



## KAMMERGERICHT BERLIN

### BESCHLUSS

Aktenzeichen: 9 W 119/08

Entscheidung vom 10. Juli 2009

In dem Verfahren

...,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte ... -

g e g e n

...,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte ... -

hat der 9. Zivilsenat des Kammergerichts Berlin ... Berlin, durch die Richter ..., ... nd ... beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Landgerichts Berlin vom 21. August 2008 ? 27 O 608/08 ? abgeändert und der Antragstellerin Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung unter Beiordnung von Rechtsanwalt P. für eine Klage mit den nachfolgenden Anträgen bewilligt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung von bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen die nachfolgend wiedergegebene Fotografie zu verbreiten und/oder verbreiten zu lassen, insbesondere auf der Internetseite unter ?www.p....de? zum Download anzubieten oder anbieten zu lassen.

2. Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin gegenüber Herrn Rechtsanwalt M. P. von der Zahlung der Gebühren für die außergerichtliche Vertretung in Höhe von 775,64 EUR freizustellen.

Gründe

I.

Die Antragstellerin begehrt Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Unterlassungsklage, mit der sie Ansprüche wegen der Verletzung ihres Rechtes am eigenen Bild geltend machen will. Der Antragsgegner betreibt unter den Domains ?p....de? und ?p....com? eine Internet-Plattform, welche dem Austausch von Fotodateien zwischen gewerblichen und privaten Nutzern dient. Von dem Entgelt, welches für den Download einer Fotodatei und den Erwerb der dazugehörigen Nutzungsrechte zu entrichten ist, behält der

Antragsgegner 40 % ein, den verbleibenden Anteil leitet er an den Nutzer weiter, der die Fotodatei in die Plattform eingestellt hat.

Im Jahr 2002 veröffentlichte eine Bekannte der Antragstellerin ohne deren Wissen und Einverständnis ein Foto, auf dem die Antragstellerin im Porträt abgebildet war, auf den Internetseiten des Antragsgegners. Zu dem damaligen Zeitpunkt ging der Upload einer Fotodatei vollautomatisch vonstatten, ohne dass der Antragsgegner hierauf Einfluss nahm. Mittlerweile hat er jedoch der Veröffentlichung jeder einzelnen Fotodatei ein Auswahl- und Prüfungsverfahren vorgeschaltet. Aufnahmen, welche in technischer oder künstlerischer Hinsicht nicht seinen Vorstellungen entsprechen, werden danach von einer Veröffentlichung ausgenommen.

Nachdem die Antragstellerin im August 2007 von der Veröffentlichung ihres Fotos auf der Internet-Plattform erfahren hatte, nahm sie den Antragsgegner auf Unterlassung in Anspruch. Darauf entfernte dieser zwar die betreffende Fotodatei von seinen Internetseiten, die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung lehnte der Antragsgegner jedoch ebenso ab wie die Erstattung der außergerichtlichen Anwaltskosten. Den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine hierauf gerichtete Klage hat das Landgericht mit der angefochtenen Entscheidung zurückgewiesen.

II.

Die gemäß §§ 127 Abs. 2. S. 2, 567 ff. ZPO zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat auch in der Sache Erfolg. Entgegen der Auffassung des Landgerichts lässt sich eine Erfolgsaussicht der beabsichtigten Klage nicht von vornherein verneinen. Da die Rechtsverfolgung auch nicht mutwillig erscheint und die Antragstellerin nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage ist, die Kosten der Prozessführung aufzubringen, war ihr gemäß § 114 S. 1 ZPO Prozesskostenhilfe zu bewilligen.

Die beabsichtigte Klage bietet hinreichende Aussicht auf Erfolg i. S. d. §114 ZPO. Die an die hinreichende Erfolgsaussicht zu stellenden Anforderungen dürfen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art 20 Abs. 3 GG nicht überspannt werden (vgl. BVerfG NJW 2003, 1857,1858). Die hinreichende Erfolgsaussicht einer Klage ist daher schon dann zu bejahen, wenn der Rechtsstandpunkt des Antragstellers auf Grund seiner Sachdarstellung und der eingereichten Unterlagen zumindest vertretbar ist und in tatsächlicher Hinsicht mindestens die Möglichkeit der Beweisführung besteht (vgl. BGH NJW 1994, 1160). Insbesondere wenn - wie hier - die Klärung schwieriger, bislang ungeklärter Rechtsfragen entscheidungserheblich ist, darf die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Klage nicht verneint werden (vgl. BVerfG NJW-RR 1993, 1090).

1. Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht dem von der Klägerin gemäß §§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. m. §§ 823 Abs. 1 und 2 BGB, 22 f. KUG, Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht die Rechtsprechung des BGH zu Internet-Versteigerungen (BGHZ 158, 236 = NJW 2004, 3102; BGH, NJW 2007, 2636) entgegen.

a. Es erscheint bereits zweifelhaft, ob sich der vom BGH für Markenrechtsverletzung im Zusammenhang mit Internet-Auktionen entwickelte (eingeschränkte) Störerbegriff auf den hier zur Entscheidung stehenden Sachverhalt übertragen lässt. Bei der Angebotsbeschreibung eines Anbieters, der sich einer für Fremdauktionen eingerichteten Internet-Plattform bedient, handelt es sich aus Sicht des Betreibers der Plattform nicht um eigene Informationen, für die er gemäß § 7 Abs. 1 TMG (§ 8 Abs. 1 TDG a. F.) nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich ist. Vielmehr sind dies fremde Informationen i. S. von § 10 S. 1 TMG (§ 11 S. 1 TDG a. F.), für die der Betreiber der Plattform nur unter den dort genannten Voraussetzungen haftet (vgl. BGHZ 158, 236, 246 = NJW 2004, 3102). Zwar finden die in § 10 TMG bzw. § 11 TDG a. F. vorgesehenen Haftungsprivilegierung auf Unterlassungsansprüche keine unmittelbare Anwendung. Um die Störerhaftung dennoch nicht über Gebühr auf Dritte zu erstrecken, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben, stellt der BGH eingrenzend auf das Kriterium einer dem Mitstörer zumutbaren Prüfungspflicht ab (BGHZ 158, 236, 251 f. = NJW 2004, 3102; BGH, NJW 2007, 2636, 2639). Demjenigen, der als Störer in Anspruch genommen wird, steht danach ausnahmsweise der Einwand offen, dass ihm im konkreten Falle eine Prüfungspflicht etwa weil der Störungszustand für ihn nicht oder nur mit

unverhältnismäßigem Aufwand zu erkennen war ? entweder überhaupt nicht oder nur eingeschränkt zuzumuten ist (vgl. Heckmann, Internetrecht, 2007, vor Kap. 1.7 Rn. 77).

Die mit dieser Rechtsprechung verbundenen Einschränkungen des Störerbegriffs ließen sich auf den vorliegend geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach §§ 823 Abs. 1 und 2 BGB, 22 f. KUG, Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG nur dann übertragen, wenn es sich bei der veröffentlichten Fotodatei um eine für den Antragsgegner fremde Information i. S. von § 10 S. 1 TMG (§ 11 S. 1 TDG a. F.) gehandelt hätte. Hieran bestehen jedoch erhebliche Zweifel. Zwar liegt keine originär eigene Information des Antragsgegners vor, weil die Bilddatei nicht von ihm erstellt worden ist, sondern durch einen Dritten in die Datenbank eingestellt wurde. Allerdings können ursprünglich fremde Informationen auch dann als ?eigene? i. S. von § 7 Abs. 1 TMG (§ 8 Abs. 1 TDG a. F.) zu werten sein, wenn sich der Diensteanbieter diese zu eigen gemacht hat (KG, KGR Berlin, 2005, 55; OLG Köln, NJW-RR 2002, 1700; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 910 f.; Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, 6. Aufl., Rn. 748). Ein solches Zueigenmachen liegt immer dann vor, wenn sich der Diensteanbieter mit den fremden Inhalten derart identifiziert, dass er die Verantwortung insgesamt oder für bewusst ausgewählte Teile davon übernimmt. Entscheidende Kriterien sind die Art der Datenübernahme, ihr Zweck und die konkrete Präsentation der Inhalte durch den Übernehmenden, wobei es hier auf die Gesamtschau des jeweiligen Angebots aus der Perspektive eines objektiven Betrachters ankommt (OLG Köln, NJW-RR 2002, 1700, 1701; Heckmann, a. a. O., Kap. 1.7 Rn. 12 m. w. N.).

Vorliegend sprechen gewichtige Gründe für die Annahme, dass sich der Antragsgegner die streitgegenständliche Veröffentlichung tatsächlich zu eigen gemacht hat. Entgegen seiner Auffassung ist dabei nicht ausschließlich auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem die in Rede stehende Bilddatei in das Internet eingestellt worden ist. Vielmehr sind sämtliche Umstände bis zur Löschung der Datei zu berücksichtigen, da der störende Zustand erst hierdurch beendet worden ist. Zu dem betreffenden Zeitpunkt hatte die Antragsgegnerin aber der Veröffentlichung jedes einzelnen Fotos ein Auswahl- und Prüfungsverfahren vorgeschaltet (vgl. zu diesem Kriterium auch BGHZ 158, 236, 246 = NJW 2004, 3102). Bereits hierdurch wird bei einem objektiven Betrachter nachhaltig der Eindruck erweckt, dass sich der Betreiber der Internet-Plattform mit den veröffentlichten Fotos selbst identifiziert. Dieser Eindruck wird durch die gesamte Aufmachung der vom Antragsgegner betriebenen Internetseiten bestätigt. Dort wird zwar auf die Urheber der einzelnen Fotoaufnahmen hingewiesen, allerdings geschieht dies lediglich in unauffälliger und sehr dezenter Form. Im Vordergrund steht vielmehr die von Antragsgegner vertretene Firmenphilosophie, nämlich unter der Marke .....de ?moderne und zeitgeistige Fotografie zu veröffentlichen? (vgl. Anlage K 4).

b. Selbst sofern man dessen ungeachtet davon ausginge, dass es sich bei der streitgegenständlichen Bilddatei um eine für den Antragsgegner fremde Information handelte und deshalb die vom BGH zu den Internet-Versteigerungsfällen entwickelte Grundsätze entsprechend anzuwenden wären, erschiene eine Unterlassungsanspruch der Antragstellerin nicht ausgeschlossen. In diesem Fall hinge eine Haftung des Antragsgegners als Unterlassungsstörer davon ab, ob ihm die Verletzung von Prüfungspflichten vorzuwerfen ist. Für die Intensität dieser Kontrollverpflichtung kommt es nach der Rechtsprechung des BGH entscheidend auf die Umstände des Einzelfalles an, wobei die betroffenen Rechtsgüter, der zu betreibende Aufwand und der zu erwartende Erfolg in die vorzunehmende Abwägung einzustellen sind. Ferner ist zu berücksichtigen, welche wirtschaftlichen Vorteile der als Störer in Anspruch genommene aus seinen Diensten zieht oder ob sein Angebot ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgt (BGHZ 158, 236, 251 f. = WTRP 2004, 3102; OLG Düsseldorf, OLGR 2006, 657, 658).

Nach diesen Grundsätzen sind an die dem Antragsgegner aufzuerlegenden Kontrollpflichten strenge Anforderungen zu stellen. Dafür spricht zunächst, dass der Antragsgegner wirtschaftliche Vorteile aus den von ihm angebotenen Diensten zieht. Darüber hinaus können Rechtsverletzungen für die hiervon Betroffenen ganz erhebliche Auswirkungen haben, wie der vorliegende Fall zeigt. Denn das von dem Antragsgegner verfolgte Geschäftsmodell ist darauf angelegt, dass die in der Plattform eingestellten Bilder nicht nur dort betrachtet werden können, sondern von anderen Nutzern herunter geladen werden, um sie dann kommerziell in unbegrenztem Umfang weiterzuverwerten. Auf diese Weise kann es zu massiven Persönlichkeitsrechtsverletzungen kommen, welche ? anders etwa als die Verletzung von Markenrechten bei einer Internet-Versteigerung ? nur schwer zu kompensieren sind.

Vor diesem Hintergrund erschiene es nicht unverhältnismäßig, das Einstellen von Porträtaufnahmen nur unter der Voraussetzung zuzulassen, dass von dem jeweiligen Urheber ausdrücklich versichert wird, dass ein Einverständnis der abgebildeten Person vorliegt. Zwar ließen sich durch eine solche Maßnahme mögliche Rechtsverletzungen nicht vollständig ausschließen, jedoch wären zumindest solche Verstöße gegen die §§ 22 ff. KUG zu verhindern, welche auf der Unkenntnis der Gesetzeslage beruhen. Dass die Einholung einer solchen Versicherung für den Antragsgegner nicht mit einem unzumutbarem Aufwand verbunden ist, der das von ihm betriebene Geschäftsmodell grundsätzlich in Frage stellt, zeigt sich daran, dass der Antragsgegner mittlerweile ohnehin jedes einzelne Foto einer gesonderten Überprüfung unterzieht, bevor er es in seine Datenbank einstellt. Auch insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt grundlegend von einer Internet-Versteigerung, die ohne jede bewusste Mitwirkung des Diensteanbieters automatisch vonstatten geht.

Selbst sofern man die Einholung einer entsprechenden Erklärung für unzumutbar hielte, wäre von dem Antragsgegner jedoch zumindest ein nachdrücklicher und zugleich verständlicher Hinweis an die Nutzer der von ihm betriebenen Plattform zu verlangen, dass gemäß § 22 S. 1 KUG Porträtaufnahmen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet werden dürfen. Doch selbst diese Mindestanforderungen sind vorliegend nicht eingehalten. Vielmehr erfolgt ein entsprechender Hinweis nach dem bisherigen Vortrag der Parteien nur verklausuliert, in einer für einen juristisch nicht vorgebildeten Laien nicht ohne weiteres verständlichen Form. In dem ab dem Jahr 2000 geltend Nutzungsbedingungen (Anlage B 6) heißt es hierzu lediglich: „Der Uploader sichert zu, dass er das alleinige Urheberrecht und das Recht bzw. die Erlaubnis auf Veröffentlichung seiner PhotoCase-Datei besitzt.“. Dieses Versäumnis wiegt umso schwerer als sich die von dem Antragsgegner betriebene Internet-Plattform ausdrücklich auch an nicht professionelle Fotografen richtet, von denen eine Kenntnis kunsturheberrechtlicher Vorschriften nicht erwartet werden kann.

c. Geht man davon aus, dass der Antragsgegner für den rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Antragstellerin als Störer i. S. d. § 1004 BGB verantwortlich ist, wird für die Bejahung eines Unterlassungsanspruchs notwendige Begehungsgefahr vermutet. Allein der Umstand, dass der Antragsgegner die in Rede stehende Fotodatei mittlerweile von seinen Internet-Seiten entfernt hat, lässt die Wiederholungsgefahr nicht entfallen (vgl. OLG München, NJW 2002, 2398 f.; Burkhardt, in: Wenzel, Das Recht der Bild- und Wortberichterstattung, 5. Aufl., Kap. 12 Rn. 8). Vielmehr wäre hierzu eine strafbewehrte Unterlassungserklärung notwendig gewesen (Damm/Rehbock, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien, 3. Aufl., Rn. 810), die der Antragsgegner jedoch nicht abgegeben hat.

2. Die beabsichtigte Klage ist auch insoweit nicht ohne Aussicht auf Erfolg, als die Antragstellerin die Erstattung der durch die Abmahnung des Antragsgegners entstandenen außergerichtlichen Anwaltskosten begehrt.

Ob sich dieser Anspruch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 670, 683 BGB) ergibt, wie die Antragstellerin meint, erscheint allerdings nicht eindeutig geklärt. Zwar war in der Rechtsprechung auch bereits vor dem Inkrafttreten von § 12 UWG n. F. anerkannt, dass die Kosten einer (berechtigten) wettbewerbsrechtlichen Abmahnung Aufwendungen im Sinne von § 683 BGB darstellen und deshalb von dem Abgemahnten zu erstatten sind (vgl. Fezer/Büscher, UWG, 2005, § 12 Rn. 43 m. w. N.). Auf Abmahnungen außerhalb des Wettbewerbsrechts lassen sich diese Erwägungen jedoch nicht ohne weiteres übertragen (BGH, NJW 2007, 1458, 1459; MüKo/Seiler, BGB, 5. Aufl., § 677 Rn. 35a; a. A. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 27 Aufl., § 12 Rn. 1.90). Wer einen Wettbewerbsteilnehmer dazu anhält, ein wettbewerbswidriges Verhalten einzustellen, der weist den Adressaten auf eine Rechtspflicht hin, deren Erfüllung gemäß § 679 BGB im öffentlichen Interesse liegt; denn die Bestimmungen des UWG schützen gemäß § 1 S. 2 UWG auch die Interessen der Allgemeinheit an einem redlichen Wirtschaftsleben (OLG München, OLG R WTRP 2007, 489, 490). Demgegenüber verfolgt derjenige, der sich zur Durchsetzung persönlichkeitsrechtlicher Ansprüche an einen Rechtsanwalt wendet oder andere Aufwendungen tätigt, lediglich eigene Interessen. Im Hinblick auf diese Interessenlage erscheint sowohl das Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts als auch der gemäß § 683 BGB erforderliche Fremdgeschäftsführungswillen problematisch.

Trotz dieser Bedenken war der Antragstellerin auch für den Zahlungsantrag Prozesskostenhilfe zu bewilligen, weil die Rechtslage auch insoweit nicht eindeutig geklärt ist und der von ihm vertretene Rechtsstandpunkt zumindest vertretbar erscheint (BGH, NJW 1994, 1160; BVerfG NJW-RR 1993, 1090). Hinzu kommt, dass sich der geltend gemachte Kostenerstattungsanspruch u. U. auch auf eine deliktische Grundlage (§ 823 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 22 ff. KUG) stützen ließe. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man davon ausgeht, dass der Antragsgegner eigene Informationen i. S. v. § 7 Abs. 1 TMG (§ 8 Abs. 1 TDG a. F.) verbreitet hat und er sich deshalb nicht auf die Haftungsprivilegierungen nach § 10 S. 1 TMG (§ 11 S. 1 TDG a. F.) berufen könnte (vgl. oben II.1.a.). Das erforderliche Verschulden könnte dann in einer Verletzung der dem Antragsgegner obliegenden Kontrollpflichten gesehen werden (vgl. oben II.1.b.).

3. Eine Kostenentscheidung ist im Hinblick auf § 127 Abs. 4 ZPO nicht veranlasst.

(Unterschriften)