Haftung und Überwachungspflicht der Suchmaschinenbetreiber und Hyperlinksetzer nach dem Entwurf zum ö. E-Commerce-Gesetz[1] (ECG)

Roman KELTNER[2]

[1] Entwurf zum österreichischen E-Commerce-Gesetz, zitiert 25.08.2001, URL: http://www.justiz.gv.at/gesetzes/download/ecommerce.pdf

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis **2**

1 HYPERLINKHAFTUNG GEMÄß § 18 ECG **3**

1.1 Anmerkungen zum Anwendungsbereich **3**

1.1.1 Anmerkungen zu § 18 (1) Z1 ECG 5

1.1.1.1 Begriff der *„tatsächlichen Kenntnis“* 6

1.1.1.2 Begriff der *„fahrlässigen Unkenntnis“* 6

1.1.2 Zur Lage in Deutschland (§ 5 TDG) bezüglich Kenntnis und Zumutbarkeit 7

1.1.3 Anmerkungen zu § 18 (1) Z2 ECG 9

1.1.4 Anmerkungen zu § 18 (2) ECG 10

1.1.5 Anwendbarkeit des beweglichen Systems 11

1.1.6 Grenzen der Haftungsfreistellung gemäß § 20 (1) ECG 11

2 ÜBERWACHUNGSPFLICHT FÜR HYPERLINKSETZER (SUCHMASCHINENBETREIBER) **12**

2.1 Überwachungspflicht gemäß § 19 ECG **12**

3 VERANTWORTLICHKEIT VON SUCHMASCHINENBETREIBERN GEMÄß § 17 ECG **13**

3.1 Unterschied zwischen den §§ 17 und 18 ECG **15**

[2] Kontakt: keltner@it-law.at

1 Hyperlinkhaftung gemäß § 18 ECG

§ 18. *(1) Ein Diensteanbieter, der mittels eines elektronischen Verweises (Hyperlink) einen Zugang zu Informationen eines Nutzers eröffnet, ist für diese Informationen nicht verantwortlich, sofern*

1. er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder

2. sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt hat, unverzüglich tätig wird, um den elektronischen Verweis zu entfernen.

(2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

1.1 Anmerkungen zum Anwendungsbereich

Hier drängt sich gleich zu Beginn die Frage auf, warum Verweise auf Informationen anderer Diensteanbieter (scheinbar) nicht geregelt sind. Wieso regelt der Entwurf nur Verweise von Diensteanbietern auf Informationen von „Nutzern".

Vielleicht kam es zu dieser unpassenden Begrifflichkeit, da man das Setzen eines Hyperlinks selbst als Dienst ansah, und man somit annahm, dass der Verwiesene als „Nutzer" diesen Dienst in Anspruch nimmt. Doch auch bei dieser (verfehlten) Ansicht, wäre nicht der Verwiesene, sondern vielmehr der Benützer des Hyperlinks selbst als „Nutzer" anzusehen.

Oder soll es hier vielleicht nur um das Verhältnis verweisende Website (=Diensteanbieter) und verwiesene Website (=Nutzer) gehen. Dies wäre aber sehr verwirrend, da ja der Betreiber der verwiesenen Website auch ein Diensteanbieter ist. Somit wäre der Verwiesene also ein normaler Diensteanbieter, jedoch im Zusammenhang mit § 18 im Verhältnis zum Verweisenden nur ein "Nutzer".

Dieses Verhältnis mag zwar in § 17 zutreffen (siehe unten), da hier der Benützer einer Suchmaschine stets als "Nutzer" anzusehen ist, und derjenige, der die Suchmaschine in seine Website integriert, diese nicht "bereitstellt", sondern nur auf sie verweist, und somit gem. § 18 haftet. Genau dieser Fall veranschaulicht jedoch das Problem, da hier ein Diensteanbieter auf die

Suchmaschine eines anderen Diensteanbieters verweist, und dieser – sehr häufige – Fall vom Wortlaut her scheinbar nicht erfasst sein soll.

Dieser Fall ist nämlich nur geregelt, wenn man den Betreiber der Suchmaschine unter den Begriff des "Nutzers" subsumiert, was aber per definitionem auf den ersten Blick ausgeschlossen scheint, da der Suchmaschinenbetreiber nicht den "Dienst" des Websitebetreibers in Anspruch nimmt, sondern eher umgekehrt.

Die Auslegung, dass der Websitebetreiber als "Nutzer" (da er ja auch Informationen zugänglich macht) und der Suchmaschinenbetreiber als "Diensteanbieter" anzusehen ist, wäre noch eher nachvollziehbar, scheint aber genauso durch die Definitionen des § 18 iVm § 3 ECG ausgeschlossen.

Das subsumieren des Website- bzw. Suchmaschinenbetreibers unter den Begriff des „Nutzers" scheint jedoch – wie oben bereits angedeutet - nur auf den ersten (oberflächlichen) Blick ausgeschlossen. Denn folgende Auslegung ergibt - bei näherer Betrachtung - doch den gewünschten Anwendungsbereich:

Man zwängt den „*Diensteanbieter*" unter den Begriff des „*Nutzers*", indem man argumentiert, dass z.B. ein Websitebetreiber selbst „*einen Dienst der Informationsgesellschaft*" – wie z.B. das Host-Providing – „*in Anspruch nimmt*" um seine Informationen zu speichern, und diese gleichzeitig „*zugänglich zu machen*". Diese Auslegung würde sich dann nämlich mit dem Wortlaut des § 3 Z 4 ECG decken, und somit zur Anwendung dieser Regelung auf alle (entgeltlichen wie unentgeltlichen) Websitebetreiber führen. Man könnte diese Auslegung damit verifizieren, dass es wohl kaum einen Websitebetreiber als „*Diensteanbieter*" geben wird, welcher nicht zugleich „*Nutzer*" iSd ECG ist. Somit wäre diese Auslegung also mit der ECG-internen Begrifflichkeit vereinbar. Ist dies jedoch wirklich der Hintergrund für diese Wortwahl, stellt sich mir die Frage, wieso nicht nur vom „Nutzer" in § 18 ECG die Rede ist.

Außerdem ist zu erwähnen, dass § 18 ECG nur durch die Bestimmung des § 20 (2) ECG auf private Websites anzuwenden ist, da ansonsten (fälschlicherweise[3]) laut Entwurf auf den ökonomischen Hintergrund des Websiteanbieters abzustellen wäre. Erst dadurch gilt also der Anbieter einer privaten Website auch als Diensteanbieter iSd § 18 ECG.

[3] Meiner Ansicht nach ist nicht darauf abzustellen, ob der Diensteanbieter idR gegen Entgelt anbietet, sonder ob der Dienst der Informationsgesellschaft (z.B. das Bereitstellen eines Suchdienstes) idR gegen Entgelt angeboten wird.

Somit ist erst recht fragwürdig, wieso man bei dieser Bestimmung Verweise auf Informationen von Nutzern regelt, und nicht stattdessen auf Informationen von anderen Diensteanbietern abstellt, da so – in Zusammenhang mit § 20 (2) ECG – der größtmögliche (sinnvolle) Anwendungsbereich erreicht würde. Meiner Ansicht nach wäre diese Wortwahl verständlicher und nachvollziehbarer, auch wenn man durch Auslegung des momentanen Wortlautes (also mit dem Begriff des „Nutzers") – über Umwege – zum selben Ergebnis kommt. Denn so muss man (unnötigerweise) durch komplizierte Auslegung, sowohl den Begriff des „Diensteanbieters" (§3 Z 1 iVm Z 2 iVm § 20 (2)), als auch den Begriff des „Nutzers" (§ 3 Z 1 iVm Z 4) ermitteln, um überhaupt den Anwendungsbereich des § 18 ECG herauszufinden.

Dabei stellt sich aber grundsätzlich die Frage, wieso überhaupt auf die Herkunft der Informationen (hier des Nutzers) abgestellt wird, da es doch nur um die Haftung des Verweisenden geht. Diesbezüglich kann doch egal sein, ob die Information von einem "Nutzer", "Verbraucher" oder "Diensteanbieter" iSd ECG stammt. Auf diese Unterscheidung wird auch in keiner Weise Bezug genommen – d.h. es werden an diese (sinnlose) Unterscheidung keinerlei Rechtsfolgen geknüpft, außer, dass (unbegründet) der Anwendungsbereich dieser Regelung – bei entsprechender Auslegung - eingeschränkt würde.

Viel einfacher und sinnvoller wäre es, würde die Norm einfach nur lauten: **"Ein (Dienste-) Anbieter[4], der mittels eines elektronischen Verweises (Hyperlink) einen Zugang zu fremden Informationen eröffnet..."**

Im übrigen ist im besonderen Teil des Entwurfes[5] zu § 18 ECG statt von "Diensteanbieter" und "Nutzer" – schlicht – vom Anbieter die Rede. Dieser Begriff wäre auch im Gesetz wünschenswert. Es ist etwas traurig, wenn man bedenkt, dass die in den Erläuterungen eines Gesetzes verwendeten Begriffe durchdachter und verständlicher sind, als jene im Gesetzestext selbst. Dazu müsste der Begriff des „Anbieters" nur - wie in § 20 (2) ECG – als jemand definiert werden, „*...**der unentgeltlich elektronische Dienste bereitstellt**.*"

1.1.1 Anmerkungen zu § 18 (1) Z1 ECG

Das Haftungsprivileg des Entwurfes umfasst zwei Fälle:

[4] Siehe § 20 (2) des Entwurfes zum ECG.
[5] Siehe S 74 f des Entwurfes zum ECG.

Der Hyperlinksetzer ist zum einen **(verwaltungs-)strafrechtlich**[6] nicht verantwortlich, wenn er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information *„keine tatsächliche Kenntnis"* hat.

Zum anderen ist der Hyperlinksetzer von **Schadenersatzansprüchen** freigestellt, wenn ihm auch keine Tatsachen oder Umstände, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, *bewusst* sind. Dies könnte man auch – vereinfachend - als „fahrlässige Unkenntnis" bzw. *„Kennenmüssen"*[7] bezeichnen.

Somit haftet der Hyperlinksetzer unter zwei verschiedenen Voraussetzungen, je nachdem, ob es sich um (verwaltungs-)strafrechtliche Tatbestände handelt (dann „Kenntnis" erforderlich), oder um Ansprüche nach dem Schadenersatzrecht (dann reicht bereits „fahrlässige Unkenntnis").

1.1.1.1 Begriff der *„tatsächlichen Kenntnis"*

Der Begriff "tatsächliche Kenntnis" soll nach den Ausführungen im Entwurf[8] *„eng auszulegen"* sein. Es soll scheinbar darauf ankommen, *„dass eine solche tatsächliche Kenntnis nur dann gegeben ist, wenn der Hyperlinksetzer Gewissheit über die rechtswidrigen Tätigkeiten oder Informationen hat."*

"Tatsächlichen Kenntnis" soll in etwa *„dem Begriff der "Wissentlichkeit" im Sinn des § 5 Abs. 3 StGB entsprechen"*.

Daraus kann geschlossen werden, dass sich die Kenntnis auf die Rechtswidrigkeit der Tätigkeiten oder Informationen selbst beziehen muss, womit dem Rechtsirrtum in diesem Bereich enorme Bedeutung zukommen wird. Denn bei dieser Auslegung muss der Hyperlinksetzer nicht bloß „tatsächliche Kenntnis" von den (rechtswidrigen) Tätigkeiten oder Informationen – unabhängig von seiner eigenen rechtlichen Beurteilung – haben, sondern muss auch die Rechtswidrigkeit dieser Tätigkeiten oder Informationen selbst „tatsächlich" erkennen.

1.1.1.2 Begriff der *„fahrlässigen Unkenntnis"*

Im Gegensatz[9] zur „tatsächlichen Kenntnis", soll hier offenbar der Vergleich mit einer Maßfigur zur Bestimmung dieses Begriffes dienen:

---

[6] Dies ergibt sich z.B. aus S 65 des Entwurfes zum ECG und der Intention der E-Commerce-RL.
[7] Auch im Entwurf zum ECG (siehe z.B. S 72) wird dieser Begriff synonym verwendet.
[8] Entwurf zum österreichischen E-Commerce-Gesetz, 72, zitiert 25.08.2001, URL: http://www.justiz.gv.at/gesetzes/download/ecommerce.pdf
[9] Obwohl auch dbzgl. die Ausführungen im besonderen Teil des Entwurfes zum ECG (siehe S 71 f) etwas verwirrend sind, da man einleitend scheinbar eine Maßfigur zur Bestimmung beider Vorraussetzungen (Kenntnis und fahrlässige Unkenntnis) heranziehen möchte. Dies würde sich meiner Ansicht nach jedoch nicht mit dem

„Verlangt ein Dritter ein Einschreiten des Hyperlinksetzers und die "unverzügliche" Entfernung des Hyperlinks, so wird der Hyperlinksetzer zur Entfernung verpflichtet sein, "wenn die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist" (vgl. OGH 19.3.2000 MR 2000, 328 mit Anm. Pilz), wenn die Rechtswidrigkeit für den Hyperlinksetzer wie für jedermann "leicht erkennbar" ist (vgl. § 9 Abs. 2 StGB)".[10]

1.1.2 Zur Lage in Deutschland (§ 5 TDG) bezüglich Kenntnis und Zumutbarkeit

Der Vergleich mit dem deutschen Teledienstegesetz (TDG) erweckt auf den ersten Blick den Anschein, dass der Österreichische Entwurf strenger[11] ist als die deutsche Regelung, da nach § 5 (2) TDG die fahrlässige Unkenntnis alleine - nach dem Wortlaut der Regelung - nicht zur Haftung für fremde Inhalte führt. Dort ist zumindest positive Kenntnis der Inhalte erforderlich. Diese Regelung bezieht sich in dieser Form auch unterschiedslos auf sämtliche Rechtsbereiche. D.h. auf dieser Stufe der Haftungsprüfung besteht kein Unterschied zwischen Straf- und Zivilrecht. Erst bei Prüfung des einschlägigen Tatbestandes – wenn also eine prinzipielle Verantwortlichkeit gemäß § 5 TDG bejaht wurde – kommen die unterschiedlichen Zurechnungsregelungen der verschiedenen Rechtsgebiete zur Anwendung.

Jedoch ist man dort der – im Vergleich mit dem österreichischen Entwurf strengeren - Ansicht, dass es bei § 5 (2) TDG nur um die rein tatsächlich-konkrete Kenntnis von der Art und Weise der inhaltlichen Gestaltung der gelinkten Seite geht und das tatsächliche Erkennen der Rechtswidrigkeit für die Haftung keine Voraussetzung ist, womit man dann doch – auf anderem Wege – bei einer Fahrlässigkeitshaftung[12] angelangt ist.[13] In Österreich ist dies nur bezüglich der Schadenersatzansprüche so geregelt, während man für die (verwaltungs-) strafrechtliche Verantwortlichkeit sehr wohl – wie oben bereits ausgeführt - die tatsächliche Kenntnis des Hyperlinksetzers von der Rechtswidrigkeit des verwiesenen Inhaltes fordert. Dies führt zu dem Ergebnis, dass in Hinblick auf die (verwaltungs-) strafrechtliche Verantwortlichkeit der österreichische Entwurf milder ist als die deutsche Regelung, während er bezüglich der schadenersatzrechtlichen Ansprüche dieser doch sehr ähnlich ist.

Begriff „tatsächliche Kenntnis" – geschweige denn mit dessen Sinn und Zweck – vereinbaren lassen.

[10] Entwurf zum österreichischen E-Commerce-Gesetz, 71 f, zitiert 25.08.2001, URL: http://www.justiz.gv.at/gesetzes/download/ecommerce.pdf

[11] Der ö Entwurf ist ähnlich wie die amerikanische Regelung nach Sec. 512 (d) (1) DMCA, wo man für Hyperlinks auf urheberrechtsverletzendes Material nur dann haftet, wenn man die Rechtswidrigkeit des Materials positiv kennt oder man sich der Kenntnis der Rechtswidrigkeit, obwohl diese nach den Umständen offensichtlich ist, verschließt.

[12] Man könnte es in diesem Zusammenhang auch als „Rechtsunwissenheitshaftung" bezeichnen.

[13] Bettinger/Freytag, zitiert 27.08.2001, URL: http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/matintrecht/Linkverantw.htm

Weiters ist in Deutschland Haftungsvoraussetzung, dass es dem Anbieter, der den Hyperlink unterhält, technisch möglich und zumutbar ist, die Nutzung des ihm bekannten, von ihm verwiesenen fremden Inhalts über seinen Hyperlink zu verhindern. Dabei ist zunächst festzustellen, ob die Verhinderung überhaupt, und wenn ja, mit welchem Aufwand sie möglich ist. Sodann ist in einer nach der jeweiligen Rolle des Hyperlinksetzers im Netz typisierten, umfassenden Interessenabwägung festzustellen, ob ihm unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen des Verletzten, seiner eigenen schutzwürdigen Interessen sowie etwa betroffener Interessen der Allgemeinheit und unter Würdigung der Rettungschancen für das verletzte Rechtsgut dieser Aufwand zumutbar ist.[14]

Der auf Seiten des Hyperlinksetzers zu berücksichtigende Aufwand muss dabei auch und gerade den Aufwand berücksichtigen, den er treiben muss, um - Kenntnis von den fremden Inhalten vorausgesetzt - festzustellen, ob diese rechtswidrig oder aber rechtlich unbedenklich sind.[15]

Es wäre nämlich nicht gerechtfertigt, nur auf den rein tatsächlichen Aufwand abzustellen, da in vielen Fällen, so auch im Falle der Linkproblematik, die eigentliche technische Nutzungsverhinderung kein Problem ist, sofern der Anbieter erst einmal die Rechtswidrigkeit eines Inhalts erkannt hat. Hierfür sind aber regelmäßig - für den Laien nicht durchführbare - rechtliche Würdigungen erforderlich, was die Hinzuziehung speziell geschulten Personals oder die Mandatierung von Rechtsanwälten erfordern wird. Darin liegt oft der Schwerpunkt der Belastung des Anbieters, der ihm eine Nutzungsverhinderung und damit im Ergebnis die Haftung unzumutbar machen kann.[16]

Die Zumutbarkeit der Entfernung bezieht sich also in Deutschland auch auf die Prüfungspflicht der fremden Inhalte, d.h. eine Haftung muss ausscheiden, wenn die Rechtsverletzung für den Hyperlinksetzer nicht offensichtlich ist.

Somit kann festgehalten werden, dass auf den ersten Blick ein großer Unterschied der beiden Regelungen vorliegt, welcher sich jedoch bei näherer Betrachtung hauptsächlich auf das (Verwaltungs-) Strafrecht bezieht.

---

[14] Bettinger/Freytag, zitiert 27.08.2001, URL: http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/matintrecht/Linkverantw.htm
[15] Bettinger/Freytag, zitiert 27.08.2001, URL: http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/matintrecht/Linkverantw.htm
[16] Bettinger/Freytag, zitiert 27.08.2001, URL: http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/matintrecht/Linkverantw.htm

1.1.3 Anmerkungen zu § 18 (1) Z2 ECG

Schließlich soll sich der Hyperlinksetzer auf die Beschränkung seiner straf- und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit nur berufen könne, wenn er den elektronischen Verweis, unverzüglich nach Erlangung der tatsächlichen Kenntnis bzw. des entsprechenden Bewusstseins einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information, **entfernt hat**.

Eine ähnliche Regelung hat sich schon im amerikanischen Recht (DMCA[17]) bewährt, und wurde offensichtlich[18] auch als Vorbild für diese Regelung herangezogen:

Gemäß § 512 (d) (3) DMCA kann der Setzer eines Hyperlinks nur dann in den Genuss des Haftungsprivilegs kommen, wenn er sofort nachdem er von der Urheberrechtsverletzung in Kenntnis gesetzt ("notification") wurde, den Link entfernt. Diese Obliegenheit trifft ihn aber nur, wenn diese "notification" den formalen und inhaltlichen Anforderungen der Sec. 512 (c) (3) genügt.

Sinn und Zweck dieses "notice and take down" Verfahrens ist es, einerseits dem verletzten Urheber ein schnell greifendes Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, um die Nutzung des urheberrechtsverletzenden Materials in den globalen Netzen zu verhindern. Andererseits zu vermeiden, dass die Anbieter von sog. „*Information Location Tools*“ [19] durch nicht oder nur lückenhaft belegte oder sogar wissentlich falsche Behauptung begangener Urheberrechtsverletzungen zur Entfernung der entsprechenden Hyperlinks veranlasst werden, und dadurch sowohl Urheber als auch Provider und Nutzer Schaden leiden.[20] Diese Grundsätze werden meiner Ansicht nach auch bei der Anwendung des § 18 (1) Z2 ECG zu berücksichtigen sein.

Wichtig wird vor allem auch die Frage sein, wie schnell der Hyperlinksetzer auf entsprechende Hinweise bzw. Abmahnungen reagieren muss, damit die vorgesehene Privilegierung erhalten bleibt:

„Nach Zugang der Abmahnung hat die Privilegierung durch § 5 Abs. 2 TDG noch eine kurze Zeit angedauert. Denn das in den Anwendungsbereich von § 5 Abs. 1 TDG führende positive

---

[17] **D**igital **M**illennium **C**opyright **A**ct of 1998
[18] Vgl. S 72 f des Entwurfes zum ECG.
[19] Suchmaschinen, Webverzeichnisse usw.
[20] Siehe hierzu Sec. 512 (e)(1) DMCA, die eine Schadensersatzhaftung für "misrepresentations" vorsieht, wenn bei der "notification" bewusst fälschlich eine Rechtsverletzung behauptet wurde. Diese umfasst insbesondere eigene Aufwendungen des angeblichen Verletzers oder des "service providers" ("costs") sowie deren Anwaltskosten ("attorneys' fees").

Wissen um die (mögliche) Rechtsverletzung war erst nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums zur erforderlichen unverzüglichen Prüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sowie zur technischen Löschung des Hyperlinks und damit zur Beseitigung der zum gerügten Rechtsverstoß führenden programmtechnischen Verknüpfung gegeben.“ [21]

Ähnliche Überlegungen werden auch bei der Auslegung des Begriffes „unverzüglich“ iSd § 18 (1) Z2 ECG maßgeblich sein.

1.1.4 Anmerkungen zu § 18 (2) ECG

§ 18 Abs. 2 des Entwurfs regelt, dass sich Hyperlinksetzer auf die vorgeschlagene Freistellung von der Verantwortlichkeit nicht berufen können, wenn die fremden Inhalte von Anbietern stammen, die ihnen unterstehen oder von ihnen beaufsichtigt werden.

“*Unterstehen*” oder “*beaufsichtigt*” sind also die Schlüsselwörter, die die Besserstellung aufheben. Dabei stellt sich die Frage, was darunter genau zu verstehen ist. Muss es sich um ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis handeln, oder reicht die faktische Einflussmöglichkeit auf den Dritten aus. Unklar ist auch, ob sich die Einflussmöglichkeit auf die Änderung bzw. Löschung der rechtswidrigen Inhalte, oder deren erfolgte Erstellung/Gestaltung beziehen muss. Dazu finden sich leider keine Anhaltspunkte im gesamten Entwurf. Vorbild für diese Vorschrift war § 16 (2) ECG. Doch auch dort finden sich keinerlei weiterführende Hinweise. Es könnte nämlich sein, dass die Theorien über das zu Eigen machen fremder Inhalte (Mitgestaltungsmöglichkeit, wirtschaftlicher Vorteil, Einflussmöglichkeit etc.) teilweise den selben Hintergrund haben, was nur logisch und konsequent wäre. Sind nämlich diese Voraussetzungen erfüllt, so handelt es sich eben nicht um fremde Inhalte, und § 18 wäre nicht mehr anwendbar.

Erwähnenswert ist außerdem, dass die vorgesehene Beweislastverteilung[22] für den Diensteanbieter in diesem Zusammenhang problematisch werden könnte, da er laut Entwurf ja das “Nichtvorliegen einer Verbindung” beweisen muss. Dies kann sich u.U. als enormer Nachteil herausstellen, da es den Anbieter häufig in einen Beweisnotstand bringen könnte.

[21] OLG Braunschweig 19.07.01, 2U 141/00, zitiert 08.09.2001, URL: http://www.afs-rechtsanwaelte.de/urteile90.htm
[22] Siehe S 67 f des Entwurfes zum ECG.

1.1.5 Anwendbarkeit des beweglichen Systems

Fraglich ist allgemein bei diesem Entwurf, auf welcher Ebene man ein zu Eigen machen fremder Inhalte prüft. Findet es bereits bei der Prüfung des § 18 ECG Berücksichtigung, oder wird es erst dann zur Beurteilung der einschlägigen Tatbestände (z.B. § 207a StGB) herangezogen. Konsequenterweise müsste man die Prüfung zuerst vornehmen, da – wenn man zu einem zu Eigen machen kommt - § 18 ECG meines Erachtens nicht zur Anwendung kommen soll:

"Der vorgeschlagene § 18 des Entwurfs soll für Anbieter gelten, die mittels eines ***Hyperlinks*** *den Zugang zu* ***fremden Inhalten*** *eröffnen. Keine Anwendung soll die Regelung auf den Fall finden, dass der Anbieter auf von ihm stammende Informationen und Inhalte verweist."* [23]

Dabei ist jedoch zu hinterfragen, ob "von ihm stammende Informationen" auch zu Eigen gemachte sein können oder nicht. Auch in diesem Zusammenhang ist zu kritisieren, dass dieses so wichtige Zurechnungskriterium beim Entwurf derart vernachlässigt wurde.[24]

Laut Erläuterungen zum Entwurf soll der bloße Hinweis auf einen fremden Urheber der Informationen allein noch nicht ausreichen. Der Haftungsausschluss soll *"vielmehr nur dann zum Tragen kommen, wenn sich der Anbieter die fremden Inhalte* ***nicht zu eigen macht."*** [25]

Ist man also (richtigerweise) der Ansicht, dass zu Eigen gemachte Inhalte eben auch "von ihm stammende Informationen" sein können, dann würde – wie oben bereits ausgeführt - § 18 ECG gar nicht zur Anwendung kommen. Somit käme es auch nicht zur speziellen Haftungsprivilegierung dieser Regelung. Damit wird deutlich wie wichtig diese Frage für den Setzer eines Hyperlinks letztendlich sein kann.

1.1.6 Grenzen der Haftungsfreistellung gemäß § 20 (1) ECG

§ 20. *(1) Die §§ 14 bis 19 lassen gesetzliche Vorschriften, nach denen ein Gericht oder eine Behörde dem Diensteanbieter die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung auftragen kann, unberührt.*

Die oben angesprochene Haftungsfreistellung des Hyperlinksetzers betrifft wiederum nicht diejenigen Fälle, in denen ein zuständiges Gericht oder eine zuständige Behörde dem Anbieter,

---

[23] Entwurf zum österreichischen E-Commerce-Gesetz, 75, zitiert 25.08.2001, URL: http://www.justiz.gv.at/gesetzes/download/ecommerce.pdf
[24] Siehe auch die Kritik Zankls (Zankl, Ecolex 2001, 354) zu diesem Punkt im TDG.
[25] Entwurf zum österreichischen E-Commerce-Gesetz, 75, zitiert 25.08.2001, URL: http://www.justiz.gv.at/gesetzes/download/ecommerce.pdf

auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift, unter den dort erwähnten Voraussetzungen, die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung aufträgt. Ab diesem Zeitpunkt ist auch der Hyperlinksetzer für die verwiesenen Inhalte haftbar.

Mit anderen Worten ist ab diesem Zeitpunkt nicht nur mit Ordnungsstrafen – falls man sich den Anordnungen nicht fügt – zu rechnen, sondern ist der Hyperlinksetzer auch (verwaltungs-)straf- und schadenersatzrechtlich voll verantwortlich.

Diese Konsequenz ist gemäß § 18 (1) Z2 ECG auch vollkommen logisch, da ab dem Zeitpunkt der gerichtlichen bzw. behördlichen Anordnung von einer Kenntnis der rechtswidrigen Inhalte im Sinne dieser Bestimmung auszugehen ist, obwohl es dieser „Konstruktion" - laut Erläuterungen zum Entwurf - gar nicht bedarf, da man ab erfolgter (verschuldensunabhängiger)[26] Anordnung, natürlich nicht auf die Kenntnis des Diensteanbieters abstellt:

„Dabei „kann es nicht darauf ankommen, ob der Diensteanbieter von der von ihm vermittelten Tätigkeit oder Information tatsächliche Kenntnis hat oder diese kennen muss."

Für die verschuldensabhängigen Rechtsfolgen (z.B. Schadenersatz, usw.) wird wohl – wie vorhin erläutert – auf § 18 (1) Z2 ECG abzustellen sein.

2 Überwachungspflicht für Hyperlinksetzer (Suchmaschinenbetreiber)

"Eine ständige Überprüfung der Seiten, auf die Hyperlinks gesetzt wurden, auf einen rechtswidrigen Inhalt ist aufgrund deren Veränderbarkeit dem Anbieter rechtlich nicht zumutbar und wird von dem Internetbenutzer typischerweise auch nicht erwartet." [27]

2.1 Überwachungspflicht gemäß § 19 ECG

§ 19. *(1) Die in den §§ 14 bis 18 genannten Diensteanbieter sind nicht verpflichtet, die von ihnen gespeicherten oder übermittelten Informationen allgemein zu überwachen oder von sich aus nach Umständen zu forschen, die auf rechtswidrige Tätigkeiten hinweisen.*

[26] Z.B. Unterlassungsanordnung usw.
[27] LG Lübeck 24.11.98, 11 S 4/98, zitiert 27.08.2001, URL: http://www.netlaw.de/urteile/lglue_1.htm

Derartige Überwachungspflichten können laut Entwurf den Providern – und in der Folge auch den Betreibern von Suchmaschinen und Hyperlinksetzern – *"...aufgrund der Fülle der von ihnen übermittelten und gespeicherten Informationen* ***nicht zugemutet*** *werden, auch können sie aufgrund der technischen Gegebenheiten nicht oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand erfüllt werden."* [28]

Während diese Privilegierung bei den Providern (ursprünglich nur für diese gedacht) und Betreibern von Suchmaschinen einzusehen und zu begrüßen ist, stellt sich im Zusammenhang mit Setzern von Hyperlinks doch die Frage, ob – angesichts des oben erwähnten Hintergrundes dieser Regelung – diese Besserstellung wirklich gerechtfertigt ist. Kann es dem Betreiber einer einfachen Website wirklich nicht zugemutet werden, den verwiesenen Inhalt seiner – angenommen – 20 externen Hyperlinks, in regelmäßigen Abständen und nur rein oberflächlich, nach Rechtswidrigkeiten zu überprüfen.

Die Argumentation hinter dieser Regelung ist meiner Ansicht nach verfehlt, da es in solchen Fällen sehr wohl "zumutbar" wäre. Jedoch stellt sich mir vielmehr die Frage, wieso der Setzer eines Hyperlinks überhaupt solch eine Freistellung benötigt, um einer Überwachungspflicht zu entgehen. Meiner Ansicht nach ist das Setzen eines Hyperlinks ein sozial adäquates, großteils erwünschtes Verhalten, welches wohl nicht als "Eröffnen einer Gefahrenquelle" oder ähnlichem – mit den daraus resultierenden Überwachungspflichten - angesehen werden kann. Somit ist der Setzer eines Hyperlinks auch ohne dieser Regelung im allgemeinen nicht zur Überwachung der verwiesenen Inhalte verpflichtet. Also sei dahin gestellt, ob diese Regelung nicht eher Verwirrung stiftet, denn Rechtsklarheit schafft.

3 Verantwortlichkeit von Suchmaschinenbetreibern gemäß § 17 ECG

Verantwortlichkeit bei Suchmaschinen

§ 17. *Ein Diensteanbieter, der seinen Nutzern elektronische Hilfsmittel zur Auffindung von Informationen bereitstellt, ist für diese Informationen nicht verantwortlich, sofern*

1. er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat

[28] Entwurf zum österreichischen E-Commerce-Gesetz, 77, zitiert 25.08.2001, URL: http://www.justiz.gv.at/gesetzes/download/ecommerce.pdf

und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder

2. sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt hat, unverzüglich tätig wird, um den Zugang zur Information zu sperren.

Der Entwurf regelt die Haftung für Online-Anbieter, die den Nutzern elektronische Hilfsmittel zur Auffindung von Informationen bereitstellen.

Es wird jedoch nicht allein auf die Betreiber von Suchmaschinen abgestellt (die auf Grund ihrer praktischen Bedeutung im Titel der Bestimmung angesprochen werden), sondern allgemein auf Online-Dienste, die die elektronische Suche nach bestimmten Informationen erleichtern. Auch elektronische Register und Verzeichnisse, die das Auffinden von Informationen erleichtern, sollen also erfasst sein.[29]

Ein Anbieter, der den Nutzern solche elektronischen Hilfsmittel zur Verfügung stellt, soll für die mit der Hilfe seines Dienstes aufgefundenen Informationen – unter den schon bei § 18 ECG (1) ausgeführten Voraussetzungen - nicht verantwortlich sein.

Hier bereiten – im Gegensatz zu § 18 ECG - die Definitionen keine Probleme, da wohl selten ein normaler Anwender eine eigene Suchmaschine zur Verfügung stellen wird. Jedoch kann fraglich sein, wie der häufige Fall zu lösen ist, in dem ein Diensteanbieter (Websitebetreiber) eine fremde Suchmaschine in seinen Dienst (Website) einbindet. Handelt es sich bei den Benützern der Suchmaschine dann um "*Nutzer*" des Dienstes des Suchmaschinen- oder des Websitebetreibers.

Diese Frage stellt sich deshalb, da im Gesetz von "*bereitstellen*" die Rede ist, und seinen "Nutzern" ja eigentlich der Websitebetreiber die Suchfunktion zur Verfügung stellt. Da aber der Betreiber der Suchmaschine in den Genuss einer Haftungsprivilegierung kommen soll[30], wird es sich wohl auch in diesem Fall um seine "*Nutzer*" iSd 17 ECG handeln.

D.h. man wird die Bestimmung so auslegen müssen, dass derjenige - der wirtschaftlich, technisch, oder organisatorisch - hinter dieser Suchmaschine steht, diese auch "bereitstellt", und somit als Diensteanbieter iSd § 17 ECG anzusehen ist. Ansonsten könnte es zu Wertungs- und Auslegungswidersprüchen kommen.

Jedoch ergibt sich aus diesen Schlussfolgerungen ein weiteres Problem. Wenn man also im

[29] Siehe S 74 des Entwurfes zum ECG.
[30] Siehe S 73 f des Entwurfes zum ECG.

Zusammenhang mit der Integration einer Suchmaschine in seine Website, nicht von einem "Bereitstellen" derselben sprechen kann, da immer – laut Telos des Gesetzes – der Betreiber der Suchmaschine selbst privilegiert werden soll, stellt sich doch die Frage, ob sich auch die Verantwortlichkeit für die von der Suchmaschine verwiesenen Inhalte immer nur auf den Betreiber der Suchmaschine selbst bezieht, da diese ja auch in die Website des Websitebetreibers integriert wurde. Da die Suchmaschine jedoch mit Hilfe eines Hyperlinks eingebunden wurde, ist hier wohl die Haftung nach § 18 ECG naheliegend. Mit anderen Worten hat sich meines Erachtens die Verantwortlichkeit des Websitebetreibers für verwiesene (rechtswidrige) Inhalte der (fremden) integrierten Suchmaschine nach § 18 ECG zu richten.

3.1 Unterschied zwischen den §§ 17 und 18 ECG

Vergleicht man den Regelungsgehalt der beiden Paragrafen, drängt sich doch die Frage auf, wieso es hier überhaupt unterschiedliche Regelungen gibt, da dieser - abgesehen von § 18 (2) - ja identisch ist. Es ist im besonderen fraglich, welcher Anwendungsbereich eigentlich für § 17 ECG übrig bleibt, da ja die „Informationen" zumeist sowieso in Form von Hyperlinks angezeigt werden, und somit meiner Ansicht nach § 18 ECG anwendbar wäre.

Vielleicht erachtet man eine eigene Regelung der elektronischen Suchdienste für notwendig, da das Setzen des Hyperlinks in den meisten Fällen[31] die Folge eines automatischen Ablaufes einer bestimmten Suchsoftware ist. Somit fehlt das willentliche Setzen des Hyperlinks, welches (wahrscheinlich) gem. § 18 ECG erforderlich ist. Somit wäre § 18 ECG möglicherweise nicht anwendbar, was zu einer Schlechterstellung der Suchmaschinenbetreiber führen würde, da die allgemeinen Haftungsregelungen nach bestehendem Recht unklar und eventuell strenger wären.

Ein weiteres Argument – und meines Erachtens einzig sinnvoller Anwendungsbereich des § 17 ECG - wären die kurzen begleitenden Ausführungen unter den angezeigten Treffern[32] (Hits). Denn dort wird ein Teil (wo die eingegebenen Suchbegriffe vorkommen) der verwiesenen Inhalte angezeigt. Dies wäre wohl der einzige Fall, wo § 18 ECG nicht zur Anwendung käme, und deshalb eine eigene Regelung erforderlich ist.

Aber selbst wenn man zu dem Schluss gelangt, dass § 17 ECG deshalb notwendig war, sehe ich keine echte Besserstellung gegenüber dem Hyperlinksetzer. Es ist meines Erachtens nicht nachvollziehbar, weshalb beide nahezu gleich behandelt werden, wo doch zwischen

[31] Eine Ausnahme wären die redaktionell erstellten Verzeichnisse bzw. Register, für die mE eindeutig § 18 ECG zur Anwendung kommen muss.
[32] So nennt man die Ergebnisse einer Suchmaschinenabfrage, welche in Form von Hyperlinks angezeigt werden.

willentlichem Auswählen und automatischem Erstellen ein großer Unterschied ist.[33] Dies wäre weder sachgerecht, noch nachvollziehbar.

Hier sollte man meiner Ansicht nach als Vorbild für die Regelung von automatischen Suchdiensten[34] die Lage in Deutschland vergleichend heranziehen, und § 17 ähnlich dem § 14 im ECG (Accessprovider) regeln. Denn nur dies wäre eine echte und meines Erachtens gerechte Besserstellung.

[33] Deshalb wird auch in Deutschland der Suchmaschinenbetreiber als bloßer „Zugangsvermittler" angesehen, welcher nach § 5 (3) TDG nicht für fremde Inhalte verantwortlich ist.
[34] Die redaktionell (willentlich) erstellten Register bzw. Verzeichnisse fallen mE sowieso – zu Recht - unter § 18 ECG.