

D. Suche nach einem für die kollisionsrechtliche Behandlung neutraler Ermöglichungshandlungen geeigneten Anknüpfungsmoment

Für die aufgrund der materiellrechtlichen Besonderheiten und der kollisionsrechtlichen Interessenlage gebotene eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Ermöglichungshandlungen gilt es nun noch ein geeignetes Anknüpfungsmoment zu finden, das den Interessen der Beteiligten angemesssen Rechnung trägt und zu der Anwendung eines für den Anbieter der neutralen Ermöglichungshandlung vorhersehbaren Haftungsregime führt. Die kollisionsrechtlichen Interessen, die bereits im Rahmen der Qualifikation für die Frage nach einer mit der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung gleichlaufenden oder eigenständigen kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen eine Rolle spielten (siehe oben C.IV), entscheiden auch über die Bestimmung des geeigneten Anknüpfungsmoments. Auch hier beruht die kollisionsrechtliche Interessenanalyse und – bewertung dabei wieder auf der inhaltlichen Gleichwertigkeit der in Betracht kommenden Rechtsordnungen und geht von dem zu entscheidenden Sachverhalt und nicht von dem Geltungsanspruch bzw. internationalen Rechtsanwendungsbereich einer bestimmten Norm oder eines bestimmten Rechts aus. Die über den Ausgleich widerstreitender kollisionsrechtlicher Interessen entscheidende kollisionsrechtliche Wertung ergibt sich in der Regel aus dem kollisionsrechtlichen Bezugsrahmen, der durch die übrigen Kollisionsnormen und kollisionsrechtlichen Prinzipien derselben Rechtsordnung sowie die Grundwertungen dieser Rechtsordnung geprägt wird. Auch materiellrechtliche Wertungen können auf die kollisionsrechtliche Ebene übergreifen und in auf die kollisionsrechtliche Ebene übertragener Form zu analogen und parallelen kollisionsrechtlichen Wertungen führen⁸⁶⁶. Die kollisionsrechtlichen Interessen und Wertungen unterscheiden

866 *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 33f.; *Klass*, GRUR Int 2008, 546, 551, derzufolge die tragenden Rechtsprinzipien und Grundsätze der betroffenen Materie durchaus die Normbildung und insbesondere die Bestimmung der maßgeblichen Anknüpfungspunkte beeinflussen können.

sich jedoch von den materiellen Interessen und Wertungen dadurch, dass sie sich prinzipiell nicht auf den Inhalt des Rechts, sondern auf die Anwendung eines Rechts beziehen⁸⁶⁷. Sie dienen der Bestimmung desjenigen Rechts, das zum zur Entscheidung stehenden Sachverhalt die engste sachliche oder persönliche Verbindung aufweist und daher eine Vermutung für dessen angemessene Regelung begründet⁸⁶⁸. Die Entscheidung zwischen den unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Interessen zugunsten eines bestimmten Anknüpfungsmoments obliegt in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition, die das Interesse der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit des Rechtsanwendungsergebnisses über die Einzelfallgerechtigkeit stellt, dabei dem Kollisionsnormgeber⁸⁶⁹. Die engste Verbindung des zu entscheidenden Sachverhalts zu der zur Anwendung berufenen Rechtsordnung wird deshalb im Rahmen der Kollisionsnorm selbst durch die Vorgabe eines bestimmten Anknüpfungsmoments konkretisiert und bleibt, mit Ausnahme punktueller Ausweichklauseln zugunsten der engsten Verbindung, nicht der Konkretisierung bei der Anwendung der Kollisionsnorm im konkreten Einzelfall überlassen⁸⁷⁰. Im folgenden sollen die für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in Be-

867 *Kegel/ Schurig*, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 131-134.

868 *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 25.

869 *Sonnenberger*, in: *MünchKomm-BGB*, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 31-34; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 30 und 112f.; *Klass*, *GRUR Int* 2008, 546, 550f. Vor diesem Hintergrund schlägt *Klass* vor, sich im Grundsatz zwar für eine Regelbildung nach kontinentaleuropäischem Vorbild und damit für objektive Kollisionsnormen und gegen eine Interessenabwägung im Einzelfall zu entscheiden, bei der konkreten Ausgestaltung der Normen aber differenzierter vorzugehen und dem Richter im Einzelfall auch die Möglichkeit einzuräumen, Gesichtspunkte des materiellen Rechts einfließen zu lassen oder eine Gewichtung der involvierten Interessen vorzunehmen (S. 550).

870 Darin unterscheidet sich die kontinentaleuropäische Tradition von der US-amerikanischen kollisionsrechtlichen Regelungstechnik, die neben festen Regeln auch ergebnisoffene kollisionsrechtliche Anknüpfungen (*approach*) kennt, bei denen nur der oder die abwägungsrelevanten Faktoren vorgeben werden, über die das anwendbare Recht im Einzelfall zu begründen ist, ohne deren Anwendung und Gewichtung vorzuzeichnen. Vgl. dazu *Reese*, (1971-1972) 57 Cornell L. Rev. 315, der selbst die sorgfältige und differenzierte Ausbildung von objektiven Regeln (wenn auch aus der Perspektive einer Common Law- Rechtsordnung durch die Rechtsprechung) befürwortet, weil diese größere Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gewährleisten könnten, auch wenn sie sich in seltenen Ausnahmefällen gegenüber der flexibleren *approach*- Technik als nicht (einzelfall-)gerecht erweisen sollten.

tracht kommenden Anknüpfungsmomente möglichst unabhängig von einem konkreten kollisionsrechtlichen Bezugsrahmen daraufhin untersucht werden, ob sie zu einem kollisionsrechtlich interessengerechten Ergebnis führen.

I. Defizite der Schutzlandanknüpfung für neutrale Ermöglichungshandlungen

Als Anknüpfungsmoment für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen mag man zunächst an das im Immateriagüterrecht vorherrschende und für die unmittelbare Immateriagüterrechtsverletzung geltende Schutzlandprinzip denken. Die Anwendung des Schutzlandrechts folgt für die Haftung für die Ermöglichung von Immateriagüterrechtsverletzungen zwar nicht schon aus der territorialen Begrenzung des immateriagüterrechtlichen Schutzes (siehe oben B.I.3.c), kommt aber aufgrund des kollisionsrechtlichen Interesses an der Anwendung einer einheitlichen Rechtsordnung auf die Immateriagüterrechtsverletzung und deren Ermöglichung sowie als das Recht, zu dem die Frage nach der Haftung für die Ermöglichung der Immateriagüterrechtsverletzung die engste Verbindung aufweisen könnte, in Betracht. Die für die unmittelbare Immateriagüterrechtsverletzung geltende Schutzlandanknüpfung findet so auch wie bereits gesehen auf die Haftung für die Ermöglichung von Im-

Ein Beispiel für die kollisionsrechtliche Regelungstechnik des *approach* findet sich in § 6 des Restatement Second of Conflict of Laws (1971), der die Grundregeln zur Bestimmung des anwendbaren Rechts vorgibt, die dann für die unterschiedlichen Rechtsbereiche weiter konkretisiert werden:

„Choice-of-Law Principles

- (1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.
- (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include
 - (a) the needs of the interstate and international systems,
 - (b) the relevant policies of the forum,
 - (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
 - (d) the protection of justified expectations,
 - (e) the basic policies underlying the particular field of law,
 - (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
 - (g) ease in the determination and application of the law to be applied.”

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

materialgüterrechtsverletzungen durch gezielte Unterstützungshandlungen Anwendung. In diesem Fall spricht die enge objektive und subjektive Ausrichtung der Haftungstatbestände auf die aufgrund des Territorialitätsprinzips dem Schutzlandrecht unterstellte Immaterialgüterrechtsverletzung für eine zu der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung akzessorische kollisionsrechtliche Anknüpfung. Die Anwendung des Schutzlandrechts auf die Haftung für die gezielte Unterstützung einer Immaterialgüterrechtsverletzung hält der kollisionsrechtlichen Interessenanalyse und insbesondere dem Interesse der für die Unterstützung einer fremden Immaterialgüterrechtsverletzung zur Verantwortung gezogenen Person an der Anwendung eines für sie vorhersehbaren Rechts stand (siehe oben C.IV. 1.b.aa und 3). Anders stellt sich die Lage bei der Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen dar. Auch wenn die im Rahmen der Qualifikation erfolgte kollisionsrechtliche Interessenanalyse bereits gezeigt hat, dass die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten oder Liefern neutraler Dienstleistungen oder Mittel eine gegenüber der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung eigenständige und von der Schutzlandanknüpfung abweichende kollisionsrechtliche Behandlung erfordert und das Interesse an einer einheitlichen Anwendung des Schutzlandrechts deshalb zu überwinden ist (siehe oben C.IV.1.b.bb und 3), sollen hier der Vollständigkeit halber die Gründe, die gegen eine Schutzlandanknüpfung für neutrale Ermöglichungshandlungen sprechen und denen auch nicht durch eine punktuelle Korrektur der Schutzlandanknüpfung begegnet werden kann, noch einmal in Erinnerung gerufen werden.

1. Unvorhersehbarkeit des über die Haftung entscheidenden Rechts

Der wesentliche Nachteil der Schutzlandanknüpfung besteht für den Fall neutraler Ermöglichungshandlungen darin, dass das auf die Frage der Haftung für die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbare Recht erst bestimmt werden kann, wenn ein bestimmtes Immaterialgüterrecht verletzt wurde oder verletzt zu werden droht und sich so für dieses Immaterialgüterrecht die Rechtsordnung bestimmen lässt, nach der es geschützt ist und für die deshalb der Schutz beansprucht wird. Vor der Verwirklichung der durch das Anbieten oder Liefern eines neutralen Dienstes oder Mittels im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen kann der Anbieter nicht vorhersehen, welches Recht über die Frage seiner Haftung und die an ihn gestellten Verhaltensanforderungen

und Sorgfaltspflichten zur Entscheidung berufen werden wird. Er erhält so auch nicht die Chance, diese Kriterien zu erfüllen, um sich rechtskonform zu verhalten und dem Haftungsrisiko zu entgehen⁸⁷¹. Anders als bei gezielten Unterstützungshandlungen, bei denen die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermögliche Person einen konkreten Tatbeitrag zu dieser leistet und um diese weiß, hat der Anbieter eines neutralen Dienstes oder Mittels in der Regel keine Kontrolle und Kenntnis von den hierüber ermöglichten konkreten Immaterialgüterrechtsverletzungen. Die Schutzlandanknüpfung führt somit zwar für den Fall der gezielten Unterstützungshandlungen, nicht aber für den Fall der neutralen Ermöglichungshandlungen zu einem für die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermögliche Person vorhersehbaren Recht (siehe oben C.IV.1.b.aa und bb).

Dieser aus der Schutzlandanknüpfung resultierende Nachteil kann auch nicht durch die im internationalen Deliktsrecht übliche Berücksichtigung der am Handlungsort geltenden Sicherheits- und Verhaltensregeln als materiellrechtliche Wertung zur Ausfüllung eines Tatbestandsmerkmals punktuell abgemildert werden (siehe hierzu mit Blick auf Art. 17 Rom II-VO schon oben B.III.1.a.cc (3)). Bei dem Haftungsregime, das an dem Ort gilt, an dem der betreffende Dienst oder das betreffende Mittel angeboten wird, und an das sich der Anbieter mangels der Vorhersehbarkeit eines anderen zur Anwendung berufenen Rechts orientieren würde, handelt es sich zum einen nicht um örtlich und allgemeinverbindlich geltende Sicherheits- und Verhaltensvorschriften. Zum anderen würde die Berücksichtigung dieses Haftungsregimes über die Berücksichtigung einer am Handlungsort geltenden normativen Wertung zur Ausfüllung eines offenen Tatbestandsmerkmals und zur Konkretisierung des Sorgfaltsgesetzes im Rahmen des anwendbaren Rechts, aus dem sich das Haftungsregime ergibt, hinausgehen. Eine nach dem anwendbaren Recht und dessen Haftungsvoraussetzungen zu bejahende Haftung kann nicht deshalb verneint werden, weil das am Handlungsort geltende Recht, das kollisionsrechtlich gerade nicht zur Anwendung berufen wurde, eine solche Haftung ablehnt oder an andere Voraussetzungen knüpft. Dem Interesse des Haftenden an der Anwendung eines für ihn vorhersehbaren Rechts wird für neutrale Ermöglichungshandlungen nur eine von der Schutzlandanknüpfung abweichende kollisionsrechtliche Anknüpfung gerecht.

871 Vgl. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 N11.

2. Anwendung einer Vielzahl von Rechtsordnungen

Weil die Schutzlandanknüpfung das anwendbare Recht über die im einzelnen verwirklichten Immaterialgüterrechtsverletzungen bestimmt, führt sie nicht nur zu der Anwendung eines nicht im Vorfeld bestimmbaren Rechts sondern, abhängig von den im einzelnen verwirklichten und über den betreffenden Dienst oder das betreffende Mittel ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen, zu der parallelen Anwendung einer Vielzahl im Vorfeld nicht bestimbarer Rechtsordnungen⁸⁷². Gerade in Konstellationen, in denen die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Dienste oder Mittel über das Internet angeboten werden und in einer Vielzahl von Staaten und potentiell sogar weltweit zugänglich sind, kann es in einer Vielzahl von Staaten zu Immaterialgüterrechtsverletzungen kommen, deren Rechte nach dem Schutzlandprinzip dann jeweils über die Frage entscheiden würden, ob der Anbieter für die von ihm ermöglichte Verletzung des nach ihrem Recht geschützten Immaterialgüterrechts einzustehen hat⁸⁷³. Der Anbieter müsste deshalb potentiell mit der Anwendung aller Rechtsordnungen rechnen. Aufgrund der materiellrechtlichen Unterschiede in den Haftungsvoraussetzungen und der Ausgestaltung des Haftungsregimes könnte sich der Anbieter auch nicht auf verlässliche und anerkannte materiellrechtliche Standards einstellen, sondern müsste sich am strengsten der ihm bekannten Haftungsregime orientieren, um der Gefahr zu begegnen, nach diesem Recht in Anspruch genommen zu werden. Die Ausrichtung am strengsten Haftungsregime würde sich nachteilig auf das Anbieten an sich neutraler und damit auch rechtmäßig nutzbarer Dienste und Mittel im Internet auswirken, weil der Anbieter dadurch sein Angebot im Vorfeld auf das nach dem strengsten Recht zulässige Maß beschränken und dadurch auch in anderen Rechtsordnungen legitime Nutzungsoptionen

872 Vgl. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 N11.

873 Vgl. *Kur*, WRP 2011, 971, 976 und 980. Dagegen betrachtet *Spindler*, in: *Leible* (Hrsg.), Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien, 2003, S. 155, 177f. die Anwendbarkeit der Vielzahl der auf die ermöglichten Primärverletzungen anwendbaren Rechte für interessengerecht, weil der Anbieter sein Rechtsanwendungsrisiko durch die Ausrichtung seines Angebots steuern und eingrenzen könne. In diesem Sinne auch *de Miguel Asensio*, (2012) JIPITEC 3, 350, 357, der einwendet, dass Internetdienste in der Praxis meistens primär auf bestimmte Staaten ausgerichtet seien und sich technisch durch Geolokalisierungsmaßnahmen zunehmend auf bestimmte Staaten einschränken ließen.

zum Nachteil der dortigen Nutzer einschränken würde. Die Ausrichtung des Dienstes oder Angebots am strengsten Haftungsmaßstab erhöht ferner die Kosten für den Anbieter ohne ihm im Gegenzug die Sicherheit bieten zu können, dass er sich in anderen Rechtsordnungen, deren Anforderungen an den von ihm einzuhaltenden Sorgfaltssmaßstab sich erhöhen können, keiner darüber hinausgehenden Haftung ausgesetzt findet⁸⁷⁴. Die Alternative, das Angebot im Vorfeld auf bestimmte Rechtsordnungen zu beschränken, würde die über das Internet realisierbaren Vorteile eines globalen Geschäftsmodells und eines globalen Daten- und Kommunikationsaustauschs relativieren und die Entwicklung weltweiter Nutzungsmöglichkeiten und Angebote beeinträchtigen, von dem nicht nur die Anbieter, sondern auch gegenwärtige und künftige Nutzer profitieren könnten⁸⁷⁵. Das aus der Anwendbarkeit einer Vielzahl und nicht im Vorfeld bestimmbarer Rechtsordnungen resultierende Haftungsrisiko für den Anbieter eines neutralen Dienstes oder Mittels trifft damit auch die legalen Nutzungsmöglichkeiten und geht damit zulasten gegenwärtiger und künftiger Nutzer sowie dem Interesse der Gesellschaft an der Fortentwicklung neuer internetbasierter Geschäftsmodelle und Kommunikationsangebote.

3. Keine Abhilfe durch bisher für das Internet entwickelte Lösungsansätze

Weil die Schutzlandanknüpfung bei grenzüberschreitenden Verletzungssachverhalten und insbesondere bei solchen mit Internetbezug zu einer Vielzahl anwendbarer Rechtsordnungen führt, werden verschiedene Lösungsansätze zur Reduzierung der Anzahl der anwendbaren Rechtsordnungen und zur Vereinfachung der Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung in diesen Fällen diskutiert. Hier soll einerseits auf die Relativierung der Schutzlandanknüpfung durch eine sorgfältigere Lokalisierung der Verletzungshandlung und andererseits auf die punktuelle Verdrängung der Schutzlandanknüpfung bei ubiquitären Immaterialgüterrechtsverletzungen eingegangen werden. Beide Lösungsansätze, die für die Frage der Rechtsdurchsetzung gegenüber in einer Vielzahl von Staaten zu lokalisierenden bzw. parallel erfolgenden unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzun-

874 *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201, 208.

875 *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201, 205 und 207f.

gen entwickelt wurden, vermögen es jedoch für die hier interessierende Konstellation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste und Mittel nicht, die für den Anbieter aus der Schutzlandanknüpfung resultierenden Nachteile zu überwinden.

- a) Keine Korrekturmöglichkeit über die Lokalisierung der Immaterialgüterrechtsverletzung

Bei grenzüberschreitenden Verletzungshandlungen sowie bei der gleichzeitigen Verletzung einer Vielzahl nationaler Immaterialgüterrechte beruft die Schutzlandanknüpfung formal mehrere und gerade bei einer über das Internet erfolgenden Verletzung ggf. unüberschaubar viele Rechtsordnungen zur Anwendung. Dieses kollisionsrechtlich unbefriedigende Ergebnis lässt sich durch eine sorgfältige und einschränkenden Anforderungen unterliegende Lokalisierung der immaterialgüterrechtlichen Verletzungshandlung zumindest in den Konsequenzen korrigieren. Eine solche Korrektur der Schutzlandanknüpfung durch Lokalisierung der Verletzungshandlungen wäre zunächst auf der kollisionsrechtlichen Ebene selbst denkbar. Nach dem überwiegenden und hier zugrundegelegten Verständnis der Schutzlandanknüpfung ist die Frage nach der Lokalisierung der Verletzungshandlung aber gerade nicht schon auf der Ebene des Kollisionsrechts, sondern erst auf der Ebene des Sachrechts anzusiedeln, um die damit verbundenen Schwierigkeiten und den erforderlichen Vorgriff auf das erst noch zur Anwendung zu berufende Sachrecht zu vermeiden (siehe oben B.I.3.b.cc). An diesem formalen Verständnis der Schutzlandanknüpfung sollte auch bei Sachverhalten, in denen eine Verletzung in einer Vielzahl von Staaten in Betracht kommt, festgehalten werden. Auch die in Art. 8 I Rom II-VO verankerte Schutzlandanknüpfung sieht keine Möglichkeit für eine solche kollisionsrechtliche Einschränkung der Schutzlandanknüpfung vor⁸⁷⁶. Die auf Ebene des Kollisionsrechts bei Fortgeltung der Schutzlandanknüpfung unterbleibende Einschränkung der anwendbaren Rechtsordnungen lässt sich aber mittelbar auf der Ebene der anwendbaren Sachrechte herbeiführen.

876 Drexel, in: MünchKomm-BGB, IntWR, 5.Aufl. (2010), IntImmGR, Rn. 297f.

Die nach der Schutzlandanknüpfung zur Anwendung berufenen einzelnen Rechte entscheiden also auf der Ebene des Sachrechts, ob in dem jeweiligen Schutzland, in dem das Immaterialgüterrecht geschützt ist, eine nach dem jeweiligen Verletzungstatbestand relevante Verletzungshandlung vorgenommen wurde⁸⁷⁷. Dabei ist zum einen anerkannt, dass nicht die vollständige Verwirklichung des Verletzungstatbestandes im Schutzland erforderlich ist, sondern, um einen effektiven Schutz der Immaterialgüterrechte zu gewährleisten, die Verwirklichung einer relevanten Teilhandlung des Verletzungstatbestandes genügt⁸⁷⁸. Zum anderen ist in Fällen des grenzüberschreitenden Rundfunks und entsprechend auch des Internets anerkannt, dass der immaterialgüterrechtliche Verletzungstatbestand nicht nur an dem Ort verwirklicht wird, an dem die in das Ausschließlichkeitsrecht des Rechtsinhabers eingreifende Verwertungshandlung vorgenommen wird, sondern auch an dem Ort, an dem sich diese auf das Verwertungsrecht des Rechtsinhabers auswirkt (sog. Bogsch-Theorie)⁸⁷⁹. Eine erste Einschränkung lässt sich dabei durch die Abkehr von einer pauschalen zugunsten einer stärker interessenorientierten Lokalisierung der Verletzungshandlung, die sich am jeweils betroffenen Verwertungsrecht orientiert, erreichen⁸⁸⁰. Zudem wird bei der Lokalisierung der Immaterialgüterrechtsverletzung auch in diesen Fällen nicht auf das Erfordernis eines hinreichenden Inlandsbezuges verzichtet. Dieses Erfordernis eines hinreichenden Inlandsbezuges ergibt sich schon aus dem international anerkannten immaterialgüterrechtlichen Territorialitätsprinzip, das in der Rücksicht auf die von anderen Staaten für deren Gebiet getroffenen gesellschafts- und wirtschaftsordnungspolitischen Entscheidungen und in der völkerrechtlich gebotenen Zurückhaltung bei der extraterritorialen Anwendung des eigenen Rechts seine Ergänzung und natürlichen Grenzen findet⁸⁸¹. Zur Konkretisierung des erforderlichen Inlandsbezuges wurden von der Rechtsprechung in verschiedenen Rechtsordnungen sowie, für den

877 *Drexel*, in: MünchKomm-BGB, IntWR, 5. Aufl. (2010), IntImmGR, Rn. 234-236.

878 *Drexel*, in: MünchKomm-BGB, IntWR, 5. Aufl. (2010), IntImmGR, Rn. 264f.

879 *Drexel*, in: MünchKomm-BGB, IntWR, 5. Aufl. (2010), IntImmGR, Rn. 242-251.

880 *Spindler*, in: *Leible* (Hrsg.), Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien, 2003, S. 155, 163-175; *ders.* IPrax 2003, 412, 415-421. Zugunsten einer schutzrechtsspezifischen und an dem jeweils verletzten Verwertungsrecht orientierten Bestimmung des Eingriffsortes auch *Schack*, MMR 2000, 59, 65.

881 Vgl. *Drexel*, in: MünchKomm-BGB, IntWR, 5. Aufl. (2010), IntImmGR, Rn. 259-262.

Bereich von Markenverletzungen im Internet, durch eine rechtlich zwar unverbindliche, in der Praxis jedoch durchaus beachtete Empfehlung der WIPO⁸⁸² verschiedene Kriterien entwickelt⁸⁸³. Zur Bejahung rechtlich relevanter Auswirkungen der Verletzungshandlung sind danach ein hinreichend wirtschaftlich relevanter Inlandsbezug bzw. eine tatsächliche und substantielle Verbindung zum Inland erforderlich, wobei entweder auf die intendierte Ausrichtung oder spürbare marktrelevante Auswirkungen abgestellt wird⁸⁸⁴. Auch wenn diese wichtige Einschränkung bei der Bejahung einer Immaterialgüterrechtsverletzung erst auf der sachrechtlichen Ebene erfolgt, die dort bei Verneinung eines hinreichenden Inlandsbezuges auch zur Verneinung materiellrechtlicher Ansprüche führt, ergeben sich daraus mittelbar Konsequenzen für die Bestimmung der anwendbaren Schutzlandrechte auf der kollisionsrechtlichen Ebene. Um der Gefahr einer (teilweisen) Klageabweisung wegen materiellrechtlich unbegründeter Ansprüche vorzubeugen, wird der Rechtsinhaber nämlich den Schutz seiner Immaterialgüterrechte in der Regel nur für die Rechtsordnungen geltend machen, in denen sich eine inländische Immaterialgüterrechtsverletzung bejahen lässt⁸⁸⁵.

Diese in der Lokalisierung der Immaterialgüterrechtsverletzung liegenden Korrekturmöglichkeit, die zumindest mittelbar die Zahl der anwendbaren Rechtsordnungen reduziert, greift jedoch nur mit Blick auf die nach

882 Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet (2001), die von der Generalversammlung der WIPO und der Versammlung der PVÜ angenommen wurde (WIPO Joint Recommendation).

883 Vgl. *Dinwoodie*, (2009) 51 William & Mary L. Rev., 711, 776-784 zu den Kriterien der WIPO Joint Recommendation und denen der US-amerikanischen Rechtsprechung zur extraterritorialen Anwendbarkeit des US-amerikanischen Markenrechts, der die Parallelen zu der internationalprivatrechtlichen Zuweisung von Sachverhalten betont.

884 Vgl. *Drexel*, in: MünchKomm-BGB, IntWR, 5.Aufl. (2010), IntImmGR, Rn. 253-258; *Moura Vicente*, La propriété intellectuelle en droit international privé, 2009, S. 232-234 (für das Urheberrecht) und 277-283 (für das Marken- und Patentrecht) jeweils mit Nachweisen; *Fezer/ Koos*, in: *Staudinger*, IntWirtschR, Neubearb. 2010, Rn. 930-946; *Kur*, in: *Basedow/ Drexel/ Kur/ Metzger* (Hrsg.), Intellectual Property in the Conflict of Laws (2005), S. 175, 179-181 und 191f. Als Beispiel aus der deutschen Rechtsprechung in Einklang mit den von der WIPO entwickelten Kriterien: BGH, Urteil vom 13.10.2004, Az. I ZR 163/02 – *Hotel Maritime*, GRUR 2005, 431, 432f.

885 So auch *Matulionyté*, Law Applicable to Copyright, A Comparison of the ALI and CLIP Proposals (2011), S. 62f.

den jeweiligen Verletzungstatbeständen des Schutzlandrechts zu bestimmende und dem Territorialitätsprinzip unterliegende unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung ein. Bei der hier interessierenden Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste und Mittel liegt die Gefahr der Anwendung einer Vielzahl von Rechtsordnungen indes nicht darin begründet, dass die ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung grenzüberschreitend verwirklicht wird oder in mehreren Staaten gleichzeitig erfolgt, sondern darin, dass eine Vielzahl von im einzelnen noch nicht näher erkennbaren Immaterialgüterrechtsverletzungen in einer entsprechenden Vielzahl von Rechtsordnungen verwirklicht werden. Das Rechtsanwendungsrisiko reduziert sich für den Anbieter deshalb nicht, wenn die von ihm ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen jeweils nur in einem Schutzland lokalisiert werden. Ob eine der Lokalisierung der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung entsprechende Einschränkungsmöglichkeit bei der Bejahung einer relevanten Ermöglichungshandlung zu einem sachgerechten Ergebnis führen könnte, ist fraglich. Die Ermöglichungshandlungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht von dem eigentlichen Verletzungstatbestand erfasst werden, sondern diesem vorgelagert sind, und dass die Haftung nicht aus einer umschriebenen Tathandlung resultiert, die zur Bejahung einer Immaterialgüterrechtsverletzung führt und deshalb restriktiv zu lokalisieren ist, sondern aus der pflichtwidrigen Ermöglichung einer Vielzahl von Immaterialgüterrechtsverletzungen, die sich unabhängig von den im einzelnen verwirklichten Verletzungstatbeständen auf das Anbieten eines bestimmten Dienstes oder Mittels zurückführen lassen. Eine restriktive Lokalisierung anhand der Tathandlung scheidet deshalb aus. Die neutralen Ermöglichungshandlungen sind nicht auf die Ermöglichung bestimmter Immaterialgüterrechte und in der Regel auch nicht auf die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in bestimmten Staaten ausgerichtet. Insbesondere die im Internet angebotenen Dienste und Mittel sind oft nicht oder nicht ausschließlich nur auf einzelne Staaten ausgerichtet, so dass das Kriterium der bestimmungsmäßigen Ausrichtung der Ermöglichung als Voraussetzung für eine Haftungsbejahung nicht zu einer Reduzierung des Haftungsrisikos führt. Das aus dem Verzicht auf eine Beschränkung des Angebots auf einen oder nur wenige Staaten resultierende Haftungsrisiko dabei dem Diensteanbieter aufzuerlegen, würde dazu führen, dass ein an sich legitimes und auf die durch das Internet eröffneten weltweiten Nutzungsmöglichkeiten angelegtes Geschäftsmodell zulasten der Vorteile für Nutzer in anderen Staaten und künftiger Weiterentwick-

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

lungsmöglichkeiten auf einen oder nur wenige Staaten beschränkt und dadurch einen Teil der Vorteile dieses Mediums verlieren würde⁸⁸⁶.

b) Unterschiede zu der für ubiquitäre Verletzungen diskutierten Anwendung eines einheitlichen Rechts

Zu prüfen bleibt, ob die für ubiquitäre Verletzungen in der Wissenschaft diskutierten Einschränkungsmöglichkeiten der Schutzlandanknüpfung zugunsten einer oder weniger Rechtsordnungen⁸⁸⁷ und die in der Praxis trotz Beibehaltung der Schutzlandanknüpfung bei Verletzungen in einer Viel-

886 Vgl. *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201, 207f. Gegen eine Steuerbarkeit und Vorhersehbarkeit des aus der Universalität des Internets resultierenden Risikos für den Internetanbieter und dagegen, ihm dieses Risiko aufzuerlegen *Regelin*, Das Kollisionsrecht der Immaterialgüterrechte an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 2000, S. 295f. und 298. Dagegen ist nach *Spindler*, in: *Leible* (Hrsg.), Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien, 2003, S. 155, 177f. dieses Rechtsanwendungsrisiko dem Anbieter zuzumuten, weil er dieses durch die Wahl der Ausrichtung seines Dienstes steuern könne. Lasse er beliebige Mitglieder zur Nutzung zu, müsse er auch seine Verhaltensstandards nach den tangierten Rechtsordnungen ausrichten.

887 Siehe etwa die Vorschläge der verschiedenen akademischen Projekte zum internationalen Privat- und Verfahrensrecht im Immaterialgüterrecht, § 321 ALI-Principles, Art. 3:603 CLIP Principles, Art. 302 des japanischen Transparency Proposal und Art. 306 des gemeinsamen Vorschlags von Mitgliedern der japanischen und koreanischen Private International Law Association, von denen im folgenden beispielhaft Art. 3:603 CLIP Principles aufgeführt wird.

Article 3:603 CLIP Principles: Ubiquitous infringement

(1) In disputes concerned with infringement carried out through ubiquitous media such as the Internet, the court may apply the law of the State having the closest connection with the infringement if the infringement arguably takes place in every State in which the signals can be received. This rule also applies to existence, duration, limitations and scope to the extent that these questions arise as incidental questions in infringement proceedings.

(2) In determining which State has the closest connection with the infringement, the court shall take all the relevant factors into account, in particular the following:

- (a) the infringer's habitual residence;
- (b) the infringer's principal place of business;
- (c) the place where substantial activities in furtherance of the infringement in its entirety have been carried out;
- (d) the place where the harm caused by the infringement is substantial in relation to the infringement in its entirety.

zahl von Staaten oft erfolgende Ausrichtung auf eine und meist die eigene Rechtsordnung eine für neutrale Ermöglichungshandlungen angemessene Korrekturmöglichkeit erlauben. In beiden Fällen geht es nämlich um die Reduzierung der Vielzahl der nach der Schutzlandanknüpfung anwendbaren Rechtsordnungen. Bei den mit Blick auf ubiquitäre Verletzungen entwickelten Lösungsansätzen, die zu einer Reduzierung der Anzahl der nach der Schutzlandanknüpfung an sich anwendbaren Rechtsordnungen führen, steht der Gedanke der Vereinfachung einer sonst durch die Mosaik-Anwendung einer Vielzahl von Rechtsordnungen erschwerten Durchsetzung des verletzten Immaterialgüterrechts im Vordergrund⁸⁸⁸. Ausgangspunkt ist dabei die einheitliche Verletzung eines in einer Vielzahl von Staaten bzw. nahezu weltweit geschützten Immaterialgüterrechts, was insbesondere bei der Verletzung eines urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts durch eine über das Internet erfolgende Verwertungshandlung in Betracht kommt. Das anwendbare Recht soll in diesen Fällen von dem zuständigen Gericht zur Durchsetzung des verletzten Immaterialgüterrechts in allen betroffenen Rechtsordnungen auf der Grundlage der jeweiligen Umstände des Einzelfalls und verschiedener Faktoren, die die engste Verbindung des Sachverhalts zu einer Rechtsordnung typisieren, bestimmt werden. So wohl für den Rechtsinhaber, dessen Durchsetzungsinteresse die Anwendung eines Rechts auf ubiquitäre Verletzungen motiviert, als auch für den unmittelbaren Verletzer erscheint die damit verbundene Einbuße an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit hinnehmbar. Sie führt letztlich nur zur Vereinfachung der Entscheidung über eine Haftungskonstellation, in dem der unmittelbare Verletzer, der ein Immaterialgut verwertet oder benutzt, die Möglichkeit hat, die Konsequenzen seines Verhaltens abzusehen

(3) Notwithstanding the law applicable pursuant to paragraphs 1 and 2, any party may prove that the rules applying in a State or States covered by the dispute differ from the law applicable to the dispute in aspects which are essential for the decision. The court shall apply the different national laws unless this leads to inconsistent results, in which case the differences shall be taken into account in fashioning the remedy.

Zu einem Vergleich aller Regelungen *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:603 N18-N24. Zu einem ausführlichen Vergleich zwischen § 321 ALI Principles und Art. 3:603 CLIP Principles *Matulionyté*, Law Applicable to Copyright, A Comparison of the ALI and CLIP Proposals, 2011, S. 166-195.

888 Vgl.z.B. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:603 C5.

und die für die Bestimmung des anwendbaren Rechts relevanten Faktoren mitzubeeinflussen. Handelt es sich bei der von ihm vorgenommenen Benutzungs- oder Verwertungshandlung um eine nach einer oder mehreren der betroffenen Rechtsordnungen zulässige Ausnahme, bleibt sein Interesse dadurch gewahrt, dass er diese von dem zur Anwendung berufenen Recht abweichende Rechtslage vorbringen kann, die dann bei dem Auspruch über die auf die übrigen Rechtsordnungen zu beschränkenden Rechtsfolgen berücksichtigt wird⁸⁸⁹. Der Rechtsinhaber kann durch die Wahl des zuständigen Gerichts einen gewissen Einfluss auf die Bestimmung des auf ubiquitäre Verletzungen einheitlich anwendbaren Rechts nehmen und sich oft alternativ für die Anwendung des Schutzlandprinzips unter Beschränkung seines Vorbringens auf die für ihn relevanten und strategisch günstigen Rechtsordnungen entscheiden⁸⁹⁰. Die Wahl des zuständigen Gerichts wird bei der Überwindung der territorialitätsbedingten Aufspaltung der Rechtsdurchsetzung zum einen dann relevant, wenn ein Gericht diejenige mit der *lex fori* übereinstimmende *lex loci protectionis* auf den gesamten Sachverhalt und damit teilweise auch extraterritorial anwendet, weil die Rechtsfolgen in ihrem Umfang nicht auf die in diesem Staat begangene Verletzung beschränkt werden oder sich zumindest in ihrer faktischen Wirkung darauf beschränken lassen⁸⁹¹. Zum anderen kommt dem zuständigen Gericht eine entscheidende Bedeutung zu, wenn es zwar im Grundsatz dem klassischen Schutzlandprinzip folgt, bei der danach gebotenen Anwendung der einzelnen ausländischen Rechte auf die im Ausland begangenen Immaterialgüterrechtsverletzungen aber davon ausgeht, dass deren Inhalt, soweit nicht anders vorgetragen, mit denen der eigenen *lex loci protectionis* übereinstimmt⁸⁹².

889 Vgl. *Kur*, WRP 2011, 971, 980; allgemeiner zu der Bemühung um einen angemessenen Interessenausgleich bei der Bestimmung des auf ubiquitäre Verletzungen anwendbaren Rechts *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:603, C13-C15.

890 Vgl. *Matulionyté*, Law Applicable to Copyright, A Comparison of the ALI and CLIP Proposals, 2011, S. 100f. und 188f.

891 *Kur*, WRP 2011, 971, 976f.; *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, Art. 3:603, N4-N5; *Matulionyté*, Law Applicable to Copyright, A Comparison of the ALI and CLIP Proposals, 2011, S. 101 und 105-108.

892 Der Ursprung dieser Herangehensweise liegt in einer allgemeinen common law-Regel über den Beweis ausländischen Rechts, deren Anwendbarkeit auf Immat-

Anders stellt sich die Interessenlage bei der Bestimmung des auf die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel anwendbaren Rechts dar⁸⁹³. Die unterschiedliche Interessenlage rechtfertigt nach der hier vertretenen Ansicht eine eigenständige kollisionsrechtliche Lösung außerhalb der für ubiquitäre Verletzungen diskutierten Lösungsansätze, während eine andere Ansicht beide Alternativen als Lösungsansätze gegeneinander abwägen möchte⁸⁹⁴. Für den Anbieter ist es von zentraler Bedeutung, dass das über die Haftung entscheidende Recht im Vorfeld und unabhängig von den im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen erfolgen kann und für ihn vorhersehbar ist. Diesem Interesse kann eine erst im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits eingreifende Korrektur der Schutzlandanknüpfung zugunsten der Anwendung des zu diesem konkreten Rechtsstreit die engste Verbindung aufweisenden Rechts nicht gerecht werden, weil dieses für den Anbieter im Vorfeld gerade nicht bestimmbar wäre und dessen Voraussetzungen so keinen verlässlichen Rahmen zur Ausrichtung seines Geschäftsmodells bieten könnten⁸⁹⁵. Zudem besteht das grundlegende Interesse des Anbieters an der Anwendung eines und für ihn vorhersehbaren Rechts nicht nur in den Fällen, in denen über die von ihm angebotenen Dienste oder Mittel ein bestimmtes Immaterialgüterrecht ubiquitär, d.h. in nahezu allen Rechtsordnungen verletzt wird. Es besteht vielmehr in allen Fällen, weil über die von ihm angebotenen Dienste oder Mittel in einer im Vorfeld nicht absehbaren Weise unterschiedliche Immaterialgüterrechte in einer Vielzahl von Ländern verletzt werden können und er damit immer einem ubiquitären Haftungsrisiko für die Ermöglichung von im einzelnen noch nicht erkennbaren Immaterialgüterrechtsverletzungen ausgesetzt

rialgüterrechtsverletzungen aber nicht gesichert erscheint, vgl. *Fawcett/ Torremans*, Intellectual Property and Private International Law, 2.Aufl. (2011), S. 853f. Als Beispiel für eine solche Herangehensweise lässt sich ein Urteil aus den Niederlanden anführen: Gerechtshof's Gravenhage, 28 September 2010, 105.000.110/01 (www.rechtspraak.nl, LJN: BN8795).

893 Vgl. *Kur*, WRP 2011, 971, 979f.; *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C2 und C10.

894 *Matulionyté*, (2012) JIPITEC 3, 263, 293 und *de Miguel Asensio*, (2012) JIPITEC 3, 350, 355-358.

895 Vgl. *Kur*, WRP 2011, 971, 980; *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C10.

ist⁸⁹⁶. Entsprechend knüpft eine nach der Interessenlage gebotene eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung für neutrale Ermöglichungshandlungen auch nicht an die Ermöglichung einer ubiquitären Immaterialgüterrechtsverletzung an. Die bisher für ubiquitäre Verletzungen zur Bestimmung des anwendbaren Rechts diskutierten Faktoren sind desweiteren nicht auf den Anbieter neutraler Dienste und Mittel zugeschnitten und erlauben keine hinreichende Berücksichtigung seiner eigenen, von denjenigen der Rechtsinhaber und der Primärverletzer abweichenden, Interessen⁸⁹⁷. Aber auch eine Erweiterung der bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts in die Abwägung einfließenden Faktoren um solche, die die Rolle des Anbieters stärker berücksichtigen, könnte, aufgrund des nicht im Vorfeld bestimmbaren Ausgangs dieser Abwägung, nicht dessen grundlegendem Interesse an der Anwendung eines im Vorfeld und unabhängig von den im Einzelfall konkret ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen bestimmbaren Rechts gerecht werden.

II. Rückgriff auf klassische deliktsrechtliche Anknüpfungsmomente

Da die Haftung wegen Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung durch das Anbieten eines neutralen Dienstes oder Mittels auf einer Sorgfaltspflichtverletzung beruht und sich als Haftungskonstellation damit auf das allgemeine Deliktsrecht zurückführen lässt, sind für deren kollisionsrechtliche Behandlung weiter die Anknüpfungsmomente des Internationalen Deliktsrechts in Betracht zu ziehen. Im Internationalen Deliktsrecht kommt der Anknüpfung an den Tatort eine besondere Bedeutung zu, die bei Distanzdelikten mit dem Handlungs- und mit dem Erfolgsort auf unterschiedliche räumliche Verbindungen, die zu unterschiedlichen Staaten weisen, abstellen kann⁸⁹⁸. Fallen Handlungs- und Erfolgsort zusammen, bewirkt die Tatortregel einen angemessenen Ausgleich zwischen den Rechtsanwendungsinteressen der Beteiligten und dem Ordnungsinteresse des Tatortstaates an der Einhaltung der von ihm aufgestell-

896 Vgl. *Kur*, WRP 2011, 971, 980.

897 *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201, 214-216; *Matulionyté*, Law Applicable to Copyright, A Comparison of the ALI and CLIP Proposals, 2011, S. 182f.

898 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 1.

ten Verhaltensnormen⁸⁹⁹. Einige Rechtsordnungen knüpfen, wie das autonome deutsche IPR vor Inkrafttreten der Rom II-Verordnung, nach dem Günstigkeitsprinzip alternativ an den Handlungs- und Erfolgsort an (Art. 40 I EGBGB). Andere Rechtsordnungen knüpfen wie Art. 4 Rom II-VO ausschließlich an den Erfolgsort an und distanzieren sich damit für den Bereich des allgemeinen Deliktsrechts von der Anknüpfung an den Handlungsort, die sich nur noch in einigen sonderdeliktsrechtlichen Kollisionsnormen findet (im Rahmen der Rom II-VO Art. 7 und Art. 9)⁹⁰⁰. Auf der Suche nach dem für die kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen passenden Anknüpfungsmoment sollen beide Varianten der deliktsrechtlichen Tatortanknüpfung dargestellt werden. Anders als bei der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung, bei der Handlungs- und Erfolgsort im Schutzland zusammenfallen (siehe oben B.I.3.b.cc), führen die Anknüpfungen an den Handlungs- und an den Erfolgsort bei der Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung nämlich zu unterschiedlichen Ergebnissen.

1. Anknüpfung an den Erfolgsort

Die Erfolgsortanknüpfung stellt die erste und im Internationalen Deliktsrecht zunehmend privilegierte Alternative der deliktsrechtlichen Tatortanknüpfung dar, die aufgrund ihrer Nähe und Parallelität zur Schutzlandanknüpfung als erstes erörtert wird.

a) Gründe für eine Anknüpfung an den Erfolgsort

Die Anknüpfung an den Erfolgsort stellt in der Rom II-Verordnung die deliktsrechtliche Grund- und Regelanknüpfung dar (Art. 4 I Rom II-VO), die zur Anwendung kommt, wenn keine der besonderen Kollisionsnormen eingreift, die Voraussetzungen des Art. 4 II nicht erfüllt sind und kein Bedürfnis für die Bestimmung eines anderen Rechts, das zu der unerlaubten Handlung eine offensichtlich engere Verbindung aufweist, nach der Aus-

899 Von Hoffmann, in: Staudinger, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 2.

900 Vgl. Junker, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl.(2010), Art. 4, Rn. 3 und 11f.

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

weichklausel des Art. 4 III besteht⁹⁰¹. Mit dem Ort des Schadenseintritts in Art. 4 I Rom II-VO ist nämlich der Ort der Rechtsgutsverletzung gemeint, der im Internationalen Deliktsrecht üblicherweise als Erfolgsort beschrieben wird und sowohl vom Handlungsort als auch von dem Ort, an dem die Folgeschäden eintreten, zu unterscheiden ist⁹⁰². Innerhalb der Rom II-Verordnung ist nach der jetzigen Rechtslage davon auszugehen, dass die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen einheitlich unter die Schutzlandanknüpfung des Art. 8 fällt (siehe oben B.III. 1.a.cc.(2)). Sollte die Rechtsprechung unter der Auslegungshoheit des EuGH zu einer restriktiven Auslegung des Art. 8 gelangen und die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel nicht als immaterialgüterrechtsspezifisches sondern allgemeineres deliktsrechtliches Phänomen betrachten, wäre, in Ermangelung einer spezifischen unionsrechtlichen Kollisionsnorm, auf die deliktsrechtliche Grundregel zurückzugreifen, so dass sich die Frage nach deren Angemessenheit stellt. Aber auch bei der theoretischen und von einem bestimmten System von Kollisionsnormen gelösten kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen sind die Auswirkungen der Erfolgsortanknüpfung als eines möglichen und im internationalen Deliktsrecht verbreiteten Anknüpfungsmoments zu untersuchen.

Hinter der Anwendung des Rechts des Erfolgsorts stehen bei Distanzdelikten die Übertragung der deliktsrechtlichen Entschädigungs- bzw. Ausgleichsfunktion auf die kollisionsrechtliche Ebene und das Interesse des Geschädigten an der Anwendung eines für ihn vorhersehbaren und in der Regel vertrauten Rechts⁹⁰³. Die kollisionsrechtliche Tendenz zugunsten der Erfolgsortanknüpfung spiegelt die materielle Entwicklung im Deliktsrecht von der Sanktionierung schuldhaften Verhaltens zu einer verstärkten Orientierung an den Rechtsgüterschutz und der gesellschaftlichen Risikoverteilung wider⁹⁰⁴. Das Deliktsrecht dient primär dem Rechtsgüterschutz, hinter den die Freiheit des Handelnden zurücktritt⁹⁰⁵. Die dem Deliktsrecht ebenfalls zukommende und auf den Handlungsortweisende Ver-

901 Vgl. *Junker*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl.(2010), Art. 4, Rn. 7-9.

902 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl.(2010), Art. 4, Rn. 18 und 20.

903 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl.(2010), Art. 4, Rn. 19; *von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 4.

904 *Von Hein*, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht, 1999, S. 133.

905 *Basedow*, EuZW 2004, S. 423, 424.

haltenssteuerungsfunktion werde erst mit Blick auf eine konkrete Rechtsgutsverletzung aktiviert⁹⁰⁶. Mit dem Rechtsgüterschutz würden die Erwartungen der an der Erhaltung des Gutes interessierten Personen geschützt, die sich kollisionsrechtlich in der Regel auf das Schutzregime derjenigen Rechtsordnung richten, deren Geltungsbereich sie ihre Rechtsgüter unterstellt habe⁹⁰⁷. Die kollisionsrechtliche Berufung des Erfolgsortrechts erfülle damit auf kollisionsrechtlicher Ebene die vom materiellen Haftungsrecht bezweckte kompensatorische Erwartungssicherung⁹⁰⁸. Diese Überlegungen, die im allgemeinen Deliktsrecht für eine Erfolgsortanknüpfung angeführt werden, lassen sich zunächst auch auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen übertragen. Die Frage der Haftung des Anbieters eines neutralen Dienstes oder Mittels wird auch hier erst durch eine konkret ermöglichte Rechtsgutsverletzung aufgeworfen und die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen dient jedenfalls auch einem effektiven Schutz der Immaterialgüterrechte. Das Interesse des Rechtsinhabers an einer wirksamen Durchsetzung seiner Rechte und an einer Entschädigung für die von dem Anbieter ermöglichte Verletzung seiner Rechte nach dem Recht, dessen Schutz er seine immateriellen Güter unterstellt hat, bestehen auch hier.

b) Bestimmung des Erfolgsortes

Als Erfolgsort ist der Ort anzusehen, an dem das deliktsrechtlich geschützte Rechtsgut verletzt wird⁹⁰⁹. Bei Rechtsverletzungen im Internet tritt die Rechtsgutsverletzung mit dem Abruf des rechtsverletzenden Inhalts ein und ist dabei am Lageort des geschützten Rechtsguts zu lokalisieren⁹¹⁰. Der Erfolgsort ist also über die ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung zu bestimmen und damit in dem Staat zu lokalisieren, in dem das je-

906 *Von Hein*, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht, 1999, S. 132, 136f.

907 *Von Hein*, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht, 1999, S. 133, 135f.

908 *Von Hein*, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht, 1999, S. 131f., 136f.

909 *Junker*, in: *MünchKomm-BGB*, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 31; *von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, 24.

910 *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 269f.

weils konkret betroffene Immaterialgüterrecht geschützt ist. Der Verletzungserfolg einer Immaterialgüterrechtsverletzung kann nämlich nur in dem Staat eintreten, in dem das verletzte Immaterialgüterrecht geschützt ist und seine Schutzwirkungen entfalten kann⁹¹¹. Die Bestimmung des Erfolgsortes über den Eintritt der Rechts(guts)verletzung greift unabhängig davon ein, ob sich die Haftung auf einen klassischen Verschuldenstatbestand der unerlaubten Handlung, oder auf einen Unterlassungs- oder Gefährdungstatbestand stützt⁹¹². Eine kollisionsrechtliche Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen an das Recht des Erfolgsortes führt damit zu demselben Ergebnis und zu denselben Nachteilen wie die Schutzlandanknüpfung. Die Anknüpfung an den Erfolgsort führt nämlich bei Streudelikten mit mehreren Erfolgsorten in verschiedenen Staaten zu einer Mosaikbetrachtung, bei der die in verschiedenen Staaten eingetretenen Verletzungserfolge jeweils getrennt nach dem jeweiligen Recht des Erfolgsortes zu beurteilen sind⁹¹³. Werden durch das Anbieten eines Dienstes oder Mittels verschiedene unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglicht, ist für die Ermöglichung jeder einzelnen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung das Recht des jeweiligen Erfolgsortes und damit das jeweilige Schutzlandrecht anzuwenden.

Die Anwendung des Rechts des Erfolgsorts trägt zwar dem Interesse des Rechtsinhabers an einer wirksamen Durchsetzung seiner Immaterialgüterrechte nach einem einheitlichen und für ihn vorhersehbaren Recht Rechnung, bedeutet für den Anbieter eines neutralen Dienstes oder Mittels, über die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglicht werden, aber, abhängig von den im einzelnen ermöglichten konkreten Immaterialgüterrechtsverletzungen, die Anwendung einer Vielzahl für ihn nicht vorhersehbarer Rechtsordnungen, die über die Frage seiner Haftung und den von ihm zu erfüllenden Sorgfaltsanforderungen entscheiden werden, ohne dass er sich auf diese im Vorfeld einstellen könnte. Insoweit stellt sich die Lage

911 *Fezer/ Koos*, in: *Staudinger*, IntWirtschR, Neubearb. 2010, Rn. 897; *Heinze*, Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Immaterialgüterrecht, 2007, 231-233.

912 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl.(2010), Art. 4, Rn. 22f.; *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 32.

913 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl.(2010), Art. 4, Rn. 31f.; *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 33; *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 274-276.

anders als bei den aus der Erfolgsortanknüpfung bei Rechtsverletzungen im Internet für den unmittelbaren Verletzer resultierenden Nachteilen dar. Der unmittelbare Verletzer entscheidet selbst über den konkreten und potentiell rechtsverletzenden Inhalt sowie über dessen Verbreitung im Internet, so dass von ihm eine Prüfung der Rechtslage erwartet werden kann und er das ihn treffende Rechtsanwendungsrisiko durch die Konzeption des Inhalts und dessen Abrufmöglichkeit entsprechend steuern kann⁹¹⁴. Mit Blick auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen fehlt es an einer vergleichbaren Steuerungsmöglichkeit des Rechtsanwendungsrisikos für den Anbieter der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen neutralen Dienste oder Mittel, der zu deren genereller Überwachung materiellrechtlich gerade nicht verpflichtet ist und keinen Einfluss auf die Art und Ausgestaltung der einzelnen rechtsverletzenden Nutzungen hat. Die Auferlegung dieses Rechtsanwendungsrisikos würde ihn im Ergebnis zwingen, sich an dem Recht mit dem strengsten Haftungsmaßstab zu orientieren oder sein Angebot auf wenige Rechtsordnungen zu beschränken, was zu einer über das rechtlich gebotene Maß hinausgehenden und mit Blick auf die legitimen Nutzungsmöglichkeiten unerwünschten Einschränkung führen würde. Die deliktsrechtliche Erfolgsortankrüpfung stellt deshalb kein für die kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel angemessenes Anknüpfungsmoment dar.

2. Anknüpfung an den Handlungsort

Die Anknüpfung an den Handlungsort stellt die zweite Alternative der deliktsrechtlichen Tatortankrüpfung dar. Im autonomen deutschen Interna-

914 Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 270f. der in diesem aus der Erfolgsortankrüpfung für den (primären) Verletzer resultierenden Risiko ein erwünschtes Korrektiv zu dem durch das Internet eröffneten hohen Bedrohungspotential und der Möglichkeit, das Risiko durch geschickte Wahl des Handlungsortes zu minimieren, sieht. Kritisch gegenüber einer solchen Steuerungsmöglichkeit im Internet dagegen Grundmann, RabelsZ 67 (2003), 246, 287: „Im Internet werden Mitteilung und Werbung hingegen sofort weltweit zugänglich. Daß der Täter das Geschehen noch immer in der Hand hat, wird zunehmend zur Theorie. Es stellt sich in aller Schärfe die Frage, ob der Schutz potentieller Opfer höher gestellt werden soll oder die Förderung von Vermarktungsinteressen.“.

tionalen Privatrecht bildete sie vor Erlass der Rom II-Verordnung die deliktsrechtliche Grundanknüpfung (Art. 40 I 1 EGBGB), soweit sich der Geschädigte nicht für die Wahl des Erfolgsortrechts entschied (Art. 40 I 2 EGBGB). Durch die Rom II-Verordnung und die sich im internationalen Deliktsrecht generell abzeichnende Tendenz, die Anknüpfung an den Erfolgsort zu privilegieren, hat die Anknüpfung an den Handlungsort für das allgemeine Deliktsrecht zwar an Bedeutung eingebüßt, mit Blick auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen bleibt ihre Berechtigung aber dennoch zu überprüfen.

a) Gründe für eine Anknüpfung an den Handlungsort

Für die Anknüpfung an den Handlungsort spricht die Verhaltenssteuerungsfunktion des Haftungsrechts, das zum Schutz von Rechtsgütern Verhaltensnormen aufstellt und dadurch die allgemeine Handlungsfreiheit begrenzt⁹¹⁵. Die Anknüpfung an den Handlungsort erlaubt zudem bei Streudelikten mit mehreren Erfolgsorten die Bestimmung eines auf alle Rechtsgütsverletzungen anwendbaren Rechts und kann sich so zusätzlich auf den Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie stützen⁹¹⁶. Gegen eine auf die Verhaltenssteuerungsfunktion und den Handlungsunwertvorwurf des Haftungsrechts gestützte Privilegierung des Handlungsortes gegenüber dem Erfolgsort wurde zwar angeführt, dass sich die Frage nach dem deliktsrechtlich erlaubten oder unerlaubten Verhalten und die Frage nach dem auf eine unerlaubte Handlung anwendbaren Recht nicht losgelöst sondern erst mit dem Eintritt einer Rechtsgütsverletzung stellten und dass das zivilrechtliche Haftungsrecht auf die kollisionsrechtliche Ebene übertragen eine kompensatorische Erwartungssicherung nach den Standards des Erfolgsortrechts gewähren sollte⁹¹⁷. Beide Einwände gilt es aber mit Blick auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen näher zu beleuchten. Die Gewichtung zwischen Rechtsgüterschutz und Verhaltenssteuerung, die beide vom materiellen Deliktsrecht

915 Von Hoffmann, in: Staudinger, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 3.

916 Junker, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 24.

917 Von Hein, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht, 1999, S. 132 und 136f.

bezweckt werden und sich nicht trennen lassen, fällt nämlich in den einzelnen Bereichen des Deliktsrechts unterschiedlich aus, so dass, ungeachtet des Interesses an der Wahrung der strukturellen Einheit des Deliktsrechts und an einer einheitlichen Anknüpfung, die Anknüpfung an den Handlungsort in einigen Konstellationen interessengerechter als die Anknüpfung an den Erfolgsort erscheinen mag⁹¹⁸.

Zwar wird auch die Frage nach der Haftung des Anbieters eines neutralen Dienstes oder Mittels erst durch eine konkret ermöglichte Immateriagüterrechtsverletzung aufgeworfen und die materiellrechtlichen Haftungstatbestände setzen in der Regel die Verwirklichung einer unmittelbaren Immateriagüterrechtsverletzung voraus, was zunächst die Bedeutung des Rechtsgüterschutzes unterstreicht. Für die materiellrechtliche Haftungsgrundierung, die sich gerade nicht in der Ermöglichung der Immateriagüterrechtsverletzung erschöpft, tritt aber die Frage nach der Verletzung einer Sorgfaltspflicht in den Vordergrund. Die Haftung für die Ermöglichung von Immateriagüterrechtsverletzungen trägt nämlich nicht nur dem Bedürfnis nach einem effektiven Schutz der Immateriagüterrechte Rechnung. Sie trifft auch ein eigenständiges Unrechtsurteil über Geschäftsmodelle, die neben rechtmäßigen auch rechtsverletzende Nutzungsmöglichkeiten eröffnen, und damit eine Entscheidung zwischen unternehmerischer Freiheit und gesamtgesellschaftlichem Nutzen auf der einen und der durch sie geschaffenen bzw. erhöhten Gefahr für von der Rechtsordnung geschützte Rechtsgüter auf der anderen Seite (siehe oben C.III.4.b.bb). Die Beurteilung der Haftung löst sich dabei weitgehend von der konkret ermöglichten Immateriagüterrechtsverletzung, was für eine stärkere Relevanz des Handlungs- gegenüber dem Erfolgsort bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts spricht. Der materiellrechtliche Schwerpunkt in der Haftungsgrundierung liegt bei der Begründung des Handlungsunwerts, was kollisionsrechtlich eine Anknüpfung an den Handlungsort als den Staat, der zu der Frage der Haftung für die Ermöglichung der Immateriagüterrechtsverletzung die engste Verbindung aufweist, rechtfertigt.

Die für eine Anknüpfung an den Erfolgsort streitenden Argumente der kompensatorischen Erwartungssicherung und der primären Ausrichtung auf den Rechtsgüterschutz spielen bei der Haftung für die Ermöglichung von Immateriagüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler

918 Vgl. von Hoffmann, in: Staudinger, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 4.

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

Dienste und Mittel eine im Verhältnis zu anderen deliktsrechtlichen Haftungskonstellationen weniger stark ausgeprägte Rolle. Die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel dient zwar mit dem Ziel einer effektiven Rechtsdurchsetzung auch, jedenfalls soweit das materielle Recht anders als die deutsche Haftungsfigur der Störerhaftung neben Unterlassungs- auch Schadensersatzansprüche gewährt, einer Entschädigung des Rechtsinhabers für die von dem Anbieter ermöglichte Verletzung seines Rechts. Die Ausrichtung auf das Durchsetzunginteresse des Rechtsinhabers, das primär über die Gewährung eines Unterlassungsanspruchs zur Unterbindung der von dem unmittelbaren Verletzer begangenen Rechtsverletzung befriedigt wird, bedeutet aber zugleich einen Unterschied zu dem typischerweise primär auf eine Kompensation des Rechtsinhabers ziellenden Haftungsrecht. Das Entschädigungsinteresse des Rechtsinhabers ist primär dem Verhältnis zum unmittelbaren Verletzer und erst sekundär dem Verhältnis zum Anbieter des die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Dienstes oder Mittels zuzuordnen, auch wenn die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen materiellrechtlich nicht subsidiär zur Inanspruchnahme des unmittelbaren Verletzers ausgestaltet ist und die Haftung des neutralen Anbieters von dem Gedanken mitgetragen wird, dass er die Immaterialgüterrechtsverletzung nicht nur ermöglicht, sondern hiervon auch, und sei es auch nur indirekt über erhöhte Benutzerzahlen, profitiert. Wenn aber das Entschädigungsinteresse des Rechtsinhabers nicht mehr als die zentrale Funktion, sondern nur als ein neben andere tretendes Interesse für die Motivation der Haftungsfigur anzusehen ist, verliert die aus der Ausgleichsfunktion des Haftungsrechts abgeleitete kollisionsrechtliche Präferenz der Erfolgsortanknüpfung gegenüber der Anknüpfung an den Handlungsort an Überzeugungskraft. Demgegenüber sprechen neben der zentralen Bedeutung der Sorgfaltspflichtverletzung für die Haftungsbegründung auch die Möglichkeit, über die Anknüpfung an den Handlungsort zur Anwendung eines einzigen und für den Anbieter vorhersehbaren Rechts auf die Frage der Haftung für die im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen zu gelangen, für den Handlungsort als deliktsrechtliches Anknüpfungsmoment.

b) Bestimmung des relevanten Handlungsortes

aa) Bestimmung der für die Handlungsortanknüpfung maßgeblichen Ermöglichungshandlung

Handlungsort im Sinne des Internationalen Deliktsrechts ist der Ort, an dem die potentiell unerlaubte Handlung ganz oder teilweise ausgeführt wird⁹¹⁹. Der Handlungsort bestimmt sich also im Grundsatz über die Vornahme einer tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung mit Außenwirkung, während bloße Vorbereitungshandlungen keinen für die kollisionsrechtliche Anknüpfung relevanten Handlungsort begründen⁹²⁰. Uneinigkeit besteht dabei lediglich darin, ob das Recht des jeweiligen Handlungsortes über die Abgrenzung zwischen tatbestandsmäßiger Ausführungshandlung und bloßer Vorbereitungshandlung entscheidet und diese Entscheidung damit erst auf der Ebene des anwendbaren Sachrechts getroffen wird⁹²¹ oder ob Vorbereitungshandlungen für die kollisionsrechtliche Handlungsortanknüpfung grundsätzlich und unabhängig von ihrer Bedeutung nach dem am Ort ihrer Vornahme geltenden Recht als irrelevant anzusehen sind⁹²². Gegen eine Ausgrenzung von vermeintlichen Vorbereitungshandlungen bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene spricht aber, dass diese nach dem anwendbaren Sachrecht im Einzelfall durchaus bereits als eine tatbestandliche Ausführungshandlung behandelt werden und eine deliktsrechtliche Verantwortlichkeit begründen können, so dass die deliktsrechtliche Anknüpfung auch solche Konstellationen ohne Vorwegnahme der sachrechtlichen Prüfung erfassen sollte⁹²³. Für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen gilt es deshalb zunächst die für die Haftungsbegründung des Anbieters neutraler Dienste oder Mittel relevante tatbestandliche Ausführungshandlung zu bestimmen. Als tatbestandliche Ausführungshandlung ist vorliegend nicht auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung, sondern auf das sie ermöglichte An-

919 *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 257.

920 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4. Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 25; *von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 18.

921 So *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4. Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 25 und *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 263f.

922 So *von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 18.

923 *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 263f.

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

bieten des betreffenden Dienstes oder Mittels abzustellen, weil die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel materiellrechtlich nicht über die Zurechnung der von dem unmittelbaren Verletzer begangenen Immaterialgüterrechtsverletzung, sondern über eine eigene Pflichtverletzung begründet wird. Dementsprechend ist es nicht entscheidend, wo der einzelne rechtsverletzende Inhalt in einen über das Internet angebotenen Dienst eingestellt wird oder wo es zu der einzelnen rechtsverletzenden Benutzung kommt.

Fraglich ist jedoch, ob bereits das Anbieten als solches als haftungsgrundende tatbestandliche Ausführungshandlung gewertet werden kann oder ob diese erst im Verstoß gegen eine den Anbieter treffende Sorgfaltspflicht bzw. in dem Unterlassen gebotener Abhilfemaßnahmen zu sehen ist. Der für die deliktsrechtliche Handlungsortanknüpfung und die dahinter stehende Verhaltenssteuerungsfunktion maßgebliche Handlungsbegriff setzt an einer willensabhängigen Tätigkeit an, die als Gefährdung eines rechtlich geschützten Interesses in die Außenwelt tritt⁹²⁴. Demnach lässt sich bereits das Anbieten der die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen Dienste oder Mittel als relevante Handlung ansehen, weil in den Konstellationen, in denen der Anbieter keine Kontrolle über die einzelnen Nutzungen der Dienste oder Mittel mehr durchführt, bereits durch das Anbieten die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung entsteht. Das Anbieten ist damit auch nicht lediglich als Vorbereitungshandlung in Bezug auf die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung durch den Anbieter anzusehen. Weil aber der Anbieter von Internetdiensten in verschiedenen Rechtsordnungen materiellrechtlich gerade von einer allgemeinen Überwachungspflicht befreit wird und seine Haftung stattdessen die Verletzung einer spezifischen Überwachungs- oder Sorgfaltspflicht erfordert, kann das Anbieten alleine in diesen Konstellationen noch nicht als haftungsgrundend angesehen werden. Vielmehr ist zumindest in diesen Fällen erst die Verletzung einer Sorgfaltspflicht oder das Unterlassen gebotener Abhilfemaßnahmen als haftungsgrundend anzusehen. Im folgenden gilt es, diese drei möglichen Bezugspunkte zu lokalisieren, wobei neben der Anknüpfung von Unterlassungsdelikten auch mögliche Parallelen zur Gefährdungshaftung heranzuziehen sind.

924 Von Hoffmann, in: Staudinger, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 17.

bb) Bestimmung des Handlungsortes bei Unterlassungsdelikten

Die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen nähert sich mit der zentralen Bedeutung der Pflichtverletzung strukturell der Unterlassenschaftung an und sanktioniert im Einzelfall mit dem Unterlassen geeigneter Abhilfemaßnahmen auch ein pflichtwidriges Unterlassen, so dass auf die Bestimmung des Handlungsortes bei Unterlassungen einzugehen ist. Unterlassungsdelikte knüpfen an ein rechtlich relevantes Unterlassen bei Bestehen einer Handlungspflicht an, wobei die Handlungspflicht entweder zum Schutz bestimmter Personen oder Gegenstände oder, soweit von bestimmten Personen oder Gegenständen Gefahren ausgehen, zu deren Überwachung bestehen können. Als deliktsrechtlicher Handlungsort ist für Unterlassungen derjenige Ort anzusehen, an dem nach dem am Lageort des zu schützenden oder zu hütenden Rechtsguts geltenden Recht zu handeln gewesen wäre⁹²⁵. Mit Blick auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen lässt sich eine Handlungspflicht des Anbieters der die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen Mittel oder Dienste nur als Behütergarant begründen, weil der Anbieter mangels bestehender Sonderverbindung zum Rechtsinhaber nicht in besonderem Maße zum Schutz von dessen Immaterialgüterrechten, sondern vielmehr zur Überwachung der von ihm angebotenen Dienste oder Mittel, die neben rechtmäßigen auch rechtsverletzende Nutzungsmöglichkeiten und damit eine besondere Gefahr für die Rechtsgüter anderer eröffnen, verpflichtet ist. Das auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen wegen Unterlassen gebotener Abhilfemaßnahmen anwendbare Recht wäre also nach dem Ort zu bestimmen, an dem der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Dienst zu lokalisieren ist; dieses Recht entscheidet dann, wo und in welchem Umfang der Anbieter zur Verhinderung der Immaterialgüterrechtsverletzung verpflichtet ist⁹²⁶. Auch bei der Verletzung einer Sorgfaltspflicht im Anbieten der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Dienste oder Mittel trotz Kenntnis oder Hinweisen auf bestimmte

925 Von Hoffmann, in: Staudinger, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 22; Junker, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4. Aufl. (2006), Art. 40, Rn. 26.

926 Anders Rosenkranz, IPrax 2007, 524, 526, der die Störerhaftung der Schutzlandanknüpfung unterstellt und gemäß dieser die Rechtsordnung bestimmt, nach der hätte gehandelt werden müssen.

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

rechtsverletzende Nutzungen ist diese Sorgfaltspflicht immer noch auf die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermögliche Tätigkeit, aus der sich die besondere und im Einzelfall konkretisierte Gefahr für ein bestimmtes Immaterialgüterrecht ergibt, und nicht aus einem besonderen Schutzverhältnis gegenüber dem im Einzelfall verletzten immateriellen Gut zu stützen. Auch in diesen Fällen müsste also auf die Lokalisierung des die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Dienstes oder Mittels abgestellt werden.

cc) Bestimmung des Handlungsortes bei Gefährdungsdelikten

Die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel erinnert damit, auch wenn sie materiellrechtlich ein Verschulden voraussetzt oder zumindest an die Verletzung einer Sorgfaltspflicht ansetzt, an die Gefährdungstatbestände, die eine verschuldensabhängige Ersatzpflicht für Schäden anordnen, die durch eine an sich zwar rechtmäßige, für die Rechtsgüter anderer aber mit Gefahren verbundene Tätigkeit entstehen; derjenige, der aus einer für die Allgemeinheit nützlichen und deshalb trotz der dadurch eröffneten Gefahren erlaubten Tätigkeit Nutzen zieht, hat demnach für die dadurch eintrenden Schäden einzustehen, wenn sich die Gefahr im Einzelfall konkretisiert⁹²⁷. Auch bei der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel handelt es sich um eine im Grundsatz rechtmäßige und aufgrund der legalen Nutzungsmöglichkeiten für die Allgemeinheit nützliche Tätigkeit, die aufgrund der ebenfalls ermöglichten rechtsverletzenden Nutzungsmöglichkeiten allerdings eine Gefahr für verschiedene, von den Nutzungsmöglichkeiten betroffene Rechtsgüter, im hier interessierenden Fall die Rechte an immateriellen Gütern, eröffnet. Soweit durch diese Dienste oder Mittel tatsächlich ein Immaterialgüterrecht verletzt wird, haftet der Anbieter neben der primären Haftung des unmittelbaren Verletzers für deren Ermöglichung. Bei Gefährdungstatbeständen wird eine eigene Bestimmung des Handlungsortes diskutiert, der an dem Ort zu lokalisieren sein soll, an dem die gefährliche Anlage oder der gefährliche Gegenstand betrieben werden

927 Von Hoffmann, in: Staudinger, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 27.

bzw. an dem diese außer Kontrolle geraten und hierdurch eine Rechtsgutsverletzung verursachen, weil die Gefährdungshaftung an die Realisierung der mit der Anlage oder dem Gegenstand verbundenen potentiellen Gefahr anknüpft⁹²⁸. Die Verwirklichung dieses betriebsbezogenen Risikozusammenhangs tritt bei der Gefährdungshaftung an die Stelle der bei der Verschuldenshaftung für den Handlungsunwert und entsprechend für die Bestimmung des Handlungsortes maßgeblichen Pflichtverletzung, die beide jeweils als handlungsbezogene Ursache der Rechtsgutsverletzung anzusehen sind⁹²⁹. Eine prinzipielle Abkehr von der deliktsrechtlichen Tatortanknüpfung zugunsten der Anwendung des Rechts am Aufenthaltsort des Betreibers bzw. Halters der gefährlichen Anlage oder des gefährlichen Gegenstandes wird dagegen abgelehnt, weil der Gefährdungshaftungstatbestand in der Regel nicht ohne Wissen und Willen des Betreibers oder Halters in einem anderen als seinem Aufenthaltsstaat verwirklicht werde⁹³⁰. Auch spricht die in den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedliche Grenzziehung zwischen Gefährdungs- und Verschuldenshaftung gegen eine eigenständige und von der allgemeinen deliktsrechtlichen Anknüpfung gelöste Anknüpfung der Gefährdungshaftung; vielmehr genügt es, wenn die Besonderheiten der Gefährdungshaftung bei der Bestimmung des Handlungsortes berücksichtigt werden, während es für die Erfolgsortanknüpfung bei der Maßgeblichkeit des Eintritts der Rechtsgutsverletzung verbleibt⁹³¹. Überträgt man die für Gefährdungstatbestände formulierte Bestimmung des Handlungsortes auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, wäre demnach auf den Ort abzustellen, an dem sich die zunächst durch das Anbieten nur abstrakt eröffnete Gefahr konkretisiert und durch eine konkrete rechtsverletzende Nutzung verwirklicht, mithin dem Ort, an dem die ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung erfolgt, also beispielsweise bei einem Internetdienst das Einspeisen des rechtsverletzenden Inhalts in das Netz (Ort des Heraufla-

928 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 30-33; *Junker*, in: *MünchKomm-BGB*, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4. Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 27.

929 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 32.

930 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 28 mit Verweis auf die Rechtsprechung.

931 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 32.

dens oder *upload*)⁹³². Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach dem Willen des Gesetzgebers in vielen Rechtsordnungen gerade nicht als Gefährdungshaftung ausgestaltet ist, sondern an die Verletzung einer konkreten Überwachungs- oder Unterlassungspflicht oder die vorwerfbare Verletzung einer Sorgfaltspflicht anknüpft, so dass sie nicht zu den typischen Fällen der Gefährdungshaftung gezählt werden kann. Deshalb erscheint es trotz der an die Gefährdungshaftung erinnernden Ausgangssituation nicht angezeigt, auf kollisionsrechtlicher Ebene von der allgemeinen deliktsrechtlichen und maßgeblich auf die Pflichtverletzung abstellenden Bestimmung des Handlungsortes abzuweichen und stattdessen auf die Verwirklichung der konkreten Gefahr durch die Begehung einer Immaterialgüterrechtsverletzung, die materiellrechtlich in vielen Fällen gerade noch nicht zur Haftungsbegründung genügen wird, abzustellen. Zudem würde eine solche an dem Gedanken der Gefährdung orientierte Bestimmung des Handlungsortes bei der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen wieder von den im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen abhängen und so potentiell zu einer Vielzahl anwendbarer Rechte führen. So würden aber die mit der Anknüpfung an den Handlungsort einhergehende Verhaltenssteuerungsfunktion und die regelmäßig mit der Handlungsortanknüpfung gegenüber einer potentiellen Vielzahl von Erfolgsorttrechten zu erzielende Verfahrensökonomie und damit letztlich auch die für die kollisionsrechtliche Relevanz des Handlungsortes streitenden Gesichtspunkte aufgegeben.

932 Zu der Lokalisierung des Handlungsortes mit Blick auf rechtsverletzende Inhalte im Internet *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 257-268, der hier bei der primären Verletzung von einer mehraktigen Handlung ausgeht und neben dem Ort des Einspeisens in das Netz auch den Ort, an dem der rechtsverletzende Inhalt entwickelt und konzipiert wurde, als Handlungsort für die kollisionsrechtliche Handlungsortanknüpfung betrachtet. Dagegen spricht sich *Spindler*, in: *Leible* (Hrsg.), *Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, 2003, S. 155, 163-175 für eine an den hinter dem betroffenen Verwertungsrecht stehenden Interessen orientierte Lokalisierung der Verletzungshandlung aus.

dd) Lokalisierung der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Handlung/ Unterlassung

Der für die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste und Mittel relevante Handlungsort ist demnach über die Lokalisierung des Anbieters der die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen Dienste oder Mittel zu bestimmen. Das gilt auch in den Fällen, in denen der Schwerpunkt des Vorwurfs auf der Verletzung einer besonderen Überwachungs- oder Sorgfaltspflicht oder auf dem Unterlassen gebotener Abhilfemaßnahmen nach Hinweisen auf konkrete rechtsverletzende Nutzungen liegt. Das rechtlich relevante Unterlassen ist nämlich an dem Ort zu lokalisieren, an dem die unternehmerischen Entscheidungen über die Ausgestaltung der die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen und deshalb bei konkreten Hinweisen zu überwachenden Dienste oder Mittel getroffen werden, wie die Entscheidung über die Reaktionen nach Kenntnis oder Hinweisen auf konkrete rechtsverletzende Nutzungen und das Unterlassen der Entfernung oder Zugangssperrung des betreffenden Angebots. An diesem Ort ist auch die haftungsbegründende und ebenfalls auf eine unternehmerische Entscheidung zurückzuführende Sorgfaltspflichtverletzung zu lokalisieren. Diese kann neben dem Unterlassen der bei Hinweisen auf konkrete rechtsverletzende Nutzungen gebotenen Prüfung und Entfernung oder Zugangssperrung des rechtsverletzenden Inhalts auch in dem Verzicht auf zumutbare und rechtsverletzenden Nutzungen vorbeugende Kontrollmaßnahmen bestehen⁹³³. Durch die Lokalisierung der haftungsbegründenden Sorgfaltspflichtverletzung an dem Ort, an dem die unternehmerischen Entscheidungen über die Ausgestaltung des die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Dienstes getroffen werden, wird der relevante Handlungsort in Bezug auf einen ermöglichen Dienst unabhängig von den im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen einheitlich bestimmt, auch wenn sich der Inhalt der in Bezug auf die jeweils ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung haftungsbegründenden Sorgfaltspflicht bzw. des Unterlassens der gebotenen Abhilfemaßnahmen nach den Umständen des jeweiligen Falles

933 Vgl. Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 286f. mit Blick auf die Haftung des Access Providers, der daneben für den Handlungsort auch die technischen Gegebenheiten und insbesondere den Standort des Servers, über welchen der Access Provider den Zugang zum Internet eröffnet, berücksichtigt.

und der konkret ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung bestimmt. Der Ort, von dem aus die die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen Dienste oder Mittel angeboten und die diesbezüglichen unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden, wird dabei regelmäßig mit dem tatsächlichen Sitz oder der entsprechenden Niederlassung des Anbieters zusammenfallen, von der die entsprechenden Dienste koordiniert werden und von der aus mögliche Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen in Bezug auf diese Dienste erfolgen könnten⁹³⁴.

Bei einem in mehreren Staaten existierenden und dort jeweils über nationale oder regionale Anbieter betriebenen Dienst, hinter dem ein zentraler Betreiber steht, kommt es zunächst darauf an, gegen wen die Ansprüche wegen Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung gerichtet werden und auf welchen Vorwurf sie sich als Grundlage für eine mögliche Haftung stützen, was sich gegebenenfalls aus der Auslegung des Klageantrags ergibt⁹³⁵. Ist der nationale Anbieter Anspruchsgegner und wurde die Immaterialgüterrechtsverletzung über den von ihm betreuten Dienst ermöglicht, ist auf den Ort abzustellen, an dem die relevanten Entscheidungen und eventuellen Kontrollmaßnahmen, aus deren Unterlassung sich der Vorwurf einer Pflichtverletzung ergibt, in Bezug auf diesen Dienst getroffen werden. Ist der hinter den nationalen Anbietern stehende Entwickler und Betreiber Anspruchsgegner für die über einen oder mehrere nationale Dienste ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen, kommt es darauf an, ob er die für die Ausgestaltung des Geschäftsmodells der nationalen Dienste relevanten Entscheidungen einschließlich der Reaktions- und Kontrollpolitik bei Hinweisen auf konkrete rechtsverletzende Nutzungen selbst trifft und ihm eine eigene bei ihm zu lokalisierende Pflichtverletzung vorgeworfen wird, oder ob diese von den nationalen Anbietern der jeweiligen Dienste getroffen werden. In letzterem Fall ist der Handlungsort für den jeweiligen nationalen Dienst zu bestimmen, über den die konkrete immaterialgüterrechtsverletzende Nutzung erfolgt, auch wenn die haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung oder das haftungsbegründende Unterlassen je nach dem Verhältnis zwischen dem nationalen Anbieter und dem dahinter stehenden Betreiber diesem dann für die materiellrechtliche Begründung der Haftung zugerechnet werden können. Wird eine Immaterialgüterrechtsverletzung durch Pflichtverletzungen auf der

934 Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 287.

935 Vgl. Kur, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C16.

Ebene des zentralen Dienstes und des nationalen Dienstes ermöglicht und richtet sich der Vorwurf der pflichtwidrigen Ermöglichung entweder nur gegen den Anbieter des zentralen Dienstes oder den Anbieter des nationalen Dienstes, sollte eine kollisionsrechtliche Aufspaltung durch Berufung des jeweiligen Handlungsortrechts für die einzelnen Pflichtverletzungen vermieden und stattdessen der Handlungsort einheitlich über den Schwerpunkt der pflichtwidrigen Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung bestimmt werden⁹³⁶. Bietet eine natürliche oder juristische Person verschiedene Dienste oder Mittel an, kommt es auf den Ort an, an dem die Entscheidungen oder möglichen Kontrollmaßnahmen in Bezug auf den Dienst getroffen werden, über den die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglicht wurde, und nicht auf den allgemeinen Handlungsschwerpunkt der Person⁹³⁷. Indizien für die Bestimmung des Handlungsortes können sich aus der Lokalisierung der für das Betreiben des Dienstes erforderlichen technischen Einrichtungen und dem Arbeitsort des für die Überwachung des Dienstes zuständigen Personals ergeben, auch wenn beide Faktoren gerade im digitalen Umfeld zunehmend an Bedeutung verlieren und bei Internetdiensten oft dezentral organisiert werden⁹³⁸.

Soweit sich daraus ein eindeutiger Handlungsschwerpunkt für die Bestimmung des Handlungsortes ergibt, an dem die für den konkreten Dienst wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden und zumindest bei Hinweisen auf rechtsverletzende Nutzungen eine Kontrolle stattfindet oder stattfinden könnte, ist dieser als Anknüpfungsmoment für die Haftung des Anbieters zugrundezulegen. Soweit sich aufgrund der dezentralen Organisationsstruktur oder einer bewussten Streuung und Verlagerung einzelner Aktivitäten kein eindeutiger Handlungsschwerpunkt erkennen lässt, müssen diese Unsicherheiten bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts zulasten des Anbieters gehen, dessen Haftung sich dann nicht mehr nach nur einem und im Vorfeld für ihn bestimmbaren Recht

936 Vgl. zur einheitlichen Anknüpfung bei mehreren Handlungsorten von Hoffmann, in: Staudinger, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 19f.; Junker, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 28.

937 Vgl. Kur, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C14.

938 Vgl. Kur, WRP 2011, 971, 981; Kur, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C15.

richten kann⁹³⁹. Vielmehr muss der Anbieter in solchen Fällen mit der Anwendung des Rechts verschiedener Handlungsorte oder auch, soweit sich diese nicht mit der hinreichenden Verlässlichkeit ausmachen lassen können, mit der Anwendung des nach den im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen zu bestimmenden Erfolgsortrechts rechnen. Die Bevorzugung der Anknüpfung an den Handlungsort gegenüber der Anknüpfung an den Erfolgsort erscheint hier nämlich nur solange gerechtfertigt, als sie zu der klaren Bestimmung eines vorhersehbaren Rechts führt, auf dessen Anwendung der Anbieter vertrauen und an dessen Bestimmungen zu seiner Haftung er sich ausrichten darf, um ein legitimes und schutzwürdiges Interesse an der Anwendung eines im Vorfeld bestimmbaren Rechts zu befriedigen. Durch die Anwendung eines klar bestimmbaren und objektiv vorhersehbaren Rechts, das zu einer Vereinfachung der Rechtsdurchsetzung führt, werden nämlich auch die Schutzwartungen der Rechtsinhaber auf der kollisionsrechtlichen Ebene angemessen berücksichtigt. Lässt sich das Ziel der Anwendung eines im Vorfeld klar bestimmbaren Rechts durch eine Anknüpfung an den Handlungsort dagegen nicht erreichen, überwiegen die Schutzinteressen der Rechtsinhaber zugunsten der Erfolgsortanknüpfung.

c) Das handlungsbezogene Anknüpfungsmoment des Art. 3:604 CLIP Principles

Die besondere kollisionsrechtliche Anknüpfung, die Art. 3:604(2) CLIP Principles für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel enthält, stellt auf den Schwerpunkt der Aktivitäten des Anbieters in Bezug auf den die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Dienst oder die Mittel ab („*centre of gravity of her/his activities relating to those facilities or services*“). Wie bei der deliktsrechtlichen Handlungsortanknüpfung handelt es sich um ein handlungs- bzw. tätigkeitsbezogenes und nicht um ein erfolgsbezogenes Anknüpfungsmoment. Auch wenn sich das Anknüpfungsmoment des Tätigkeitsschwerpunkts nach seiner Formulierung

939 Vgl. *Kur*, WRP 2011, 971, 981; *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles: Text and Commentary, 2013, Art. 3:604 C16 mit Verweis auf die in solchen Fällen vom Gericht vorzunehmende freie Bestimmung des Anknüpfungsschwerpunkts.

nicht auf die haftungsbegründende Handlung beschränkt, sondern mit dem Verweis auf die Aktivitäten bezüglich des die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Dienstes oder Mittels weiter und flexibler als die Handlungsortanknüpfung des Internationalen Deliktsrechts gefasst ist, bleibt es gleichwohl von der deliktsrechtlichen Handlungsortankrüpfung inspiriert. Die besondere und von der Schutzlandankrüpfung abweichende Anknüpfung beruht nämlich auf der Konzeption dieser Fälle der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen als eines eigenen Delikts, für das es eine angemessene und auf diesen besonderen Unrechtstatbestand ausgerichtete Anknüpfung zur Bestimmung des anwendbaren Rechts zu finden galt⁹⁴⁰. Trotz der offeneren Formulierung dürfte die Anknüpfung an den Tätigkeitsschwerpunkt zu denselben Ergebnissen wie die dargestellte Handlungsortankrüpfung führen. Diese lokalisiert nämlich die haftungsbegründende Pflichtverletzung oder Unterlassung an dem Ort, an dem die für die Ausgestaltung des die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen Dienstes oder Angebots von Mitteln relevanten unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden, und diese Kriterien sind auch für die Bestimmung des Tätigkeitsschwerpunkts nach Art. 3:604(2) CLIP Principles heranzuziehen⁹⁴¹.

III. Rückgriff auf eine Ursprungslandbetrachtung

Das für die Bestimmung des Anknüpfungsmoments zentrale kollisionsrechtliche Anliegen der Anwendung einer für den Anbieter vorhersehbaren Rechtsordnung, das sich mit einer Anknüpfung an den Ort der haftungsbegründenden Sorgfaltspflichtverletzung des Anbieters erreichen lässt, legt es nahe, auch das Ursprungsland des die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Dienstes bzw. des Diensteanbieters als Ansatzpunkt in Betracht zu ziehen. Kollisionsrechtlich lässt sich dieser Gedanke durch die Wahl des Sitzes oder der Niederlassung des Diensteanbieters als Anknüpfungsmoment umsetzen. Alternativ zu einer solchen allge-

940 *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C7 und N11; *Kur*, GRUR Int 2012, 857, 866f. Zu diesem “autonomous tort approach” siehe bereits *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201, 216-223.

941 Vgl. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C14-C16.

meinen kollisionsrechtlichen Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung des Anbieters ließe sich innerhalb der Europäischen Union auch an eine kollisionsrechtliche Ergänzung der E-Commerce-Richtlinie oder an eine auf sachrechtlicher Ebene ansetzende Lösung denken, wie sie punktuell durch die Kabel- und Satellitenrichtlinie verwirklicht wurde.

1. Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung des Diensteanbieters

Eine kollisionsrechtliche Ausprägung des Herkunfts- oder Ursprungslandgedankens findet sich in der kollisionsrechtlichen Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung des Diensteanbieters⁹⁴². Der Sitz oder die Niederlassung des Diensteanbieters kommen als kollisionsrechtliches Anknüpfungsmoment für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Ermöglichungshandlungen in Betracht, soweit sie als Ausdruck und Konkretisierung der engsten Verbindung zu dieser Frage angesehen werden können⁹⁴³. Dahinter steht die Grundaufgabe des Internationalen Privatrechts, die sich in der Ausgestaltung der einzelnen Kollisionsnormen und der Wahl des geeigneten Anknüpfungsmoments widerspiegeln muss, die zu entscheidende Frage derjenigen Rechtsordnung zuzuweisen, die hierzu die engste Verbindung aufweist. Die Privilegierung bestimmter Personengruppen stellt dagegen im Grundsatz ein materiellrechtliches und kein kollisionsrechtliches Anliegen dar, das sich nur ausnahmsweise auf kollisionsrechtlicher Ebene in der Wahl eines diesen Personengruppen entgegenkommenden Anknüpfungsmoments niederschlägt, wie etwa die Anwendung des am gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers (vgl. Art. 6 I Rom I-VO) oder am gewöhnlichen Arbeitsplatz des Arbeitnehmers (vgl. Art. 8 II Rom I-VO) geltenden Rechts. Mit der Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung des Diensteanbieters soll indes nicht primär die nach dem materiellen Recht oft zu seinen Gunsten eingreifende Haftungsprivilegierung, wie sie etwa die E-Commerce-Richtlinie und der Digital Millennium Copyright Act vorsehen, sondern das kollisionsrechtliche Anliegen an der Anwendung eines vorhersehbaren und im Vorfeld bestimmmbaren Rechts umgesetzt werden. Das erfordert ein Anknüpfungsmoment nach dem Prinzip der engsten Verbindung zu der zu

942 Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 141.

943 Vgl. Siehr, in: Reichelt (Hrsg.), Das Herkunftslandprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 93, 94.

entscheidenden Frage und nicht der engsten Verbindung zu dem Diensteanbieter als einer der beteiligten Parteien⁹⁴⁴. Auch geht es hier alleine um die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Frage einer immaterialgüterrechtlichen bzw. allgemeinen deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit des Anbieters für die bei der Benutzung der von ihm angebotenen Dienste oder Mittel begangenen (Immaterialgüterrechts-) Verletzungen und nicht um die kollisionsrechtliche Anknüpfung aller im Zusammenhang mit dem Anbieten des entsprechenden Dienstes oder der entsprechenden Mittel auftretenden Fragen. Darin einen einheitlichen Anknüpfungsgegenstand erblicken zu wollen, wäre dem Internationalen Privatrecht fremd⁹⁴⁵.

- a) Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz oder die konkrete Niederlassung des Diensteanbieters

Der Sitz und die Niederlassung des Anbieters weisen zu der Frage seiner Haftung für die Ermöglichung von bei Benutzung der von ihm angebotenen Dienste oder Mittel begangenen Immaterialgüterrechtsverletzungen durchaus eine enge Verbindung auf, weil die für die Ausgestaltung des Geschäftsmodells und den Umgang mit Hinweisen auf konkrete Rechtsverletzungen relevanten unternehmerischen Entscheidungen in der Regel am Sitz bzw. der Niederlassung, von der aus das konkrete Geschäftsmodell betrieben und organisiert wird, getroffen werden. Entscheidend muss dabei allerdings der tatsächliche Verwaltungssitz bzw. diejenige Niederlassung sein, von der aus der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichte Dienst betrieben wird, während der satzungsmäßige Sitz und die zentrale Hauptverwaltung mangels hinreichender Verbindung als Anknüpfungsmoment ausscheiden, wenn von dort aus nicht zugleich auch der konkrete Dienst betrieben wird und die hierfür relevanten unternehmerischen Entscheidungen getroffen und umgesetzt werden. Die Anknüpfung an den Handlungsort über eine Lokalisierung des relevanten Sorgfalts-

944 Vgl. *Adensamer*, in: *Reichelt* (Hrsg.), Das Herkunftslandprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 55, 57f.

945 Vgl. *Mankowski*, IPax 2002, 257, 263 mit Blick auf das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie: „Das klassische IPR aber blickt auf die einzelnen Tätigkeiten eines Unternehmens und differenziert zwischen diesen. Einen einheitlichen Anknüpfungsgegenstand „Unternehmen und dessen Betätigung“ kennt es als solchen nicht“.

pflichtverstoßes an dem Ort, an dem die für das Geschäftsmodell relevanten unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden, und die Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung, von denen aus das Immaterialgüterrechtsverletzungen ermögliche Geschäftsmodell tatsächlich betrieben und organisiert wird, fallen regelmäßig zusammen.

Für den tatsächlichen Verwaltungssitz, der nach der Sitztheorie im deutschen Internationalen Privatrecht das traditionelle Anknüpfungsmoment zur Bestimmung des Gesellschaftsstatus darstellte, kommt es nämlich auf den Ort an, an dem die Geschäftsführung und die für das Tagesgeschäft zuständigen Vertretungsorgane nach außen erkennbar tätig werden und die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden⁹⁴⁶. Die für das Internationale Gesellschaftsrecht in Deutschland traditionell vorherrschende Sitztheorie wird zwar europarechtlich durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 i.V.m. Art. 48 EGV bzw. jetzt Art. 49 i.V.m. Art. 54 AEUV überlagert und im Ergebnis durch die Pflicht zur Anerkennung und Zulassung von in einem anderen Mitgliedstaat nach deren Recht gegründeten Gesellschaften ersetzt⁹⁴⁷. Dieses europarechtlich vorgegebene Ergebnis scheint zunächst für die Gründungstheorie und die danach maßgebliche Anknüpfung an den Staat, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde, in dem sie zur Erlangung ihrer Rechtsfähigkeit eingetragen wurde und in dem sich meist auch ihr satzungsmäßiger Sitz befindet, zu sprechen. Es lässt sich aber neben einer solchen Anknüpfung an den Gründungsstaat auch durch eine Anerkennungslösung, die zu einer partiellen Verdrängung des kollisionsrechtlichen Geltungsanspruchs der am tatsächlichen Sitz der Gesellschaft geltenden Regelungen führt, erreichen. Der nach der Rechtsprechung des EuGH mit der Niederlassungsfreiheit einhergehende Bedeutungsverlust des tatsächli-

946 *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 571 mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH.

947 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 81/87 – „*Daily Mail*“, Slg. 1988 5483; EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97 – *Centros*, Slg. 1999 I-1459; EuGH, Urteil vom 5.11.2002, Rs. C-208/00 – *Überseering*, Slg. 2002 I-9919; EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01 – *Inspire Art*, Slg. 2003 I-10155; EuGH, Urteil (Große Kammer) vom 16.12.2008, Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Slg. 2008 I-9641.

Vgl. ausführlich zu den mittelbaren kollisionsrechtlichen Implikationen dieser EuGH-Rechtsprechung *Sonnenberger*, in: *MünchKomm-BGB*, IPR, 5. Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 140f. und Rn. 165-168; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 577-580.

chen Sitzes als Anknüpfungsmoment bei Gemeinschaftssachverhalten zielt aber auf die Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen des Staates, in dem die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründete und von der Niederlassungsfreiheit geschützte Gesellschaft ihren tatsächlichen Sitz hat und ihre wesentliche Geschäftstätigkeit entfaltet; diese treffen nämlich die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründete und deshalb in ihrer Existenz und Rechtspersönlichkeit von den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennende Gesellschaft als solche und hindern sie an der Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Zweitstaat oder machen diese von der Erfüllung zusätzlicher Anforderungen abhängig⁹⁴⁸. Dagegen stellen Fragen, wie die Frage der im Kern deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit für die Ermöglichung von Rechtsverletzungen durch die von der Gesellschaft angebotenen Dienste oder Mittel, die Existenz und die Möglichkeit zum Tätigwerden einer in einem anderen Mitgliedstaat

948 EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97 – *Centros*, Slg. 1999 I-1459, Rn. 26: „Im Ausgangsfall sind die nationalen Vorschriften, denen sich die Betroffenen entziehen wollten, Vorschriften über die Errichtung von Gesellschaften, aber nicht Vorschriften über die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten. Ziel der Vertragsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit ist es jedoch gerade, es den nach dem Recht eines Mitgliedstaates errichteten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, zu erlauben, mittels einer Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in anderen Mitgliedstaaten tätig zu werden.“ Vgl. auch Sonnenberger, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 166: „Zum Verständnis der international-gesellschaftsrechtlichen Fragen wird lediglich vorausgeschickt, dass Niederlassungsfreiheit mit der hL verstanden wird als Marktzugangsfreiheit iS des Rechts, selbständige Erwerbstätigkeit wie die Angehörigen des Zuzugstaates aufzunehmen und sich in dessen Markt mit seinen rechtlichen Bedingungen integrieren zu können. Dazu gehört auch die Wegzugsfreiheit. Marktzugangsfreiheit bedeutet nicht, dass man die rechtlichen Bedingungen des Wegzugsstaates für die Marktaktivitäten mitbringt und der Zuzugstaat auf die von ihm gesetzten Tätigkeitsbedingungen verzichten muss [...]; wohl aber, dass die Identität des Freiheitsträgers grundsätzlich nicht angetastet werden darf. Zu dieser zu achtenden Identität gehört bei Gesellschaften nicht nur die Rechtsfähigkeit, sondern alles, was die korporative Identität betrifft (Verfassungs- und [gesellschaftliche] Haftungsstrukturen).“

Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl.(2006), S. 579, wonach der Übergang zur Gründungstheorie das gesamte Gesellschaftsstatut treffen sollte, um dessen Einheitlichkeit zu gewährleisten, und S. 581f., wonach „[d]as Gesellschaftsstatut bestimmt, nach welchen Regeln eine Gesellschaft entsteht, lebt und untergeht“, also die Fragen ihrer Rechts-, Partei- und Prozessfähigkeit, ihrer Organisation sowie ihrer Auflösung, Abwicklung und Beendigung.

gegründeten Gesellschaft nicht in Frage und können damit auch weiterhin anderen insbesondere deliktsrechtlichen Anknüpfungsmomenten oder auch dem Recht des tatsächlichen Sitzes unterstellt werden.

Die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz oder diejenige Niederlassung des Anbieters, von der aus der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermögliche Dienst betrieben wird, ist zwar auf den ersten Blick leichter zu bestimmen als der für die Haftungsbegründung relevante Handlungsort, im Einzelfall können aber auch hier, gerade weil nicht auf den formalen satzungsmäßigen Sitz oder die Hauptverwaltung abgestellt werden soll, Bestimmungsschwierigkeiten auftreten. Als Indizien für den tatsächlichen Verwaltungssitz oder die Niederlassung, von der aus der in Frage stehende Dienst betrieben wird, können, wie für die Bestimmung des Handlungsschwerpunkts, die Lokalisierung der für das Betreiben des Dienstes erforderlichen strukturellen Einrichtungen und der Arbeitsort des für die Überwachung des Dienstes zuständigen Personals dienen, auch wenn diese bei Internetdiensten oft nicht mehr zentral an einer Stelle, sondern dezentral organisiert sind und im digitalen Umfeld nicht mehr an bestimmte Orte und physische Präsenzen gebunden sind, was ihre Lokalisierung erschwert und zugleich ihre Aussagekraft mindert. Dies erkennt auch die E-Commerce-Richtlinie für die Zuweisung der Regelungsverantwortung an den Niederlassungsstaat an, die in Art. 2c) 2.HS. vorgibt, dass Vorhandensein und Nutzung technischer Mittel und Technologien, die zum Anbieten des Dienstes erforderlich sind, allein keine Niederlassung des Anbieters begründen⁹⁴⁹. Auch hier kommt es also wieder auf den Ort an, an dem bzw. von dem aus die Tätigkeiten des Diensteanbieters gesteu-

949 Vgl. hierzu auch Erwägungsgrund 19 ECRL: „Die Bestimmung des Ortes der Niederlassung des Anbieters hat gemäß den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Kriterien zu erfolgen, nach denen der Niederlassungsbegriff die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit umfaßt. Diese Bedingung ist auch erfüllt, wenn ein Unternehmen für einen festgelegten Zeitraum gegründet wird. Erbringt ein Unternehmen Dienstleistungen über eine Web-Site des Internets, so ist es weder dort niedergelassen, wo sich die technischen Mittel befinden, die diese Web-Site beherbergen, noch dort, wo die Web-Site zugänglich ist, sondern an dem Ort, an dem es seine Wirtschaftstätigkeit ausübt. In Fällen, in denen ein Anbieter an mehreren Orten niedergelassen ist, ist es wichtig zu bestimmen, von welchem Niederlassungsort aus der betreffende Dienst erbracht wird. Ist im Falle mehrerer Niederlassungsorte schwierig zu bestimmen, von welchem Ort aus ein bestimmter Dienst erbracht wird, so gilt als solcher der Ort, an dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeiten des Anbieters in bezug auf diesen bestimmten Dienst befindet.“.

ert werden, während der Standort des Servers und der Ort des *upload* irrelevant sind⁹⁵⁰.

b) Vor- und Nachteile gegenüber der Anknüpfung an den Handlungsort

Wie gesehen fallen die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz oder die konkrete Niederlassung und die Anknüpfung an den Ort der haftungsbegründenden Pflichtverletzung in der Regel auf den Ort, an dem die maßgeblichen unternehmerischen Entscheidungen getroffen wurden, so dass beide Anknüpfungsmomente zur Anwendung desselben Rechts führen dürften. Gleichwohl handelt es sich um unterschiedliche Anknüpfungsmomente, hinter denen traditionell verschiedene kollisionsrechtliche Anliegen stehen und deren jeweilige Vor- und Nachteile deshalb zu erörtern bleiben. Hinter der deliktsrechtlichen Anknüpfung an den Handlungsort steht der Gedanke, dass der Tatort als räumliches Anknüpfungsmoment aufgrund der Sach- und Beweisnähe die engste Verbindung zu der unerlaubten Handlung aufweist. Diese engste Verbindung lässt sich dann näher am Erfolgsort bzw. in den Fällen, in denen die haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung gegenüber der eingetretenen Rechtsgutsverletzung in den Vordergrund tritt, am Handlungsort lokalisieren. Hinter einer Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung des Anbieters der die Rechtsverletzung ermöglichen Dienste oder Mittel steht neben dem Gedanken, dass das haftungsbegründende Verhalten dort seinen Ursprung findet und der soweit zu der deliktsrechtlichen Handlungsortanknüpfung zurückführt, die Rechtssicherheit für den Diensteanbieter und die Anwendung eines einzigen ihm vertrauten Rechts. Eine solche kollisionsrechtliche Ursprungslandanknüpfung privilegiert also die Freiheit des Handelnden während es bei der Frage nach einer deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit um den die Freiheit des Handelnden gerade begrenzenden Rechtsgüterschutz geht⁹⁵¹. Anders als eine deliktsrechtliche Anknüpfung an den

950 Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633, 648.

951 Vgl. Basedow, EuZW 2004, 423, 424: „Das Deliktsrecht bestimmt durch die Voraussetzungen und Strenge der Sanktionen, welche Rechtsgüter in dem allgemeinen, von Sonderverbindungen nicht veränderten Zusammenleben einer Gesellschaft welchen Stellenwert haben. Zugespitzt formuliert geht es primär um den Schutz der anerkannten Rechtsgüter in einem Land und nicht um die Freiheit des Handelnden.“.

Handlungs- oder Erfolgsort beruht eine kollisionsrechtliche Ursprungslandanknung in der Regel nicht auf Abwägung und Ausgleich der betroffenen kollisionsrechtlichen Interessen, sondern auf einer kollisionsrechtlichen Umsetzung sachrechtlicher Erwägungen, die sich kollisionsrechtlich zugunsten des Rechtssicherheits- und Vorhersehbarkeitsinteresses des Anbieters und damit letztlich auch zugunsten des Interesses an einer einheitlichen Vermarktung seiner Dienste und Mittel durchsetzen⁹⁵². Trotz dieser unterschiedlichen Ausgangsmotivation kann sich eine Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Dienste oder Mittel an den Sitz oder die Niederlassung des Anbieters im Ergebnis aber gleichwohl als kollisionsrechtlich interessengerecht erweisen.

Für eine Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung des Anbieters der die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen Dienste oder Mittel spricht, dass sie ohne den Umweg der Bestimmung des relevanten Handlungsortes zu der Anwendung einer einzigen und unabhängig von den im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen im Vorfeld für den Anbieter bestimmbaren Rechtsordnung führt. Dieser erhält so die Chance, sich auf deren Haftungsbestimmungen einzustellen und deren Sorgfalts- und Verhaltensanforderungen gerecht werden zu können. Durch die Anwendung dieses ihm in der Regel vertrauten Rechts kann der Anbieter somit seine Rechtsermittlungskosten und sein Haftungsrisiko reduzieren und zugleich von einem einheitlichen Geschäftsmodell für verschiedene Länder und der durch das Anbieten von Diensten und Mitteln im Internet eröffneten Globalität profitieren⁹⁵³. Wie die Anknüpfung an den Handlungsort bzw. an den Handlungsschwerpunkt setzt auch die Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung an dem Anbieter des die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen Dienstes und damit am potentiell haftungsbegründenden Verhalten des Anbieters und nicht an dessen Auswirkungen an. Dies erlaubt es nicht nur, statt vieler von den im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen abhängiger nur eine im Vorfeld bestimmbare Rechtsordnung zur Anwendung zu berufen, sondern auch dem Erfordernis der engsten Verbindung zu der Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüter-

952 *Spindler*, RabelsZ 66 (2002), 633, 707f.; *Mankowski*, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 140f.

953 Vgl. *Mankowski*, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 140; *Grundmann*, RabelsZ 67 (2003), 246, 255f.

rechtsverletzungen gerecht zu werden. Diese ist aufgrund des lockeren und im wesentlichen auf die kausale Verursachung reduzierten Tatbeitrags nicht bei den konkret ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen, sondern in dem Anbieten der ermöglichen Dienste oder Mittel und der Ausgestaltung des konkreten Geschäftsmodells zu suchen. Die damit verbundene kollisionsrechtliche Privilegierung des Interesses des Anbieters an der Anwendung eines einheitlichen und im Vorfeld bestimmbaren Haftungsregime gegenüber den Rechtsdurchsetzungsinteressen der Rechtsinhaber trifft auch auf die Handlungsortanknüpfung zu und stellte gerade den Anlass für eine Abkehr von der Schutzland- oder Erfolgsortanknüpfung dar. Trotz des regelmäßigen Gleichlaufs zwischen beiden Anknüpfungen scheint es jedoch nicht, dass die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz oder die konkrete Niederlassung für die Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Ermöglichungshandlungen, bei der es im Kern um die Frage einer deliktsrechtlichen Verantwortung geht, gegenüber der Anknüpfung an den Ort der haftungsbegründenden Handlung eine engere Verbindung darstellen kann, die es rechtfertigen würde, für diese im Kern deliktsrechtliche Frage von den klassischen deliktsrechtlichen Anknüpfungsmomenten zugunsten des im Internationalen Deliktsrecht ansonsten unmaßgeblichen Heimatrechts des Anbieters abzuweichen. Die mit der Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz bzw. die konkrete Niederlassung gewonnenen Vorteile lassen sich auch mit der Anknüpfung an den Ort der haftungsbegründenden Handlung erreichen, die als eines der beiden etablierten deliktsrechtlichen Anknüpfungsmomente auf einer Konkretisierung der engsten Verbindung beruht und dem kollisionsrechtlichen Grundziel eines ausgewogenen Interessensausgleichs verpflichtet bleibt.

c) Eindämmung der Manipulationsgefahr

Eine Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung des Anbieters zieht oft den Vorwurf der Manipulationsanfälligkeit auf sich. Die Unabhängigkeit von festen und an einem zentralen Ort zu lokalisierenden technischen Strukturen birgt die Gefahr der Manipulation des Anknüpfungsmoments durch den Diensteanbieter, der die entsprechenden Sach- und Personalressourcen taktisch in Staaten auslagern kann, deren Recht ihm bei der Ausgestaltung des Geschäftsmodells weiten Spielraum lässt, die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen an besonders

hohe Haftungsvoraussetzungen knüpft oder sogar eine Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen in seinem Fall ablehnen mag. Neben der Auslagerung der für die Bestimmung der Niederlassung maßgeblichen Faktoren kommt auch die Gründung eigenständiger Tochtergesellschaften in Staaten mit einem niedrigen Schutzniveau oder einem anbieterbegünstigenden Haftungsregime in Betracht.

Eine erste und wichtige Eindämmung der Manipulationsgefahr erfolgt durch die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz anstelle des satzungsmäßigen Sitzes oder an die Niederlassung, von der aus das die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichte Angebot erfolgte, die beide anhand tatsächlicher und objektiv überprüfbarer Umstände und nicht allein durch im Internet einfach zu delokalisierende technische Hilfsmittel wie den Server bestimmt werden; damit bleibt wenig Raum für eine Manipulation der Anknüpfungstatsachen. Die trotz Maßgeblichkeit des tatsächlichen Verwaltungssitzes bzw. der konkreten Niederlassung verbleibende Manipulationsanfälligkeit lässt sich bei der Anknüpfung der Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen an das Recht des Sitzes oder der Niederlassung des Diensteanbieters nicht vollständig von der Hand weisen, auch wenn es sich bei dem den Diensteanbieter für die Ermöglichung von Rechtsverletzungen treffenden Haftungsregime nur um eines der Kriterien für die Wahl seines tatsächlichen Sitzes und der Orte, von denen aus der betreffende Dienst organisiert wird und überwacht werden könnte, handelt. Zudem trifft die taktische Auslagerung der für die Lokalisierung der unternehmerischen Entscheidungen und deren Umsetzung relevanten Indizien nicht nur auf die Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung, sondern auch auf die Anknüpfung an den Ort der haftungsbegründenden Sorgfaltspflichtverletzung oder an den Handlungsschwerpunkt zu, so dass der Vorwurf der Manipulationsanfälligkeit in dieser Hinsicht nicht nur die Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen an den tatsächlichen Verwaltungssitz oder die konkrete Niederlassung trifft.

Eine Gesetzesumgehung ist in der zwar aus strategischen Gründen aber tatsächlich erfolgenden Verlagerung des tatsächlichen Sitzes noch nicht zu erblicken, weil mit der Anwendung des Rechts des ins Ausland verlagerten tatsächlichen Verwaltungssitzes keine nach den dieser kollisionsrechtlichen Anknüpfung zugrundeliegenden Interessen unangemessene, sondern, soweit der tatsächliche Sitz oder die jeweilige Niederlassung aufgrund der objektiven Umstände tatsächlich im Ausland anzusiedeln sind und nicht nur scheinbar in das Ausland verlagert wurden, gerade die von

der Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung bezeichnete Rechtsfolge eintritt⁹⁵⁴. Soweit eine Scheinverlagerung stattfindet und ein Sitz oder eine Niederlassung in einem Staat mit einem milden Haftungsregime nur simuliert werden, sind diese unbeachtlich und werfen keine Frage der richtigen Rechtsanwendung, sondern der richtigen Sachverhaltsfeststellung auf⁹⁵⁵. Der verbleibenden, wenn auch schon durch die Anknüpfung an den tatsächlichen Sitz oder die konkrete Niederlassung eingeschränkten Manipulationsmöglichkeit hinsichtlich der Anknüpfungstatsachen und die dadurch eröffnete Möglichkeit, die Anwendung eines strengen Haftungsregimes zu vermeiden, lässt sich in einem auf feste durch den Normgeber vorgegebene Anknüpfungsmomente beruhenden Kollisionsrecht nicht befriedigend begegnen. Im Interesse der Rechtssicherheit kann die Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung, die auf einer Entscheidung des Normgebers beruht, auch bei bewusster Verlagerung der relevanten Anknüpfungstatsachen in einen Staat mit milderem Haftungsregime nicht ohne weiteres durch eine andere Anknüpfung ersetzt werden⁹⁵⁶. Lässt sich einer solchen Umgehung nicht durch eine erweiternde und korrigierende eingreifende Auslegung des Anknüpfungsmoments auf kollisionsrechtlicher Ebene abhelfen⁹⁵⁷, bleibt sie letztlich bis zur Grenze der *ordre public*-Widrigkeit im Einzelfall hinzunehmen, sofern man einen Rückgriff auf den *ordre public* wegen Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch zur

954 Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 476: „[Bei der Gesetzesumgehung geht es darum], daß jemand bewußt und zweckbestimmt den Tatbestand einer bindenden Norm vermeidet und den einer anderen Norm verwirklicht, damit anstelle der Rechtsfolge des ersten Tatbestands die Rechtsfolge des zweiten eintritt. Hinzukommen muß, daß die erreichte Rechtsfolge trotz Tatbestandserfüllung für den Sachverhalt nicht angemessen ist, weil die der angewandten Norm zugrunde gelegten Interessen in Wirklichkeit nicht im Spiel sind, sondern statt dessen diejenigen Interessen, die zu der Rechtsfolge der vermiedenen Norm führen würden.“

Vgl. auch Audit/ d'Avout, Droit international privé, 6.Aufl.(2010), S. 216: « En revanche, un déplacement effectif de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit exclut la fraude et ne soulève qu'une question de conflit mobile. ».

955 Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 491; Sonnenberger, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 750.

956 Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 481f.; Sonnenberger, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 756.

957 Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 482-486; Sonnenberger, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 752.

Korrektur der materiellrechtlichen Rechtsanwendung zulassen möchte⁹⁵⁸. Das Ausnutzen materiellrechtlicher Divergenzen ist Konsequenz der materiellen Unterschiede der einzelnen auf unterschiedlichen Rechtstraditionen und materiellrechtlichen Wertungen beruhenden Rechtsordnungen, denen das Internationale Privatrecht grundsätzlich ergebnisneutral gegenübertritt. Seine Aufgabe beschränkt sich traditionell auf die Bestimmung der scheinlichsten Rechtsordnung und besteht nicht darin, inhaltliche Wertungen über die einzelnen Rechtsordnungen zu treffen, oder, bis zur Grenze der *ordre public*-Widrigkeit im Einzelfall, gegenüber den zur Anwendung berufenen materiellrechtlichen Regelungen korrigierend einzugreifen. Besondere Zurückhaltung bei der Bejahung einer Gesetzesumgehung ist schließlich in den Fällen geboten, in denen mit der Verlagerung des Sitzes oder einer Niederlassung von den Grundfreiheiten und namentlich von der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV in den Konkretisierungen, die sie durch die Rechtsprechung des EuGH und die einzelnen Richtlinien erfahren hat, Gebrauch gemacht wird⁹⁵⁹. Gleichwohl sieht die E-Commerce-Richtlinie trotz grundsätzlicher Maßgeblichkeit des Herkunftslandprinzips in ihrem Erwägungsgrund (57) ein Fortbestehen der Eingriffszuständigkeit des Zielstaates vor, wenn sich die Tätigkeit ausschließlich oder überwiegend auf diesen ausrichtet und die Niederlassung in einem anderen Staat nur gewählt wurde, um dessen Rechtsvorschriften zu umgehen.

Eine weitergehende Missbrauchsschranke sieht Art. 3:604(3) CLIP Principles vor⁹⁶⁰. Die Regelung geht über die Korrekturmechanismen des

958 So nach dem deutschen IPR: *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 160-162. Kritisch gegenüber einem Rückgriff auf den *ordre public*-Vorbehalt in solchen Umgehungsfällen und dogmatische Bedenken äußernd *Kegel/ Schurig*, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 494 und *Sonnenberger*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 751.

Im französischen IPR wird ein korrigierendes Eingreifen überwiegend mit Blick auf die Anerkennung einer ausländischen, auf der Anwendung einer durch Gesetzesumgehung erwirkten Kollisionsnorm und des durch sie bestimmten Rechts beruhenden Entscheidung diskutiert. Das Ergebnis besteht regelmäßig darin, dass das daraus resultierende Rechtsanwendungsergebnis in Frankreich keine Wirkungen entfaltet (sog. *inopposabilité*), siehe *Audit/ d'Avout*, Droit international privé, 6.Aufl.(2010), S. 214, S. 217-219.

959 *Spindler*, RabelsZ 66 (2002), 633, 677-679. EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97 – *Centros*, Slg.1999 I-1459; EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01 – *Inspire Art*, Slg.2003 I-10155.

960 Art. 3:604(3) CLIP Principles: The law designated by paragraph 2 shall only apply if it provides at least for the following substantive standards:

klassischen Kollisionsrechts hinaus, weil von der Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Dienste oder Mittel an den diesbezüglichen Handlungsschwerpunkt des Anbieters (Art. 3:604(2)) zugunsten der Anwendung des auf die ermöglichte unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbaren Rechts (Art. 3:604(1)) abgewichen wird, soweit das Recht des Handlungsschwerpunkts nicht gewissen materiellrechtlichen Mindestanforderungen an die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen genügt, indem es zumindest eine Verantwortlichkeit wegen Untätigbleibens trotz positiver Kenntnis oder Offensichtlichkeit der Rechtsverletzung sowie wegen bewusster Verleitung zu Rechtsverletzungen vorsieht. Die Anwendung der besonderen kollisionsrechtlichen Anknüpfung für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Dienste oder Mittel wird also in Abkehr von der grundsätzlichen Ergebnisneutralität einer Kollisionsnorm von dem Inhalt des zur Anwendung berufenen Rechts abhängig gemacht, um auf diese Weise der Gefahr der bewussten Verlagerung des Handlungsschwerpunkts des Anbieters in Staaten, die eine Haftung wegen der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen überhaupt ablehnen, und damit unerwünschten Folgen der besonderen kollisionsrechtlichen Anknüpfung vorzubeugen⁹⁶¹. Die Aufnahme dieser dem klassischen Kollisionsrecht fremden Missbrauchsschranke in die kollisionsrechtliche Regelung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen erfolgte, um den der kollisionsrechtlichen Regelung des Art. 3:604 zugrundeliegenden Interessenausgleich zwischen dem berechtigten Interesse des Anbieters an der Anwendung eines einzigen und im Vorfeld bestimmbaren Rechts und dem Interesse der Rechtsinhaber an einem effektiven Schutz ihrer Immaterialgüterrechte zu wahren und nicht einseitig und unabhängig von dessen Schutzwürdigkeit zugunsten des Anbieters aufzulösen⁹⁶².

-
- (a) liability for failure to react in case of actual knowledge of a primary infringement or in case of a manifest infringement and
 - (b) liability for active inducement.

961 *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C18; *Kur*, WRP 2011, 971, 981f.

962 *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C20f.

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

2. Bedarf an einer kollisionsrechtlichen Ergänzung der E-Commerce-Richtlinie zur Absicherung ihrer materiellrechtlichen Haftungsprivilegierungen?

Für eine Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Dienste und Mittel an den Sitz bzw. die Niederlassung des Anbieters bleibt schließlich auf das Argument der kollisionsrechtlichen Parallele und Ergänzung zu den materiellrechtlichen Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie, die sich in ähnlicher Form auch in anderen Rechtsordnungen finden, einzugehen. Dabei ist insbesondere der Frage nachzugehen, ob das Eingreifen der vorsehenen Haftungsprivilegierungen für über neutrale Dienste der Informationsgesellschaft begangene Rechtsverletzungen durch die Anknüpfung an den Sitz oder die Niederlassung kollisionsrechtlich abzusichern ist und ob eine solche kollisionsrechtliche Ergänzung der materiellrechtlichen Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie angezeigt erscheint.

Innerhalb der Europäischen Union fällt die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen wie oben (B.III.2.b) gesehen zwar in den koordinierten Bereich der E-Commerce-Richtlinie, zugleich aber unter die im Anhang normierte immaterialgüterrechtliche Ausnahme zu deren Herkunftslandprinzip in Art. 3 I und II mit der Folge, dass das sachrechtliche bzw. binnenmarktfunktionale Korrektiv des Herkunftslandprinzips nicht zu einer Überlagerung des im Empfangsstaat anwendbaren Sachrechts durch die Maßstäbe des Sachrechts des Niederlassungsstaates des Diensteanbieters führt, soweit ersteres hinsichtlich der Haftung des Anbieters strenger sein sollte als letzteres. Der Diensteanbieter kann also nicht darauf vertrauen, dass das an seinem Niederlassungsort geltende Haftungsregime auch im Empfangsstaat unabhängig von dessen kollisionsrechtlicher Anknüpfung als Vergleichsmaßstab berücksichtigt wird. Die Auswirkungen der Ausnahme der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen vom Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie werden allerdings insoweit relativiert, als die von der E-Commerce-Richtlinie harmonisierten Haftungsprivilegierungen für alle Mitgliedstaaten vorgegeben sind und deshalb innerhalb der Europäischen Union zugunsten des Diensteanbieters sowohl im Niederlassungs- als auch im Empfangsstaat eingreifen und auf deren Eingreifen der Anbieter deshalb unabhängig davon, welches mitgliedstaatliche Recht kollisionsrechtlich zur Anwendung berufen wird, vertrauen kann. Auch die mangels einer eigenen unionsrechtlichen Konzeption einer Haftung für die Ermög-

lichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen sowie einer über die Haftungsbeschränkungstatbestände der E-Commerce-Richtlinie hinausgehenden Harmonisierung verbleibenden materiellrechtlichen Unterschiede hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen und der Haftungsfolgen in den Sachrechten der einzelnen Mitgliedstaaten werden durch die zugunsten des Diensteanbieters eingreifenden Haftungsbeschränkungstatbestände relativiert. Innerhalb der Europäischen Union besteht also keine Notwendigkeit, die Anwendung der materiellrechtlichen Haftungsbeschränkungstatbestände der E-Commerce-Richtlinie durch eine kollisionsrechtliche Verweisung auf das Recht des Herkunftslandes, wie sie auch ohne die immaterialgüterrechtliche Ausnahme nicht durch das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie vorgesehen ist (siehe oben B.III.2.a), abzusichern. Anders stellt sich die Lage gegenüber Drittstaaten dar, deren materielles Recht nicht die von der E-Commerce-Richtlinie vorgegebenen Haftungsbeschränkungen vorsehen muss. Zwar kennen auch andere Rechtsordnungen wie etwa der US-amerikanische Digital Millennium Copyright Act ebenfalls Haftungsbeschränkungstatbestände zugunsten der Anbieter digitaler Dienste, über die Urheberrechtsverletzungen begangen werden, allerdings kann dabei nicht von einem allgemein anerkannten internationalen Standard ausgegangen werden, zumal auch die Haftungsbeschränkungen des Digital Millennium Copyright Act nur hinsichtlich der Ermöglichung von Urheberrechtsverletzungen eingreifen. Kommt auf die Frage der Haftung eines in einem Mitgliedstaat der EU niedergelassenen Diensteanbieters wegen der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen das Recht eines Nichtmitgliedstaates zur Anwendung, so kann den Diensteanbieter eine strengere Haftung ohne Eingreifen der von der E-Commerce-Richtlinie vorgesehenen Haftungsprivilegierungen treffen, weil deren Anwendung zugunsten eines innerhalb der EU niedergelassenen Anbieters nicht kollisionsrechtlich durch die Anwendung des Rechts des Niederlassungsortes abgesichert ist.

Fraglich ist allerdings, ob eine solche kollisionsrechtliche Absicherung der materiellrechtlichen Haftungsbeschränkungstatbestände der E-Commerce-Richtlinie durch die Ergänzung um einen kollisionsrechtlichen Verweis auf das Recht des Niederlassungsstaates mit Blick auf deren Zielsetzung und Regelungssystematik sowie den anderweitigen Vorgaben des Kollisionsrechts der Europäischen Union notwendig und wünschenswert erscheint. Eine eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Dienste oder Mittel an den Sitz oder die Niederlassung des An-

bieters, die als kollisionsrechtliches Anknüpfungsmoment parallel zu dem Begriff der Niederlassung der E-Commerce-Richtlinie bestimmt werden, würde zumindest für diesen Bereich die Anwendung der materiellrechtlichen Haftungsbeschränkungstatbestände der E-Commerce-Richtlinie zugunsten des innerhalb der EU niedergelassenen Anbieters gegenüber der Anwendung eines strengeren Haftungsregimes nach dem Recht eines Drittstaates kollisionsrechtlich absichern, so dass man darin ein zusätzliches Argument für eine Anknüpfung an den tatsächlichen Sitz und die konkrete Niederlassung bzw. den oft damit zusammenfallenden Handlungsort erblicken mag. Daraus lässt sich jedoch kein Argument für eine entsprechende kollisionsrechtliche Ergänzung der E-Commerce-Richtlinie gewinnen. Dem horizontalen Regelungsansatz der Richtlinie und dem Querschnittscharakter ihrer Regelungen folgend müsste sich eine die materiellen Haftungsprivilegierungen absichernde kollisionsrechtliche Anknüpfung nicht nur auf die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen sondern allgemeiner auf die Ermöglichung von Rechtsverletzungen durch Dienste der Informationsgesellschaft beziehen. Dagegen spricht zunächst, dass die E-Commerce-Richtlinie ausdrücklich nicht auf die Schaffung zusätzlicher Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts hinsichtlich des anwendbaren Rechts zielte (vgl. Erwägungsgrund 23) und in ihrer gegenwärtigen Form auch keine unmittelbaren kollisionsrechtlichen Aussagen trifft, wie aus Art. 1 IV und der Entscheidung des EuGH, dass Art. 3 nicht im Sinne einer kollisionsrechtlichen Verweisung auf das Recht des Niederlassungsstaates auszulegen ist⁹⁶³, hervorgeht. Gegen eine kollisionsrechtliche Ergänzung der E-Commerce-Richtlinie spricht aber vor allem der auf die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt begrenzte Regelungsanspruch⁹⁶⁴. Ihre Regelungen zielen auf eine Vereinheitlichung der für den elektronischen Geschäftsverkehr geltenden Rahmenbedingungen innerhalb der EU; in diesem Regelungskontext lässt sich angesichts der Vergleichbarkeit und der zumindest partiellen Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zur Verstärkung der rechtlichen Integration ein europarechtliches Herkunftslandprinzip zur Förderung der Dienstleistungsfreiheit und zum Schutz des Diensteanbieters verwirklichen. Gegenüber Drittstaaten erhebt die E-Commerce-Richtlinie dagegen prinzipiell keinen Regelungs- und

963 EuGH, Urteil vom 25.10.2011, Rs. C-509/09 – *eDate Advertising GmbH* gegen *X*, Slg. 2011 I-10269, Rn. 68.

964 Vgl. Erwägungsgründe (1), (3), (5), (6), (7), (22) und (59).

Geltungsanspruch. Sie enthält keine Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten, weder mit Blick auf den für einen in einem Drittstaat niedergelassenen Diensteanbieter geltenden Haftungsmaßstab, für den auch ohne die immaterialgüterrechtliche Ausnahme das Herkunftslandprinzip des Art. 3 nicht gilt, noch mit Blick auf den Schutz des in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Anbieters vor strengeren und zusätzlichen rechtlichen Anforderungen in einem Drittstaat⁹⁶⁵. Weil aber das Verhältnis zu Drittstaaten nicht Regelungsgegenstand der auf die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt ausgerichteten E-Commerce-Richtlinie ist, besteht kein Anlass, eine kollisionsrechtliche Regelung über das auf elektronische Dienste im Verhältnis zu Drittstaaten anzuwendende Recht aufzunehmen.

Der Schutz des Anbieters aus einem EU-Mitgliedstaat vor der Anwendung eines strengeren Haftungsregimes aus einem Drittstaat stellt keine vom Regelungsziel und von der Schutzrichtung der E-Commerce-Richtlinie erfasste Konstellation dar, zu deren Absicherung es noch einer kollisionsrechtlichen Ergänzung zugunsten der Anwendung des Rechts des Niederlassungsstaates bedürfte. Zudem finden sich weder in der E-Commerce-Richtlinie noch im übrigen Unionsrecht Anhaltspunkte dafür, dass der Gedanke, den in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft vor der Anwendung strengerer Regeln im Empfangsstaat zu schützen, der in der E-Commerce-Richtlinie neben dem bei Immaterialgüterrechtsverletzungen allerdings nicht eingreifenden Herkunftslandprinzip auch durch die Vorgabe einheitlicher Haftungsbeschränkungen verwirklicht wird, auch außerhalb des europäischen Binnenmarkts als tragfähiger Leitgedanke für eine allgemeine unionsrechtliche Regelung über das auf die Haftung für die Ermöglichung von Rechtsverletzungen durch neutrale Dienste oder Mittel anwendbare Recht dienen könnte. In ihrer gegenwärtigen Gestalt liegt der Rom II-Verordnung für das Wettbewerbsrecht mit der Marktortanknüpfung in Art. 6 und für das Immaterialgüterrecht mit der Schutzlandanknüpfung in Art. 8 vielmehr die entgegengesetzte kollisionsrechtliche Wertung zugrunde. Anders als die der Verwirklichung des Binnenmarkts dienenden Harmonisierungs-

965 Vgl. Erwägungsgrund (58), wonach die Regelungen der Richtlinie keine Anwendung auf Dienste von Anbietern finden sollen, die in einem Drittstaat niedergelassen sind, und Erwägungsgründe (58), (61) und (62), die sich auf Absichtserklärungen zu weiterer Abstimmung und Zusammenarbeit im internationalen Kontext und gegenüber Drittstaaten beschränken.

richtlinien, bei denen die Maßgeblichkeit der Rechtslage im Herkunftsstaat nicht genuin kollisionsrechtlich, sondern binnenmarktpolitisch motiviert ist, beruht das in den Verordnungen normierte Kollisionsrecht auf kollisionsrechtlichen, von der materiellen Rechtslage innerhalb der EU gelösten Erwägungen. Es dient dem Ausgleich der relevanten kollisionsrechtlichen Interessen, um das Recht zur Anwendung zu berufen, das zu der Streitfrage die engste Verbindung aufweist, unabhängig davon, ob es sich um das Recht eines Mitgliedstaates oder eines Drittstaates handelt. Die vereinheitlichten Kollisionsnormen verfolgen anders als das europarechtliche Herkunftslandprinzip kein Integrationsziel und differenzieren entsprechend auch nicht zwischen Binnenmarkt- und Drittstaatensachverhalten⁹⁶⁶. Diese auf den unterschiedlichen Funktionen und Zielsetzungen beruhende Regelungsdichotomie sollte, um systematische Wertungswidersprüche zu vermeiden, nicht durch die Aufnahme einer auch im Verhältnis zu Drittstaaten Geltung beanspruchenden kollisionsrechtlichen Verweisung auf das Recht des Niederlassungsstaates, die der Absicherung der durch die E-Commerce-Richtlinie gewährten und durch die Förderung der Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt motivierten materiellrechtlichen Haftungsprivilegierung diente, durchbrochen werden. Bei den zur Förderung der rechtlichen Integration im Binnenmarkt entwickelten und wesentlich auf sachrechtlichen und wirtschaftspolitischen Erwägungen beruhenden Rechtsanwendungsregeln sektorspezifischer Harmonisierungsrichtlinien handelt es sich nämlich um ein gegenüber dem klassischen Kollisionsrecht wesenseigenes Binnenmarktkollisionsrecht, dessen Regeln für die besonderen Bedürfnisse und Gegebenheiten im Binnenmarkt und mit Rücksicht auf die dahinter stehenden Grundfreiheiten entwickelt wurden⁹⁶⁷. Auf eine über den Binnenmarkt hinausgehende, sachrechts- und ergebnisneutrale allgemeine kollisionsrechtliche Regelung lassen sie sich deshalb nicht übertragen. Eine kollisionsrechtliche Übersetzung des auf die Verwirklichung des Binnenmarkts zielenden Herkunftslandprinzips würde keine ergebnisneutrale Kollisionsnorm darstellen und könnte als kollisionsrechtliche Wertung nur soweit überzeugen, als sie von einer materiellrechtlichen Harmonisierung der Haftung für die Ermöglichung von

966 Vgl. *Baetzgen*, Internationales Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht im EG-Binnenmarkt, 2007, S. 14-20.

967 Vgl. hierzu ausführlich *Grundmann*, RabelsZ 67 (2003), 246, 253-260, 288f. und 294-297.

Immaterialgüterrechtsverletzungen zur Gewährleistung vergleichbarer materieller Schutzstandards in den einzelnen Staaten begleitet würde.

Aus den materiellrechtlichen Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie und den dahinterstehenden Gedanken des Schutzes des Diensteanbieters vor strengeren Regeln im Empfangsstaat lässt sich nur für innereuropäische Sachverhalte ein Argument für eine entsprechende kollisionsrechtliche Verweisung auf das Recht des Niederlassungsstaates ableiten; in innereuropäischen Konstellationen erweist sich eine solche kollisionsrechtliche Verweisung auf das Recht des Niederlassungsstaates aber gerade mit Blick auf die von der E-Commerce-Richtlinie vorgegebenen Haftungsbeschränkungstatbestände als weniger dringlich. Für Drittstaatensachverhalte, in denen mangels Harmonisierung der Haftungsbeschränkungstatbestände ein Schutzbedürfnis des Diensteanbieters zu bejahen ist, lässt sich aus den materiellrechtlichen und auf den Binnenmarkt ausgerichteten Regelungen der E-Commerce-Richtlinie kein Argument für eine kollisionsrechtliche Verweisung auf das Recht des Niederlassungsstaates gewinnen. Eine allgemeine gleichermaßen inner- und außereuropäische Sachverhaltskonstellationen erfassende kollisionsrechtliche Verweisung an den tatsächlichen Sitz oder die Niederlassung sollte deshalb nicht aus der E-Commerce-Richtlinie heraus, sondern nur auf der Grundlage kollisionsrechtlicher Erwägungen, wie das Interesse des Anbieters an der Anwendung einer einzigen vorhersehbaren und unabhängig von den im einzelnen ermöglichten Rechtsverletzungen bestimmbaren Rechtsordnung, begründet werden.

3. Sachrechtliche Ursprungslandbetrachtung als Alternative zu einer kollisionsrechtlichen Ursprungslandbetrachtung?

Abschließend bleibt im Rahmen einer Ursprungslandbetrachtung noch der Frage nachzugehen, ob sich die subjektiven Interessen, die durch die Frage nach dem auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen anwendbaren Recht berührt werden, auch durch eine auf sachrechtlicher Ebene ansetzende Lösung berücksichtigen lassen. Bei einer Lösung auf kollisionsrechtlicher Ebene spricht das Interesse des Anbieters an der Anwendung einer im Vorfeld und unabhängig von den im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen bestimmbaren Rechtsordnung, an deren Sorgfaltsanforderungen er sein Verhalten ausrichten kann, für eine Anknüpfung an den Ort der haftungsbegründenden

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

Pflichtverletzung oder des regelmäßig damit zusammenfallenden tatsächlichen Sitzes bzw. der Niederlassung, von der aus die immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen Dienste oder Mittel angeboten werden. Neben dieser vorausgehend ausführlich erörterten kollisionsrechtlichen Lösungsmöglichkeit bleibt die Möglichkeit einer auf der sachrechtlichen Ebene ansetzenden Lösung zu prüfen. Anders als bei den oben erörterten sachrechtlichen Korrekturmöglichkeiten der kollisionsrechtlichen Schutzlandanknüpfung (I.3.a) geht es jetzt um einen unabhängig von der kollisionsrechtlichen Anknüpfung auf der sachrechtlichen Ebene ansetzenden Lösungsansatz. Als Beispiel für eine sachrechtliche Lösung einer Frage mit kollisionsrechtlichem Potential lässt sich die Richtlinie zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung⁹⁶⁸ anführen, die über die Vorgabe einer gemeinschaftsweit einheitlichen Definition der öffentlichen Wiedergabe und deren Lokalisierung am Eingabeort die von ihr offengelassene kollisionsrechtliche Frage nach dem anwendbaren Recht auf der sachrechtlichen Ebene durch die Maßgeblichkeit des am Eingabeort geltenden Rechts entscheidet.

a) Die sachrechtliche Lösung der Satellitenrundfunk- und Kabelweiterverbreitungsrichtlinie

Art. 1 II a) der Satellitenrundfunk- und Kabelweiterverbreitungsrichtlinie definiert die öffentliche Wiedergabe über Satellit als die Handlung, mit der unter der Kontrolle des Sendeunternehmens und auf dessen Verantwortung die programmtragenden Signale, die für den öffentlichen Empfang bestimmt sind, in eine ununterbrochene Kommunikationskette, die zum Satelliten und zurück zur Erde führt, eingegeben werden⁹⁶⁹. Mit dieser Definition der öffentlichen Wiedergabe geht auch deren Lokalisierung am Eingabeort einher. Art. 1 II b) zufolge findet nämlich die öffentliche

968 Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27.9.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung (Satellitenrundfunk- und Kabelweiterverbreitungsrichtlinie), ABI.EG L 248/15 vom 6.10.1993.

969 Ausführlicher zu der Bestimmung der öffentlichen Wiedergabe über Satellit Dreier in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2.Aufl. (2010), Article 1 Satellite and Cable Directive, Rn. 7.1.13-7.1.15.

Wiedergabe über Satellit nur in dem Mitgliedstaat statt, in dem die programmtragenden Signale unter der Kontrolle des Sendeunternehmens und auf dessen Verantwortung in eine ununterbrochene Kommunikationskette eingegeben werden, die zum Satelliten und zurück zur Erde führt. Die öffentliche Wiedergabe wird allerdings nur dann am Eingabeort lokalisiert, wenn die Eingabe in einem Mitgliedstaat erfolgt. Art. 1 II d) sieht für den Fall, dass eine öffentliche Wiedergabe über Satellit in einem Drittstaat stattfindet, in dem das in Kapitel II der Richtlinie vorgesehene Schutzniveau nicht gewährleistet ist, vor, dass die öffentliche Wiedergabe über Satellit in dem Mitgliedstaat stattgefunden hat, in dem sich die aussendende Erdfunkstation befindet, von der aus die programmtragenden Signale an den Satelliten weitergeleitet wurden oder, wenn keine in einem Mitgliedstaat gelegene aussendende Erdfunkstation verwendet wird, in dem Mitgliedstaat, in dem das in einem Mitgliedstaat niedergelassene Sendeunternehmen, das die öffentliche Wiedergabe in Auftrag gegeben hat, seine Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft hat. In diesen Fällen sind die in Kapitel II der Richtlinie vorgesehenen Rechte gegenüber dem Betreiber der aussendenden Erdfunkstation oder dem Sendeunternehmen ausübar.

Mit der Definition der öffentlichen Wiedergabe in Art. 1 II soll nach Erwägungsgrund (14) die Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die bei grenzüberschreitender Verbreitung über Satelliten zu erwerbenden Rechte beseitigt und die kumulative Anwendung von mehreren nationalen Rechten auf einen einzigen Sendeakt verhindert werden. Hinter dieser einheitlich vorgegebenen Definition, die als solche der Bestimmung der relevanten Verwertungs- bzw. Verletzungshandlung dient und damit auf der sachrechtlichen Ebene bei der Verwirklichung der entsprechenden Verwertungs- bzw. Verletzungstatbestände des nationalen Urheberrechts ansetzt, steht also eine kollisionsrechtliche Zielsetzung, auch wenn die kollisionsrechtliche Frage nach der Bestimmung des anwendbaren Rechts als solche ausgespart bleibt⁹⁷⁰. Alternativ zu diesem durch eine materiellrechtliche

970 Drexel, in: MünchKomm-BGB, IntWR, 5.Aufl. (2010), IntImmGR, Rn. 123f.; Dreier in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2.Aufl. (2010), Article 1 Satellite and Cable Directive, Rn. 7.1.7; Regelin, Das Kollisionsrecht der Immaterialgüterrechte an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 2000, S. 262f., der allerdings auf die enge Verzahnung sachrechtlicher und kollisionsrechtlicher Fragestellungen im Immaterialgüterrecht verweist; Fawcett/ Torremans, Intellectual Property and Private International Law, 2.Aufl. (2011), S. 599,

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

Definition verwirklichten „Ursprungsland-Grundsatz“ der Richtlinie⁹⁷¹ hätte dieses Ziel auch auf kollisionsrechtlicher Ebene durch die alleinige Anwendbarkeit des Rechts des Eingabeortes erreicht werden können. Auch die Erwägungsgründe (5), (7) und (8) sprechen mit der Rechtsunsicherheit, die für den Rechtsinhaber aus den unterschiedlichen nationalen Urheberrechtsvorschriften bei grenzüberschreitenden Programmverbreitungen resultiert und die die Richtlinie durch eine materiellrechtliche Harmonisierung beseitigen möchte, der Rechtsunsicherheit, ob nur die Rechte im Ausstrahlungsland oder kumulativ zugleich in allen Empfangsländern berührt werden, und der Unsicherheit des Ortes der Weiterverbreitung, denen durch die einheitlich vorgegebene Definition und Lokalisierung der öffentlichen Wiedergabe begegnet wird, Gesichtspunkte an, die auch für eine kollisionsrechtliche Fragestellung relevant würden. Die über die Vorgabe einer materiellrechtlichen Definition und der Lokalisierung der öffentlichen Wiedergabe von dieser Richtlinie verwirklichte Ursprungslandbetrachtung unterscheidet sich in der Regelungstechnik zwar von dem sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie, gilt aber wie dieses nur soweit der Eingabeort wie die Niederlassung bei der E-Commerce-Richtlinie in einem EU-Mitgliedstaat liegt. Innerhalb der Mitgliedstaaten besteht nämlich zwischen Ursprungs- und Empfangsstaat aufgrund der sekundärrechtlichen Rechtsangleichung ein vergleichbares Schutzniveau, das es rechtfertigt, die verbleibenden nationalen Rechtsunterschiede mit Hilfe einer Ursprungslandbetrachtung zu überwinden. Entsprechend wird auch bei der Satellitenrundfunk- und Kabelweiterverbreitungsrichtlinie diese zur Absicherung eines angemessenen Schutzniveaus und zur Verhinderung der strategischen Ausnutzung eines übermäßigen Schutzgefälles bei der Wahl des Eingabeortes von einer zumindest teilwei-

die allerdings trotz des sachrechtlichen Charakters der Regelung von Auswirkungen auf die Frage der internationalen Zuständigkeit und damit wohl grundsätzlich auch auf der internationalprivatrechtlichen Ebene ausgehen; *Matulionyté, Law Applicable to Copyright, A Comparison of the ALI and CLIP Proposals*, 2011, S. 62-65, die ebenfalls von Auswirkungen auf das IPR ausgeht und zugleich auf die mit der einheitlichen Lokalisierung der relevanten Verwertungs- und Verletzungshandlung im Eingabestaat verbundene Ausnahme zum Territorialitätsprinzip verweist.

971 Vgl. Erwägungsgrund (18).

sen Harmonisierung der Rechtslage in den Mitgliedstaaten begleitet⁹⁷². Damit lässt sich auch der von der Satellitenrundfunk- und Kabelweiterverbreitungsrichtlinie eingeschlagene Weg einer einheitlichen materiellrechtlichen Definition und Lokalisierung nicht ohne weiteres auf eine den Gemeinschaftskontext verlassende und auch Drittstaaten involvierende Konstellation übertragen⁹⁷³.

b) Möglichkeit einer sachrechtlichen Lösung für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen?

Neben den Bedenken, die sich allgemein gegen eine kollisionsrechtliche oder sachrechtliche Ursprungslandbetrachtung ohne gleichzeitige oder bereits erfolgte Harmonisierung der materiellen Rechtslage vorbringen lassen, bestehen auch Bedenken, ob sich das sachrechtliche Lösungsmodell der Satellitenrundfunk- und Kabelweiterverbreitungsrichtlinie, mit der die grenzüberschreitende Verwertung der Rechte erleichtert werden soll⁹⁷⁴, auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, die auf das Bedürfnis eines angemessenen und effektiven Schutzes der Immaterialgüterrechte reagiert, übertragen lässt. Mit der einheitlich vorgegebenen Definition und Lokalisierung der öffentlichen Wiedergabe wird erreicht, dass sich die nach den nationalen Immaterialgüterrechtsgesetzen relevante Verwertungs- bzw. Verletzungshandlung nur im Staat der Eingabe lokalisierten lässt und somit aufgrund des Territorialitätsprinzips nur nach dessen Recht materiellrechtliche Ansprüche begründen kann. Die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit anderer Rechtsordnungen wird dadurch zwar nicht berührt, ihre Anwendung führt aber nicht zu materiell begründeten Ansprüchen, so dass sich Verwerter und Verletzer darauf verlassen können, dass Ansprüche gegen sie nur nach dem Recht des Eingabeortes erfolgreich geltend gemacht werden können, weil nur

972 Vgl. Erwägungsgründe (21) und (24) sowie Art. 1 II d) i) und II), die eine Lokalisierung der öffentlichen Wiedergabe in einem Mitgliedstaat ermöglichen, falls die Eingabe i.S.d. Art. 1 II a) in einem Drittstaat erfolgt.

Dreier in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2.Aufl. (2010), Article 1 Satellite and Cable Directive, Rn. 7.1.12, 7.1.19 und 7.1.23.

973 In diesem Sinne und mit Blick auf den spezifischen Regelungskontext der Richtlinie auch *Regelin*, Das Kollisionsrecht der Immaterialgüterrechte an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 2000, S. 261f.

974 Vgl. Erwägungsgründe (14) und (15).

dort die relevante Verwertung bzw. Verletzung bejaht wird⁹⁷⁵. Dieser sachrechtliche und wesentlich auf dem immaterialgüterrechtlichen Territorialitätsprinzip beruhende Lösungsansatz für die materiellrechtlich relevante Verwertungs- bzw. unmittelbare Verletzungshandlung lässt sich nicht auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen übertragen, bei der die haftungsbegründende Pflichtverletzung anders als die vom unmittelbaren Verletzer begangene Verletzungshandlung nicht in einer dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Verwertungshandlung besteht und damit nicht dem immaterialgüterrechtlichen Territorialitätsprinzip unterliegt (siehe oben B.I.3.c).

Eine einheitliche Bestimmung und Lokalisierung der Ermöglichungshandlung als einzige relevante und materiellrechtliche Ansprüche, seien dieser immaterialgüterrechtlicher oder deliktsrechtlicher Natur, auslösende Handlung würde zu keiner sachrechtlichen Lösung für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen führen. Die unterschiedlichen Sachrechte, die kollisionsrechtlich zur Anwendung berufen werden könnten, erfordern für die Bejahung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen keine im Inland begangene Ermöglichungshandlung, sondern könnten auch an eine einheitlich am Unternehmenssitz zu lokalisierende und damit auch im Ausland begangene Ermöglichungshandlung anknüpfen, sofern sie die Verletzung eines im Inland geschützten Immaterialgüterrechts ermöglicht. Sofern die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen materiellrechtlich als immaterialgüterrechtliche und an die ermöglichte unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anknüpfende Haftung konzipiert ist, würde die Vorgabe der alleinigen Relevanz der Ermöglichungshandlung in Widerspruch zu der aus dem Territorialitätsprinzip abgeleiteten Relevanz der inländischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung treten, die ein alleiniges Abstellen auf die Ermöglichungshandlung verhindert⁹⁷⁶. Die ermöglichte unmittelbare Verletzungshandlung scheidet ihrerseits als An-

975 Dreier in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2.Aufl. (2010), Article 1 Satellite and Cable Directive, Rn. 7.1.7-7.1.10; bei der Berechnung der Vergütungs- und Schadensersatzansprüche sind dabei allerdings gemäß Erwägungsgrund (17) auch die Einschaltquoten in den Empfangsstaaten zu berücksichtigen, Rn. 7.1.10.

976 So die Subafilms- Rechtsprechung zur Haftung wegen authorization im US-amerikanischen Urheberrecht United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Subafilms Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co.*, Urteil vom 13.5.1994, 24 F.3d 1088 (siehe oben C.III.3.c).

satzpunkt für eine sachrechtliche Lösung aus, weil die Rechtsunsicherheit für den Ermöglicher nicht daraus resultiert, dass eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung in mehreren Staaten lokalisiert werden könnte, deren Recht jeweils zur Anwendung berufen werden und materiellrechtlich das Vorliegen einer Verletzungshandlung bejahen könnte. Über die von ihm angebotenen neutralen Dienste oder Mittel werden verschiedene, im Vorfeld nicht bestimmbare Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglicht, die zu der potentiellen Anwendbarkeit einer Vielzahl von Rechtsordnungen und der Gefahr der Bejahung einer Haftung nach mehreren Rechtsordnungen auch dann führen, wenn jede einzelne ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung jeweils nur in einem Staat zu lokalisieren wäre und deshalb nur dort materiellrechtliche Ansprüche auslösen könnte.

Als Alternative zu den vorstehend erörterten kollisionsrechtlichen Anknüpfungsmöglichkeiten an den Ort der haftungsbegründenden Pflichtverletzung oder den Sitz bzw. die Niederlassung vermag eine sachrechtliche Ursprungslandlösung nicht zu überzeugen. Durch eine kollisionsrechtliche Anknüpfung an den Ort der haftungsbegründenden Pflichtverletzung oder den tatsächlichen Sitz bzw. die Niederlassung, von der der ermögliche Dienst oder die entsprechenden Mittel angeboten werden, lässt sich die Rechtsunsicherheit bezüglich des anwendbaren Rechts bereits auf der kollisionsrechtlichen Ebene durch die Berufung einer einzigen und im Vorfeld bestimmbaren Rechtsordnung beheben. Eine einheitlich vorgegebene Bestimmung der haftungsbegründenden Handlung könnte in diesem Zusammenhang zwar die kollisionsrechtliche Lösung abstützen und ergänzen, indem das kollisionsrechtliche Anknüpfungsmoment des Ortes der haftungsbegründenden Pflichtverletzung oder des Sitzes bzw. der Niederlassung, von der der konkrete Dienst oder die Mittel betrieben werden, einheitlich bestimmt und eine solche kollisionsrechtliche Lösung deshalb einheitlich angewandt würde. Als allein auf der sachrechtlichen Ebene ansetzende Alternative zu einer kollisionsrechtlichen Lösung kann sie jedoch nicht gewährleisten, dass sich die Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen materiellrechtlich im Ergebnis nur nach einem Recht richten würde. Wird nämlich auf der kollisionsrechtlichen Ebene auf die Berufung einer einzigen Rechtsordnung verzichtet und kommen auf der Grundlage der Schutzlandanknüpfung oder einer deliktsrechtlichen Erfolgsortanknüpfung mehrere Rechtsordnungen auf die Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zur Anwendung, lässt sich eine materiellrechtliche Einschränkung der Haftungsbejahung nicht mehr erreichen. Die kollisionsrechtlich zur

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

Anwendung berufenen Rechte der Staaten, in denen das jeweils verletzte Immaterialgüterrecht geschützt ist, setzen für die Bejahung einer Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen nicht notwendig eine inländische Ermöglichungshandlung voraus, so dass auch dann, wenn die haftungsgrundende Pflichtverletzung einheitlich in einem Staat lokalisiert würde, eine Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach deliktsrechtlichen oder immaterialgüterrechtlichen Grundsätzen in mehreren Staaten bejaht werden könnte.

IV. Kollisionsrechtliche Ermöglichung einer extraterritorialen Rechtsanwendung und deren Grenzen

Wird für die Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel mit der Anknüpfung an den Ort der haftungsbegründenden Pflichtverletzung oder des tatsächlichen Sitzes bzw. der konkreten Niederlassung ein einziges Recht zur Anwendung berufen, wird diesem Recht kollisionsrechtlich auch die Entscheidung über die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zugewiesen, die sich nicht in dem entsprechenden Staat ereignet haben. Das anwendbare Recht wird deshalb auch außerhalb der eigenen Rechtsordnung verwirklichte Tatbestandselemente zu berücksichtigen haben⁹⁷⁷. Das führt dazu, dass Regelungen eines nationalen Rechts, die gewöhnlich auf die Verletzung inländischer Immaterialgüterrechte reagieren, auch für die Ermöglichung ausländischer Immaterialgüterrechtsverletzungen, deren Verwirklichung sich als gesondert anzuknüpfende Vorfrage nach dem jeweiligen Schutzlandrecht beurteilt, herangezogen werden. Dabei kann es sich, je nach berufenem Recht, um immaterialgüterrechtliche oder deliktsrechtliche Vorschriften handeln, deren Anwendung von dieser Rechtsordnung normalerweise an die Verletzung eines inländischen Schutzrechts geknüpft wird.

Dieser durch die kollisionsrechtliche Verweisung eröffneten extraterritorialen Rechtsanwendung steht das immaterialgüterrechtliche Territorialitätsprinzip nicht entgegen, weil die Haftungsgrundlage für neutrale Ermöglichungshandlungen nicht in der Anmaßung eines dem Rechtsinhaber

⁹⁷⁷ Vgl. *Peukert*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Preamble C16.

vorbehaltenen Ausschließlichkeitsrechts, sondern in der Verletzung einer Sorgfalts- bzw. spezifischen Überwachungspflicht besteht und deshalb selbst nicht mehr von der territorialen Begrenzung des räumlichen Wirkungsbereichs eines subjektiven Immaterialgüterrechts erfasst wird (siehe oben B.I.3.c). Nur dieser materielle Wirkungsbereich des subjektiven Immaterialgüterrechts wird durch das Territorialitätsprinzip auf den Entstehungsstaat begrenzt, während weder die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit der Regelungen ausländischer Immaterialgüterrechtsgesetze auf inländische Sachverhalte, noch die inländischer Immaterialgüterrechtsgesetze auf ausländische Sachverhalte durch das Territorialitätsprinzip ausgeschlossen wird (siehe oben B.I.3.a). Demnach kann die in einem nationalen Immaterialgüterrechtsgesetz enthaltene Haftungsnorm für die Ermöglichung (inländischer) Immaterialgüterrechtsverletzungen aus Sicht des Territorialitätsprinzips auch auf die Ermöglichung ausländischer Immaterialgüterrechtsverletzungen angewandt werden. Soweit eine solche Norm nach ihrem Wortlaut oder nach ihrer Anwendung durch die Gerichte auf die Ermöglichung inländischer Immaterialgüterrechtsverletzungen beschränkt wird, wie etwa im französischen Recht bei einer Haftungsbegründung über die allgemeine deliktsrechtliche Generalklausel des Art. 1382 Code civil, die im Wortlaut keine Beschränkung auf die Verletzung inländischer Schutzgüter vorsieht, von der französischen Rechtsprechung aber vornehmlich über die Verletzung eines französischen Schutzrechts begründet wird, folgt diese Beschränkung nicht aus dem Territorialitätsprinzip und ist mit Blick auf die erfolgte kollisionsrechtliche Berufung zur Anwendung auf die Ermöglichung auch ausländischer Immaterialgüterrechtsverletzungen zu überwinden.

Die durch die kollisionsrechtliche Verweisung auf ein einziges Recht eröffnete und durch das immaterialgüterrechtliche Territorialitätsprinzip zugelassene extraterritoriale Anwendung der nationalen Haftungsnormen für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen ist dabei nicht als unerwünschte Nebenfolge der aufgrund der kollisionsrechtlichen Interessenanalyse befürworteten Anknüpfung an den Ort der haftungsgrundenden Pflichtverletzung oder an den tatsächlichen Sitz bzw. die konkrete Niederlassung zu sehen⁹⁷⁸. Vielmehr ist sie in diesem Fall Bestandteil der vom Internationalen Privatrecht zu erfüllenden Zuweisungs- und Koordinierungsfunktion. Aus internationaler und internationalprivatrecht-

978 So aber die Kritik von *Matulionyté*, (2012) JIPITEC 3, 263, 293.

D. Suche nach einem geeigneten Anknüpfungsmoment

licher Sicht handelt es sich um eine wünschenswerte extraterritoriale Anwendung einzelner nationaler Haftungsvorschriften derjenigen Rechtsordnung, die zu dem zu entscheidenden internationalen Sachverhalt die engste Verbindung aufweist. Die Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel wird durch die Anknüpfung an den Ort der haftungsbegründenden Pflichtverletzung oder an den tatsächlichen Sitz bzw. die konkrete Niederlassung nach einer im kontinentaleuropäischen Rechtssystem prinzipiell vom Kollisionsnormgeber vorzunehmenden umfassenden Bewertung der kollisionsrechtlich relevanten Interessen diesem Recht einheitlich zur Entscheidung zugewiesen. Dessen Anwendung auf die Ermöglichung von Verletzungen auch außerhalb des zugehörigen Territoriums geschützter Immaterialgüterrechte erscheint damit gerechtfertigt. Soweit dadurch bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Anbietens neutraler aber eben auch rechtsverletzend nutzbarer und Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichernder Dienste oder Mittel im Einzelfall wirtschaftsordnungs- und gesellschaftspolitische Interessen anderer Staaten berührt werden, lassen sich diese durch eine der Internationalität des Sachverhalts Rechnung tragende und dem völkerrechtlichen Rücksichtnahmegebot verpflichtete Anwendung des kollisionsrechtlich berufenen Rechts berücksichtigen (siehe oben B.I.3.d). Eine extraterritoriale Anwendung nationaler Haftungsnormen bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene vorbeugend aufgrund potentiell berührter, im Vorfeld aber noch nicht artikulierbarer wirtschaftsordnungs- und gesellschaftspolitischer Interessen auszuschließen und deswegen auf die Vorteile der kollisionsrechtlichen Berufung eines einzigen Rechts zu verzichten, erscheint dagegen nicht notwendig.