deutsches Recht eine Änderung ergeben: § 101 UrhG (sowie die entsprechenden Parallelvorschriften in PatG, MarkenG, etc.), der zum 01.09.2008 in Kraft getreten ist, sieht einen Auskunftsanspruch des Rechtsinhabers auch gegen Dritte vor, also auch und insbesondere gegen den Internet Service Provider (eingehend [9, S. 295 ff.]). Die Umsetzung der Richtlinie insgesamt, aber auch des Auskunftsanspruchs war bis zuletzt umstritten. Zweifel an der Vereinbarkeit mit EU-Recht sowie nationalem Recht werden in der Literatur diskutiert (dazu [14; 9, S. 307 ff.] jeweils m.w.N.).

Schon ein kurzer Blick auf den Auskunftsanspruch offenbart – im Einklang mit den bisherigen Ergebnissen – den möglichen Einfluss der Motivation der Beteiligten: § 101 Abs. 4 UrhG sieht ausdrücklich vor, dass eine Einzelfallprüfung inklusive Verhältnismäßigkeitsabwägung stattfinden muss. Zusätzlich sieht § 101 Abs. 9 UrhG noch einen Richtervorbehalt vor, falls für die Auskunft auf Verkehrsdaten zurückgegriffen werden muss, was bei offenen Netzen immer der Fall sein wird. Betrachtet man die Verhältnismäßigkeitsanforderungen, dürfte sich ein ähnliches Bild ergeben wie bei der Störerhaftung – die Kriterien im Rahmen der Untersuchung von Prüfungs- und Überwachungspflichten sind schließlich spezielle Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte.

Dass eine Einzelfallprüfung geboten ist, zeigen nicht zuletzt Urteile, die in letzter Zeit ergangen sind, und die die Herausgabe von Daten an die Staatsanwaltschaften oder die Verwertung solcher Daten im Zivilprozess kritisch betrachten (OLG Frankfurt MMR 2008, 603; AG Offenburg MMR 2007, 809; LG Saarbrücken K&R 2008, 320; LG Frankenthal K&R 2008, 467; a.A. LG Offenburg K&R 2008, 384; dazu näher **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).

Schlussendlich ist noch interessant, wie sich die Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie auswirken wird – und natürlich, ob nicht auch hier Verhältnismäßigkeitserwägungen anzustellen sind, die wiederum Auswirkungen einer sozialen Motivation bedingen könnten.

## 6. Ergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass gerade die Motivation der Beteiligten wesentlichen Einfluss auf die hier betrachteten rechtlichen Komplexe hat. Dieser Einfluss wirkt sich zum einen stark auf die rechtliche Gestaltung im Sinne eines Rechtsverhältnisses aus. Zum anderen wirkt er bei der Begründung von Haftungsansprüchen.

## Literatur

- [1] MANTZ, RETO, Open Source, Open Content und Open Access – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, Open Source Jahrbuch 2007, S. 413
- [2] ERNST, SONJA, Freie Netze - Utopien aus Sauerkrautdosen, Spiegel Online v. 04.03.2005, <http://www.spiegel.de/netzwelt/technologie/0,1518,344668,00.html>
- [3] FLICKENGER, ROB et al., Wireless Networking in the Developing World, 2. Aufl. 2008, <http://wndw.net/pdf/wndw2-en/wndw2-ebook.pdf>
- [4] JAEGER, TILL/METZGER, AXEL, Open Source Software, 2. Aufl. 2006
- [5] JAEGER, TILL/METZGER, AXEL, Open-Content-Lizenzen nach deutschem Recht, MMR 2003, 431
- [6] PETRI, AXEL/GÖCKEL, ANDREAS, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2. Auflage, 2005, Kap. B
- [7] MEDOSCH, ARMIN, Freie Netze, 2003
- [8] TEICHMANN, ARNDT, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970
- [9] MANTZ, RETO, Rechtsfragen offener Netze - Rechtliche Gestaltung und Haftung des Access Providers in zugangsoffenen (Funk-)Netzen, 2008
- [10] HEUSSEN, BENNO, "Danaergeschenke, Dereliktion oder Haftung im Verein?" – Offene Rechtsfragen um Free Software, in: Taeger, Jürgen; Wiebe, Andreas (Hrsg.), Informatik, Wirtschaft, Recht, S. 323
- [11] GRÜTZMACHER, MALTE, Copyright statt Copyleft, ITRB 2006, 108, 109
- [12] HEFERMEHL, WOLFANG; KÖHLER, HELMUT; BORNKAMM, JOACHIM, UWG, 26. Aufl. 2008
- [13] TEPLITZKY, OTTO, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2006
- [14] SPINDLER, GERALD, Der Auskunftsanspruch gegen Verletzer und Dritte im Urheberrecht nach neuem Recht, ZUM 2008, 640
- [15] GIETL, ANDREAS/MANTZ, RETO, Die IP-Adresse als Beweismittel im Zivilprozess - Beweiserlangung, Beweiswert und Beweisverbote, CR 2008, 810