Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitarbeitern eines Sharehosters

Von Prof. Dr. THOMAS HOEREN/Dr. BENEDIKT BURGER, Münster

Gem. § 106 Abs. 1 UrhG ist strafbar, wer in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ohne Einwilligung des Berechtigten ein urheberrechtlich geschütztes Werk vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergibt. Es sind bislang keine Gerichtsverfahren bekannt, in denen die Strafbarkeit eines Anbieters von Sharehosting-Diensten nach diesem Tatbestand geprüft wurde. Regelmäßig wurden nur zivilrechtliche Ansprüche gegen Diensteanbieter als Störer gerichtlich ohne größeren Erfolg geltend gemacht. Die Haftung von Diensteanbietern ist nach der Privilegierung des § 10 TMG beschränkt, die über das Zivilrecht hinaus allgemeine Geltung für die Verantwortlichkeit eines Anbieters von Sharehosting-Diensten hat. Die zur Haftungsprivilegierung eines Diensteanbieters bislang ergangenen Urteile sind jedoch teilweise widersprüchlich.

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob § 106 Abs. 1 UrhG eine Strafbarkeit der Anbieter eines Sharehosting-Dienstes und seiner Mitarbeiter für Urheberrechtsverletzungen der Nutzer dieses Dienstes begründen kann. Die dogmatische Einordnung einer möglichen Haftungsprivilegierung nach § 10 TMG in das System des Strafrechts ist zwar umstritten.[1] Einigkeit besteht aber insoweit, dass § 10 TMG keine Strafbarkeit erweitern oder begründen kann, sondern die Verwirklichung eines Straftatbestandes voraussetzt.[2] Daher wird zunächst die Strafbarkeit des Diensteanbieters

[1] Vgl. die Darstellung bei *Joecks,* in: Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, Vor §§ 7 ff. TMG Rdnr. 3 ff.

[2] Dies folgt bereits aus der Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-Drs. 14/6098, S. 23 zu § 11 TDG. § 10 TMG übernimmt diese Privilegierung unverändert, Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste v. 23.10.2006, BT-Drs. 16/3078, S. 15.

und seiner Mitarbeiter geprüft, bevor anschließend die Anwendung der Haftungsprivilegierung des § 10 TMG untersucht wird.

I. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

In einem ersten Schritt ist die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zu untersuchen. Gem. § 3 StGB gilt das deutsche Strafrecht für Taten, die im Inland begangen werden (Territorialitätsprinzip). Für die Täterschaft ist eine Tat nach § 9 Abs. 1 StGB sowohl am Ort der Handlung als auch am Ort des Erfolges begangen (Ubiquitätsgrundsatz).[3] Für die Teilnahme wird dies nach § 9 Abs. 2 StGB um den Ort der Handlung des Teilnehmers erweitert. Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Straftaten nach dem Urheberrechtsgesetz lässt sich hingegen mangels Anknüpfungspunktes in §§ 4–6 StGB nicht unabhängig von dem Ort der Tat begründen. Denkbar ist zwar eine Anwendung deutschen Strafrechts gem. § 7 Abs. 1 StGB auch für Taten, die im Ausland gegenüber einem deutschen Urheber begangen wurden, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist. Allerdings erfährt das Strafanwendungsrecht hier eine Modifikation durch §§ 120 ff. UrhG. Die Abhängigkeit des Urheberstrafrechts von den Bestimmungen des Urheberzivilrechts findet hier Ausdruck. Eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke nach § 106 UrhG ist nur möglich, wenn der Schutz des Urheberrechts im konkreten Fall besteht. Urheberrechtsschutz genießen deutsche Staatsangehörige und ihnen gleichgestellte Personen (§§ 120, 122, 123 UrhG) im Inland, ausländische Staatsangehörige hingegen nur nach den Maßgaben des § 121 UrhG. Ein nach deutschem Recht begründetes Urheberrecht hat nur Wirkung in Deutschland (Territorialitätsprinzip) und kann auch nur durch eine inländische Handlung verletzt werden.[4] Daraus folgt die Anwend-

[3] *Kropholler,* Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 53 IV, S. 524.

[4] *Haß,* in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 106 ff. Rndr. 6; *Heinrich,* in: Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl. 2011, Vorbemerkungen zum UrhG Rndr. 32.

barkeit deutschen Strafrechts allein in den Fällen der Inlandstaten nach den Grundsätzen des § 3 i.V.m. § 9 StGB.

1. Anwendung deutschen Strafrechts bei Täterschaft (§ 9 Abs. 1 StGB)

Sharehosting-Unternehmen arbeiten typischerweise vom Ausland aus, etwa aus der Schweiz oder Hongkong. Ihre Speicherkapazitäten liegen meist ebenfalls auf ausländischen Host-Servern zur Verfügung. Dennoch könnte ein Erfolg der Verwertung nach § 106 UrhG (auch) in Deutschland eintreten, wenn der Dienst von Deutschland aus nutzbar ist. Sofern Mitarbeiter des Diensteanbieters selbst eine Verwertungshandlung vornahmen, kommt eine Täterschaft und damit die Anwendung des § 9 Abs. 1 StGB in Betracht.[5] Handlungsort von Begehungsdelikten ist jeder Ort, an dem der Täter eine auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Handlung vornimmt oder versucht.[6] Bei internetbezogenen Delikten ist dies sowohl der Ort, an dem der Täter körperlich anwesend ist, als auch der Standort des Servers, auf dem der Täter eine Datei gezielt und kontrolliert speichert.[7] Bei körperlicher Anwesenheit eines Täters in Deutschland ist danach das deutsche Strafrecht anwendbar, unabhängig von den im Ausland bereitgestellten Servern.

Ist ein Täter nicht in Deutschland körperlich anwesend, ist das deutsche Strafrecht dennoch anwendbar, soweit der Taterfolg in Deutschland eingetreten ist. § 106 UrhG erfasst die Fälle der Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Wiedergabe (einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung) eines urheberrechtlich geschützten Werkes. Die Vervielfältigung erfolgt zum einen am Ort der Speicherung auf den Servern des Sharehosting-Dienstes. Zum anderen erfolgt sie am Ort der Speicherung auf dem Computer des

[5] Dazu II.1.

[6] *Ambos,* in: Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 8; BGH, Urt. v. 04.12.1992 – 2 StR 442/92, BGHSt 39, 88, 89 = NJW 1993, 1405, 1405.

[7] Schönke/Schröder/*Eser,* Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 9 StGB Rndr. 6; ausführlich dazu und zu weiteren Theorien *Cornlis,* JZ 1999, 395, 396.

Nutzers, der in Deutschland liegen kann und somit einen von § 9 Abs. 1 StGB geforderten Erfolgsort in Deutschland begründet. Die Verbreitung eines urheberrechtlich geschützten Werkes verlangt die körperliche Weitergabe eines Werkes, die bei einer Onlineweitergabe nicht vorliegt.[8] Die Weitergabe von Hyperlinks zu einem gespeicherten Werk begründet hingegen eine öffentliche Zugänglichmachung nach § 19a UrhG.[9] Eine öffentliche Zugänglichmachung liegt bei Eröffnung des Zugriffs Dritter auf ein konkretes urheberrechtlich geschütztes Werk vor.[10] Da jedoch kein Verletzungserfolg vorausgesetzt wird, vielmehr die bloße Zugänglichmachung des Werkes ausreicht, stellt § 106 UrhG in dieser Variante ein schlichtes Tätigkeitsdelikt dar.[11] Nach herrschender Ansicht besitzen schlichte Tätigkeitsdelikte keinen Erfolgsort i.S.d. § 9 StGB, sodass allein der Ort der Handlung maßgebend ist.[12] Bei einer Täterschaft in Bezug

[8] Dreier/*Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, § 17 Rndr. 6; Schricker/*Loewenheim*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 17 Rndr. 6. Die Einführung des § 19a UrhG erfolgte aufgrund der zuvor unklaren Rechtslage.

[9] *von Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 19a Rndr. 45. Hieran knüpfen auch die Entscheidungen zur Haftung eines Sharehosters für die Tätigkeit seiner Nutzer an: OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.12.2010 – I-20 U 59/10 (Rapidshare III) (nicht rechtskräftig), ZUM 2011, 252, 253; OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.07.2010 – I-20 U 8/10 (Rapidshare II), ZUM-RD 2010, 599, 600; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2010 – I-20 U 166/09 (Rapidshare I), MMR 2010, 483, 485; OLG Köln, Urt. v. 21.09.2007 – 6 U 100/07, ZUM-RD 2007, 581, 582; weitergehend wohl OLG Hamburg, Urt. v. 30.09.2009 – 5 U 111/08 (Rapidshare II), ZUM 2010, 440, 444; OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2008 – 5 U 73/07 (Rapidshare), NJOZ 2008, 4927, 4952 f. ; vgl. jetzt aber OLG Hamburg, Urt. v. 14.03.2012 – 5 U 87/09 (Rapidshare III). Eine öffentliche Zugänglichmachung geschützter Werke erfolgt danach erst durch die Weitergabe von Download-Links.

[10] *Dreier*/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 19a UrhG Rndr. 6; *von Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 19a Rndr. 42.

[11] *Hildebrandt*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 106 Rndr. 20; *Dreier*/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, § 106 Rndr. 5; *Haß*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 106 ff. Rndr. 6. Aufgrund dieses Charakters als schlichtes Tätigkeitsdelikt stellen sich die kontrovers diskutierten Fragen der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf abstrakte Gefährdungsdelikte nicht (vgl. dort etwa BGH, Urt. v. 12.12.2000 – 1 StR 184/00 (Auschwitz-Lüge), BGHSt 46, 212 = NJW 2001, 624; *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873).

[12] BGH, Beschl. v. 17.07.2002 – 2 Ars 164/02, NJW 2002, 3486, 3487; KG, Beschl. v. 24.03.2006 – 4 Ws 52/06, NStZ-RR 2007, 16, 17; OLG Köln, Beschl. v. 18.11.2008 – 82 Ss 89/08, NStZ-RR 2009, 84; ausführlich dazu *Hilgendorf*, ZStW 113 (2001), 650,

auf die Verwertungshandlungen des § 106 UrhG findet deutsches Strafrecht also nur Anwendung, wenn der Mitarbeiter des Sharehosters physisch in Deutschland handelte.

2. Anwendung deutschen Strafrechts bei Teilnahme (§ 9 Abs. 2 StGB)

Sofern eine Täterschaft einzelner Sharehoster-Mitarbeiter nicht vorliegt und nur eine Teilnahme in Betracht kommt, ist § 9 Abs. 2 StGB anwendbar. Nach § 9 Abs. 2 S. 1 StGB müsste entweder die Tat in Deutschland begangen worden sein oder der Teilnehmer in Deutschland gehandelt haben. § 9 Abs. 2 S. 2 StGB macht eine Ausnahme von dem der Teilnahme grundsätzlich zugrunde liegenden Akzessorietätsprinzip und erklärt deutsches Strafrecht auch dann für anwendbar, wenn allein die Teilnahmehandlung in Deutschland begangen wurde. Die Teilnahmehandlung der vorliegend in Betracht kommenden Beihilfe ist die Hilfeleistung i.S.d. § 27 StGB.[13] Haupttat ist die unerlaubte Verwertung eines urheberrechtlich geschützten Werkes durch einen Nutzer des Sharehosting-Dienstes. Sofern ein Nutzer diese Verwertung in Deutschland vollzog (wobei die aufgezeigten Kriterien zur Täterschaft gelten), ist auch für den Teilnehmer deutsches Strafrecht anwendbar. Erfolgt die Verwertung allein im Ausland (z.B. Vervielfältigung auf den Servern des Sharehosters oder Zugänglichmachung eines Werkes durch Bereitstellung eines Hyperlinks auf ausländischen Servern), ist deutsches Strafrecht dennoch anwendbar, wenn hierzu in Deutschland Hilfe geleistet wurde. Handlungsort ist auch hier jeder Ort, an dem der Täter eine auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Handlung vornimmt oder versucht. Deutsches Strafrecht ist bei Urheberrechtsverletzungen bei Benutzung ausländischer Server danach allein anwendbar, wenn der Teilnehmer körperlich in Deutschland anwesend ist.

661 ff.; *Heintschel-Heinegg,* in: ders., Beck'scher Online-Kommentar StGB, § 9 Rndr. 6; Schönke/Schröder/*Eser,* Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 9 StGB Rndr. 6.

[13] Dazu II.2.

Zwischenergebnis:

Im Falle eines Sharehosters findet bei einer Täterschaft einzelner Mitarbeiter deutsches Strafrecht Anwendung, soweit diese selbst eine Vervielfältigung in Deutschland bewirkten oder körperlich in Deutschland anwesend waren und geschützte Werke Dritten zugänglich machten. Leisteten Mitarbeiter nur Beihilfe zur Urheberrechtsverletzung Dritter, ist das deutsche Strafrecht anwendbar, wenn entweder der Mitarbeiter als Teilnehmer in Deutschland anwesend war oder die Urheberrechtsverletzung des Dritten in Deutschland erfolgte (also in Deutschland befindliche Server verwendet wurden oder bei körperlicher Anwesenheit des Dritten in Deutschland).

II. Strafbarkeit als Täter gem. § 106 Abs. 1 UrhG

1. Strafbarkeit wegen positiven Tuns

In Betracht kommt zunächst eine Strafbarkeit wegen positiven Tuns durch die Zurverfügungstellung des Sharehosting-Dienstes. Dazu müssten die Mitarbeiter selbst ohne die erforderliche Einwilligung des Berechtigten ein Werk oder eine Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben haben, § 106 Abs. 1 UrhG.

Sofern einzelne Mitarbeiter Speicherkapazitäten nutzen, um selbst vorsätzlich urheberrechtlich geschützte Werke zu vervielfältigen und zu verbreiten, ist der Tatbestand des § 106 Abs. 1 UrhG erfüllt. Soweit sich die Tätigkeit eines Mitarbeiters jedoch auf die reine Bereitstellung von Speicherkapazitäten beschränkt, um Nutzern die Möglichkeit zum Abspeichern und Austausch ihrer Daten zu eröffnen, erfolgen die Verwertungshandlungen durch selbständige Handlungen der Nutzer. Ist die Tätigkeit des Diensteanbieters und seiner Mitarbeiter auf eine passive Bereitstellung eines automatisch operierenden Sharehosting-Dienstes beschränkt, scheidet eine Strafbarkeit als Täter durch die Bereitstellung des Dienstes aus.[14]

[14] BGH, Urt. v. 22.07.2010 – I ZR 139/08 (Kinderhochstühle im Internet), GRUR 2011, 152, 154; BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04 (jugendgefährdende Schriften

2. Strafbarkeit durch garantenpflichtwidriges Unterlassen (§ 13 StGB)

Durch die Bereitstellung des Sharehosting-Dienstes könnten die Mitarbeiter des Sharehosters eine Gefahrenquelle für Urheberrechtsverletzungen eröffnet haben, die eine Garantenpflicht zur Überwachung des Sharehosting-Dienstes begründet. In der Rechtsprechung nahm bislang allein das OLG Hamburg eine derartige Garantenstellung an.[15] Im Revisionsverfahren hob der BGH das Urteil jedoch insoweit auf und begründete dies mit dem fehlenden Bewusstsein des Diensteanbieters um die Handlungen der Nutzer.[16] Die Ablehnung einer Überwachungspflicht mangels Kenntnis des Diensteanbieters und seiner Mitarbeiter steht in Einklang mit den speziellen Regelungen über die Haftung von Host-Providern nach §§ 7, 10 TMG.[17] Gem. § 7 Abs. 2 S. 1 TMG trifft den Diensteanbieter und seine Mitarbeiter keine allgemeine Überwachungspflicht. Haben der Diensteanbieter bzw. seine Mitarbeiter keine positive Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder Information, besteht keine Pflicht zum Tätigwerden. Eine Garantenstellung würde demgegenüber die allgemeine Pflicht zur Überwachung der Gefahrenquelle begründen. Auch sofern Mitarbeiter konkrete Kenntnis von urheberrechtsverletzenden Dateien einzelner Nutzer hatten und diese nicht entfernten oder sperrten, kommt allein eine Teilnahme nach § 27 StGB in Betracht, da die Rechtsverletzungen selbst durch eigenständige Handlungen der Nutzer erfolgten.

bei eBay), BGHZ 173, 188, 194 = NJW 2008, 758, 759; BGH, Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04 (Internet-Versteigerung II), BGHZ 172, 119, 128 = NJW 2007, 2636, 2638; BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01 (Internet-Versteigerung I), BGHZ 158, 236, 250 = MMR 2004, 668, 671; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.12.2010 – I-20 U 59/10 (Rapidshare III) (nicht rechtskräftig), ZUM 2011, 252, 253; OLG Hamburg, Urt. v. 24.07.2008 – 3 U 216/06, NJOZ 2008, 4082, 4933 f.

[15] OLG Hamburg, Urt. v. 24.07.2008 – 3 U 216/06, NJOZ 2008, 4082, 4089. Aus der Literatur ebenso Lackner/*Kühl,* StGB, 27. Aufl. 2011, § 184 Rndr. 7; *ders.,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 18 Rndr. 115b. Zur Kritik ausführlich *Krekel,* WRP 2009, 1029 ff.

[16] BGH, Urt. v. 22.07.2010 – I ZR 139/08 (Kinderhochstühle im Internet), GRUR 2011, 152, 154.

[17] Dazu ausführlich IV.

III. Voraussetzungen der Beihilfe gem. § 27 Abs. 1 StGB

Gem. § 27 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. Begehen Nutzer des Sharehosting-Dienstes vorsätzlich rechtswidrige Taten i.S.d. § 106 Abs. 1 UrhG, verlangt die akzessorische Haftung des Diensteanbieters bzw. seiner Mitarbeiter dessen Hilfeleistung und doppelten Gehilfenvorsatz.

1. Hilfeleistung

Nach der Rechtsprechung erfordert die Hilfeleistung eine Handlung, welche die Rechtsgutsverletzung des Haupttäters ermöglicht, verstärkt oder ihre Durchführung erleichtert.[18] Die Bereitstellung von Speicherplatz ermöglicht die konkret unter Verwendung des Speicherplatzes begangenen urheberrechtlichen Verletzungshandlungen der Benutzer. Der Diensteanbieter leistet physische Hilfe durch die Bereitstellung von Speicherplatz. Ein einzelner Mitarbeiter des Anbieters könnte Hilfe geleistet haben, indem er den Diensteanbieter bei der Bereitstellung von Speicherplatz unterstützt («Beihilfe zur Beihilfe») oder indem er unmittelbar einem Nutzer Hilfe leistet.

2. Doppelter Gehilfenvorsatz

Ein Gehilfe muss die Vollendung der Haupttat wollen und außerdem den Willen und das Bewusstsein haben, die Tat eines anderen zu fördern. Der Vorsatz bezüglich einer Vollendung der Haupttat muss sich auf eine bestimmte, ihren wesentlichen Merkmalen und Grundzügen nach konkretisierte Tat richten, welche die Voraussetzungen einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat erfüllt.[19] Wille und

[18] BGH, Urt. v. 31.05.1994 – 5 StR 557/93, NStZ 1995, 27, 28; Schönke/Schröder/*Heine,* Strafgesetzbuch, § 27 Rn. 8 m.w.Nachw.

[19] BGH, Urt. v. 18.04.1996 – 1 StR 14/96, BGHSt 42, 135, 137; BGH, Beschl. v. 12.07.2000 – 1 StR 269/00, NStZ-RR 2000, 326; BGH, Urt. v. 29.11.2006 – 2 StR 301/06, wistra 2007, 143.

Bewusstsein zur Förderung der Tat eines anderen müssen gerade die unterstützende Wirkung der Hilfeleistung umfassen.[20]

Das Betreiben eines Sharehosters, um Benutzern Speicherplatz für abzuspeichernde Daten zur Verfügung zu stellen, ist eine neutrale Handlung. Benutzer können den Sharehosting-Dienst für beliebige Daten verwenden. Nach der subjektiven Betrachtung der Rechtsprechung liegt eine Hilfeleistung i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB in Fällen neutraler Verhaltensweisen zum einen dann vor, wenn das Handeln des Haupttäters ausschließlich auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der Hilfeleistende Kenntnis hiervon hat.[21] Hält der Gehilfe es lediglich für möglich, dass sein Beitrag zur Begehung einer Straftat genutzt wird, ist sein Handeln regelmäßig keine strafbare Beihilfehandlung, es sei denn das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des Täters ist derart hoch, dass er sich die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.[22] Ohne Bedeutung ist dabei eine ausdrückliche Erklärung des Gehilfen, die Haupttat zu missbilligen.[23] Die inhaltliche Neutralität des Sharehosting-Dienstes ermöglicht auch die Verwendung von Speicherplatz für rechtmäßige Handlungen. Für die Bereitstellung von ortsunabhängig verfügbarem Speicherplatz im Internet besteht ein technisches und wirtschaftliches Bedürfnis.[24] Nutzer können bei Verwendung des (grundsätzlich kostenlosen) Sharehosting-Dienstes Dateien abspeichern und bei Bedarf an einem anderen Ort mit einem beliebigen internetfähigen Endgerät auf diese zugreifen, ohne eine

[20] BGH, Beschl. v. 07.04.1983 – 1 StR 207/83, NStZ 1983, 462; BGH, Urt. v. 01.08.2000 – 5 StR 624/99, NJW 2000, 3010, 3010; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.08.2001, 2a Ss 149/01 – 46/01 II, StV 2002, 312, 312.

[21] BGH, Urt. v. 01.08.2000 – 5 StR 624/99, NJW 2000, 3010 m.w.N.

[22] BGH, Urt. v. 13.07.2010 – XI ZR 28/09, NZG 2011, 69, 73; BGH, Urt. v. 18.03.2003 – 5 StR 489/02, NJW 2003, 2996, 2999; BGH, Urt. v. 01.08.2000 – 5 StR 624/99, NJW 2000, 3010, 3010; BGH, Beschl. v. 20.09.1999 – 5 StR 729/98, NStZ 2000, 34, 34; dazu ausführlich *Joecks,* in: Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, § 27 Rdnr. 52 ff.

[23] BGH, Urt. v. 01.08.2000 – 5 StR 624/99, NJW 2000, 3010, 3010.

[24] Vgl. OLG Köln, Urt. v. 21.09.2007 – 6 U 100/07, ZUM-RD 2007, 581, 583; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2010 – I-20 U 166/09 (Rapidshare I), MMR 2010, 483, 484; jetzt auch OLG Hamburg, Urt. v. 14.03.2012 – 5 U 87/09 (Rapidshare III) unter ausdrücklicher Aufgabe der vorherigen Rechtsprechung.

körperliche Kopie mitzuführen. Zugleich ist der Austausch von Daten mit anderen Nutzern möglich. Dies kann zu rechtmäßigen Zwecken (z.B. im Rahmen gemeinsamer Arbeitsprojekte oder des Austausches von privaten Berichten) ebenso erfolgen wie zu rechtswidrigen Zwecken (z.B. dem Tausch urheberrechtlich geschützter Werke ohne die erforderliche Zustimmung). Die Anonymität des einen Download vornehmenden Nutzers allein begründet keine Missbilligung des Geschäftsmodells eines Sharehosting-Dienstes.[25] Auch der rechtmäßige Austausch von Daten kann den Schutz der Anonymität desjenigen erfordern, der die Daten abspeichert und für die Öffentlichkeit unter Anwendung eines Passwortes zugänglich macht (z.B. bei einer rechtmäßigen und von der Meinungsfreiheit geschützten politischen Darstellung). Nutzer des Dienstes benutzen diesen nicht ausschließlich für die Begehung einer strafbaren Handlung. Damit liegt regelmäßig keine strafbare Beihilfeleistung vor. Eine Ausnahme ist nur zu treffen, wenn das von dem einzelnen Mitarbeiter erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des (hinreichend konkretisiert bekannten) Täters derart hoch ist, dass er sich die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ. Hier sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

IV. Haftungsprivilegierung des § 10 S. 1 TMG

1. Anwendbarkeit der Haftungsprivilegierung auf Sharehosting-Dienste

§ 10 S. 1 TMG beschränkt die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern, die fremde Informationen für Nutzer speichern. Anbieter trifft danach keine Verantwortlichkeit, sofern sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder Information haben (Nr. 1) oder sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben (Nr. 2). Die Privilegierung geht zurück auf Art. 14 der Richt-

[25] So aber OLG Hamburg, Urt. v. 30.09.2009 – 5 U 111/08 – Rapidshare II, ZUM 2010, 440, 448. Dazu ausführlich III.1.

linie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr.[26] Die Richtlinie stellt einen allgemeinen Rahmen für die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern auf und ist auch auf das Strafrecht anwendbar.[27] Sie begründet eine Vollharmonisierung der nationalen Regelungen.[28] § 10 S. 1 TMG privilegiert daher auch die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern im Bereich des Strafrechts.[29] Um die Wirkung der Privilegierung zu erreichen, ist § 10 TMG auf Organe und Mitarbeiter eines Diensteanbieters anzuwenden, wenn sie in Ausübung ihrer Organstellung und der ihnen zugewiesenen Tätigkeit für den Diensteanbieter handeln.[30]

§ 10 S. 1 TMG beschränkt die Verantwortlichkeit. Die Strafbarkeit eines Verhaltens kann durch § 10 S. 1 TMG weder begründet noch erweitert werden. Sie muss sich aus den allgemeinen Vorschriften ergeben.[31] Die Haftungsprivilegierung des § 10 S. 1 TMG begründet keine Garantenpflicht der Diensteanbieter bzw. seiner Organe und Mitarbeiter i.S.d. § 13 StGB.[32] Voraussetzung der straf-

[26] Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), ABl. L 178/1 v. 17.07.2000.

[27] Vgl. Erwägungsgrund 8 und 26 der Richtlinie 2000/31/EG. Ferner *Altenhain,* in: Joecks/Schmitz, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/1, 2010, Vorbem. §§ 7 ff. TMG Rdnr. 2 m.w.Nachw.

[28] Art. 3 der Richtlinie 2000/31/EG.

[29] Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-Drs. 14/6098, S. 23 zu § 11 TDG. § 10 TMG übernimmt diese Privilegierung unverändert, Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste v. 23.10.2006, BT-Drs. 16/3078, S. 15.

[30] *Altenhain,* in: Joecks/Schmitz, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/1, 2010, Vorbem. §§ 7 ff. TMG Rdnr. 13; Hoeren/Sieber/*Sieber/Höfinger,* Handbuch Multimedia-Recht, 18.1 Rndr. 35.

[31] Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-Drs. 14/6098, S. 23 zu § 11 TDG; BGH. Urt. v. 27.03.2007 – VI ZR 101/06, NJW 2007, 2258, 2258.

[32] Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-Drs. 14/6098, S. 37 zu §§ 8 bis 11 TDG; *Altenhain,* in: Joecks/Schmitz, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/1, 2010, Vorbem. §§ 7 ff. TMG Rdnr. 13;

rechtlichen Verantwortlichkeit ist damit eine Strafbarkeit als Täter oder Teilnehmer unabhängig von der Privilegierung des § 10 S. 1 TMG. Im Unterschied zum Zivilrecht existiert im Strafrecht keine Haftung des «Störers», der weder Täter noch Teilnehmer ist.

Die Täterschaft bezüglich einer Urheberrechtsverletzung unter Verwendung der Internetplattform wurde in der Rechtsprechung ausdrücklich abgelehnt.[33] Die Anwendung der Haftungsprivilegierung nach § 10 TMG wurde nicht aufgrund des Charakters des Hosting-Dienstes ausgeschlossen, sondern wegen der (von dem BGH in ständiger Rechtsprechung angenommenen) generellen Nichtanwendbarkeit auf Unterlassungsansprüche. Dem Urteil kann eine Beschränkung der Haftungsprivilegierung eines Sharehosting-Dienstes aufgrund der Gefahr von Rechtsverletzungen nicht entnommen werden. Auch trifft der BGH keine Aussage darüber, wann ein Dienst von der Rechtsordnung gebilligt bzw. missbilligt wird. Soweit in der Literatur Kriterien für die Einordnung eines Geschäftsmodells erarbeitet werden, basieren diese auf der Häufigkeit rechtsverletzender Tätigkeiten bei Nutzung eines konkreten Dienstes und ihrem Verhältnis zu rechtmäßigen Handlungen. Der EuGH wendete die Haftungsprivilegierung für Hosting-Dienste (Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr) an, ohne die Eröffnung der Privilegierung bereits von dem Ausmaß möglicher Rechtsverletzungen durch Nutzer abhängig zu machen.[34] Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr nimmt allein Diensteanbieter von dem Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung aus, die absichtlich mit einem Nutzer zusammenarbeiten,

Hoeren/Sieber/*Sieber/Höfinger,* Handbuch Multimedia-Recht, 18.1 Rndr. 35; *Hoffmann,* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, Vorbem. §§ 7 ff. Rndr. 15.

[33] BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04 (jugendgefährdende Schriften bei eBay), BGHZ 173, 188, 202 = NJW 2008, 759, 759; BGH, Urt. v. 12.05.2010 – I ZR 121/08 (Sommer unseres Lebens), BGHZ 185, 330, 333 = GRUR 2010, 633, 634; kritisch dazu *Nordemann,* ZUM 2010, 604.

[34] EuGH, Urt. v. 12.07.2011 – C-324/09, Rn. 109 ff. – L'Oréal/eBay, GRUR 2011, 1025, 1032 f.; EuGH, Urt. v. 23.03.2010 – verb. Rs. C-236/08, C-237/08, C-238/08, Rndr. 109 ff. – Google und Google France, GRUR 2010, 445, 450 f.; EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, Rndr. 34 ff. – Netlog.

um rechtswidrige Handlungen zu begehen.[35] Bei einem derartigen kollusiven Zusammenwirken verlässt der Diensteanbieter die Grenzen der Tätigkeit rein technischer, automatischer und passiver Art und ist nicht mehr von dem Tatbestand des Art. 14 der Richtlinie erfasst.[36] Eine darüber hinausgehende allgemeine Schranke der rechtlichen Billigung der Tätigkeit lässt sich der Richtlinie nicht entnehmen.

Sowohl die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr als auch die Begründung der Bundesregierung erkennen die Gefahr von Urheberrechts- und Kennzeichenverletzungen durch die Nutzung von Diensten der Informationsgesellschaft.[37] Um die Tätigkeit der Diensteanbieter nicht übermäßig zu erschweren, werden auf Grundlage dieser Erkenntnis die Voraussetzungen an den Ausschluss der Haftungsprivilegierung indessen verschärft. Der Diensteanbieter soll erst für Verletzungen der Nutzer haften, wenn er positive Kenntnis von der fehlenden Erlaubnis des Rechteinhabers hat. Solange der Diensteanbieter die Verletzung von Urheberrechten allein für möglich oder auch überwiegend wahrscheinlich hält (und er sich einer Kenntniserlangung nicht bewusst verschließt), treffen ihn keine Handlungspflichten.[38] Allein die Möglichkeit des Missbrauches anonymer Sharehosting-Dienste kann daher nicht die Haftungsprivilegierung des Diensteanbieters ausschließen. Stattdessen bedarf die Bewertung der Zumutbarkeit einer Prüfung im Einzelfall unabhängig von der potentiellen Missbrauchsanfälligkeit des Sharehosting-Dienstes.

Weiter ist die Einordnung eines Sharehosting-Dienstes als von der Rechtsordnung nicht gebilligte Tätigkeit zweifelhaft. Der Dienst zeichnet sich gerade dadurch aus, dass er allgemein und inhaltsneutral zur Verfügung steht. Verlässt er diese passive und neutrale Posi-

[35] Erwägungsgrund 44 der Richtlinie 2000/31/EG.

[36] Dazu IV.3.a.

[37] Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2000/31/EG; Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-Drs. 14/6098, S. 25 zu § 11 TDG.

[38] *Altenhain,* in: Joecks/Schmitz, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/1, 2010, Vorbem. §§ 7 ff. TMG Rdnr. 7.

tion, findet die Haftungsprivilegierung nach ihren tatbestandlichen Voraussetzungen keine Anwendung – ungeachtet eines etwaigen «Vorfilters» der rechtlichen Billigung des Dienstes. Die Neutralität lässt zwar einzelne Rechtsverletzungen zu, kennzeichnet aber nicht den Dienst insgesamt. Die Ablehnung einer Haftungsprivilegierung für Dienste, bei denen Nutzer entgegen den Benutzungsvorgaben des Dienstes Rechtsverletzungen begehen, würde zu einer verschärften Haftung von neutralen Tätigkeiten führen, die das Strafrecht nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässt.[39] Sharehosting-Dienste, die ohne Berücksichtigung des Inhalts Speicherkapazitäten zur anonymen Verwendung anbieten, würden einer Haftung ausgesetzt, die den Betrieb des Dienstes wesentlich erschweren würde. Die Befriedigung des technischen und wirtschaftlichen Bedürfnisses nach Sharehosting-Diensten für legale Nutzungsmöglichkeiten wäre gefährdet.[40] Auch kann gerade in der Möglichkeit der anonymen Verwendung eine Voraussetzung für die grundrechtlich geschützte Informationsweitergabe und Meinungsbildung liegen.[41]

In einem späteren Urteil des OLG Hamburg zur Haftung von *Rapidshare* nahm das Gericht eine zurückhaltendere Einschätzung vor und kehrte von Teilen der eigenen vorherigen Rechtsprechung ausdrücklich ab.[42] Unter Berücksichtigung veränderter Nutzergewohnheiten, die ein Bedürfnis nach dezentralen Speicherkapazitäten zur Folge haben, lehnt das OLG Hamburg nunmehr eine allgemeine Missbilligung des Sharehosting-Dienstes *Rapidshare* ab. Durch die Bereitstellung des Dienstes zur anonymen Nutzung werde jedoch die

[39] Dazu III.2.

[40] OLG Köln, Urt. v. 21.09.2007 – 6 U 100/07, ZUM-RD 2007, 581, 583; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2010 – I-20 U 166/09 (Rapidshare I), MMR 2010, 483, 484; OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.07.2010 – 20 U 8/10 (Rapidshare II), ZUM-RD 2010, 599, 601; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.12.2010 – I-20 U 59/10 (Rapidshare III) (nicht rechtskräftig), ZUM 2011, 252, 253; LG Düsseldorf, Urt. v. 19.01.2011 – 23 S 359/09; *Schröder,* MMR 2011, 252; *Schmidt,* jurisPR-ITR 13/2010, Anm. 3; offengelassen bei LG Hamburg, Urt. v. 18.03.2011 – 308 O 458/10, ZUM-RD 2011, 506, 510.

[41] Ausführlich zur grundrechtlichen Bedeutung von Sharehosting-Diensten *Breyer,* MMR 2009, 14.

[42] OLG Hamburg, Urt. v. 14.03.2012 – 5 U 87/09 (Rapidshare III); vgl. auch die umfassende Abwägung im Rahmen der Access-Provider für Usenet bei OLG Hamburg, Urt. v. 28.01.2009 – 5 U 255/07 (Usenet II), ZUM-RD 2009, 439, 448 f.

Gefahr der massenhaften Begehung von Urheberrechtsverletzungen begründet, die zu erheblich gesteigerten Prüfungs- und Handlungspflichten des Diensteanbieters führe.[43] Anstelle der generellen Ablehnung einer Haftungsprivilegierung tritt eine Abwägung im Rahmen der Zumutbarkeit. Die bloße Möglichkeit, Dateien automatisch auf den Server des Sharehosting-Dienstes zu laden und Download-Links an Dritte weiterzugeben, führe noch nicht zu gesteigerten Prüfungspflichten. Die Begründung gesteigerter Pflichten mit der Möglichkeit anonymer Nutzung stößt aber weiterhin auf die genannten Bedenken.

2. Dogmatische Einordnung der Haftungsprivilegierung

Unklar ist die dogmatische Stellung der Haftungsprivilegierung im Deliktsaufbau. Bedeutung hat die korrekte Verortung im Deliktsaufbau insbesondere für die Anwendung der Regeln über Irrtum und Teilnahme, die auf eine spezifische Stufe des Delikts Bezug nehmen. Die Rechtsprechung traf bislang noch keine Einordnung der Haftungsprivilegierung in das System des Strafrechts. Im Bereich der zivilrechtlichen Haftung als Störer prüfte sie zunächst die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung und erst bei deren Nichtvorliegen die weiteren Voraussetzungen der haftungsbegründenden Norm.[44] Daraus eine Aussage für das Strafrecht zu entwickeln,[45] begegnet indes aufgrund der unterschiedlichen Dogmatik und insbesondere des fehlenden Anknüpfungspunktes der Störereigenschaft im Strafrecht Zweifeln. Die Gesetzesbegründung der Bundesregierung bezieht sich nur auf die «Verantwortung» des Diensteanbieters und beschreibt die Wirkungsweise als die eines «Filters».[46] Der

[43] OLG Hamburg, Urt. v. 14.03.2012 – 5 U 87/09 (Rapidshare III): «… Umgebung der ‹aktiven Anonymität›, in der Rechtsverletzer weitgehend ungestört rechtswidrige Handlungen begehen können.»

[44] BGH, Urt. v. 23.09.2003 – VI ZR 335/02, NJW 2003, 3764, 3764 f; OLG Hamburg, Urt. v. 14.07.2004 – 5 U 160/03, MMR 2004, 822, 823.

[45] So aber *Altenhain,* in: Joecks/Schmitz, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/1, 2010, Vorbem. §§ 7 ff. TMG Rdnr. 5.

[46] Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-

Bundesrat erklärt in seiner Stellungnahme ausdrücklich, dass die Regelungen zur Verantwortlichkeit der strafrechtlichen Prüfung vorgelagert seien und die eigentliche strafrechtliche Bewertung erst in einem zweiten Schritt erfolge.[47] Daraus folgt jedoch nicht zwingend eine Abkehr von der gewohnten strafrechtlichen Dogmatik.[48] Eine vorgelagerte Prüfung kann auch bei Einordnung der Haftungsprivilegierung als erstes Element auf der Ebene des Tatbestandes erfolgen. Ein Wille des Gesetzgebers zur Einführung persönlicher Strafausschließungsgründe «jenseits von Unrecht und Schuld»[49] ist nicht zu erkennen. Diese Einordnung hätte ferner die unbefriedigende und dem Privilegierungszweck zuwiderlaufende Folge, dass eine teilnahmefähige Straftat auch dann vorliegt, wenn der Diensteanbieter letztlich nicht als Haupttäter bestraft wird.[50] In Betracht kommt daher nur ein «Filter» vor einem positiven Ergebnis der Strafbarkeitsprüfung. Durch § 10 S. 1 TMG soll eine allgemeine abstrakte Privilegierung für die tatbestandlich erfassten Personen ohne Rücksicht auf die konkreten Elemente der Schuld begründet werden. Eine Verortung auf Ebene der Schuld ist damit nicht vereinbar.[51] Zwischen den verbleibenden Ebenen des Tatbestandes und der Rechtswidrigkeit besteht ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Sind die Tatbestandsmerkmale erfüllt, kann nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Strafbarkeit ausnahmsweise entfallen. Die Haftungsprivilegierungen der §§ 7 ff. TMG sind jedoch Ausdruck der sozial erwünschten Tätigkeiten von Diensteanbietern als

Drs. 14/6098, S. 23 zu § 11 TDG. § 10 TMG übernimmt diese Privilegierung unverändert, Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste v. 23.10.2006, BT-Drs. 16/3078, S. 15.

[47] Stellungnahme des Bundesrates zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 21.02.1997, BT-Drs. 13/7385, S. 51 zu §§ 8 bis 11 TDG.

[48] Für eine zweistufige Prüfung aber etwa *Altenhain,* in: Joecks/Schmitz, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/1, 2010, Vorbem. §§ 7 ff. TMG Rdnr. 7 m.w.Nachw.

[49] So aber *Heghmanns,* ZUM 2000, 463, 465.

[50] *Spindler,* MMR 1998, 639, 640.

[51] So aber LG München I, Urt. v. 17.11.1999 – 20 Ns 465 Js 173158/95, ZUM 2000, 247, 250.

Beitrag zur Entwicklung der Informationsgesellschaft. Die Straflosigkeit der Diensteanbieter stellt also die Regel dar, die nach Dienst differenzierte Verantwortlichkeit die Ausnahme. Dem entspricht eine Regelung auf Ebene des Tatbestandes.[52] Infolge dieser Einordnung muss sich der nach § 15 StGB erforderliche Vorsatz auch auf die Nichtanwendung der Haftungsprivilegierung erstrecken. Nimmt ein Beteiligter irrtümlich die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung an, befindet er sich in einem den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.[53] Da § 106 UrhG vorsätzliches Handeln voraussetzt, kommt eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit nicht in Betracht.

3. Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung nach § 10 S. 1 TMG

a) Diensteanbieter

Ein Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft wird von der Haftungsprivilegierung nur erfasst, wenn seine Tätigkeit rein technischer, automatischer und passiver Art ist.[54] Er darf weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information haben. Leistet der Anbieter aktiv Unterstützung für die Präsentation der von Nutzern gespeicherten Inhalte, findet die Haftungsprivilegierung keine Anwendung.[55] Die bloße Bereitstellung

[52] So auch Hoeren/Sieber/*Sieber/Höfinger,* Handbuch Multimedia-Recht, 18.1 Rndr. 21; Lackner/*Kühl,* StGB, 27. Aufl. 2011, § 184 Rndr. 7a; *Valerius,* in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 17. Ed. 2011, Providerhaftung Rndr. 6; wohl auch *Gabriel/Albrecht,* ZUM 2010, 392, 393; zu § 5 TDG bereits *Hilgendorf,* NStZ 2000, 518, 519; *Spindler,* MMR 1998, 639, 643; *Freytag,* ZUM 1999, 185, 189.

[53] So auch *Valerius,* in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 17. Ed. 2011, Providerhaftung Rndr. 6; zu § 5 TDG: *Hilgendorf,* NStZ 2000, 518, 519; *Spindler,* MMR 1998, 639, 643.

[54] Erwägungsgrund 42 der Richtlinie 2000/31/EG. So auch ausdrücklich EuGH, Urt. v. 12.07.2011 – C-324/09, Rn. 113 – L'Oréal/eBay, GRUR 2011, 1025, 1032; EuGH, Urt. v. 23.03.2010 – verb. Rs. C-236/08, C-237/08, C-238/08, Rndr. 113 – Google und Google France, GRUR 2010, 445, 451.

[55] EuGH, Urt. v. 12.07.2011 – C-324/09, Rn. 116 – L'Oréal/eBay, GRUR 2011, 1025, 1032; EuGH, Urt. v. 23.03.2010 – verb. Rs. C-236/08, C-237/08, C-238/08, Rndr. 114 – Google und Google France, GRUR 2010, 445, 451.

von Speicherkapazitäten ist auch dann eine rein passive Tätigkeit, wenn der Anbieter eine Vergütung hierfür erhält.[56]

Fraglich ist, ob die Tätigkeit eines Sharehosters und seiner Mitarbeiter über die passive Bereitstellung von Speicherkapazitäten hinausgeht. So wäre der Vorwurf an die Mitarbeiter denkbar, aktiv Nutzer anderer Webseiten bei der Auffindung einzelner Dateien unterstützt zu haben. In diesem Falle könnte der Sharehoster Kenntnis oder Kontrolle über die von Nutzern weitergeleitete oder gespeicherte Information haben. Die Haftungsprivilegierung des § 10 TMG wäre nicht anwendbar. Andererseits ist denkbar, dass die Benutzung der Speicherkapazitäten zunächst in einem automatischen Verfahren ohne Kenntnis und Kontrolle des Sharehosters und seiner Mitarbeiter erfolgte. Eine etwaige Kenntnis über die gespeicherten Informationen wäre in diesem Falle erst nachträglich eingetreten und die Haftungsprivilegierung des § 10 TMG wäre grundsätzlich anwendbar.

b) Fremde Informationen

Der Begriff der fremden Information wird in Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr nicht verwendet. Als Gegenstand der Speicherung werden dort «durch einen Nutzer eingegebene Informationen» genannt. Das der Richtlinie zugrunde liegende Prinzip der Vollharmonisierung verlangt eine Auslegung des nationalen Rechts nach den Vorgaben der Richtlinie. Eine Information ist folglich fremd i.S.d. § 10 TMG, wenn sie von einem Nutzer eingegeben wurde.[57] Aus der Haftungsprivilegierung selbst ergibt sich bereits, dass durch die bloße Speicherung einer Information diese nicht zu einer eigenen des Diensteanbieters wird. Sofern Mitarbeiter jedoch eigene Dateien hochgeladen haben, liegen für diese

[56] EuGH, Urt. v. 12.07.2011 – C-324/09, Rn. 115 – L'Oréal/eBay, GRUR 2011, 1025, 1032; EuGH, Urt. v. 23.03.2010 – verb. Rs. C-236/08, C-237/08, C-238/08, Rndr. 116 – Google und Google France, GRUR 2010, 445, 451.

[57] Hoeren/Sieber/*Sieber/Höfinger,* Handbuch Multimedia-Recht, 18.1 Rndr. 40.

Mitarbeiter keine fremden Informationen vor und eine Haftungsprivilegierung nach § 10 S. 1 TMG ist ausgeschlossen.

c) Keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information (§ 10 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 TMG)

Die Haftung eines Diensteanbieters ist beschränkt, solange er keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information hat. Kenntnis i.S.d. § 10 S. 1 TMG ist allein aktuelles menschliches Wissen, das dem Diensteanbieter ein unverzügliches Tätigwerden ermöglicht. Verlangt wird also positive Kenntnis im Sinne eines dolus directus.[58] Hält der Diensteanbieter die rechtswidrige Handlung oder Information nur für möglich oder gar für überwiegend wahrscheinlich, hat er noch nicht die erforderliche Kenntnis.[59] Die Offensichtlichkeit einer rechtswidrigen Handlung oder Information (§ 10 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 TMG) ist ausdrücklich auf Schadensersatzansprüche begrenzt und findet im Strafrecht keine Anwendung.[60]

Der Bezugspunkt dieser Kenntnis ist in § 10 S. 1 TMG nicht klar formuliert. Umstritten ist, ob neben der Kenntnis von einer bestimmten Tätigkeit oder Information auch Kenntnis über deren Rechtswidrigkeit zu fordern ist.[61] Auch die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr selbst enthält keine näheren Angaben hierzu. Dem Zweck einer vollständigen Vereinheitlichung der Haftung von Diensteanbietern würde jedoch widersprechen, wenn der Tatbestand der Haftungsprivilegierung von im europäischen Recht nicht vorge-

[58] Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-Drs. 14/6098, S. 25 zu § 11 TDG; ferner Hoeren/Sieber/*Sieber/Höfinger,* Handbuch Multimedia-Recht, 18.1 Rndr. 83.

[59] *Altenhain,* in: Joecks/Schmitz, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/1, 2010, Vorbem. §§ 7 ff. TMG Rdnr. 7.

[60] Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-Drs. 14/6098, S. 25 zu § 11 TDG.

[61] So etwa *Fitzner,* MMR 2011, 83, 85 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 23.03.2010 – verb. Rs. C-236/08, C-237/08, C-238/08 – Google und Google France, GRUR 2010, 445, 451; auch *Spindler*, NJW 2002, 921, 924.

gebenen Rechtfertigungsgründen abhinge.[62] Der Begriff der Rechtswidrigkeit i.S.d. Art. 14 der Richtlinie ist somit nicht im Sinne einer dem Tatbestand nachgeordneten Rechtswidrigkeit zu verstehen. Vielmehr ist er bei der Bewertung einer Tätigkeit auf Tatbestandsebene als Merkmal der Nichtberechtigung anzuwenden und soll Tätigkeiten erfassen, die allein wegen einer fehlenden Erlaubnis einen Tatbestand begründen. Dies entspricht der Gesetzesbegründung zu § 11 TDG (der in § 10 TMG unverändert übernommen wurde).[63] Im Bereich des Urheberrechts ist demnach die Kenntnis gemeint, dass eine bestimmte Verwertungshandlung weder von einer Schranke erfasst wird noch eine Einwilligung des Rechteinhabers vorliegt. Die Haftungsprivilegierung entfällt folglich nur bei Kenntnis von der Verwertungshandlung und deren Rechtswidrigkeit.

d) Unverzügliches Tätigwerden nach Kenntniserlangung (§ 10 S. 1 Nr. 2 TMG)

Sobald der Diensteanbieter Kenntnis von der konkreten rechtswidrigen Handlung oder Information hat, muss er unverzüglich tätig werden und die Information entfernen oder den Zugang zu ihr sperren.[64] Der Umfang geschuldeter Tätigkeit wird in § 10 S. 1 Nr. 2 TMG nicht näher konkretisiert. Die Pflichten des Diensteanbieters werden durch den allgemeinen Grundsatz begrenzt, wonach die Entfernung oder Sperrung technisch möglich und zumutbar sein muss.[65] Die

[62] So auch *Altenhain,* in: Joecks/Schmitz, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/1, 2010, § 10 TMG Rdnr. 10.

[63] Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-Drs. 14/6098, S. 25 zu § 11 TDG.

[64] Soweit § 10 S. 1 Nr. 2 TMG nur die Entfernung der Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr fordert, ist die Formulierung missverständlich. Die Parallelität zu § 10 S. 1 Nr. 1 TMG, die durch die Bezugnahme auf «diese Kenntnis» ausgedrückt wird, verlangt Handlungspflichten ebenfalls bezüglich der rechtswidrigen Handlung. Vgl. auch Spindler/Schuster/*Hoffmann,* Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 10 TMG Rndr. 44.

[65] Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-

Zumutbarkeit ist dabei in Relation zu der Wertigkeit des gefährdeten Rechtsgutes zu ermitteln.[66] Zwischen dem Schutz des Urheberrechts auf der einen Seite und der unternehmerischen Freiheit der Diensteanbieter sowie der Informationsfreiheit und dem Schutz personenbezogener Daten der Nutzer auf der anderen Seite ist ein angemessenes Gleichgewicht zu finden.[67]

Soweit im Rahmen der zivilrechtlichen Störerhaftung die Verhinderung zukünftiger Verletzungen verlangt wird,[68] ist dies nicht unmittelbar auf das Strafrecht übertragbar. Eine Strafbarkeit des Störers außerhalb des Systems von Täterschaft und Teilnahme existiert nicht. Das Strafrecht ist stets repressiv orientiert und kann keine Pflichten zur Vorbeugung von zukünftigen Rechtsverletzungen begründen. Die Pflicht zur unverzüglichen Entfernung von Informationen bzw. Sperrung des Zugangs zu Informationen nach § 10 S. 1 Nr. 2 TMG kann nur die Haftungsprivilegierung für begangene Straftaten bestimmen. Eine auf Verhinderung zukünftiger Straftaten gerichtete Pflicht ist strafrechtlich nur relevant für die Strafbarkeit wegen eines Unterlassungsdelikts. Dort begrenzt die Zumutbarkeit des Handelns die Strafbarkeit.[69] Es ist daher zu unterscheiden zwischen der unverzüglichen Entfernung bzw. Sperrung einer bereits gespeicherten Information (Begehungsdelikt) und dem Unterlassen wirksamer Maßnahmen zur Verhinderung zukünftiger Rechtsverletzungen (Unterlassungsdelikt). Die Kriterien zur Bewertung der Zumutbarkeit dürften im Rahmen eines Unterlassungsdeliktes jedoch

Drs. 14/6098, S. 25 zu § 11 TDG; dazu Spindler/Schuster/*Hoffmann,* Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, Rndr. 44.

[66] Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr v. 17.05.2001, BT-Drs. 14/6098, S. 25 zu § 11 TDG.

[67] EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, Rndr. 43 – Netlog; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, Rndr. 49 – Scarlet Extended.

[68] BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, MMR 2012, 124, 126; BGH, Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04 (Internet-Versteigerung II), BGHZ 172, 119, 128 = NJW 2007, 2636, 2638; BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01 (Internet-Versteigerung I), MMR 2004, 668, 672.

[69] Zur umstrittenen Einordnung des Kriteriums der Zumutbarkeit in die strafrechtliche Dogmatik Schönke/Schröder/*Stree/Bosch,* Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2011, Vorbem. §§ 13 ff. Rndr. 155.

nicht von § 10 S. 1 Nr. 2 TMG abweichen, um keinen Widerspruch zur Wertung der Haftungsprivilegierung zu begründen. Die Unterlassung weiterer, von § 10 S. 1 Nr. 2 TMG nicht mehr geforderter Tätigkeiten wäre wegen der Haftungsprivilegierung ohnehin sanktionslos.

Der Tatbestand eines (unechten) Unterlassungsdelikts setzt einen Kausalzusammenhang zwischen der unterlassenen Handlung und dem eingetretenen Erfolg voraus. Es muss Gewissheit oder an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Erfolg bei Vornahme der unterlassenen Handlung nicht wesentlich später oder in wesentlich geringerem Umfang eingetreten wäre.[70] Ein Diensteanbieter hat danach keine Pflicht zur Einbindung technischer Maßnahmen, die eine Rechtsverletzung nicht mit zumindest an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen hätten. Daraus ergibt sich, dass unwirksame und unschwer zu umgehende Techniken wie etwa Wortfilter, Dateifilter oder MD5-Verfahren nicht geschuldet werden.[71]

Welche Tätigkeiten des Anbieters eines Sharehosting-Dienstes technisch möglich und zumutbar sind, wird von Gerichten unterschiedlich beurteilt. Die gerichtliche Beurteilung erfolgte bislang im Rahmen der zivilrechtlichen Störerhaftung. Aufgrund des Querschnittcharakters der Haftungsprivilegierung können diese Beurteilungen jedoch auch im Strafrecht insoweit Berücksichtigung finden, als sie den Maßstab der Zumutbarkeit festlegen. Eine allgemeine Überwachungs- und Nachforschungspflicht besteht nicht (§ 7 Abs. 2 S. 1 TMG).[72] Eine erhöhte Prüfungspflicht besteht dann, wenn der

[70] BGH, Urt. v. 19.04.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754, 2757; Schönke/Schröder/*Stree/Bosch,* Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 13 Rndr. 61 m.w.Nachw.

[71] Vgl. zur Unwirksamkeit dieser Techniken für die Erfüllung der Pflichten eines zivilrechtlich haftenden Störers bereits OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2010 – I-20 U 166/09 (Rapidshare I), MMR 2010, 483, 485; OLG Hamburg, Urt. v. 30.09.2009 – 5 U 111/08 (Rapidshare II), ZUM 2010, 440, 448. Wegen der Unwirksamkeit nimmt der EuGH einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Informationsfreiheit an, EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, Rndr. 43 – Netlog; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, Rndr. 53 – Scarlet Extended; a.A. *Rössel,* CR 2010, 476, 478.

[72] So auch ausdrücklich EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, Rndr. 38 – Netlog; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, Rndr. 40 – Scarlet Extended.

Diensteanbieter vom Rechteinhaber auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen worden ist.[73] Das OLG Düsseldorf hält die menschliche, gezielte Überprüfung von Inhalten, bei denen eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit für Rechtsverletzungen besteht, für praktisch schwer realisierbar und somit unzumutbar.[74] Demgegenüber erklärt das OLG Köln eine regelmäßige manuelle Kontrolle von einer genau bezeichneten Linksammlung mit besonders starker Nutzung des Sharehosting-Services «notfalls unter personeller Erweiterung» noch für zumutbar.[75] Hingegen sei die «regelmäßige Kontrolle einer dreistelligen Zahl von Link-Ressourcen im Internet» unzumutbar.[76] Weitergehende Prüfungspflichten sieht das OLG Hamburg. Anbieter von Sharehosting-Diensten seien aufgrund der Gefahrgeneigtheit zu Urheberrechtsverletzungen verpflichtet, umfassend Webseiten mit Sammlungen von Links zu auf ihren Servern gespeicherten Dateien zu überprüfen.[77] Dem Diensteanbieter sei es technisch möglich und zumutbar, Identifikationsmöglichkeiten der Nutzer vorzusehen. Dies könne entweder durch eine umfassende Registrierung der Nutzer

[73] OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2010 – I-20 U 166/09 (Rapidshare I), MMR 2010, 483, 484; OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.07.2010 – I-20 U 8/10 (Rapidshare II), ZUM-RD 2010, 599, 601; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.12.2010 – I-20 U 59/10 (Rapidshare III) (nicht rechtskräftig), ZUM 2010, 252, 254; OLG Köln, Urt. v. 21.09.2007 – 6 U 100/07, ZUM-RD 2007, 581, 584; OLG Köln, Urt. v. 21.09.2007 – 6 U 86/07, MMR 2007, 786, 788; OLG Hamburg, Urt. v. 30.09.2009 – 5 U 111/08 (Rapidshare II), ZUM 2010, 440, 452. Vgl. auch im Rahmen von markenrechtsverletzenden Veräußerungen über eine Internetplattform für Fremdversteigerungen: BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01 (Internetversteigerung I), BGHZ 158, 236, 251 f. = MMR 2004, 668, 671 f.

[74] OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2010 – I-20 U 166/09 (Rapidshare I), MMR 2010, 483, 485; bestätigt in OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.12.2010 – I-20 U 59/10 (Rapidshare III) (nicht rechtskräftig), ZUM 2010, 252, 254 f.; kritisch dazu *Nordemann,* ZUM 2010, 604, 605; *Rössel,* CR 2010, 476, 478.

[75] OLG Köln, Urt. v. 21.09.2007 – 6 U 100/07, ZUM-RD 2007, 581, 584; OLG Köln, Urt. v. 21.09.2007 – 6 U 86/07, MMR 2007, 786, 788.

[76] OLG Köln, Urt. v. 21.09.2007 – 6 U 100/07, ZUM-RD 2007, 581, 584; OLG Köln, Urt. v. 21.09.2007 – 6 U 86/07, MMR 2007, 786, 788.

[77] OLG Hamburg, Urt. v. 14.03.2012 – 6 U 87/09 (Rapidshare III): An die Stelle einer «Verhinderungspflicht» trete eine «Beseitigungspflicht». Anders noch OLG Hamburg, Urt. v. 30.09.2009 – 5 U 111/08 (Rapidshare II), ZUM 2010, 440, 448 und OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2008 – 5 U 73/07 (Rapidshare), NJOZ 2008, 4927, 4950 f. Die Abweichung von der vorherigen Rechtsprechung liegt in der nunmehr bestehenden Anknüpfung der Urheberrechtsverletzung (erst) an die Weitergabe der Download-Links begründet.

oder durch eine Beschränkung des Angebots auf Nutzer mit statischer IP-Adresse ohne Zwischenschaltung eines Proxyservers erfolgen.[78] Zwar ist die Bewertung der Zumutbarkeit aufgrund des technisch Möglichen vorzunehmen. Dabei geht das OLG Hamburg jedoch von einem unzutreffenden Verständnis von den zur Verfügung stehenden Identifikationsmöglichkeiten aus. Die Pflicht zur Verwendung statischer IP-Adressen ist nicht zielführend, da die Mehrzahl der Internetnutzer keine Möglichkeit hierzu hat. Überdies kann ein Diensteanbieter nicht erkennen, welcher Art die IP-Adresse eines Nutzers ist. Sofern Nutzer tatsächlich über eine Standleitung ins Internet verfügen und damit eine statische IP-Adresse einrichten können (insbes. Unternehmen), integrieren sie in aller Regel bereits aus Sicherheitsgründen einen Proxyserver in die Infrastruktur der Kommunikationsverbindung.[79] Die Beschränkung eines Sharehosting-Dienstes auf den von dem OLG Hamburg angesprochenen Fall eines Nutzers mit statischer IP-Adresse ohne Zwischenschaltung eines Proxyservers ist damit nicht nur technisch praxisfern, sondern entspricht auch nicht dem mit den Haftungsprivilegierungen verfolgten Zweck einer Stärkung des Binnenmarktes durch die uneingeschränkte Nutzung von Diensten der Informationsgesellschaft.[80] Erst recht gilt dies für das Erfordernis einer umfassenden Registrierung der Nutzer. Hierdurch soll die anonyme Verwendung von Sharehosting-Diensten ausgeschlossen werden. Allerdings kann die Anonymität der Kommunikation selbst Teil der Meinungsfreiheit sein, deren Bedeutung die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ausdrücklich hervorhebt.[81] Ferner hat der Europäi-

[78] OLG Hamburg, Urt. v. 30.09.2009 – 5 U 111/08 (Rapidshare II), ZUM 2010, 440, 449; OLG Hamburg, Urt. v. 02.07.2008 – 5 U 73/07 (Rapidshare), NJOZ 2008, 4927, 4961; zurückhaltender jetzt aber OLG Hamburg, Urt. v. 14.03.2012 – 5 U 87/09 (Rapidshare III): Registrierungspflicht, soweit nachträgliche Überprüfungsmaßnahmen nicht durchführbar oder nicht hinreichend effizient sind. Eine Identifikation rechtsverletzender Nutzer verlangt auch *Nordemann,* ZUM 2010, 604, 605.

[79] *Schneider,* MMR 2004, 18, 19.

[80] Vgl. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2000/31/EG.

[81] Vgl. Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2000/31/EG.

sche Gerichtshof die Einrichtung eines Filtersystems, das Nutzerprofile zum Gegenstand hat, für unverhältnismäßig erklärt.[82]

Inzwischen hat sich auch der BGH in Sachen Rapidshare geäußert; die Urteilsgründe dazu liegen allerdings noch nicht vor.[83] Der BGH bekräftigt im Kern die Überlegungen des OLG Düsseldorf. Er neigt jedoch im hier konkreteren Einzelfall dazu, die Prüfungspflichten des Sharehosters auszudehnen. So hätte der beklagte Hoster Wortfilter für den zusammenhängenden Begriff «Alone in the Dark» zur Überprüfung der bei ihr gespeicherten Dateinamen einsetzen können. Auch sei dem Diensteanbieter hier zuzumuten, eine überschaubare Anzahl einschlägiger Linksammlungen auf bestimmt bezeichnete Inhalte zu überprüfen. Was das heißt, wird das OLG Düsseldorf klären müssen, an das der BGH den Fall zurückverwiesen hat.

Zwischenergebnis:

Die Tätigkeit eines Sharehosters und seiner Mitarbeiter wird von der Haftungsprivilegierung des § 10 S. 1 TMG erfasst. Sofern diese keine Kenntnis von konkreten Urheberrechtsverletzungen hatten, schließt § 10 S. 1 Nr. 1 TMG eine Strafbarkeit aus. Sollten sie Kenntnis über derartige Rechtsverletzungen erlangt haben (etwa durch Aufforderungen der Rechteinhaber), kommt eine Strafbarkeit nur bei nicht unverzüglicher Entfernung oder Sperrung der Informationen in Betracht. Die geforderte Entfernung und Sperrung umfasst jedoch nicht die Verhinderung zukünftiger Urheberrechtsverletzungen.

V. Verbotsirrtum, § 17 StGB

Wenn die Voraussetzungen einer unerlaubten Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke nach § 106 Abs. 1 UrhG – trotz der

[82] EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, Rndr. 49 – Netlog; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, Rndr. 51 – Scarlet Extended.

[83] Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11 – Alone in the Dark.

geäußerten Bedenken – angenommen werden, könnte die erforderliche Schuld des einzelnen Mitarbeiters dennoch fehlen. Dazu müsste dieser sich bei Begehung der Tat in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB befunden haben. Hier könnten der Diensteanbieter bzw. seine Mitarbeiter das Betreiben des Sharehosting-Dienstes für nicht tatbestandsmäßig gehalten haben (direkter Verbotsirrtum[84]). Ein Irrtum wäre unvermeidbar, wenn der Diensteanbieter bzw. seine Mitarbeiter nach den individuellen Fähigkeiten auch bei Einsatz aller Erkenntniskräfte und Wertvorstellungen nicht zur Unrechtseinsicht hätten kommen können.[85] Dabei trifft den Täter und Teilnehmer eine Pflicht zur Einholung von Rechtsrat.

Vorliegend könnte der Irrtum über die Tatbestandsmäßigkeit des Betriebes eines Sharehosting-Dienstes unvermeidbar gewesen sein, da die Rechtsprechung hierzu widersprüchlich ist. Während das OLG Hamburg den Betrieb eines anonymen Sharehosters, bei dessen Benutzung Urheberrechtsverletzungen begangen werden, als rechtswidrig erachtet und eine Haftung des Dienstebetreibers erkennt,[86] verneint das OLG Düsseldorf in derselben Situation eine Haftung.[87] Die Haftungsprivilegierung ist als rechtsgebietsübergreifende Querschnittsmaterie normiert, sodass ihre Anwendung für verschiedene Rechtsgebiete einheitlich erfolgt. Ein unzureichender Einsatz aller Erkenntniskräfte und Wertvorstellungen kann nicht angenommen werden, wenn zum Tatzeitpunkt eine widersprüchliche Rechtsprechung gleichrangiger Gerichte zur Unrechtsfrage vorlag und dem Beteiligten nicht zumutbar ist, die möglicherweise verbo-

[84] *Joecks,* in: Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, § 17 Rdnr. 28.

[85] BGH, Urt. v. 23.04.1953 – 3 StR 219/52, BGHSt 4, 236, 243; dazu Schönke/Schroeder/*Sternberg-Lieben,* Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 17 Rndr. 13 ff. m.w.Nachw.

[86] OLG Hamburg, Urt. v. 30.09.2009 – 5 U 111/08 (Rapidshare II), ZUM 2010, 440, 448.

[87] OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2010, I-20 U 166/09 (Rapidshare I), MMR 2010, 483, 484.

tene Handlung so lange zu unterlassen, bis die Frage ihrer Verbotenheit endgültig geklärt ist.[88]

Ergebnis:

1. Deutsches Strafrecht findet auf einen Sharehosting-Dienst mit Speicherkapazitäten im Ausland nur Anwendung, soweit eine Vervielfältigung in Deutschland erfolgte oder der Zugriff auf Werke von einem in Deutschland physisch anwesenden Handelnden eröffnet wurde. Bei einer Hilfeleistung zur Urheberrechtsverletzung Dritter ist das deutsche Strafrecht anwendbar, wenn entweder der Hilfeleistende in Deutschland anwesend war oder die Urheberrechtsverletzung des Dritten in Deutschland erfolgte.
2. Allein die passive Zurverfügungstellung eines Sharehosting-Dienstes begründet keine Strafbarkeit gem. § 106 Abs. 1 UrhG bzw. § 106 Abs. 1 UrhG, § 27 Abs. 1 StGB. Indem einzelne Mitarbeiter urheberrechtlich geschützte Werke unerlaubt verwertet haben, erfüllen sie selbst als Täter den Tatbestand des § 106 Abs. 1 UrhG. Sofern einzelne Mitarbeiter im Bewusstsein konkreter Urheberrechtsverletzungen durch Nutzer die Dateien weiterhin verfügbar hielten, liegen die Voraussetzungen des Tatbestandes einer strafbaren Beihilfe nach § 106 Abs. 1 UrhG, § 27 Abs. 1 StGB vor.
3. Mitarbeiter eines Sharehosters werden von der Haftungsprivilegierung gem. § 10 S. 1 TMG erfasst. Solange keine Kenntnis von konkreten Urheberrechtsverletzungen bestanden hat, schließt § 10 S. 1 TMG eine strafrechtliche Haftung aus. Sollten Mitarbeiter über den Umfang der von § 10 S. 1 Nr. 2 TMG geforderten Maßnahmen geirrt haben, kommt ein den Vorsatz aus-

[88] OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.11.2007 – 2 Ss 597/07, NJW 2008, 243, 245; Schönke/Schroeder/*Sternberg-Lieben,* Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 17 Rndr. 21; Kindhäuser/*Neumann*/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, § 17 Rndr. 72; zurückhaltend *Joecks,* in: Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, § 17 Rdnr. 51: Frage der Zumutbarkeit im Einzelfall.

schließender Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in Betracht.

4. Bei Annahme einer Strafbarkeit allein aufgrund des Betriebes eines Sharehosting-Dienstes könnten Mitarbeiter, die nicht an konkreten Urheberrechtsverletzungen beteiligt waren, aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums gem. § 17 S. 1 StGB ohne die für eine Strafbarkeit erforderliche Schuld gehandelt haben. Die an eine Unvermeidbarkeit gestellten strengen Anforderungen könnten aufgrund einer widersprüchlichen Rechtsprechung vorliegen.
5. Eine Strafbarkeit eines Mitarbeiters besteht nur, wenn er mit dem Vorsatz der Förderung konkreter Urheberrechtsverletzungen Hilfe zur Bereitstellung von Speicherkapazitäten geleistet hat, auch nach Kenntniserlangung der rechtsverletzenden Informationen diese weder entfernte noch den Zugang zu ihnen sperrte, obwohl ihm dies technisch möglich und zumutbar war und er auch nicht über die Grenzen der Zumutbarkeit oder das Verbot seiner Tätigkeit unvermeidbar irrte.