

Titel:

Zumutbare Rechtsverfolgung im EU-Ausland von DNS-Sperrungen

Normenketten:

TMG § 7 Abs. 4

UrhG § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 19a, § 97 Abs. 1 S. 1

Leitsätze:

1. Ein Anspruch gegen Zugangsvermittler auf Einrichtung einer DNS-Sperren besteht nur, wenn der Rechteinhaber zuvor alle zumutbaren Maßnahmen ausschöpft, um die Aufdeckung der Identität des Betreibers der Webseite oder des Host-Providers zu erreichen. (Rn. 36 – 39) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die vorherige gerichtliche Inanspruchnahme eines in der Europäischen Union ansässigen Host-Providers mit dem Ziel, Auskünfte über die Identität rechtsverletzender Dienstebetreiber zu erhalten, ist im Rahmen von § 7 IV TMG grundsätzlich als zumutbar anzusehen. (Rn. 40 – 49) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagwort:

Telemedien

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 25.10.2019 – 21 O 15007/18

Rechtsmittelinstanzen:

BGH Karlsruhe, Urteil vom 13.10.2022 – I ZR 111/21

BGH Karlsruhe, Beschluss vom 26.01.2023 – I ZR 111/21

Fundstellen:

LSK 2021, 19442

MMR 2021, 731

ZUM-RD 2022, 23

GRUR-RS 2021, 19442

Tenor

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 25.10.2019, Az. 21 O 15007/18, berichtigt mit Beschluss vom 30.03.2020, dahingehend abgeändert, dass die Klage abgewiesen wird.

II. Die Anschlussberufung der Klägerinnen wird zurückgewiesen.

III. Die Klägerinnen tragen die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerinnen können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Parteien streiten um Ansprüche auf eine Sperre von Internetseiten im Zusammenhang mit den Diensten „LibGen“ und „Sci-Hub“.

2

Die Klägerinnen sind Wissenschaftsverlage aus den USA, Großbritannien und Deutschland. Die Beklagte ist ein Telekommunikationsunternehmen mit Sitz in Bonn, das sowohl selbst als Internetzugangsprovider für Endkunden agiert als auch Internetzugänge für andere Serviceprovider bereitstellt.

3

Im Internet sind die Portale „LibGen“ und „Sci-Hub“ abrufbar, auf denen unter anderem wissenschaftliche Artikel und Bücher zu finden sind.

4

Die Klägerinnen behaupten, ihnen stünden jeweils die ausschließlichen Nutzungsrechte an den auf den Seiten 4 bis 6 des landgerichtlichen Urteils (Bl. 235/237 d.A.) wiedergegebenen wissenschaftlichen Artikeln und Büchern zu.

5

Die Klägerinnen behaupten weiter, im August 2019 seien auf dem Dienst „LibGen“ sämtliche streitgegenständlichen Titel sowie auf dem Dienst „Sci-Hub“ die Titel 1, 4, 5, 9, 10, 11, 12 und 13 ohne Zustimmung der Rechteinhaber öffentlich zugänglich gemacht worden und hätten dort abgerufen werden können, obwohl sie erst kurz zuvor von den jeweiligen Klägerinnen veröffentlicht worden waren.

6

Die Klägerinnen behaupten, sie hätten zur Identifizierung und Inanspruchnahme der Betreiber von „LibGen“ und „Sci-Hub“ erfolglos eine Vielzahl von Maßnahmen in die Wege geleitet. Die Betreiber von „LibGen“ hätten dabei nicht identifiziert werden können. Die mutmaßliche Betreiberin von „Sci-Hub“ mit dem Namen ... trete zwar öffentlich auf, eine genaue Identifizierung dieser Person sei aufgrund ihres mutmaßlichen Wohnsitzes in Kasachstan jedoch nicht möglich. Eine Rechtsverfolgung sei nicht erfolgversprechend, was sich auch daran zeige, dass ein US-amerikanisches Schadensersatzurteil über 15 Mio. US-Dollar gegen sie nicht vollstreckt werden könne. Auch ein Vorgehen gegen „LibGen“ sei nicht möglich, zumal auch dort ein US-amerikanisches Unterlassungsurteil nicht vollstreckt werden könne und Abmahnungen an E-Mail-Adressen ohne Reaktion geblieben seien. Ermittlungen in Russland, wo die Verantwortlichen zu vermuten seien, seien nicht erfolgversprechend.

7

Ein Vorgehen gegen die Host-Provider habe ebenfalls keine Erfolgsaussichten. Abmahnungen und Notifizierungsschreiben blieben unbeantwortet. Teilweise würden die Host-Provider auch gewechselt oder es handle sich um sogenannte „Bullet-Proof“-Provider, bei denen die fehlende Kooperation mit Behörden oder Rechteinhabern zum Geschäftsmodell gehöre.

8

Die Klägerinnen sind der Auffassung, sie könnten eine Sperre des Zugangs zu den Diensten „Lib-Gen“ und „Sci-Hub“ im Wege einer DNS-Blockierung begehren.

9

Die Beklagte ist der Auffassung, die Klägerinnen seien mangels urheberrechtlicher Rechtspositionen für jeweils alle Werke nicht aktivlegitimiert. Es sei ihnen verwehrt, einen einheitlichen Antrag zu stellen.

10

Die Beklagte leiste als Zugangsprovider keinen willentlichen und adäquat kausalen Tatbeitrag, wenn Rechtsverletzungen im Internet begangen würden. Sie könne auch keine Inhaltskontrolle von Webseiten durchführen und auf individuelle und autonome Willensentschlüsse der Internetnutzer im Hinblick auf urheberrechtlich geschütztes Material keinen Einfluss nehmen.

11

Die DNS-Sperren seien ungeeignet, die Störung zu beseitigen, da sie nichts daran änderten, dass die Dienste im Internet verfügbar seien und sie leicht von den Nutzern umgangen werden könnten. Das notwendige manuelle Einpflegen von Sperren sei der Beklagten nicht zumutbar.

12

Die Verantwortlichkeit der Beklagten könne nicht aus ihrer bloßen Stellung als Zugangsproviderin hergeleitet werden. Vielmehr müssten konkrete Rechtsverletzungen von Internetnutzern gerade über die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Zugänge belegt sein.

13

Die Klägerinnen seien zudem noch nicht in ausreichendem Maße gegen die Betreiber oder deren Host-Provider vorgegangen. Es genüge nicht, Strafanzeigen zu erstatten, was offenkundig auch nicht gegen alle Beteiligten geschehen sei. Der Host-Provider ... sei in Schweden und damit innerhalb der EU ansässig, wo

ein Vorgehen durchaus erfolgversprechend sei, um Hintermänner und Provider aufzudecken. Die Klägerinnen hätten Auskunftsansprüche geltend machen und gegen Werbetreibende und Suchmaschinenbetreiber vorgehen müssen.

14

Mit ihrer ursprünglichen Klage hatten die Klägerinnen einen Hauptantrag (Bl. 2/5 d.A.) dahingehend angekündigt, dass die Beklagte verpflichtet werden solle, gegenüber ihren Kunden die Vermittlung des Zugangs zu den streitgegenständlichen Werken zu verhindern. Hilfsweise, für den Fall, dass das Gericht die konkret geschuldeten Sperrmaßnahmen im Antrag für erforderlich halte, hatten sie die gleiche Verhinderung mittels einer DNS-Sperre begehrt (Bl. 5/8 d.A.). Weiter hilfsweise, für den Fall, dass das Gericht § 7 Abs. 4 TMG nicht für analog anwendbar halte, haben sie ein Verbot, den Zugang zu den streitgegenständlichen Werken zu vermitteln, beantragt (Bl. 8/11 d.A.). Im Termin zur mündlichen Verhandlung in erster Instanz haben die Klägerinnen dann nur noch den mit Schriftsatz vom 29.05.2019 (Bl. 179 ff. d.A.) angekündigten Hauptantrag als Hauptantrag gestellt sowie hilfsweise diesen Antrag mit der Maßgabe, dass er sich auf die Werke aus dem Hauptantrag aus der Klage vom 25.10.2018 beschränke (Bl. 217 d.A.). Diese neuen Anträge sahen eine Verpflichtung vor, mittels einer DNS-Sperre die einzeln aufgeführten Domains zur Nutzung durch ihre Kunden zu sperren, wobei im Hauptantrag die einzelnen Werke der Klägerinnen nicht aufgeführt waren.

15

Das Landgericht hat der Klage durch Endurteil vom 25.10.2019 (Bl. 231/256 d.A.), berichtigt mit Beschluss vom 30.03.2020, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, im Hinblick auf den neuen Hauptantrag auf die Sperre durch DNS-Blocking ohne Angabe der einzelnen Werke wie folgt stattgegeben:

I. Die Beklagte wird verurteilt, mittels einer DNS-Sperre die folgenden Domains zur Nutzung durch ihre Kunden zu sperren, und zwar im Hinblick auf folgende Internetdienste:

1. gegenwärtig „LibGen“ genannter Internetdienst:
2. gegenwärtig „Sci-Hub“ genannter Internetdienst:

II. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

III. Das Urteil ist für die Klägerinnen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 250.000,- EUR vorläufig vollstreckbar.

16

Die Beklagte greift das Urteil vollumfänglich mit ihrer Berufung an.

17

Die Beklagte macht mit ihrer Berufung geltend, die Anträge und damit die Verurteilung genüge nicht den gesetzlichen Bestimmtheitsanforderungen, da sie unbestimmte Begriffe wie „gegenwärtig“, „genannter Internetdienst“ und „streitgegenständlichen Werke“ verwendeten. Es sei der Beklagten nicht zuzumuten, sich Vollstreckungsmaßnahmen aus einem Titel mit unklaren Begrifflichkeiten ausgesetzt zu sehen. Der Sperranspruch hätte nicht losgelöst von den vermeintlichen Werken der Klägerinnen zugesprochen werden dürfen, weil sich die jeweiligen Ansprüche der Klägerinnen jeweils nur auf ihre eigenen Werke beziehen könnten. Es hätten die jeweiligen Prozessrechtsverhältnisse gesondert geprüft werden müssen. Das Landgericht hätte auch berücksichtigen müssen, dass im ursprünglich abstrakt gestellten Klageantrag keine Vorgabe gemacht worden sei, um welche Sperre es gehe.

18

Zudem sei eine notwendige Beweisaufnahme unterlassen worden, weil das Landgericht das Bestreiten der Beklagten als unbeachtlich gewertet habe. Das Recht der Beklagten, Behauptungen der Klagepartei in Schriftsätzen oder Anlagen zu bestreiten, sei nicht beschränkt gewesen. Folglich habe die Beklagte den gesamten Sachvortrag der Klägerinnen mit Nichtwissen bestreiten können, soweit sie daran nicht beteiligt gewesen sei oder eigene Kenntnisse gehabt habe. Es sei nicht einzusehen, dass die Beklagte verpflichtet gewesen sein solle, einen Sachverhalt, den die Klägerinnen vortragen und beweisen hätten müssen, selbst zu recherchieren, bevor sie ihn habe bestreiten dürfen. Für die Beklagte hätten zu keiner Zeit

Einsichtsmöglichkeiten in Bezug auf von den Klägerinnen in der Vergangenheit angeblich in Bezug auf irgendwelche Dritte zudem auch im Ausland ergriffene Maßnahmen oder die daraus gewonnenen Erkenntnisse bestanden. Mit einem Blick ins Internet seien für die Beklagte keine Erkenntnisse zu gewinnen gewesen, für die die Klägerinnen angeblich Jahre gebraucht hätten. Das Landgericht habe mit seiner Auffassung, die Anforderungen an die Nachforschungen dürften nicht überspannt werden, den Boden des Gesetzes und die geforderte Subsidiarität verlassen.

19

Das Landgericht habe den Einwand übergangen, dass die Ermittlungen der Klägerinnen unzureichend gewesen seien. Es sei nicht ausreichend gewesen, die hiesige Strafanzeige „auf kleiner Flamme“ zu erstatten, obwohl weitaus umfangreichere Erkenntnisse bestanden hätten und von der Strafverfolgungsbehörde hätten verwertet werden können. Das Landgericht habe den Einwand nicht beachtet, dass nicht gegen alle denkbaren Beteiligten und zudem nicht im Ausland Anzeigen erstattet worden seien. Den Klägerinnen seien zudem auch zivilrechtliche Maßnahmen der Rechtsverfolgung im europäischen Raum, insbesondere im Hinblick auf Auskunftsansprüche, zumutbar gewesen.

20

Das landgerichtliche Urteil berücksichtige zudem nicht, dass eine urheberrechtliche Verletzungshandlung gerade durch Kunden der Beklagten nicht belegt sei. Der einschlägigen europäischen Richtlinie könne nicht entnommen werden, dass eine Pflicht zur Vorbeugung gegen Rechtsverstöße bestehe, wenn es gar keine Verletzungshandlung gegeben habe, die über den entsprechenden Telemediendienst begangen worden sei. Allein das Aufsuchen der Webseite des Dienstes, von der ein Download möglich sein oder über die ein Upload erfolgt sein solle, stelle weder eine Urheberrechtsverletzung noch eine Beteiligung daran dar.

21

Das Landgericht habe auch die fehlende Effektivität und Unverhältnismäßigkeit der verhängten DNS-Sperre verkannt, die zu einem „Overblocking“ führe. Es fehle an einer ordnungsgemäßen Aufklärung des Sachverhalts, welche Inhalte auf den streitgegenständlichen Seiten enthalten seien und inwieweit auch legale Inhalte von einer DNS-Sperre erfasst würden.

22

Nicht angängig sei die Argumentation des landgerichtlichen Urteils, dass die Beklagte die ausgeurteilte Sperre auch dann aufrechterhalten könne, wenn die Rechtsverletzungen beendet worden seien. Es sei der Beklagten nicht zuzumuten, sich Schadensersatzansprüchen Dritter auszusetzen, weil sie eine Seite ohne rechtliche Grundlage gesperrt lasse. Die faktisch der Beklagten hieraus erwachsende Überwachungspflicht für eine Vielzahl von Internetseiten sei nicht vertretbar.

23

Ferner erweise sich die Entscheidung zur Zug-um-Zug-Verurteilung betreffend die Kostenerstattung als unzutreffend, weil die Beklagte gerade nicht beurteilen könne, welche Maßnahmen sie zu ergreifen habe und welche Beträge sie hierfür aufwenden müsse.

24

Schließlich sei auch die Kostenentscheidung fehlerhaft, weil das Landgericht den Hauptantrag nicht berücksichtigt habe und den Klägerinnen insoweit ein erheblicher Teil der Kosten hätte auferlegt werden müssen. Zwischen dem Hauptantrag, der nicht auf eine konkrete Maßnahme gerichtet gewesen sei, und dem Hilfsantrag betreffend die DNS-Sperre habe wirtschaftlich ein erheblicher Unterschied bestanden, so dass den Klägerinnen ein Teil der Kosten aufzuerlegen sei.

25

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts München vom 25.10.2019, Az. 21 O 15007/18, abzuändern und die Klage abzuweisen,

hilfsweise,

das Urteil des Landgerichts München vom 25.10.2019, Az. 21 O 15007/18, aufzuheben und den Rechtsstreit an das Landgericht München zurückzuverweisen;

weiter hilfsweise,

eine Verurteilung der Beklagten (nach dem Hauptantrag oder einem Hilfsantrag) davon abhängig zu machen, dass die Klägerinnen jeweils verpflichtet werden, der Beklagten die Kosten zu erstatten, die der Beklagten dadurch entstehen, dass sie technische Maßnahmen einleiten bzw. Investitionen in den Ausbau oder die Änderung ihres Telekommunikationsnetzes vornehmen muss, einschl. notwendiger und auch künftig laufender Personalkosten für die Unterhaltung dieser Maßnahmen und entstehender Überwachungsarbeiten.

26

Der Klägerinnen beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

27

Die Klägerinnen stellen nunmehr in der Berufungsinstanz erstmals folgende Anträge, wobei sowohl der Hauptantrag als auch der Hilfsantrag gegenüber dem Tenor des landgerichtlichen Urteils weitere Domains enthalten sollen, die zwischenzeitlich genutzt werden, und durch den Hauptantrag zusätzlich eine webseiten-spezifische Sperre auch im Hinblick auf künftig noch genutzte Domains erreicht werden soll:

1. Hauptantrag: Die Beklagte wird verurteilt, mittels einer DNS-Sperre die folgenden Domains zur Nutzung durch ihre Kunden zu sperren, und zwar im Hinblick auf folgende Internetdienste:

2. Hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, mittels einer DNS-Sperre die folgenden Domains zur Nutzung durch ihre Kunden zu sperren, und zwar im Hinblick auf folgende Internetdienste:

28

Die Beklagte beantragt hilfsweise

die Zurückweisung der Ansprüche aus der in der Berufungserwiderung geltend gemachten Klageerweiterung.

29

Im Übrigen verteidigen die Klägerinnen das angegriffene Urteil.

30

Zur Ergänzung wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 27.05.2021 sowie den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

II.

31

Die Klageerweiterung der Klägerinnen ist unzulässig, Die zulässige Berufung der Beklagten ist dagegen begründet.

32

1. Soweit die Klägerinnen nunmehr mit ihrem als Anschlussberufung auszulegenden Schriftsatz vom 11.05.2020 (vgl. BGH NJW 2015, 1296 Rn. 16) eine Erstreckung des Sperranspruchs auf zwischenzeitlich genutzte Domains sowie eine webseiten-spezifische und domain-unabhängige Sperre für künftig genutzte Domains im Wege der Klageerweiterung in zweiter Instanz geltend machen wollen, ist diese im Rahmen von § 533 Nr. 2 ZPO bereits unzulässig.

33

Die Klageerweiterung kann nicht auf Tatsachen gestützt werden, die der Verhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen sind. Dass die unveränderten Internetdienste „LibGen“ und „Sci-Hub“ über die neuen Domains erreicht werden können, hat die Beklagte im Schriftsatz vom 29.09.2019 (Bl. 375 f. d.A.) wirksam mit Nichtwissen bestritten. Es ist auch nicht ersichtlich, warum der entsprechende Sachvortrag von den Klägerinnen ohne Nachlässigkeit im Sinne von §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht schon in der ersten Instanz hätte angebracht werden können, zumal sie selbst angeben, diese erst bei der vorläufigen Vollstreckung des landgerichtlichen Urteils bemerkt zu haben, sich zum Beginn ihrer Verwendung jedoch nicht äußern. Die Anschlussberufung war daher zurückzuweisen.

34

2. Die zulässige Berufung der Beklagten hat mangels hinreichender Bemühungen der Klägerinnen, der Verletzung ihrer Rechte an den streitgegenständlichen Sprachwerken abzuhelpen. Erfolg.

35

a) Die Klage ist im Hinblick auf die vom Landgericht zugesprochenen Anträge zulässig, auch wenn diese im Hauptantrag die einzelnen klägerischen Werke, auf die die Klage gestützt ist, nicht enthalten hat. Die Anträge sind nämlich hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, da sich die begehrte Handlungspflicht für die Beklagte, nämlich mittels einer DNS-Sperre die im einzelnen aufgeführten Domains im Hinblick auf die ebenfalls genannten Internetdienste zu sperren, exakt daraus entnehmen lässt, ohne dass die Frage, welches Tun die Beklagte im Falle einer Verurteilung schuldet, ins Vollstreckungsverfahren verlagert wird. Ob die Anträge wegen der fehlenden Einbeziehung der klägerischen Werke, an denen Rechte geltend gemacht werden, möglicherweise zu weit sind, ist keine Frage der Bestimmtheit und damit keine Frage der Zulässigkeit der Klage, sondern eine solche ihrer Begründetheit. Sie kann offenbleiben, weil die Klage - wie nachfolgend ausgeführt - bereits unter anderen Gesichtspunkten keinen Erfolg hat.

36

b) Die Klage ist nicht begründet. Den Klägerinnen steht gegen die Beklagte kein Anspruch im Sinne des erstinstanzlich gestellten Haupt- oder Hilfsantrags auf Sperrung der Dienste „LibGen“ und „Sci-Hub“ im Wege des DNS-Blocking aus § 7 Abs. 4 TMG i.V.m. §§ 97 Abs. 1 Satz 1; 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2; 31 Abs. 1, Abs. 3; 19a UrhG zu.

37

aa) Anstelle des durch § 8 Abs. 1 Satz 2 TMG ausgeschlossenen Unterlassungsanspruchs auf Grundlage der Störerhaftung sieht die Regelung des § 7 Abs. 4 TMG einen Anspruch auf Sperrung von Informationen vor. Danach kann, wenn ein Telemediendienst von einem Nutzer in Anspruch genommen wurde, um das Recht am geistigen Eigentum eines anderen zu verletzen, der Inhaber des Rechts von dem betroffenen Diensteanbieter nach § 8 Abs. 3 TMG die Sperrung der Nutzung von Informationen verlangen, um die Wiederholung der Rechtsverletzung zu verhindern, wenn für den Inhaber dieses Rechts keine andere Möglichkeit besteht, der Verletzung seines Rechts abzuhelpen, und die Sperrung zumutbar und verhältnismäßig ist. Mit § 7 Abs. 4 TMG wird die Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 8 Abs. 3 der InfoSoc-Richtlinie (RL 2001/29/EG) und Art. 11 Satz 3 der Enforcement-Richtlinie (RL 2004/48/EG) umgesetzt, zugunsten der Rechteinhaber die Möglichkeit gerichtlicher Anordnungen gegen Vermittler vorzusehen, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden. Es handelt sich hierbei um einen Anspruch auf aktives Tun, der z.B. auf die Sperre einer bestimmten Webseite gerichtet sein kann (BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 43 - Dead Island).

38

Der Anspruch aus § 7 Abs. 4 TMG ist nicht deshalb auf Anbieter von Internetzugängen über WLAN beschränkt, weil die Vorschrift in Satz 1 auf „Diensteanbieter nach § 8 Absatz 3“ Bezug nimmt und dort von einem „Internetzugang über ein drahtloses lokales Netzwerk“ die Rede ist. Bestünde der anstelle des nach § 8 Abs. 1 Satz 2 TMG ausgeschlossenen Unterlassungsanspruchs gewährte Sperranspruch entsprechend dem Wortlaut des § 7 Abs. 4 TMG allein gegen WLAN-Betreiber und nicht auch gegen andere (drahtgebundene) Zugangsvermittler, wäre der Sperranspruch ungeeignet, den Ausschluss des Unterlassungsanspruchs auszugleichen. Das sich ergebende völlige Entfallen von Rechtsbehelfen des Rechteinhabers gegen Mittelspersonen verstieße gegen Art. 8 Abs. 3 der RL 2001/29/EG und Art. 11 Satz 3 der RL 2004/48/EG und den grundrechtlich vorgesehenen Schutz des geistigen Eigentums (BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 44-46 - Dead Island).

39

Die Unionsrechtskonformität des § 8 Abs. 1 Nr. 2 TMG muss durch eine richtlinienkonforme Fortbildung des § 7 Abs. 4 TMG sichergestellt werden. Zur Wahrung des Regelungsgehalts des Art. 8 Abs. 3 der RL 2001/29/EG und des Art. 11 Satz 3 der RL 2004/48/EG ist eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung dahingehend nötig, dass der in § 7 Abs. 4 TMG geregelte Sperranspruch nicht nur gegenüber Anbietern von Internetzugängen über WLAN, sondern in entsprechender Anwendung der Vorschrift auch gegenüber den übrigen Internetzugangsvermittlern gegeben ist. Die Interessenlage im durch § 7 Abs. 4 TMG geregelten Sachverhalt - Sperranspruch gegen den Betreiber eines drahtlosen lokalen Netzwerkes (WLAN) - und im nicht geregelten Sachverhalt - Sperranspruch gegen den Betreiber eines drahtgebundenen Internetzugangs - ist vergleichbar, weil die unterschiedliche technische Art der Gewährung des Internetzugangs

interessenneutral ist. Die wirtschaftlichen und grundrechtlichen Belange der Zugangsvermittler, Rechteinhaber und Internetnutzer sind jeweils gleichermaßen betroffen. Mit Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben und die Absicht des Gesetzgebers, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen, handelt es sich um eine planwidrige Regelungslücke (BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 47-49 - Dead Island).

40

bb) Nach diesen Grundsätzen besteht jedoch kein Anspruch der Klägerinnen gegen die Beklagte auf Sperrung aus § 7 Abs. 4 TMG, weil die Klägerinnen die ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, der Verletzung ihrer Rechte abzuwehren, nicht ausgeschöpft haben.

41

(1) Nach § 7 Abs. 4 Satz 1 TMG soll der Anspruch auf Sperrung nur eingreifen, wenn der eigentliche Rechtsverletzer nicht verfolgt werden kann. Danach ist eine vorrangige Rechtsverfolgung gegenüber denjenigen Beteiligten zu verlangen, die - wie die Betreiber beanstandeter Webseiten - entweder die Rechtsverletzung selbst begangen oder zu der Rechtsverletzung - wie der Host-Provider der beanstandeten Webseiten - durch die Erbringung von Dienstleistungen beigetragen haben, weil beide wesentlich näher an der Rechtsgutsverletzung stehen als derjenige, der nur allgemein den Zugang zum Internet vermittelt (BeckOK InfoMedienR/Paal/Hennemann, 31. Ed. 1.2.2021, TMG, § 7, Rn. 72e).

42

Die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Zugangsvermittler kommt nur in Betracht, wenn der Inanspruchnahme des Betreibers der Webseite oder seines Host-Providers jede Erfolgsaussicht fehlt und deshalb andernfalls eine Rechtsschutzlücke entstünde. Der Rechteinhaber hat insoweit vorzutragen, welche zumutbaren Maßnahmen zur Aufdeckung der Identität des Betreibers der Webseite oder des Host-Providers er unternommen hat. Hier kommt insbesondere die Einschaltung der staatlichen Ermittlungsbehörden im Wege der Strafanzeige oder auch die Vornahme privater Ermittlungen etwa durch einen Detektiv oder andere Unternehmen, die Ermittlungen im Zusammenhang mit rechtswidrigen Angeboten im Internet durchführen, in Betracht. Ermittlungsansätze können sich weiter daraus ergeben, dass beispielsweise in Parallelverfahren von einem Host-Provider Zahlungsdaten des Webseitenbetreibers wie eine PayPal-Adresse genannt werden, über die er bezahlt wurde, oder dass Firmennamen oder die Gestaltung von E-Mail-Adressen Hinweise auf dessen Identität liefern (BGH GRUR 2016, 268 Rn. 83, 87 - Störerhaftung des Access-Providers).

43

Die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des § 7 Abs. 4 TMG obliegt nach den allgemeinen Grundsätzen dem Rechteinhaber als Anspruchsteller. Er muss deshalb auch darlegen und beweisen, dass im Hinblick auf die Rechtsverletzung keine anderen Abhilfemöglichkeiten bestanden haben (BeckOK InfoMedienR/Paal/Hennemann, 31. Ed. 1.2.2021, TMG, § 7, Rn. 76a).

44

(2) Nach diesen Grundsätzen haben die Klägerinnen die im konkreten Einzelfall zumutbaren Maßnahmen nicht ausgeschöpft, um die Identität der Dienstebetreiber von „LibGen“ und „Sci-Hub“ zu klären und diese in Anspruch zu nehmen.

45

Nach ihrem eigenen Sachvortrag bedienen sich beide Dienste teilweise des in Schweden ansässigen Host-Providers Bahnhof AB, auf die Dienste auch teilweise von anderen Host-Providern, beispielsweise aus den Niederlanden, migriert worden seien. Diesbezüglich tragen die Klägerinnen vor, dass sie durch das private Unternehmen ... Service UG und einen Herrn V. R. Ermittlungen haben vornehmen lassen (Anlage K 17), hinsichtlich des Dienstes „Lib-Gen“ den Host-Provider angeschrieben (Anlagen K 26 und K 77) und schließlich abgemahnt haben (Anlage K 27 und K 76), ohne dass eine Reaktion erfolgt sei. Auch hinsichtlich des Dienstes „Sci-Hub“ sei eine entsprechende Notifizierung (Anlage K 38) und Abmahnung (Anlage K 39 und K 76) erfolgt, die jeweils unbeantwortet geblieben seien.

46

Der Senat hält im Rahmen von § 7 Abs. 4 TMG die vorherige gerichtliche Inanspruchnahme eines in der Europäischen Union ansässigen Host-Providers mit dem Ziel, Auskünfte über die Identität der Dienstebetreiber „LibGen“ und „Sci-Hub“ zu erhalten, für grundsätzlich zumutbar und geboten. Demgegenüber haben sich die Klägerinnen vorliegend bei dem Unternehmen Bahnhof AB auf

Notifizierungs- und Abmahnschreiben beschränkt, ohne in Schweden gerichtliche Schritte einzuleiten. Soweit die Klägerinnen meinen, ein gerichtliches Vorgehen im Ausland sei nicht erforderlich, und sich hierzu auf die Entscheidung des BGH GRUR 2016, 268 Rn. 86 - Störerhaftung des Access-Providers beziehen, dringen sie damit nicht durch, da es dort allein um fehlenden effektiven Rechtsschutz in Russland ging und dieser aus prozessualen Gründen nur unterstellt worden war.

47

Im vorliegenden Fall ist demgegenüber zu berücksichtigen, dass innerhalb der Europäischen Union im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen von dem Grundsatz auszugehen ist, dass die Mitgliedstaaten gegenseitig ihren Rechtssystemen und Rechtspflegeorganen Vertrauen entgegenbringen und insoweit von einer Gleichwertigkeit der Rechtsprechung aller Mitgliedstaaten auszugehen ist (vgl. EuGH EuZW 2004, 188 Rn. 72 - Gasser; EuZW 2004, 468 Rn. 24 - Turner/Grovit).

48

Zu beachten ist ferner, dass der EU-Gesetzgeber den Anspruch auf Drittauskunft in Art. 8 Enforcement-RL (RL 2004/48/EG) für alle Rechte des geistigen Eigentums und mithin auch des Urheberrechts harmonisiert hat, so dass auch nach schwedischem Recht ein effektiver Rechtsbehelf zur Verfügung stehen muss, um natürliche und juristische Personen auf Auskunft in Anspruch zu nehmen, die nachweislich für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß erbringen, um die Namen und Adressen der Vertreiber der rechtsverletzenden Dienstleistungen, wie sie „LibGen“ und „Sci-Hub“ anbieten, in Erfahrung zu bringen (wohl geregelt in Art. 53c des Schwedischen Urheberrechtsgesetzes (Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk)). Den subsidiären Sperranspruch des § 7 Abs. 4 TMG eingreifen zu lassen, ohne dass zuvor nach dem Justizsystem eines anderen Mitgliedstaates auf der Grundlage von harmonisiertem Recht eine Beauskunftung zumindest versucht worden ist, widerspräche den vorgenannten europarechtlichen Grundsätzen. Dass hierdurch das dem Senat durchaus bewusste „Hosting-Nomadentum“ befördert würde, ist nicht ersichtlich, da die Geltendmachung und Durchsetzung eines Auskunftsanspruchs keine zeitlich unbegrenzte Hosting-Aktivität voraussetzt, sondern lediglich die fortdauernd, z.B. in Geschäfts- oder Steuerunterlagen weiter vorgehaltenen Informationen zu Vertragspartnern, deren Identität und Adresse (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. a) der RL 2004/48/EG).

49

Im Hinblick auf den Internetdienst „Sci-Hub“ lässt sich auch nicht einwenden, dass eine Beauskunftung durch Bahnhof AB schon deshalb sinnlos sei, weil eine Frau ... als Betreiberin des Dienstes bereits bekannt sei. Zum einen ist nicht absehbar, ob und welcher Identitäten die hinter „Sci-Hub“ stehenden Personen sich jeweils gegenüber einzelnen Host-Providern bedienen, zum anderen zeigen gerade die Recherchen gemäß den Anlagen K 31 deutlich, dass an der Existenz und Identität von Frau ... gewisse Zweifel bestehen dürften.

50

3. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

51

4. Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache erfordert lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze aus den zitierten Entscheidungen des EuGH und des BGH auf den Einzelfall.