Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MACIEJ SZPUNAR
vom 8. Februar 2017 [1]

Rechtssache C-610/15

Stichting Brein
gegen
Ziggo BV,
XS4ALL Internet BV

(Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Raad der Nederlanden [Oberster Gerichtshof der Niederlande])

„Urheberrecht und verwandte Schutzrechte — Richtlinie 2001/29/EG — Art. 3 Abs. 1 — Öffentliche Wiedergabe — Begriff — Indexierungs-Website, die das Filesharing von geschützten Werken ohne Erlaubnis der Rechtsinhaber ermöglicht — Art. 8 Abs. 3 — Nutzung von Diensten eines Vermittlers durch einen Dritten zur Verletzung des Urheberrechts — Gerichtliche Anordnung“

Einleitung

1. „[T]he file being shared in the swarm is the treasure, the BitTorrent client is the ship, the torrent file is the treasure map, The Pirate Bay provides treasure maps free of charge and the tracker is the wise old man that needs to be consulted to understand the treasure map.“ [2]

2. Mit dieser urheberrechtlich schutzwürdigen Analogie erklärte der australische Richter Cowdroy die Funktionsweise von urheberrechtsverletzendem Filesharing mit Hilfe des Bittorrent-Protokolls [3]. Der Gerichtshof ist in der vorliegenden Rechtssache aufgerufen, die rechtlichen Grundlagen und den Umfang einer möglichen Verantwortlichkeit für diese von den „Kartenlieferanten“, d. h. von Websites wie The Pirate Bay (im Folgenden: TPB), begangenen Verstöße zu definieren. Bei TPB handelt es sich um eine Filesharing-Website, die die bedeutendsten und bekanntesten musikalischen und filmischen Werke enthält. Dieses Filesharing erfolgt unentgeltlich und führt bei den allermeisten dieser Werke zu einer Verletzung von Urheberrechten.

3. Die Europäische Kommission, deren Ansicht offenbar vom Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland geteilt wird, vertritt die Auffassung, dass die Verantwortlichkeit für derartige Websites eine Frage der Anwendung des Urheberrechts sei, die sich nicht auf der Ebene des Unionsrechts, sondern im Rahmen der internen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten lösen lasse. Ein solcher Lösungsansatz würde aber dazu führen, dass diese Verantwortlichkeit und letztlich der Umfang der

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — „Die miteinander geteilte Datei ist der Schatz, der Bittorrent-Client ist das Gefäß, die Torrent-Datei ist die Karte, die anzeigt, wo sich der Schatz befindet. The Pirate Bay liefert die Karten kostenfrei, und der Tracker ist der alte Weise, den es zu konsultieren gilt, wenn man die Karte richtig lesen will“ (freie Übersetzung).

3 — Urteil des Federal Court of Australia vom 4. Februar 2010, Roadshow Films Pty Ltd/iiNet Limited (Nr. 3) [2010] FCA 24, Rn. 70. Diese Passage wurde im Ausgangsverfahren auch von Herrn van Peursem, Generalanwalt beim Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande), angeführt.

Rechte der jeweiligen Inhaber von den sehr unterschiedlichen Lösungen in den verschiedenen nationalen Rechtssystemen abhinge. Dies würde aber das Ziel der relativ umfangreichen Rechtsetzung der Union im Bereich des Urheberrechts beeinträchtigen, das ja gerade darin besteht, den Umfang der Rechte der Urheber und der anderen Rechtsinhaber innerhalb des Binnenmarkts zu harmonisieren. Deshalb muss die Antwort auf die im Rahmen der vorliegenden Rechtssache aufgeworfenen Probleme meines Erachtens vielmehr im Unionsrecht gesucht werden.

4. Ferner ist vorab darauf hinzuweisen, dass sich die Problematik der vorliegenden Rechtssache nach meiner Auffassung grundlegend von der Problemstellung in zwei neueren Rechtssachen unterscheidet, die das Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken über das Internet betreffen und in denen die Urteile Svensson u. a.[4] und GS Media[5] ergangen sind. Denn diese Rechtssachen betrafen die sekundäre Verbreitung von Werken, die im Internet für eine Person bereits zugänglich waren, die den Online-Inhalt selbst herstellte, wohingegen der vorliegende Fall die originäre, sich im Rahmen eines Peer-to-peer-Netzes vollziehende Wiedergabe betrifft. Ich denke daher nicht, dass die Erwägungen des Gerichtshofs in jenen Fällen im Ausgangsverfahren unmittelbar Anwendung finden können.

Rechtlicher Rahmen

5. Art. 12 („Reine Durchleitung“ [„Mere conduit“]) der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“)[6] lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der darin besteht, von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln oder Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu vermitteln, der Diensteanbieter nicht für die übermittelten Informationen verantwortlich ist …

…

(3) Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern.“

6. Art. 14 („Hosting“) dieser Richtlinie hat folgenden Wortlaut:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Der Anbieter hat keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information, und, in Bezug auf Schadenersatzansprüche, ist er sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder

b) der Anbieter wird, sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt, unverzüglich tätig, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.

…

4 — Urteil vom 13. Februar 2014, C-466/12, EU:C:2014:76.

5 — Urteil vom 8. September 2016, C-160/15, EU:C:2016:644.

6 — ABl. 2000, L 178, S. 1.

(3) Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, oder dass die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen."

7. Art. 3 („Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände") Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft [7] bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten."

8. Art. 8 („Sanktionen und Rechtsbehelfe") Abs. 3 dieser Richtlinie bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden."

9. Art. 2 („Anwendungsbereich") Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums [8] bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt unbeschadet der besonderen Bestimmungen zur Gewährleistung der Rechte und Ausnahmen, die in der Gemeinschaftsgesetzgebung auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte vorgesehen sind, namentlich … in der Richtlinie 2001/29/EG, insbesondere in … Artikel 8."

10. Art. 11 („Gerichtliche Anordnungen") dieser Richtlinie sieht vor:

„… Unbeschadet des Artikels 8 Absatz 3 der Richtlinie 2001/29/EG stellen die Mitgliedstaaten ferner sicher, dass die Rechtsinhaber eine Anordnung gegen Mittelspersonen beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden."

Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen

11. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, Stichting Brein, ist eine Stiftung niederländischen Rechts, deren Hauptzweck der Kampf gegen die rechtswidrige Nutzung von Gegenständen ist, die vom Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten geschützt sind, sowie der Schutz der Interessen der Inhaber dieser Rechte in diesem Bereich.

12. Die Beklagten des Ausgangsverfahrens, die Ziggo BV und die XS4ALL Internet BV (im Folgenden: XS4ALL), sind Gesellschaften niederländischen Rechts, deren Tätigkeit insbesondere darin besteht, den Verbrauchern Zugang zum Internet zu bieten. Nach den in den schriftlichen Erklärungen von Stichting Brein enthaltenen Informationen handelt es sich bei ihnen um die zwei größten Internetzugangsanbieter auf dem niederländischen Markt.

7 — ABl. 2001, L 167, S. 10.

8 — ABl. 2004, L 157, S. 45.

13. Stichting Brein will Ziggo und XS4ALL auf der Grundlage der Vorschriften des niederländischen Rechts zur Umsetzung von Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29[9] aufgeben lassen, den Zugang der Empfänger ihrer Dienste zu den Internetadressen der TPB-Website, ein Instrument zur gemeinsamen Nutzung von Peer-to-peer-Dateien, zu sperren. Dieser Antrag wird darauf gestützt, dass mit Hilfe dieses Filesharing-Modells die Empfänger der Dienste der Beklagten des Ausgangsverfahrens durch die Nutzung ihrer Dienste schwerwiegende Urheberrechtsverletzungen begingen, indem sie Dateien mit Schutzgegenständen (hauptsächlich musikalische und filmische Werke) ohne die Erlaubnis der Inhaber dieser Rechte miteinander teilten.

14. Dieses Begehren, dem in erster Instanz stattgegeben wurde, wurde im Berufungsverfahren mit der Begründung zurückgewiesen, dass erstens nicht TPB, sondern die Empfänger der Dienste der Beklagten im Ausgangsverfahren die Urheberrechtsverletzungen begangen hätten und dass zweitens die beantragte Sperrung gegenüber dem angestrebten Ziel, nämlich dem wirksamen Schutz der Urheberrechte, unverhältnismäßig sei. Stichting Brein legte gegen dieses Urteil beim vorlegenden Gericht Kassationsbeschwerde ein.

15. Unter diesen Umständen hat der Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Stellt es eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 durch den Betreiber einer Website dar, wenn diese Website keine geschützten Werke enthält, aber ein System besteht, durch das für Nutzer Metainformationen über geschützte Werke, die sich auf den Rechnern von Nutzern befinden, indexiert und kategorisiert werden, so dass die Nutzer die geschützten Werke anhand dessen auffinden sowie hoch- und herunterladen können?

2. Falls die erste Frage verneint wird:

Bieten Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 und Art. 11 der Richtlinie 2004/48 eine Grundlage für eine Anordnung gegenüber einem Vermittler oder einer Mittelsperson im Sinne dieser Bestimmungen, der oder die Verletzungshandlungen Dritter in der in der ersten Frage beschriebenen Weise erleichtert?

16. Die Vorlageentscheidung ist am 18. November 2015 beim Gerichtshof eingegangen. Die Parteien des Ausgangsverfahrens, die spanische, die italienische, die portugiesische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Die Parteien des Ausgangsverfahrens, die spanische und die französische Regierung sowie die Kommission waren in der Sitzung vom 27. Oktober 2016 vertreten.

Würdigung

17. Mit seinen beiden Vorlagefragen stellt das vorlegende Gericht im Kern die Frage nach der Verantwortlichkeit der Betreiber von Indexierungs-Websites von Peer-to-peer-Netzen für Urheberrechtsverletzungen im Rahmen der Nutzung dieser Netze. Kann davon ausgegangen werden, dass diese Betreiber selbst diese Rechtsverletzungen begangen haben, was zu ihrer unmittelbaren Verantwortlichkeit führen würde (erste Frage)? Oder kann, auch wenn sie nicht unmittelbar verantwortlich sind, angeordnet werden, dass der Zugang zu ihren Internetseiten gesperrt wird, was, wie ich noch erläutern werde, das Vorliegen einer Form der mittelbaren Verantwortlichkeit verlangt (zweite Frage)?

9 — Nämlich Art. 26d der Auteurswet (niederländisches Urheberrechtsgesetz) und Art. 15 der Wet op de naburige rechten (Gesetz über verwandte Schutzrechte).

18. Ich beginne meine Würdigung mit einer kurzen Darstellung der Funktionsweise von Peer-to-peer-Netzen und ihrer Rolle im Rahmen der Verletzung von Urheberrechten.

Einleitende Bemerkungen – Peer-to-peer-Netze

19. Auch wenn das Internet als ein Netz von Rechnern konzipiert wurde, die unabhängig voneinander arbeiten, funktioniert die spektakulärste Hervorbringung des Internets, das World Wide Web, nach einem anderen Modell, nämlich einer als „Client-server"-System bezeichneten zentralisierten Architektur. Bei einem solchen Modell wird der Inhalt (in der Regel eine Webseite) auf einem Server gespeichert, der dann von den Nutzern mit Hilfe ihrer Rechner, den sogenannten „clients", und ihrer Client-Software (einem Internet-Browser) aufgerufen werden kann. Es lässt sich unschwer vorstellen, dass eine solche Architektur des World Wide Web die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Inhalte und den Kampf gegen illegale Inhalte relativ leicht macht: Es genügt, auf den Server zuzugreifen oder von dessen Administrator die Entfernung des als rechtswidrig eingestuften Inhalts zu erlangen. Ferner ist anzumerken, dass die Gesetzgebung zu den Dienstleistungen der Informationsgesellschaft, d. h. in erster Linie das Internet, besonders auf dieses Funktionsmodell ausgerichtet ist, indem sie insbesondere die Verantwortlichkeit der Vermittler für die Inhalte verneint, diesen aber auch bestimmte Kooperationspflichten im Kampf gegen illegale Inhalte auferlegt.

20. Peer-to-peer-Netze sind nach einem anderen Prinzip organisiert. In diesem Modell ist der Rechner eines jeden Nutzers, d. h. jeder Peer, nicht nur ein Client, der die Informationen erhält, sondern auch ein Server, der diese speichert und sie anderen Peers zur Verfügung stellt. Das Netz ist somit dezentralisiert (es gibt keine Zentralserver) und weist eine „variable Geometrie" auf, da allein die miteinander verbundenen Peer-Server zu einem bestimmten Zeitpunkt das Netz bilden (anders als das „traditionelle" Netz, in dem die Server in der Regel dauerhaft miteinander verbunden sind und in dem sich nur die Clients zeitweilig verbinden und trennen). Eine solche Konfiguration des Netzes bietet zahlreiche Vorteile, insbesondere im Hinblick auf die Optimierung der Nutzung von Speicherkapazitäten und der Datenübertragung. Ein solches Netz ist auch aufgrund seiner dezentralisierten Architektur gegenüber Attacken sowie Eingriffen von Sicherheitskräften oder Inhabern von Urheberrechten widerstandsfähiger. Insbesondere ist es schwierig, einen Inhalt auf einem Peer-to-peer-Netz zu beseitigen, da sich dieser auf unterschiedlichen Servern befindet, die zu verschiedenen natürlichen Personen in verschiedenen Ländern gehören.

21. Peer-to-peer-Netze können in unterschiedlichen Bereichen verwendet werden, wie z. B. im Bereich der Online-Nachrichtenvermittlung, der Telefonie, der Verbreitung von Software, ja sogar der militärischen Anwendungen. Die am weitesten verbreitete Nutzungsart ist jedoch das Filesharing.

22. Handelt es sich dabei ausschließlich um Dateien, die illegale Daten enthalten, wie z. B. Werke, die unter Verletzung von Urheberrechten miteinander geteilt werden? Nein. In Peer-to-peer-Netzen können Dateien unterschiedlicher Art miteinander geteilt werden, insbesondere Dateien, die Daten enthalten, die urheberrechtlich nicht geschützt sind, Werke, die mit Erlaubnis der Rechtsinhaber oder auch ihrer Urheber selbst verbreitet werden, Werke, deren Schutz (jedenfalls hinsichtlich der materiellen Rechte) bereits abgelaufen ist, oder auch Werke unter freier Lizenz.

23. Wenn ich die unbestrittenen Angaben von Stichting Brein recht verstehe, enthalten jedoch 90 % bis 95 % der im TPB-Netz miteinander geteilten Dateien geschützte und ohne Erlaubnis der Rechtsinhaber vertriebene Werke. Diese Zahlen gelten offenkundig für die Mehrheit der populären Peer-to-peer-Netze. Grund hierfür ist, dass die legalen Inhalte ihre eigenen Verbreitungskanäle haben, unabhängig davon, ob sie dem gewerblichen oder dem Amateurbereich (klassische Internetseiten, Online-Magazine, soziale Netze usw.) zuzuordnen sind. Dagegen werden die Peer-to-peer-Netze oftmals für die partnerschaftliche Teilung von Inhalten verwendet, die andernfalls der Öffentlichkeit nicht kostenfrei zur Verfügung stehen würden. Häufig verheimlichen die Administratoren dieser Netze diese Zielsetzung nicht einmal, da manche dieser Netzwerke nachweislich zu dem Zweck

geschaffen wurden, die als missbräuchlich betrachteten Urheberrechte zu umgehen [10]. Deshalb sind die Peer-to-peer-Netze seit ihrem ersten Auftreten Zielscheibe des Anti-Piraterie-Kampfes, vor allem in den Vereinigten Staaten, wo diese Netze schnell populär geworden sind. Der Napster-Service ist das erste große Peer-to-peer-Netz, das wegen Verletzungen von Urheberrechten aufgelöst wurde [11].

24. Nach Napster sind neue Generationen von Peer-to-peer-Netzen aufgetaucht. Gegenwärtig sind, zumindest was den europäischen Markt anbelangt, die Netze, die auf dem Bittorrent-Protokoll beruhen, am populärsten. Diese Technologie macht es möglich, mit Hilfe einer frei zugänglichen Online-Software (mit der Bezeichnung „Bittorrent-Client“) ein und dieselbe, in kleine Segmente aufgeteilte Datei von mehreren Peer-Computern herunterzuladen. Aufgrund dieser Fragmentierung der heruntergeladenen Datei sind die als Server operierenden Rechner der Peers, die das Herunterladen vornehmen (die sogenannten „seeders“), sowie ihre Internetverbindungen nicht überlastet, was ein schnelles Herunterladen relativ umfangreicher Dateien erlaubt. Da die Zahl der Peers, die dieselbe Datei besitzen und miteinander teilen, für die Schnelligkeit des Herunterladens entscheidend ist, wird bei der Bittorrent-Technologie jedes Segment der heruntergeladenen Datei gleichzeitig anderen Peers, die dieselbe Datei anfragen („leechers“), zum Herunterladen angeboten. Mit anderen Worten wird jeder Client-Rechner, der die Datei herunterlädt, automatisch ein Server, der diese anderen Peers zur Verfügung stellt.

25. Ich werde auf die technische Funktionsweise der Peer-to-peer-Netze nicht weiter eingehen, da sich insoweit ohne Schwierigkeiten detaillierte Beschreibungen finden lassen [12]. Denn wie in allen Rechtssachen, die Informationstechnologien betreffen, werden die Gesetzgebungs- und Gerichtsverfahren von der technischen Entwicklung problemlos überholt, was die Gefahr hervorruft, dass rechtliche Lösungen, die auf einem bestimmten technologischen *status quo* beruhen, schon vor ihrem Erlass obsolet werden [13]. Zur Entscheidung einer Rechtssache wie der vorliegenden ist daher meines Erachtens die rechtliche Substanz bestimmter Handlungen, unabhängig von den sie kennzeichnenden technischen Modalitäten, zu ermitteln. Aus dieser Sicht kommt es darauf an, welche Rolle Websites wie TPB beim Filesharing in Peer-to-peer-Netzen spielen.

26. Diese Rolle ist nämlich entscheidend. Die Nutzung aller Peer-to-peer-Netze beruht auf der Möglichkeit, die Peers zu finden, die für das Sharing der gewünschten Datei zur Verfügung stehen. Diese Informationen, die technisch die Form von Torrent-Dateien, Magnet-Links oder anderer Modelle haben, befinden sich auf Websites wie TPB. Diese Websites stellen nicht nur eine Suchmaschine, sondern oft auch, wie im Fall von TPB, in diesen Dateien enthaltene Werke-Indizes zur Verfügung, die nach bestimmten Kategorien, wie z. B. „100 best“ oder „die Neuesten“, geordnet sind. Es ist daher nicht einmal nötig, nach einem konkreten Werk zu suchen, sondern es genügt, wie bei einer Suche in einem Bibliothekskatalog (oder besser ausgedrückt in einer Audio- oder Videothek, da es sich hauptsächlich um Musik- und Filmwerke handelt) eine Auswahl unter den vorgeschlagenen Werken zu treffen. Diese Websites geben oft auch zusätzliche Informationen, insbesondere solche über die geschätzte Dauer des Herunterladens sowie die Zahl der Seeders und der Leechers, die in Bezug auf eine bestimmte Datei aktiv sind.

10 — So wurde z. B. TPB von den Mitgliedern von Piratbyrån geschaffen, einer urheberrechtsfeindlichen schwedischen Organisation.

11 — Urteil des United States Court of Appeals for the Ninth Circuit vom 12. Februar 2001, A&M Records, Inc./Napster, Inc. (239 F.3d 1004).

12 — Als erste Referenz lässt sich Wikipedia anführen, eine im Bereich des Internets in jeder Hinsicht verlässliche Quelle (Einträge „peer-to-peer“, „bittorrent“, „The Pirate Bay“). Vgl. auch Rn. 43 bis 78 der oben in Fn. 3 angeführten australischen Gerichtsentscheidung sowie Edwards, L., *The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, ein für die Weltorganisation für geistiges Eigentum erstelltes Dokument, das auf deren Website unter der Nr. WIPO-ISOC/GE/11/REF/01/EDWARDS abrufbar ist.

13 — So verfügt die TPB-Website seit der Einreichung des Vorabentscheidungsersuchens in der vorliegenden Rechtssache neben der Möglichkeit des Herunterladens von Dateien über eine Streaming-Option für die auf dem Peer-to-peer-Netz mit Hilfe einer neuen Software miteinander geteilten Werke. Diese Modalität ist von einem Vertreter von Stichting Brein in der Sitzung vorgestellt worden.

27. Somit ist es zwar, wie von den Beklagten des Ausgangsverfahrens geltend gemacht wird, theoretisch möglich, die Dateien, die für das Sharing in einem Peer-to-peer-Netz angeboten werden, aufzufinden, ohne über eine Website vom Typ TPB zu gehen, doch führt in der Praxis die Suche nach diesen Dateien in der Regel auf eine solche Website oder auf eine Website, die Daten mehrerer Peer-to-peer-Netze bündelt. Die Rolle von Websites wie TPB ist daher, jedenfalls für einen durchschnittlichen Internetnutzer, bei der Funktionsweise dieser Netze praktisch nicht zu umgehen.

Zur ersten Vorlagefrage

28. Mit seiner ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Umstand, dass der Betreiber einer Internetseite es ermöglicht, Dateien mit urheberrechtlich geschützten Werken aufzufinden, die für das Sharing in einem Peer-to-peer-Netz angeboten werden, indem er die zu diesen Dateien gehörenden Metadateien indexiert und indem er eine Suchmaschine zur Verfügung stellt, eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 darstellt.

29. Ich beginne die Prüfung dieser Frage mit einem kurzen Überblick über die Rechtsvorschriften und die Rechtsprechung zum Recht der öffentlichen Wiedergabe.

Recht der öffentlichen Wiedergabe

30. Was die Verbreitung ihrer Werke anbelangt, stand den Urhebern traditionell das ausschließliche Recht zu, zum einen die Verbreitung von Kopien dieser Werke und zum anderen deren Präsentation gegenüber einem Publikum, das am Ort der Präsentation anwesend ist, zu genehmigen oder zu verbieten. Typische Beispiele hierfür sind Konzerte und Theateraufführungen.

31. Das Aufkommen technischer Kommunikationsmittel – das erste war die Tonübertragung mittels Rundfunk – machte es erforderlich, die Rechte des Urhebers im Hinblick auf diese Möglichkeit der Verwertung ihrer Werke zu schützen. Dieses Recht wurde zum ersten Mal im Völkerrecht in Art. 11bis der Revidierten Übereinkunft von Bern zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (im Folgenden: Berner Übereinkunft) begründet [14]. Derzeit sieht Art. 11bis der Berner Übereinkunft in der Fassung der Akte von Paris vom 24. Juli 1971 in der geänderten Fassung vom 28. September 1979 das ausschließliche Recht der Urheber vor, die Rundfunksendung ihrer Werke oder die öffentliche Wiedergabe der Werke durch irgendein anderes Mittel zur drahtlosen Verbreitung ihrer Werke sowie die „sekundäre“ Wiedergabe des durch Rundfunk gesendeten Werkes, wenn diese Wiedergabe von einem anderen als dem ursprünglichen Sendeunternehmen vorgenommen wird, zu erlauben [15].

32. Diese Regelung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe wurde für die „lineare“ Wiedergabe (um insoweit die Terminologie der Richtlinie 2010/13/EU [16] zu übernehmen) geschaffen und insbesondere auf diese Wiedergabeart zugeschnitten. Bei diesem Wiedergabemodell wird das Signal zum Empfänger hin „gestoßen“ (daher der englische Ausdruck „push“), der das Signal nur zum Zeitpunkt seiner Ausstrahlung empfangen kann (oder nicht). Es lässt sich somit relativ leicht bestimmen, wann die Wiedergabe stattfindet, von wem sie ausgeht und wer ihre Empfänger sind, nämlich die Öffentlichkeit. Dies ist das klassische Funktionsmodell von Hör- und Fernsehfunk.

14 — Akte von Berlin von 1908.

15 — Die derzeit geltende Fassung von Art. 11bis der Berner Übereinkunft beruht auf der Akte von Brüssel vom 26. Juni 1948.

16 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (ABl. 2010, L 95, S. 1). Es handelt sich um eine zeitlich beschränkte lineare Wiedergabe, d. h. eine Wiedergabe, die nur zum Zeitpunkt der Sendung selbst empfangen werden kann (vgl. Art. 1 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2010/13).

33. Mit dem Aufkommen des Fernsehens auf Anforderung („video on demand“) und danach vor allem des Internets entstand eine neue Wiedergabeart, bei der der Inhalt der Wiedergabe nur den möglichen Nutzern zugänglich gemacht wird, die den Zeitpunkt und den Ort der Nutzung frei wählen können. Bei diesem Modell wird das Signal dem Nutzer erst zu dem Zeitpunkt übermittelt, zu dem er sich dafür entscheidet, den Inhalt zu empfangen („pull“). Umstritten war, ob dieses Verfahren dem Begriff der „öffentlichen Wiedergabe“ im Sinne der Berner Übereinkunft entsprach [17].

34. Die Berner Übereinkunft wurde, insbesondere zur Anpassung ihrer Bestimmungen an den technischen Fortschritt, durch den am 20. Dezember 1996 in Genf geschlossenen Urheberrechtsvertrag der Weltorganisation für geistiges Eigentum (im Folgenden: WCT-Vertrag) ergänzt [18]. Der Begriff der öffentlichen „Zugänglichmachung“ wurde in diesem Zusammenhang ausdrücklich eingeführt. Art. 8 des WCT-Vertrags sieht vor, dass die Urheber das ausschließliche Recht haben, die öffentliche drahtlose oder drahtgebundene Wiedergabe ihrer Werke zu erlauben, „einschließlich der Zugänglichmachung ihrer Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind“. Diese Bestimmung beschränkt sich somit nicht auf die Wiedergabe über Hör- oder Fernsehfunk, sondern erfasst jedes technische Wiedergabemittel. Ebenso wenig ist ihr Anwendungsbereich auf die lineare Wiedergabe beschränkt; vielmehr erfasst sie auch die Fälle, in denen der Inhalt für einen zeitversetzten Empfang zugänglich gemacht wird. Gerade diese Modalität der öffentlichen Wiedergabe ist im Fall des Internets und namentlich der Peer-to-peer-Netze von besonderer Bedeutung.

35. Art. 8 des WCT-Vertrags wurde durch Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29, um dessen Auslegung im Rahmen der vorliegenden Rechtssache ersucht wird, in Unionsrecht umgesetzt. Diese Bestimmung stellt eine nahezu wortgleiche Übernahme des WCT-Vertrags dar.

36. Die Richtlinie 2001/29 enthält jedoch weder eine Definition des Begriffs „öffentliche Wiedergabe“ noch eine solche des Begriffs der öffentlichen „Zugänglichmachung“. Deshalb musste der Gerichtshof die Aufgabe übernehmen, die Konturen dieser Definition zu umreißen. Nach der Rechtsprechung setzt die Feststellung einer öffentlichen Wiedergabe zweierlei voraus: einen Wiedergabeakt und die Präsenz einer Öffentlichkeit [19].

37. Was das erste Tatbestandsmerkmal anbelangt, hebt der Gerichtshof die zentrale Rolle des Urhebers der Wiedergabe und die Vorsätzlichkeit seines Handelns hervor. Dieser Akteur nimmt eine Wiedergabe vor, wenn er in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens tätig wird, um seinen Kunden Zugang zu einem geschützten Werk zu verschaffen, und zwar insbesondere dann, wenn ohne dieses Tätigwerden die Kunden das ausgestrahlte Werk grundsätzlich nicht empfangen könnten [20].

38. Zudem muss, wie ich oben ausgeführt habe, im Fall der öffentlichen Zugänglichmachung eines Werkes für den Empfang zu dem von den Empfängern gewählten Zeitpunkt der Wiedergabeakt unter Berücksichtigung der Besonderheit dieser Wiedergabeart beurteilt werden. Anders als bei der Wiedergabe, die auf Initiative ihres Urhebers erfolgt, kommt es im Fall der Zugänglichmachung nur potenziell und auf Initiative des Empfängers zur tatsächlichen Übermittlung des Werkes. Gleichwohl entsteht die Möglichkeit für den Inhaber der Urheberrechte, dieser Wiedergabe entgegenzutreten, zu eben dem Zeitpunkt der Zugänglichmachung, ohne dass es darauf ankommt, ob und wann die tatsächliche Übermittlung stattfindet [21].

17 — Vgl. insbesondere von Lewinski, S., Walter, M., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press 2010, S. 973 bis 980.

18 — Im Namen der Europäischen Gemeinschaft gebilligt durch den Beschluss 2000/278/EG des Rates vom 16. März 2000 (ABl. 2000, L 89, S. 6).

19 — Vgl. zuletzt Urteil vom 8. September 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

20 — Urteil vom 8. September 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, Rn. 35).

21 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Svensson u. a. (C-466/12, EU:C:2014:76, Rn. 19).

39. Hinsichtlich des zweiten Tatbestandsmerkmals, dem der Präsenz der Öffentlichkeit, bestehen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zwei Erfordernisse. Erstens muss sich die Wiedergabe an eine unbestimmte, aber bedeutende Zahl von möglichen Empfängern richten. Dieses Kriterium ist normalerweise erfüllt, wenn eine Website grundsätzlich allen Internetnutzern zugänglich ist [22].

40. Zweitens muss das Publikum, an das sich die in Rede stehende Wiedergabe richtet, ein „neues Publikum“ sein. Nach Ansicht des Gerichtshofs zur Zugänglichmachung über das Internet erfolgt die Wiedergabe nicht für ein neues Publikum, wenn sie ein Werk betrifft, das der Öffentlichkeit bereits auf einer anderen Internetseite frei zugänglich gemacht worden ist. Denn in einer solchen Situation richtet sich die Wiedergabe zumindest potenziell an dasselbe Publikum wie dasjenige, an das die ursprüngliche Zugänglichmachung gerichtet ist, also die Gesamtheit der Internetnutzer [23].

41. Diese Freiheit der Internetnutzer unterliegt jedoch einer Beschränkung. Nach Auffassung des Gerichtshofs ist bei der Anwendung des Kriteriums des neuen Publikums nicht das Publikum zu berücksichtigen, das tatsächlich Zugang zu dem Werk hat, sondern nur das Publikum, das der Inhaber der Urheberrechte bei der ursprünglichen Wiedergabe im Auge hatte. Wenn das Werk dagegen zwar zugänglich gemacht wurde, dies aber ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers geschah, hatte dieser kein Publikum im Auge, so dass in diesem Fall davon auszugehen ist, dass jede neue Zugänglichmachung notwendigerweise an ein neues Publikum gerichtet ist und daher als eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 angesehen werden muss [24].

42. Allerdings bedarf es dann keiner Prüfung, ob die Wiedergabe an ein neues Publikum gerichtet ist, wenn diese unter Verwendung einer spezifischen Technik erfolgt, also eines technischen Mittels, das sich von dem bei der ursprünglichen Wiedergabe verwendeten unterscheidet [25]. In einem solchen Fall liegt stets eine öffentliche Wiedergabe im Sinne der Richtlinie 2001/29 vor.

43. Diese Gesichtspunkte sind nun im Kontext von Peer-to-peer-Netzen zu würdigen.

Öffentliche Wiedergabe in Peer-to-peer-Netzen

44. Es ist nach meiner Ansicht nicht zu bestreiten, dass urheberrechtlich geschützte Werke der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, wenn sie in einem Peer-to-peer-Netz miteinander geteilt werden.

45. Erstens werden die Werke auf den Rechnern der Nutzer des Netzes derart zugänglich gemacht, dass sie jeder andere Nutzer herunterladen kann. Der Umstand, dass in dem Bittorrent-System die Dateien mit diesen Werken fragmentiert und in Segmenten von verschiedenen Rechnern heruntergeladen werden, ist ein bedeutungsloses technisches Detail, denn Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes ist nicht eine Datei, sondern das Werk. Die Werke werden in ihrer Gesamtheit zugänglich gemacht und an die Nutzer gesendet, die sie ebenfalls in ihrer Gesamtheit herunterladen, wenn es nicht zu einer technischen Störung kommt.

46. Zweitens bilden die potenziellen Nutzer eines offenen Peer-to-peer-Netzes wie des TPB-Netzes zweifellos eine unbestimmte und bedeutende Zahl von Personen.

22 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Svensson u. a. (C-466/12, EU:C:2014:76, Rn. 22).

23 — Vgl. Urteil vom 13. Februar 2014, Svensson u. a. (C-466/12, EU:C:2014:76, Rn. 24 bis 27).

24 — Urteil vom 8. September 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, Rn. 43).

25 — Urteil vom 7. März 2013, ITV Broadcasting u. a. (C-607/11, EU:C:2013:147, Rn. 39).

47. Schließlich ist drittens, unabhängig davon, dass es sich um eine spezifische Technik handelt, auch das Kriterium des neuen Publikums erfüllt, jedenfalls in Bezug auf die Werke, die ohne Zustimmung der Urheber miteinander geteilt werden. Denn wie ich bereits in Nr. 41 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt habe, muss das Kriterium des neuen Publikums danach beurteilt werden, welches Publikum der Urheber im Auge hatte, als er seine Zustimmung erteilte [26]. Hatte der Urheber eines Werkes nicht die Erlaubnis erteilt, dass dieses in einem Peer-to-peer-Netz miteinander geteilt wird, stellen die Nutzer dieses Netzes definitionsgemäß ein neues Publikum dar [27].

48. Es bleibt zu bestimmen, wer in einem Peer-to-peer-Netz die Personen sind, von denen die Zugänglichmachung der in diesem Netz miteinander geteilten Werke ausgeht: die Nutzer des Netzes oder der Betreiber einer Indexierungs-Website wie TPB.

49. Indem die Nutzer die Filesharing-Software (den Bittorrent-Client) auf ihren Rechnern installieren und starten, indem sie die Torrents an TPB liefern, die die Zurückverfolgung der auf ihren Rechnern vorhandenen Dateien ermöglichen, und indem sie diese Rechner in Betrieb lassen, damit sie in dem Netz arbeiten können, machen sie die in ihrem Besitz stehenden Werke den anderen Nutzern des Netzes vorsätzlich zugänglich.

50. Diese Werke wären aber ohne Websites wie TPB, die das Auffinden und den Zugang zu ihnen möglich machen, nicht zugänglich, und das Netz könnte entweder nicht funktionieren oder wäre jedenfalls wesentlich komplexer und ließe sich weniger effektiv nutzen. Die Betreiber dieser Websites organisieren somit das System, das den Nutzern den Zugang zu Werken ermöglicht, die von anderen Nutzern zur Verfügung gestellt werden. Ihre Rolle kann daher als notwendig eingestuft werden [28].

51. Es trifft zwar zu, dass sich eine solche Website darauf beschränkt, die Inhalte zu verzeichnen, die in dem Peer-to-peer-Netz enthalten sind, d. h. die Metadaten zu den Werken, die für das Filesharing durch die Netznutzer angeboten werden. Der Betreiber der Website hat somit grundsätzlich keinen Einfluss auf das Erscheinen eines bestimmten Werkes in diesem Netz. Er ist nur eine Mittelsperson, die es den Nutzern ermöglicht, die Inhalte peer-to-peer miteinander zu teilen. Daher kann ihm nicht die entscheidende Rolle bei der öffentlichen Wiedergabe eines bestimmten Werkes zugewiesen werden, solange er keine Kenntnis davon hat, dass das Werk widerrechtlich zugänglich gemacht wurde, oder soweit er nach Erlangung dieser Kenntnis redlich darauf hinarbeitet, diesen rechtswidrigen Zustand abzustellen. Hat der Betreiber jedoch Kenntnis von dem Umstand erlangt, dass die Zugänglichmachung unter Verletzung von Urheberrechten erfolgt ist, und wird er nicht tätig, um den Zugang zu dem in Rede stehenden Werk zu sperren, kann sein Verhalten so verstanden werden, dass damit die Fortsetzung der rechtswidrigen Zugänglichmachung dieses Werkes ausdrücklich erlaubt werden soll, und kann demnach als vorsätzlich angesehen werden.

52. Ich möchte betonen, dass diese Kenntnis des Website-Betreibers tatsächlich vorhanden sein muss. Das ist namentlich dann der Fall, wenn der Rechtsinhaber den Betreiber von der Rechtswidrigkeit der auf der Website enthaltenen Informationen ausdrücklich in Kenntnis gesetzt hat [29]. Es wäre daher nicht angemessen, auf eine solche Website eine Vermutung der Kenntnis dieses Umstands anzuwenden, wie sie der Gerichtshof im Urteil GS Media für Personen aufgestellt hat, die einen Hyperlink mit Gewinnerzielungsabsicht gesetzt haben [30]. Denn eine solche Vermutung würde dazu führen, den Betreibern von Indexierungs-Websites von Peer-to-peer-Netzen, die in der Regel mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden, eine allgemeine Pflicht zur Kontrolle der indexierten Inhalte aufzuerlegen.

26 — Vgl. insbesondere Urteile vom 13. Februar 2014, Svensson u. a. (C-466/12, EU:C:2014:76, Rn. 24), und vom 8. September 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, Rn. 37 und 42).

27 — Was auch implizit aus Rn. 43 des Urteils vom 8. September 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644), folgt.

28 — Siehe insoweit auch Nrn. 26 und 27 der vorliegenden Schlussanträge.

29 — Nach den sich aus den Akten ergebenden Informationen trifft dies auf die TPB-Website im Ausgangsverfahren zu.

30 — Urteil vom 8. September 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644, Rn. 51).

53. Das Handeln dieser Betreiber erfüllt damit die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Kriterien der Notwendigkeit und der Vorsätzlichkeit[31]. Es ist daher meines Erachtens davon auszugehen, dass auch diese Betreiber, gleichzeitig und zusammen mit den Netznutzern, Urheber der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke sind, die im Rahmen des Netzes ohne Erlaubnis der Inhaber der Urheberrechte miteinander geteilt werden, wenn sie sich dieser Rechtswidrigkeit bewusst sind und nicht tätig werden, um den Zugang zu diesen Werken zu sperren.

54. Auf die erste Vorlagefrage ist somit zu antworten, dass der Umstand, dass der Betreiber einer Internetseite es ermöglicht, Dateien mit urheberrechtlich geschützten Werken aufzufinden, die für das Filesharing in einem Peer-to-peer-Netz angeboten werden, indem er sie indexiert und indem er eine Suchmaschine zur Verfügung stellt, eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 darstellt, wenn dieser Betreiber Kenntnis davon hat, dass ein Werk im Netz ohne Erlaubnis der Inhaber der Urheberrechte zugänglich gemacht wird, und er nicht tätig wird, um den Zugang zu diesem Werk zu sperren.

Zur zweiten Vorlagefrage

Vorbemerkungen

55. Die zweite Vorlagefrage hat das vorlegende Gericht für den Fall gestellt, dass der Gerichtshof die erste Frage verneinen sollte, die nach meinem Vorschlag indes zu bejahen ist. Sollte der Gerichtshof meiner vorstehend dargelegten rechtlichen Würdigung nicht folgen, müsste die zweite Vorlagefrage geprüft werden. Ich werde daher eine Antwort auch auf diese zweite Frage vorschlagen.

56. Die zweite Vorlagefrage erwähnt sowohl Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 als auch Art. 11 der Richtlinie 2004/48. Nach Art. 2 Abs. 2 und, unmittelbarer, nach Art. 11 letzter Satz der Richtlinie 2004/48 gelten deren Bestimmungen jedoch unbeschadet der Bestimmungen der Richtlinie 2001/29 und insbesondere ihres Art. 8. Meines Erachtens folgt daraus, dass Art. 8 der Richtlinie 2001/29 für die von ihm erfassten Bereiche Vorrang gegenüber Art. 11 der Richtlinie 2004/48 hat. Infolgedessen ist allein Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 für die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage erheblich. Jedenfalls haben diese beiden Bestimmungen einen gleichartigen Regelungsgehalt.

57. Mit dieser zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen ist, dass er es ermöglicht, gegenüber einem Internetzugangsanbieter eine gerichtliche Anordnung zu erlassen, mit der diesem aufgegeben wird, seinen Nutzern den Zugang zu einer Indexierungs-Website eines Peer-to-peer-Netzes zu sperren, über die Verletzungen von Urheberrechten begangen wurden, auch wenn der Betreiber dieser Website selbst die Werke nicht öffentlich wiedergibt, die in diesem Netz zugänglich gemacht werden.

Anwendbarkeit der Maßnahmen gemäß Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 auf Websites wie TPB

58. Nach Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 können die Inhaber von Urheberrechten gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung ihrer Rechte genutzt werden.

59. Im Ausgangsverfahren steht fest, dass die Beklagten als Internetzugangsanbieter die Eigenschaft von Vermittlern im Sinne dieser Bestimmung haben.

31 — Urteil vom 8. September 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, Rn. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

60. Meines Erachtens ist auch klar, dass die Dienste dieser Vermittler von Dritten zur Verletzung von Urheberrechten genutzt werden. Denn es wurde festgestellt, dass bestimmte Nutzer dieser Dienste das Peer-to-peer-Netz nutzen, um dort Werke ohne Erlaubnis der Inhaber von Urheberrechten miteinander zu teilen. Dieses Filesharing stellt eine öffentliche Zugänglichmachung eines Werkes ohne Erlaubnis des Inhabers der Urheberrechte und infolgedessen eine Verletzung dieser Rechte dar.

61. Die Besonderheit des Ausgangsverfahrens ist darin zu sehen, dass die beantragte Maßnahme, nämlich die Sperrung des Zugangs zur TPB-Seite, nicht nur die Nutzer beeinträchtigt, die Verletzungen von Urheberrechten begehen, sondern auch die TPB-Seite, die den Nutzern, die über die Beklagten des Ausgangsverfahrens mit dem Internet verbunden sind, ihre Dienste nicht wird anbieten können.

62. Der Gerichtshof hat zwar die Möglichkeit einer solchen Maßnahme im Urteil UPC Telekabel Wien zugelassen [32]. Dort ging es jedoch darum, den Zugang zu einer Internetseite zu sperren, deren Betreiber selbst als derjenige angesehen wurde, der die Urheberrechtsverletzung begangen hatte. Die widerrechtlich öffentlich zugänglich gemachten Werke befanden sich nämlich auf der in Rede stehenden Internetseite und wurden von den Nutzern von dieser Website heruntergeladen. Unter diesen Umständen befand der Gerichtshof, dass der Betreiber dieser Website die Dienste des Internetzugangsanbieters der Personen, die diese Website konsultierten, zur Verletzung von Urheberrechten nutzte.

63. Die Situation unterscheidet sich deutlich von jener in der vorliegenden Rechtssache, in der zwar feststeht, dass TPB nicht selbst die Werke ohne Erlaubnis der Inhaber von Urheberrechten öffentlich wiedergibt, jedoch nicht festgestellt werden kann, dass TPB die Dienste der Internetzugangsanbieter der Nutzer des Peer-to-peer-Netzes zur Begehung von Verletzungen von Urheberrechten nutzt.

64. Der in Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 geregelte Fall setzt das Vorliegen eines Zusammenhangs zwischen dem Gegenstand der gerichtlichen Anordnung und der Urheberrechtsverletzung voraus. Eine Maßnahme der Sperrung einer Internetseite bedingt, dass die Verantwortlichkeit des Betreibers dieser Website für eine Urheberrechtsverletzung mit Hilfe von Diensten des Vermittlers, an den die gerichtliche Anordnung gerichtet ist, festgestellt wird. Unter dieser Bedingung hat dieser Betreiber im Sinne von Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 die Eigenschaft eines Dritten, der die Urheberrechte verletzt.

65. Wenn der in Rede stehende Betreiber nicht selbst die von dem Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers erfasste Handlung (z. B. die öffentliche Wiedergabe) durchführt, kann es sich nur um eine mittelbare Verletzung handeln. Da die Verantwortlichkeit für diese Art von Verstößen unionsrechtlich nicht harmonisiert ist, muss sie ausdrücklich im nationalen Recht vorgesehen sein. Es ist Sache des jeweiligen nationalen Gerichts, zu prüfen, ob in seinem innerstaatlichen Recht eine solche Verantwortlichkeit besteht.

66. Kann eine solche Verantwortlichkeit des Betreibers einer Indexierungs-Website in einem Peer-to-peer-Netz, in dem geschützte Werke ohne Erlaubnis der Inhaber der Urheberrechte miteinander geteilt werden, festgestellt werden, so ist davon auszugehen, dass dieser Betreiber die Dienste von Internetzugangsanbietern, deren Kunden die Dateien auf diesem Netz miteinander teilen, nutzt, in Analogie zu einer Person, die eine Verletzung von Urheberrechten selbst und unmittelbar begeht.

32 — Urteil vom 2. März 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192).

67. Diese Feststellung wird nicht durch den Umstand in Frage gestellt, dass eine Website wie TPB möglicherweise in die Kategorie der Erbringer von Hosting-Diensten fällt, deren Verantwortlichkeit für die gespeicherten Informationen gemäß Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 grundsätzlich ausgeschlossen ist. Dieser Ausschluss ist nämlich von bestimmten Voraussetzungen abhängig. Er wird nur gewährt, wenn der Anbieter keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der gespeicherten Informationen oder der Tätigkeit hat, die mittels dieser Informationen ausgeführt wurde, und unter der Voraussetzung, dass er, sobald er von der Rechtswidrigkeit Kenntnis erlangt, unverzüglich tätig wird, um die in Rede stehenden Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren.

68. Erfüllt der vermittelnde Dienstleister diese Voraussetzungen nicht, hatte er also Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der gespeicherten Informationen, ist aber nicht tätig geworden, um sie zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren, so kann er mittelbar für diese Informationen verantwortlich gemacht werden.

69. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Betreiber einer Indexierungs-Website eines Peer-to-peer-Netzes davon Kenntnis hatte oder davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass die von den Nutzern des Netzes gelieferten Torrent-Dateien es ermöglichten, die in diesem Netz ohne Erlaubnis der Inhaber der Urheberrechte zugänglich gemachten Werke miteinander zu teilen, und er nicht tätig geworden ist, um diese Dateien zu entfernen. Im Ausgangsverfahren steht aber fest, dass dies bei TPB der Fall ist. Art. 14 der Richtlinie 2000/31 steht damit der Annahme der Verantwortlichkeit von TPB für Urheberrechtsverletzungen, die sich aus dieser Zugänglichmachung ergeben, nicht entgegen.

70. Zu prüfen bleibt noch die Frage der Vereinbarkeit einer solchen Maßnahme mit den Grundrechten.

Vereinbarkeit der Sperrung des Zugangs zu einer Internetseite mit den Grundrechten

71. Die auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 ergriffenen Maßnahmen müssen mit den geltenden Grundrechten vereinbar sein [33]. Diese Frage hat der Gerichtshof im Urteil UPC Telekabel Wien [34] hinsichtlich einer Maßnahme, mit der angeordnet wurde, für die Nutzer der Dienste eines Internetzugangsanbieters die Möglichkeit zu sperren, eine Website zu konsultieren, deren Verantwortlichkeit für eine Urheberrechtsverletzung festgestellt worden war, umfassend gewürdigt. Der Gerichtshof hat die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme aus grundrechtlicher Sicht unter drei Voraussetzungen zugelassen [35].

72. Erstens muss der Dienstleister als Adressat der Anordnung die Wahl haben, welches technische Mittel er anwendet, um dieser Anordnung nachzukommen und sich mit dem Nachweis, dass er zu diesem Zweck alle angemessenen Maßnahmen getroffen hat, von seinen Verpflichtungen zu befreien. Es handelt sich dabei um Voraussetzungen, die im nationalen Recht geregelt sind und deren Erfüllung der Kontrolle durch die nationalen Gerichte unterliegt.

73. Zweitens dürfen die ergriffenen Maßnahmen den Internetnutzern nicht unnötig die Möglichkeit nehmen, in rechtmäßiger Weise Zugang zu den verfügbaren Informationen zu erlangen. Offenkundig nimmt aber eine Maßnahme der Sperrung einer bestimmten Website den Internetnutzern die Möglichkeit, Zugang zu den dort zur Verfügung stehenden Informationen zu erlangen, unabhängig davon, ob sie rechtmäßig sind oder nicht.

33 — Urteil vom 27. März 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, Rn. 45 und 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).

34 — Urteil vom 27. März 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, Rn. 46 bis 63).

35 — Urteil vom 27. März 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, Rn. 64).

74. Die Rechtmäßigkeit einer solchen Maßnahme muss nach meiner Auffassung von Fall zu Fall beurteilt werden, indem die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme und der daraus folgenden Entziehung des Zugangs zu Informationen gegenüber der Bedeutung und Schwere der über diese Website begangenen Verletzungen der Urheberrechte gewürdigt wird.

75. Zum Fall von TPB ist festzustellen, dass nach den von der Klägerin des Ausgangsverfahrens stammenden Informationen, die selbstverständlich vom vorlegenden Gericht übergeprüft werden müssen, mehr als 90 % der Dateien, die über diese Website zugänglich gemacht werden, Werke enthalten, die dem Publikum ohne Erlaubnis der Inhaber der Urheberrechte zugänglich gemacht werden. Darüber hinaus seien die Betreiber von TPB wiederholt von der Rechtswidrigkeit der Inhalte ihrer Website in Kenntnis gesetzt und aufgefordert worden, diese zu entfernen, was sie ausdrücklich abgelehnt hätten.

76. Nach meiner Auffassung ist unter diesen Umständen die sich aus der Maßnahme der Sperrung der TPB-Website ergebende Entziehung des Zugangs zu Informationen für die Internetnutzer gegenüber der Bedeutung und Schwere der auf dieser Website begangenen Urheberrechtsverletzungen verhältnismäßig. Meine Beurteilung beruht sowohl auf dem Anteil der rechtswidrigen Inhalte als auch dem Verhalten der Betreiber dieser Website. Das gilt umso mehr, als es in dem Fall, dass Werke rechtmäßig über ein Peer-to-peer-Netz miteinander geteilt werden, sehr wahrscheinlich ist, dass sie ebenso leicht und kostenfrei mit anderen Mitteln zugänglich sind oder leicht zugänglich gemacht werden können. Die Situation wäre völlig anders bei einer Internetseite, auf der die rechtswidrigen Inhalte nur marginal wären und deren Betreiber bei ihrer Beseitigung loyal zusammenarbeiten würden.

77. Selbstverständlich obliegt die abschließende Würdigung der Verhältnismäßigkeit der beabsichtigten Maßnahme den nationalen Gerichten.

78. Drittens schließlich muss die Maßnahme bewirken, dass unerlaubte Zugriffe auf die Schutzgegenstände verhindert oder zumindest erschwert werden und dass die Internetnutzer, die die Dienste des Adressaten der Anordnung in Anspruch nehmen, zuverlässig davon abgehalten werden, auf die ihnen unter Verletzung von Urheberrechten zugänglich gemachten Schutzgegenstände zuzugreifen. Anders ausgedrückt muss es Ziel der Maßnahme sein, die Verletzung von Urheberrechten gegenwärtig und für die Zukunft zu unterbinden, und die Maßnahme muss dieses Ziel angemessen wirksam verfolgen.

79. In der vorliegenden Rechtssache bezweifeln die Beklagten des Ausgangsverfahrens ernsthaft, dass die Maßnahme der Sperrung der TPB-Website wirksam ist. Zum einen halten sie diese Maßnahme für ineffizient, da dieselben Werke mit anderen Mitteln als über TPB im Internet aufgefunden und getauscht werden könnten. Zum anderen könne die Maßnahme der Sperrung einer Internetadresse von jedem geübten Internetnutzer leicht umgangen werden.

80. Es ist jedoch als Erstes anzumerken, dass es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht erforderlich ist, dass der Schutz des Rechts des geistigen Eigentums bedingungslos gewährleistet wird, d. h., dass die beabsichtigte Maßnahme zu einer vollständigen Sperre der Urheberrechtsverletzungen führt. Es genügt vielmehr, dass sie die Internetnutzer zuverlässig von der Begehung solcher Verletzungen abhält, indem sie diese erschwert [36]. Angesichts der Rolle von Internetseiten wie TPB für

36 — Urteil vom 27. März 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, Rn. 61 bis 63). Nach der Feststellung des Gerichtshofs erfüllt diese Kriterien auch eine Maßnahme, die nicht unmittelbar Verletzungen von Urheberrechten verhindert, sondern nur von den Nutzern verlangt, dass sie sich identifizieren, um Zugang zum Internet zu erlangen (Urteil vom 15. September 2016, Mc Fadden, C-484/14, EU:C:2016:689, Rn. 95 und 96).

das Funktionieren der Peer-to-peer-Netze erscheint es mir unbestreitbar, dass die Sperrung des Zugangs zu einer solchen Website die Mehrheit der Nutzer davon abhalten oder es ihr erschweren würde, die Werke, die über ein solches Netz zugänglich gemacht werden, aufzufinden und sie unter Verletzung der Urheberrechte herunterzuladen.

81. Als Zweites mindert der Umstand, dass andere Internetseiten als TPB dieselbe Rolle spielen können, keineswegs die Wirksamkeit der im Ausgangsverfahren beantragten Maßnahme, da gleichartige Maßnahmen beantragt werden können, um auch den Zugang zu diesen Websites zu sperren. Den Erwägungen der Beklagten im Ausgangsverfahren zu folgen, liefe auf das Eingeständnis hinaus, dass keine Maßnahme einen Gesetzesverstoß wirksam verhindern könnte, da stets neue Verstöße von anderen Personen begangen würden.

82. Schließlich ist als Drittes darauf hinzuweisen, dass eine sicherlich wirksamere Maßnahme, nämlich die uneingeschränkte Sperrung jeglichen Internetverkehrs in Bezug auf Werke, die rechtswidrig auf Peer-to-peer-Netzen miteinander geteilt wurden, dem Gerichtshof bereits zur Prüfung vorlag. Er hat eine solche Maßnahme mit der Begründung verworfen, dass sie gegenüber den Internetzugangsanbietern zu einschneidend ist und zu stark in die Rechte der Nutzer eingreift [37].

83. Würde man heute eine Maßnahme, die für die Dienstleister weniger einschneidend ist und die einen geringeren Eingriff in die Rechte der Nutzer darstellt, mit der Begründung verwerfen, sie sei nicht wirksam genug, wären die Internetzugangsanbieter letztlich *de facto* von ihrer Kooperationspflicht im Kampf gegen Urheberrechtsverletzungen befreit. Die in der Richtlinie 2000/31 vorgesehenen Ausnahmen im Bereich der Verantwortlichkeit der Vermittler stellen gemäß dem 41. Erwägungsgrund dieser Richtlinie eines der Elemente des Ausgleichs zwischen den verschiedenen Interessen dar. Im Rahmen dieses Ausgleichs wird von den Vermittlern im Gegenzug für diese Ausnahmen nicht nur das Fehlen jeglicher Mittäterschaft bei der Begehung von Gesetzesverstößen, sondern auch die Zusammenarbeit bei der gegenwärtigen und zukünftigen Verhinderung von Verstößen erwartet. Sie können sich dieser Verpflichtung nicht dadurch entziehen, dass sie je nach den Umständen entweder den zu einschneidenden Charakter der Maßnahmen oder deren Ineffizienz geltend machen.

84. Deshalb schlage ich dem Gerichtshof vor, falls er die erste Vorlagefrage verneinen sollte, auf die zweite Frage zu antworten, dass Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen ist, dass er es zulässt, gegenüber einem Vermittler eine gerichtliche Anordnung zu erlassen, um ihm aufzugeben, seinen Nutzern den Zugang zu einer Indexierungs-Website eines Peer-to-peer-Netzes zu sperren, wenn der Betreiber dieser Website gemäß dem nationalen Recht als verantwortlich für die von den Nutzern dieses Netzes begangenen Urheberrechtsverletzungen angesehen werden kann, vorausgesetzt, diese Maßnahme ist gegenüber der Bedeutung und Schwere der begangenen Urheberrechtsverletzungen verhältnismäßig, was vom nationalen Gericht zu prüfen ist.

Ergebnis

85. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) wie folgt zu antworten:

Der Umstand, dass ein Betreiber einer Internetseite es ermöglicht, Dateien mit urheberrechtlich geschützten Werken aufzufinden, die für das Filesharing in einem Peer-to-peer-Netz angeboten werden, indem er sie indexiert und indem er eine Suchmaschine zur Verfügung stellt, stellt eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft dar, wenn dieser

37 — Urteil vom 24. November 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, Rn. 38 bis 52).

Betreiber Kenntnis davon hatte, dass ein Werk im Netz ohne Erlaubnis der Inhaber der Urheberrechte zugänglich gemacht worden war, und er nicht tätig geworden ist, um den Zugang zu diesem Werk zu sperren.