

## Urteil

---

### **GERICHTSHOF AMSTERDAM**

Abteilung Zivilrecht und Steuerrecht, Team II

Geschäftsnummer : 200.097.924/01

Geschäftsnummer des Gerichts Amsterdam : 434569/HA ZA 09-2443

### **Entscheidung der mit mehreren Richtern besetzten Zivilkammer vom 19. August 2014**

in der Sache:

die geschlossene Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
NEWS-SERVICE EUROPE B.V.,  
Geschäftssitz in Amterdam,  
Berufungsklägerin,  
Rechtsanwalt: Mr. I.M.C.A. Reinders Folmer in Amsterdam,

gegen:

die Stiftung  
STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND<sup>1</sup> (BREIN),  
Geschäftssitz in Amsterdam,  
Berufungsbeklagte,  
Rechtsanwalt: Mr. J.M.B. Seignette in Amsterdam.

### **1. Das Verfahren in der Berufung**

Die Parteien werden im Folgenden als NSE und Brein bezeichnet.

NSE hat durch Antragschrift vom 17. Oktober 2011 Berufung gegen ein Urteil des Gerichts Amsterdam vom 28. September 2011, gesprochen zwischen Brein als Klägerin und (unter anderem) NSE als Beklagte, erhoben.

Die Parteien haben danach die folgenden Dokumente eingereicht:

- Berufungsbegründung, mit Beweisvorlagen;
- Berufungserwiderung, mit Beweisvorlagen.

Die Parteien haben die Sache auf der Verhandlung vom 18. März 2014 vortragen lassen, NSE durch Mrs. Chr. A. Alberdingk Thijm und C.F.M. de Vries, Rechtsanwälte in Amsterdam, und Brein durch ihren eben genannten Rechtsanwalt sowie Mr. M.E. Kingma, Rechtsanwalt in Amsterdam, jeweils anhand der Plädoyers, die vorgelegt worden sind.

Beide Parteien haben darüber hinaus Beweisvorlagen in das Verfahren eingebracht.

Schließlich wurde um den Spruch gebeten.

---

<sup>1</sup> Anm. d. Übers.: Übersetzt: STIFTUNG FÜR DEN SCHUTZ DER RECHTE IN DER UNTERHALTUNGSINDUSTRIE NIEDERLANDE.

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

2

---

NSE hat zusammengefasst beantragt, dass der Gerichtshof das Urteil aufheben soll und, vorläufig vollstreckbar, im Nachhinein die Anträge von Brein abweisen soll, mit Beschluss zu den Prozesskosten aufgrund von § 1019h Prozessordnung.

Brein hat zusammenfassend beantragt, die Berufungsgründe von NSE, vorläufig vollstreckbar, für unbegründet zu erklären, mit einem Beschluss über die Prozesskosten aufgrund von § 1019h Prozessordnung

Die Parteien haben im Berufungsverfahren angeboten, ihre Vorträge zu beweisen.

## **2. Tatsachen**

Das Gericht<sup>2</sup> hat in dem angefochtenen Urteil unter den Punkten 2.1 bis einschließlich 2.7 die Tatsachen festgestellt, von denen es ausgegangen ist. Diese Tatsachen sind, außer einer Anzahl von Tatsachen, die in den Punkten 2.3 bis einschließlich 2.5 genannt sind, im Berufungsverfahren nicht strittig, weshalb auch der Gerichtshof von diesen auszugehen hat.

Die Berufungsgründe 1 bis einschließlich 7 richten sich gegen die Feststellung einer Anzahl der in den Punkten 2.3 bis einschließlich 2.5 sowie in Punkt 4.1 im Urteil angegebenen Tatsachen. Der Gerichtshof wird diese Berufungsgründe in dem Sinne berücksichtigen, dass er im Folgenden eine einzige Unkorrektheit in der Tatsachenfeststellung korrigieren wird. Insoweit wurden diese Berufungsgründe zu Recht vorgetragen.

## **3. Beurteilung**

3.1 In dem Fall geht es um Folgendes:

3.1.1 Brein ist eine Stiftung, die gemäß den Artikeln 3.1 und 3.2 ihrer Satzung das Ziel hat, die unrechtmäßige Betreibung von Informationsträgern und Informationen zu bekämpfen und zu diesem Zweck die Interessen der Berechtigten zu diesen Informationen und deren rechtmäßigen Betreibern wahrzunehmen. Sie tut dies insbesondere, indem sie einen wirksamen juristischen Schutz der Rechte und Interessen dieser Berechtigten und Betreiber aufrecht erhält, fördert und erwirbt. Brein versucht, dieses Ziel unter anderem dadurch zu erreichen, dass sie Rechtsverfahren zum Schutz der Rechte und Interessen ihrer Mitglieder und von Mitgliedern dieser Mitglieder führt und führen lässt, wobei Brein sowohl zur Verwirklichung und zum Schutz ihres Ziels als auch für ihre Mitglieder und die Mitglieder dieser Mitglieder auf eigenen Namen vor Gericht auftreten kann. Bei Brein angeschlossene und Berechtigte und Betroffene sind unter anderem: Buma, Stemra, die Mitglieder der International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), die Mitglieder der Motion Picture Association of American (MPA), die Mitglieder des Niederländischen Verbandes von Produzenten und Importeuren von Bild- und Tonträgern (NVPI, Abteilung Audio, Video und interaktiv), der Niederländischen Verlegerverband (NUB) und der Niederländischen Verband von Filmvermietern (NVF).

---

<sup>2</sup> Anm. d. Übers.: Unter „Gericht“ wird in dieser Übersetzung das erstinstanzliche Gericht verstanden.

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

3

---

3.1.2 Das Usenet besteht seit 1979 und ist ein Teil des Internets. Dabei handelt es sich um eine weltweite Plattform für den Austausch von Nachrichten. Das Usenet besteht aus einer Reihe von Diskussionsgruppen, auch Newsgruppen genannt, mit Namen, die traditionell nach Thema hierarchisch klassifiziert sind. Die bekanntesten Newsgruppen, auch „Big-8“ genannt, sind comp (über Computer), humanities (Literatur, Philosophie), news (über das Usenet), rec (Freizeit, Spiele u.Ä.), sci (Wissenschaft), soc (Soziales), talk (Glaube und Politik) und misc (verschiedene Themen). Ferner gibt es die Althierarchie, in der Usenet-User selbst neue Newsgruppen aufstellen können und die infolgedessen von der Struktur her ziemlich chaotisch ist. User des Usenet können Nachrichten in eine von ihnen zu bestimmenden Newsgruppe stellen (Uploaden oder Posten). Der Kopf (header) der gesendeten Nachricht wird in die Übersicht (overview) der Newsgruppe aufgenommen und anhand dessen können andere User die Nachricht in der Newsgruppe auffinden. Die Nachrichten, auch Artikel oder posts genannt, sind darüber hinaus mit einer eigenen einmaligen Message-ID versehen, die bei Senden der Nachricht durch einen User automatisch generiert wird. Die Nachrichten lassen sich auch anhand dieser Message-ID auffinden. Usenet-User können Nachrichten also abrufen, indem sie in die Übersicht (overview) der Newsgruppe schauen und daraus eine Nachricht auswählen oder direkt anhand der einmaligen Message-ID. Sie können die von ihnen gefundenen Nachrichten falls gewünscht downloaden.

3.1.3 Das Usenet wird durch eine große Anzahl von Providern unterstützt. Wird eine Nachricht durch einen User eines bestimmten Usenetproviders ins Usenet gestellt, wird diese Nachricht einmalig mit allen anderen Usenetproviders ausgetauscht. Diesen Prozess nennt man Synchronisierung oder peering. Usenetprovider speichern sowohl die von ihnen selbst von ihren eigenen Usern erhaltenen Nachrichten auf ihren Servern als auch die Nachrichten, die sie durch Synchronisierung von anderen Usenetproviders erhalten. Die ältesten Nachrichten werden automatisch entfernt, um Platz für neue Nachrichten zu schaffen. Die Periode, während der Nachrichten gespeichert bleiben, nennt man Retentionszeit. Das Angebot an Artikeln von Usenetproviders ist durch Synchronisierung oder peering im Prinzip dasselbe. Das Angebot kann sich nur durch den Unterschied in der Retentionszeit (und eventuell durch Störungen oder durch Entfernung infolge eines Notice and Takedown-Verfahrens, siehe unten, unterscheiden).

3.1.4 Das Usenet wird (inzwischen) für verschiedene Zwecke benutzt, wie zum Beispiel das Diskutieren über Themen mithilfe von Texten aber auch (immer mehr) für das Verbreiten von Nachrichten, die Abbildungen, Bilder, Ton und/oder Software enthalten. Filme und Musik kann man über das Usenet auf einfache Weise uploaden und downloaden. Eine binäre Datei (die einen Spielfilm, einen Musiktrack oder zum Beispiel ein Game enthält) auf dem Computer des Users wird mithilfe von Software zerlegt und in einer großen Anzahl von alphanumerischen Nachrichten kodiert, die dann (mithilfe von Uploaden) ins Usenet gestellt werden. Die Nachrichten, die durch die Kodierung und Verteilung einer binären Datei zustande kommen, werden binaries genannt. Die alphanumerischen Artikel (binaries) können durch einen anderen User gesammelt und können dann softwaremäßig aneinander „geklebt“ und dekodiert werden, um den ursprünglichen binären Zustand zu erhalten. Die betreffende Software ist im Internet gratis vorhanden.

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

4

---

Diese Software wird nicht durch NSE entwickelt, angeboten oder geliefert. Es gibt verschiedene Suchmaschinen und Software-Anwendungen, die es dem User (Verbraucher) einfach machen (anhand der Message-IDs), die Musik oder den Spielfilm ihrer Wahl (oder die Sammlung alphanumerischer Artikel, die die Musik oder den Spielfilm verkörpern) im Usenet zu finden. Binäre Nachrichten werden durchgängig in Newsgruppen gestellt, die das Wort binaries enthalten, zum Beispiel alt.binaries.pictures.gardens. Diese binären Newsgruppen sind neben den Newsgruppen entstanden, die für Textnachrichten bestimmt sind.

3.1.5 NSE, die in Zusammenhang mit dem angefochtenen Urteil ihre Aktivitäten eingestellt hat, war eine Betreiberin einer Plattform für Usenet-Dienste. Auf ihrer Internetseite profilierte sie sich als der größte europäische Usenet Serviceprovider (USP): Kunden von NSE waren zum Beispiel Internet Serviceprovider (ISPs), die den Zugang zum Usenet in das Paket von Dienstleistungen aufnahmen, das der Verbraucher für das reguläre Internetabonnement erhielt beziehungsweise die den von NSE versorgten Usenet-Dienst gegen Bezahlung als zusätzliches Produkt anboten. Der Kunde konnte auch ein so genannter Wiederverkäufer sein, der den Zugang als Primärprodukt anbot. Der Wiederverkäufer verkaufte an Verbraucher Abonnements, die Zugang zu Nachrichten auf den Servern von NSE vermittelten. In beiden Fällen wurde der Verbraucher in die Lage versetzt, mithilfe eines so genannten newsreader (zum Beispiel die kostenlos verfügbare App Grabit) Inhalt der Server von NSE zu downloaden. Der Verbraucher, der bei einem Wiederverkäufer von NSE ein Abonnement abschloss, erhielt als User direkt Zugang zu den Servern von NSE. NSE machte keine direkten Geschäfte mit Verbrauchern.

3.1.6 Die Artikel, die mithilfe von Uploaden und Synchronisierung bei NSE angeboten wurden, gingen auf so genannten feederservern ein und wurden von dort aus direkt an die spoolserver übermittelt. Die Artikel gelangten auf die spoolserver in einer Art von Warteschlange (queue), wobei die letzten Artikel, falls die queue voll war, die ältesten Artikel praktisch „weg schoben“. Auf den spoolservern befanden sich alle Artikel (sowohl Textnachrichten als auch binäre Nachrichten), die bei NSE mithilfe von Uploaden und mithilfe von Synchronisierung eingingen. Die Retentionszeit, das ist die Zeit, während der ein Artikel auf den spoolservern steht, betrug bei NSE zum Zeitpunkt der letzten Sitzung anfänglich 400 Tage. Ungefähr 5 % des Inhaltes, den die User von NSE (die Kunden ihrer Wiederverkäufer) downgeloadet haben, stammten von Usern von NSE selbst. Ungefähr 95 % der Artikel auf ihren Servern hat NSE im Rahmen von Synchronisierung beziehungsweise peering von anderen USPs erhalten.

3.1.7 NSE benutzte einen Spamfilter, Cleanfeed genannt, der eingehende Textnachrichten auf wiederholte Muster und doppelte Nachrichten kontrollierte, und der bekannte Spamsites und Domänen anhand des so genannten Breitbart-Index wiedererkannte. Der Spamfilter sorgte auf automatisierte Weise dafür, dass Textnachrichten, die erkennbar Spam enthielten, nicht in die Inhaltsangabe der Newsgruppen gelangten.

3.1.8 NSE hat irgendwann nach dem 6. April 2009 ein so genanntes Notice and Takedown-Verfahren (im Folgenden NTD oder NTD-Verfahren genannt) eingeführt. Sie hat auch mit anderen Usenetprovidern Gespräche geführt und diesen angeboten, das NTD von NSE zu benutzen oder es als Inspiration zum Aufstellen einer eigenen NTD anzuwenden.

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

5

Irgendwann vor der Verhandlung in erster Instanz vom 24. Mai 2011 hat NSE auch ein so genanntes Fast Track-Verfahren eingeführt. Dieses Verfahren verschafft bestimmten Parteien das Recht, direkt, ohne Einschaltung von NSE, rechtswidrige Artikel von den Servern von NSE zu entfernen.

3.2 Brein hat in erster Instanz beantragt, sachlich wiedergegeben und insofern im Berufungsverfahren von Wichtigkeit:

- a. ein Feststellungsurteil, dass NSE Urheberrechte und verwandte Rechte von Mitgliedern von Brein verletzt, wenn sie Reproduktionen ganz oder zum Teil auf Servern Dritten im Rahmen von Usenet-Diensten zur Verfügung stellt, ohne dazu die Zustimmung des/der Berechtigten erhalten zu haben;
- b. ein Feststellungsurteil, dass NSE Urheberrechte und verwandte Rechte von Mitgliedern von Brein verletzt, wenn sie Reproduktionen ganz oder zum Teil Dritten im Rahmen von Usenet-Diensten zur Verfügung stellt, ohne dazu die Zustimmung des/der Berechtigten erhalten zu haben;
- c. ein Feststellungsurteil, dass NSE gegenüber Brein und den Berechtigten, darunter die Mitglieder, für den infolge der verletzenden Handlungen erlittenen Schaden haftbar ist und zur Abführung des infolge dieser Handlungen erzielten Gewinns verpflichtet ist;
- d. ein auf binaries begrenztes (Verstoß-)Verbot, verstärkt durch eine Zwangssumme;
- e. eine Aufgabenverpflichtung unter Androhung einer Zwangssumme;
- f. Verurteilung zu den vollständigen Prozesskosten aufgrund von Paragraph 1019h Prozessordnung.

Brein hatte zu diesem Zweck vorgetragen, verkürzt angeführt, dass NSE selbst die Urheberrechte und verwandten Rechte von ihren Mitgliedern verletzt und auch sonst wie dadurch rechtswidrig handelt, dass sie mit dem Ziel des wirtschaftlichen Gewinns ein Download-System aufrechterhält, wobei große Mengen an geschütztem Inhalt gespeichert und verbreitet werden, ohne dafür eine Zustimmung erhalten zu haben.

3.2.1 Das Gericht hat als Konsequenz auf die Debatte der Parteien, so wie es dies formuliert, da das Vervielfältigungsrecht und der Veröffentlichungsbegriff im Autorengesetz und im Gesetz über verwandte Rechte, sofern von Wichtigkeit, sich nicht voneinander unterscheiden, nur von dem Autorengesetz und von Autorberechtigten gesprochen. Dies wird der Gerichtshof auch tun. Sofern im Folgenden in Zusammenhang mit verwandten Rechten von Ausführungen gesprochen wird, werden darunter auch Phonogramme und/oder erste Speicherungen von Filmen verstanden. Der Gerichtshof wird darüber hinaus im Folgenden die Dienstleistungen, die NSE in der Vergangenheit geliefert hat, obwohl NSE ihre Aktivitäten inzwischen beendet hat, der einfachen Lesbarkeit halber im Präsens beschreiben.

### 3.2.2

Das Gericht hat in dem angefochtenen Urteil erwogen, sachlich wiedergeben, dass die Tatsache, dass die binären Dateien in alphanumerische Artikel (Nachrichten) aufgeteilt und kodiert werden, bevor sie auf die Server von NSE gestellt werden, nicht der Tatsache im Wege steht, dass eine autorenrechtliche relevante Vervielfältigung oder Veröffentlichung gegeben sein kann (Rechtserwägung 4.3). Es geht darum, ob ein stoffliches Exemplar hergestellt worden ist, in dem das urheberrechtlich geschützte Werk, vollständig oder zum Teil, festgelegt ist. Das Gericht hat darüber hinaus, so versteht der Gerichtshof es, entschieden, dass die Speicherung der Artikel auf den Servern von NSE als eine Vervielfältigung

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

6

zu bezeichnen ist. Das Verteidigungsargument von NSE, dass die Rede ist von befristeten Reproduktionen vorübergehender Art gemäß Paragraf 13a Autorengesetz (im Folgenden Aw genannt), wird anerkannt, sofern die Artikel auf den feederservern gespeichert werden, wird aber zurückgewiesen, sofern die Artikel auf den spoolservern gespeichert werden (Rechtserwägungen 4.4 bis einschließlich 4.13). Das Gericht hat ferner erwogen, dass NSE, sofern sie Artikel im Rahmen der Synchronisierung anderen USPs zur Verfügung stellt, keine Veröffentlichung vornimmt, weil es sich nicht um ein neues Publikum handelt. NSE nimmt aber eine Veröffentlichung vor, wenn sie die Artikel von ihren Servern aus Usern zur Verfügung stellt, und zwar weil sie dadurch mehr unternimmt als eine reine Bereitstellung von physischen Möglichkeiten, um Mitteilungen zu ermöglichen. Dies gilt für sowohl die Artikel, die durch die User von NSE auf deren Servern gespeichert werden, als auch für die Artikel, die sie mithilfe von Synchronisierung von anderen USPs empfängt (Rechtserwägungen 4.14 bis einschließlich 4.26). Das Gericht hat aufgrund dessen in Zusammenhang mit dem unter a genannten Antrag für Recht erklärt, dass NSE Urheberrechte und verwandte Rechte verletzt, wenn sie binaries, in denen, verkürzt gesagt, Werke oder Ausführungen enthalten sind, ganz oder zum Teil auf ihren spoolservern speichert, mit dem Ziel, diese binaries Dritten ohne die erforderliche Zustimmung zur Verfügung zu stellen, und in Zusammenhang mit dem unter b genannten Antrag, dass NSE Urheberrechte und verwandte Rechte verletzt, wenn sie binaries, in denen, verkürzt gesagt, Werke oder Ausführungen enthalten sind, ganz oder zum Teil von ihren spoolservern aus Usern (und deren Wiederverkäufern) zur Verfügung stellt.

### 3.2.3

Das Gericht hat die in c und e genannten Anträge abgewiesen, weil Brein nicht berechtigt ist, in einer kollektiven Aktion Schadenersatz für die bei ihr angeschlossenen Berechtigten zu fordern. Diese Anträge spielen, so bemerkt der Gerichtshof, wegen des Fehlens eines Berufungsgrundes von Seiten von Brein im Berufungsverfahren keine Rolle mehr. Das Gericht hat durch den eben genannten Beschluss erwogen, dass ihm unter Beachtung der o.a. Anführung nicht mehr die Beurteilung dessen zusteht, dass sich NSE auf Paragraf 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch beruft, während die in diesem Paragrafen genannten Situationen, in denen die Haftung begrenzt wird, die Möglichkeit zur Verhängung eines Verbotes unbenommen lassen (Rechtserwägungen 4.28 bis einschließlich 4.31). Aus den o.a. Anführungen ergibt sich, so erwägt das Gericht, dass dem unter d beantragten Verbot stattgegeben werden kann, sofern NSE binaries, in denen urheberrechtlich geschützte Werke oder Ausführungen enthalten sind, auf ihren spoolservern speichert und ihren Usern zur Verfügung stellt (Rechtserwägung 4.32).

### 3.2.4

Das Gericht hat darüber hinaus erwogen, dass der beantragten Anordnung auch das Versenden von binaries an andere USPs im Rahmen des Synchronisierungsprozesses unterliegt und dass deshalb die Frage bleibt, ob dieser Bestandteil der durch NSE gelieferten Dienstleistungen ein unerlaubtes Handeln von NSE gegenüber den bei Brein angeschlossenen Berechtigten ergibt, in dem Sinne, dass NSE dadurch gegen die gegenüber diesen Berechtigten zu beachtende Sorgfalt verstößt. Das Gericht stellt fest, dass ein sehr großer Teil der binaries illegalen Inhalt enthält und dass plausibel ist, dass NSE dies weiß. NSE verdient Geld mit den von ihr angebotenen Dienstleistungen, und sie bestreitet nicht, dass ein Abonnement bei ihren Wiederverkäufern gerade wegen der Verfügbarkeit des geschützten Inhalts interessant ist. Von einem NTD-Verfahren ist in diesem Fall nicht viel zu erwarten, weil die Artikel bereits anderen USPs

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

7

angeboten worden sind, bevor dieses Verfahren in Gang gesetzt worden ist. Der umfangreiche Verstoß macht ein Verbot notwendig, während die Einschränkung auf ein Verbot von binaries die Maßnahme verhältnismäßig macht, so erwägt das Gericht (Rechtserwägungen 4.34 bis einschließlich 4.40). Das Gericht hat NSE aus diesen Gründen auferlegt, einzustellen und eingestellt zu halten:

- die Registrierung von binaries auf ihren spoolservern, die (Teile von) geschützte(n) Werke(n) und/oder Ausführungen, Phonogramme(n) und/oder erste Registrierungen von Filmen von Mitgliedern von Brein enthalten, mit dem Ziel, diese binaries Dritten zur Verfügung zu stellen, ohne dass dafür die Zustimmung der Betroffenen bei Brein angeschlossenen Berechtigten erhalten worden ist;
- die Bereitstellung von binaries an Dritte im Rahmen von Usenet-Diensten, die (Teile von) geschützte(n) Werke(n) und/oder Ausführungen, Phonogramme(n) und/oder erste Registrierungen von Filmen von Mitgliedern von Brein enthalten, mit dem Ziel, diese binaries Dritten zur Verfügung zu stellen, ohne dass dafür die Zustimmung der Betroffenen bei Brein angeschlossenen Berechtigten erhalten worden ist, dies unter Androhung der Fälligkeit einer Zwangssumme, wenn sie die eben genannten Anordnungen nicht vollständig erfüllt.

### 3.2.5

Das Gericht hat schließlich die Prozesskosten zwischen den Parteien aufgeteilt, da diese gegenseitig zum Teil ins Unrecht gestellt worden sind

### 3.2.6

Brein hat ihre Anträge primär auf die Behauptung gegründet, dass NSE durch ihr Handeln selbstständig die Urheberrechte und verwandten Rechte der bei ihr, Brein, angeschlossenen Berechtigten verletzt. Das Gericht hat, wie oben angegeben, den von Brein beantragten Feststellungsurteilen und der von Brein beantragten Anordnung (zum Teil) aus diesem Grunde stattgegeben. Das Verbot wurde darüber hinaus (zum Teil) aufgrund des Handelns, verstoßend gegen die Normen der Sorgfalt, verhängt. NSE bestreitet mit ihren Berufungsgründen 16 bis einschließlich 22, dass sie selbstständig eben genannte Rechte verletzt. Sie beruft sich durch ihre Berufungsgründe 8 bis einschließlich 15 auf den Ausschluss ihrer Haftung gemäß Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch. Die Berufungsgründe 23 bis einschließlich 30 richten sich gegen das Urteil des Gerichts, dass NSE gegenüber den Berechtigten, verstoßend gegen die Sorgfalt, die im Geschäftsverkehr üblich ist, gehandelt hat. Der Gerichtshof wird zuerst die Berufungsgründe 16 bis einschließlich 22 behandeln.

## *Verletzung des Urheberrechts*

### 3.3.1

NSE führt durch Berufungsgrund 16 an, dass das Gericht (in Rechtserwägung 4.3) erst die Frage hätte beantworten müssen, ob ein Werk im Sinne des Autorengesetzes vorliegt, und ferner, dass dies nicht der Fall ist, da sie nur alphanumerische Nachrichten mit Fragmenten von Werken speichert und weiterleitet und keine Handlungen ausführt, um diese Fragmente zu einem vollständigen Werk umzuformen. Der Gerichtshof erwägt in Zusammenhang mit diesem Berufungsgrund Folgendes: Fest steht, dass NSE auf ihren Servern alphanumerische Nachrichten speichert und diese auch an andere Usenet-Provider weiterleitet, in denen auf kodierte Weise Fragmente von urheberrechtlich geschützten Werken gespeichert sind. NSE hat nicht bestritten, dass sie, anders als in der von ihr zitierten Rechtsprechung, jeweils eine Sammlung von Fragmenten, die ein vollständiges Werk enthalten, speichert und nicht nur einzelne Fragmente. Außerdem steht fest, dass über das Internet und für das allgemeine Publikum kostenlos

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

8

---

zugänglich Information und Software verfügbar ist, mit der ein Usenet-User die richtige Sammlung von gespeicherten alphanumerischen Nachrichten finden und diese zu einem Werk umformen kann. Der Gerichtshof ist mit dem Gericht einer Meinung, dass unter Beachtung dieser Umstände das Speichern und Weiterleiten von Werken durch NSE eine Tatsache sind. Dem tut kein Abbruch, dass die User diese Werke nur mithilfe von externen, nicht durch NSE bereitgestellten Daten und Software reproduzieren können, da diese Daten und Software schließlich allgemein zugänglich sind. Diesem Berufungsgrund ist kein Erfolg beschieden.

### 3.3.2

NSE beruft sich mit ihren Berufungsgründen 17 und 18 auf die vom Gericht abgewiesene Verteidigung, dass sie nicht in urheberrechtlich relevantem Sinne eine Veröffentlichung vornimmt, da sie nur die physischen Möglichkeiten zur Verfügung stellt, um eine Mitteilung zu ermöglichen oder auszuführen. NSE führt zu diesen Berufungsgründen Folgendes an: Nach europäischer Rechtsprechung muss bei einer Veröffentlichung eine Intervention vorliegen, die dazu führt, dass ein neues Publikum erreicht wird. Davon ist in diesem Fall keine Rede. Sie fördert keineswegs, dass Nachrichten eingestellt werden, geschweige, dass sie fördert, dass die eingestellten Nachrichten ein neues Publikum erreichen. Die Technik und die Software, die notwendig sind, um die Dateien zu kodieren und aufzuteilen und dann zu dekodieren und zusammenzufügen und zu downloaden, werden von ihr nicht angeboten. NSE trägt in diesem Zusammenhang darüber hinaus vor, dass sie selbst keine Beziehung mit Usenet-Usern hat, sondern nur mit einem begrenzten Kreis von Wiederverkäufern. Nach Angaben von NSE ist in diesem Zusammenhang nicht von Wichtigkeit, wovon das Gericht zu Unrecht ausgegangen ist, dass sie einen Unterschied zwischen Textartikeln und binaries macht, von den Textartikeln eine Kopie auf einen getrennten Server stellt und länger als während der Retentionszeit speichert, dass sie die Retentionszeit beeinflusst und dass sie header der Artikel auf einen getrennten Server stellt.

### 3.3.3

Das Gericht hat entschieden, dass NSE, sofern sie Artikel im Rahmen der Synchronisierung anderen USPs zur Verfügung stellt, keine Veröffentlichung vornimmt, da von einem neuen Publikum keine Rede ist, und dass NSE sehr wohl eine Veröffentlichung vornimmt, sofern sie die Artikel von ihren Servern aus Usern zur Verfügung stellt. Nur die letzte Entscheidung ist in Zusammenhang mit den betreffenden Berufungsgründen dem Urteil des Gerichtshofes unterworfen. Der Gerichtshof erwägt diesbezüglich Folgendes: NSE speichert die Nachrichten, die von den Usern des Usenet, das sind die Abonnenten ihrer Wiederverkäufer und die User, die Mitglied bei anderen Usenet-Providern angeschlossen sind, ins Usenet gestellt werden, und sorgt auch dafür, dass die Abonnenten von ihren Wiederverkäufern die auf ihren Servern gespeicherte Nachrichten erreichen können. In dem Sinne fördert NSE sehr wohl, dass die auf ihren Servern gespeicherten Nachrichten ein öffentliches Publikum erreichen, nämlich die Abonnenten ihrer Wiederverkäufer. Der von NSE gelieferte Dienst besteht schließlich gerade daraus, diesen Abonnenten Zugang zu den auf ihren Servern gespeicherten Artikeln zu verschaffen. Ohne den von NSE gelieferten Dienst hätten User, das neue Publikum, diesen Zugang nicht. Dies verhält sich nicht anders, weil nur die Wiederverkäufer (unter anderem USPs) Abonnements verkaufen, die Zugang zu den Servern von NSE bieten, und nicht NSE selbst. Es ist schließlich NSE, die Abonnenten ihrer Wiederverkäufer Zugang zu den auf ihren Servern gespeicherten Artikeln verschafft. Aus den Vorträgen von NSE ergibt sich nicht, dass die Wiederverkäufer dazu mehr beitragen als den Verkauf von Abonnements. Der Gerichtshof kommt ebenso wenig zu einer anderen Schlussfolgerung, zu dem von NSE angeführten Grund, dass diese User noch externe Software benötigen, um die binaries zu dekodieren und zu einer



Geschäftsnummer: 200.097.924/01

9

---

brauchbaren Datei zusammenzufügen, oder dass diese noch Software benötigen, um Artikel zu downloaden. NSE hat schließlich nicht der Tatsache widersprochen, dass die für diese Zwecke benötigte Software allgemein verfügbar ist. Das bewirkt, dass dieser Teil des technischen Verfahrens, das Downloaden und Umwandeln der binaries in eine für übliche Abspielapparatur zu verarbeitende Datei, im Rahmen dieser Beurteilung von unzureichendem Gewicht ist. Die durch NSE bestrittenen Gründe, aus denen das Gericht ihre Verteidigung verworfen hat, können im Folgenden undiskutiert bleiben. Die Verteidigung von NSE, dass sie kein neues Publikum erreicht, versagt schließlich schon aus den eben genannten Gründen. Die Berufungsgründe versagen insofern, dass in diesem Fall sehr wohl eine Intervention gegeben ist, die dazu führt, dass ein neues Publikum erreicht wird. Sofern sich NSE mit diesen Berufungsgründen auf den Schutz von Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch beruft, wird dies in die Diskussion der Berufungsgründe 8 bis einschließlich 15 miteinbezogen werden.

#### 3.3.4

Mit Berufungsgrund 19 trägt NSE vor, dass bezüglich der mithilfe von Synchronisierung oder peering von anderen USPs empfangenen Nachrichten keine Rede von einem neuen Publikum ist, weil dies vollautomatisch geschieht und mit der Funktion des Usenet inhärent und dafür notwendig ist. NSE führt dabei an, dass die Nachrichten im Usenet durch dessen Funktion für alle Usenet-User zugänglich sind. Auch diesem Berufungsgrund ist kein Erfolg beschieden. Schließlich bietet NSE den Abonnenten ihrer Wiederverkäufer, und somit einem neuen (Usenet-)Publikum, Zugang zu allen Nachrichten auf ihren Servern und somit auch zu diesen Nachrichten. Dass sich die Nachrichten auch auf den Servern anderer Usenet-Provider befinden und für die User dieser Provider zugänglich sind, ändert daran nichts.

#### 3.3.5

Berufungsgrund 20 beinhaltet, dass das Gericht zu Unrecht erwägt, dass NSE Urheberrechte der Mitglieder von Brein verletzt, wenn sie binaries, in denen geschützte Werke enthalten sind, ganz oder zum Teil Usern von ihren spoolservern aus zur Verfügung stellt. NSE trägt vor, dass keine urheberrechtlichen relevanten Veröffentlichungen gegeben seien, und verweist dazu auf ihre vorigen Berufungsgründe. Sofern NSE meint, auf die Berufungsgründe 16 bis einschließlich 19 zu verweisen, ist auch diesem Berufungsgrund kein Erfolg beschieden. Der Gerichtshof kommt bei der Diskussion der Berufungsgründe 8 bis einschließlich 15 auf die Frage zurück, ob NSE auf urheberrechtliche relevante Weise eine Veröffentlichung vornimmt.

#### 3.3.6

NSE beruft sich mit ihren Berufungsgründen 21 und 22 auf die Bestimmung von Paragraph 13a Aw. Sie trägt vor, dass die Speicherung der Nachrichten auf ihren Servern vorübergehender Art und notwendig sei, um ein technisches Verfahren zu ermöglichen. Die Retentionszeit von 400 Tagen ändert daran ihrer Meinung nach nichts. Es geht nicht darum, ob eine Reproduktion innerhalb einer kurzen Zeitspanne gelöscht wird, sondern ob der User Einfluss auf die Dauer der Speicherung hat, so trägt NSE vor. Der Gerichtshof weist die Berufung von NSE auf Paragraph 13a Aw ab. Die Speicherung der Nachrichten (auf den spoolservern) stellt keinen Teil eines technischen Verfahrens dar, das angewandt wird mit dem einzigen Ziel, wie es Paragraph 13a Aw fordert: dem Ermöglichen der Weiterleitung in einem Netzwerk zwischen Dritten oder die rechtmäßige Nutzung eines Werkes. Die Speicherung der Artikel während der Retentionszeit dient schließlich einem selbstständigen Zweck, nämlich der Bereithaltung der Artikel während dieser Zeit zwecks Zugangs für die Abonnenten der Wiederverkäufer von NSE. Dies liegt von den in Paragraph 13a Aw genannten Zielen zu weit entfernt. NSE hat ferner, auch im Berufungsver-

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

10

fahren, nicht, zumindest unzureichend bestritten, dass, wie Brein anführt, ein Abonnement bei ihren Wiederverkäufern gerade wegen der Verfügbarkeit einer großen Menge von Inhalt interessant ist. Daraus kann man ableiten, dass das Speichern von binaries während längerer Zeit, im Falle von NSE während einer Dauer von 400 Tagen, einen selbstständigen wirtschaftlichen Wert besitzt. Auch dies steht der Tatsache im Wege, dass sich NSE auf Paragraph 13a Aw berufen kann. Den Berufungsgründen 21 und 22 ist kein Erfolg beschieden.

### *Haftungsausschluss*

#### 3.4.1

Der Gerichtshof nimmt jetzt die Diskussion der Tatsache auf, dass sich NSE auf Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch beruft, wie erläutert im einleitenden Teil ihrer Berufungsbegründung und in ihren Berufungsgründen 8 bis einschließlich 15. NSE beruft sich primär darauf (Berufungsbegründung 178 bis einschließlich 183), dass sie Dienstleistungen der Informationsgesellschaft erbringt, die als „mere conduit“ angesehen werden können, sodass ihre Haftung aufgrund von Paragraph 6:196c Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch ausgeschlossen ist. NSE führt dazu an, dass sie Zugang zu einem Kommunikationsnetzwerk, dem Usenet, verschafft und Informationen, die von anderen stammen, automatisch weiterleitet (peering). Brein hat nicht bestritten, dass NSE Dienstleistungen der Informationsgesellschaft erbringt, wohl aber, dass die durch NSE erbrachten Dienstleistungen dem eben genannten Paragraphenabsatz unterliegen und dass NSE also der Schutz gemäß diesem Absatz zusteht, sich auf den genannt ist, beruft (Berufungserwiderung 270 bis einschließlich 282). Zweitens, so führt NSE an, sind ihre Dienstleistungen als „hosting“ zu bezeichnen, weshalb sie dem Schutz von Paragraph 6:196c Absatz 4 Bürgerliches Gesetzbuch unterliege (Berufungsbegründung 184 bis einschließlich 196). NSE führt in diesem Zusammenhang an, dass sie bezüglich der Information, die sie für ihre User speichert, keineswegs eine aktive Rolle spielt und dass sie ein gut funktionierendes NTD-Verfahren implementiert hat. Brein hat dies alles bestritten, wie im Folgenden anzugeben ist (Berufungserwiderung 283 bis einschließlich 300).

#### 3.4.2

Bei der Beurteilung der Tatsache, dass man sich auf den Haftungsausschluss beruft, geht der Gerichtshof davon aus, dass NSE, kurz zusammengefasst, die folgenden Dienstleistungen erbringt. NSE gibt den bei ihren Wiederverkäufern angeschlossenen Usern die Gelegenheit, Nachrichten ins Usenet zu stellen (upzuloaden). Stellt einer dieser User eine Nachricht ins Usenet, dann speichert NSE diese Nachricht auf ihren eigenen Servern und teilt dies einmalig (einem oder mehreren) anderen Usenet-Provider(n) mit, die diese Nachricht dann selbst auch speichern und wieder an andere Usenet-Provider weiterleiten (peering). Stellt ein User eines anderen Usenet-Providers eine Nachricht ins Usenet, dann empfängt NSE diese Nachricht von einem Usenet-Provider und speichert diese ebenfalls in ihrem eigenen Server (ebenfalls peering). Die bei den Wiederverkäufern von NSE angeschlossenen User können alle Nachrichten, die NSE auf die eben genannte Weise empfangen und auf ihren Servern gespeichert hat, suchen und dann downloaden.

#### 3.4.3

Sofern NSE die Nachrichten auf ihren Servern speichert, unterliegt ihre Dienstleistung nicht der Definition von Paragraph 6:196c Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch. Schließlich liegt dann ein Speichern von Information vor und nicht deren einfache Weiterleitung. Ebenso wenig kann man sagen, dass diese Speicherung ausschließlich für das einfache Weiterleiten von Information oder für die einfache Verschaffung von Zugang zu einem Kommunikationsnetzwerk gemäß Absatz 2 von Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch erfolgt. Das Speichern der Nachrichten während der Retentionszeit hat schließlich

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

11

---

zur Folge und dient auch dazu, dass die bei den Wiederverkäufern von NSE angeschlossenen User unter einer Menge von Nachrichten aussuchen können, was ihnen zum Nutzen ist, und auf Wunsch an einem von ihnen zu wählenden Zeitpunkt downloaden können, was sie wollen. Das ist von einer anderen Größenordnung als die einfache Weiterleitung von Information oder die einfache Verschaffung von Zugang zu einem Kommunikationsnetzwerk. Kennzeichnend dafür ist schließlich, dass die Information nach Weiterleitung oder Kommunikation ihren Nutzen verloren hat und daher entfernt werden kann und meistens auch tatsächlich entfernt werden wird. Das ist hier nicht der Fall, auch unter Beachtung der Dauer der Retentionszeit von 400 Tagen. Sofern eine Speicherung von Nachrichten auf ihren eigenen Servern gegeben ist, steht NSE daher auch nicht der Schutz von Paragraph 6:196c Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch zu. Dies gilt auch für die Nachrichten, die NSE während der Retentionszeit auf ihren Servern speichert, sofern diese von anderen Usenet-Providern stammen. Auch die Speicherung dieser Nachrichten überschreitet aus denselben Gründen, die oben genannt sind, den Inhalt von Paragraph 6:196c Absatz 2 Bürgerliches Gesetzbuch.

#### 3.4.4

Es läuft darauf hinaus, dass die Dienstleistungen, die NSE erbringt, sofern diese aus dem Anbieten von Zugang zu den auf ihren Servern gespeicherten Artikeln und der damit erteilten Möglichkeit, diese Nachrichten downzuloaden, bestehen, also Dienstleistungen, die NSE direkt an die bei ihren Wiederverkäufern angeschlossenen User liefert, nicht dem Schutz von Paragraph 6:196c Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch unterliegen. Bei der Lieferung dieser Dienstleistungen ist schließlich die Speicherung der Nachrichten ausschlaggebend, die durch ihre User und durch die User anderer Usenet-Provider zugeliefert worden sind, wobei diese Speicherung, wie oben erwogen worden ist, nicht dem genannten Schutz unterliegt.

#### 3.4.5

Der Gerichtshof ist der Meinung, dass die Weiterleitung der von ihren eigenen Usern übermittelten Nachrichten an andere Usenet-Provider sehr wohl eine Dienstleistung ist, die aus der Weiterleitung von von einer anderen Partei stammenden Information gemäß Paragraph 196c Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch besteht. Es sind die User, die die Initiative zum Uploaden von Nachrichten ins Usenet ergreifen. Dass NSE die Nachrichten dann an einen oder mehrere andere Usenet-Provider weiterleitet, ist Bestandteil der von ihr erbrachten Dienstleistung, nämlich eine Nachricht ins Usenet zu stellen, und kann nicht, wie Brein anführt, zu der Schlussfolgerung führen, dass NSE die Initiative dazu ergreift. Auch ist NSE nicht derjenige, der bestimmt, an wen die Information (letztendlich) weitergeleitet wird. Das ist schließlich die Aufgabe anderer Usenet-Provider, an die NSE die Information weitergeleitet hat. Ebenso wenig kann man sagen, dass NSE die weitergeleitete Information selektiert oder ändert. Der einfache Umstand, dass NSE die eingehenden Nachrichten auf Spam kontrolliert, wie Brein anführt, reicht dafür nicht aus. NSE trägt in diesem Zusammenhang, im Übrigen unwidersprochen, vor, dass dies ein automatisierter Prozess ist, wobei wiederholte Muster identifiziert werden, und dass sie die Nachrichten, die deutlich erkennbar Spam enthalten, nicht entfernt, sondern nur deren Aufnahme in die overviews der Newsgruppen bekämpft. Hieraus ergibt sich, dass die Weiterleitung von Nachrichten an andere Usenet-Provider von einer rein technischen, automatischen und passiven Art ist und dass NSE weder Kenntnis von den weitergeleiteten Daten noch eine Kontrolle über dieselben hat. Sofern NSE die von ihren Usern übermittelten Nachrichten an andere Usenet-Provider weiterleitet, steht ihr auch der Schutz von Paragraph 6:196c Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch zu.

#### 3.4.6

Der Gerichtshof ist darüber hinaus der Meinung, dass, sofern NSE Nachrichten, die von ihren eigenen Usern beziehungsweise von anderen Usenet-Providern (deren Usern) stammen, während der Reten-

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

12

---

tionszeit auf ihren Servern speichert, sie Dienstleistungen erbringt, die daraus bestehen, auf Antrag von einer anderen Partei stammende Information zu speichern, und dass sie im Prinzip, wenn sie die unter a und b genannten Bedingungen dieses Paragraphenabsatzes erfüllt, was diese Dienstleistungen angeht, dem Schutz von Paragraph 6:196c Absatz 4 Bürgerliches Gesetzbuch unterliegt. Brein hat dies bestritten, indem sie vorgetragen hat, dass NSE aus eigener Initiative beschlossen hat, Usenet-Dateien langfristig zu speichern, dass NSE die Retentionszeit bestimmt, also nicht der User, sondern NSE bestimmt, wann die Information entfernt wird, und darüber hinaus, dass anonyme User eine Tatsache sind. Brein hat, so erwägt der Gerichtshof, mit diesen Vorträgen unzureichend bestritten, dass die Speicherung der Nachrichten auf Antrag von Dritten stattfindet. Dem tut die Tatsache, dass diese Dritten anonym bleiben, keinen Abbruch, ganz gleich, was dabei weiter eine Rolle spielt: NSE hat angeführt, dass sie sehr wohl in der Lage ist, die Identität des posters einer Nachricht zu ermitteln, oder dass der User die von ihm übermittelte Nachricht offenbar nicht selbst entfernen kann. Brein hat ebenso wenig ausreichend angeführt, um die Schlussfolgerung ziehen zu können, dass NSE bezüglich der Nachrichten eine aktive Rolle innehat, in dem Sinne, dass sie dadurch Kenntnis von den von ihr gespeicherten Daten hat oder die Kontrolle über dieselben besitzt. Dazu ist unzureichend, dass NSE selbst die Retentionszeit bestimmt und der User nicht selbst die von ihm übermittelten Nachrichten entfernen kann. Ebenso wenig ist ausreichend, dass NSE offenbar in der Retentionszeit für Textnewsgroups und Newsgroups, die für binaries bestimmt sind, unterscheidet oder dass sie die Übersichten der Newsgroups auf getrennten Servern speichert. Das Entfernen der Nachrichten nach der Retentionszeit, auch wenn man offenbar nach der Art der Newsgruppe, in der die Nachrichten gespeichert worden sind, unterscheidet, ist schließlich, wie es sich aus den Vorträgen der Parteien ergibt, von einer technischen, automatischen und passiven Art. Dasselbe gilt für das Speichern der Übersichten auf getrennten Servern oder, wie bereits diskutiert worden ist, das Kontrollieren der Nachrichten auf die Existenz von Spam. Für eine andere Schlussfolgerung ist ebenso wenig entscheidend, dass NSE eine Suchfunktion anbietet, mit der man (Namen von) Usegruppen suchen kann. Brein hat nicht angeführt, dass, und hat nicht erläutert, weshalb man bezüglich irgendeiner dieser Handlungen die Schlussfolgerung ziehen kann, dass NSE dadurch Kenntnis von den von ihr gespeicherten Daten hat oder die Kontrolle darüber besitzt. Der Gerichtshof geht davon aus, dass, die o.a. Tatsachen auch in Zusammenhang gesehen, die betreffenden von NSE ausgeführten Dienstleistungen einen rein technischen, automatischen und passiven Charakter besitzen.

#### 3.4.7

NSE weist im Übrigen zurecht darauf hin, dass sich aus der Gesetzesgeschichte ausdrücklich ergibt, dass der Sinngehalt ist, dass die Dienstleistungen wie die, die NSE erbringt, ausgerichtet auf die Nutzung des Usenet, im Prinzip dem Schutz von Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch unterliegen. In der Erläuterung (Parlamentsdokumente II 2001/02, 28197, Nr. 3) wird schließlich darauf hingewiesen, dass sich die Weiterleitung oder Speicherung auf öffentlichen Informationsaustausch beziehen muss, zum Beispiel über Websites und Newsgroups, wobei der Gerichtshof davon ausgeht, dass mit dem letztgenannten das Usenet gemeint ist.

#### 3.4.8

Brein hat in Zusammenhang damit, dass sich NSE auf Paragraph 6:196c Absatz 4 Bürgerliches Gesetzbuch beruft, nicht angeführt, dass dieser dies nicht zusteht, weil sie nicht die in diesem Paragraphenabsatz unter a gestellte Bedingung erfüllt, dass sie von der Aktivität oder der Information mit einem rechtswidrigen Charakter keine Kenntnis hat. Sofern Brein in einem anderen Zusammenhang (insbesondere in Zusammenhang mit dem von Brein angeführten Handeln von NSE, verstößend gegen Sorgfaltsnormen) angeführt hat, dass ein überwiegender, zumindest substanzieller Teil der von NSE gespeicherten

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

13

---

Artikel /das Urheberrecht/ verletzendes Material enthält (die Parteien streiten übrigens über dessen Anteil an der gesamten gespeicherten Information, wozu unten mehr folgt) und dass NSE Kenntnis davon hat, ist der Inhalt dessen zu weit gefasst, um dies als Kenntnis im Sinne der eben genannten Bedingung zu bezeichnen. Brein führt in diesem Zusammenhang schließlich nicht an, dass NSE Kenntnis von spezifischen Artikeln mit einem rechtswidrigen Charakter oder von spezifischen Newsgruppen hat, die nur /das Urheberrecht/ verletzendes Material enthalten. In diesem Berufungsverfahren ist es nicht von Wichtigkeit, ob NSE billigerweise Kenntnis von der Aktivität oder Information mit einem rechtswidrigen Charakter *haben muss*. Schließlich spielt der Antrag auf Schadenersatz keine Rolle mehr.

#### 3.4.9

Brein hat aber bestritten, dass NSE die in denselben Paragraphenabsatz unter b gestellte Bedingung erfüllt, dass sie, sobald sie von der Aktivität oder Information mit einem rechtswidrigen Charakter Kenntnis hat oder billigerweise haben muss, prompt diese Information entfernen oder den Zugang dazu unmöglich machen muss. NSE hat vorgetragen, dass sie sehr wohl diese Bedingungen erfüllt, da sie ein automatisiertes NTD-Verfahren und per 26. Oktober 2010 auch ein Fast Track-Verfahren benutzt, wobei beteiligte Parteien, unter anderem Brein, ohne ein Eingreifen ihrerseits /Urheberrechte/ verletzende Nachrichten von ihren Servern entfernen können. NSE hat Brein aufgefordert, sich an diesem Fast Track-Verfahren zu beteiligen, aber Brein hat die Verhandlungen darüber abgebrochen (Berufungsbegründung 76 bis einschließlich 96, Plädoyer NSE 84 bis einschließlich 90). Brein bestreitet, dass es ein effektives NTD-Verfahren gibt. Sie führt dazu an, dass das NTD-Verfahren von NSE nicht vermeidet, dass das verletzende Material erneut upgeloadet wird, dass das verletzende Material vor einer Entfernung schon in Zusammenhang mit peering an andere Usenet-Provider weitergeleitet und die Anzahl an zu verarbeitenden Nachrichten auf 25 Stück pro Stunde maximiert worden ist. Sie hat per E-Mail ihres Rechtsanwaltes vom 28. April 2011 NSE mitgeteilt, dass sie nicht weiter mit NSE verhandeln will, da keine Aussichten auf ein reales und effektives Verfahren bestehen. Die Parteien hatten danach, so behauptet Brein, keinen Kontakt mehr. Brein bestreitet in diesem Zusammenhang, dass sie die von NSE als Beweisvorlage 54 vorgelegte E-Mail, datiert mit 29. April 2011, erhalten hat (Berufungserwiderung 111 bis einschließlich 132 und Plädoyer 38 bis einschließlich 44).

#### 3.4.10

Der Gerichtshof erwägt, dass die Bereitstellung eines effizienten NTD-Verfahrens im Prinzip ausreichend dafür ist, um die Bedingung von Paragraph 6:196c Absatz 4b Bürgerliches Gesetzbuch zu erfüllen. Schließlich läuft ein solches Verfahren darauf hinaus, dass der host nach einer Meldung eines Berechtigten (eines Vertreters desselben), dass verletzendes Material vorhanden ist, dieses Material sofort entfernt. Sofern Brein anführt, dass das von NSE angewandte Verfahren nicht effektiv ist, weil dieses nicht vermeidet, dass das verletzende Material erneut upgeloadet wird, folgt der Gerichtshof ihr in diesem Punkt nicht. NSE hat unbestritten vorgetragen, dass einmal unzugänglich gemachte Nachrichten nicht wiederum verfügbar werden können: durch verspätetes peering, durch eine Backup-Einrichtung oder dadurch, dass Nachrichten mit derselben Message-ID auf andere Weise erneut gespeichert werden. Das ist in diesem Zusammenhang ausreichend. Die gestellte Bedingung dafür, dass man sich auf einen Haftungsausschluss beruhen kann, beinhaltet nicht, dass der host nach einer Meldung einer Verletzung vermeiden muss, dass dasselbe verletzende Material jederzeit von einem willkürlichen User erneut upgeloadet wird. Die in Absatz 4 dieses Paragraphen 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch gestellte Bedingung

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

14

---

kann ebenso wenig so ausgelegt werden, dass NSE vermeiden muss, dass durch ihre User gepostete Nachrichten an andere Usenet-Provider weitergeleitet werden. Dieser Teil der von NSE gelieferten Dienstleistungen besteht schließlich aus der einfachen Weiterleitung von Information und unterliegt somit, wie bereits oben in Punkt 3.4.5 erwogen, dem Schutz des ersten Absatzes von Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch und nicht des vierten.

#### 3.4.11

Dass NSE nur eine maximale Anzahl von Meldungen von 25 pro Stunde verarbeiten soll, ist in diesem Zusammenhang, unter Beachtung des Gangs der Dinge, nicht ausschlaggebend. Brein hat nicht behauptet, dass sie NSE irgendwann tatsächlich mehr Meldungen pro Stunde angeboten und NSE sich geweigert hat, diese Meldungen zu verarbeiten. Sie hat ebenso wenig (ausreichend konkret) behauptet, sie habe NSE mitgeteilt, mehr Meldungen pro Stunde anbieten zu wollen, und NSE habe darauf so reagiert, dass sie daraus die Schlussfolgerung ziehen konnte, dass NSE diese Anzahl von Meldungen nicht, auch nicht innerhalb einer dafür zu setzenden angemessenen Frist, verarbeiten würde. In diesem Zusammenhang ist von Wichtigkeit, dass Brein einräumt, dass sie in der E-Mail ihrerseits vom 28. April 2011 über eine Höchstanzahl von Meldungen von 25 pro Tag geklagt hat, während NSE angeboten hatte, 25 Meldungen pro Tag zu verarbeiten, und dass die Parteien danach nach ihren Angaben keinen Kontakt mehr gehabt haben. Brein steht es unter Beachtung dieser Umstände nicht zu, sich auf das Fehlen eines effizienten NTD-Verfahrens wegen der seinerzeit von NSE genannten Höchstanzahl an zu verarbeitenden Meldungen zu berufen, wobei der Gerichtshof davon ausgeht, dass NSE diese Anzahl im Rahmen des Startens des Fast Track-Verfahrens genannt hat, also offenbar nicht als ein auch längerfristig definitiv anzuwendendes Maximum, das nicht mehr verhandelbar wäre. Die Schlussfolgerung aus all dem lautet, dass es NSE, was die Speicherung von Artikeln auf ihren Servern angeht, zusteht, sich auf ihren Haftungsausschluss gemäß Paragraph 6:196c Absatz 4 Bürgerliches Gesetzbuch zu berufen. Der Gerichtshof folgt Brein also nicht in ihrer Behauptung, dass NSE das Urteil, das sie dazu zwingt, zu filtern, sich selbst vorzuwerfen hat, weil sie nicht die Chance ergriffen hat, angemessene Maßnahmen zu ergreifen (Berufungserwiderung 96).

#### *Folgen für die Feststellungsurteile*

##### 3.5.1

Der Gerichtshof widmet sich jetzt der Frage, wie weit der Haftungsausschluss von NSE für die von ihr übermittelte und von ihr gespeicherte Information gemäß Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch geht. Diese Frage muss sowohl in Zusammenhang mit den von Brein beantragten und vom Gericht zugesprochenen Feststellungsurteilen gesehen werden als auch in Zusammenhang mit der von Brein beantragten und vom Gericht erlassenen Anordnung. Der Gerichtshof wird zuerst auf die Feststellungsurteile eingehen.

##### 3.5.2

Zwischen den Parteien steht fest, dass ein Teil der durch NSE weitergeleiteten und von ihr gespeicherten Artikel verletzendes Material enthält. Daher ist auch der Ausgangspunkt, dass feststeht, dass NSE für Dritte Dienstleistungen erbringt, die die Rechte von anderen verletzen, auch, so darf man annehmen, die Rechte von Mitgliedern von Brein, in dem Sinne, dass diese Dritten ohne Zustimmung geschützte Werke vervielfältigen und veröffentlichen, indem sie diese mithilfe der von NSE gelieferten Dienstleistungen ins Usenet stellen. Die Frage in Zusammenhang mit den Feststellungsurteilen lautet, ob NSE neben diesen Dritten als verletzende Partei zu gelten hat.

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

15

### 3.5.3

Der Gerichtshof stellt in Zusammenhang mit der Beantwortung dieser Frage fest, dass sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte juristische Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Handels, im Binnenmarkt (im Folgenden Richtlinie über elektronischen Handel genannt) in das niederländische Rechtssystem aufzunehmen, indem er (unter anderem) Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch in das Kapitel über die Haftung bei elektronischem Rechtsverkehr, das Bestandteil von Buch 6 des Bürgerlichen Gesetzbuches über unerlaubte Handlungen ist, aufzunehmen, wobei dieses Kapitel die Haftung bei unerlaubten Handlungen mehr oder weniger erschöpfend regelt. Daraus ergibt sich, dass mit dem Ausschluss einer Haftung infolge von Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch auch gemeint ist, dass derjenige, dem es zusteht, sich auf diesen Paragraphen zu berufen, nicht aufgrund dessen, dass er selbstständig die Rechte von anderen verletzt als jemand, der eine unerlaubte Handlung vornimmt, haftbar ist, alleine dadurch, dass er durch Dritte begangene Verstöße ermöglicht.

### 3.5.4

Diese Auslegung stimmt mit dem Ziel und Sinngehalt der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 über die Harmonisierung von bestimmten Aspekten des Urheberrechts und der verwandten Rechte in der Informationsgesellschaft (im Folgenden Autorenrichtlinie genannt) überein, wo im Vorspann unter Punkt 16 angegeben ist, dass diese Richtlinie, die den Zweck hat, eine Harmonisierung des Autorenrechts innerhalb der Europäischen Union zustande zu bringen, den Vorschriften in Zusammenhang mit der Haftung in der Richtlinie über elektronischen Handel keinen Abbruch tut, und dass die Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über die Handhabung geistiger Eigentumsrechte (im Folgenden die Handhabungsrichtlinie genannt), wo im Vorspann unter Punkt 15 steht, dass diese Richtlinie der Richtlinie über elektronischen Handel keinen Abbruch tut. Diese Verweise machen aber deutlich, dass die sich aus der Richtlinie über elektronischen Handel ergebenden Bestimmungen den nationalen Bestimmungen über den Schutz von Urheberrechten Grenzen setzen können, auch wenn die Notwendigkeit, diese Rechte zu schützen, beachtet wird. Dem steht übrigens nicht im Wege, dass die Richtlinie über elektronischen Handel und somit Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch Raum für das Ergreifen von Maßnahmen zum Schutz eben genannter Rechte offen lässt. Der Gerichtshof wird hierauf bei der Beurteilung der Grundlage der von Brein beantragten Anordnung zurückkommen.

### 3.5.5.

Die o.a. Anführungen bedeuten, dass es keinen Grund dafür gibt, den von Brein beantragten Feststellungsurteilen stattzugeben. Diese gehen schließlich davon aus, dass NSE als Partei, die einen Verstoß begangen hat, auch haftbar ist. Das angefochtene Urteil wird insoweit aufgehoben, und die Anträge in Zusammenhang mit den Feststellungsurteilen werden im Nachhinein abgewiesen. Die Berufungsgründe 8 bis einschließlich 15 und die Berufungsgründe 17 und 20, sofern man sich dadurch auf den betreffenden Gesetzesparagraphen berufen hat, sind insofern erfolgreich.

### *Folgen für die Anordnung*

### 3.6.1

Aus all dem kann man außerdem die Schlussfolgerung ziehen, dass ein(e) zu verhängende(s) richterliches Verbot oder Anordnung nicht auf die Haftung von NSE als Partei, die eine unerlaubte Handlung begangen hat, bestehend aus dem Begehen von Verstößen gegen die Rechte von Mitgliedern von Brein, gegründet sein kann. Das bedeutet jedoch nicht, dass in einem Fall, wie dem hier vorliegenden,

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

16

kein(e) Verbot oder Anordnung verhängt werden kann. Der fünfte Absatz dieses Paragraphen 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch beinhaltet schließlich, dass die Bestimmungen der vorigen Absätze nicht dem Erhalt eines richterlichen Verbots oder einer richterlichen Anordnung im Wege stehen. Das bedeutet, dass auch in dem Fall, in dem NSE aufgrund dieser vorigen Paragraphenabsätze nicht für die Verletzung der Rechte von anderen, wie der Gerichtshof geurteilt hat, haftbar ist, im Prinzip dennoch ein Verbot oder eine Anordnung verhängt werden kann. Der Gerichtshof ist jedoch, anders als das Gericht, der Meinung, dass dies nicht dazu führen kann, dass der Anordnung in der von Brein in ihrem Antrag formulierten Form - und vom Gericht, bis auf einige Punkte angepasst, zugesprochen - deshalb ohne weiteres stattgegeben werden kann. Die Bestimmung von Paragraph 6:196c Absatz 5 Bürgerliches Gesetzbuch wird schließlich durch Folgendes „verfärbt“.

### 3.6.2

Paragraph 26d Aw, durch Brein ausdrücklich in Zusammenhang mit der Berufung von NSE auf Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch (Berufungserwiderung 301) genannt, berechtigt den Richter dazu, um, auf Antrag des Berechtigten Zwischenpersonen, deren Dienste durch Dritte in Anspruch genommen werden, um eine Verletzung von Urheberrechten zu begehen, die Anordnung aufzuerlegen, die Dienstleistungen, die genutzt werden, um diese Verletzung zu begehen, einzustellen. Dieser Paragraph stellt die Umsetzung des dritten Satzes von Artikel 11 der Handhabungsrichtlinie dar. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 12. Juli 2011 in der Sache l'Oreal/eBay (C-324/09) bezüglich diesen dritten Satzes von Artikel 11 erwogen, dass die in diesen aufgenommenen Wörter „richterliche Anordnung“ sich wesentlich unterscheiden von den Wörtern „Anordnung auf Einstellung der Verletzung“, wobei die Anordnung gemäß dem ersten Satzes dieses Artikels an diejenigen, die ein geistiges Eigentumsrecht verletzen, gerichtet werden kann. Die Anordnung, die an jemanden, der eine Verletzung begeht, gerichtet wird, besteht logischerweise darin, dass es diesem verboten wird, die Verletzung fortzusetzen, während die Situation desjenigen, der die Dienstleistung erbringt, mit deren Hilfe die Verletzung begangen worden ist, komplexer ist und sich für andere Anordnungsarten eignet. Die Zuständigkeit, die gemäß dem dritten Satz von Artikel 11 der Handhabungsrichtlinie dem Richter erteilt wird, muss diesem die Möglichkeit bieten, der Zwischenperson zu befehlen, zweckmäßige Maßnahmen zu ergreifen, um nicht nur Verletzungen, die mithilfe der Dienstleistungen der Zwischenperson begangen werden, zu beenden, sondern auch, um neue Verletzungen zu vermeiden. Das nationale Recht muss so organisiert werden, dass das von der Handhabungsrichtlinie angestrebte Ziel erreicht werden kann. Die betreffenden Maßnahmen müssen sinnvoll und abschreckend sein. Die Anwendung der Bestimmungen muss ebenfalls die Beschränkungen achten, die sich aus der Richtlinie und aus den Rechtsquellen, auf die diese verweist, ergeben. Der Europäische Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang primär – Gerichtshof: siehe diesbezüglich den Vorspann der Handhabungsrichtlinie unter Punkt 15 – auf Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie über den elektronischen Handel hin, aus dem sich ergibt, dass die Maßnahmen, die von dem Erbringer von Dienstleistungen der Informationsgesellschaft verlangt werden, nicht aus dem aktiven Beaufsichtigen aller Daten eines jeden seiner Kunden bestehen können, um jede zukünftige Verletzung geistiger Eigentumsrechte zu vermeiden. Eine solche allgemeine Beaufsichtigungspflicht wäre außerdem unvereinbar mit Artikel 3 der Handhabungsrichtlinie, nach der die in dieser Richtlinie gemeinten Maßnahmen angemessen und verhältnismäßig sein müssen und nicht übertrieben kostspielig sein dürfen. Die Anordnungen dürfen, so schließt der Europäische Gerichtshof die Entscheidung ab, kein Hindernis für den legitimen Handelsverkehr schaffen.



Geschäftsnummer: 200.097.924/01

17

### 3.6.3

Mit Paragraph 6:196c Absatz 5 Bürgerliches Gesetzbuch wird, wie sich aus der Gesetzesgeschichte ergibt, angestrebt, jeweils den dritten Absatz der Artikel 12, 13 und 14 der Richtlinie über den elektronischen Handel umzusetzen, wobei diese Artikel die Befreiung von einer Haftung von „mere conduit“- , „caching“- und „hosting“-Dienstleistern regeln. Dieser dritte Absatz lautet jeweils, sofern von Wichtigkeit, dass der betreffende Artikel der Möglichkeit eines Gerichts keinen Abbruch tut, zu fordern, dass der Dienstleister eine Verletzung beendet oder vermeidet. Artikel 15 derselben Richtlinie lautet, dass bezüglich der Lieferung der in den Artikeln 12, 13 und 14 genannten Dienstleistungen die Mitgliedstaaten den Dienstleistern keine allgemeine Pflicht auferlegen, die Information, die sie weitergeben oder speichern, zu überwachen noch aktiv nach Tatsachen oder Umständen zu suchen, die auf ungesetzliche Aktivitäten hindeuten. Diese Artikel wurden bei der Umsetzung der Richtlinie über den elektronischen Handel in den Niederlanden nicht ausdrücklich kodifiziert. Der Gerichtshof ist der Meinung, auch vor dem Hintergrund der oben bereits zitierten Entscheidung l’Oreal/eBay und der darauf folgenden SABAM-Entscheidungen (C-70/10 und C-360/10), dass dies nicht im Wege steht, dass das/die in Paragraph 6:196c Absatz 5 Bürgerliches Gesetzbuch genannte Verbot oder Anordnung durch die in Artikel 15 der Richtlinie formulierte Regel begrenzt wird. Die Artikel 12, 13 und 14 der Richtlinie über den elektronischen Handel und somit ebenso Paragraph 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch, der diese Artikel umsetzen soll, können schließlich nicht losgelöst von der in Artikel 15 derselben Richtlinie angegebenen Begrenzung gesehen werden.

### 3.6.4

NSE beruft sich in ihren Berufungsgründen (noch immer die Berufungsgründe 8 bis einschließlich 15) darauf, dass die vom Gericht zugesprochene Anordnung eine allgemeine Aufsichtspflicht beinhaltet und ihr nicht auferlegt werden kann, da sie die Grenzen der Richtlinie über den elektronischen Handel und der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofs überschreitet. Nur unter spezifischen Bedingungen, und falls vom Gesetz vorgesehen, kann davon abgewichen werden, ergibt sich ihrer Meinung nach aus dem Vorspann dieser Richtlinie unter Nr. 49. NSE führt darüber hinaus an, dass sie der Anordnung nur nachkommen kann, indem sie alle eingehenden binaries auf unautorisierten Inhalt filtert, was unmöglich ist beziehungsweise keine angemessene und verhältnismäßige Maßnahme darstellt (siehe unter anderem die Berufungsgründe 9, 14 und auch Berufungsgrund 23).

### 3.6.5

Brein führt dagegen an, dass in spezifischen, deutlich umschriebenen Fällen sehr wohl eine Aufsichtspflicht auferlegt werden kann (Berufungserwiderung 319). Sie teilt aber nicht mit, weshalb dort ein spezifischer, deutlich umschriebener Fall vorliegt, in dem eine allgemeine Aufsichtspflicht per Gesetz vorgesehen ist, sodass der Gerichtshof dies unberücksichtigt lassen wird. Brein bestreitet weiter nicht, zumindest nicht ausdrücklich, dass NSE nur die vom Gericht verhängte Anordnung erfüllen kann, indem sie alle von ihren eigenen Usern geposteten und mithilfe von peering eingehenden binaries auf die Existenz von verletzendem Material filtert. Brein führt dabei an, dass das Filtern zwar möglich ist, dass NSE das aber nicht will. NSE hat mit ihr nie über irgendeine Form des Filterns sprechen wollen, trägt Brein vor.

### 3.6.6

Die vom Gericht verhängte Anordnung ist, so erwägt der Gerichtshof, nach ihren Formulierungen auf das Einstellen und Eingestellthalten von Verletzungen der Rechte von bei Brein angeschlossenen Berechtigten ausgerichtet und entspricht nicht der Rolle von NSE als Gewährerin des Dienstes, mit dessen Hilfe die Verletzung begangen worden ist, wobei diese Situation komplexer ist und sich für andere Anordnungsarten eignet. Der Standpunkt von sowohl NSE als auch Brein ist, dass NSE der vom Gericht

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

18

verhängten Anordnung nur nachkommen kann, wenn sie alle eingehenden binaries auf unerlaubten Inhalt filtert. Das heißt nach Meinung des Gerichtshofs, dass das Gericht NSE eine allgemeine Pflicht auferlegt hat, die Information, die sie weiterleitet und speichert, zu überwachen. Die vom Gericht erteilte Anordnung verstößt also gegen die Begrenzung der Befugnis zur Auferlegung eines Verbots oder einer Anordnung, die sich aus Artikel 15 der Richtlinie über den elektronischen Handel ergibt. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben, sofern das Gericht damit die angefochtene Anordnung verhängt hat. Insoweit haben auch die Berufungsgründe 8 bis einschließlich 15 Erfolg.

### 3.6.7

Den eben genannten Anführungen tut kein Abbruch, dass das Gericht die verhängte Anordnung auf binaries begrenzt hat und somit, so versteht der Gerichtshof es, die Textdateien aus der Pflicht von NSE zur allgemeinen Aufsicht herausgehalten hat. NSE hat unbestritten angeführt, dass auch Textnachrichten codierten Inhalt enthalten können und somit ebenfalls zu einer, möglicherweise verletzenden, binären Nachricht werden, zum Beispiel Nachrichten mit einer Abbildung, wie z. B. einem Unternehmenslogo oder einer elektronischen Visitenkarte, mit einem angehängten Dokument, wie z. B. einem powerpoint- oder Word- oder txt-Dokument, und Nachrichten, denen Screenshots, Log-Dateien, Fotos oder Videos angehängt sind. Hinzu kommt, dass es den Usern freisteht, binäre Nachrichten in die Usegruppen, die für Textnachrichten vorgesehen sind, hineinzustellen (Berufungsbegründung 143 bis einschließlich 145). Daher muss NSE auch, so wie der Gerichtshof das aufgrund verschiedener Gründe versteht, um die ihr vom Gericht auferlegte Pflicht zu erfüllen, alle eingehenden Artikel auf die Existenz von binärer Information filtern, um dann bei dem Teil der Artikel, der binäre Information enthält, was bei einem beträchtlichen Teil der Fall sein wird, zu prüfen, ob geschützte binäre Information vorliegt. Die Einschränkung der Anordnung ist unter Beachtung verschiedener Punkte von unzureichender Bedeutung, um die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die von dem Gericht verhängte Anordnung anders zu qualifizieren ist, als dass dies NSE eine allgemeine Pflicht auferlegt, die Information, die sie weiterleitet oder speichert, zu überwachen. Auch Berufungsgrund 31 hat Erfolg.

### 3.6.8

Zwischen den Parteien steht fest, dass auf jeden Fall ein substanzieller Teil der binären Artikel verletzendes Material enthält. Die Parteien debattieren über den exakten Prozentsatz an verletzendem Material und über die Relevanz der verschiedenen Untersuchungsmethoden, um einen Prozentsatz festzustellen. Brein geht aus von 80-90% an verletzendem Material. NSE beruft sich in diesem Zusammenhang auf ein von ihr als Beweisvorlage 49 vorgelegtes Gutachten von TNO<sup>3</sup> vom 13. Januar 2013. Aus diesem Gutachten soll sich ihren Angaben nach ergeben, dass in einer willkürlich gewählten Woche 6% von den in dieser Woche geposteten Nachrichten feststeht, dass sie verletzendes Material enthalten. Der Gerichtshof ist der Meinung, dass, auch wenn man von dem von NSE genannten Prozentsatz an verletzenden postings in einer willkürlichen Woche ausgeht, es ausreichenden Anlass dafür gibt, zu prüfen, welche angemessene Maßnahme NSE als Zwischenperson auferlegt werden muss, unter Beachtung, dass die vom Gericht verhängte Anordnung zu weit geht. Der Gerichtshof bemerkt, dass Grund dazu besteht, weil NSE eine Zwischenperson ist, deren Dienste von Dritten für das Begehen von Verstößen benutzt werden, und dass es dafür nicht erforderlich ist, anders, als NSE anführt, dass eine zusätzliche Normverletzung vorliegt, die zu einem unerlaubten Handeln vonseiten von NSE führt.

<sup>3</sup> Anm. d. Übers.: Bedeutung der Abk.: Niederl. Organisation für angewandte technische Forschung.

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

19

### 3.6.9

Der Gerichtshof wird, jetzt, wo davon ausgegangen werden kann, dass Brein mit der von ihr in ihrem Antrag formulierten und als zu weitgehend beurteilten Anordnung außerdem impliziert, keine weniger weitgehende, aber möglichst eine effektive Maßnahme zu beantragen, im Folgenden prüfen, welche Möglichkeiten es zur Verhängung einer weniger weitgehenden Anordnung gibt.

#### *Die zu verhängende Anordnung: NTD-Verfahren*

### 3.7.1

Eine auf jeden Fall angemessene Maßnahme, auch in Zusammenhang mit den Anforderungen von Paragraph 6:196c Absatz 4b Bürgerliches Gesetzbuch, ist die Anordnung, ein effektives NTD-Verfahren einzuführen. Die Effektivität einer solchen Maßnahme ist am Umfang zu messen, mit dem, und an der Geschwindigkeit, mit der verletzendes Material entfernt werden kann. Das bedeutet, dass NSE im Prinzip an die Anzahl der pro Zeiteinheit zuzuliefernden und verarbeitenden Mitteilungen, die der effektiven Entfernung von rechtswidrigem Material im Wege steht, kein Limit setzen darf. Die Verarbeitungskapazität muss daher auch mindestens größer sein als die Anzahl an neuen postings von verletzendem Material. Es muss auch möglich sein, die Menge an bereits vorhandenem verletzendem Material mit einer bestimmten Energie zu verringern. Die Geschwindigkeit zwischen Meldung und Entfernung muss darüber hinaus dasjenige erfüllen, was man im Markt als angemessen bezeichnen kann.

### 3.7.2

Der Gerichtshof sieht Anlass dafür, NSE zu befehlen, ein solches Verfahren einzuführen, unter Androhung der Fälligkeit einer Zwangssumme. Schließlich obliegt es NSE, zu ermöglichen, dass alle von Brein zu meldenden verletzenden Artikel prompt von ihren Servern entfernt werden. Es hat sich nicht gezeigt, dass NSE bereits Maßnahmen ergriffen hat, die sie dazu in die Lage versetzen. Aus den Vorträgen der Parteien ergibt sich, dass sie miteinander über die von NSE gegen eine Verletzung der Rechte von bei Brein angeschlossenen Berechtigten zu ergreifenden Maßnahmen verhandelt haben, unter anderem durch die Einführung eines effektiven NTD-Verfahrens. Diese Verhandlungen wurden, so steht zwischen den Parteien fest, durch Brein abgebrochen; nach Angaben von Brein, weil NSE nicht ihre angemessenen Anforderungen erfüllen wollte, nach Angaben von NSE ohne gute Gründe. Der Hintergrund für den Abbruch der Verhandlungen ist in diesem Zusammenhang jedoch nicht von Wichtigkeit: Auch ohne Fortschritt in diesen Verhandlungen kann von NSE gefordert werden, dass sie ein Verfahren ins Leben ruft, durch das sie in der Lage ist, die von Brein zu meldenden verletzenden Artikel effizient zu entfernen. NSE hat nicht vorgetragen, dass sie nach dem Abbruch der Verhandlungen die Entwicklung eines solchen Verfahrens fortgesetzt hat. Dass NSE ihre Aktivitäten inzwischen eingestellt hat, steht der Auferlegung eben genannter Maßnahme und ebenso wenig deren Unterstützung durch eine Zwangssumme nicht im Wege. Schließlich hat NSE nicht angeführt, dass sie ihre Aktivitäten nie mehr aufnehmen wird.

### 3.7.3

Das NTD-Verfahren betrifft von seiner Art her die von NSE gespeicherten Daten und nicht die Weiterleitung von Artikeln an andere Usenet-Provider im Rahmen von peering. Die Anwendung des Verfahrens auf die einfache Weiterleitung von Artikeln an andere Usenet-Provider ist nur sinnvoll, wenn NSE alle von ihren Usern geposteten und weiterzuleitenden Artikel zuerst Brein vorlegt, um dieser die Gelegenheit zu geben, das NTD-Verfahren in Betrieb gehen zu lassen, wonach NSE die mitgeteilten Artikel entfernt, bevor diese weitergeleitet werden. Ein solches Verfahren ist sehr weitgehend und beinhaltet durch die erforderliche Mitarbeit von NSE vor einem möglichen Bezug von Meldungen eine allgemeine

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

20

Aufsicht. Außerdem besteht weniger Anlass für die Verhängung einer solchen Maßnahme, weil dieser Teil der von NSE gelieferten Dienstleistungen als „mere conduit“ der Schutzbestimmung von Paragraph 6:196c Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch unterliegt, auf die sich NSE berufen kann, ohne die Anforderung einer prompten Entfernung von ihr bekannt gewordenem verletzendem Material. NSE hat außerdem unbestritten vorgetragen, dass es einfach – und effektiv – ist, um eine Meldung über die Existenz von (gespeicherter) verletzendem Material an mehrere Usenet-Provider gleichzeitig zu schicken (Berufungsbegründung 90), sodass eine effektiv funktionierende Alternative vorhanden ist. Die Anwendung eines NTD-Verfahrens auf die Weiterleitung von Artikeln an andere Usenet-Provider berührt außerdem nicht den Kern des Vorwurfes, den Brein NSE macht, nämlich, dass NSE ihren Betrieb so organisiert hat – lange Retentionszeit, schnelle Server –, dass sie illegalen Downloader (Gerichtshof: unter ihren eigenen Usern) optimale Möglichkeiten bietet. NSE soll damit ihr Modell zur Gewinnerzielung auf das Akquirieren von Kunden durch Sammeln und Anbieten von möglichst viel verletzendem Material organisiert haben. Der Kern dieses Vorwurfes liegt also in der Speicherung und der langfristigen Aufbewahrung von verletzendem Material - und daraus wirtschaftlichen Profit zu ziehen - und nicht in dessen Weiterleitung an andere Provider. Die Entfernung des Materials von den eigenen Servern, während dieses Material sehr wohl an andere Provider weitergeleitet wird, verstößt aber gerade gegen dieses von Brein unterstellte Gewinnerzielungsmodell: Die User von NSE würden sich schließlich schnell nach einem anderen Provider umsehen.

#### 3.7.4

NSE führt mit ihren Berufungsgründen 8 bis einschließlich 15 darüber hinaus an, dass die von dem Gericht verhängte Anordnung nicht die Anforderung von Angemessenheit und Subsidiarität erfüllt, dass das Gericht damit die fundamentalen Rechte der Usenet-User (Informationsfreiheit) verletzt hat, dass das Gericht die Anordnung zu Unrecht mit dem Grundrecht von NSE auf Unternehmerschaft abgeglichen hat, dass diese Anordnung in einer schweren Behinderung des Handelsverkehrs resultiert, dass die Unmöglichkeit, zu filtern, dem im Wege steht und dass die Anordnung gegen die Grundsätze von Neutralität verstößt. Das, was NSE hiermit angeführt hat, sofern nicht bereits in den o.a. Ausführungen miterwogen, und wie es sich auch ansonsten damit verhält, führt nicht zu anderen Urteilen als die, die oben genannt sind und braucht also nicht diskutiert zu werden.

#### 3.7.5

NSE führt darüber hinaus noch an, dass die vom Gericht verhängte Anordnung nicht effektiv ist, weil das Usenet immer noch existiert und das verletzende Material unvermindert verfügbar bleibt. Sofern NSE damit bezweckt, zu behaupten, dass auch ein NTD-Verfahren, mit ergänzenden Maßnahmen oder nicht, nicht effektiv ist, erwägt der Gerichtshof, dass diese Behauptung schon alleine aufgrund der Behauptung von NSE selbst keinen Erfolg hat, dass es einfach und effektiv ist, eine Meldung über verletzendes Material an mehrere Usenet-Provider gleichzeitig zu versenden.

*Die zu verhängende Anordnung: sonstige Maßnahmen*

#### 3.7.6

Brein hat angeführt, dass es (offenbar im Zusammenhang mit dem Filtern oder NTD) gröbere Methoden gibt, die, so versteht der Gerichtshof es, in der Bekämpfung von Verstößen weniger effektiv sind, die aber den umfangreichen Verstoß sehr wohl substantiell begrenzen können. Brein nennt Beispiele für

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

21

solche gröberen Methoden, die ihrer Meinung nach NSE wenig Mühe und Geld kosten würden (Berufungserwiderung 94 und 95), und nennt dabei unter anderem – der Gerichtshof gibt hier nur die ersten beiden Beispiele wieder, wobei diesem weiter keine Bedeutung beigemessen werden muss – das Blockieren von Hierarchien oder Newsgruppen, innerhalb deren (fast nur) geschütztes Material ausgetauscht wird, und das Filtern auf Namen von Newsgruppen, die evident auf den Austausch von urheberrechtlich geschütztem Material ausgerichtet sind. Brein hat diese Beispiele übrigens nicht, zumindest nicht auf deutliche Weise, konkretisiert.

### 3.7.7

NSE hat nicht ausdrücklich auf diese von Brein wiedergegebenen gröberen Methoden reagiert, möglicherweise weil Brein damit keine deutlichen Konsequenzen für ihren Antrag oder in Zusammenhang mit ihrem Antrag (dessen konkrete Formulierung) verbunden hat. NSE hat aber angeführt, dass es Usenet-Provider gibt, die Usern, die wiederholt urheberrechtlich geschütztes Material uploaden, eine Reihe von Warnungen übermitteln und diese letztendlich, wenn diese User mit dem Begehen von Verstößen nicht aufhören, von ihren Diensten ausschließen (Berufungsbegründung 97). Brein ist aber auf diese Methode ihrerseits erneut nicht ausdrücklich eingegangen.

### 3.7.8

Die Parteien haben also nicht, zumindest nicht erschöpfend, über spezifische Maßnahmen debattiert, die NSE zur Bekämpfung von Missbrauch ihrer Dienste, zusätzlich zu einem effektiven NTD-Verfahren, ergreifen könnte. Man kann aber aus dem allem die Schlussfolgerung ziehen, dass man sich, neben dem NTD-Verfahren, Maßnahmen ausdenken kann, die auf effektive Weise zu einer Verringerung der Existenz von verletzendem Material führen. NSE hat diesen von Brein allgemein vorgetragene Ausgangspunkt nicht bestritten. Im Gegenteil: Sie beschreibt selbst ein ihrer Meinung nach offenbar effektives Verfahren: das Ausschließen von wiederholt verstoßenden Usern. NSE hat darüber hinaus nicht angeführt, im allgemeinen Sinne, dass ergänzende Maßnahmen von ihr nicht gefordert werden können. Auch hat NSE nicht angeführt, dass sie bereits erschöpfende effektive Maßnahmen ergriffen hat: Sie teilt schließlich nur mit, durch Nennung eines Beispiels, dass andere Usenet-Provider die von ihr genannte Methode benutzen.

### 3.7.9

Am 27. März 2014 hat der Europäische Gerichtshof eine Entscheidung in der Sache UPC Telekabel Wien GmbH gegen Constantin Film Verleih GmbH c.s. (C-314/12) verkündet. Der Inhalt dieser Entscheidung, insbesondere die Beantwortung der dritten Frage, kann für den Umfang, den Inhalt und die Umschreibung von anderen NSE aufzuerlegenden Maßnahmen von Wichtigkeit sein. Weil die Parteien, wie angeführt, nicht erschöpfend über NSE aufzuerlegende Maßnahmen, zusätzlich zu dem NTD-Verfahren, debattiert haben und im hier laufenden Verfahren den Inhalt der eben genannten Entscheidung noch nicht haben zur Kenntnis nehmen können, wird der Gerichtshof ihnen die Gelegenheit geben, sich durch Urkunde zu den NSE zusätzlich zu einem effektiven NTD-Verfahren aufzuerlegenden Maßnahmen zu äußern. Dabei wird Brein als erstinstanzliche Klägerin als Erste einen Schriftsatz einreichen dürfen, wonach NSE durch Antwortschriftsatz reagieren darf.

Der Gerichtshof gibt den Parteien ausdrücklich zu bedenken, über die Art und die Effektivität der aufzuerlegenden Maßnahmen Rücksprache zu nehmen.

*Gegen die Sorgfalt verstoßendes Handeln*

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

22

3.8.1 Brein hat ihren Antrag in Zusammenhang mit der Verhängung einer Anordnung ersatzweise auf den Vortrag gegründet, dass NSE unerlaubt handelt, indem sie zwecks Erzielung wirtschaftlichen Gewinns ein Download-System aufrecht erhält, wobei große Mengen an geschütztem Material gespeichert und verbreitet werden, ohne dafür die Zustimmung der Berechtigten erhalten zu haben. Das Gericht hat dem Antrag durch die von ihm erteilte Anordnung, sofern sich diese auf die Bereitstellung von binaries an andere Usenet-Provider im Rahmen des Synchronisierungsprozesses bezieht, auf dieser Ersatz-Grundlage stattgegeben. Die Berufungsgründe 23 bis einschließlich 30 richten sich gegen dieses Urteil und gegen die Erwägungen, die dazu geführt haben. NSE führt dabei an, dass keine Rede von einem Handeln entgegen der gegenüber den Berechtigten zu beachtenden Sorgfalt ist und dass das Gericht sich von unrichtigen Annahmen über unter anderem das Usenet und über den Prozentsatz an illegalem Material hat leiten lassen.

### 3.8.2

Der Erfolg der Berufungsgründe 8 bis einschließlich 15 sowie 31 im eben genannten Sinne, die ersatzweise durch Brein angeführte Grundlage und der Sinngehalt der Berufungsgründe 23 bis einschließlich 30 führen dazu, dass der Gerichtshof prüfen muss, ob die Vorträge von Brein zu dem Urteil führen können, dass NSE gegen die gegenüber den bei Brein angeschlossenen Berechtigten zu beachtende Sorgfalt verstoßen hat und, falls ja, ob sich in dieser Tatsache ein Anlass finden lässt zu einer weitergehenden Anordnung, als gegen NSE als Zwischenperson, deren Dienste für das Begehen von Verstößen in Anspruch genommen werden, eine Anordnung zu verhängen, ohne dass eine zusätzlich Normverletzung vorliegt (siehe auch Rechtserwägung 3.6.8).

### 3.8.3

Der Gerichtshof erwägt, dass, sofern NSE als Bereitstellerin eines Dienstes der Informationsgesellschaft handelt, es ihr in Zusammenhang mit der von Brein angeführten ersatzweisen Grundlage zusteht, sich auf den Schutz von § 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch zu berufen. Der allgemein formulierte Vortrag, dass NSE zwecks Erzielung von wirtschaftlichem Gewinn ein Download-System aufrecht erhält, reicht daher auch nicht dafür aus, die Schlussfolgerung zu ziehen, dass NSE gegen die im Wirtschaftsverkehr zu beachtende Sorgfalt verstößt. Schließlich ist NSE im Prinzip nicht für die von den Usern ihrer Dienste begangenen Verstöße gegen die Rechte von Dritten verantwortlich. Brein hat keine Umstände angeführt, die dazu zwingen, von diesem Ausgangspunkt abzuweichen. Die Dienste, die NSE erbringt, wurden nicht ins Leben gerufen, um die verletzenden Handlungen zu ermöglichen, wie in den von Brein aus der existierenden Rechtsprechung zitierten Fällen. Dass die Dienste von NSE dafür zurzeit von Dritten allerdings in substanziellem Maße benutzt werden, ändert an sich hieran nichts. Schließlich kann diese Entwicklung dadurch bestritten werden, dass sich Brein und die bei ihr angeschlossenen Berechtigten auf § 64d Aw berufen können und dies jetzt auch getan haben, während es NSE, wie angeführt, zusteht, sich auf den Schutz von § 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch innerhalb der dort gesetzten Grenzen zu berufen. Brein hat ihrem Antrag nicht zugrunde gelegt, dass dieses erwogene System (letztendlich) durch die Art und Weise, wie NSE ihre Dienste erbringt, nicht effektiv sein wird und/oder dass NSE ein spezifischer Vorwurf - anders als oben bereits besprochen und verworfen - in Zusammenhang mit der Unterlassung des Ergreifens von ausreichenden Maßnahmen trifft. Sie trägt praktisch nur vor, dass der Missbrauch der von NSE gelieferten Dienstleistungen einen substanziellen Umfang angenommen hat und dass NSE immer noch ihre Dienstleistungen erbringt. Das reicht nicht aus, um die Schluss-

---

folgerung zu ziehen, dass NSE dennoch für den Missbrauch ihrer Dienste durch Dritte verantwortlich ist.

#### 3.8.4

Die von Brein in ihrer Klageerwiderung unter Punkt 146 angeführten Umstände reichen, auch im Zusammenhang betrachtet, ebenso wenig dafür aus, um die Schlussfolgerung zu ziehen, dass NSE trotz des Ausschlusses ihrer Haftung für die Verstöße von Dritten aufgrund von § 6:196c Bürgerliches Gesetzbuch gegen die Sorgfalt verstoßend gehandelt hat. Dass NSE ihre Dienste zum Erreichen von wirtschaftlichem Gewinn erbringt, dass sie weltweit der größte Usenet-Provider ist, dass sie eine lange Retentionszeit anwendet und schnelle Server besitzt, führt alles zusammen noch nicht dazu, dass die Erbringung ihrer Dienstleistungen rechtswidrig ist. Dabei ist von Wichtigkeit, dass es sich nicht gezeigt hat, dass das Marketing von NSE (zurzeit) darauf ausgerichtet ist, Entertainment content illegal oder nicht illegal downzuloaden, wie Brein in erster Instanz noch vorgetragen hat und von NSE bestritten worden ist.

#### 3.8.5

Brein trägt noch vor, dass die binaries „zu einem beträchtlichen Teil“ geschütztes Material enthalten und dass dies die Berechtigten in hohem Maße schädigt. Sie geht, so versteht der Gerichtshof es, von einem Prozentsatz zwischen 80 und 90 % aus. In den von Brein vorgelegten Untersuchungen werden verschiedene Prozentsätze an verletzendem Material genannt. NSE hat die Ergebnisse dieser von Brein vorgelegten Untersuchungen mit Gründen versehen bestritten und hat dabei unter anderem angeführt, dass die untersuchten Daten nicht repräsentativ sind. Sie legt darüber hinaus eine eigene Untersuchung vor, in der die Schlussfolgerung gezogen wird, dass 6 % des Materials verstoßender Art ist. Es steht also nicht fest, dass der von Brein genannte Prozentsatz richtig ist. Brein hat für die Tatsache Beweis angeboten, dass „die binaries substantiell verstoßend sind“. Eine Beweisvorlage (durch einen Sachverständigen oder durch mehrere Sachverständige) ist jedoch nur sinnvoll, wenn sich in den zu beweisenden Tatsachen ein Anlass für eine weitergehende Anordnung finden lässt als die, die bereits verhängt worden ist, aufgrund dessen dass NSE Zwischenperson ist, deren Dienste für das Begehen von Verstößen in Anspruch genommen werden. Brein wird die Gelegenheit gegeben werden, sich durch Vorlage eines Schriftsatzes dazu zu äußern. Sie wird dabei dasjenige berücksichtigen müssen, was diesbezüglich in den Erwägungen 3.8.3 und 3.8.4 erwogen worden ist. Brein wird auf jeden Fall eingehen müssen auf

(a) was, konkret ausgedrückt, das Objekt der Untersuchung sein müsste, umso mehr, weil NSE zurzeit keine Usenet-Dienstleistungen erbringt, (b) auf welche Weise bereits gegen NSE als Zwischenperson zu verhängende Maßnahmen berücksichtigt werden müssten und (c) welches Ergebnis zu welcher Schlussfolgerung führen muss. NSE wird die Gelegenheit erhalten, durch Antworturkunde zu reagieren.

#### 3.8.6

Der Gerichtshof wird sich die Entscheidung über die Berufungsgründe 23 bis einschließlich 30 vorbehalten.

### *Vorläufige Zusammenfassung*

#### 3.9.2

Die Parteien haben, bis auf dasjenige, was bereits in Rechtserwägung 3.8.5 besprochen worden ist, keinen Beweis für ausreichend konkrete Tatsachen angeboten, die, falls bewiesen, zu anderen Entscheidungen führen würden als die, die oben getroffen wurden. Der Gerichtshof wird daher die Beweisangebote insoweit unberücksichtigt lassen.

#### 3.9.3

Die Berufungsgründe 8 bis einschließlich 15 und 31 haben Erfolg, während die Berufungsgründe 17 und 20 nur zum Teil Erfolg haben. Über die Berufungsgründe 23 bis einschließlich 30, 32 und 33 wird noch

Geschäftsnummer: 200.097.924/01

24

---

entschieden werden. Im Übrigen haben die Berufungsgründe keinen Erfolg beziehungsweise bedürfen keiner Diskussion. Der Gerichtshof wird den Parteien die Gelegenheit geben, wie oben erwogen, sich durch Urkunde zu äußern und wird den Fall dazu an die Rolle verweisen. Jede weitere Entscheidung wird vorbehalten.

#### 3.9.4

Der Gerichtshof sieht Anlass, festzustellen, dass man gegen diese Zwischenentscheidung in Berufung gehen kann.

#### 4. Beschluss

Der Gerichtshof

verweist den Fall an die Rolle vom Dienstag, dem 30. September, für die Vorlage einer Urkunde seitens Brein mit dem oben in den Erwägungen 3.7.9 und 3.8.5 angegebenen Ziel, wonach NSE nach einer Frist von sechs Wochen eine Antworturkunde vorlegen kann;

bestimmt aufgrund von § 401a Absatz 2 Zivilordnung, dass gegen diese Zwischenentscheidung Berufung möglich ist.

Diese Entscheidung wurde am 27. Mai 2014 gesprochen von Mrs. D. Kingma, J.H. Huijzer und N. van Lingen, und vom Rollenrichter öffentlich verkündet am 19. August 2014.

/Gez. zwei unleserliche Unterschriften/

/Stempel mit der Inschrift:/  
im Auftrag J.H. Huijzer

---

Für die Richtigkeit und Vollständigkeit  
der vorliegenden Übersetzung  
aus der niederländischen Sprache.  
Köln, den 27. August 2014.