

C. Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen

Nachdem mit den Vorgaben des Internationalen Immaterialgüterrechts und des Unionsrechts der Rahmen und dessen Öffnungsmöglichkeiten für eine kollisionsrechtliche Lösung aufgezeigt wurden, stellt sich die Frage nach der passenden Kollisionsnorm, die das über die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen entscheidende Recht bestimmen soll. Damit wird die Frage der internationalprivatrechtlichen Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen aufgeworfen, über die sich unter mehreren bestehenden Kollisionsnormen die richtige bzw. geeignetste Kollisionsnorm ermitteln lässt bzw. über die bei Bedarf eine neue speziellere Kollisionsnorm zu entwickeln ist. Die Qualifikation erfolgt dabei stets vor dem Hintergrund einer bestimmten Bezugsordnung (I) und orientiert sich, eingebunden in diese Bezugsordnung, auch an der materiellrechtlichen Ausgestaltung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, die mit den materiellrechtlichen Grundzügen im Unionsrecht die Grundlage für eine gemeinschaftsautonome Qualifikation (II) bzw. mit den materiellrechtlichen Grundzügen in verschiedenen ausgewählten Rechtsordnungen die Grundlage für eine funktional rechtsvergleichende Qualifikation (III) bildet. Neben der materiellrechtlichen Ausgestaltung orientiert sich die Qualifikation maßgeblich an den kollisionsrechtlich relevanten Interessen, auf die sich die normative Wertung stützt, ob die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen der für unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzungen geltenden Verweisung auf das Schutzlandrecht zu unterstellen ist oder ob zumindest für bestimmte Konstellationen eine eigenständige Verweisung angezeigt erscheint (IV). Im Rahmen der Qualifikation ist schließlich auch der Frage nachzugehen, wie sich eine aufgrund der materiellrechtlichen Unterschiede und der unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Interessenlage gebotene kollisionsrechtliche Differenzierung zwischen verschiedenen Formen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen umsetzen lässt (V).

I. Qualifikationsmaßstab und Bezugsordnung

Mit der Qualifikation wird in der Theorie des Internationalen Privatrechts gemeinhin die Frage nach dem sachlichen Anwendungsbereich einer oder mehrerer in Betracht kommender Kollisionsnormen aufgeworfen und die Zuordnung zu ihnen einschließlich der Subsumtion unter deren Anknüpfungsgegenstand beschrieben⁴²⁸. Während die Qualifikation somit im Regelfall anhand bestimmter Kollisionsnormen erfolgt (wie oben B.III.1.a.cc (2) mit Blick auf die Rom II-Verordnung), geht sie jetzt an dieser Stelle, an der gerade die Möglichkeit der Entwicklung einer neuen Kollisionsnorm im Mittelpunkt steht, über die bestehenden Kollisionsnormen hinaus und stellt sich so gleichsam in ihrer abstrakten Form. Die Perspektive auf die Qualifikationsfrage wechselt damit vom Rechtsanwender zu einem potentiellen Rechtsetzer, der mit der kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen konfrontiert wird, oder von einer akademischen Perspektive, die sich auf eine Analyse der aktuell gegebenen Rechtslage *de lege lata* beschränkt, auf eine akademische Perspektive, die darüber hinausgehend nach einer angemessenen kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen *de lege ferenda* sucht. Hierzu wird die Bedeutung der Qualifikation auf ihren ursprünglichen Kern, nämlich die Erfassung des eigentlichen Wesens eines Rechtsinstituts, um es dann der angemessenen und ihm entsprechenden Kollisionsnorm unterstellen zu können, zurückgeführt⁴²⁹. So geht es im folgenden um die angemessene Einordnung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zwischen dem Schutz immaterialgüter-

428 Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl.(2006), S. 114; Mayer/ Heuzé, Droit international privé, 10.Aufl.(2010), S. 123.

429 Vgl. Audit/ d'Avout, Droit international privé, 6.Aufl.(2010), S. 182: « Classer une question ou une institution revient à s'interroger sur sa nature juridique dominante ». Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé, 1956, S. 56f. : « [...] l'opération en elle-même est celle que la logique formelle met à la base de tout travail intellectuel : le discernement dans un objet concret des caractères qui permettent de reconnaître en lui un concept général. [...] On voit alors que si la règle de droit se présente comme générale par rapport aux faits et aux actes qu'elle régit, elle constitue à son tour un élément particulier dans lequel on peut retrouver les caractéristiques d'une règle plus générale. Cette possibilité de discerner dans une règle de droit des plans d'abstraction successifs, fait ainsi apparaître une nouvelle raison du caractère systématique du droit privé. ».

rechtlicher Ausschließlichkeitsrechte einerseits und der Verletzung deliktsrechtlicher Sorgfalts- bzw. Verkehrs(sicherungs)pfllichten andererseits. Vor diesem Hintergrund ist dann eine Abgrenzung zu der typischen immaterialgüterrechtlichen Kollisionsnorm, die Immaterialgüterrechtsverletzungen dem Schutzlandrecht unterstellt, zugunsten einer allgemeineren oder speziellen deliktsrechtlichen Kollisionsnorm vorzunehmen. Diese Abstraktion der Qualifikation von bestimmten vorgegebenen Kollisionsnormen löst die Qualifikation jedoch nicht von dem Erfordernis einer rechtlichen Bezugsordnung, deren materiellrechtliche Regelungen und kollisionsrechtliche Wertungen den für die Qualifikation erforderlichen Rahmen bilden⁴³⁰. Deshalb ist zunächst der Frage nach der Methode und dem Bezugspunkt für eine solche von konkreten kollisionsrechtlichen Vorgaben und insbesondere von Art. 8 Rom II-Verordnung losgelöste Qualifikation nachzugehen. Hierbei ist danach zu differenzieren, ob die Kollisionsnorm für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen auf nationaler, europäischer oder internationaler Ebene angesiedelt werden soll.

1. Für die kollisionsrechtliche Behandlung im nationalen Kontext

Die Frage nach der Methode und dem Bezugspunkt innerhalb eines nationalen kollisionsrechtlichen Systems, wie beispielsweise das deutsche Internationale Privatrecht, wird hier als klassischer Ausgangspunkt der Diskussion über die Qualifikation vorangestellt. Grundsätzliche Überlegungen zu Methoden und Bezugspunkten der Qualifikation, die sich historisch in einem durch nationale Rechtsordnungen geprägten Kontext entwickelt haben, lassen sich so nämlich besser herausarbeiten, um dann in den folgenden Punkten für die Qualifikation im europäischen oder internationalen Kontext auf sie zurückzukommen und auf die jeweiligen Besonderheiten einzugehen. Folgt die Reihenfolge der Darstellung somit methodischen Erwägungen, darf sie nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Ausrichtung auf nationale Kollisionsnormen innerhalb Europas mit dem Inkrafttreten der für die vorliegende Untersuchung relevanten Rom II-Verordnung an Bedeutung verloren hat und für eine abweichende Qualifikation der Haf-

430 Vgl. *Batiffol*, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, S. 38-40; *Audit/ d'Avout*, *Droit international privé*, 6. Aufl.(2010), S. 191.

tung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen auf nationaler Ebene, die die kollisionsrechtliche Vorgabe des Art. 8 Rom II-VO auch nicht zu verdrängen vermöchte, kein Raum mehr bleibt.

Gegenstand der Qualifikation ist eine auf der Grundlage eines bestimmten Lebensverhältnisses, das auch entsprechend unter eine Sachnorm zu subsumieren wäre, formulierte Rechtsfrage, die mittels des über die Kollisionsnorm zur Anwendung berufenen Sachrechts beantwortet werden soll und die sich gleichsam als Spiegelbild der entsprechenden Sachnormen, die später für deren Beantwortung herangezogen werden, stellt⁴³¹. Die Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen bildet hier die Rechtsfrage, die schließlich nach den materiellrechtlichen Regelungen einer Rechtsordnung, die es mit Hilfe einer zunächst noch zu bestimmenden Kollisionsnorm zu berufen gilt, beantwortet werden soll, und damit den Qualifikationsgegenstand.

Die im Rahmen der Qualifikation vorzunehmende Zuordnung dieser Rechtsfrage zu einer Kollisionsnorm und ihre Subsumtion hierunter erfordern zunächst einmal die Auslegung der Anknüpfungsgegenstände der in Betracht kommenden Kollisionsnormen und ihre gegenseitige Abgrenzung⁴³². Die zur Umschreibung des Anknüpfungsgegenstandes im Tatbestand einer Kollisionsnorm verwendeten Rahmen- oder Systembegriffe orientieren sich zwar oft an den entsprechenden materiellrechtlichen Kategorien der jeweiligen Rechtsordnung, sind aber so weit und abstrahierend gefasst, dass sie nicht nur die inländischen Rechtsinstitute, sondern auch deren unterschiedliche materielle Ausgestaltungen in den einzelnen Rechtsordnungen erfassen können⁴³³. Die Reichweite eines zur Umschrei-

431 *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6.Aufl.(2006), S. 117-119; *Audit/ d'Avout*, Droit international privé, 6.Aufl.(2010), S. 187; *Mayer/ Heuzé*, Droit international privé, 10.Aufl.(2010), S. 120-122. *Rabel*, *RabelsZ* 5 (1931), 241, 243-245 hatte betont, dass es das Lebensverhältnis, im Gegensatz zu einem bereits materiell-rechtlich geprägten Rechtsverhältnis, sei, das den Gegenstand der Qualifikation bilde und das (mit Blick auf eine bestimmte Rechtsfrage) einer rechtlichen Beurteilung zugewiesen werde.

432 *Sonnenberger*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 487; *Kegel/ Schurig*, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 336 sowie 355; *Mayer/ Heuzé*, Droit international privé, 10.Aufl.(2010), S. 123 sowie S. 128.

433 *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6.Aufl.(2006), S. 124f.; *Sonnenberger*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 496f.; *Audit/ d'Avout*, Droit international privé, 6.Aufl.(2010), S. 185-187; *Mayer/ Heuzé*, Droit international privé, 10.Aufl.(2010), S. 125-128 sowie S. 129f.

bung eines Anknüpfungsgegenstandes verwendeten Rahmenbegriffs lässt sich deshalb nicht alleine aus der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, ohne eine rechtsvergleichende Analyse der unterschiedlichen materiellen Ausgestaltungen und der Frage der von einem bestimmten Rechtsinstitut jeweils wahrgenommenen Funktion in unterschiedlichen Rechtsordnungen klären⁴³⁴. Eine solche funktionelle oder teleologische Qualifikation trägt dem Gedanken Rechnung, dass die Grundprobleme, für die die Rechtsordnungen eine Antwort bereit halten müssen, ähnlich sind und die mit den jeweiligen nationalen Antworten verfolgten Zwecke deshalb letztlich auch ähnlicher sind als es die unterschiedlichen Ausgestaltungen der Lösung vermuten lassen⁴³⁵. Einen weiteren Gesichtspunkt, der bei der Qualifikation mit zu berücksichtigen ist, bilden schließlich die mit der jeweiligen Kollisionsnorm verfolgten Anknüpfungsinteressen, die vom Normgeber bei der Bildung der den Kollisionsnormen zugrundeliegenden Kategorien als parallel vermutet werden⁴³⁶. Weil und soweit es bei der Qualifikation aber immer noch um die Auslegung der nationalen Kollisionsnormen geht, seien sie geschrieben oder richterrechtlich entwickelt oder zumindest gewohnheitsrechtlich anerkannt, entscheiden über die Auslegung des Anknüpfungsgegenstandes in Zweifelsfällen die Auslegungsmethoden und die internationalprivatrechtliche Konzeption der eigenen Rechtsordnung

434 Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Qualifikation hob besonders *Rabel*, *RabelsZ* 5 (1931), 241, 255-259 hervor, der auf dieser Grundlage sogar die Hoffnung formulierte, eines Tages zu allgemeingültigen für alle Rechtsordnungen passenden Kollisionsnormen gelangen zu können. Auch jenseits dieser Hoffnung hilft die Rechtsvergleichung aber jedenfalls bei der Bestimmung der von einem bestimmten ausländischen Rechtsinstitut wahrgenommenen Funktion, um es so der entsprechenden inländischen Kollisionsnorm zuzuordnen.

435 Vgl. *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6.Aufl.(2006), S. 126-129; *Sonnenberger*, in: *MünchKomm-BGB*, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 501f.; *Audit/ d'Avout*, *Droit international privé*, 6.Aufl.(2010), S. 185-187; *Batiffol*, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, S. 43.

436 *Kegel/ Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9.Aufl.(2004), S. 346-351 sowie 355f.: die von einer Kollisionsnorm verwirklichten internationalprivatrechtlichen Interessen rechtfertigen demnach nicht nur die Wahl des Anknüpfungsmomentes, sondern sind auch schon bei der Bestimmung des Anknüpfungsgegenstandes zu berücksichtigen. *Sonnenberger*, in: *MünchKomm-BGB*, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 498-500; *Audit/ d'Avout*, *Droit international privé*, 6.Aufl.(2010), S. 184f.; *Mayer/ Heuzé*, *Droit international privé*, 10.Aufl.(2010), S. 126f. sowie S. 128.

(Qualifikation *lege fori*)⁴³⁷. Soll die Qualifikation dagegen, wie hier, losgelöst von bestimmten Kollisionsnormen erfolgen, tritt das Argument der Auslegung des Anknüpfungsgegenstandes am Maßstab der *lex fori* in den Hintergrund und die Fragen nach der mit der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen verfolgten Zielsetzung, die sich hinter ihrer materiellrechtlichen Ausgestaltung verbirgt, und nach deren Beachtung durch die hinter einem bestimmten Anknüpfungsmoment stehenden kollisionsrechtlichen Anknüpfungsinteressen treten in den Vordergrund.

Überträgt man diese Gedanken für die Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen auf das deutsche Internationale Privatrecht, werden allerdings zugleich die Grenzen einer Qualifikation *lege fori* im nationalen Kontext deutlich. Der kollisionsrechtliche Rahmen für die Qualifikation bestimmt sich nämlich auch für das deutsche Internationale Privatrecht nicht mehr ausschließlich anhand der nationalen Kollisionsnormen, sondern wird durch die unionsrechtlichen Kollisionsnormen entscheidend mitgeprägt. So werden die Art. 38-42 EGBGB, die die nationalen Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten, seit dem 11. Januar 2009⁴³⁸ durch die Rom II-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht innerhalb ihres Anwendungsbereichs, der sich nach Art. 1-3 Rom II-VO bestimmt und auch Verweisungen auf das Recht von Drittstaaten erfasst, verdrängt. Weil auch die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in den sachlichen Anwendungsbereich der Rom II-Verordnung fällt (siehe oben B.III.1.a.aa.), ist ihre Qualifikation im deutschen Internationalen Privatrecht nicht mehr anhand von Art. 40 EGBGB als Kollisionsnorm für die Ansprüche aus unerlaubter Handlung einerseits und der ungeschriebenen, aber richterrechtlich entwickelten bzw. gewohnheitsrechtlich anerkannten Kollisionsnorm, die für die Verletzung von Immaterialgüterrechten die Schutzlandanknüpfung

437 Sonnenberger, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 496; Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl.(2006), S. 121; Audit/ d'Avout, Droit international privé, 6.Aufl.(2010), S. 190; Mayer/ Heuzé, Droit international privé, 10.Aufl.(2010), S. 123f. Bereits Rabel, RabelsZ 5 (1931), 241, 249f. wies darauf hin, dass für eine Qualifikation *lege fori* nicht das materielle Recht, sondern die Kollisionsnormen der *lex fori* heranzuziehen seien.

438 Art. 32 Rom II-VO.

vorsieht⁴³⁹, andererseits vorzunehmen. Diese werden vielmehr durch Art. 4 und Art. 8 Rom II-VO verdrängt, deren unionsrechtlicher Ursprung bei ihrer Auslegung und Anwendung zu berücksichtigen bleibt und die deshalb neben ihrer gemeinschaftsautonomen Auslegung auch eine gemeinschaftsautonome Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen erfordern. Das Erfordernis einer gemeinschaftsautonomen Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen bleibt auch dann bestehen, wenn man, wie hier, die Frage der Qualifikation losgelöst von der konkreten Ausgestaltung bestimmter Kollisionsnormen, die sich jetzt aus der Rom II-Verordnung ergeben, stellt, weil der kollisionsrechtliche Rahmen, in dem eine solche abstrakte Qualifikation zu erfolgen hat, gleichwohl unionsrechtlich vorgezeichnet bleibt. Auch kann die Bildung der Anknüpfungsgegenstände nicht mehr auf der materiellrechtlichen Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen im deutschen Recht aufbauen. Die materiellrechtliche Konzeption im deutschen Recht, die ihrerseits auch durch die Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie, der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft und der E-Commerce-Richtlinie geprägt wird, kann nur noch als Beispiel für eine konkrete Ausgestaltung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch eine nationale Rechtsordnung herangezogen werden und so, zusammen und verglichen mit den materiellrechtlichen Ausgestaltungen in anderen Rechtsordnungen, als Grundlage für eine funktionale Qualifikation dienen (siehe unten II und III), der auch für das europäische Kollisionsrecht weiterhin eine gewisse Bedeutung zukommt.

439 BGH, Urteil vom 17.6.1992, Az. I ZR 182/90 – *Alf*, BGHZ 118, 394, 397f. = GRUR 1992, 697, 698; siehe auch als weitere Beispiele BGH, Urteil vom 2.10.1997, Az. I ZR 88/95 – *Spielbankaffaire*, BGHZ 136, 380, 385f. = GRUR Int 1998, 427, 428f.; BGH, Urteil vom 7.11.2002, Az. I ZR 175/00 – *Sender Felsberg*, BGHZ 152, 317, 321f. = GRUR Int 2003, 470, 471 und BGH, Urteil vom 13.10.2004, Az. I ZR 163/02 – *Hotel Maritime*, GRUR 2005, 431, 432.

2. Für die kollisionsrechtliche Behandlung im europäischen Kontext

Bleibt für eine nationale Qualifikation innerhalb des räumlichen und sachlichen Anwendungsbereichs der Rom II-Verordnung kein Raum, ist die Frage der Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen somit vorrangig im europäischen Kontext, der kollisionsrechtlich durch die der Rom II-Verordnung zugrunde liegenden Wertungen und materiellrechtlich durch die Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie, der Durchsetzungsrichtlinie und der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft geprägt wird, zu untersuchen. Die Frage einer gemeinschaftsautonomen Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen wurde zwar bereits für die Zwecke der Rom II-Verordnung zugunsten der immaterialgüterrechtlichen Qualifikation und der Anwendung der in Art. 8 Rom II-VO vorgesehenen Schutzlandanknüpfung beantwortet (siehe oben B.III.1.a.cc.(2)), diese Lösung der Qualifikationsfrage beruhte aber auf den sich gegenwärtig ergebenden kollisionsrechtlichen Vorgaben der Rom II-Verordnung. Dagegen soll die Frage an dieser Stelle über die bestehende Rechtslage hinausgehend und losgelöst von den konkreten Vorgaben der Rom II-Verordnung und insbesondere ihres Art. 8 mit Blick auf eine mögliche, durch Art. 27 Rom II-VO auch eröffnete (siehe oben B.III.1.b.cc.(2)), Ergänzung durch eine eigenständige Kollisionsnorm untersucht werden.

In einem unionsrechtlichen kollisionsrechtlichen Rahmen hat die Qualifikation grundsätzlich autonom zu erfolgen, um die einheitliche Auslegung und Anwendung der unionsrechtlichen Kollisionsnormen sicherzustellen⁴⁴⁰. Dafür sind im allgemeinen neben dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und der Systematik der in Betracht kommenden Kollisionsnormen sowie möglichen Parallelen zu kollisionsrechtlichen aber auch sachrechtlichen Regelungen in anderen Unionsrechtsakten, die in manchen Fällen eine einheitliche rechtsaktübergreifende Begriffsbildung er-

440 Kropholler, in: Basedow/ Drobniig/ Ellger u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, 2001, S. 583, 589f. (bereits vor Erlass der kollisionsrechtlichen Verordnungen im Gemeinschaftsrecht); Heinze, in: FS. Kropholler, 2008, S. 105, 108f.; Grünberger, ZVglRWiss 108 (2009), 134, 136; Drexler, in: MünchKomm-BGB, IntWR, 5.Aufl. (2010), IntImmGR, Rn. 152; Bariatti, in: Bariatti (Hrsg.), Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project, 2010, S. 63, 69.

lauben können, insbesondere teleologische Erwägungen heranzuziehen, die im Ergebnis zu einer funktionalen Qualifikation unter Berücksichtigung der europarechtlich gebotenen Interessen führen⁴⁴¹. Zwar können, weil die Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen hier gerade losgelöst von den konkreten Kollisionsnormen des Art. 4 und des Art. 8 Rom II-VO erfolgen soll, ihr Wortlaut nicht und die Systematik der Rom II-Verordnung nur in eingeschränktem Maße herangezogen werden. Die in der Rom II-Verordnung zum Ausdruck kommende kollisionsrechtliche Zielsetzung, die angewandte Methodik des Gemeinschaftsgesetzgebers und die ihr zugrunde liegenden kollisionsrechtlichen Wertungen bilden aber auch weiterhin den kollisionsrechtlichen Rahmen für die Qualifikation. Dieser durch die Rom II-Verordnung vorgeprägte kollisionsrechtliche Rahmen wird durch die gemeinsamen kollisionsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten ergänzt.

Neben dem kollisionsrechtlichen Rahmen gilt es auch den materiellrechtlichen Hintergrund für die Qualifikation zu berücksichtigen. Diesen bilden zum einen die materiellrechtlichen Regelungen der Durchsetzungsrichtlinie, der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft und der E-Commerce-Richtlinie, die hier allerdings nicht als Anhaltspunkt für die Interpretation eines als Anknüpfungsgegenstand in einer unionsrechtlichen Kollisionsnorm verwendeten bestimmten Begriffes (wie oben B.III.1.a.cc.(2)☞), sondern als Anhaltspunkt für eine eventuelle unionsrechtliche Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen heranzuziehen sind und aus denen sich wiederum Vorgaben für die materiellrechtliche Ausgestaltung in den einzelnen Mitgliedstaaten ergeben. Zum anderen bleibt die funktionale Qualifikation auf einer europäisch rechtsvergleichenden Grundlage, die die mit der materiellrechtlichen Ausgestaltung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in den einzelnen Mitgliedstaaten, auch soweit sie nicht durch unionsrechtliche Vorgaben harmonisiert wird, jeweils verfolgte Zielsetzung sowie die Konzeption ihrer Rechtsnatur analysiert⁴⁴². So kann eine in vielen Mitgliedstaaten vergleichbare materiellrechtliche Ausgestaltung der Haftung für die Ermöglichung von Immateri-

441 Kropholler, in: Basedow/ Drobniig/ Ellger u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, 2001, S. 583, 590-594 (bereits vor Erlass der kollisionsrechtlichen Verordnungen im Gemeinschaftsrecht); Heinze, in: FS. Kropholler, 2008, S. 105, 109-111.

442 Vgl. Sonnenberger, in: FS. Kropholler, 2008, S. 227, 240.

algüterrechtsverletzungen als Anhaltspunkt für eine bestimmte, den Mitgliedstaaten gemeinsame Konzeption dieser Haftungsfigur dienen und entsprechend für eine unionsrechtliche Qualifikation herangezogen werden, soweit eine solche Konzeption nicht im Widerspruch zu anderen Wertungen und Vorgaben des Unionsrechts tritt und zu einer den unionsrechtlichen Interessen Rechnung tragenden kollisionsrechtlichen Lösung führt⁴⁴³.

Eine von den konkreten kollisionsrechtlichen Vorgaben der Rom II-Verordnung losgelöste unionsrechtlich autonome Qualifikation läuft somit wieder auf eine funktionale und teleologische Qualifikation hinaus, die ausgehend von den materiellen Vorgaben, die sich aus anderen Rechtsakten des Unionsrechts ergeben, sowie der hierdurch geprägten materiellrechtlichen Ausgestaltung in den einzelnen Mitgliedstaaten die mit der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen verfolgte Zielsetzung sowie die Konzeption ihrer Rechtsnatur analysiert und in Einklang mit den Grundwertungen des gemeinschaftlichen Kollisionsrechts sowie unter Berücksichtigung der kollisionsrechtlich relevanten Interessen einer angemessenen kollisionsrechtlichen Lösung zuzuführen sucht. Vor diesem Hintergrund sollen dann im folgenden die materiellrechtliche Ausgestaltung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in zwei ausgewählten Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie, der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft und der E-Commerce-Richtlinie und die Frage einer immaterialgüterrechtlichen oder eigenständigen deliktsrechtlichen Qualifikation untersucht werden. Weil die bisherigen Kollisionsnormen der Rom II-sowie der Rom I-Verordnung sich nicht auf die Bestimmung einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung beschränken, sondern auch auf das Recht eines Drittstaates verweisen können, muss eine unionsrechtliche Kollisionsnorm jedoch auch in der Lage sein, auf die Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in anderen außereuropäischen Rechtsordnungen Anwendung zu finden, so dass exemplarisch und kontrollierend auch die Rechtslage in den USA anhand ausgewählter Fälle aus der jüngeren Rechtsprechung herangezogen wird.

443 Vgl. *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 81 (zu der rechtsvergleichenden Auslegung im Gemeinschaftsrecht).

3. Für die kollisionsrechtliche Behandlung im internationalen Kontext

Während sich die Frage der Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen sowohl für einen nationalen als auch für einen europäischen Kontext zwar losgelöst von konkreten kollisionsrechtlichen Vorgaben, aber doch stets mit Blick auf eine rechtliche Bezugsordnung, stellen lässt, fehlt es für eine Qualifikation im internationalen Kontext an einer Bezugsordnung. Weder ist ein ausreichender kollisionsrechtlicher Rahmen vorhanden, wie er derzeit nur punktuell für bestimmte Sachbereiche und nur für bestimmte Vertragsstaaten durch die Haager Konventionen angenommen werden kann und dem sich die kollisionsrechtlichen Grundwertungen entnehmen ließen, noch existiert ein gemeinsam vorgegebener materiellrechtlicher Hintergrund, auf dessen Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen die Ausgestaltung einer Kollisionsnorm aufbauen könnte. Gleichwohl lässt sich die Frage einer international tragfähigen Qualifikation nur mit Blick auf eine zukünftige konventionsrechtliche Regelung sinnvoll formulieren, für die allerdings sowohl das Regelungsinstrument als auch der Adressatenkreis gegenwärtig noch offen sind. Die folgenden Überlegungen vermögen daher nicht mehr als die Grundzüge einer international autonomen Qualifikation aufzuzeigen und erste Anhaltspunkte für eine solche Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zu liefern.

Im internationalen Kontext hat die Qualifikation prinzipiell autonom zu erfolgen, um die gewünschte Vereinheitlichung gewährleisten zu können⁴⁴⁴. Dazu ist vorrangig auf die Begriffsbildung und die Systematik des jeweiligen Regelungsumfeldes abzustellen, während ein Rückgriff auf das Begriffsverständnis und die Regelungssystematik der nationalen Rechtsordnungen, die zur Anwendung der Kollisionsnorm berufen sind, ausscheidet. Lässt sich der Anknüpfungsgegenstand der Kollisionsnorm aus dem internationalen Kontext heraus nicht oder nicht hinreichend bestimmen, ist ergänzend für eine funktionale Qualifikation auf einer rechtsvergleichenden Grundlage nach einer gemeinsamen Konzeption in den Vertragsstaaten zu fragen⁴⁴⁵. Angesichts der möglichen Vielzahl der Rechts-

444 Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 125; Sonnenberger, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 527.

445 Vgl. Sonnenberger, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 308; Kropholler, Internationales Einheitsrecht, 1975, S. 278-280 (allgemein

ordnungen gilt es hier in noch stärkerem Maße, von der im einzelnen unterschiedlichen Ausgestaltung zu abstrahieren und sich auf die wesentlichen Merkmale der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zu konzentrieren, die auf kollisionsrechtlicher Ebene für die Suche nach der passenden Kollisionsnorm zugrunde gelegt werden können. Dabei treten die wesentlichen Merkmale einer Rechtsfigur oft erkennbarer hervor, wenn die verschiedenen Konzeptionen in den unterschiedlichen Rechtsordnungen als verschiedene Antworten auf ein bestimmtes rechtliches oder gesellschaftliches Problem betrachtet werden und die Analyse einer Rechtsfigur deshalb an dem dahinterstehenden rechtspolitischen Ziel ausgerichtet wird⁴⁴⁶.

Für eine von konkreten kollisionsrechtlichen Vorgaben losgelöste Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen bleibt damit zum einen eine funktional rechtsvergleichende Qualifikation, die die materiellrechtliche Konzeption in ausgewählten europäischen und außereuropäischen Rechtsordnungen mit Blick auf die jeweils damit verfolgte Funktion und mögliche Gemeinsamkeiten analysiert. Eine rechtsvergleichende Analyse der nationalen materiellrechtlichen Lösungen gewinnt noch an Bedeutung, wenn sie, wie hier, als Grundlage für die Ausbildung einer konventionsrechtlichen Kollisionsnorm dienen soll. Sie bringt in Erfahrung, welche unterschiedlichen materiellrechtlichen Lösungen sich im Anknüpfungsgegenstand der Kollisionsnorm widerspiegeln müssen und welche materiellrechtlichen Unterschiede es durch eine einheitliche Kollisionsnorm zu koordinieren gilt⁴⁴⁷. So wird der Kollisionsnormgeber den Inhalt der Kollisionsnorm daran ausrichten, wie die zugrundeliegende Rechtsfrage in den verschiedenen Rechtsordnungen rechtlich eingeordnet wird, und auch die Konsequenzen berücksichtigen, die sich aus der jeweiligen Qualifikation für das zur Anwendung

zur rechtsvergleichenden Auslegung im internationalen Einheitsrecht) und S. 255 (zur Rolle des materiellen Rechts für das staatsvertragliche IPR, insbesondere bei einer vorbereitenden Rechtsvergleichung zur Schaffung von IPR-Konventionen).

446 *Batiffol*, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, S. 43.

447 *Kropholler*, *Internationales Einheitsrecht*, 1975, S. 255: „[...] nur eine genaue Kenntnis der Funktion der materiellen Rechtsnormen erlaubt ihre reibungslose Koordination durch geeignete Kollisionsnormen, und nur nach einer Umschau in den materiellen Rechtsordnungen werden die voraussichtlichen Auswirkungen der Verweisungsregeln auf das materielle Ergebnis sichtbar.“.

bestimmte Sachrecht und den Ausschluss der übrigen Sachrechte ergeben⁴⁴⁸. Davon ausgehend ist dann der Anknüpfungsgegenstand für eine mögliche konventionsrechtliche Kollisionsnorm durch eine vorzugsweise autonome Begriffsbildung zu bestimmen, die sich entweder über die Verwendung eines rechtsvergleichend gewonnenen Funktionsbegriffes oder, falls die Kollisionsnorm in eine internationale Konvention mit eigenen materiellrechtlichen Regelungen Eingang finden soll, auch durch die Verwendung der entsprechenden sachnormbezogenen Tatbestandsmerkmale erreichen lässt⁴⁴⁹. Eine ausschließlich durch Rechtsvergleichung gewonnene international autonome Qualifikation scheitert zwar bereits daran, dass sich eine umfassende rechtsvergleichende Analyse der materiellrechtlichen Ausgestaltung in den einzelnen Rechtsordnungen hier nicht und auch allgemein kaum bewältigen lässt⁴⁵⁰. Zudem lässt sich eine Qualifikation nicht ausschließlich auf einer rechtsvergleichenden Grundlage ohne jegliche Ausrichtung auf eine bestimmte rechtliche Bezugsordnung durchführen, weil auch die kollisionsrechtliche Zuordnung einer Rechtsfrage letzt-

448 *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 116, wonach sich durch eine vernünftige Qualifikation unbrauchbare Ergebnisse vermeiden lassen, die nachträglich durch Anpassung oder die Vorbehaltsklausel des *ordre public* korrigiert werden müssten, und S. 129, wonach eine am Sinn und Zweck der Kollisionsnorm und der materiellen Rechtseinrichtung orientierte teleologische Qualifikation auch die Rechtsfolge der Qualifikation, nämlich die Anwendung einer bestimmten statt anderer Rechtsordnungen berücksichtigt und so ein angemessenes Ergebnis im Sinne internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit zu erzielen sucht.

449 Vgl. *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 126f. (zur Verwendung eines rechtsvergleichend gewonnen Funktionsbegriffes) und 120f. (zur Verwendung sachnormbezogener Tatbestandsmerkmale).

450 *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 1975, S. 257, der zwar betont, dass die Auswahl der Rechtsordnungen, die vergleichend herangezogen werden, von der erstrebten räumlichen Reichweite des Einheitsrechts abhängig sei, aber auch darauf hinweist, dass eine über den regionalen Raum hinausreichende Vergleichung angezeigt sei, wenn das regionale Einheitsrecht nicht nur für regionale, sondern schlechthin für alle internationalen Sachverhalte gelten wolle. Dieser Gedanke lässt sich auf die Auswahl der Rechtsordnungen, deren materiellrechtliche Lösungen als Grundlage für eine funktional rechtsvergleichende Qualifikation auf der Suche nach der passenden konventionsrechtlichen Kollisionsnorm dienen sollen, übertragen, insbesondere wenn die Kollisionsnorm nicht nur auf das Sachrecht eines Vertragsstaates, sondern auch auf das Sachrecht eines Drittstaates verweisen soll; *Sonnenberger*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 497; *Mayer/ Heuzé*, Droit international privé, 10.Aufl.(2010), S. 126 (Rn. 161).

lich auf normativen Wertungen beruht und gerade in Zweifelsfällen einen Rückgriff auf diese Wertungen, die entweder durch eine nationale Rechtsordnung, oder unionsrechtlich oder konventionsrechtlich vorgegeben sein können und die auch die jeweilige materiellrechtliche Lösung der zu qualifizierenden Rechtsfrage mitbestimmen, erfordert⁴⁵¹. Die Identifizierung der wesentlichen Merkmale der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, die sich aus der Abstraktion von der jeweiligen besonderen nationalen Ausgestaltung gewinnen lassen, bildet aber gleichwohl eine wichtige Grundlage für eine international autonome Qualifikation⁴⁵². Dabei ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass trotz der Ähnlichkeit des Ausgangsproblems, auf das die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zu reagieren sucht, ihre Konzeption und Ausgestaltung auch gerade durch die unterschiedlichen Zielsetzungen und Privilegierungen geprägt wird, die die nationalen

451 Vgl. *Batiffol*, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, S. 38-40 : « Si on veut bâtir un droit international privé indépendant de tout droit privé interne, on aura un ensemble de règles abstraites qui ne s'inspireront d'aucune conception humaine déterminée; il s'agirait de règles combinatoires, indifférentes au contenu des systèmes à combiner. Une pareille notion est-elle viable, alors que toute l'expérience acquise montre que les règles de conflits impliquent une conception du droit privé? [...] On peut esquisser des catégories en fonction du droit comparé qui tiennent compte de la variété des institutions, mais si une même institution est conçue différemment dans deux systèmes, de sorte que la solution de conflit soit différente, il paraît difficile de choisir sans une conception internationale du droit civil qui n'existe pas. Les seules considérations d'utilité et de bonne entente internationale ne paraissent pas suffire. » (S. 40); *Audit/ d'Avout*, *Droit international privé*, 6. Aufl. (2010), S. 191 (Rn. 208). Dagegen ging *Rabel*, *RabelsZ* 5 (1931), 241, 267f. davon aus, dass durch eine allgemein brauchbare Rechtsvergleichung schließlich auch eine Einheitlichkeit der Qualifikation unabhängig davon, in welchem nationalen Rechtssystem sie erfolge, zu erreichen sei.

452 Vgl. schon *Rabel*, *RabelsZ* 5 (1931), 241, 256f.: „[...] kann also der maßgebliche Begriff [der Anknüpfungsgegenstand] nur durch Abstraktion gewonnen werden. [...] Immer wieder wird jedoch die zu vollziehende Abstraktion nach der Methode rechtsvergleichender Wissenschaft stichhaltig sein müssen. [...] Der Tatbestand der Kollisionsnorm bezieht sich nicht auf eine Erscheinung der *lex fori*, der dann Erscheinungen fremder Rechtsordnungen gleichzustellen sind, sondern von vornherein auf das Gemeinsame dieser Rechtserscheinungen.“ und 267f.: „Die wissenschaftliche Rechtsvergleichung stellt die Verwandtschaft der Rechtseinrichtungen fest, die ein *tertium comparationis* liefern und eine Kollisionsnorm tragen können, aber auch die Verschiedenheiten. Sie können so bedeutend sein, daß eine sinnvolle Norm nicht mehr von ihnen abstrahieren darf“.

Rechtsordnungen vornehmen und die die jeweilige materiellrechtliche Antwort beeinflussen.

Zum anderen sind, weil auch eine internationale Kollisionsnorm darauf zielt, die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen derjenigen Rechtsordnung räumlich-normativ zuzuordnen, die die engste Beziehung hierzu aufweist, die mit der Zuordnung dieser Rechtsfrage verbundenen kollisionsrechtlichen Interessen zu berücksichtigen und mit den kollisionsrechtlichen Wertungen der beiden grundsätzlich in Betracht kommenden Kollisionsnormen, der immaterialgüterrechtlichen und der deliktsrechtlichen, zu vergleichen. In dieser Hinsicht lassen sich die nachfolgenden Punkte auch für eine internationale Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen auf der Suche nach einer ihr angemessenen eigenständigen Kollisionsnorm auf internationaler Ebene heranziehen. Schließlich spielen die Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie, der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft und der Durchsetzungsrichtlinie auch für die internationale Qualifikation insoweit eine wichtige Rolle, als sie zu einheitlichen Maßstäben in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union führen und ihnen dadurch für die Suche nach internationalen Übereinstimmungen mehr Gewicht und Vereinheitlichungspotential zukommt als einzelnen nationalen Lösungswegen.

II. Eigene unionsrechtliche Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen?

Bevor auf die Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in den Rechtsordnungen ausgewählter EU-Mitgliedstaaten und die Suche nach sich daraus ergebenden Gemeinsamkeiten als Grundlage für eine unionsrechtlich autonome Qualifikation eingegangen wird (III), ist zunächst die Frage nach einer eigenen unionsrechtlichen Konzeption zu stellen. Für eine eigene unionsrechtliche Qualifikation sind die Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie, der Informationsgesellschaftsrichtlinie⁴⁵³ und der Durchsetzungsrichtlinie daraufhin zu

453 Richtlinie 2001/29/EG vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Informationsgesellschaftsrichtlinie), ABLEG L 167/10 vom 22.6.2001.

untersuchen, ob ihnen, über die von ihnen getroffenen und an die Mitgliedstaaten gerichteten punktuellen Vorgaben hinaus, auch eine eigene Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen oder zumindest erste Ansätze hierzu zugrundeliegen.

1. Horizontale Haftungsprivilegierung bestimmter Tätigkeiten durch die E-Commerce Richtlinie

Für die Beantwortung der Frage, ob sich der E-Commerce-Richtlinie Hinweise auf eine eigene unionsrechtliche Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen entnehmen lassen, ist zunächst ausgehend von ihren konkreten, an die Mitgliedstaaten gerichteten Vorgaben nach verallgemeinerungsfähigen Aussagen zu suchen, die eine eigene unionsrechtliche Konzeption prägen könnten. Die Frage einer eigenen über die konkreten Vorgaben hinausgehenden unionsrechtlichen Konzeption ist aber auch am Regelungsansatz und an den Regelungszielen der E-Commerce-Richtlinie zu messen, die gegen eine eigene, der E-Commerce-Richtlinie zugrundeliegende Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zu sprechen scheinen.

a) für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen relevante Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie

Die E-Commerce-Richtlinie privilegiert bestimmte, in den Art. 12-14 näher beschriebene Tätigkeiten von Diensteanbietern, deren Rolle in einer reinen Vermittlungstätigkeit besteht und die die von der E-Commerce-Richtlinie formulierten Voraussetzungen für eine Haftungsfreistellung erfüllen. Die Haftungsprivilegierungen greifen auch für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen ein. Zu diesen Tätigkeiten gehört die sog. reine Durchleitung nach Art. 12, die sich darauf beschränkt, von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln oder Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu vermitteln, einschließlich der automatischen kurzzeitigen Zwischenspeicherung zu Übermittlungszwecken, das sog. Caching nach Art. 13, das sich auf die zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung zu dem alleinigen Zweck, die Übermittlung der von einem Nutzer eingegebenen

Information an andere Nutzer auf deren Anfrage effizienter zu gestalten, beschränkt, sowie das sog. Hosting nach Art. 14, das sich auf die Speicherung von durch Nutzern eingegebenen Informationen in deren Auftrag beschränkt⁴⁵⁴. Die Art. 12-14 bestimmen zugleich die Voraussetzungen für die von ihnen angeordnete Haftungsprivilegierung. Die Haftungsprivilegierung des Art. 12 setzt voraus, dass der Diensteanbieter die Übermittlung nicht veranlasst, den Adressaten der übermittelten Informationen nicht auswählt und die übermittelten Informationen nicht auswählt oder verändert. Die Haftungsprivilegierung des Art. 13 setzt voraus, dass der Diensteanbieter die Information nicht verändert, die Bedingungen für den Zugang zu der Information und die Regeln für die Aktualisierung der Information beachtet, die erlaubte Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Information nicht beeinträchtigt und zügig handelt, um eine von ihm gespeicherte Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald er tatsächliche Kenntnis davon erhält, dass die Information am ursprünglichen Ausgangsort der Übertragung aus dem Netz entfernt oder der Zugang zu ihr gesperrt wurde oder ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperrung angeordnet hat. Die Haftungsprivilegierung des Art. 14 setzt voraus, dass der Diensteanbieter keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat und sich, in Bezug auf Schadensersatzansprüche, auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird⁴⁵⁵, oder, sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt hat, unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu

454 Als Hostingdienst i.S.v. Art. 14 ECRL können prinzipiell auch ein Online-Marktplatz sowie ein soziales Netzwerk charakterisiert werden, vgl. EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 123 und EuGH, Urteil vom 16.2.2012, Rs. C-360/10 – *SABAM gegen Netlog* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Rn. 27.

455 Mit Kenntnis bzw. Offensichtlichkeit werden nach EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 121f. alle Fälle erfasst, in denen sich der betreffende Anbieter in der einen oder anderen Weise solcher Tatsachen oder Umstände bewusst ist, sei es, dass er aufgrund einer aus eigenem Antrieb vorgenommenen Prüfung feststellt, dass eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information vorliegt, sei es, dass ihm das Vorliegen einer solchen Tätigkeit oder einer solchen Information angezeigt wird und ihm so zumindest ein Anhaltspunkt für die Tatsachen oder Umstände gegeben wird, auf deren Grundlage sich die Rechtswidrigkeit feststellen lassen kann.

sperren, und der Nutzer ihm nicht untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird. Die Möglichkeit von gerichtlichen oder behördlichen Unterlassungsanordnungen bleibt nach Art. 12 III, Art. 13 II und Art. 14 III dabei jeweils unberührt. Art. 15 I stellt klar, dass die Mitgliedstaaten den Anbietern keine allgemeine Verpflichtung auferlegen sollen, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.

Die zur Beschreibung der einzelnen privilegierten Tätigkeiten und der Voraussetzungen für eine Haftungsfreistellung verwendeten Kriterien lassen sich zu einer allgemeineren, hinter den konkreten Vorgaben an die Mitgliedstaaten stehenden Aussage zusammenfassen. Tätigkeiten, die sich auf den technischen Vorgang beschränken, von Dritten zur Verfügung gestellte Informationen zu übermitteln oder in deren Auftrag zu speichern und anderen Nutzern den Abruf dieser Informationen zu erlauben⁴⁵⁶, sollen unter bestimmten Voraussetzungen von einer Haftung ausgenommen werden. Dazu zählt, dass dem Anbieter dieser Dienste eine rein passive Rolle ohne Kontrolle über und Einfluss auf den Inhalt der eingestellten Informationen zukommt, er keine Kenntnis von dem Inhalt der eingestellten Informationen hat und bei Kenntnis von dem rechtsverletzenden Inhalt einer Information oder auf gerichtliche oder behördliche Aufforderung unverzüglich tätig wird und die gespeicherte Information entfernt bzw. den Zugang zu ihr sperrt⁴⁵⁷. Daraus lässt sich zwar die Erkenntnis gewinnen, dass die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie zum einen auf der Natur der angebotenen Dienste und zum anderen auf der passiven

456 Vgl. die gegenüber Art. 12 und 13 verallgemeinernde Beschreibung der privilegierten Tätigkeiten in Erwägungsgrund 42, die allerdings noch auf den in Art. 14 geregelten Fall der Speicherung einer Information im Auftrag eines Nutzers, die sich nicht in einer kurzfristigen Speicherung zu reinen Übermittlungszwecken erübrigt, erweitert werden muss.

457 Vgl. Erwägungsgründe 42-46. Der EuGH hat das aus Erwägungsgrund 42 abgeleitete Erfordernis der Neutralität des Diensteanbieters auch auf die Fälle des Hosting im Sinne des Art. 14 angewendet, Urteil vom 23.3.2010, Rs.C-236/08 bis C-238/08 – *Google France*, Slg. 2010 I-2417, Rn. 112-114, während Generalanwalt Jääskinen die Anforderungen des Erwägungsgrundes 42 nur auf die Fälle der Art. 12 und 13 bezieht und für eine Haftungsprivilegierung nach Art. 14 allein den Maßstab des Erwägungsgrundes 46 verwendet, siehe Schlussanträge des Generalanwalts vom 9.12.2010 zu Rs. C-324/09, Rn. 140-142. Der EuGH hält allerdings am Erfordernis der Neutralität für die Bejahung einer Vermittlereigenschaft im Sinne des Art. 14 fest, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 112f.

und neutralen Rolle und der mangelnden Kenntnis der Diensteanbieter beruhen⁴⁵⁸. Eine eigene Konzeption der zugrundeliegenden Haftung der Diensteanbieter für die von Dritten bei der Benutzung der von ihnen angebotenen Dienste begangenen Rechtsverletzungen lässt sich daraus aber noch nicht gewinnen. Die E-Commerce-Richtlinie beschränkt sich darauf, die Kriterien für eine Haftungsfreistellung vorzugeben, stellt aber im übrigen keine Anforderungen oder Anhaltspunkte für die Rechtsnatur und konkrete Ausgestaltung der Haftung auf, die sich nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten richtet⁴⁵⁹. Auch die Beurteilung der passiven Rolle der Diensteanbieter bleibt den Mitgliedstaaten vorbehalten, die dabei jedoch die vom EuGH vorgegebenen Auslegungskriterien zu berücksichtigen haben⁴⁶⁰.

458 Vgl. EuGH, Urteil vom 23.3.2010, Rs.C-236/08 bis C-238/08 – *Google France*, Slg. 2010 I-2417, Rn. 112-114. Generalanwalt Poiares Maduro sieht in seinen Schlussanträgen vom 22.9.2009 zu Rs.C-236/08 bis C-238/08, Rn. 143 in Art. 15 nicht nur ein Verbot allgemeiner und proaktiver Überwachungspflichten, sondern auch einen Ausdruck des Grundsatzes, dass Diensteanbieter, die eine Haftungsfreistellung in Anspruch nehmen möchten, im Hinblick auf die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen Neutralität wahren sollten.

459 Vgl. EuGH, Urteil vom 23.3.2010, Rs.C-236/08 bis C-238/08 – *Google France*, Slg. 2010 I-2417, Rn. 107 und EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 107. Wiebe, WRP 2012, 1182, 1186, der betont, dass sich aus den Haftungsbeschränkungstatbeständen der E-Commerce-Richtlinie auch nicht der Rückschluss ziehen lässt, dass eine Verantwortlichkeit nicht schon dann zu bejahen sei, wenn deren Voraussetzungen nicht erfüllt seien und der Diensteanbieter eine aktive Rolle einnehme; vielmehr entfällt dann lediglich die von der Richtlinie vorgegebene Haftungsprivilegierung, die Haftung bleibt aber noch nach den Voraussetzungen des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten zu begründen.

460 EuGH, Urteil vom 23.3.2010, Rs.C-236/08 bis C-238/08 – *Google France*, Slg. 2010 I-2417, Rn. 114-119 und EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 112-117. So genügt für die Verneinung der passiven Rolle eines Referenzierungsdienstes wie Google AdWords nicht der bloße Umstand, dass der Referenzierungsdienst entgeltlich ist, dass die Vergütungsmodalitäten von Google festgelegt werden und dass Google seinen Kunden Auskünfte allgemeiner Art erteilt, und die Übereinstimmung zwischen dem ausgewählten Schlüsselwort und dem von dem Internetnutzer eingegebenen Suchbegriff genügt nicht für die Annahme, dass Google die Daten kennt oder kontrolliert, die von den Werbenden in sein System eingegeben und auf seinem Server gespeichert werden. Für die Beurteilung der neutralen und passiven Rolle ist dagegen von Bedeutung, welche Rolle Google bei der Abfassung der den Werbelink begleitenden Werbebotschaft oder bei der Festlegung oder der Aus-

b) horizontaler und tätigkeitsbezogener Regelungsansatz der E-Commerce-Richtlinie

Gegen eine eigene der E-Commerce-Richtlinie zugrundeliegende Konzeption der Haftung von Diensteanbietern spricht, dass die von ihr angeordneten Haftungsprivilegierungen horizontal und unabhängig von der Art der Haftung eingreifen und die E-Commerce-Richtlinie stattdessen einem tätigkeitsbezogenen Regelungsansatz folgt. Die E-Commerce-Richtlinie knüpft an bestimmte, in Art. 12-14 definierte Tätigkeiten und nicht an einen bestimmten Haftungsgrund an und sieht zwar Kriterien für die Freistellung von der Haftung für übermittelte oder gespeicherte Inhalte Dritter, nicht aber auch Anhaltspunkte für die zugrundeliegende Haftung vor. Die Haftungsprivilegierungen beanspruchen unabhängig von der Art der Verantwortlichkeit und neben der zivilrechtlichen auch für die strafrechtliche Verantwortlichkeit Geltung. Die nach Art. 12-14 privilegierten Tätigkeiten sind nicht nur von der Haftung für Immaterialgüterrechtsverletzungen, sondern auch etwa von der Haftung für Verstöße gegen lauterkeitsrechtliche Vorschriften, gegen den Jugendschutz oder gegen Persönlichkeitsrechte befreit, ohne dass es auf die Rechtsnatur der jeweils in Betracht kommenden Haftung ankäme. Die E-Commerce-Richtlinie differenziert deshalb auch nicht zwischen einer Haftung für unmittelbare und mittelbar begangene Rechtsverletzungen. Für die Frage einer eigenen unionsrechtlichen Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen folgt daraus, dass die E-Commerce-Richtlinie weder alle eine Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen auslösenden Tätigkeiten erfasst noch sich auf die Problematik der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen be-

wahl der Schlüsselwörter gespielt hat. Entsprechend genügt für die Verneinung der passiven Rolle des Betreibers eines Online-Marktplatzes wie eBay nicht der bloße Umstand, dass der Betreiber die Verkaufsangebote auf seinem Server speichert, die Modalitäten für seinen Dienst festlegt, für diesen eine Vergütung erhält und seinen Kunden Auskünfte allgemeiner Art erteilt. Hat dieser Betreiber hingegen geholfen, die Präsentation der betreffenden Verkaufsangebote zu optimieren oder diese Angebote zu bewerben, ist davon auszugehen, dass er zwischen dem als Verkäufer auftretenden Kunden und den potenziellen Käufern keine neutrale Stellung eingenommen, sondern eine aktive Rolle gespielt hat, die ihm eine Kenntnis der diese Angebote betreffenden Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte, so dass er sich hinsichtlich dieser Daten nicht auf die in Art. 14 genannte Ausnahme im Bereich der Verantwortlichkeit berufen kann.

schränkt. Auf einem eigenen Konzept der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen beruht sie nicht. Dadurch, dass sich die E-Commerce-Richtlinie auf die Regelung der Haftungsprivilegierungen beschränkt, ohne die zugrundeliegende Haftung anzusprechen, erlaubt sie nicht, eine Aussage zugunsten einer immaterialgüterrechtlichen oder allgemeineren deliktsrechtlichen Ausgestaltung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zu treffen. Dem Regelungsansatz der E-Commerce-Richtlinie lässt sich einzig die Wertung des Gemeinschaftsgesetzgebers entnehmen, dass es sich bei der Frage der Haftung von Diensteanbietern für Rechtsverletzungen, die bei der Nutzung ihrer Dienste begangen werden, nicht um eine immaterialgüterrechtsspezifische Frage handelt, die einer immaterialgüterrechtsspezifischen Lösung bedürfte, sondern um eine rechtsgebietübergreifende Frage, die einer horizontalen Regelung auf Gemeinschaftsebene zugänglich ist.

c) auf die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt
begrenzter Harmonisierungsansatz der E-Commerce-Richtlinie

Gegen eine eigene unionsrechtliche Konzeption der Haftung von Diensteanbietern spricht in diesem Zusammenhang weiter der begrenzte Harmonisierungsansatz der E-Commerce-Richtlinie. Ihr erklärtes Regelungsziel besteht nach Art. 1(1) darin, einen Beitrag zum einwandfreien Funktionieren des Binnenmarktes zu leisten, indem sie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellt. Mit Blick auf dieses Regelungsziel sorgt sie, soweit es für dessen Erreichung erforderlich ist, gemäß Art. 1(2) für eine Angleichung bestimmter für die Dienste der Informationsgesellschaft geltender innerstaatlicher Regelungen, darunter auch die die Verantwortlichkeit von Vermittlern betreffenden Regelungen⁴⁶¹. Die Reichweite der in einer Richtlinie enthaltenen Vorgaben ist grundsätzlich auf den von ihr abgesteckten An-

461 Vgl. Erwägungsgrund (3): Das Gemeinschaftsrecht und die charakteristischen Merkmale der gemeinschaftlichen Rechtsordnung sind ein wichtiges Instrument, damit die europäischen Bürger und Unternehmen uneingeschränkt und ohne Behinderung durch Grenzen Nutzen aus den Möglichkeiten des elektronischen Geschäftsverkehrs ziehen können. Diese Richtlinie zielt darauf ab, ein hohes Niveau der rechtlichen Integration in der Gemeinschaft sicherzustellen, um einen wirklichen Raum ohne Binnengrenzen für die Dienste der Informationsgesellschaft zu verwirklichen.

wendungsbereich begrenzt und lässt den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung jenseits der konkreten und im Grundsatz nur hinsichtlich ihres Ziels verbindlichen Vorgaben regelmäßiger Spielraum für die nähere Ausgestaltung und Einpassung in die nationale Rechtsordnung (vgl. Art. 249 III EGV⁴⁶² und das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EGV, die im Zeitpunkt des Erlasses der hier untersuchten Richtlinien maßgeblich waren). Die E-Commerce-Richtlinie beschränkt sich darüber hinaus aber ausdrücklich auf eine auf bestimmte Kernbereiche des elektronischen Geschäftsverkehrs reduzierte Harmonisierung⁴⁶³ und nimmt von einer umfassenden

Erwägungsgrund (4): Es ist wichtig zu gewährleisten, daß der elektronische Geschäftsverkehr die Chancen des Binnenmarktes voll nutzen kann und daß somit [...] ein hohes Niveau der gemeinschaftlichen Integration erzielt wird.

Erwägungsgrund (5): Die Weiterentwicklung der Dienste der Informationsgesellschaft in der Gemeinschaft wird durch eine Reihe von rechtlichen Hemmnissen für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes behindert, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs weniger attraktiv machen. Die Hemmnisse bestehen in Unterschieden der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, sowie in der Rechtsunsicherheit hinsichtlich der auf Dienste der Informationsgesellschaft jeweils anzuwendenden nationalen Regelungen. Solange die Rechtsvorschriften in den betreffenden Bereichen nicht koordiniert und angepaßt sind, können diese Hemmnisse gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften gerechtfertigt sein. Rechtsunsicherheit besteht im Hinblick darauf, in welchem Ausmaß die Mitgliedstaaten über Dienste aus einem anderen Mitgliedstaat Kontrolle ausüben dürfen.

Erwägungsgrund (6): In Anbetracht der Ziele der Gemeinschaft, der Artikel 43 [Niederlassungsfreiheit] und 49 [Dienstleistungsfreiheit] des Vertrages und des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts gilt es, die genannten Hemmnisse durch Koordinierung bestimmter innerstaatlicher Rechtsvorschriften und durch Klarstellung von Rechtsbegriffen auf Gemeinschaftsebene zu beseitigen, soweit dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist. Diese Richtlinie befaßt sich nur mit bestimmten Fragen, die Probleme für das Funktionieren des Binnenmarktes aufwerfen [...].

462 Jetzt Art. 288 III AEUV.

463 Vgl. neben Art. 1 (2): Diese Richtlinie sorgt, soweit dies für die Erreichung des in Absatz 1 genannten Ziels erforderlich ist, für eine Angleichung bestimmter für die Dienste der Informationsgesellschaft geltender innerstaatlicher Regelungen, die den Binnenmarkt, die Niederlassung der Diensteanbieter, kommerzielle Kommunikationen, elektronische Verträge, die Verantwortlichkeit von Vermittlern, Verhaltenskodizes, Systeme zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten, Klagemöglichkeiten sowie die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten betreffen.

auch Erwägungsgrund (6): [...] Diese Richtlinie befaßt sich nur mit bestimmten Fragen, die Probleme für das Funktionieren des Binnenmarktes aufwerfen, und

oder weitgehenden Harmonisierung für den koordinierten Bereich, an deren Stelle sie den Grundsatz des Herkunftslandprinzips in Art. 3 setzt, gerade Abstand. Ihr Anliegen ist es, für die für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Bereiche einen klaren rechtlichen Rahmen und dadurch Rechtssicherheit für die Diensteanbieter aber auch die Verbraucher und Nutzer der Dienste zu schaffen⁴⁶⁴. Hinsichtlich der Verantwortlichkeit von bestimmten Diensteanbietern, zu der nach Art. 1(2) die geltenden innerstaatlichen Regelungen punktuell angeglichen werden und die nach Art. 2 lit.h in den koordinierten Bereich fällt, sollen die in den Art. 12-14 vorgesehenen Haftungsprivilegierungen ein vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten, die eine einheitliche gemeinschaftsrechtliche Regelung erfordern, auf Gemeinschaftsebene gefundenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Interessen vorgeben⁴⁶⁵. In diesem Zusammenhang beschränkt

wird damit in jeder Hinsicht dem Subsidiaritätsprinzip gemäß Artikel 5 des Vertrages gerecht.

Erwägungsgrund (10): Gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind in dieser Richtlinie nur diejenigen Maßnahmen vorgesehen, die zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes unerlässlich sind. [...].

Erwägungsgrund (21): Eine künftige Harmonisierung auf dem Gebiet der Dienste der Informationsgesellschaft und künftige Rechtsvorschriften, die auf einzelstaatlicher Ebene in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht erlassen werden, bleiben vom Geltungsbereich des koordinierten Bereichs unberührt. [...].

- 464 Vgl. Erwägungsgrund (7): Um Rechtssicherheit zu erreichen und das Vertrauen der Verbraucher zu gewinnen, muß diese Richtlinie einen klaren allgemeinen Rahmen für den Binnenmarkt bezüglich bestimmter rechtlicher Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs festlegen.

Erwägungsgrund (10): [...] Damit der Binnenmarkt wirklich zu einem Raum ohne Binnengrenzen für den elektronischen Geschäftsverkehr wird, muß diese Richtlinie in den Bereichen, in denen ein Handeln auf Gemeinschaftsebene geboten ist, ein hohes Schutzniveau für die dem Allgemeininteresse dienenden Ziele, insbesondere für den Jugendschutz, den Schutz der Menschenwürde, den Verbraucherschutz und den Schutz der öffentlichen Gesundheit, gewährleisten. [...].

- 465 Vgl. Erwägungsgrund (40): Bestehende und sich entwickelnde Unterschiede in den Rechtsvorschriften und der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Verantwortlichkeit von Diensteanbietern, die als Vermittler handeln, behindern das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes, indem sie insbesondere die Entwicklung grenzüberschreitender Dienste erschweren und Wettbewerbsverzerrungen verursachen. Die Diensteanbieter sind unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, tätig zu werden, um rechtswidrige Tätigkeiten zu verhindern oder abzustellen. Die Bestimmungen dieser Richtlinie sollten eine geeignete Grundlage für die Entwicklung rasch und zuverlässig wirkender Verfahren zur

sich die Richtlinie aber auf die Festlegung von Ausnahmen von der Verantwortlichkeit und deren Voraussetzungen⁴⁶⁶ und lässt im übrigen so-

Entfernung unerlaubter Informationen und zur Sperrung des Zugangs zu ihnen bilden. [...].

Erwägungsgrund (41): Diese Richtlinie schafft ein Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Interessen und legt die Grundsätze fest, auf denen Übereinkommen und Standards in dieser Branche basieren können.

- 466 Vgl. Erwägungsgrund (42): Die in dieser Richtlinie hinsichtlich der Verantwortlichkeit festgelegten Ausnahmen decken nur Fälle ab, in denen die Tätigkeit des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft auf den technischen Vorgang beschränkt ist, ein Kommunikationsnetz zu betreiben und den Zugang zu diesem zu vermitteln, über das von Dritten zur Verfügung gestellte Informationen übermittelt oder zum alleinigen Zweck vorübergehend gespeichert werden, die Übermittlung effizienter zu gestalten. Diese Tätigkeit ist rein technischer, automatischer und passiver Art, was bedeutet, daß der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.

Erwägungsgrund (43): Ein Diensteanbieter kann die Ausnahmeregelungen für die „reine Durchleitung“ und „Caching“ in Anspruch nehmen, wenn er in keiner Weise mit der übermittelten Information in Verbindung steht. Dies bedeutet unter anderem, daß er die von ihm übermittelte Information nicht verändert. Unter diese Anforderung fallen nicht Eingriffe technischer Art im Verlauf der Übermittlung, da sie die Integrität der übermittelten Informationen nicht verändern.

Erwägungsgrund (44): Ein Diensteanbieter, der absichtlich mit einem der Nutzer seines Dienstes zusammenarbeitet, um rechtswidrige Handlungen zu begehen, leistet mehr als „reine Durchleitung“ und „Caching“ und kann daher den hierfür festgelegten Haftungsausschluß nicht in Anspruch nehmen.

Erwägungsgrund (46): Um eine Beschränkung der Verantwortlichkeit in Anspruch nehmen zu können, muß der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von Information besteht, unverzüglich tätig werden, sobald ihm rechtswidrige Tätigkeiten bekannt oder bewußt werden, um die betreffende Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Im Zusammenhang mit der Entfernung oder der Sperrung des Zugangs hat er den Grundsatz der freien Meinungsäußerung und die hierzu auf einzelstaatlicher Ebene festgelegten Verfahren zu beachten. Diese Richtlinie lässt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, spezifische Anforderungen vorzuschreiben, die vor der Entfernung von Informationen oder der Sperrung des Zugangs unverzüglich zu erfüllen sind.

Erwägungsgrund (48): Diese Richtlinie lässt die Möglichkeit unberührt, dass die Mitgliedstaaten von Diensteanbietern, die von Nutzern ihres Dienstes bereitgestellte Informationen speichern, verlangen, die nach vernünftigem Ermessen von ihnen zu erwartende und in innerstaatlichen Rechtsvorschriften niedergelegte Sorgfaltspflicht anzuwenden, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern.

wohl die Möglichkeit gerichtlicher oder behördlicher Anordnungen⁴⁶⁷ als auch die Auferlegung von Überwachungspflichten in spezifischen Fällen⁴⁶⁸ unberührt. Die Ausgestaltung des Haftungsgrundes und der haftungsbegründenden Voraussetzungen, die für eine eigene unionsrechtliche Konzeption der Verantwortlichkeit von Vermittlern gleichwohl von entscheidender Bedeutung wären, werden dagegen, obwohl sie nach Art. 2 lit.h in den koordinierten Bereich fallen, von den rechtsangleichenden Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie nicht berührt. Sie bleiben damit, unter Berücksichtigung des Herkunftslandprinzips nach Art. 3, das jedoch gemäß Art. 3(3) in Verbindung mit dem Anhang für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen nicht zur Anwendung kommt (siehe oben B.III.2.b.bb), den innerstaatlichen Regelungen der Mitgliedstaaten überlassen. Der Verzicht auf eine Rechtsangleichung auch der verschiedenen in Betracht kommenden Haftungsgründe steht im Einklang mit der entschieden an der Dienstleistungsfreiheit orientierten Regelungsperspektive der E-Commerce-Richtlinie. Dadurch wird zwar die Vorgabe der Voraussetzungen für eine Haftungsfreistellung, nicht aber auch der Voraussetzungen für die zugrundeliegende Haftung, die typischerweise gerade nicht mehr auf dem Gedanken der Dienstleistungsfreiheit, sondern auf Gedanken des Rechtsgüterschutzes und der Verhaltenssteuerung basiert, bedingt⁴⁶⁹. Vor diesem Hintergrund der Dienstleistungs-

467 Erwägungsgrund (45): Die in dieser Richtlinie festgelegten Beschränkungen der Verantwortlichkeit von Vermittlern lassen die Möglichkeit von Anordnungen unterschiedlicher Art unberührt. Diese können insbesondere in gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen bestehen, die die Abstellung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung verlangen, einschließlich der Entfernung rechtswidriger Informationen oder der Sperrung des Zugangs zu ihnen.

468 Erwägungsgrund (47): Die Mitgliedstaaten sind nur daran gehindert, den Diensteanbietern Überwachungspflichten aufzuerlegen, wenn diese allgemeiner Art sind. Dies betrifft nicht Überwachungspflichten in spezifischen Fällen und berührt insbesondere nicht Anordnungen, die von einzelstaatlichen Behörden nach innerstaatlichem Recht getroffen werden.

469 Vgl. Erwägungsgrund (8): Ziel dieser Richtlinie ist es, einen rechtlichen Rahmen zur Sicherstellung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten zu schaffen, nicht aber, den Bereich des Strafrechts als solchen zu harmonisieren.

Allerdings verzichtet die E-Commerce-Richtlinie nicht nur auf eine Harmonisierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als solcher, sondern auch der verschiedenen in Betracht kommenden Formen zivilrechtlicher Verantwortlichkeit als solcher.

freiheit kann auch der in den Haftungsprivilegierungen zum Ausdruck kommende Interessensausgleich (vgl. Erwägungsgrund 41) keine Geltung über die Haftungsprivilegierungen hinaus auch für die Ausgestaltung der verschiedenen in Betracht kommenden delikts- und sonderdeliktsrechtlichen zivil- und strafrechtlichen Haftungsbegründungstatbestände beanspruchen⁴⁷⁰.

Dieser auf die Vorgabe der Haftungsbeschränkungen und deren Voraussetzungen beschränkte Harmonisierungsansatz der E-Commerce-Richtlinie, der den Mitgliedstaaten im übrigen Raum für die Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Vermittlern lässt, wird durch den Anwendungsbericht der Kommission bestätigt⁴⁷¹. Auch in den Materialien aus dem der E-

Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen zur Rechtssache C-324/09 Rn. 53: „[...] ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2000/31 ihren Erwägungsgründen zufolge die Förderung der Dienste der Informationsgesellschaft und die Förderung des elektronischen Geschäftsverkehrs bezweckt. Mit der in den Art. 12, 13 und 14 dieser Richtlinie vorgeschlagenen Beschränkung der Verantwortlichkeit soll die Erbringung der Dienste der Informationsgesellschaft ohne das Risiko der rechtlichen Haftung ermöglicht werden, das der Diensteanbieter nicht im Voraus ausschließen kann, ohne dass sein Geschäftsmodell wirtschaftlich und technisch undurchführbar wird. [...]“.

470 Vgl. Erwägungsgrund (25): Nationale Gerichte, einschließlich Zivilgerichte, die mit privatrechtlichen Streitigkeiten befaßt sind, können im Einklang mit den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen Maßnahmen ergreifen, die von der Freiheit der Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft abweichen.

471 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Erster Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), KOM (2003) 702 endgültig, S. 14-16:

„Die Artikel 12-14 enthalten genau definierte Begrenzungen der Verantwortlichkeit von Vermittlern, deren Dienste lediglich in der Durchleitung bzw. im Caching oder Hosting bestehen. Die Beschränkungen der Verantwortlichkeit in der Richtlinie beziehen sich auf bestimmte klar abgegrenzte Tätigkeiten von Vermittlern, nicht auf bestimmte Kategorien von Diensteanbietern oder bestimmte Arten von Information. Die Begrenzungen der Verantwortlichkeit sind horizontaler Natur, d.h. sie umfassen sowohl die zivil- als auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit für alle von Dritten ausgehenden rechtswidrigen Handlungen.

Die Richtlinie lässt sowohl die Verantwortlichkeit der Person, die an der Quelle des Inhalts ist, als auch diejenige von Vermittlern in den Fällen, die nicht durch die in der Richtlinie definierten Beschränkungen abgedeckt sind, unberührt. Ferner lässt die Richtlinie die Möglichkeiten nationaler Gerichte oder Verwaltungs-

Commerce-Richtlinie vorangegangenen Erlassverfahren finden sich keinerlei Anhaltspunkte für eine weitergehende Harmonisierungsambition im Sinne einer eigenen unionsrechtlichen Konzeption der Verantwortlichkeit von Vermittlern. Zwar wurden die Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments⁴⁷², die auf eine Ergänzung der Voraussetzungen und Grenzen für eine Haftungsbefreiung nach den Art. 12-15 zielten, in dem geänderten Richtlinienvorschlag der Kommission mit dem Argument nicht aufgegriffen, dass sie die Ausgewogenheit der Interessenberücksichtigung der ursprünglichen Vorlage beeinträchtigen würden⁴⁷³. Der von der Kom-

behörden unberührt, von einem Diensteanbieter zu verlangen, weitere Rechtsverletzungen zu unterlassen oder zu verhindern. Diese Fragen unterliegen nach wie vor dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten.

Die Beschränkungen der Verantwortlichkeit der Vermittler wurden als unerlässlich angesehen, sowohl um die Erbringung grundlegender Dienste zu sichern, die den kontinuierlichen freien Informationsfluss im Netz gewährleisten, als auch um einen Rahmen zu schaffen, der dem Internet und dem elektronischen Geschäftsverkehr Entwicklungsmöglichkeiten lässt. Unterschiedliche Ansätze in den Rechtsvorschriften und der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten ließen Behinderungen des freien Dienstleistungsverkehrs befürchten. Gleichwohl beschränkt sich die gemeinschaftliche Regelung auf das, was als unbedingt notwendig erachtet wurde, um derartige Behinderungen zu verhindern. Die Artikel 12 bis 14 gewährleisten –bei gleichzeitiger Harmonisierung–, dass die in diesen Artikeln genannten Vermittler unter den genannten Voraussetzungen nicht verantwortlich gemacht werden dürfen und dass die Mitgliedstaaten keine zusätzlichen Voraussetzungen aufstellen dürfen, die erfüllt sein müssen, bevor ein Vermittler von den Haftungsbeschränkungen profitieren kann. [...].“.

472 Legislative Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, erste Lesung, ABl. EG C 279/389 vom 1.10.1999, S. 399f., Änderungsvorschläge 45-49 und 53-54.

473 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM (1999) 427 endg. S. 8: „Dies [Sie würden die Ausgewogenheit der Interessenberücksichtigung beeinträchtigen, die in der ursprünglichen Vorlage in verschiedenen Fragen vorgesehen ist] gilt für Änderungsvorschläge, die sich auf die Verantwortlichkeit von Vermittlern beziehen (45 bis 49, 53 und 54), einen äußerst wichtigen und heiklen Bereich, bei dem im Zuge der Erarbeitung des ursprünglichen Vorschlags besondere Anstrengungen unternommen wurden, in enger Abstimmung mit den Beteiligten zu einer vernünftigen Kompromißlösung zu gelangen, die allen Interessen, die im Spiele sind, gerecht wird.“.

mission unternommene Versuch eines Ausgleichs der widerstreitenden Interessen erübrigt sich aber, wie gesehen, mit Blick auf die von der E-Commerce-Richtlinie angestrebte angemessene Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit in der Vorgabe verbindlicher Haftungsbefreiungen auf unionsrechtlicher Ebene ohne gleichzeitig auch die möglichen Haftungsbe gründungstatbestände zu vereinheitlichen und ohne auf einem unionsrechtlichen Begriff der Vermittlerverantwortlichkeit aufzubauen.

Im Ergebnis liegt der E-Commerce-Richtlinie damit weder eine eigene unionsrechtliche Konzeption der Haftung von Vermittlern, zu der auch die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zu zählen wäre, zugrunde, noch lassen sich aus ihr konkrete Anhaltspunkte für eine unionsrechtliche Konzeption der Ausgestaltung der Verantwortlichkeit der Vermittler gewinnen. Es bleibt bei den von ihr getroffenen punktuellen Vorgaben zur Beschränkung der Verantwortlichkeit der Vermittler und der Wertung, dass es sich hierbei um eine rechtsgebietübergreifende Problematik handelt. Auch das Ziel der E-Commerce-Richtlinie, zusammen mit den Vorschriften der parallel in Kraft tretenden Informationsgesellschaftsrichtlinie zur Frage der Haftung der Vermittler bei Verstößen gegen das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte auf Gemeinschaftsebene ein klares Regelwerk zu begründen (vgl. Erwägungsgrund (50) der E-Commerce-Richtlinie), ist vor diesem Hintergrund nicht als Hinweis auf eine eigene umfassende unionsrechtliche Konzeption der Verantwortlichkeit von Vermittlern und der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zu verstehen. Vielmehr werden die Vorgaben, die die E-Commerce-Richtlinie an die Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung der Haftung von Vermittlern formuliert, für die bei Benutzung ihrer Dienste begangenen Urheberrechtsverletzungen durch die Vorgaben der Informationsgesellschaftsrichtlinie ergänzt, die es im folgenden näher zu untersuchen gilt.

2. Vorgaben für die Verletzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch die Informationsgesellschaftsrichtlinie

Die Informationsgesellschaftsrichtlinie trifft in Art. 5 I sowie in Art. 8 III zwei weitere punktuelle Vorgaben, die für die Haftung für bei Vermittlungstätigkeiten begangene Verletzungen von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten neben die von der E-Commerce-Richtlinie gewährten Haftungsbefreiungen treten. Sie sind nicht nur bei der Ausgestal-

tung des Haftungsregimes durch die Mitgliedstaaten, sondern auch bei der Frage nach einer autonomen unionsrechtlichen Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zu berücksichtigen.

- a) für die Haftung für die Ermöglichung von
Immaterialgüterrechtsverletzungen relevante Vorgaben der
Informationsgesellschaftsrichtlinie

Handlungen, die die Verletzung eines Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts ermöglichen, fallen nicht unter die Tatbestände der von der Richtlinie harmonisierten Ausschließlichkeitsrechte. Erwägungsgrund (27) stellt klar, dass die bloße Bereitstellung der Einrichtungen, die eine Wiedergabe ermöglichen oder bewirken, selbst keine Wiedergabe im Sinne dieser Richtlinie darstellt. Damit fällt die Bereitstellung physischer technischer Mittel insbesondere nicht unter den weit gefassten Tatbestand des Rechts der öffentlichen Wiedergabe von Werken und des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände in Art. 3. Die Möglichkeit einer Haftung für die Ermöglichung einer Rechtsverletzung bleibt davon unberührt⁴⁷⁴.

Art. 5 I nimmt vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist, eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder eine rechtmäßige Nutzung eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstands zu ermöglichen und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung ha-

474 Walter in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2. Aufl. (2010), Article 3 Information Society Directive, Rn. 11.3.17, der auf die Parallele zu Art. 8 des WIPO-Urheberrechtsvertrags von 1996 hinweist und dabei zugleich darauf, dass es dabei nur um physische Einrichtungen wie Hardware und nicht auch um Software, wie sie bei *filesharing*- Systemen verwendet wird, ging. Diese Einschränkung wird auch im englischen Wortlaut des Erwägungsgrundes (27) deutlich, der von „physical facilities for enabling or making a communication“ spricht.

ben, von dem in Art. 2 vorgesehenen Vervielfältigungsrecht⁴⁷⁵ aus⁴⁷⁶. Mit der Anordnung einer Ausnahme für bestimmte urheberrechtsrelevante Handlungen reiht sich Art. 5 terminologisch und strukturell in die in den Mitgliedstaaten vorherrschende Konzeption des immaterialgüterrechtlichen Schutzes als Schutz von Ausschließlichkeitsrechten ein. Danach stellen die in Art. 5 I beschriebenen Handlungen keine Verletzung des in Art. 2 vorgesehenen ausschließlichen Vervielfältigungsrechts dar und begründen eine Einwendung gegenüber dem Vorwurf einer Verletzungshandlung⁴⁷⁷. Die Ausnahme des Art. 5 I bezieht sich allerdings ihrem aus-

475 Art. 2: Die Mitgliedstaaten sehen für folgende Personen das ausschließliche Recht vor, die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten:

- a) für die Urheber in Bezug auf ihre Werke,
- b) für die ausübenden Künstler in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Darbietungen,
- c) für die Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger,
- d) für die Hersteller der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen in Bezug auf das Original und die Vervielfältigungsstücke ihrer Filme,
- e) für die Sendeunternehmen in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Sendungen, unabhängig davon, ob diese Sendungen drahtgebunden oder drahtlos, über Kabel oder Satellit übertragen werden.

476 Vgl. hierzu auch Erwägungsgrund (33): Eine Ausnahme vom ausschließlichen Vervielfältigungsrecht sollte für bestimmte vorübergehende Vervielfältigungshandlungen gewährt werden, die flüchtige oder begleitende Vervielfältigungen sind, als integraler und wesentlicher Teil eines technischen Verfahrens erfolgen und ausschließlich dem Ziel dienen, entweder die effiziente Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder die rechtmäßige Nutzung eines Werks oder sonstiger Schutzgegenstände zu ermöglichen. Die betreffenden Vervielfältigungshandlungen sollten keinen eigenen wirtschaftlichen Wert besitzen. Soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, erfasst diese Ausnahme auch Handlungen, die das „Browsing“ sowie Handlungen des „Caching“ ermöglichen; dies schließt Handlungen ein, die das effiziente Funktionieren der Übertragungssysteme ermöglichen, sofern der Vermittler die Information nicht verändert und nicht die erlaubte Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Information, die von der gewerblichen Wirtschaft weithin anerkannt und verwendet werden, beeinträchtigt. Eine Nutzung sollte als rechtmäßig gelten, soweit sie vom Rechtsinhaber zugelassen bzw. nicht durch Gesetze beschränkt ist.

477 Von Lewinski in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2. Aufl. (2010), Article 5 Information Society Directive, Rn. 11.5.11; van Eechoud/ Hugenholtz et al. *Harmonizing European Copyright Law*, 2009, S. 110f., die auf die Bedeutung der Regelung für die Reichweite des gemeinschaftsrechtlich harmoni-

drücklichen Wortlaut zufolge nur auf das in Art. 2 vorgesehene Ausschließlichkeitsrecht und steht zusätzlich noch unter dem Vorbehalt des Art. 5 V; danach dürfen die in den Absätzen 1, 2, 3 und 4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden. Art. 5 V richtet sich als sog. Drei-Stufen-Test dabei primär an die nationalen Gesetzgeber, die bei der Umsetzung und Ausgestaltung der in Art. 5 vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen auf einen begrenzten Anwendungsbezug, der im Falle der Ausnahme nach Art. 5 I allerdings bereits detailliert vorgegeben zu sein scheint, und einen angemessenen Interessensausgleich achten sollen⁴⁷⁸. Die Ausnahme des Art. 5 I erfasst aufgrund ihrer Struktur weiter nur solche urheberrechtsrelevante Handlungen, die ohne die entsprechende Ausnahme eine primäre/ unmittelbare Verletzungshandlung begründen würden und gewährt somit auch nur einen Einwand gegen den Vorwurf einer primären/ unmittelbaren Rechtsverletzung. Eine darüber hinausgehende Wertung zugunsten einer umfassenden Haftungsbefreiung der die entsprechenden Handlungen vornehmenden Diensteanbieter auch für hierdurch ermöglichte Urheberrechtsverletzungen durch Dritte gibt Art. 5 I nicht vor. Sie wäre auch der Rechtsnatur und Regelungssystematik als Ausnahme von einem Ausschließlichkeitsrecht fremd. Die Frage der Haftung für die Ermöglichung einer Verletzung des Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte bleibt von Art. 5 I unberührt. Die von Art. 5 I erfassten Handlungen bestimmter Vermittlungsdienste werden allein aus der urheberrechtlichen Perspektive einer Ausnahme zu einer möglichen Verletzungshandlung des Vervielfältigungsrechts thematisiert und nicht mit Blick auf die allgemeinere Frage einer Haftung von Vermittlern für eigene und von Dritten begangene Rechtsverletzungen. Die Frage der Ermöglichung einer Urheberrechtsverletzung sowie die Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Urheberrechtsverletzung werden weder durch Art. 5 I, noch durch die übrigen Vorgaben der Richtlinie erfasst und

sierten Vervielfältigungsrechts hinweisen und die Regelung in Art. 5 im Zusammenhang mit den Beschränkungen kritisch sehen.

478 Von Lewinski in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2. Aufl. (2010), Article 5 Information Society Directive, Rn. 11.5.78 und 11.5.79.

bleiben somit außerhalb der Harmonisierung durch das Unionsrecht dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlassen⁴⁷⁹.

Die Frage der Haftung von Vermittlern für von Dritten begangene Verletzungen des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte wird in der Richtlinie nur punktuell in Art. 8 III thematisiert, demzufolge die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden. Die Vorgaben der Informationsgesellschaftsrichtlinie beschränken sich insoweit auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler, setzen damit allerdings zugleich eine Differenzierung zwischen dem (unmittelbaren) Verletzer, den die Sanktionen nach Art. 8 I und II treffen, und dem Vermittler voraus. Die Vorgabe der gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler durch Art. 8 III gilt nur für die Verletzung durch Dritte der durch die Richtlinie gewährten ausschließlichen Rechte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte und wird erst mit der Durchsetzungsrichtlinie auch auf die Verletzung anderer Immaterialgüterrechte erweitert. Art. 8 III bleibt allerdings für die in der Richtlinie gewährten Urheberrechte und verwandten Schutzrechte *lex specialis* (vgl. Art. 9 I a) letzter Halbsatz und Art. 11 S. 3 der Durchsetzungsrichtlinie). Durch diese Verweise in Art. 9 I a) und Art. 11 der Durchsetzungsrichtlinie auf die Informationsgesellschaftsrichtlinie wird deutlich, dass die in deren Art. 8 III vorgesehene Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler sowohl die in Art. 9 I a) der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehene Anordnung als einstweilige Maßnahme oder Sicherungsmaßnahme als auch die in Art. 11 der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehene gerichtliche Unterlassungsanordnung erfasst⁴⁸⁰.

Die Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung gegen einen Vermittler besteht unabhängig davon, ob die im Zusammenhang mit den von ihm angebotenen Diensten erfolgenden Handlungen unter die Ausnahme des Art. 5 I fallen oder ob sie sogar selbst eine eigene primäre Verletzungshandlung darstellen können. Ebenso besteht sie unabhängig davon, ob der

479 Walter in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2. Aufl. (2010), Article 8 Information Society Directive, Rn. 11.8.7 und Walter in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2. Aufl. (2010), Article 3 Information Society Directive, Rn. 11.3.17.

480 Vgl. auch Walter/ Goebel in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2. Aufl. (2010), Article 9 Enforcement Directive, Rn. 13.9.18.

Vermittler nach dem jeweiligen nationalen Recht aus anderen Gründen, wie die Teilnahme an einer primären Rechtsverletzung oder die Haftung für mittelbar begangene Immaterialgüterrechtsverletzungen, für die bei Benutzung der von ihm angebotenen Dienste begangenen Verletzungen verantwortlich ist⁴⁸¹. Art. 8 III enthält sich also jeder eigenen Wertung für die Verantwortlichkeit der Vermittler. Die gemeinschaftsrechtliche Reaktion auf die im übrigen von der Harmonisierungswirkung der Richtlinie ausgesparte Verantwortlichkeit von Vermittlern beschränkt sich auf die Vorgabe der Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler, während deren Ausgestaltung und Rechtsgrundlage den Mitgliedstaaten überlassen bleibt⁴⁸². Wichtige Schranken ergeben sich dabei allerdings aus den Grundrechten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die von den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen und innerhalb des vom EuGH vorgezeichneten Rahmens in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sind⁴⁸³. Eine gerichtliche Anordnung gegen Vermittler zum Schutz der Immaterialgüterrechte, der in Art. 17 II der Grundrechtscharta verankert ist, ist demnach mit dem Schutz der unternehmerischen Freiheit der Vermittler nach Art. 16 der Grundrechtscharta und mit den Rechten der Nutzer auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten sowie auf freien Empfang oder freie Sendung von Informationen nach Art. 8 und 11 der Grundrechtscharta in Ausgleich zu bringen.

481 Vgl. *Walter* in: *von Lewinski/ Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2. Aufl. (2010), Article 8 Information Society Directive, Rn. 11.8.18.

482 Erwägungsgrund (59) am Ende: „[...] Die Bedingungen und Modalitäten für eine derartige gerichtliche Anordnung sollten im nationalen Recht der Mitgliedstaaten geregelt werden.“

EuGH, Urteil vom 24.11.2011, Rs.C-70/10 – *Scarlet gegen SABAM*, Slg. 2011 I-11959, Rn. 30-32; *Walter* in: *von Lewinski/ Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2. Aufl. (2010), Article 8 Information Society Directive, Rn. 11.8.7 und 11.8.8.

483 EuGH, Urteil vom 24.11.2011, Rs.C-70/10 – *Scarlet gegen SABAM*, Slg. 2011 I-11959, Rn. 41-54; EuGH, Urteil vom 16.2.2012, Rs. C-360/10 – *SABAM gegen Netlog* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Rn. 39-51. Vgl. zu den sich aus den Grundrechten und insbesondere dem Datenschutzrecht ergebenden Grenzen für die Durchsetzung der Immaterialgüterrechte die ausführliche Analyse der EuGH-Rechtsprechung bei *Trstenjak*, GRUR Int 2012, 393.

b) Verhältnis zu den Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie

Mit der punktuellen Vorgabe der gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler folgt die Informationsgesellschaftsrichtlinie dem punktuellen Regellungsansatz der E-Commerce-Richtlinie zur Verantwortlichkeit von Vermittlern, die sich auf die Vorgabe von Haftungsbefreiungen und deren Voraussetzungen beschränkt. Beide treffen keine Vorgaben zur Rechtsgrundlage und näheren Ausgestaltung für eine Verantwortlichkeit von Vermittlern. Wie die Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler greifen auch die Haftungsbefreiungen der E-Commerce-Richtlinie unabhängig davon ein, ob die von ihr privilegierten Anbieter bestimmter Dienstleistungen nach dem jeweiligen nationalen Recht für eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung oder deren Ermöglichung verantwortlich gemacht werden können. Die in Art. 8 III der Informationsgesellschaftsrichtlinie vorgesehene Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler steht nicht im Widerspruch zu den Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie, da deren Art. 12 III, Art. 13 II und Art. 14 III sowie deren Erwägungsgrund (45) jeweils die Möglichkeit einer solchen Anordnung unberührt lassen. Erwägungsgrund (16) der Informationsgesellschaftsrichtlinie stellt seinerseits klar, dass die vorliegende Richtlinie nicht die Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie zu Fragen der Haftung berührt⁴⁸⁴. Auf die sich jeweils ergänzende Funktion der Informationsgesellschaftsrichtlinie und der E-Commerce-Richtlinie weist auch Erwägungsgrund (50) der E-Commerce-Richtlinie hin. Er betont die Wichtigkeit, dass beide Richtlinien innerhalb des gleichen Zeitrahmens in

484 Erwägungsgrund (16): Die Haftung für Handlungen im Netzwerk-Umfeld betrifft nicht nur das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte, sondern auch andere Bereiche wie Verleumdung, irreführende Werbung, oder Verletzung von Warenzeichen, und wird horizontal in der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) geregelt, die verschiedene rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, einschließlich des elektronischen Geschäftsverkehrs, präzisiert und harmonisiert. Die vorliegende Richtlinie sollte in einem ähnlichen Zeitrahmen wie die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr umgesetzt werden, da jene Richtlinie einen einheitlichen Rahmen für die Grundsätze und Vorschriften vorgibt, die auch für wichtige Teilbereiche der vorliegenden Richtlinie gelten. Die vorliegende Richtlinie berührt nicht die Bestimmungen der genannten Richtlinie zu Fragen der Haftung.

Kraft treten, so dass zur Frage der Haftung der Vermittler bei Verstößen gegen das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte auf Gemeinschaftsebene ein klares Regelwerk begründet wird. Dieser Gedanke scheint zwar zunächst für eine eigene und umfassendere unionsrechtliche Konzeption der Haftung der Vermittler zu sprechen, ist aber, angesichts der jeweiligen Vorgaben, letztlich nur als Hinweis auf das Zusammenspiel zwischen den punktuellen Vorgaben der beiden Richtlinien, die nur eine fragmentarische Regelung für die Haftung von Vermittlern bei Verstößen gegen das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vorsehen, zu verstehen⁴⁸⁵.

Die Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler nach Art. 8 III der Informationsgesellschaftsrichtlinie besteht also auch dann, wenn der Vermittler nicht nur nach Art. 5 I dieser Richtlinie von dem Vorwurf einer unmittelbaren Verletzung des Vervielfältigungsrechts ausgenommen, sondern auch dann, wenn er nach Art. 12-14 ECRL von der Haftung sowohl für eine unmittelbare als auch für eine mittelbar über die Nutzung der von ihm angebotenen Dienste begangene Verletzung des Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts befreit ist⁴⁸⁶. Im Gegenzug gehen die Haftungsbefreiungen der E-Commerce-Richtlinie für die bei Ausübung der von ihr privilegierten Tätigkeiten begangenen Verletzungen von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten über die in Art. 5 I der Informationsgesellschaftsrichtlinie vorgesehene Ausnahme hinaus. Sie gelten nicht nur hinsichtlich des Vervielfältigungsrechts, sondern auch hinsichtlich der übrigen Ausschließlichkeitsrechte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, erfassen auch das sog. Hosting und befreien die Vermittler nicht nur von der Haftung für unmittelbare sondern auch

485 Nur in dieser Hinsicht lässt sich mit *von Lewinski* in: *Walter/ von Lewinski* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2.Aufl. (2010), *Information Society Directive*, Rn. 11.0.30 von einem harmonisierten und sich gegenseitig ergänzenden Rahmen für die Haftung von Intermediären sprechen.

486 *Walter* in: *von Lewinski/ Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2.Aufl. (2010), *Article 8 Information Society Directive*, Rn. 11.8.7 und 11.8.9; vgl. auch Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society), SEC (2007) 1556, S. 9.

von der Haftung für mittelbar begangene Verletzungen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte⁴⁸⁷.

c) auf Bestimmung und Schutz der urheberrechtlichen
Ausschließlichkeitsrechte ausgerichtete Harmonisierungswirkung

Regelungsziel der Informationsgesellschaftsrichtlinie ist die Anpassung der dem Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte gewährten Ausschließlichkeitsrechte an die Besonderheiten und Herausforderungen der Informationsgesellschaft und zugleich die Umsetzung des WIPO-Urheberrechtsvertrags und des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger von 1996⁴⁸⁸. Die Harmonisierung erfolgte zum einen aus der Perspektive des Binnenmarktes und beschränkt sich demnach auf die zur Verwirklichung des Binnenmarkts notwendige Angleichung derjenigen Vorschriften, die zu wesentlichen rechtlichen Unterschieden zwischen den Mit-

487 Walter in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2.Aufl. (2010), Article 8 Information Society Directive, Rn. 11.8.16 – 11.8.19.

488 Art. 1 I: Gegenstand dieser Richtlinie ist der rechtliche Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte im Rahmen des Binnenmarkts, insbesondere in Bezug auf die Informationsgesellschaft.

Erwägungsgrund (5): Die technische Entwicklung hat die Möglichkeiten für das geistige Schaffen, die Produktion und die Verwertung vervielfacht und diversifiziert. Wenn auch kein Bedarf an neuen Konzepten für den Schutz des geistigen Eigentums besteht, so sollten die Bestimmungen im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte doch angepasst und ergänzt werden, um den wirtschaftlichen Gegebenheiten, z.B. den neuen Formen der Verwertung, in angemessener Weise Rechnung zu tragen.

Erwägungsgrund (15): Die Diplomatische Konferenz, die unter der Schirmherrschaft der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) im Dezember 1996 stattfand, führte zur Annahme von zwei neuen Verträgen, dem WIPO-Urheberrechtsvertrag und dem WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger, die den Schutz der Urheber bzw. der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller zum Gegenstand haben. In diesen Verträgen wird der internationale Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, nicht zuletzt in Bezug auf die sog. „digitale Agenda“, auf den neuesten Stand gebracht; gleichzeitig werden die Möglichkeiten zur Bekämpfung der Piraterie weltweit verbessert. Die Gemeinschaft und die meisten Mitgliedstaaten haben die Verträge bereits unterzeichnet, und inzwischen wurde mit den Vorbereitungen zu ihrer Genehmigung bzw. Ratifizierung durch die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten begonnen. Die vorliegende Richtlinie dient auch dazu, einigen dieser neuen internationalen Verpflichtungen nachzukommen.

gliedstaaten und zu Rechtsunsicherheit für die Akteure des Binnenmarktes führen könnten⁴⁸⁹. Zwar stellt auch die Frage der Haftung von Vermittlern

489 Erwägungsgrund (2): Der Europäische Rat hat [...] die Notwendigkeit der Schaffung eines allgemeinen und flexiblen Ordnungsrahmens auf Gemeinschaftsebene für die Förderung der Entwicklung der Informationsgesellschaft in Europa hervorgehoben. Hierzu ist unter anderem ein Binnenmarkt für neue Produkte und Dienstleistungen erforderlich. Wichtige gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen, mit denen ein derartiger Ordnungsrahmen sichergestellt werden sollte, wurden bereits eingeführt, in anderen Fällen steht ihre Annahme bevor. In diesem Zusammenhang spielen das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte eine bedeutende Rolle, da sie die Entwicklung und den Vertrieb neuer Produkte und Dienstleistungen und die Schaffung und Verwertung ihres schöpferischen Inhalts schützen und fördern.

Erwägungsgrund (6): Ohne Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene könnten Gesetzgebungsinitiativen auf einzelstaatlicher Ebene, die in einigen Mitgliedstaaten bereits in die Wege geleitet worden sind, um den technischen Herausforderungen zu begegnen, erhebliche Unterschiede im Rechtsschutz und dadurch Beschränkungen des freien Verkehrs von Dienstleistungen und Produkten mit urheberrechtlichem Gehalt zur Folge haben, was zu einer Zersplitterung des Binnenmarkts und zu rechtlicher Inkohärenz führen würde. Derartige rechtliche Unterschiede und Unsicherheiten werden sich im Zuge der weiteren Entwicklung der Informationsgesellschaft, in deren Gefolge die grenzüberschreitende Verwertung des geistigen Eigentums bereits stark zugenommen hat, noch stärker auswirken. Diese Entwicklung wird und sollte fortschreiten. Erhebliche rechtliche Unterschiede und Unsicherheiten in Bezug auf den Rechtsschutz können die Erzielung von Größenvorteilen für neue Produkte und Dienstleistungen mit urheber- und leistungsschutzrechtlichem Gehalt beschränken.

Erwägungsgrund (7): Der bestehende Gemeinschaftsrechtsrahmen zum Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte ist daher anzupassen und zu ergänzen, soweit dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich ist. Zu diesem Zweck sollten diejenigen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte, die sich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat beträchtlich unterscheiden oder eine derartige Rechtsunsicherheit bewirken, dass der Binnenmarkt in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt und die Informationsgesellschaft in Europa in ihrer Entwicklung behindert wird, angepasst und uneinheitliche Vorgehen der Mitgliedstaaten gegenüber technischen Entwicklungen vermieden werden, während Unterschiede, die das Funktionieren des Binnenmarkts nicht beeinträchtigen, nicht beseitigt oder verhindert zu werden brauchen.

Kritisch zu der Angemessenheit und Konsequenz der an der Verwirklichung des Binnenmarkts orientierten Harmonisierung des Urheberrechts *van Eechoud/ Hugenholz et al.* Harmonizing European Copyright Law, 2009, S. 1-29, 126-129 (mit Blick auf den Schutzzumfang der harmonisierten Verwertungsrechte) und S. 297-306.

für die Ermöglichung von Verletzungen des Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts eine Frage dar, zu der die einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unterschiedliche Konzeptionen und Antworten lieferten und die deshalb zu Rechtsunsicherheit führen konnte. Durch die parallel erarbeitete und in Kraft getretene E-Commerce-Richtlinie und deren Vorgabe von gemeinschaftsweit einheitlichen Haftungsprivilegierungen wurde allerdings bereits auf die mit den unterschiedlichen nationalen Ausgestaltungen einhergehende Rechtsunsicherheit reagiert, so dass eine weitergehende Harmonisierung der Haftung von Vermittlern für die Ermöglichung von Verletzungen von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten entbehrlich erschien. Das im Rahmen der Vorbereitung der WIPO-Verträge vorgebrachte Anliegen der Intermediäre, von einer Haftung für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte umfassend freigestellt zu werden, wurde so aufgrund des horizontalen Charakters einer solchen haftungsrechtlichen Regelung im WIPO-Urheberrechtsvertrag nicht aufgegriffen und auf europäischer Ebene über die Haftungsbeschränkungstatbestände der E-Commerce-Richtlinie gelöst⁴⁹⁰.

Zum anderen zielt die Harmonisierung auf die Garantie und Stärkung des Schutzes der Urheber und Inhaber verwandter Schutzrechte⁴⁹¹. Deren ausschließliche Rechtspositionen wurden erweitert, um den neuen Verwertungs- und Verletzungsmöglichkeiten im digitalen Umfeld gerecht zu werden, insbesondere durch das neben das Vervielfältigungsrecht in Art. 2 und das Verbreitungsrecht in Art. 4 tretende Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände in Art. 3, das sich nicht durch die genannten Handlungen

490 Von Lewinski in: Walter/ von Lewinski (Hrsg.), European Copyright Law, 2.Aufl. (2010), Information Society Directive, Rn. 11.0.30.

491 Erwägungsgrund (9): Jede Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte muss von einem hohen Schutzniveau ausgehen, da diese Rechte für das geistige Schaffen wesentlich sind. Ihr Schutz trägt dazu bei, die Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeit im Interesse der Urheber, ausübenden Künstler, Hersteller, Verbraucher, von Kultur und Wirtschaft sowie der breiten Öffentlichkeit sicherzustellen. Das geistige Eigentum ist daher als Bestandteil des Eigentums anerkannt worden.

Erwägungsgrund (11): Eine rigorose und wirksame Regelung zum Schutz der Urheberrechte und verwandten Schutzrechte ist eines der wichtigsten Instrumente, um die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler zu wahren.

gen der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit erschöpft. Erwägungsgrund (29) stellt klar, dass jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine zustimmungsbedürftige Handlung ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht eine solche Zustimmung vorsieht⁴⁹². Dabei werden die dem Urheber oder Inhaber eines verwandten Schutzrechts ausschließlich vorbehaltenen Verwertungshandlungen und dadurch spiegelbildlich auch –vorbehaltlich der in Art. 5 genannten und in unterschiedlichem Umfang harmonisierten Ausnahmen und Beschränkungen– die primären/ unmittelbaren Verletzungshandlungen durch die Richtlinie einheitlich definiert und vorgegeben⁴⁹³. Der Fokus auf die Bestimmung und Erweiterung der dem Rechts-

492 Erwägungsgrund (29): Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-Rom oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d.h. einem Gegenstand verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht.

493 Vgl. für das Recht der öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung von Schutzgegenständen in Art. 3

Erwägungsgrund (23): Mit dieser Richtlinie sollte das für die öffentliche Wiedergabe geltende Urheberrecht weiter harmonisiert werden. Dieses Recht sollte im weiten Sinne verstanden werden, nämlich dahin gehend, dass es jegliche Wiedergabe an die Öffentlichkeit umfasst, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist. Dieses Recht sollte jegliche entsprechende drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Übertragung oder Weiterverbreitung eines Werks, einschließlich der Rundfunkübertragung, umfassen. Dieses Recht sollte für keine weiteren Handlungen gelten.

Erwägungsgrund (24): Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung von Schutzgegenständen nach Artikel 3 Absatz 2 sollte dahin gehend verstanden werden, dass es alle Handlungen der Zugänglichmachung derartiger Schutzgegenstände für Mitglieder der Öffentlichkeit umfasst, die an dem Ort, an dem die Zugänglichmachung ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend sind; dieses Recht gilt für keine weiteren Handlungen.

Erwägungsgrund (25): Die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Art und des Umfangs des Schutzes der netzvermittelten Übertragung der urheberrechtlich geschützten Werke und der durch verwandte Schutzrechte geschützten Gegenstände auf Abruf sollte durch einen harmonisierten Rechtsschutz auf Gemeinschaftsebe-

inhaber ausschließlich vorbehaltenen Verwertungshandlungen lässt den Verzicht auf eine harmonisierende Regelung zur Haftung der Vermittler für bei Benutzung ihrer Dienste begangene Rechtsverletzungen nachvollziehbar erscheinen. Eine solche Haftung setzt zwar in der Regel eine primäre Rechtsverletzung durch einen Dritten voraus, zeichnet sich selbst aber gerade nicht durch den Verstoß gegen eine dem Rechtsinhaber vorbehaltene Verwertungshandlung, sondern nur durch deren Ermöglichung aus. Die Ermöglichung von Rechtsverletzungen durch Vermittler wird in der Richtlinie lediglich in Erwägungsgrund (27) zur Konkretisierung der Definition der öffentlichen Wiedergabe thematisiert, demzufolge die bloße Bereitstellung der Einrichtungen, die eine Wiedergabe ermöglichen oder bewirken, selbst keine Wiedergabe im Sinne dieser Richtlinie darstellt; es finden sich aber keine Angaben zur Frage der Ermöglichung von Rechtsverletzungen. Auch der Gedanke, durch die Richtlinie einen angemessenen Rechts- und Interessensausgleich zu verwirklichen und so zu einer vereinheitlichten Ausgestaltung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in den Mitgliedstaaten beizutragen, beschränkt sich auf die Vorgabe von Ausnahmen und Beschränkungen zu den jeweiligen Ausschließlichkeitsrechten und somit auf das Verhältnis zwischen Rechtsinhabern und Nutzern⁴⁹⁴. Auf die Interessen der Vermittler wird dagegen mit

ne beseitigt werden. Es sollte klargestellt werden, dass alle durch diese Richtlinie anerkannten Rechtsinhaber das ausschließliche Recht haben sollten, urheberrechtlich geschützte Werke und sonstige Schutzgegenstände im Wege der interaktiven Übertragung auf Abruf für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Derartige interaktive Übertragungen auf Abruf zeichnen sich dadurch aus, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind.

Erwägungsgrund (27): Die bloße Bereitstellung der Einrichtungen, die eine Wiedergabe ermöglichen oder bewirken, stellt selbst keine Wiedergabe im Sinne dieser Richtlinie dar.

- 494 Erwägungsgrund (31): Es muss ein angemessener Rechts- und Interessensausgleich zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern sowie zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen gesichert werden. Die von den Mitgliedstaaten festgelegten Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf Schutzrechte müssen vor dem Hintergrund der neuen elektronischen Medien neu bewertet werden. Bestehende Unterschiede bei den Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf bestimmte zustimmungsbedürftige Handlungen haben unmittelbare negative Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte. Diese Unterschiede könnten sich mit der Weiterentwicklung der grenzüberschreitenden Verwertung von Werken und den zuneh-

Blick auf die Ausnahme des Art. 5 I in Erwägungsgrund (33) nicht näher eingegangen, wodurch die Ausrichtung der Richtlinie auf die inhaltliche Reichweite der durch ihr gewährten Ausschließlichkeitsrechte und deren Schutz noch unterstrichen wird.

Die Vorschriften zu den ausschließlichen Rechten werden zwar durch die Anforderungen hinsichtlich des Schutzes technischer Schutzmaßnahmen in Art. 6⁴⁹⁵, hinsichtlich des Schutzes der Informationen für die elektronische Wahrnehmung der Rechte in Art. 7 und hinsichtlich der mitgliedstaatlichen Sanktionen und Rechtsbehelfe in Art. 8, darunter die Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler, flankiert. Diese Anforderungen reihen sich aber wieder unter den Gedanken eines wirksamen, den neuen technischen Gegebenheiten Rechnung tragenden Schutzes des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte ein⁴⁹⁶ und

mend grenzüberschreitenden Tätigkeiten durchaus noch deutlicher ausprägen. Um ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten, sollten diese Ausnahmen und Beschränkungen einheitlich definiert werden. Dabei sollte sich der Grad ihrer Harmonisierung nach ihrer Wirkung auf die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts bestimmen.

495 Der Schutz technischer Maßnahmen vor Umgehungsversuchen in Art. 6 beschränkt sich dabei nicht auf den Schutz der durch die Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft gewährten Rechte, sondern erfasst auch das sui generis Recht an Datenbanken sowie darüber hinausgehend jedes Ausschließlichkeitsrecht, das durch ein nationales Urheberrecht oder verwandtes Schutzrecht oder sui generis Recht an Datenbanken geschützt wird, siehe *von Lewinski* in: *European Copyright Law*, Article 6 Information Society Directive, Rn. 11.6.4.

496 Vgl. für Art. 6 Erwägungsgrund (47): Im Zuge der technischen Entwicklung werden Rechtsinhaber von technischen Maßnahmen Gebrauch machen können, die dazu bestimmt sind, die Verhinderung oder Einschränkung von Handlungen zu erreichen, die von Inhabern von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten oder des Sui-generis-Rechts an Datenbanken nicht genehmigt worden sind. Es besteht jedoch die Gefahr, dass die Umgehung des durch diese Vorrichtungen geschaffenen technischen Schutzes durch rechtswidrige Handlungen ermöglicht oder erleichtert wird. Um ein uneinheitliches rechtliches Vorgehen zu vermeiden, das den Binnenmarkt in seiner Funktion beeinträchtigen könnte, muss der rechtliche Schutz vor der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen und vor der Bereitstellung entsprechender Vorrichtungen und Produkte bzw. der Erbringung entsprechender Dienstleistungen harmonisiert werden.

Vgl. für Art. 7 Erwägungsgrund (56): Es besteht jedoch die Gefahr, dass rechtswidrige Handlungen vorgenommen werden, um die Informationen für die elektronische Wahrnehmung der Urheberrechte zu entfernen oder zu verändern oder Werke oder sonstige Schutzgegenstände, aus denen diese Informationen ohne Er-

setzen dabei teilweise auch den WIPO-Urheberrechtsvertrag und den WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger von 1996 um⁴⁹⁷. Sie beschränken sich auf die Forderung nach einem angemessenen Rechtsschutz gegen Umgehungsmaßnahmen sowie nach angemessenen Sanktionen und Rechtsbehelfen, darunter ausdrücklich auch die Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler, um eine effektive Durchsetzung der durch die Richtlinie gewährten Ausschließlichkeitsrechte zu gewährleisten und einer Beeinträchtigung des Binnenmarkts durch zu starke nationale Rechtsunterschiede entgegenzuwirken. Die nähere Ausgestaltung dieses Schutzes bleibt aber den Mitgliedstaaten überlassen und die Richtlinie enthält, über den Schutz- und Binnenmarktansatz hinaus, auch keine weiteren Wertungen, die einer eigenen unionsrechtlichen Konzeption dieser Fragen zugrunde gelegt werden könnten.

Für die Möglichkeit gerichtlicher Anordnungen gegen Vermittler ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang mit den Sanktionen und Rechtsbehelfen bei Verletzungen der in der Richtlinie festgelegten Rechte und

laubnis entfernt wurden, in sonstiger Weise zu verbreiten, zu Verbreitungszwecken einzuführen, zu senden, öffentlich wiederzugeben oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Um ein uneinheitliches rechtliches Vorgehen zu vermeiden, das den Binnenmarkt in seiner Funktion beeinträchtigen könnte, muss der rechtliche Schutz vor solchen Handlungen harmonisiert werden.

Vgl. für Art. 8 III Erwägungsgrund (59): Insbesondere in der digitalen Technik können die Dienste von Vermittlern immer stärker von Dritten für Rechtsverstöße genutzt werden. Oftmals sind diese Vermittler selbst am besten in der Lage, diesen Verstößen ein Ende zu setzen. Daher sollten die Rechteinhaber – unbeschadet anderer zur Verfügung stehender Sanktionen und Rechtsbehelfe – die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Anordnung gegen einen Vermittler zu beantragen, der die Rechtsverletzung eines Dritten in Bezug auf ein geschütztes Werk oder einen anderen Schutzgegenstand in einem Netz überträgt. Diese Möglichkeit sollte auch dann bestehen, wenn die Handlungen des Vermittlers nach Artikel 5 freigestellt sind. Die Bedingungen und Modalitäten für eine derartige gerichtliche Anordnung sollten im nationalen Recht der Mitgliedstaaten geregelt werden.

497 So Art. 6, siehe Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society), SEC (2007) 1556, S. 6f. Dabei wird auch erklärt, dass die Richtlinie einen Zusammenhang zwischen den technischen Schutzmaßnahmen und der Ausübung des Urheberrechts etabliert.

Pflichten in Art. 8, dass deren Regelung aus der Perspektive eines besseren Schutzes der Rechtsinhaber durch Gewährleistung einer effektiven Rechtsdurchsetzung erfolgte. Der Gedanke einer effektiven Rechtsdurchsetzung wird durch Erwägungsgrund (59) betont, wonach die Vermittler oftmals selbst am besten in der Lage sind, bei der Benutzung der von ihnen angebotenen Dienste begangene Verletzungen des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte zu beenden⁴⁹⁸. Erwägungsgrund (59) stellt allerdings auch klar, dass sich die Richtlinie auf die Vorgabe der Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung beschränkt und deren nähere Ausgestaltung dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlässt⁴⁹⁹. Die Vorgabe der gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler erfolgt damit nicht als eigener Anspruch oder gar im Rahmen einer eigenen Konzeption der Verantwortlichkeit von Vermittlern, sondern als punktuelle die Vermittler betreffende Vorgabe im Rahmen des Schutzes und der Durchsetzung der durch die Informationsgesellschaftsrichtlinie gewährten Rechte.

Mit Blick auf die hier zu untersuchende Frage einer eigenen unionsrechtlichen Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Rechtsver-

498 Erwägungsgrund (59): Insbesondere in der digitalen Technik können die Dienste von Vermittlern immer stärker von Dritten für Rechtsverstöße genutzt werden. Oftmals sind diese Vermittler selbst am besten in der Lage, diesen Verstößen ein Ende zu setzen. Daher sollten die Rechtsinhaber – unbeschadet anderer zur Verfügung stehender Sanktionen und Rechtsbehelfe – die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Anordnung gegen einen Vermittler zu beantragen, der die Rechtsverletzung eines Dritten in Bezug auf ein geschütztes Werk oder einen anderen Schutzgegenstand in einem Netz überträgt. Diese Möglichkeit sollte auch dann bestehen, wenn die Handlungen des Vermittlers nach Artikel 5 freigestellt sind. Die Bedingungen und Modalitäten für eine derartige gerichtliche Anordnung sollten im nationalen Recht der Mitgliedstaaten geregelt werden. Siehe auch EuGH, Beschluss vom 19.2.2009, Rs.C-557/07 – *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH gegen Tele2 Telecommunication GmbH*, Slg. 2009 I-1227, Rn. 44f., der mit Blick auf einen effektiven rechtlichen Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte auch Access-Provider zu dem Vermittlern im Sinne des Art. 8 III zählt, gegen die eine gerichtliche Anordnung erlassen werden kann.

499 Vgl. auch EuGH, Urteil vom 24.11.2011, Rs.C-70/10 – *Scarlet gegen SABAM*, Slg. 2011 I-11959, Rn. 32. Dabei bleiben allerdings das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten nach Art. 15 I der E-Commerce-Richtlinie und die sich aus den Grundrechten der Grundrechtscharta ergebenden Schranken zu beachten, vgl. Rn. 35-40 und Rn. 41-54; zu diesen Schranken auch EuGH, Urteil vom 16.2.2012, Rs. C-360/10 – *SABAM gegen Netlog* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Rn. 33-38 und Rn. 39-51.

letzungen fällt auf, dass sie sowohl hinsichtlich der Ausnahme des Art. 5 I in Erwägungsgrund (33) als auch hinsichtlich der gerichtlichen Anordnung gegen Vermittler in Erwägungsgrund (59) auf eine Betonung und Auseinandersetzung mit den Interessen der Vermittler verzichtet und diese ausschließlich der E-Commerce-Richtlinie überlässt⁵⁰⁰. Die E-Commerce Richtlinie tritt zwar wie gesehen neben Art. 5 I und Art. 8 III und ergänzt diese durch die Vorgabe von horizontal wirkenden Haftungsbefreiungen für die Anbieter bestimmter Vermittlungsdienste (vgl. Erwägungsgrund (16) der Informationsgesellschaftsrichtlinie und Erwägungsgrund (50) der E-Commerce-Richtlinie). Ihr unterschiedlicher Regelungsansatz erlaubt aber keine umfassende wechselseitige Ergänzung zu einem einheitlichen unionsrechtlichen Konzept der Haftung für die Ermöglichung von Verletzungen des Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts. Vielmehr enthalten beide Richtlinien jeweils nur fragmentarische Vorgaben zur Haftung für die Ermöglichung von Verletzungen des Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts, die die Frage des Haftungsgrundes und der Rechtsnatur der Haftung unbeantwortet und damit weiterhin dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlassen.

3. Vorgaben bestimmter Rechtsbehelfe gegen Mittelspersonen durch die Durchsetzungsrichtlinie

Die Durchsetzungsrichtlinie sieht, dem Beispiel der Informationsgesellschaftsrichtlinie folgend, ebenfalls Rechtsbehelfe gegen Mittelspersonen vor und erweitert damit zum einen in Art. 9 I a) 2. Halbsatz und Art. 11 S. 3 die Möglichkeit einer Anordnung nach Art. 8 III jener Richtlinie auf die Verletzung von anderen Immaterialgüterrechten und ergänzt diese zum anderen um einen Auskunftsanspruch in Art. 8 I c).

500 Der Änderungsantrag 4 des Europäischen Parlaments in der Empfehlung für die zweite Lesung, der Erwägungsgrund 59 (damals noch 58) um einen Hinweis auf die Anforderungen der E-Commerce-Richtlinie an eine solche Unterlassungsanordnung sowie auf die Grundsätze der Freizügigkeit für Waren und Dienstleistungen ergänzen wollte, wurde nicht übernommen.

- a) für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen relevante Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie

Die Durchsetzungsrichtlinie betrifft ihrem Art. 1 zufolge Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe, die erforderlich sind, um die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums sicherzustellen. Diese finden gemäß Art. 2 auf jede Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, die im Gemeinschaftsrecht und/oder im innerstaatlichen Recht des betreffenden Mitgliedstaats vorgesehen sind, Anwendung (Art. 2 I)⁵⁰¹, wobei weder die besonderen Bestimmungen zur Gewährleistung der Rechte und Ausnahmen, die in der Gemeinschaftsgesetzgebung namentlich auch durch die Richtlinie 2001/29/EG auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte vorgesehen sind (Art. 2 II), noch die gemeinschaftlichen Bestimmungen zum materiellen Recht auf dem Gebiet des geistigen Eigentums und die Art. 12-15 der Richtlinie 2000/31/EG berührt werden (Art. 2 III a)). Anders als die bisherigen Richtlinien im Immaterialgüterrecht, die primär auf die Harmonisierung der materiellen Schutzvorschriften einzelner Rechte ausgerichtet waren, gilt die Durchsetzungsrichtlinie damit grundsätzlich für alle Immaterialgüterrechte und betrifft in stärkerem Maße als bisher neben materiellrechtlichen Bestimmungen auch verfahrensrechtliche Aspekte des immaterialgüterrechtlichen Schutzes und der immaterialgüterrechtlichen Rechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten, indem sie erstmals bestimmte materiellrechtliche Sanktionen und verfahrensrechtliche Instrumente für die Verletzung von Immaterialgüterrechten vorgibt, die sich bislang nach den nationalen Rechtsordnungen richteten⁵⁰². Art. 9 I a) 2.HS zufolge stellen die Mitgliedstaaten sicher,

501 Anders noch im ursprünglichen Kommissionsvorschlag, der den Anwendungsbe-
reich der Richtlinie auf Verstöße (zu gewerblichen Zwecken) gegen Rechte be-
schränkte, die sich aus den im Anhang aufgeführten gemeinschaftsrechtlichen
Bestimmungen zum Schutz des geistigen Eigentums und den diesbezüglichen
Umsetzungsvorschriften der Mitgliedstaaten ergaben, Kommission der Europä-
ischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parla-
ments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte
am geistigen Eigentum, KOM (2003) 46 endgültig, S. 20 und Art. 2 I des Vor-
schlags (S. 35).

502 Knaak, GRUR Int 2004, 745; Walter/ Goebel in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.),
European Copyright Law, Enforcement Directive, 2.Aufl. (2010), Rn. 13.0.2 und
Article 1 Enforcement Directive, Rn. 13.1.10.

dass die zuständigen Gerichte die Möglichkeit haben, auf Antrag des Antragstellers auch gegen eine Mittelsperson, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden, eine einstweilige Maßnahme anzuordnen, um eine drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums zu verhindern oder einstweilig die Fortsetzung angeblicher Verletzungen dieses Rechts zu untersagen. Art. 11 S. 3 zufolge stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Rechtsinhaber eine Anordnung gegen Mittelspersonen beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden, wobei die Anordnung sowohl die Unterlassungsanordnung bezüglich einer bereits eingetretenen Rechtsverletzung als auch die vorbeugende Unterlassungsanordnung bezüglich einer drohenden Rechtsverletzung erfasst⁵⁰³. Soweit es dabei um die Verletzung eines Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts geht, richten sich die einstweilige Anordnung und die Unterlassungsanordnung in der Hauptsache jeweils nach Art. 8 III der Informationsgesellschaftsrichtlinie (Art. 9 I a) 3.HS und Art. 11 S. 3; siehe oben II. 2.a)⁵⁰⁴. Die Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie gelten demgegenüber für die Verletzung aller anderen Rechte des geistigen Eigentums, die im Gemeinschaftsrecht und/oder im innerstaatlichen Recht des betreffenden Mitgliedstaats vorgesehen sind (vgl. Art. 2 I). Als weiteren Rechtsbehelf gegen Mittelspersonen sieht die Durchsetzungsrichtlinie in Art. 8 I c) noch einen Auskunftsanspruch vor, demzufolge die Mitgliedstaaten sicher stellen, dass die zuständigen Gerichte im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums auf einen begründeten und die Verhältnismäßigkeit wahren den Antrag des Klägers hin anordnen können, dass Auskünfte über den Ursprung und die Vertriebswege von Waren oder Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen, von dem Verletzer und/oder jeder anderen Person erteilt werden, die nachweislich für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß erbrachte⁵⁰⁵. Anders als die

503 EuGH Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 128-134; *Walter/ Goebel* in: *von Lewinski/ Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2.Aufl. (2010), Article 11 Enforcement Directive, Rn. 13.11.8.

504 *Walter/ Goebel* in: *von Lewinski/ Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2.Aufl. (2010), Article 2 Enforcement Directive, Rn. 13.2.9.

505 Die Erstreckung des Auskunftsanspruchs gegen Anbieter von Dienstleistungen, die für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzt wurden, war im ursprünglichen

Anordnungen gegen Mittelspersonen setzt der Auskunftsanspruch gegen Mittelspersonen, die nicht selbst als Verletzer anzusehen sind, dabei ein gewerbliches Handeln des Anspruchsgegners voraus⁵⁰⁶. Weil die Informationsgesellschaftsrichtlinie für die Verletzung der von ihr begründeten Urheberrechte und verwandten Schutzrechte keinen eigenen Auskunftsanspruch vorsieht, kommt der Auskunftsanspruch in Art. 8 der Durchsetzungsrichtlinie auch dann zur Anwendung, wenn es um die Verletzung eines Urheberrechts oder verwandten Schutzrechts geht. Auf den Auskunftsanspruch wird hier nur insoweit eingegangen, als er zu den unionsrechtlichen Vorgaben für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zählt und deshalb für die Beantwortung der Frage nach einer eigenen unionsrechtlichen Konzeption mitzuberücksichtigen ist.

Wie schon Art. 8 III der Informationsgesellschaftsrichtlinie beschränkt sich auch die Durchsetzungsrichtlinie darauf, die Möglichkeit der Rechtsbehelfe vorzusehen, während sie deren Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlässt, die dabei allerdings auch an die Vorgaben der E-Commerce-

Vorschlag der Kommission noch nicht vorgesehen und geht auf einen Änderungsantrag des Europäischen Parlaments zurück, siehe Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, A5-0468/2003, Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Änderungsantrag 29: „[...] sofern diese Person [...] oder Dienstleistungen, die für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzt wurden, in einem Maß erbracht hat, dass eine solche Information der Person, die solche Dienstleistungen erbracht [...] hat, zur Verfügung stand [...]“.

- 506 Erwägungsgrund (14): Nur bei in gewerblichem Ausmaß vorgenommenen Rechtsverletzungen müssen die Maßnahmen nach Artikel 6 Absatz 2, Artikel 8 Absatz 1 und Artikel 9 Absatz 2 angewandt werden. Unbeschadet davon können die Mitgliedstaaten diese Maßnahmen auch bei anderen Rechtsverletzungen anwenden. In gewerblichem Ausmaß vorgenommene Rechtsverletzungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen werden; dies schließt in der Regel Handlungen aus, die in gutem Glauben von Endverbrauchern vorgenommen werden.

Walter/ Goebel in: *von Lewinski/ Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law, Enforcement Directive*, 2.Aufl. (2010), Rn. 13.0.25 und *Article 8 Enforcement Directive*, Rn. 13.8.15. Sofern die Mittelsperson selbst als Verletzer anzusehen ist, ist ein gewerbliches Erbringen der für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzten Dienstleistungen dagegen nicht erforderlich, *Walter/ Goebel* in: *von Lewinski/ Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2.Aufl. (2010), *Article 8 Enforcement Directive*, Rn. 13.8.13f.

Richtlinie gebunden bleiben⁵⁰⁷. Diese Beschränkung folgt zum einen aus der den Harmonisierungsrichtlinien immanenten Ausrichtung auf den Binnenmarkt⁵⁰⁸ und zum anderen aus der hier gewählten Ausrichtung auf die Rechtsdurchsetzung, die nur zu einer partiellen Regelung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen führt. Die Durchsetzungsrichtlinie folgt damit schließlich auch dem grundlegenden Gedanken des zu ihrem Erlass maßgeblichen Art. 249 III EGV⁵⁰⁹, dass die Vorgaben einer Richtlinie im Grundsatz nur hinsichtlich ihres Ziels verbindlich sind, während die Mittel zu dessen Erreichung den Mitgliedstaaten überlassen bleiben.

b) Regelungsansatz der Durchsetzungsrichtlinie

Die Ausrichtung auf den Binnenmarkt beschränkt den Anwendungsbereich der Durchsetzungsrichtlinie auf das zur Erreichung der angestrebten Harmonisierungswirkung im Binnenmarkt Notwendige. Die Fragen der Durchsetzung der Immaterialgüterrechte werden mit Blick auf ihre Bedeutung für den Binnenmarkt erfasst und harmonisiert⁵¹⁰. Die mit der Durchsetzungsrichtlinie erstrebte Harmonisierung konzentriert sich auf diejeni-

507 EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 135 und 139. So dürfen die Maßnahmen, die vom Anbieter eines Online-Dienstes verlangt werden können, mit Rücksicht auf Art. 15 I der E-Commerce-Richtlinie nicht darin bestehen, aktiv alle Angaben eines jeden seiner Kunden zu überwachen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums über die von ihm zur Verfügung gestellte Seite vorzubeugen.

508 Rechtsgrundlage der Durchsetzungsrichtlinie ist der ehemalige Art. 95 I EGV, jetzt Art. 114 I AEUV zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.

509 Jetzt Art. 288 III AEUV.

510 Erwägungsgrund (1): Damit der Binnenmarkt verwirklicht wird, müssen Beschränkungen des freien Warenverkehrs und Wettbewerbsverzerrungen beseitigt werden, und es muss ein Umfeld geschaffen werden, das Innovationen und Investitionen begünstigt. Vor diesem Hintergrund ist der Schutz des geistigen Eigentums ein wesentliches Kriterium für den Erfolg des Binnenmarkts. [...]

Erwägungsgrund (3): Ohne wirksame Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums werden jedoch Innovation und kreatives Schaffen gebremst und Investitionen verhindert. Daher ist darauf zu achten, dass das materielle Recht auf dem Gebiet des geistigen Eigentums, das heute weitgehend Teil des gemeinschaftlichen Besitzstands ist, in der Gemeinschaft wirksam angewandt

gen Aspekte, die für die Gewährleistung des Binnenmarktes erforderlich sind, um einen einheitlichen Schutzstandard für die Immaterialgüterrechte auch hinsichtlich ihrer Durchsetzung zu garantieren, die trotz der in allen Mitgliedstaaten umgesetzten und auch von der Gemeinschaft zu berücksichtigenden TRIPS-Bestimmungen weiterhin eine unterschiedliche Behandlung in den nationalen Rechtsordnungen erfuhr⁵¹¹. Vor diesem Hin-

wird. Daher sind die Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums von zentraler Bedeutung für den Erfolg des Binnenmarkts.

Erwägungsgrund (8): Die Unterschiede zwischen den Regelungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums beeinträchtigen das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts und verhindern, dass die bestehenden Rechte des geistigen Eigentums überall in der Gemeinschaft in demselben Grad geschützt sind. Diese Situation wirkt sich nachteilig auf die Freizügigkeit im Binnenmarkt aus und behindert die Entstehung eines Umfelds, das einen gesunden Wettbewerb begünstigt.

Erwägungsgrund (9): Die derzeitigen Unterschiede schwächen außerdem das materielle Recht auf dem Gebiet des geistigen Eigentums und führen zu einer Fragmentierung des Binnenmarkts in diesem Bereich. Dies untergräbt das Vertrauen der Wirtschaft in den Binnenmarkt und bremst somit Investitionen in Innovation und geistige Schöpfungen. Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums stehen immer häufiger in Verbindung mit dem organisierten Verbrechen. Die verstärkte Nutzung des Internet ermöglicht einen sofortigen globalen Vertrieb von Raubkopien. Die wirksame Durchsetzung des materiellen Rechts auf dem Gebiet des geistigen Eigentums bedarf eines gezielten Vorgehens auf Gemeinschaftsebene. Die Angleichung der diesbezüglichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ist somit eine notwendige Voraussetzung für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes.

Erwägungsgrund (10): Mit dieser Richtlinie sollen diese Rechtsvorschriften aneinander angenähert werden, um ein hohes, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für geistiges Eigentum im Binnenmarkt zu gewährleisten.

- 511 Erwägungsgrund (4): Auf internationaler Ebene sind alle Mitgliedstaaten – wie auch die Gemeinschaft selbst in Fragen, die in ihre Zuständigkeit fallen, – an das durch den Beschluss 94/800/EG des Rates gebilligte Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS-Übereinkommen), das im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde geschlossen wurde, gebunden.

Erwägungsgrund (5): Das TRIPS-Übereinkommen enthält vornehmlich Bestimmungen über die Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, die gemeinsame, international gültige Normen sind und in allen Mitgliedstaaten umgesetzt wurden. Diese Richtlinie sollte die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten einschließlich derjenigen aufgrund des TRIPS-Übereinkommens unberührt lassen.

Erwägungsgrund (7): Aus den Sondierungen der Kommission zu dieser Frage hat sich ergeben, dass ungeachtet des TRIPS-Übereinkommens weiterhin zwischen

tergrund scheinen Bestrebungen zu einer weitergehenden Harmonisierung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen im Rahmen der Rechtsdurchsetzung entbehrlich. Mit der Harmonisierung der Ansprüche gegen Mittelspersonen durch die Durchsetzungsrichtlinie auf der einen Seite und der Harmonisierung der Haftungsprivilegierungen durch die E-Commerce-Richtlinie auf der anderen Seite werden die größten Rechtsunsicherheiten für den Binnenmarkt bei der Durchsetzung der Immaterialgüterrechte vermieden, während etwaige Unterschiede in der Rechtsnatur oder in der konkreten Ausgestaltung der materiellen Haftung in den einzelnen Mitgliedstaaten weniger geeignet sind, die Effektivität der Rechtsdurchsetzung im Binnenmarkt zu beeinträchtigen. Die Rechtsunsicherheit, die aus den Unterschieden der nationalen Rechtsordnungen resultieren kann, wird nur mit Blick auf die Rechtsdurchsetzung aufgegriffen und entsprechend auch nur auf der Durchsetzungsebene behoben. Zudem sehen weder die materiellen immaterialgüterrechtlichen Schutzbestimmungen des Gemeinschaftsrechts, noch das TRIPS-Übereinkommen, noch die anderen internationalen Konventionen, die die Mitgliedstaaten binden, Bestimmungen zur Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen vor, deren unterschiedliche Umsetzung in den Mitgliedstaaten zu einer Verzerrung der rechtlichen Rahmenbedingungen im Binnenmarkt führen könnte und deshalb einer über die Vorgabe bestimmter Rechtsbehelfe und Haftungsprivilegierungen hinausgehenden

den Mitgliedstaaten große Unterschiede bei den Instrumenten zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums bestehen. So gibt es z.B. beträchtliche Diskrepanzen bei den Durchführungsbestimmungen für einstweilige Maßnahmen, die insbesondere zur Sicherung von Beweismitteln verhängt werden, bei der Berechnung von Schadensersatz oder bei den Durchführungsbestimmungen für Verfahren zur Beendigung von Verstößen gegen Rechte des geistigen Eigentums. In einigen Mitgliedstaaten stehen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe wie das Auskunftsrecht und der Rückruf rechtsverletzender Ware vom Markt auf Kosten des Verletzers nicht zur Verfügung.

Siehe auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte am geistigen Eigentum, KOM (2003) 46 endgültig, S. 6f., 14-16 und 18 und Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Anwendung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, KOM (2010) 779 endgültig, SEK (2010) 1589 endgültig, S. 5.

Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene bedürfte. Eine umfassende Harmonisierung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen erschien also aus der Perspektive des Binnenmarktes verzichtbar⁵¹².

Mit der Ausrichtung auf die Rechtsdurchsetzung folgt die Durchsetzungsrichtlinie dem Ansatz, einen wirksamen Schutz der Immaterialgüterrechte über eine effektive Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten und nimmt damit zugleich auch eine Perspektive zugunsten des immaterialgüterrechtlichen Schutzes ein, der schutzrechtsübergreifend verwirklicht werden soll. Die Harmonisierung der Durchsetzungsmaßnahmen erfolgt zur Absicherung und Verwirklichung des gemeinschaftsrechtlichen Schutzstandards und dient einem verbesserten Schutz der Immaterialgüterrechte, insbesondere auch gegen Nachahmung und Produktpiraterie⁵¹³. Andere Fragen des Interessenausgleichs im Immaterialgüterrecht und mögliche Interessenskonflikte jenseits der Rechtsdurchsetzung werden von der Durchsetzungsrichtlinie weder entschieden, noch geht sie hierauf näher ein⁵¹⁴. Die Durchsetzungsperspektive bedeutet eine Beschränkung der Harmonisierung auf die Vorgabe bestimmter Rechtsbehelfe, deren konkrete Ausgestaltung und Anwendung aber nur im Rahmen des mitgliedstaatlichen Prozessrechts und im Rahmen der in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bestehenden materiellen Ansprüche, seien diese unionsrechtlichen oder mitgliedstaatlichen Ursprungs, erfolgen kann. Die

512 Auch die Europäische Kommission geht in ihrem Bericht an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Anwendung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, KOM (2010) 779 endgültig, SEK (2010) 1589 endgültig, S. 5f. davon aus, dass durch die Richtlinie und namentlich auch durch die Möglichkeit des Erlasses von gerichtlichen Anordnungen gegen Mittelspersonen nach Art. 9 und 11 ein klarer Rahmen für die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ein Beitrag zu deren wirkungsvolleren Durchsetzung geschaffen wurden.

513 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte am geistigen Eigentum, KOM (2003) 46 endgültig, S. 3-6, 17 und 19. *Walter/Goebel* in: *von Lewinski/Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2. Aufl. (2010), Article 1 Enforcement Directive, Rn. 13.1.1 mit der Betonung, dass der Anwendungsbereich der Durchsetzungsrichtlinie gleichwohl weit über die Bekämpfung von Nachahmung und Produktpiraterie hinausgeht.

514 Vgl. *Massa/Strowel*, EIPR 2004, 244, 252.

Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie bedürfen daher nicht nur der für jede Harmonisierungsrichtlinie erforderlichen Umsetzung und Einpassung in den nationalen Kontext, sondern sind in besonderem Maße auf die prozessrechtlichen und materiellrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten als Ansatz- und Bezugspunkt der Rechtsdurchsetzung angewiesen, weil sich die Durchsetzung auch derjenigen Immaterialgüterrechte, die eine unionsrechtliche Begründung oder zumindest Harmonisierung erfahren haben, gegenwärtig nicht innerhalb eines eigenen unionsrechtlichen Rechts- und Gerichtssystems, sondern nur über die bestehenden Rechtsordnungen gewährleisten lässt. Mit der hier eingenommenen Perspektive der Rechtsdurchsetzung wurde zumindest vorübergehend auf eine weitere über die bisherigen Harmonisierungsrichtlinien für die einzelnen Schutzrechte hinausgehende Angleichung der materiellrechtlichen Vorschriften zum Schutz der jeweiligen Immaterialgüterrechte verzichtet. Die Durchsetzungsrichtlinie trifft nur insoweit Vorgaben zu materiellrechtlichen Ansprüchen als diese sich über die Vorgabe von Rechtsbehelfen aus der Perspektive der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten regeln lassen. Deren nähere Ausgestaltung zur Anwendung auf den konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der einzelnen Interessen bleibt dagegen den Mitgliedstaaten überlassen, die dabei nur an die allgemeinen Vorgaben des Art. 3 gebunden sind, um eine wirksame Durchsetzung der Immaterialgüterrechte auch jenseits der Harmonisierung in den einzelnen Mitgliedstaaten zu gewährleisten⁵¹⁵. Die Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie sollen

515 Artikel 3 Allgemeine Verpflichtung

(1) Die Mitgliedstaaten sehen die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe vor, die zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, auf die diese Richtlinie abstellt, erforderlich sind. Diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen fair und gerecht sein, außerdem dürfen sie nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein und keine unangemessenen Fristen oder ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen.

(2) Diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen darüber hinaus wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und so angewendet werden, dass die Einrichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel vermieden wird und die Gewähr gegen ihren Missbrauch gegeben ist.

Erwägungsgrund (17): Die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollten in jedem Einzelfall so bestimmt werden, dass den spezifischen Merkmalen dieses Falles, einschließlich der Sonderaspekte jedes Rechts an geistigem Eigentum und gegebenenfalls des vorsätzlichen oder nicht vorsätzlichen Charakters der Rechtsverletzung gebührend Rechnung getragen wird.

daher nicht mehr als einen flexibel ausgestalteten Mindestrechtsrahmen für die Durchsetzung der Immaterialgüterrechte bilden⁵¹⁶. Neben die Vor-

Erwägungsgrund (24): Je nach Sachlage und sofern es die Umstände rechtfertigen, sollten die zu ergreifenden Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe Verbotmaßnahmen beinhalten, die eine erneute Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums verhindern. Darüber hinaus sollten Abhilfemaßnahmen vorgesehen werden, deren Kosten gegebenenfalls dem Verletzer angelastet werden und die beinhalten können, dass Waren, durch die ein Recht verletzt wird, und gegebenenfalls auch die Materialien und Geräte, die vorwiegend zur Schaffung oder Herstellung dieser Waren gedient haben, zurückgerufen, endgültig aus den Vertriebswegen entfernt oder vernichtet werden. Diese Abhilfemaßnahmen sollten den Interessen Dritter, insbesondere der in gutem Glauben handelnden Verbraucher und privaten Parteien, Rechnung tragen.

Erwägungsgrund (25): In Fällen, in denen eine Rechtsverletzung weder vorsätzlich noch fahrlässig erfolgt ist und die in dieser Richtlinie vorgesehenen Abhilfemaßnahmen oder gerichtlichen Anordnungen unangemessen wären, sollten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit vorsehen können, dass in geeigneten Fällen als Ersatzmaßnahme die Zahlung einer Abfindung an den Geschädigten angeordnet wird. Wenn jedoch die kommerzielle Nutzung der nachgeahmten Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen andere Rechtsvorschriften als die Vorschriften auf dem Gebiet des geistigen Eigentums verletzt oder ein möglicher Nachteil für den Verbraucher entsteht, sollte die Nutzung der Ware bzw. die Erbringung der Dienstleistung untersagt bleiben.

Vgl. auch EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 136, 139 und 140. Danach darf die Anordnung gegen den Betreiber eines Online-Marktplatzes, in dessen Rahmen es zu etwaigen Markenverletzungen kommt, kein allgemeines und dauerhaftes Verbot, auf diesem Marktplatz Waren dieser Marken zum Verkauf anzubieten, zum Gegenstand haben oder bewirken.

Die allgemeinen Verpflichtungen aus Art. 3 folgen dabei weitgehend den Verpflichtungen aus Art. 41 des TRIPS-Übereinkommens und dienen auch dem Ziel, einen Missbrauch der zur Gewährleistung einer effektiven Rechtsdurchsetzung prinzipiell erforderlichen Rechtsbehelfe unter Vernachlässigung entgegenstehender Interessen zu vermeiden, siehe *Walter/ Goebel in: von Lewinski/ Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2.Aufl. (2010), Article 3 Enforcement Directive, Rn. 13.3.4 – 13.3.6.

Vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen vom 9.12.2010 zu Rs.C-324/09, Rn. 171: „[...] Während man die Richtlinie durchaus so verstehen kann, dass sie die Umsetzung einer nachdrücklichen oder einer zurückhaltenden Durchsetzungsideologie bezweckt, so erscheint es doch notwendig, bei der Auslegung der Richtlinie 2004/48 jedenfalls ihren Art. 3 angemessen zu berücksichtigen“.

516 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Anwendung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen

gaben des Art. 3 treten als weitere Schranken noch die Grundrechte der Europäischen Grundrechtscharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention, die von den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung und Anwendung der von der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehenen Rechtsbehelfe zu berücksichtigen und innerhalb des vom EuGH vorgezeichneten Rahmens in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sind⁵¹⁷. Der von der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehene Auskunftsanspruch und die gerichtliche Anordnung gegen Vermittler zum Schutz der Immaterialgüterrechte, der in Art. 17 II der Grundrechtscharta verankert ist, sind demnach mit dem Schutz der unternehmerischen Freiheit der Vermittler nach Art. 16 der Grundrechtscharta und mit den Rechten der Nutzer auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten sowie auf freien Empfang oder freie Sendung von Informationen nach Art. 8 und 11 der Grundrechtscharta in Ausgleich zu bringen.

c) Auswirkungen der Durchsetzungsperspektive auf die Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen

Auch die Fragen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen werden dem Regelungsgegenstand des Art. 1 S. 1 folgend als Mittel zur Sicherstellung der Rechtsdurchsetzung und damit allein aus der Perspektive der Rechtsdurchsetzung angesprochen. Die Durchsetzungsrichtlinie beschränkt sich dementsprechend auf die Vorgabe bestimmter Rechtsbehelfe, nämlich der Unterlassungsanordnung, der einstweiligen Anordnung und eines Auskunftsanspruchs gegen Mittelspersonen, während sie deren materielle Grundlage und nähere Ausgestaltung, die sich nicht mehr aus der Durchsetzungsperspektive regeln lassen, den

Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, KOM (2010) 779 endgültig, SEK (2010) 1589 endgültig, S. 5. *Walter/ Goebel* in: *von Lewinski/ Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2. Aufl. (2010), Article 2 Enforcement Directive, Rn. 13.2.4.

517 EuGH, Urteil vom 29.1.2008, Rs.C-275/06 – *Promusicae*, Slg. 2008 I-271; EuGH, Urteil vom 24.11.2011, Rs.C-70/10 – *Scarlet gegen SABAM*, Slg. 2011 I-11959; EuGH, Urteil vom 16.2.2012, Rs. C-360/10 – *SABAM gegen Netlog* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht); EuGH, Urteil vom 19.4.2012, Rs.C-461/10 – *Bonnier Audio gegen Perfect Communication Sweden* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht). Vgl. hierzu die ausführliche Analyse der EuGH-Rechtsprechung bei *Trstenjak*, GRUR Int 2012, 393.

Mitgliedstaaten überlässt⁵¹⁸. Die Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers für die Durchsetzungsperspektive bedeutet einen Verzicht auf eine eigene materiellrechtliche Konzeption und somit auch auf eine unionsrechtliche Antwort auf die Frage nach einer immaterialgüterrechtlichen oder eigenständigen deliktsrechtlichen Qualifikation. Aus der schutzrechtsübergreifenden Ausgestaltung der Rechtsbehelfe lässt sich zwar erkennen, dass die zugrundeliegende Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen nicht nur für besondere sondern für alle Schutzrechte gelten soll. Dieser schutzrechtsübergreifende Ansatz lässt sich aber sowohl durch eine allgemeine deliktsrechtliche Haftungsfigur als auch durch eine entsprechende Ergänzung der Verletzungstatbestände in den einzelnen Immaterialgüterrechtsgesetzen umsetzen. Die auf eine Absicherung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes zielende Durchsetzungsrichtlinie scheint zwar eine Umsetzung durch spezifische auf den Bereich des Immaterialgüterrechts beschränkte Instrumente, die den Besonderheiten des Immaterialgüterrechts und der einzelnen Immaterialgüterrechte angemessen Rechnung tragen kann, nahezulegen und gegenüber dem Delikts- und Prozessrecht der Mitgliedstaaten zu einem Sonderrecht für das

518 Erwägungsgrund (23): Unbeschadet anderer verfügbarer Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollten Rechtsinhaber die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Anordnung gegen eine Mittelsperson zu beantragen, deren Dienste von einem Dritten dazu genutzt werden, das gewerbliche Schutzrecht des Rechtsinhabers zu verletzen. Die Voraussetzungen und Verfahren für derartige Anordnungen sollten Gegenstand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bleiben. Was Verletzungen des Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte betrifft, so gewährt die Richtlinie 2001/29/EG bereits ein umfassendes Maß an Harmonisierung. Artikel 8 Absatz 3 der Richtlinie 2001/29/EG sollte daher von dieser Richtlinie unberührt bleiben.

Erwägungsgrund (21): In einigen Mitgliedstaaten gibt es andere Maßnahmen zur Sicherstellung eines hohen Schutzniveaus; diese sollten in allen Mitgliedstaaten verfügbar sein. Dies gilt für das Recht auf Auskunft über die Herkunft rechtsverletzender Waren und Dienstleistungen, über die Vertriebswege sowie über die Identität Dritter, die an der Rechtsverletzung beteiligt sind.

Siehe auch Europäische Kommission, Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Anwendung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, KOM (2010) 779 endgültig, SEK (2010) 1589 endgültig, S. 7.

Vgl. auch EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 135.

Immaterialgüterrecht zu führen⁵¹⁹. Die Vorgaben für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen lassen sich aber auch im Rahmen einer allgemeinen deliktsrechtlichen Haftungsfigur umsetzen, weil die immaterialgüterrechtlichen Besonderheiten hier hinter den Vorwurf der Verletzung einer Sorgfaltspflicht zurücktreten. Schließlich folgt auch die E-Commerce-Richtlinie hinsichtlich der Haftungsprivilegierungen einem horizontalen und nicht auf das Immaterialgüterrecht beschränkten Regelungsansatz.

In dieser Durchsetzungsperspektive reihen sich die Rechtsbehelfe gegen Mittelspersonen unter die anderen dem Rechtsinhaber bei Verletzung seines Immaterialgüterrechts zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe ein und unterliegen damit den von der Durchsetzungsrichtlinie formulierten allgemeinen Anforderungen an sie⁵²⁰. Bestimmte auf die Besonderheit der Inanspruchnahme von Mittelspersonen zugeschnittene Anforderungen finden sich in der Durchsetzungsrichtlinie dagegen nicht. So knüpfen sowohl die einstweilige Anordnung in Art. 9 I lit.a) als auch die gerichtliche Anordnung in Art. 11 S. 3 gegen Mittelspersonen, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden, von dem Wortlaut her an die einstweilige Anordnung bzw. gerichtliche Unterlassungsanordnung gegen den (unmittelbaren) Verletzer an, ohne zusätzliche Kriterien hinsichtlich der Verantwortlichkeit und eines etwaigen Verschuldens der Mittelspersonen aufzustellen. Die von der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehenen Anordnungen beruhen nicht auf einer eigenen Wertung über die Rolle der Mittelspersonen, sondern greifen, wie die Anordnung nach Art. 8 III der Richtlinie 2001/29 EG, unabhängig davon ein, ob die Mittelsperson für die bei Inanspruchnahme der von ihnen angebotenen Dienste begangenen Immaterialgüterrechtsverletzungen eine Verantwortung als unmittelbarer oder mittelbarer Verletzer oder überhaupt keine Verantwortung trifft⁵²¹. Der Auskunftsanspruch des Art. 8 I c) differenziert zwar insoweit nach der Rolle

519 Knaak, GRUR Int 2004, 745, 750; Drexler/Hilty/Kur, GRUR Int 2003, 605, 606.

520 Dazu siehe die Verweise in Fußnote 512 oben. Walter/Goebel in: von Lewinski/Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2.Aufl. (2010), Article 11 Enforcement Directive, Rn. 13.11.6f.

521 Daraus leitet J.B.Nordemann, GRUR 2011, 977, 979 ab, dass die Umsetzung dieser Unterlassungsanordnung im Recht der Mitgliedstaaten nicht an zusätzliche Kriterien wie die Verletzung von Prüfungspflichten geknüpft werden dürfte und verweist dabei auch auf die Entscheidung des EuGH im Fall *L'Oréal gegen eBay*.

der Mittelsperson, als eine neutrale Mittelsperson nur bei Handeln in gewerblichem Ausmaß als Anspruchsgegner in Betracht kommt, während eine Mittelsperson, die selbst auch als Verletzer anzusehen wäre, schon als Verletzer ohne weitere Voraussetzungen zur Auskunft verpflichtet ist⁵²². Die Durchsetzungsrichtlinie beschränkt sich aber auch hier auf die Regelung der Anspruchsgegner des Auskunftsanspruchs, um die Durchsetzung der immaterialgüterrechtlichen Ansprüche durch den Rechtsinhaber abzusichern, ohne damit eine eigene Wertung über die Verantwortlichkeit der Mittelspersonen treffen zu wollen. Der Begriff der Mittelsperson ist weit gefasst und erfasst alle Personen, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden (vgl. Art. 9 und 11)⁵²³, und damit auch alle Personen, die als Vermittler im Sinne der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft gelten⁵²⁴. Erfasst werden damit insbesondere auch die von der

522 Walter/ Goebel in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2.Aufl. (2010), Article 8 Enforcement Directive, Rn. 13.8.13-13.8.15.

523 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Anwendung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, KOM (2010) 779 endgültig, SEK (2010) 1589 endgültig, S. 6. Für den Auskunftsanspruch in Art. 8 I c) findet sich der Anspruchsgegner demgegenüber als Verletzer und/oder jede andere Person beschrieben, die nachweislich für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß erbrachte.

524 Walter/ Goebel in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), European Copyright Law, 2.Aufl. (2010), Article 9 Enforcement Directive, Rn. 13.9.15. Den terminologischen Unterschieden zwischen Vermittlern im Sinne der E-Commerce-Richtlinie und der Informationsgesellschaftsrichtlinie und Mittelspersonen im Sinne der Durchsetzungsrichtlinie in der deutschen Sprachfassung ist keine Bedeutung beizumessen, weil sie in anderen Sprachfassungen keine Entsprechung finden. So wird in der englischen Sprachfassung der drei Richtlinien einheitlich der Begriff *intermediaries* (bzw. *intermediary service providers* für die E-Commerce-Richtlinie) und in der französischen Sprachfassung der drei Richtlinien einheitlich der Begriff *intermédiaires* (bzw. *prestataires intermédiaires* für die E-Commerce-Richtlinie) verwendet.

E-Commerce-Richtlinie privilegierten Diensteanbieter einschließlich der reinen Zugangsvermittler (Access-Provider)⁵²⁵.

Der Verzicht auf weitere auf die Rolle der Mittelspersonen und ihr Verhältnis zum unmittelbaren Verletzer näher eingehende Kriterien erklärt sich daraus, dass die Ansprüche gegen Mittelspersonen zur Erleichterung und Absicherung der Rechtsdurchsetzung für den Rechtsinhaber vorgegeben werden, ohne dabei eine eigene Wertung über die Rolle und Verantwortlichkeit der Mittelspersonen und ihr Verhältnis zum unmittelbaren Verletzer zu treffen. Damit wurde zugleich von einer akzessorischen Ausgestaltung der Ansprüche gegen Mittelspersonen abgesehen. Daraus wird teilweise gefolgert, dass die Inanspruchnahme von Mittelspersonen nicht von der Haftung des unmittelbaren Verletzers abhängen darf, da die Verantwortlichkeit des unmittelbaren Verletzers nicht als zusätzliches Kriterium für die Inanspruchnahme der Mittelsperson genannt wird⁵²⁶. Auch der Auskunftsanspruch gegen Mittelspersonen setzt über den prozessualen Zusammenhang mit einem Verfahren wegen einer Immaterialgüterrechtsverletzung hinaus keine materiellrechtliche Akzessorietät zu der Haftung des unmittelbaren Verletzers voraus. Die Regelung der Ansprüche gegen Mittelspersonen aus der Durchsetzungsperspektive führt also nicht dazu, dass die Mittelspersonen nur akzessorisch oder sogar nur subsidiär zu den unmittelbaren Verletzern in Anspruch genommen werden könnten. Die Ansprüche gegen Mittelspersonen dienen zwar der Absicherung der Rechtsdurchsetzung und damit auch, wie insbesondere der Auskunftsanspruch, der Unterstützung der Durchsetzung der Verletzungsansprüche gegen den unmittelbaren Verletzer. Eine materiellrechtliche Akzessorietät zwischen der Inanspruchnahme der Mittelspersonen und der Haftung der unmittelbaren Verletzer lässt sich der Durchsetzungsrichtlinie aber nicht entnehmen. Offen erscheint dagegen, ob die von der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehenen Ansprüche gegen Mittelspersonen von den Mitgliedstaaten bei deren Umsetzung an eine entsprechende materiellrechtliche Akzessorietät gebunden und damit auf die Fälle einer tatsächlichen Haftung des unmittelbaren Verletzers beschränkt werden dürfen, während sie nach der Durchsetzungsrichtlinie unabhängig von der tatsächlichen Haftung des un-

525 EuGH, Beschluss vom 19.2.2009, Rs.C-557/07 – *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH gegen Tele2 Telecommunication GmbH*, Slg. 2009 I-1227, Rn. 41-46.

526 Walter/ Goebel in: von Lewinski/ Walter (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2.Aufl. (2010), Article 9 Enforcement Directive, Rn. 13.9.16.

mittelbaren Verletzers zur Anwendung kommen sollen. Eine entsprechende kategorische Entscheidung gegen eine akzessorische Ausgestaltung geht aus der Durchsetzungsrichtlinie nämlich nicht hervor.

Die Durchsetzungsrichtlinie trifft keine Wertung über die Rolle und Verantwortlichkeit der Mittelspersonen und enthält sich auch einer eigenständigen Berücksichtigung ihrer spezifischen Interessen bei der Durchsetzung der gegen sie gerichteten Ansprüche. Mit der Durchsetzungsperspektive rückt nämlich die Perspektive des Rechtsinhabers in den Vordergrund und die von der Durchsetzungsrichtlinie gewährten Ansprüche richten sich primär an dieser Perspektive aus. Soweit durch die zur Rechtsdurchsetzung gewährten Ansprüche wie bei der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen Interessen Dritter berührt werden, werden diese nicht eigenständig und losgelöst von dem Durchsetzungsinteresse des Rechtsinhabers berücksichtigt. So enthalten die den Auskunftsanspruch und die Anordnung gegen Mittelspersonen betreffenden Erwägungsgründe (21) und (23) keine Angaben und Wertungen zu den Interessen der Mittelspersonen. Die Auseinandersetzung mit den eigenen Interessen der Mittelspersonen, deren Dienste von Dritten für die Verletzung eines Immaterialgüterrechts verwendet werden, bleibt vielmehr auch hier, wie schon im Rahmen der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, allein der E-Commerce-Richtlinie überlassen. Der E-Commerce-Richtlinie bleiben auch die Beurteilungskriterien für die jeweilige Rolle der Mittelspersonen und darauf aufbauend die Entscheidung über das Eingreifen der Voraussetzungen für eine Befreiung von der Verantwortlichkeit vorbehalten. Die horizontalen Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie, die bei Erlass der Durchsetzungsrichtlinie bereits zum gemeinschaftsrechtlichen *acquis* gehörten, bleiben von der Durchsetzungsrichtlinie nach Art. 2 III a) und Erwägungsgrund (15) unberührt⁵²⁷, so dass den Interessen derjenigen Mittelspersonen im Sinne der

527 Art. 2 III: Diese Richtlinie berührt nicht: a) die gemeinschaftlichen Bestimmungen zum materiellen Recht auf dem Gebiet des geistigen Eigentums, [...] und die Richtlinie 2000/31/EG im Allgemeinen und insbesondere deren Artikel 12 bis 15; [...].

Erwägungsgrund (15): Diese Richtlinie sollte das materielle Recht auf dem Gebiet des geistigen Eigentums, nämlich [...] und die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt nicht berühren.

Durchsetzungsrichtlinie, die zu den nach Art. 12-14 ECRL privilegierten Anbietern gehören, zumindest über die Gewährung dieser Haftungsprivilegierungen Rechnung getragen wird. Die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie gelten allerdings nach deren Art. 12 III, Art. 13 II und Art. 14 III ohnehin nicht für Unterlassungsanordnungen, wie sie die Durchsetzungsrichtlinie in Art. 9 und 11 vorsieht⁵²⁸. Außerhalb der Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie enthält die Durchsetzungsrichtlinie aber keine eigenen Vorgaben, die eine einheitliche Berücksichtigung der Interessen derjenigen Mittelspersonen, die nicht zu den nach Art. 12-14 ECRL privilegierten Anbietern zählen, bei der Rechtsdurchsetzung durch die Mitgliedstaaten gewährleisten können⁵²⁹. Die angemessene Berücksichtigung der Interessen der Mittelspersonen gegenüber den Ansprüchen der Rechtsinhaber und die Verwirklichung eines gerechten Interessensausgleichs bleiben vielmehr in der Logik der Durchsetzungsperspektive den Mitgliedstaaten bei der Anwendung ihrer prozessua-

Die besondere Erwähnung der Artikel 12-15 der E-Commerce-Richtlinie geht auf die Bemühungen des Europäischen Parlaments zurück, das Verhältnis zwischen Durchsetzungsrichtlinie und E-Commerce-Richtlinie klarer herauszuarbeiten und den Vorrang der Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie zu betonen, siehe Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, A5-0468/2003, Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Änderungsanträge 8, 15 und 37, sowie Ausschuss für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie, Änderungsantrag 9. An den Formulierungen fällt jeweils auf, dass die Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie zur Haftungsbefreiung bestimmter Diensteanbieter zum materiellen Recht des geistigen Eigentums gezählt werden, was sich aus der Perspektive der Durchsetzungsrichtlinie, die sich nur mit der Durchsetzung der Immaterialgüterrechte beschäftigt, erklärt. Die Formulierungen dürfen aber angesichts des horizontalen rechtsgebietübergreifenden Charakters der Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie nicht als Hinweis auf eine spezifische immaterialgüterrechtliche Konzeption der Haftung von Mittelspersonen für mittelbar begangene Immaterialgüterrechtsverletzungen missverstanden werden.

528 So auch *Walter/ Goebel* in: *von Lewinski/ Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law*, 2. Aufl. (2010), Article 11 Enforcement Directive, Rn. 13.11.12.

529 Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss hatte in seiner Stellungnahme zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte am geistigen Eigentum demgegenüber die prinzipielle Berücksichtigung auch anderer mit dem Schutzinteresse der Rechtsinhaber konkurrierender Interessen gefordert und mit Blick auf die Internetprovider angemahnt, ihnen keine übermäßigen Verpflichtungen aufzubürden.

len und materiellen Rechtsvorschriften überlassen⁵³⁰. Der von den nationalen Gerichten vorgenommene Interessensausgleich muss dabei allen unionsrechtlichen Vorgaben einschließlich der Grundrechte angemessen Rechnung tragen und unterliegt insoweit einer Überprüfung durch den Gerichtshof⁵³¹. Vorbehaltlich der grundsätzlichen Gewährleistung der in der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehenen Ansprüche gegen Mittelspersonen und der Beachtung der in der E-Commerce-Richtlinie für bestimmte Kategorien von Diensteanbietern vorgesehenen Haftungsprivilegierungen erfolgt auch die konkrete Beurteilung der Verantwortlichkeit weiterhin anhand der materiellrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten. Die Durchsetzungsrichtlinie enthält folglich auch keine eigene Wertung zur Verantwortlichkeit der Mittelspersonen, die den Wertungen der E-Commerce-Richtlinie widersprechen könnte und deren Verhältnis zu den Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie deshalb zu klären wäre⁵³², sondern überlässt diese Wertung den Mitgliedstaaten, die bei der Beurteilung der Rolle und Entscheidung über die Verantwortlichkeit aller-

530 Vgl. EuGH, Urteil vom 29.1.2008, Rs.C-275/06 – *Promusicae*, Slg. 2008 I-271, Rn. 68 und 70; EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 143.

Nach *Bornkamm*, GRUR Int 2007, 642, 644 erlauben die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben einen Interessensausgleich auf nationaler Ebene, auch wenn dieser nicht von der bisherigen Harmonisierungswirkung der E-Commerce- und der Durchsetzungsrichtlinie erfasst ist.

531 Vgl. EuGH, Urteil vom 24.11.2011, Rs.C-70/10 – *Scarlet gegen SABAM*, Slg. 2011 I-11959, Rn. 44-54. Insoweit wird die den Mitgliedstaaten belassene Freiheit, insbesondere für den Auskunftsanspruch zwischen dem Recht auf Achtung des Privatlebens und dem Eigentumsrecht abzuwägen, durch mehrere Erfordernisse abgeschwächt, so auch EuGH, Beschluss vom 19.2.2009, Rs.C-557/07 – *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH gegen Tele2 Telecommunication GmbH*, Slg. 2009 I-1227, Rn. 28f.

Vgl. zu den sich aus den Grundrechten und insbesondere dem Datenschutzrecht ergebenden Grenzen für die Durchsetzung der Immaterialgüterrechte die ausführliche Analyse der EuGH-Rechtsprechung bei *Trstenjak*, GRUR Int 2012, 393.

532 Vgl. den Vorschlag des Ausschusses für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie des Europäischen Parlaments in dem Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, A5-0468/2003, Änderungsantrag 9, Art. 2 III a) um die klarstellende Wertung zu ergänzen, dass Vermittler von Dienstleistungen, deren Rolle auf die in den Artikeln 12 bis 14 der Richtlinie 2000/31/EG beschriebenen Tätigkeiten beschränkt ist, für die Zwecke der Durchsetzungsrichtlinie nicht als Verletzer bzw. Beteiligte an einer Verletzung zu betrachten seien.

dings die Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie und die Grundrechte der Grundrechtscharta zu berücksichtigen haben⁵³³. Die konsequente Beschränkung auf die Durchsetzungsperspektive führt also nicht nur zu einer Beschränkung der konkreten Vorgaben auf diejenigen Aspekte, die sich im Rahmen der Rechtsdurchsetzung behandeln lassen, sondern auch zu einer auf die für die Rechtsdurchsetzung relevanten Aspekte eingeschränkten Auseinandersetzung mit den zugrundeliegenden Interessen und Wertungen. Somit lassen sich aus der Durchsetzungsrichtlinie auch keine über ihre konkreten Vorgaben bestimmter Ansprüche gegen Mittelspersonen hinausgehenden Anhaltspunkte für eine eigene unionsrechtliche Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen jenseits der Durchsetzungsperspektive gewinnen⁵³⁴.

533 EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 138f. und EuGH, Urteil vom 24.11.2011, Rs.C-70/10 – *Scarlet gegen SABAM*, Slg. 2011 I-11959, Rn. 33-36, jeweils mit Blick auf das Verbot der Auferlegung allgemeiner Überwachungspflichten nach Art. 15 I der E-Commerce-Richtlinie.

EuGH, Urteil vom 29.1.2008, Rs.C-275/06 – *Promusicae*, Slg. 2008 I-271, Rn. 61-70, EuGH, Urteil vom 24.11.2011, Rs.C-70/10 – *Scarlet gegen SABAM*, Slg. 2011 I-11959, Rn. 41-54, EuGH, Urteil vom 16.2.2012, Rs. C-360/10 – *SABAM gegen Netlog* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Rn. 39-51; EuGH, Urteil vom 19.4.2012, Rs.C-461/10 – *Bonnier Audio gegen Perfect Communication Sweden* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Rn. 56-60, jeweils mit Blick auf die Grundrechte der Grundrechtscharta.

534 Aus dem Anwendungsbericht der Kommission wird allerdings erkennbar, dass sich die Kommission für die Zukunft eine weitergehende Harmonisierung der Verantwortlichkeit von Vermittlern gerade im digitalen Umfeld vorbehält, die dann auch zu einer eigenen gemeinschaftsrechtlichen Konzeption führen könnte, siehe Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Anwendung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, KOM (2010) 779 endgültig, SEK (2010) 1589 endgültig, S. 6: „Die Vielfalt des Internet erleichtert es, zahlreiche Verletzungen der Rechte des geistigen Eigentums zu begehen. Waren, durch die Rechte des geistigen Eigentums verletzt werden, werden im Internet zum Kauf angeboten. Suchmaschinen ermöglichen es Betrügern häufig, Internetnutzer für ihre zum Kauf oder als Download verfügbaren rechtswidrigen Angebote zu interessieren. Die gemeinsame Nutzung von Dateien mit urheberrechtsgeschützten Inhalten ist mittlerweile gang und gäbe [...]. Viele Websites hosten oder erleichtern die Online-Verbreitung geschützter Werke ohne Zustimmung der Rechteinhaber. In diesem Zusammenhang müssen mög-

4. Zwischenergebnis: keine eigene unionsrechtliche Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen

Im Ergebnis zeichnen weder die E-Commerce-Richtlinie, noch die Informationsgesellschaftsrichtlinie, noch die Durchsetzungsrichtlinie eine eigene unionsrechtliche Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen vor, die als Grundlage für eine gemeinschaftsautonome Qualifikation dienen könnte. Alle drei Richtlinien zeichnen sich durch die ihnen immanente Binnenmarktperspektive und die auf ihren jeweiligen Regelungsgegenstand begrenzte Harmonisierungswirkung aus. Alle drei Richtlinien verfolgen das Ziel, Verzerrungen im Binnenmarkt durch unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen zu ver-

licherweise die Grenzen des bestehenden Rechtsrahmens eindeutig geprüft werden.“ und S. 7: „Zudem besteht weiterhin Unsicherheit darüber, welche besonderen Maßnahmen, unabhängig von ihrer Haftung, für Mittelspersonen gelten, die zur Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums beigetragen oder sie erleichtert haben. [...] Auch Internetplattformen wie beispielsweise Online-Märkte oder Suchmaschinen können eine wichtige Rolle spielen, wenn es darum geht, die Zahl der Verletzungen der Rechte des geistigen Eigentums zu verringern, vor allem durch Präventivmaßnahmen und Verfahren zur Meldung und Entfernung rechtswidriger Inhalte. Anbieter von Internetdiensten sind auch der Schlüssel zur Arbeitsweise des Online-Umfelds. Sie bieten Zugang zum Internet und verbinden die zugrundeliegenden Netze, Host Websites und Server miteinander. Als Vermittler zwischen allen Internetnutzern und den Rechteinhabern befinden sie sich durch rechtswidrige Handlungen ihrer Kunden häufig in einer heiklen Lage. Aus diesem Grund enthält das EU-Recht bereits besondere Bestimmungen zur Begrenzung der Verantwortlichkeit von Internetdiensteanbietern, deren Dienste zur Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums genutzt werden. Die gegenüber Vermittlern zu ergreifenden Maßnahmen betreffen vor allem das Recht auf Auskunft, die einstweiligen Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen (z.B. einstweilige gerichtliche Anordnungen) oder dauerhafte gerichtliche Anordnungen. Die Richtlinie überlässt es den Mitgliedstaaten, zu entscheiden, wann und wie eine gerichtliche Anordnung gegen einen Vermittler erlassen werden kann. Damit dies effizient funktioniert, könnte es von Nutzen sein, klarzustellen, dass gerichtliche Anordnungen nicht von der Haftung des Vermittlers abhängen sollten. Darüber hinaus deuten die im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen aufgeführten Erkenntnisse darauf hin, dass die derzeit verfügbaren legislativen und nichtlegislativen Instrumente nicht ausreichen, um Online-Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums wirksam zu bekämpfen. Da der Vermittler sich im Hinblick auf Prävention und Beendigung von Online-Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums in einer günstigen Position befindet, könnte die Kommission untersuchen, wie er enger eingebunden werden kann.“.

hindern. Die E-Commerce-Richtlinie wählt dabei die Dienstleistungsfreiheit und Rechtssicherheit für den Anbieter elektronischer Dienste, die Informationsgesellschaftsrichtlinie die Anpassung des Schutzes des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte an die geänderten technologischen Rahmenbedingungen und neuen Bedürfnisse der Informationsgesellschaft und die Durchsetzungsrichtlinie schließlich die Gewährleistung einer effektiven Rechtsdurchsetzung zur Absicherung des materiellen Schutzstandards in der Gemeinschaft und in den Mitgliedstaaten als Ausgangspunkt für ihre jeweils punktuellen Regelungen zur Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen. Auch aus dem Zusammenspiel zwischen der durch die Informationsgesellschaftsrichtlinie und die Durchsetzungsrichtlinie vorgenommenen Harmonisierung der Rechtsbehelfe einerseits und der durch die E-Commerce-Richtlinie vorgenommenen Harmonisierung der Haftungsprivilegierungen andererseits ergibt sich noch kein ausreichendes Bild einer eigenen unionsrechtlichen Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen⁵³⁵. Die Richtlinien decken aus unterschiedlichen Perspektiven nur einzelne Aspekte der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen ab und lassen dabei jeweils die grundlegende Frage nach deren Rechtsnatur und dogmatischem Grund unbeantwortet. Ohne eine einheitliche dogmatische Konzeption des Haftungsgrundes lässt sich aber über die Vorgabe von Rechtsbehelfen in Richtlinien zur Harmonisierung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes auf der einen Seite und rechtsgebietübergreifenden Haftungsprivilegierungen in einer Richtlinie zur Harmonisierung des elektronischen Geschäftsverkehrs auf der anderen Seite keine eigene unionsrechtliche Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen begründen und insbe-

535 Vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen vom 9.12.2010 zu Rs.C-324/09, Rn. 55f, der betont, dass das Unionsrecht keine Bestimmung enthält, der zufolge Unternehmen verpflichtet wären, Markenverletzungen durch Dritte zu verhindern oder Handlungen und Praktiken zu unterlassen, die zu solchen Verletzungen beitragen oder sie erleichtern könnten, und hier von einer nur teilweisen Harmonisierung der Haftung durch Harmonisierung der Voraussetzungen für eine Nichthaftung in den Art. 12-14 der E-Commerce-Richtlinie spricht; als weitere Vorgabe des Unionsrechts wird in diesem Zusammenhang noch die gerichtliche Anordnung gegen Mittelspersonen erwähnt. Rechtsinstitute wie mitwirkende oder von Dritten begangene Markenverletzungen, die Mittäterschaft bei unerlaubten Handlungen oder die Figur der Störerhaftung verbleiben demnach außerhalb des Unionsrechts.

sondere keine unionsrechtliche Antwort auf ihre immaterialgüterrechtliche oder deliktsrechtliche Natur finden. Während die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie auf einem horizontalen und damit nicht auf einem immaterialgüterrechtsspezifischen Ansatz beruhen, erfolgt die Vorgabe bestimmter Rechtsbehelfe gegen Mittelspersonen durch die Informationsgesellschaftsrichtlinie und die Durchsetzungsrichtlinie aus einer immaterialgüterrechtlichen Schutz- und Durchsetzungsperspektive, so dass sich den unionsrechtlichen Vorgaben weder eine eindeutige Wertung noch eine Präferenz zugunsten einer immaterialgüterrechtlichen oder deliktsrechtlichen Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen entnehmen lässt. Mit Blick auf die Ermöglichung von Markenverletzungen durch das Anbieten entsprechender *ad-words* durch einen Suchmaschinenbetreiber hat sich Generalanwalt *Poiares Maduro* gegen eine Ausweitung des markenrechtlichen Schutzes und für eine haftungsrechtliche und damit deliktsrechtliche Einordnung der Mitwirkung an fremden Immaterialgüterrechtsverletzungen ausgesprochen, die dem nationalen Recht vorbehalten bleibe⁵³⁶. Die Zurechnungskriterien, die die materielle Haftungsgrundlage für die von der Informationsgesellschafts- und Durchsetzungsrichtlinie vorgegebenen Ansprüche bilden, werden durch die Richtlinien nicht vorgezeichnet. Die Rechtsprechung des EuGH enthält punktuelle Andeutungen zu relevanten Zurechnungskriterien, soweit die Zurechnung des Verhaltens einer anderen Person zur Ausfüllung eines unionsrechtlich vorgegebenen Verletzungstatbestandes erfolgt⁵³⁷. Die dogmatische Konstruktion und Einbettung bleibt aber dem nationalen Haftungsrecht der Mitgliedstaaten überlassen. Die Interessen der Mittelspersonen werden ausschließlich in der E-Commerce-Richtlinie eigenständig berücksichtigt, die zwar nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers auf einer umfassenden und abschließenden Abwägung der Interessen beruht, die aber nur für bestimmte Kategorien von Diensteanbietern Haftungsprivilegierungen vorsieht und nicht alle Konstellationen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen erfasst. Folglich ist auch der hinter einer bestimmten von den

536 Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro vom 22.9.2009, Rs.C-236/08 bis C-238/08, Rn. 48, 117-119, 123, 125.

537 So in der Entscheidung *Donner* im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Auslegung der Verbreitung an die Öffentlichkeit nach Art. 4 I der Richtlinie 2001/29, EuGH, Urteil vom 21.6.2012, Rs. C-5/11 – *Donner* (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Rn. 26-30.

Mitgliedstaaten ausgestalteten Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen stehende Interessensausgleich jenseits der von der E-Commerce-Richtlinie vorgegebenen Haftungsprivilegierungen nicht abschließend durch das Unionsrecht vorgezeichnet. Aus den Grundrechten der Grundrechtscharta und ihrer Auslegung durch den EuGH ergeben sich zwar weitere und zunehmend präzierte Schranken für die Umsetzung und Ausgestaltung der durch die Richtlinien vorgegebenen Rechtsbehelfe gegen Mittelspersonen durch die Mitgliedstaaten. Auch hier obliegt der konkrete Ausgleich im Einzelfall innerhalb des vom EuGH vorgezeichneten Rahmens aber den Mitgliedstaaten, so dass auch unter Berücksichtigung der Grundrechte und ihrer Auslegung durch den EuGH derzeit noch keine hinreichend konturierte unionsrechtliche Konzeption der Verantwortlichkeit für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen erkennbar ist.

III. Die materiellrechtliche Ausgestaltung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in ausgewählten europäischen und außereuropäischen Rechtsordnungen

Weil die E-Commerce-Richtlinie, die Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft und die Durchsetzungsrichtlinie wie gesehen die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen nur punktuell harmonisieren und deren materiellrechtliche Ausgestaltung im übrigen den Mitgliedstaaten überlassen, ohne eine eigene unionsrechtliche Konzeption dieser Frage erkennen zu lassen, bleibt auch bei einer Qualifikation im Rahmen des Unionsrechts Raum für eine funktional rechtsvergleichende Qualifikation, die auf die materiellrechtliche Ausgestaltung in den Mitgliedstaaten zurückgreift. Daher ist nun im folgenden die materiellrechtliche Ausgestaltung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in einzelnen Mitgliedstaaten näher zu untersuchen, um dann auf dieser Grundlage nach möglichen Gemeinsamkeiten für eine von den Einzelheiten der jeweiligen Rechtsordnungen abstrahierende Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Rechtsverletzungen zu suchen. Weil sich die Untersuchung und Darstellung der Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten im Rahmen dieser Arbeit auf einzelne ausgewählte Beispiele beschränken muss, erfolgen diese auf der Grundlage des deutschen und des französischen Rechts. Das deutsche

Recht zeichnet sich durch eine dogmatisch konsequente Trennung zwischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungen und deren Ermöglichung aus und verfügt mit der Rechtsfigur der Störerhaftung über eine eigenständige materiellrechtliche Haftungsgrundlage jenseits von Mittäterschaft und Teilnahme. Das französische Recht ist demgegenüber durch ein weites Verständnis der immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestände, die Tendenz zu einem starken Schutz der Rechtsinhaber und eine enge Verschränkung zwischen dem allgemeinen Deliktsrecht und dem Immaterialgüterrecht sowie zwischen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen geprägt. Zudem finden sich erste Ansätze zu einem gesetzlichen Regelungsversuch für *peer-to-peer*-Netzwerke. Als romanische Rechtsordnung gehört es historisch einer anderen Rechtsfamilie als das deutsche Recht an, die innerhalb Europas ebenso bedeutend ist. Mit dem deutschen und mit dem französischen Recht stehen sich also zwei hinreichend unterschiedliche rechtliche Konzeptionen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen gegenüber, aus der sich erste Erkenntnisse für eine funktional rechtsvergleichende Qualifikation innerhalb Europas gewinnen lassen.

Ergänzend und kontrollierend ist auch die Rechtslage außerhalb der Europäischen Union zu berücksichtigen, um zu gewährleisten, dass eine für die Europäische Union gewonnene Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen auch außereuropäische Ausprägungen dieser Haftung erfassen kann. Zudem können die gewonnenen Erkenntnisse so auch einen ersten Anhaltspunkt für die Möglichkeit einer über den europäischen Rechtskreis hinausgehenden international tragfähigen Qualifikation liefern. Der Blick auf die außereuropäischen Rechtsordnungen kann sich hier anstelle von vielen nur auf eine, nämlich auf das Beispiel der US-amerikanischen Rechtsordnung richten, die anhand ausgewählter Entscheidungen skizziert werden soll. Damit wird zum einen eine Rechtsordnung aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis präsentiert, die auf einer *common law*-Rechtstradition beruht und die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen entsprechend auch auf allgemeine deliktsrechtliche Haftungsfiguren des *common law of torts* zurückführt. Zum anderen wurde die Rechtslage in den USA maßgeblich durch auch außerhalb der USA beachtete Grundsatzentscheidungen geprägt, die sich um einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen einem angemessenen Schutz der Rechtsinhaber und der Zulassung von Geschäftsmodellen, die Immaterialgüterrechtsverletzungen zwar ermöglichen, aber daneben auch legale und für die Gesell-

schaft nützliche Nutzungsmöglichkeiten aufweisen, bemühen. In den Regelungen des Digital Millennium Copyright Act finden sich zudem Haftungsbeschränkungen für bestimmte Diensteanbieter, die sich mit den entsprechenden Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie vergleichen lassen. Weil der Ursprung des amerikanischen Rechts im englischen *common law* begründet liegt, bestehen mit der englischen Rechtsordnung als Mutter des *common law* und als *common law*-Rechtsordnung innerhalb der Europäischen Union bei allen Unterschieden historische Gemeinsamkeiten und wichtige konzeptionelle Übereinstimmungen. Trotz der systematischen Verschiedenheiten zwischen *civil law* und *common law* sowie zwischen europäischen Rechtsordnungen und der US-amerikanischen Rechtsordnung erscheinen eine rechtsvergleichend funktionale europäische Qualifikation, die auch die Haftungsformen des US-amerikanischen Rechts erfassen könnte, oder sogar eine gemeinsame rechtsvergleichend funktionale Qualifikation also denkbar.

Unter die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen lassen sich verschiedene Haftungskonstellationen und Haftungsformen fassen, denen als gemeinsamer Ausgangspunkt die Situation zugrundeliegt, dass eine Person, die selbst nicht den Tatbestand einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung erfüllt und deren Haftung als unmittelbarer Verletzer deshalb ausscheidet, die Verwirklichung der Immaterialgüterrechtsverletzung durch eine andere Person, die als sog. Primär- oder unmittelbarer Verletzer anzusehen ist, ermöglicht. Für die folgende Darstellung und Analyse der verschiedenen Haftungskonstellationen werden nur die wesentlichen Grundzüge und Anliegen der jeweiligen Haftungsformen aufgezeigt, ohne auf alle hiervon im einzelnen erfassten Sachverhaltskonstellationen und Kategorien von Diensten bzw. Diensteanbietern näher eingehen zu können, deren Abgrenzung im einzelnen als materiellrechtliche Frage anzusehen und letztlich im materiellen Recht zu beantworten ist. Bei der Analyse der einzelnen Haftungsformen wird auch der Frage nachgegangen, inwieweit sich die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichende Tathandlung auf eine inländische Immaterialgüterrechtsverletzung beziehen und selbst im Inland vorgenommen werden oder zumindest auf das Inland ausgerichtet sein muss. Dabei geht es hier zunächst allein um die auf der sachrechtlichen Ebene anzusiedelnden möglichen Konsequenzen des Territorialitätsprinzips, d.h. der räumlich begrenzten Schutzwirkung des verletzten Immaterialgüterrechts, und um einen etwaigen besonderen Bezug zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung in der Ausgestaltung der Haftungstatbestände. Auf dieser

Grundlage ist dann später die Frage zu stellen, wie weit das sachrechtliche Erfordernis einer inländischen Immaterialgüterrechtsverletzung und einer hierauf ausgerichteten Tathandlung auf kollisionsrechtlicher Ebene die immaterialgüterrechtliche Schutzlandanknüpfung einfordern oder überwunden werden kann (siehe unten III.4.c und V.2.c).

1. Überblick über die materielle Rechtslage in Deutschland

Eine Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen kommt in Deutschland für verschiedene Konstellationen in Betracht, die von der Beteiligung an einer fremden Immaterialgüterrechtsverletzung zu einer eigenständig begründeten Gefährdung des verletzten Immaterialgüterrechts reichen. So lassen sich ausgehend von den Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts und der besonderen immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestände, ihrer Anwendung durch die Rechtsprechung und ihrer dogmatischen Konturierung und Hinterfragung die Verantwortlichkeit wegen der Mittäterschaft oder Teilnahme an einer fremden Immaterialgüterrechtsverletzung, die Verantwortlichkeit wegen mittelbarer Patentverletzung nach § 10 PatG und wegen mittelbarer Markenverletzung nach § 14 IV MarkenG sowie die Verantwortlichkeit als Störer und als deren dogmatischer Alternative die Verantwortlichkeit wegen mittelbar begangener Immaterialgüterrechtsverletzungen bzw. wegen fahrlässiger (Mit-)Verursachung im Sinne einer allgemeinen täterschaftlichen Begehungsform unter die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen fassen. Eine Sonderstellung nimmt in diesem Zusammenhang schließlich die Bejahung einer täterschaftlichen Haftung für die unter Verwendung ungesicherter Zugangsdaten zu einer Internet-Auktionsplattform von einem Dritten begangene Immaterialgüterrechtsverletzung⁵³⁸ ein, auf die abschließend noch kurz eingegangen wird.

a) Mittäterschaft und Teilnahme nach § 830 I 1, II BGB

Die Verantwortlichkeit als Mittäter einer Immaterialgüterrechtsverletzung setzt als Grundlage für die Zurechnung der von einem anderen begange-

538 BGH, Urteil vom 11.3.2009, I ZR 114/06 – *Halzband*, GRUR 2009, 597f.

nen Immaterialgüterrechtsverletzung nach § 830 I 1 BGB eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung, also ein bewusstes und gewolltes einverständliches Zusammenwirken voraus⁵³⁹. Für die mittäter-schaftliche Begehung einer Immaterialgüterrechtsverletzung ist es nicht zwingend erforderlich, dass jeder Mittäter die eigentliche Verletzungshandlung selbst mit ausführt, solange er Tatherrschaft über deren Vornahme hat; die Verwirklichung des immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestandes durch einen anderen Mittäter kann ihm dann zugerechnet werden. Die Verantwortlichkeit als Anstifter oder Gehilfe einer fremden Immaterialgüterrechtsverletzung ist nach § 830 II BGB der Verantwortlichkeit von Mittätern dahingehend gleichgestellt, dass im Außenverhältnis gegenüber dem Geschädigten jeder für den Schaden verantwortlich ist. Nur im Binnenverhältnis reduziert sich die Haftung gemäß § 840 I, §§ 421, 426 und dem Rechtsgedanken des § 254 BGB auf den der eigenen Verantwortung entsprechenden Tatbeitrag⁵⁴⁰.

Inwieweit die für den Schadensersatzanspruch formulierte unbegrenzte Haftung im Außenverhältnis auch für Unterlassungsansprüche Geltung beanspruchen kann, erscheint fraglich. Zwar soll § 830 BGB prinzipiell auch auf den dem Schadensersatzanspruch vorgelagerten Unterlassungsanspruch Anwendung finden, weil die zivilrechtliche Verantwortlichkeit üblicherweise nicht nach dem Grad der Verantwortung differenziert⁵⁴¹. Auch wenn Täter und Teilnehmer damit gleichermaßen auf Unterlassung verklagt werden können, sind aber Art und Umfang des Tatbeitrags bei der Formulierung des Unterlassungsbegehrens und somit für den Inhalt des Unterlassungsanspruchs zu berücksichtigen, was dafür spricht, dass von dem Gehilfen nur die Unterlassung seiner Gehilfentätigkeit verlangt werden kann⁵⁴². Für die vergleichbare Frage nach dem Umfang der Unterlassenshaftung des mittelbaren Verletzers wird allerdings vertreten, dass sich seine Haftung nicht auf das Hinwirken auf ein Unterlassen des unmittelba-

539 Palandt- *Sprau*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68.Aufl. (2009), § 830, Rn. 3; *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, § 830, Rn. 11.

540 *Larenz/ Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, Besonderer Teil, 13.Aufl. (1994), S. 583; Palandt- *Sprau*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68.Aufl. (2009), § 840, Rn. 8/9.

541 Palandt- *Sprau*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68.Aufl. (2009), § 830, Rn. 1; BGH, Urteil vom 24.6.2003, KZR 32/02, NJW 2003, 2525, 2526.

542 Siehe BGH, Urteil vom 15.1.1957, I ZR 56/55 – *Taeschner (Pertusin II)*, GRUR 1957, 352, 353.

ren Verletzers beschränkt, sondern ihn dazu verpflichtet, den Verletzungserfolg zu unterbinden, sei es durch ein entsprechendes Hinwirken auf eine Unterlassung durch den unmittelbaren Verletzer, sei es durch Unterbrechen der zur Verletzung führenden Kausalkette durch Unterlassen des eigenen Tatbeitrags⁵⁴³. Das Bestehen einer Gesamtschuld zwischen mehreren Unterlassungsschuldern wird dabei dennoch verneint, weil jeder einzelne Schuldner die Unterbindung des Erfolgs schuldet, ohne dass er durch das Befolgen des Unterlassungsgebots durch einen anderen Schuldner von dieser ihn treffenden Verpflichtung befreit wird, und der Gläubiger eines Unterlassungsanspruchs zu dessen Verwirklichung von jedem Schuldner die Unterbindung des Erfolgs einfordern können muss⁵⁴⁴. Im Ergebnis ist eine gesamtschuldnerische Haftung für Unterlassungsansprüche sowohl bei der Teilnahme als auch bei der später zu erörternden mittelbaren Patent- und Markenverletzung sowie der Störerhaftung abzulehnen und für Schadensersatzansprüche nur insoweit zu bejahen, als derselbe Schaden geltend gemacht wird.

Die Teilnahme ist akzessorisch zur Haupttat ausgestaltet und setzt in objektiver Hinsicht einen ursächlichen oder zumindest unterstützenden Tatbeitrag und in subjektiver Hinsicht Vorsatz zur Verwirklichung des Verletzungstatbestandes voraus⁵⁴⁵. Die Teilnahme im Deliktsrecht orientiert sich dabei an der Terminologie und den Voraussetzungen des Strafrechts, auch wenn die dortigen Wertungen nicht blind zu übertragen, sondern in die deliktsrechtliche Haftungssystematik einzufügen sind⁵⁴⁶. Die Zurechnung der von einem anderen begangenen Immaterialgüterrechtsverletzung erfolgt also in beiden Fällen auf der Grundlage eines objektiven

543 Hartmann, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 29.

544 Hartmann, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 34f.

545 Palandt- *Sprau*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. (2009), § 830, Rn. 4, wonach die Beihilfe jedes vorsätzliche Verhalten erfasst, das die tatbestandsmäßige Handlung des Täters fördert, erleichtert oder den Täter in seinem Tatentschluss bestärkt und spürbar zur Ausführung des Delikts beigetragen hat; *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, 5. Aufl. (2009), § 830, Rn. 14f., 17 und 21.

546 *Larenz/ Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl. (1994), S. 565f.; Palandt- *Sprau*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. (2009), § 830, Rn. 3f.; *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, 5. Aufl. (2009), § 830, Rn. 7; BGH, Urteil vom 22.7.2010, I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, GRUR 2011, 152, 154.

und eines subjektiven Elements. Beide Elemente werden durch ein eigenständiges Rechtswidrigkeitsurteil über den Tatbeitrag des Mittäters oder Teilnehmers ergänzt, das in der Regel auf eine unzulässige Erhöhung des Risikos einer Rechts(guts)verletzung oder der Solidarisierung mit der Rechts(guts)verletzung gestützt werden kann⁵⁴⁷. Das Vorsatzerfordernis folgt aus der Notwendigkeit eines die Zurechnung begründenden Einverständnisses mit der Verwirklichung des Verletzungstatbestandes durch den Haupttäter⁵⁴⁸. Der Vorsatz muss stets in Hinblick auf die konkrete Immaterialgüterrechtsverletzung gegeben sein und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit miteinschließen⁵⁴⁹. Eine Verantwortlichkeit nach den Grundsätzen der Mittäterschaft oder Teilnahme für die Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung kommt also nur dann in Betracht, wenn derjenige, der die Immaterialgüterrechtsverletzung durch einen konkreten Tatbeitrag oder durch das Zurverfügungstellen technischer Mittel oder Dienste ermöglicht oder unterstützt, weiß, welches Immaterialgüterrecht bzw. welche Immaterialgüterrechte im einzelnen mittels der von ihm zur Verfügung gestellten Mittel verletzt werden. Das generelle Bewusstsein, dass über die zur Verfügung gestellten Mittel auch im einzelnen noch nicht näher bestimmte Immaterialgüterrechte verletzt werden können, genügt demgegenüber für die Verantwortlichkeit als Mittäter oder Teilnehmer der Immaterialgüterrechtsverletzung nicht⁵⁵⁰.

547 Larenz/ Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, Besonderer Teil, 13.Aufl (1994), S. 568.

548 Larenz/ Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, Besonderer Teil, 13.Aufl (1994), S. 567.

549 BGH, Urteil vom 11.3.2004, I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860, 863f. und BGH, Urteil vom 19.4.2007, I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708, 710. Das gilt auch für eine mögliche Beihilfe durch Unterlassen im Hinblick auf Markenverletzungen Dritter, die zusätzlich zu der objektiven Unterstützung der Rechtsverletzung, dem Vorsatz in Bezug auf die Haupttat und dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraussetzt, dass der Gehilfe zur Verhinderung des Erfolgs rechtlich verpflichtet ist und ihm dies möglich und zumutbar ist, BGH, Urteil vom 22.7.2010, I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, GRUR 2011, 152, 154.

550 Vgl. BGH, Urteil vom 19.4.2007, I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708, 710 für das Markenrecht; OLG Hamburg, Urteil vom 30.9.2009, 5 U 111/08 – *Rapidshare II*, NJOZ 2009, 4957, 4965f. und OLG Köln, Urteil vom 21.9.2007, 6 U 86/07 – *Rapidshare*, BeckRS 2007, 19542 = GRUR-RR 2008, 35, 35f. für das Urheberrecht; BGH, Urteil vom 17.9.2009, Xa ZR 2/08 – *MP3-Player-Import*, GRUR 2009, 1142, 1144 für das Patentrecht.

Damit kommt die Verantwortlichkeit wegen Mittäterschaft oder Teilnahme an einer Immaterialgüterrechtsverletzung in den Fällen in Betracht, in denen die Person nur eine bestimmte Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglicht, indem sie nur auf ein oder bestimmte Immaterialgüterrechte ausgerichtete Hilfsmittel zur Verfügung stellt oder im Vorfeld weiß, welches Immaterialgüterrecht oder welche Immaterialgüterrechte durch die von ihr zur Verfügung gestellten Mittel verletzt werden können. Als Beispiel lässt sich hierzu die Beförderung schutzrechtsverletzender Waren durch einen Spediteur anführen, der den markenrechtsverletzenden Charakter oder die patentverletzende Verwendung der von ihm beförderten Waren kennt. Demgegenüber scheidet eine Verantwortlichkeit wegen Mittäterschaft oder Teilnahme aus, wenn die Person eine Immaterialgüterrechtsverletzung nur dadurch ermöglicht, dass sie technische Mittel zur Verfügung stellt oder Dienste anbietet, die neben einer rechtmäßigen Verwendungsweise auch zu im einzelnen im voraus noch nicht näher erkennbaren Immaterialgüterrechtsverletzungen gebraucht werden können. Als Beispiel hierzu lässt sich das Angebot einer Internet-Verkaufs- oder Versteigerungsplattform anführen, über die sowohl rechtmäßige als auch markenrechtsverletzende Angebote von den Nutzern eingestellt werden können, ohne dass der Betreiber der Plattform Kenntnis von den einzelnen eingestellten Angeboten erlangt und deshalb auch nicht weiß, welche Marken über die von ihm zur Verfügung gestellte Seite verletzt werden; die Rechtsprechung behandelt diese Konstellation nach den im folgenden noch zu erörternden Grundsätzen der Störerhaftung⁵⁵¹.

Mit Blick auf die territorial begrenzte Schutzwirkung der Immaterialgüterrechte gilt für die Teilnahme folgendes: Aufgrund der Akzessorietät der Teilnahme setzt diese eine im Inland begangene Verletzung eines inländischen Immaterialgüterrechts als rechtswidrige Haupttat voraus, zu der sie beiträgt und aus der sie den Vorwurf eigenen rechtswidrigen Verhaltens bezieht. Die Teilnahme bezieht ihren Unrechtsgehalt nämlich allein aus der Haupttat, die sie objektiv fördert und subjektiv verwirklicht sehen möchte, und die Haupttat selbst unterliegt als unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung dem Territorialitätsprinzip und setzt deshalb eine im Inland begangene unmittelbare Verletzungshandlung eines im Inland geschützten Immaterialgüterrechts voraus. Das Territorialitätsprinzip erfor-

551 Vgl. BGH, Urteil vom 11.3.2004, I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860 und BGH, Urteil vom 19.4.2007, I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708.

dert aber nicht, dass auch die Teilnahmehandlung, die nicht die Anmaßung eines dem Rechtsinhaber ausschließlich vorbehaltenen Benutzungs- oder Verwertungsrechts widerspiegelt und deshalb selbst nicht dem Territorialitätsprinzip unterliegt, im Inland begangen wurde. Erforderlich ist lediglich ein hinreichender Inlandsbezug bzw. eine Ausrichtung der Teilnahmehandlung auf das Inland, weil sich die Teilnahme aufgrund ihrer akzessorischen Ausgestaltung und ihrer Unrechtsakzessorietät objektiv und subjektiv auf die inländische Immaterialgüterrechtsverletzung beziehen muss.

b) Die mittelbare Patentverletzung nach § 10 PatG und die mittelbare Markenverletzung nach § 14 IV MarkenG

Die mittelbare Patentverletzung nach § 10 PatG⁵⁵² und die mittelbare Markenverletzung nach § 14 IV MarkenG⁵⁵³ sind als eigenständige Verlet-

552 § 10 PatG: „(1) Das Patent hat ferner die Wirkung, daß es jedem Dritten verboten ist, ohne Zustimmung des Patentinhabers im Geltungsbereich dieses Gesetzes anderen als zur Benutzung der patentierten Erfindung berechtigten Personen Mittel, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, zur Benutzung der Erfindung im Geltungsbereich dieses Gesetzes anzubieten oder zu liefern, wenn der Dritte weiß oder es auf Grund der Umstände offensichtlich ist, daß diese Mittel dazu geeignet und bestimmt sind, für die Benutzung der Erfindung verwendet zu werden.

(2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden, wenn es sich bei den Mitteln um allgemein im Handel erhältliche Erzeugnisse handelt, es sei denn, daß der Dritte den Belieferer bewußt veranlaßt, in einer nach § 9 Satz 2 verbotenen Weise zu handeln.

(3) [...]“.

553 § 14 IV MarkenG: „Dritten ist es ferner untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr

1. ein mit der Marke identisches Zeichen oder ein ähnliches Zeichen auf Aufmachungen oder Verpackungen oder auf Kennzeichnungsmitteln wie Etiketten, Anhängern, Aufnähern oder dergleichen anzubringen,

2. Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel, die mit einem mit der Marke identischen Zeichen oder einem ähnlichen Zeichen versehen sind, anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen oder

3. Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel, die mit einem mit der Marke identischen Zeichen oder einem ähnlichen Zeichen versehen sind, einzuführen oder auszuführen,

wenn die Gefahr besteht, daß die Aufmachungen oder Verpackungen zur Aufmachung oder Verpackung oder die Kennzeichnungsmittel zur Kennzeichnung von

zungstatbestände formuliert, auch wenn die hierunter fallenden Handlungen keine unmittelbaren Verletzungshandlungen darstellen, da sie nicht den dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Verwertungshandlungen entsprechen. Es handelt sich vielmehr um in das Vorfeld der eigentlichen Patent- und Markenverletzung vorverlagerte Handlungen, die als typische Vorbereitungshandlungen die Gefahr einer anschließenden Patent- bzw. Markenverletzung begründen. Ihre Untersagung und Sanktionierung erleichtert die Rechtsdurchsetzung für den Rechtsinhaber und dient einem effektiven Schutz seiner Ausschließlichkeitsrechte, weil so bereits der Grundlage der unmittelbaren Patent- oder Markenverletzung, von der die Gefahr für das Schutzrecht ausgeht, begegnet werden kann⁵⁵⁴. Anders als die auf Unterlassungsansprüche begrenzte Störerhaftung führen die Tatbestände der mittelbaren Patent- und der mittelbaren Markenverletzung nicht nur zu Ansprüchen auf Unterlassung, sondern auch auf Schadensersatz (vgl. § 139 PatG, der auch auf § 10 PatG verweist, und § 14 V und VI MarkenG, die jeweils auch auf § 14 IV MarkenG verweisen).

aa) die mittelbare Patentverletzung nach § 10 PatG

Das Konzept der mittelbaren Patentverletzung war zunächst durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelt und dann gewohnheitsrechtlich anerkannt worden⁵⁵⁵, bevor der Tatbestand des § 10 PatG das Vorbild von Art. 30 des Gemeinschaftspatentübereinkommens (GPÜ) von 1975 (Art. 26 GPÜ von 1989) aufgriff und 1981 Eingang in das PatG fand⁵⁵⁶. In ihrer ursprünglichen Konzeption durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und später des Bundesgerichtshofs stellte die mittelbare Patentverletzung eine besondere, über die allgemeine deliktsrechtliche Regelung des § 830 BGB hinausgehende und gesetzlich nicht geregelte Form der Teilnahme an einer dem Patentinhaber ausschließlich vorbehaltenen und vom Gesetzgeber abschließend aufgezählten Benutzungshandlung dar, die an die Lieferung sowohl patentgemäß als auch patentfrei verwend-

Waren oder Dienstleistungen benutzt werden, hinsichtlich deren Dritten die Benutzung des Zeichens nach den Absätzen 2 und 3 untersagt wäre.“.

554 Vgl. für die mittelbare Patentverletzung Benkard- *Scharen*, Patentgesetz, 10. Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 2; *Busche*, GRUR 2009, 236f.

555 Vgl. hierzu die Darstellung bei *Busche*, GRUR 2009, 236, 237f.

556 Benkard- *Scharen*, Patentgesetz, 10. Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 1.

barer erfindungsfunktionell individualisierter Mittel ansetzte und in subjektiver Hinsicht anstelle des sonst erforderlichen Vorsatzes Fahrlässigkeit hinsichtlich der patentverletzenden Benutzung der gelieferten Mittel genügen ließ⁵⁵⁷. Aufgrund ihrer Natur als Teilnahmeregelung war die mittelbare Patentverletzung akzessorisch an die Verwirklichung eines unmittelbaren Patentverletzungstatbestandes durch die Vornahme einer dem Patentinhaber vorbehaltenen inländischen und gewerblichen Benutzungshandlung geknüpft. Mit der gesetzlichen Kodifizierung der mittelbaren Patentverletzung wurde ihre Akzessorietät zur unmittelbaren Patentverletzung aufgegeben. Die mittelbare Patentverletzung wurde zu einem eigenständigen Verletzungstatbestand erhoben, wobei die untersagten Handlungen des Anbietens oder Lieferns erfindungswesentlicher Elemente zwar im Vorfeld der eigentlichen Patentverletzung angesiedelt sind und typische Vorbereitungshandlungen zu einer Patentverletzung darstellen, von dem Erfordernis der unmittelbaren Patentverletzung aber gelöst wurden.

In objektiver Hinsicht knüpft § 10 I PatG an das Anbieten oder Liefern, ohne Zustimmung des Patentinhabers, nicht allgemein im Handel erhältlicher (vgl. § 10 II PatG) erfindungswesentlicher Mittel zur inländischen Benutzung der Erfindung an. In subjektiver Hinsicht erfordert § 10 I das Wissen des Anbieters oder Lieferers oder Offensichtlichkeit, d.h. die hinreichend sichere Erwartung, dass die Mittel geeignet und bestimmt sind, für die Benutzung der Erfindung und damit patentverletzend gebraucht zu werden. Die Bestimmung der Mittel zu einem patentverletzenden Gebrauch ist aus Sicht des Angebotsempfängers oder Abnehmers anhand dessen erkennbaren Handlungswillens zu bestimmen⁵⁵⁸. Der Vorsatz des Anbieters oder Lieferers bezieht sich auf einen entsprechenden Benutzungswillen des Angebotsempfängers oder Abnehmers und muss im Zeitpunkt des Anbietens oder Lieferns gegeben sein⁵⁵⁹. Dass neben dem Wissen um die patentverletzende Benutzung(-sabsicht) deren Offensichtlichkeit genügt, führt zu einer gewissen Auflockerung des Vorsatzerfordernis-

557 Meier-Beck, GRUR 1993, 1; Busche, GRUR 2009, 236, 238.

BGH, Urteil vom 8.11.1960, I ZR 67/59 – *Metallspritzverfahren*, GRUR 1961, 627 und BGH, Urteil vom 10.12.1981, X ZR 70/80 – *Rigg*, GRUR 1982, 165.

558 Benkard- Scharen, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 8. Kritisch hierzu Rigamonti, Mitt. 2009, 57 mit Blick auf das § 10 PatG zugrundeliegende Gefährdungsmodell und die Lösung vom Teilnahmmodell der mittelbaren Patentverletzung.

559 Benkard- Scharen, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 19.

ses in Richtung eines, allerdings erst bei der Schwelle der offensichtlichen Patentverletzung einsetzenden, Fahrlässigkeitsvorwurfs, wenn auch der eigentliche Zweck dieser Regelung in einer Beweiserleichterung für den Patentinhaber zu sehen ist⁵⁶⁰. Besteht eine patentfreie Verwendungsmöglichkeit für die angebotenen oder gelieferten Mittel, kann die patentverletzende Eignung und Bestimmung erst dann bejaht werden, wenn die patentfreie Verwendung nicht in Betracht kommt⁵⁶¹. Anstelle der tatsächlichen Verwirklichung eines unmittelbaren Patentverletzungstatbestandes durch den Angebotsempfänger oder Abnehmer mittels der ihm angebotenen oder gelieferten erfindungswesentlichen Elemente lässt es § 10 I PatG genügen, wenn der Anbieter oder Lieferer weiß oder es auf Grund der Umstände offensichtlich ist, dass die von ihm angebotenen oder gelieferten erfindungswesentlichen Mittel objektiv geeignet und vom Angebotsempfänger oder Abnehmer bestimmt sind, für die Benutzung der Erfindung verwendet zu werden⁵⁶². Dogmatisch ist der Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung damit nicht mehr als besondere Teilnahmeregelung sondern als Gefährdungstatbestand zu werten, wobei die in § 10 PatG normierten Vorbereitungshandlungen nicht aufgrund ihres tatsächlichen Beitrags zu einer Patentverletzung, sondern aufgrund der von ihnen ausgehenden Gefahr einer patentverletzenden Verwendung untersagt werden⁵⁶³. Auch wenn dadurch der Schutz der patentierten Erfindung auf ihre Gefährdung und damit in das Vorfeld der patentmäßigen Benutzung ausgedehnt wird und die nach § 10 PatG Dritten untersagten Handlungen des Anbietens und Lieferns erfindungswesentlicher Elemente damit dem Rechtskreis des Patentinhabers zugewiesen zu sein scheinen, stellen das Anbieten und Liefern erfindungswesentlicher Elemente keine eigenen Benutzungstatbestände der patentierten Erfindung dar und begründen keine eigenständigen

560 Vgl. Benkard- Scharen, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 19f.; *Busche*, GRUR 2009, 236, 238f.

561 Benkard- Scharen, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 8.

562 Vgl. *Busche*, GRUR 2009, 236, 238.

563 Vgl. Benkard- Scharen, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 2; *Busche*, GRUR 2009, 236, 238f; *Rigamonti*, Mitt. 2009, 57, 59, der darauf hinweist, dass entsprechend die abstrakte Gefahr einer unrechtmäßigen Erfindungsbenutzung für das Vorliegen einer mittelbaren Patentverletzung genügen sollte; BGH, Urteil vom 24.9.1991, X ZR 37/90 – *beheizbarer Atemluftschlauch*, BGHZ 115, 204, 208; BGH, Urteil vom 4.5.2004, X ZR 48/03 – *Flügelradzähler*, BGHZ 159, 76, 84f.

über die Patentansprüche hinausgehenden Ausschließlichkeitsrechte des Patentinhabers⁵⁶⁴.

Hinsichtlich des Anbietens oder Lieferns im Handel allgemein erhältlicher Mittel knüpft § 10 II PatG nicht an die Gefahr einer patentverletzenden Benutzung, sondern an die bewusste Veranlassung einer Patentverletzung nach § 9 PatG an. Das Kriterium der bewussten Veranlassung zu der unmittelbaren Patentverletzung führt nicht nur zu einer Verschärfung des nach § 10 I in subjektiver Hinsicht erforderlichen Wissens um die patentverletzende Benutzung(-sabsicht) und damit zu einer Privilegierung des Anbieters oder Lieferers im Handel allgemein erhältlicher Mittel, sondern auch zu dem zusätzlichen objektiven Erfordernis der Verwirklichung eines Patentverletzungstatbestandes und begründet dadurch, anders als der Gefährdungstatbestand des § 10 I, eine Akzessorietät zur unmittelbaren Patentverletzung⁵⁶⁵.

Wie die Teilnahme setzt auch § 10 PatG Personenverschiedenheit zwischen dem Anbieter/ Lieferer und Angebotsempfänger/ Abnehmer voraus⁵⁶⁶. § 10 I PatG regelt die Verantwortlichkeit wegen der Ermöglichung einer von einem anderen begangenen Patentverletzung nicht abschließend, sondern lässt grundsätzlich noch Raum für eine Verantwortlichkeit wegen vorsätzlicher Teilnahme an einer vorsätzlichen und rechtswidrig begangenen Patentverletzung⁵⁶⁷. Bei der Verwirklichung eines Patentverletzungstatbestandes bleibt auch eine (mit-)täterschaftliche Patentverletzung möglich, solange diese sich nicht allein auf den Vorwurf der fahrlässigen Mitverursachung des Patentverletzungstatbestandes im Sinne einer notwendigen Teilnahme beschränkt, die nach der Wertung des Gesetzgebers in § 10 PatG eine besondere, an die dort genannten Voraussetzungen geknüpfte Regelung erfahren hat, sondern darüber hinaus an die Verletzung einer be-

564 Vgl. Benkard- Scharen, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 2; Busche, GRUR 2009, 236, 239f.; BGH, Urteil vom 24.9.1991, X ZR 37/90 – *beheizbarer Atemluftschlauch*, BGHZ 115, 204, 208.

565 Benkard- Scharen, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 22.
BGH, Urteil vom 4.5.2004, X ZR 48/03 – *Flügelradzähler*, BGHZ 159, 76, 85f.

566 Benkard- Scharen, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 9 und 15.

567 Benkard- Scharen, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 29.

Mit Blick auf die besonderen subjektiven Voraussetzungen des § 10 II für das Anbieten oder Liefern im Handel allgemein erhältlicher Mittel für eine patentverletzende Benutzung scheint jedoch hier die bewusste Veranlassung einer unmittelbaren Patentverletzung die allgemeine Verantwortlichkeit wegen Teilnahme an einer unmittelbaren Patentverletzung zu verdrängen.

sonderen Prüfungspflicht und die Unterlassung zumutbarer und gebotener Vorkehrungen zur Vermeidung der Patentverletzung anknüpft⁵⁶⁸. Daneben bleibt auch eine fahrlässige Verursachung einer Patentverletzung nach § 9 PatG möglich⁵⁶⁹. Zwischen der Schadensersatzhaftung des mittelbaren Patentverletzers und der des unmittelbaren Patentverletzers, wenn es zur Verwirklichung einer unmittelbaren Patentverletzung kommt, besteht eine Gesamtschuld, soweit, abhängig von der gewählten Berechnungsmethode, derselbe Schaden gegen beide geltend gemacht wird⁵⁷⁰.

Mit Blick auf die territorial begrenzte Schutzwirkung der Immaterialgüterrechte gilt für die mittelbare Patentverletzung folgendes: § 10 PatG untersagt im Geltungsbereich des deutschen Patentgesetzes das Anbieten und Liefern erfindungswesentlicher Mittel zur Benutzung der Erfindung im Geltungsbereich des deutschen Patentgesetzes. Erforderlich ist dabei ein doppelter Inlandsbezug: die Tathandlung des Anbietens oder Lieferns muss einen hinreichenden Bezug zum Inland aufweisen, sich also zumindest auf das Inland richten, und die patentverletzende Benutzung muss für das Inland vorgesehen sein⁵⁷¹. Das Erfordernis der Gefahr einer inländischen Patentverletzung folgt aus dem immaterialgüterrechtlichen Territorialitätsprinzip, weil die unmittelbaren Patentverletzungstatbestände, denen § 10 PatG im Vorfeld zu begegnen sucht, als Kehrseite der dem Patentinhaber vorbehaltenen ausschließlichen Benutzungsrechte dem Territorialitätsprinzip unterliegen und deshalb nur im Inland verwirklicht werden können. Auch wenn § 10 PatG keinen unmittelbaren Patentverletzungstatbestand, sondern einen Gefährdungstatbestand begründet, reagiert

568 BGH, Urteil vom 30.1.2007, X ZR 53/04 – *Funkuhr II*, GRUR 2007, 313, 314f. und BGH, Urteil vom 17.9.2009, Xa ZR 2/08 – *MP3-Player-Import*, GRUR 2009, 1142, 1145;

Benkard- *Scharen*, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 27f.

569 Benkard- *Scharen*, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 28. Anstelle der unten (III.1.c) noch zu erörternden Störerhaftung greift die Rechtsprechung hier auf eine fahrlässige nebensächliche Patentverletzung zurück, siehe BGH, Urteil vom 17.9.2009, Xa ZR 2/08 – *MP3-Player-Import*, GRUR 2009, 1142, 1144– 1146; vgl. *Gräbig*, MMR 2011, 504, 507.

Ausführlicher zu den möglichen Grundlagen für eine Haftung eines im patentfreien Auslands agierenden Herstellers bei Auslieferung der von ihm hergestellten patentverletzenden Gegenstände in das Inland wegen Bejahung eines Inlandsbezugs der Handlung oder wegen Mitwirkung an einer inländischen Verletzungshandlung Keller in: FS. *Ullmann*, 2006, S. 449–464.

570 *Meier-Beck*, GRUR 1993, 1, 2f.

571 Benkard- *Scharen*, Patentgesetz, 10.Aufl. (2006), § 10 PatG, Rn. 14.

er doch auf die Gefahr der Verwirklichung eines unmittelbaren Patentverletzungstatbestandes nach § 9 PatG und bleibt so hinsichtlich der Gefahr an dessen territoriale Begrenzung gebunden. Nicht erforderlich ist dagegen die Verwirklichung dieser Gefahr durch eine tatsächliche inländische Patentverletzung, die ausbleiben oder auch im Ausland erfolgen kann⁵⁷². Die nach § 10 PatG eigenständig untersagte Tathandlung des Anbietens oder Lieferns erfindungswesentlicher Mittel ist zwar selbst nicht als eigenständige dem Patentinhaber vorbehaltene patentrechtliche Benutzungshandlung anzusehen und unterliegt somit auch nicht dem Territorialitätsprinzip. Der erforderliche Inlandsbezug der Tathandlung folgt aber sowohl aus dem Zusatz „im Geltungsbereich des deutschen Patentgesetzes“ als auch aus der an die Stelle der akzessorischen Ausgestaltung des Tatbestandes getretenen subjektiven Ausrichtung auf die patentverletzende Benutzung („zur Benutzung der Erfindung im Geltungsbereich dieses Gesetzes“), die ihrerseits aufgrund des Territorialitätsprinzips nur im Inland erfolgen kann.

bb) die mittelbare Markenverletzung nach § 14 IV MarkenG

Anders als die markenrechtlichen Benutzungstatbestände in § 14 II und III, beruht die mittelbare Markenverletzung nach § 14 IV MarkenG nicht auf einem europarechtlichen Vorbild aufgrund einer entsprechenden Vorgabe der Markenrichtlinie, sondern stellt eine autonome Entscheidung des deutschen Gesetzgebers dar, die sich an die mittelbare Patentverletzung nach § 10 PatG anlehnt. § 14 IV MarkenG untersagt bestimmte Handlungen, die im Vorfeld der eigentlichen markenmäßigen Benutzungstatbestände nach § 14 II-III anzusiedeln sind und typische Vorbereitungshandlungen darstellen, weil und soweit diese die Gefahr einer markenmäßigen Benutzung nach § 14 II und III begründen⁵⁷³. Dabei genügt hier schon nach dem Wortlaut die Gefahr einer markenmäßigen Benutzung, auf die tatsächliche Verwirklichung eines markenmäßigen Benutzungstatbestandes als unmittelbarer Markenverletzung kommt es nicht an. Aufgrund des Verzichts auf eine akzessorische Bindung an die unmittelbare Markenverletzung und, anders als bei § 10 PatG, auch auf besondere subjektive Er-

572 *Kur*, WRP 2011, 971, 973f. mit Fn. 27.

573 Vgl. *Fezer*, Markenrecht, 4.Aufl. (2009), § 14 MarkenG, Rn. 964.

fordernisse in Bezug auf die drohende Markenverletzung und aufgrund des Wortlauts handelt es sich dogmatisch um einen Gefährdungstatbestand, der zu einem eigenständigen Verletzungstatbestand erhoben wurde, und nicht um besondere Bestimmungen über die Teilnahme an einer Markenverletzung durch bestimmte Vorbereitungshandlungen. In subjektiver Hinsicht erfordert der Tatbestand der mittelbaren Markenverletzung nicht, dass der mittelbare Markenverletzer eine markenrechtsverletzende Verwendung und damit die Verwirklichung eines markenrechtlichen Benutzungstatbestandes beabsichtigt⁵⁷⁴. Durch den Verzicht auf das Akzessorietätsmerkmal unterscheidet sich der Tatbestand der mittelbaren Markenverletzung von der Teilnahme, die objektiv die Verwirklichung einer Markenverletzung und subjektiv Vorsatz hinsichtlich dieser Markenverletzung erfordert, sowie von der Störerhaftung, die objektiv ebenfalls die Verwirklichung einer Markenverletzung voraussetzt. Der Tatbestand der mittelbaren Markenverletzung regelt die Verantwortlichkeit für die Ermöglichung einer Markenverletzung allerdings nicht abschließend, sondern nur aus der Perspektive der Gefährdung der Marke und verdrängt somit nicht die allgemeinen Bestimmungen, die aufgrund eigener Zurechnungskriterien eine Verantwortlichkeit als Teilnehmer oder Störer begründen. Neben der Verantwortlichkeit wegen mittelbarer Markenverletzung bleibt deshalb auch eine Verantwortlichkeit wegen vorsätzlicher Teilnahme an der unmittelbaren Markenverletzung oder nach den Grundsätzen der Störerhaftung möglich⁵⁷⁵. Die drohende unmittelbare Verletzungshandlung wird zwar in der Regel von einem Dritten, kann aber, anders als bei der mittelbaren Patentverletzung nach § 10 PatG, auch von dem mittelbaren Verletzer selbst vorgenommen werden⁵⁷⁶. Kommt es zu einer unmittelbaren Markenverletzung durch einen Dritten, besteht auch hier wieder hinsichtlich der Schadensersatzansprüche eine Gesamtschuld zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Patentverletzer, soweit der Rechtsinhaber denselben Schaden gegen beide geltend macht.

574 Hacker in: Ströbele/ Hacker (Hrsg.), Markengesetz, 8.Aufl. (2006), § 14 MarkenG, Rn. 126.

575 BGH, Urteil vom 17.5.2001, I ZR 251/99 – *ambiente.de*, GRUR 2001, 1038, 1039; Hacker in: Ströbele/ Hacker (Hrsg.), Markengesetz, 8.Aufl. (2006), § 14 MarkenG, Rn. 124.

576 Hacker in: Ströbele/ Hacker (Hrsg.), Markengesetz, 8.Aufl. (2006), § 14 MarkenG, Rn. 126.

Mit Blick auf die territorial begrenzte Schutzwirkung der Immaterialgüterrechte gilt für die mittelbare Markenverletzung folgendes: Wie § 10 PatG setzt auch § 14 IV MarkenG die Gefahr einer inländischen Markenverletzung voraus⁵⁷⁷. Das Erfordernis der Gefahr einer inländischen Markenverletzung ergibt sich wieder aus dem Territorialitätsprinzip, weil die unmittelbare Markenverletzung nach § 14 II und III, auf deren Gefahr § 14 IV MarkenG reagiert, aufgrund der territorial begrenzten Schutzwirkung der Marke nur im Inland verwirklicht werden kann. Auch hier ist aber nicht erforderlich, dass sich die Gefahr der inländischen Markenverletzung tatsächlich im Inland verwirklicht; die eigentliche Verletzung kann ausbleiben oder im Ausland erfolgen, was insbesondere in den von § 14 IV miterfassten Ausfuhrkonstellationen oft der Fall sein dürfte⁵⁷⁸. Zudem ist auch ein § 10 PatG entsprechender Inlandsbezug der Tathandlung dahingehend zu fordern, dass das Anbringen eines mit der Marke identischen oder ähnlichen Zeichens auf Aufmachungen oder Verpackungen sowie deren Anbieten, Inverkehrbringen, Einführen oder Ausführen, die selbst nicht dem Territorialitätsprinzip unterliegen, auf das Inland bzw. bei der Ausfuhr zumindest auf eine inländische Marke ausgerichtet sein muss, weil sonst die von § 14 IV MarkenG vorausgesetzte Gefahr einer inländischen Markenverletzung zu verneinen wäre.

c) Störerhaftung

Neben der Haftung aufgrund der Verwirklichung eines unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungstatbestandes oder aufgrund der Teilnahme an einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung bleibt, auch jenseits der besonderen Gefährdungstatbestände nach § 10 PatG und § 14 IV MarkenG, Raum und Bedarf für eine weitere Form der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in den Fällen, in denen die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichende Person selbst keinen immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestand vollständig verwirklicht hat und mangels Vorsatzes in Bezug auf die im einzelnen von ihr ermöglichte(n) Immaterialgüterrechtsverletzung(en) auch nicht wegen Teilnahme an der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung zivil-

577 Hacker in: Ströbele/ Hacker (Hrsg.), Markengesetz, 8.Aufl. (2006), § 14 MarkenG, Rn. 126.

578 Kur, WRP 2011, 971, 973f. mit Fn. 27.

rechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann⁵⁷⁹. Dieser Bedarf wird im deutschen Recht durch die sog. Störerhaftung erfüllt.

aa) dogmatische Herleitung

Die Frage der dogmatischen Herleitung und Begründung der Haftung soll nicht nur dem vertieften Verständnis einer Haftungsfigur dienen, die im deutschen Recht bei der Beurteilung von Sachverhalten, in denen es um die nichtvorsätzliche Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen meist durch an sich neutrale Handlungen, wie insbesondere durch im Internet zur Verfügung gestellte Dienste und Plattformen, ging, eine beachtliche Bedeutung erlangt hat, sondern liefert auch wichtige Anhaltspunkte für die im Anschluss zu behandelnde Frage nach einer immaterialgüterrechtlichen oder eigenständigen deliktsrechtlichen Qualifikation.

Während die Rechtsprechung diese Verantwortlichkeit als Störer für Immaterialgüterrechtsverletzungen weiterhin auf eine Analogie zu § 1004 BGB stützt⁵⁸⁰, bemüht sich die Literatur zunehmend darum, die dogmatische Grundlage für eine solche Verantwortlichkeit immaterialgüterrechtsübergreifend in den allgemeinen Konzeptionen deliktsrechtlicher Haftung, nämlich in der Zurechnung mittelbar begangener Rechtsverletzungen aufgrund der Verletzung von Verkehrs- bzw. Prüfungspflichten sowie in der fahrlässigen (neben-)täterschaftlichen Verursachung von Rechtsverletzungen zu verankern⁵⁸¹. Der wichtigste Unterschied besteht

579 Vgl. Ahrens, WRP 2007, 1281f.; Hartmann, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 181f.

580 Die Rechtsprechung differenziert insoweit zwischen Fällen des Erfolgsunrechts, zu denen sie auch Immaterialgüterrechtsverletzungen rechnet und in denen sie auf die Störerhaftung zurückgreift, und Fällen des Handlungsunrechts, zu denen sie Verstöße gegen Wettbewerbsvorschriften zählt und in denen nur eine täterschaftliche Haftung aufgrund der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten in Betracht kommt, vgl. BGH Urteil vom 11.3.2004, I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860, 864 und BGH, Urteil vom 22.7.2010, I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, GRUR 2011, 152, 154; Hartmann, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 62f.

581 Ahrens, in: FS. Canaris, 2007, S. 3-21; Ahrens, WRP 2007, 1281- 1290; Leistner, GRUR 2010, Beilage zu Heft 1, 1-32 zugunsten eines einheitlichen Konzepts der Haftung für mittelbare Schutzrechtsverletzungen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, die an die Nichtbeachtung von Verkehrspflichten zur Kontrolle und Absicherung im eigenen Verantwortungsbereich bestehender Gefahrenquel-

darin, dass die Störerhaftung keine täterschaftliche Haftung begründet und auf die negatorischen Abwehransprüche begrenzt ist, während die Haftungsfiguren mittelbar begangener bzw. fahrlässig verursachter Immaterialgüterrechtsverletzungen zu einer täterschaftlichen Verantwortlichkeit vergleichbar der mittelbaren Patentverletzung⁵⁸² führt, die grundsätzlich auch den Weg zu Schadensersatzansprüchen öffnen würde. Beide Lösungsansätze führen aber trotz der unterschiedlichen dogmatischen Einordnung zu einer inhaltlich vergleichbaren Konzeption der Haftung und

len für unmittelbare Rechtsverstöße anknüpfen soll (S. 29); *Köhler*, GRUR 2008, 1, 6f; *J.B. Nordemann*, in: FS. *Loewenheim*, 2009, S. 215-225; *J.B. Nordemann*, GRUR 2011, 977, 979. Die Ähnlichkeit und Übereinstimmung der Ergebnisse bei der Bejahung der Verantwortung nicht vorsätzlich handelnder Beteiligten an einer von Dritten begangenen Schutzrechtsverletzung durch die unterschiedlichen Lösungsansätze der einzelnen Senate für die jeweiligen Immaterialgüterrechte hat auch der X.Senat betont, BGH, Urteil vom 17.9.2009, Xa ZR 2/08 – *MP3-Player-Import*, GRUR 2009, 1142, 1144f., der die von ihm für das Patentrecht anerkannte nebetäterschaftliche Haftung für eine fahrlässig verursachte Patentverletzung mit der vom I. Zivilsenat für das Marken- und Urheberrecht herangezogenen Störerhaftung vergleicht. Eine fahrlässige (neben-)täterschaftliche Haftung kommt im Zivilrecht bei Fahrlässigkeitsdelikten in Betracht, die keine eigenhändige Begehung des Verletzungstatbestandes erfordern und deren Tatbestand deshalb auch dadurch verwirklicht werden kann, dass das sorgfaltswidrige Verhalten eines anderen ermöglicht wird, siehe *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, 5. Aufl. (2009), § 830, Rn. 26. Entsprechend wird für eine täterschaftliche Haftung wegen fahrlässiger Patentverletzung jeder fahrlässige Beitrag zur Verwirklichung des Patentverletzungstatbestandes durch den unmittelbaren Verletzer für ausreichend erachtet, siehe *Meier-Beck*, GRUR 1993, 1; *Leistner*, GRUR 2010, Beilage zu Heft 1, 1, 14.

- 582 *Ahrens*, WRP 2007, 1281, 1283f.; *Leistner*, GRUR 2010, Beilage zu Heft 1, 1, 11-14, der zugleich auf den entscheidenden strukturellen Unterschied durch die Ausgestaltung als Gefährdungstatbestand und den Verzicht auf die Akzessorietät zur unmittelbaren Patentverletzung hinweist; *Haedicke*, in: *Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des geistigen Eigentums, 2010, S. 229, 239-244 erkennt zwar die Eigenständigkeit der mittelbaren Patentverletzung, die sich aus der besonderen Bedeutung der genauen Erfüllung der einzelnen Patentmerkmale für die Feststellung einer Patentverletzung ergibt, an, sieht diesen Tatbestand aber dennoch als Teil eines weiteren, im übrigen auf ähnlichen Wertungen beruhenden Gesamtkomplexes der Haftung für mittelbar begangene Immaterialgüterrechtsverletzungen an; *Busche*, GRUR 2009, 236, 239f. Der Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung zeichnet sich allerdings durch besondere subjektive Anforderungen an den Anbieter bzw. Lieferer aus, an denen es in den Konstellationen der Störerhaftung typischerweise gerade fehlt.

im Ergebnis zu gleichen Haftungsvoraussetzungen, die im folgenden anhand der von der Rechtsprechung herangezogenen Störerhaftung nachgezeichnet werden sollen. Die Fokussierung auf Unterlassungsansprüche entspricht deren besonderer praktischer Bedeutung und ihrem präventiven Charakter bei der Verfolgung von Rechtsverletzungen im Internet und dem Schutz immaterieller Rechtsgüter⁵⁸³. Hinter dem verstärkten Interesse an der Inanspruchnahme des Störers steht der Gesichtspunkt einer effektiven Rechtsdurchsetzung, da ein Vorgehen gegen den Störer, der die einzelnen Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglicht, für die Einstellung der Rechtsverletzung oft leichter und erfolversprechender erscheint als ein Vorgehen gegen die einzelnen, teilweise anonymen Primärverletzer⁵⁸⁴.

§ 1004 I BGB gewährt dem Eigentümer einen gegen den Störer gerichteten Anspruch auf Beseitigung der bereits eingetretenen (§ 1004 I 1) und auf Unterlassung (§ 1004 I 2) der künftigen Beeinträchtigung⁵⁸⁵. § 1004 BGB gehört nach der Gesetzessystematik und seiner Einordnung unter die Ansprüche aus dem Eigentum zu den dinglichen Ansprüchen, die sich auf das (Sach-)Eigentum gründen, und stützt den Vindikationsanspruch des § 985 BGB für die Fälle ab, in denen die Beeinträchtigung des Eigentums nicht durch die Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes an der Sache, sondern in anderer Weise erfolgt⁵⁸⁶. Trotz seiner dinglichen Natur wird der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB von der Rechtsprechung in analoger Anwendung auch für die Verletzung anderer von der Rechtsordnung absolut geschützter Rechte und Rechtsgüter, die im Rahmen des § 823 I BGB einen umfassenden deliktsrechtlichen Schutz genießen, herangezogen, um den deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch um verschuldensunabhängige Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche zu ergänzen. Entsprechend wendet die Rechtsprechung § 1004 I BGB analog auch auf die Verletzung von Immaterialgüterrechten an, um einen verschuldensunabhängigen Beseitigungs- und Unterlassungs-

583 Vgl. *Hartmann*, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, 1f.

584 Vgl. *Ahrens*, in: FS. *Canaris*, 2007, S. 3, 20; *Ahrens*, WRP 2007, 1281, 1288f. und 1290, der deshalb eine Subsidiarität der Störerhaftung gegenüber der Inanspruchnahme und der Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes gegen den unmittelbaren Verletzer fordert; *Gräbig*, MMR 2011, 504.

585 Näher zum Inhalt des Beseitigungsanspruchs *Hartmann*, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 37f. Zur Frage nach dem Umfang des Unterlassungsanspruchs siehe oben III.1.a.

586 Palandt- *Bassenge*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68.Aufl. (2009), § 1004, Rn. 1 und 5.

anspruch gegen Personen zu begründen, die die Immaterialgüterrechtsverletzung durch von ihnen zur Verfügung gestellte Mittel oder Dienste zwar ermöglicht haben und auch mit zumindest gelegentlichen rechtsverletzenden Benutzungen rechnen müssen, die aber mangels Vorsatzes hinsichtlich der konkreten Rechtsverletzung nicht wegen Teilnahme an der Immaterialgüterrechtsverletzung haftbar gemacht und zur Einstellung ihres die Rechtsverletzung ermöglichenden oder unterstützenden Verhaltens gezwungen werden können⁵⁸⁷. Die Verantwortlichkeit als Störer beschränkt sich allerdings auf die negatorischen Abwehransprüche, während Schadensersatzansprüche gegen den Störer, den an der Rechtsverletzung gerade kein Verschulden trifft, ausscheiden⁵⁸⁸.

Soweit es in solchen Konstellationen um Urheberrechtsverletzungen geht, wird oft unmittelbar § 97 I UrhG als Grundlage für den Unterlassungsanspruch auch gegen den Störer herangezogen⁵⁸⁹. Im Urheberrecht wurde schon früh und vor Aufkommen der Diskussion um die Störerhaftung die Veranstalterhaftung entwickelt und als von § 97 UrhG erfasst angesehen⁵⁹⁰. Auch hierbei handelt es sich um eine Form der Haftung für die

587 Vgl. BGH, Urteil vom 18.5.1955, I ZR 8/54 – *Grundig-Reporter*, GRUR 1955, 492; BGH, Urteil vom 12.5.2010, I ZR 121/08 – *Sommer unseres Lebens*, GRUR 2010, 633, 634f.; OLG Hamburg, Urteil vom 30.9.2009, 5 U 111/08 – *Rapidshare II*, NJOZ 2009, 4957 sowie OLG Hamburg, Urteil vom 14.3.2012, 7 U 87/09 – *Rapidshare II*, MMR 2012, 393, 396 für das Urheberrecht; BGH Urteil vom 11.3.2004, I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860 und BGH, Urteil vom 19.4.2007, I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708 für das Markenrecht.

588 BGH, Urteil vom 18.10.2001, I ZR 22/99 – *Meißner Dekor*, GRUR 2002, 618, 619.

589 BGH, Urteil vom 15.10.1998, I ZR 120/96 – *Möbelklassiker*, GRUR 1999, 418; BGH, Urteil vom 15.1.2009, I ZR 57/07 – *Cybersky*, GRUR 2009, 841; OLG Köln, Urteil vom 21.9.2007, 6 U 86/07 – *Rapidshare*, BeckRS 2007, 19542 = GRUR-RR 2008, 35; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 12.2.2008, 11 U 28/07 – *Cartoons*, GRUR-RR 2008, 385. In diesem Sinne auch LG Hamburg, Urteil vom 20.4.2012, 310 O 461/10 – *GEMA gegen Youtube*, MMR 2012, 404; BGH, Urteil vom 12.7.2012, I ZR 18/11 – *Alone in the Dark*, GRUR 2013, 370; BGH, Urteil vom 15.8.2013, I ZR 80/12 – *Rapidshare*, GRUR 2013, 1030. Döring, Die Haftung für eine Mitwirkung an fremden Wettbewerbsverstößen, Urheberrechts-, Marken-, Patent-, Gebrauchsmuster- und Geschmacksmusterverletzungen, 2008, S. 121-123, der dabei allerdings nicht von einer Haftung als Störer, sondern als Täter einer Urheberrechtsverletzung ausgeht.

590 Reichsgericht, Urteil vom 9.12.1911, Rep. I 487/10, RGZ, 78, 84, 86 (zu einem Vorläufer des UrhG); Wild in: *Schricker* (Hrsg.), Urheberrecht, 3.Aufl. (2006),

Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, wenn der Veranstalter nicht selbst die unmittelbaren Verletzungshandlungen vornimmt, die urheberrechtsverletzende Aufführung aber veranlasst, für sie in organisatorischer Hinsicht verantwortlich ist und ein eigenes wirtschaftliches Interesse sowie Einflussmöglichkeit auf die Programmgestaltung hat⁵⁹¹. Im einzelnen erscheint die Grenzziehung zwischen unmittelbarer Verletzung als Veranstalter und Veranstalterverantwortlichkeit für die von anderen begangenen unmittelbaren Urheberrechtsverletzungen bei den einzelnen urheberrechtlichen Verwertungsrechten schwierig. Neben dieser Veranstalterhaftung entwickelte sich dann später als weitere Fallgruppe der Gedanke einer urheberrechtlichen und schließlich einer allgemeinen immaterialgüterrechtlichen Störerhaftung derjenigen Personen, die neutrale Gegenstände oder Dienste eigenverantwortlich handelnden Benutzern zur Verfügung stellen und diesen damit Urheberrechtsverletzungen ermöglichen⁵⁹².

Der Unterlassungsanspruch gegen den Störer wird unabhängig von der Anspruchsgrundlage mit dem Ausschließlichkeitscharakter des geschützten Immaterialgüterrechts begründet⁵⁹³, womit sich auch die Brücke zu der allgemeinen deliktsrechtlichen Haftung nach § 823 I BGB schlagen lässt. Soweit der Unterlassungsanspruch gegen den Störer unmittelbar auf § 97 I UrhG gestützt wird, steht dahinter der Gedanke, dass das Urheberrecht als absolut geschütztes Recht nicht nur gegenüber denjenigen, die die dem Urheber vorbehaltenen Handlungen vornehmen, sondern auch gegenüber denjenigen, die solche Handlungen adäquat kausal ermöglichen, Unterlassungsansprüche auslösen kann. Der nicht an die Vornahme einer bestimmten Verwertungshandlung anknüpfende Wortlaut des § 97 I UrhG ermöglicht eine solche Einbeziehung der Teilnehmer und Störer in den Kreis der Anspruchsgegner insoweit, als nicht nur die Vornahme der dem Urheber vorbehaltenen Verwertungshandlung selbst, sondern auch deren

§ 97 UrhG, Rn. 35f.; von Wolff in: *Wandtke/ Bullinger* (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Aufl. (2009), § 97 UrhG, Rn. 18.

591 Von Wolff in: *Wandtke/ Bullinger* (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Aufl. (2009), § 97 UrhG, Rn. 18; *Dustmann*, *Die privilegierten Provider*, 2001, S. 47f. Zum Begriff des Veranstalters: BGH, Urteil vom 19.6.1956, I ZR 104/54 – *Tanzkurse*, GRUR 1956, 515, 516; BGH, Urteil vom 18.3.1960, I ZR 75/58 – *Eisrevue II*, GRUR 1960, 606, 607; BGH, Urteil vom 16.6.1971, I ZR 120/69 – *Konzertveranstalter*, GRUR 1972, 141, 142.

592 Vgl. hierzu *Leistner*, GRUR 2006, 801-807.

593 BGH, Urteil vom 17.8.2011, I ZR 57/09 – *Stiftparfüm*, GRUR 2011, 1038, 1039.

adäquat kausale Ermöglichung zu einer Urheberrechtsverletzung führt⁵⁹⁴. Entsprechend der tatbestandlichen Einschränkung des Störerbegriffs im Rahmen des § 1004 BGB ist auch der urheberrechtliche Verletzerbegriff im Rahmen des § 97 I UrhG trotz des weiten und erfolgsbezogen formulierten Wortlauts dahingehend einzuschränken, dass neben allen unmittelbaren Verletzungshandlungen nur diejenigen mittelbaren Verletzungshandlungen erfasst werden, die aufgrund der Verletzung einer urheberrechtlichen Gefahrvermeidungspflicht in zurechenbarer Weise zur Verwirklichung der Urheberrechtsverletzung beitragen⁵⁹⁵. Dagegen erlaubt der Wortlaut des markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs nach § 14 V MarkenG keine Inanspruchnahme des Störers, weil dieser nicht das Zeichen entgegen § 14 II-IV benutzt und auch nicht als Teilnehmer an einer solchen Benutzungshandlung angesehen werden kann; der Unterlassungsanspruch gegen den Störer stützt sich hier auf die allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung gemäß § 1004 BGB analog⁵⁹⁶.

Auch wenn der Unterlassungsanspruch auf eine analoge Anwendung des § 1004 I BGB gestützt wird, besteht der Grund für die analoge Anwendung von § 1004 BGB in der Natur des Immaterialgüterrechts als absolut geschütztes Recht, das sich, wie das Eigentum, durch eine positive Zuweisungs- und eine negative Ausschlussfunktion auszeichnet (vgl. § 903 S. 1 BGB) und entsprechend auch zu den absolut geschützten Rechten im Rahmen des § 823 I BGB gehört. Dass auch die Immaterialgüterrechte dem Inhaber zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen sind, zeigt sich daran, dass die einzelnen Immaterialgüterrechtsgesetze ihm die von dem jeweiligen Immaterialgüterrecht umfassten Verwertungshandlungen

594 Vgl. *Hartmann*, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 29. So im Ergebnis wohl auch *Wild* in: *Schricker* (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. (2006), § 97 UrhG, Rn. 36a, wonach der Störer tatbestandlich als Verletzer anzusehen ist, dem nur das Verschulden fehlt; *Dreier* in: *Schulze* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. (2006), § 97, Rn. 33; *von Wolff* in: *Wandtke/ Bullinger* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. (2009), § 97 UrhG, Rn. 14-16.

595 *Dustmann*, Die privilegierten Provider, 2001, S. 46-62; *Döring*, Die Haftung für eine Mitwirkung an fremden Wettbewerbsverstößen, Urheberrechts-, Marken-, Patent-, Gebrauchsmuster- und Geschmacksmusterverletzungen, 2008, S. 123-125; *von Wolff* in: *Wandtke/ Bullinger* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. (2009), § 97 UrhG, Rn. 16.

596 *Hacker* in: *Ströbele/ Hacker* (Hrsg.), Markengesetz, 8. Aufl. (2006), § 14 MarkenG, Rn. 201f.; *Ekey* in: *Ekey/ Klippel/ Bender* (Hrsg.), Markenrecht Band 1, 2. Aufl. (2009), § 14 MarkenG, Rn. 419.

vorbehalten (§ 14 I MarkenG, § 15 I i.V.m. §§ 16, 17, 18 und § 15 II i.V.m. §§ 19, 19a, 20, 21, 22 UrhG, § 9 S. 1 PatG) und deren Vornahme durch andere Personen untersagen und entsprechend als Verletzungstatbestände normieren (§ 14 II-III MarkenG, § 97 UrhG, § 9 S. 2 PatG). Dabei stellen die unmittelbaren Verletzungstatbestände stets die Kehrseite der dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Ausschließlichkeitsrechte dar, unabhängig davon, ob die dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Ausschließlichkeitsrechte erst einzeln aufgeführt und sich die Verletzungstatbestände dann aus der Verletzung der jeweiligen Ausschließlichkeitsrechte ergeben (so die Regelungssystematik des UrhG) oder ob dem Rechtsinhaber zunächst allgemein die mit dem Immaterialgüterrecht verbundenen Ausschließlichkeitsrechte zugewiesen werden und sich die einzelnen Ausschließlichkeitsrechte erst anhand der Beschreibung der Dritten untersagten Benutzungshandlungen als Kehrseite der Verletzungstatbestände ergeben (so die Regelungssystematik des MarkenG). So wie also das Eigentum die Grundlage für die Anwendung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs gegen den Störer nach § 1004 BGB bildet, bilden die Immaterialgüterrechte die Grundlage für eine analoge Anwendung des § 1004 BGB zur Gewährung eines Unterlassungsanspruchs gegen den Störer. Liegt die Grundlage für den Unterlassungsanspruch gegen den Störer mithin in der Natur des verletzten Rechts, hier des Immaterialgüterrechts, begründet, bestimmt sich der Störer als Anspruchsgegner des Unterlassungsanspruchs nach Zurechnungsgesichtspunkten, die, von dem Verzicht auf das Verschuldensersfordernis abgesehen, an die Kriterien zur Bestimmung und Zurechnung deliktsrechtlicher Verantwortlichkeit erinnern.

bb) Voraussetzungen und Ausgestaltung der Haftung

Störer im Sinne des § 1004 BGB ist derjenige, der die Rechtsverletzung in adäquat kausaler Weise (mit-)verursacht⁵⁹⁷. Diesen Störerbegriff hat die

597 Vgl. Palandt- *Bassenge*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. (2009), § 1004, Rn. 15-20. Dabei wird zwischen Handlungsstörer und Zustandsstörer unterschieden: Als Handlungsstörer gilt derjenige, der die Beeinträchtigung durch seine Handlung oder pflichtwidrige Unterlassung adäquat verursacht hat, wobei hier noch weiter danach differenziert werden kann, ob der Handlungsstörer durch seine Handlung oder Unterlassung selbst schon die Beeinträchtigung bewirkt (sog. unmittelbarer Handlungsstörer) oder ob er die Beeinträchtigung durch die Handlung eines Dritten bewirkt (sog. mittelbarer Handlungsstörer). Als Zustandsstörer

Rechtsprechung auch für die Verantwortlichkeit wegen Immaterialgüterrechtsverletzungen übernommen und betrachtet demnach denjenigen als möglichen Störer, der ohne Täter oder Teilnehmer zu sein in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zu Verletzung des Immaterialgüterrechts beiträgt. Um aber eine Ausuferung der Störerhaftung zu vermeiden und ihr zu klareren Konturen zu verhelfen, knüpft sie die Inanspruchnahme des Störers zusätzlich an die Verletzung einer ihm obliegenden und zumutbaren Prüfungspflicht⁵⁹⁸. Diese Pflichtverletzung, die an eine relevante Gefahrerhöhung für das Schutzrecht anknüpft, dient dabei der Konkretisierung des Rechtswidrigkeitsurteils bei einer im Grundsatz erlaubten (Geschäfts-)tätigkeit und somit auch im Rahmen der verschuldensunabhängigen Störerhaftung als Grundlage für die Zurechnung der von anderen begangenen Immaterialgüterrechtsverletzungen⁵⁹⁹. Die Verletzung einer Prüfungs- bzw. Gefahrvermeidungspflicht (Verkehrspflicht zum Schutz

wird der Eigentümer, Besitzer oder Verfügungsbefugte einer Sache angesehen, von der eine Beeinträchtigung ausgeht, wenn diese wenigstens mittelbar auf seinen Willen zurückgeht.

598 Vgl. BGH, Urteil vom 15.10.1998, I ZR 120/96 – *Möbelklassiker*, GRUR 1999, 418, 419f.; BGH, Urteil vom 17.5.2001, I ZR 251/99 – *ambiente.de*, GRUR 2001, 1038, 1039f.; BGH, Urteil vom 11.3.2004, I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860, 864; BGH, Urteil vom 22.7.2010, I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, GRUR 2011, 152, 155f. Gegen eine solche Einschränkung für Unterlassungsansprüche gegen Vermittler spricht sich *J.B. Nordemann*, GRUR 2011, 977, 979 mit Blick auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben von Art. 8 III der Informationsgesellschaftsrichtlinie und Art. 11 S. 3 der Durchsetzungsrichtlinie und deren Auslegung durch den EuGH in der Entscheidung *L'Oréal gegen eBay* aus, die gerade unabhängig von der Verantwortlichkeit des Vermittlers eine Unterlassungsverpflichtung begründeten, die im deutschen Recht nicht zusätzlich an die Verletzung von Prüfungspflichten geknüpft werden dürfe. Insoweit differenziert *J.B. Nordemann* ausdrücklich zwischen Unterlassungsansprüchen und einer täterschaftlichen und damit Schadensersatzansprüche begründenden Vermittlerverantwortlichkeit wegen Verkehrspflichtverletzung. Dagegen verteidigt *Wiebe*, WRP 2012, 1182, 1184 das Kriterium einer Prüfungspflichtverletzung, das zu der notwendigen Einschränkung der Haftung bei einer grundsätzlich erlaubten Teilnahme am Geschäftsverkehr mit einem von der Rechtsordnung im Grundsatz gebilligten Geschäftsmodell führe.

599 Vgl. *Leistner*, GRUR 2006, 801, 808; *Ahrens*, WRP 2007, 1281, 1287f.; *Haedicke*, in: *Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des geistigen Eigentums, 2010, S. 229, 242-244; *Spindler*, WRP 2003, 1, 7; *Hartmann*, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 70-75, der die negatorischen Prüfungspflichten neben die deliktsrechtlichen Verkehrspflichten als Unterkategorien der allgemeinen Gefahrvermeidungspflichten stellt.

fremder Rechtsgüter) stellt zugleich das zentrale Zurechnungskriterium des Deliktsrechts für eine Haftung wegen mittelbar begangener Immaterialgüterrechtsverletzung bzw. fahrlässiger nebetäterschaftlicher Verursachung der Immaterialgüterrechtsverletzung dar, weil auch im Rahmen des § 823 I BGB die deliktsrechtliche Haftung für mittelbare Rechts(guts)verletzungen von der Konzeption des Erfolgsunrechts gelöst und von der Verletzung einer Verkehrspflicht abhängig gemacht wird⁶⁰⁰ und der Fahrlässigkeitsvorwurf stets an die Verletzung einer Sorgfaltspflicht anknüpft (§ 276 II BGB). Umfang und Zumutbarkeit der Prüfungspflicht bestimmen sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls und des jeweiligen Geschäftsmodells, wobei neben Ausrichtung und Organisation des Geschäftsmodells und der mehr oder weniger passiven Rolle des Diensteanbieters auch die Verfolgung öffentlicher oder privater Interessen⁶⁰¹, die Schutzwürdigkeit und Legitimität des Geschäftsmodells mit Blick auf legale Nutzungsmöglichkeiten sowie Ausmaß, Wahrscheinlichkeit und Billigung des rechtsverletzenden Gebrauchs⁶⁰², die finanzielle Beteiligung an den einzelnen Benutzungen und somit auch an den Rechtsverletzungen⁶⁰³, Hinweise auf konkrete erkennbar rechtsverletzende Inhalte⁶⁰⁴ und die Möglichkeit und Zumutbarkeit von Vorkehrungen zur Vermeidung von Rechtsverletzungen⁶⁰⁵ sowie in beschränktem Maße auch Selbstschutz-

600 Vgl. Ahrens, WRP 2007, 1281, 1286f.; Leistner, GRUR 2010, Beilage zu Heft 1, 1, 18-22.

601 Vgl. BGH, Urteil vom 17.5.2001, I ZR 251/99 – *ambiente.de*, GRUR 2001, 1038, 1040.

602 Vgl. BGH, Urteil vom 15.1.2009, I ZR 57/07 – *Cybersky*, GRUR 2009, 841, 843f.; OLG Hamburg, Urteil vom 2.7.2008, 5 U 73/07 – *Rapidshare I*, ZUM-RD 2008, 527, 548-550; OLG Hamburg, Urteil vom 30.9.2009, 5 U 111/08 – *Rapidshare II*, NJOZ 2009, 4957, 4975f. und 4979-4982; OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.4.2010, 20 U 166/09 – *Rapidshare*, MMR 2010, 483, 484.

603 Vgl. BGH, Urteil vom 11.3.2004, I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860, 864.

604 Vgl. BGH, Urteil vom 11.3.2004, I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860, 864; BGH, Urteil vom 22.7.2010, I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, GRUR 2011, 152, 156; BGH, Urteil vom 17.8.2011, I ZR 57/09 – *Stiftparfüm*, GRUR 2011, 1038, 1040-1042; OLG Hamburg, Urteil vom 2.7.2008, 5 U 73/07 – *Rapidshare I*, ZUM-RD 2008, 527, 540 und 543; OLG Hamburg, Urteil vom 30.9.2009, 5 U 111/08 – *Rapidshare II*, NJOZ 2009, 4957, 4971-4973.

605 OLG Hamburg, Urteil vom 2.7.2008, 5 U 73/07 – *Rapidshare I*, ZUM-RD 2008, 527, 537-542; OLG Hamburg, Urteil vom 30.9.2009, 5 U 111/08 – *Rapidshare II*, NJOZ 2009, 4957, 4973-4982; BGH, Urteil vom 12.5.2010, I ZR 121/08 – *Sommer unseres Lebens*, GRUR 2010, 633, 635f. (Zumutbarkeit der Sicherung

möglichkeiten der Rechtsinhaber⁶⁰⁶ in die Beurteilung einfließen. Dahinter steht letztlich eine allgemeinere Abwägung zwischen dem Interesse des Rechtsinhabers an einem effektiven Schutz der Immaterialgüterrechte und den Interessen des Diensteanbieters am Betreiben eines an sich neutralen und legitimen Geschäftsmodells sowie der Allgemeinheit an der Entwicklung und wirtschaftlichen Entfaltung neuer technischer Geschäfts- und Kommunikationsmodelle⁶⁰⁷. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere auch die bei Bejahung einer Haftung des Diensteanbieters potentiell betroffenen Grundrechte der Freiheit wirtschaftlicher Selbstbetätigung des Diensteanbieters (Art. 2 I und Art. 12 I GG), der Meinungs- und Pressefreiheit des Diensteanbieters und der Nutzer (Art. 5 I S. 1 und 2 GG) und der informationellen Selbstbestimmung der Nutzer (Art. 2 I GG).

Die aus der Störerhaftung resultierende Unterlassungsverpflichtung beschränkt sich nicht nur auf die konkrete, die Störerhaftung auslösende

eines WLAN-Anschlusses für den Anschlussinhaber zum Schutz vor einer missbräuchlichen Verwendung durch außenstehende Dritte). Ausführlich zur konkreten Zumutbarkeit bestimmter Maßnahmen auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.4.2010, 20 U 166/09 – *Rapidshare*, MMR 2010, 483, 485f. und LG Hamburg, Urteil vom 20.4.2012, 310 O 461/10 – *GEMA gegen Youtube*, MMR 2012, 404, 406-408.

606 BGH, Urteil vom 22.7.2010, I ZR 139/08 – *Kinderhochstühle im Internet*, GRUR 2011, 152, 155 mit Blick auf die Möglichkeit der Rechtsinhaber, über das von eBay zur Verfügung gestellte Veri-Programm schutzrechtsverletzende Angebote anzuzeigen, gegenüber der Notwendigkeit einer manuellen Kontrolle durch eBay. Es sei nicht ohne weiteres einzusehen, warum der Diensteanbieter dem Schutzrechtsinhaber die Überprüfung von Markenverletzungen abnehmen solle, die dieser mit gleichem Aufwand selbst bewerkstelligen könne. OLG Hamburg, Urteil vom 14.3.2012, 5 U 87/09 – *Rapidshare II*, MMR 2012, 393, 399 (mit Blick auf die erschwerte Durchsetzung der Ansprüche der Rechtsinhaber gegen anonymisierte Dritte). Siehe zu der Mitwirkung der Rechtsinhaber sowie allgemeiner zur Zumutbarkeit von Kontrollpflichten auch *Spindler*, GRUR 2011, 101. Vgl. allgemeiner zu dem vorzunehmenden Interessensausgleich sowie möglichen Kriterien zur Bestimmung des Umfangs der Prüfungspflichten auch *Hartmann*, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 7, 57 und 76-89.

607 Vgl. *Haedicke*, in: *Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des geistigen Eigentums, 2010, S. 229, 231. Ausführlich zu der Bedeutung einzelner Kriterien und der allgemeinen zugrundeliegenden Interessenabwägung *Leistner*, GRUR 2006, 801, 808-810 und 813, der dabei zwischen aktiven und neutralen Störern differenziert.

Rechtsverletzung, sondern erfasst auch künftige gleichartige Verletzungen⁶⁰⁸. Darüber hinaus wurde auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch im Rahmen der Störerhaftung anerkannt, wenn der Störer eine Erstbegehungsgefahr begründet⁶⁰⁹. Dieses Verständnis der Reichweite der nach Unionsrecht möglichen Unterlassungsanordnung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH⁶¹⁰. Die deutsche Rechtsprechung hat die Grundsätze der Störerhaftung auch zur Begründung von (vorbeugenden) Unterlassungsansprüchen mit Blick auf die Verletzung einer Gemeinschaftsmarke herangezogen⁶¹¹.

Die Störerhaftung knüpft an die primäre Immaterialgüterrechtsverletzung an und setzt deshalb die Verwirklichung eines immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestandes voraus, auch wenn sich der Vorsatz des Störers nicht auf die Immaterialgüterrechtsverletzung erstrecken muss. An

608 Vgl. BGH, Urteil vom 11.3.2004, I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860, 864; BGH, Urteil vom 19.4.2007, I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708, 712; BGH, Urteil vom 17.8.2011, I ZR 57/09 – *Stiftparfüm*, GRUR 2011, 1038, 1040, der dieses Ergebnis auch mit Blick auf die EuGH-Rechtsprechung bestätigt. Zum Kriterium der Gleichartigkeit: Klatt, ZUM 2009, 265, 272-274. Wiebe, WRP 2012, 1335, 1340f. spricht sich mit Blick auf die Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung an die Zumutbarkeit der Prüfungspflichten für eine Einschränkung auf künftige gleichartige Verletzungen durch denselben Nutzer aus.

609 Vgl. BGH, Urteil vom 19.4.2007, I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708, 711.

610 EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 128-134. So auch BGH, Urteil vom 17.8.2011, I ZR 57/09 – *Stiftparfüm*, GRUR 2011, 1038, 1040.

611 BGH, Urteil vom 19.4.2007, I ZR 35/04 – *Internet-Versteigerung II*, GRUR 2007, 708, 711, wonach zwar Art. 98 I GMVO [jetzt Art. 102 I GMVO] eine eigenständige abschließende Regelung für den Unterlassungsanspruch enthält, der einem Rückgriff auf das nationale Recht nach Art. 98 II GMVO [jetzt Art. 102 II GMVO] entgegensteht, der von der Gemeinschaftsmarkenverordnung vorgesehene Unterlassungsanspruch aber angesichts der aus Art. 11 S. 3 der Durchsetzungsrichtlinie resultierenden Verpflichtung zur Gewährung einer Unterlassungsanordnung auch gegen Mittelspersonen dahingehend durch einen Rückgriff auf das nationale Recht zu ergänzen ist, dass er auch eine Inanspruchnahme der Mittelspersonen im Falle einer Gemeinschaftsmarkenverordnung ermöglicht: „[...] Da das nach der Durchsetzungsrichtlinie heranzuziehende nationale Recht mit der Störerhaftung bereits eine entsprechende erweiterte Haftung vorsieht, ist mit der Durchsetzungsrichtlinie der durch die Gemeinschaftsmarkenverordnung an sich gesperrte Rückgriff auf das nationale Recht nicht nur möglich, sondern auch geboten.“.

der Akzessorietät der Störerhaftung zu der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung hält auch die Literatur fest⁶¹². Die Inanspruchnahme des Störers ist aber nicht von einer vorherigen erfolglosen Inanspruchnahme des unmittelbaren Verletzers abhängig und greift damit nicht erst subsidiär zu der Möglichkeit ein, effektiven Rechtsschutz gegen den unmittelbaren Verletzer zu erlangen⁶¹³. Weil sich die Verantwortlichkeit nach den Grundsätzen der Störerhaftung auf Unterlassungsansprüche beschränkt, und die gegen den unmittelbaren Verletzer und den Störer gerichteten Unterlassungsansprüche mit der Unterlassung der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung und mit der Unterlassung der Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung auf unterschiedliche Inhalte gerichtet sind, besteht zwischen der Haftung des Störers und der Haftung des unmittelbaren Verletzers keine Gesamtschuld.

cc) Haftungsprivilegierungen nach dem TMG

Darüber hinaus sind die zur Konkretisierung und Gewährleistung der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit auf die E-Commerce-Richtlinie zurückgehenden Haftungsprivilegierungen des Telemediengesetzes (TMG) für die Übermittlung oder Speicherung fremder Informationen gemäß § 7 II i.V.m. §§ 8-10 TMG zu beachten⁶¹⁴. Danach trifft die Diensteanbieter keine allgemeine Überwachungspflicht (§ 7 II 1 TMG; Art. 15 I ECRL) und eine Schadensersatzpflicht für fremde Informationen kommt für die nach Maßgabe der §§ 8-10 TMG (Art. 12-14 ECRL) privilegierten, im we-

612 *Ahrens*, WRP 2007, 1281, 1290; *Hartmann*, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 50; *Leistner*, GRUR 2010, Beilage zu Heft 1, 1, 11f., demzufolge für eine richterrechtliche Verselbständigung der Verkehrspflichten zu einer eigenständigen täterschaftlichen Gefährdungshaftung im Immaterialgüterrecht kein Raum besteht.

613 Vgl. *Hartmann*, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 48f., 61f. und 87-89. Für eine subsidiäre Ausgestaltung sprechen sich allerdings *Ahrens*, WRP 2007, 1281, 1288f., *Leistner*, GRUR 2010, Beilage zu Heft 1, 1, 32 und *Spindler*, in: *Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des geistigen Eigentums, 2010, S. 212, 226f. aus.

614 Wie die Regelungen der E-Commerce-Richtlinie stellen auch die Regelungen des TMG Querschnittsregelungen dar, die keine eigene Verantwortlichkeit begründen, sondern an die aufgrund anderer materiellrechtlicher Vorschriften bestehende Verantwortlichkeit anknüpfen und diese zum Teil modifizieren, vgl. *Hartmann*, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 123.

sentlichen auf eine passive Vermittlungs- und Speichertätigkeit beschränkten, Diensteanbieter erst ab Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder Information in Betracht, wenn der Diensteanbieter daraufhin nicht unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Die Kenntnis erfasst dabei jede Form der Kenntnisnahme des Diensteanbieters und beschränkt sich nicht auf eine förmliche Abmahnung des Rechtsinhabers oder eine Abmahnung im Rahmen eines bestimmten vorgegebenen sog. *notice and take down*-Verfahrens⁶¹⁵. Dagegen bleiben Unterlassungsansprüche gegen die Diensteanbieter von den entsprechenden Haftungsprivilegierungen unberührt (§ 7 II 2 TMG; Art. 12 III, 13 II, 14 III und 15 II ECRL). Damit stehen die Haftungsprivilegierungen des TMG Unterlassungsansprüchen nach den Grundsätzen der Störerhaftung nicht entgegen, soweit bei der Bestimmung der zumutbaren Prüfungspflichten die Wertung des § 7 II 1 TMG, wonach die Diensteanbieter im Sinne der §§ 8-10 TMG nicht verpflichtet sind, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen, und damit von einer generellen Überwachungspflicht freigestellt sind, zugrunde gelegt wird⁶¹⁶. Entsprechend betont die Rechtsprechung, dass der Diensteanbieter, der als Störer in Anspruch genommen wird, nicht zu einer generellen Kontrolle und Überwachung aller von seinen Nutzern eingestellten Inhalte verpflichtet ist und auch sein Geschäftsmodell nicht so ausgestalten muss, dass die von den Nutzern eingestellten Inhalte vor ihrer Veröffentlichung von ihm vorab kontrolliert werden⁶¹⁷. Bei Hinweisen auf eine konkrete Rechtsverletzung bleibt der Diensteanbieter aber über die Beseitigung des rechtsverletzenden Inhalts hinaus verpflichtet, auch zukünftige gleichartige Verletzungen desselben Rechts im Rahmen der ihm zumutbaren Prüf- und Kontrollpflichten zu verhindern, wobei ihm neben dem Einsatz technischer Mittel, wie Wortfilter, in einem begrenzten Umfang auch eine manuelle Überprüfung zugemutet werden kann⁶¹⁸.

615 Spindler, in: Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des geistigen Eigentums, 2010, S. 212, 215.

616 Vgl. Hartmann, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 122.

617 Vgl. BGH, Urteil vom 11.3.2004, I ZR 304/01 – *Internet-Versteigerung I*, GRUR 2004, 860, 864; OLG Hamburg, Urteil vom 2.7.2008, 5 U 73/07 – *Rapidshare I*, ZUM-RD 2008, 527, 538; OLG Hamburg, Urteil vom 30.9.2009, 5 U 111/08 – *Rapidshare II*, NJOZ 2009, 4957, 4970-4972.

618 BGH, Urteil vom 12.7.2012, I ZR 18/11 – *Alone in the Dark*, GRUR 2013, 370.

dd) Bezug zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung

Wie weit die Störerhaftung von der territorial begrenzten Schutzwirkung der Immaterialgüterrechte berührt wird, ist fraglich. Wie die Teilnahme setzt auch die Störerhaftung eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung als Haupttat voraus, die ihrerseits aufgrund des Territorialitätsprinzips erfordert, dass die unmittelbare Verletzungshandlung in dem Staat begangen wurde, in dem das Immaterialgüterrecht geschützt wird. Die akzessorische Bindung der Störerhaftung an die Verwirklichung einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung spricht zunächst dafür, eine inländische Immaterialgüterrechtsverletzung als Haupttat vorauszusetzen, weil deren Verwirklichung erst zu einer im Inland beachtlichen Rechtsverletzung führt und die Frage nach der Rechtmäßigkeit des die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Verhaltens aufwirft. Allerdings zeichnet sich die Störerhaftung gegenüber der Teilnahme durch eine gelockerte Akzessorietät zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung aus, weil sie weder deren besondere Ausrichtung auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung durch das objektive Erfordnis eines die Immaterialgüterrechtsverletzung fördernden Tatbeitrags und durch das subjektive Erfordernis von Vorsatz zur Verwirklichung der konkreten Immaterialgüterrechtsverletzung aufweist, noch die Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens schon allein aufgrund der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung begründet sieht. Vielmehr folgt die Rechtswidrigkeit, anders als bei der Teilnahme, nicht schon aus der Immaterialgüterrechtsverletzung selbst, sondern erst aus der Verletzung einer Sorgfalts-, Prüfungs- oder besonderen Gefahrvermeidungspflicht. Diese Pflichtverletzung lässt sich eigenständig und losgelöst vom immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestand beurteilen, so dass es auch denkbar erscheint, eine Pflichtverletzung des Störers zu bejahen, wenn es zu der Verletzung eines im Ausland geschützten Immaterialgüterrechts kommt.

Die Störerhaftung wurde so auch in einer Konstellation in Betracht gezogen, in der es nicht um die Ermöglichung einer inländischen, sondern einer ausländischen Immaterialgüterrechtsverletzung ging⁶¹⁹. Von dieser

619 BGH, Urteil vom 15.1.1957, I ZR 56/55 – *Taeschner (Pertusin II)*, GRUR 1957, 352. Der BGH bejahte die Mitwirkung eines mit dem Abschluss des Frachtvertrages und der Verladung auf das Schiff beauftragten Spediteurs an einer Verletzung der im Bestimmungsland geschützten ausländischen Warenzeichenrechte der Klägerin und entsprechend einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB. In

Rechtsprechung hat sich der BGH inzwischen ausdrücklich distanziert und einen entsprechenden deliktsrechtlichen Anspruch aus § 823 I und II BGB zum Schutz eines russischen Markenrechts aufgrund der Territorialität der nationalen Markenrechte abgelehnt⁶²⁰. Auch wenn der BGH in diesem Urteil die Frage der immaterialgüterrechtlichen Störerhaftung nicht erwähnt hat, ist nach seiner Rechtsprechung von einem Gleichlauf zu der deliktsrechtlichen Haftung nach den §§ 823ff. BGB und damit von einem strengen Territorialitätsverständnis auch für die Störerhaftung auszugehen.

Die Verletzung einer Prüfungs- bzw. Gefahrvermeidungspflicht selbst ist gleichwohl, auch wenn eine solche Pflicht nicht anlassunabhängig, sondern erst bei entsprechenden Anzeichen oder Hinweisen auf eine bestimmte Immaterialgüterrechtsverletzung entsteht, nicht als immaterialgüterrechtlicher Verletzungstatbestand zu werten, weil sie nicht die unmittelbare Verletzung der dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Ausschließlichkeitsrechte widerspiegelt. Damit unterliegt sie auch nicht deren territorialer Beschränkung, so dass die Pflichtverletzung nicht in dem Staat erfolgen muss, in dem das verletzte Immaterialgüterrecht geschützt ist und verletzt wurde. Die Pflichtverletzung setzt auch, anders als die Tathandlungen der Teilnahme und der besonderen Tatbestände der mittelbaren Patent- und Markenverletzung, nicht notwendig einen besonderen Inlandsbezug dahingehend voraus, dass sie eine inländische Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen muss, soweit man keine inländische Immaterialgüterrechtsverletzung als Haupttat erfordert. Die Störerhaftung unterscheidet sich damit auch von den nicht akzessorisch ausgestalteten Gefährdungstatbeständen der mittelbaren Patent- und der mittelbaren Markenverletzung, bei denen die Tathandlungen, die zwar selbst noch keine territorial beschränkten unmittelbaren Verletzungshandlungen darstellen, schon mit Blick auf die unmittelbaren Verletzungstatbestände zu beurteilen sind, weil sich aus ihnen die Gefahr einer inländischen Patent- bzw. Markenverletzung ergeben

diesen Fällen sei bereits die bloße Durchfuhr im Inland, die für eine Verletzung des inländischen Warenzeichenrechts der Klägerin nicht ausreichte, als Teil der im Bestimmungsland erfolgenden Immaterialgüterrechtsverletzung und damit als unerlaubte Handlung i.S.d. § 823 II BGB anzusehen. Die Entscheidung betont dabei auch den hinter der Inanspruchnahme als Störer stehenden Gedanken eines effektiven Schutzes von Immaterialgüterrechten, der die Verhinderung der drohenden Verletzung der ausländischen Zeichenrechte ermögliche.

620 BGH, Urteil vom 25.4.2012, I ZR 235/10 – *Clinique happy*, GRUR Int 2012, 1137, 1138.

muss und die untersagten Tathandlungen deshalb ihrerseits auf das Inland ausgerichtet sein müssen.

d) Haftung für die unter Verwendung ungesicherter Zugangsdaten von einem Dritten begangene Rechtsverletzung

Bei der vom BGH entwickelten täterschaftlichen Haftung für die unter Verwendung ungesicherter Zugangsdaten zu einer Internet-Auktionsplattform von einem Dritten begangene Rechtsverletzung handelt es sich dem BGH zufolge um einen nicht nur gegenüber der Teilnahme, sondern auch gegenüber den Grundsätzen der Störerhaftung sowie der täterschaftlichen Haftung wegen Verletzung einer Verkehrspflicht selbständigen Zurechnungsgrund⁶²¹. Der Grund für die Zurechnung der von dem Dritten begangenen Immaterialgüterrechtsverletzung liegt nach dem BGH nämlich nicht in einer durch die ungesicherte Verwahrung der Zugangsdaten erhöhten Gefahr für die geschützten Immaterialgüterrechte, sondern in ihrer besonderen Identifikationsfunktion im elektronischen Geschäftsverkehr und der daraus resultierenden Unsicherheit für den Geschäftsverkehr, welche Person unter den jeweiligen Zugangsdaten gehandelt hat und auf dieser Grundlage vertraglich oder deliktsrechtlich verpflichtet wird⁶²². Zwar knüpft auch diese vom BGH neu entwickelte Haftungsfigur an eine selbständige Verkehrspflicht zur Sicherung der Zugangsdaten und deren Verletzung, die als Grundlage für die Zurechnung der von dem Dritten begangenen Immaterialgüterrechtsverletzung oder eines Wettbewerbsverstößes dient, an und weist insoweit gewisse strukturelle Parallelen zur Störerhaftung bzw. einer allgemeinen Haftung für mittelbar begangene Immaterialgüterrechtsverletzungen auf⁶²³. Auch handelt es sich dogmatisch nicht um eine reine Rechtsscheinhaftung, weil es auf das Vertrauen des Gläubigers in den Anschein, dass der wahre Inhaber der Zugangsdaten gehandelt ha-

621 BGH, Urteil vom 11.3.2009, I ZR 114/06 – *Halzband*, GRUR 2009, 597f.

622 BGH, Urteil vom 11.3.2009, I ZR 114/06 – *Halzband*, GRUR 2009, 597f.

623 *Leistner*, GRUR 2010, Beilage zu Heft 1, 1, 7, der darin eine weitere selbständige und zugleich streng akzessorische Verkehrspflicht sieht, die der Zurechnung durch Dritte begangener unmittelbarer Verletzungshandlungen im Hinblick auf lauterkeitsrechtlich und immaterialgüterrechtlich geschützte Interessen und Rechtsgüter auf den Account-Inhaber als mittelbaren Verursacher diene und so eine neue mittelbare Verantwortlichkeit im Sinne der allgemeinen deliktsrechtlichen Dogmatik begründe.

be, der bei der deliktischen Verantwortlichkeit im übrigen ohnehin keine Berücksichtigung findet, nicht ankommt und weil zudem an die Stelle einer auf den Vertrauensschaden begrenzten Haftung eine umfassende täterschaftliche Verantwortung für die von dem Dritten begangene Rechtsverletzung tritt⁶²⁴. Die Haftung für die unter Verwendung ungesicherter Zugangsdaten von einem Dritten begangene Immaterialgüterrechtsverletzung geht aber dennoch über die den anderen Haftungsformen zugrundeliegende deliktsrechtliche Verantwortlichkeit hinaus und weist zumindest Züge einer Vertrauens- und Rechtsscheinhaftung auf, was ihre dogmatische Unterscheidung von den übrigen deliktsrechtlichen Formen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen rechtfertigt. Anders als bei der Störerhaftung bzw. Haftung für mittelbar begangene Immaterialgüterrechtsverletzungen liegt der Prüfung und Bejahung der Pflichtverletzung keine allgemeinere Interessenabwägung zwischen dem Schutzinteresse des Rechtsinhabers und den Interessen des Diensteanbieters am Betreiben eines an sich neutralen und legitimen Geschäftsmodells (oder einer Tätigkeit) sowie der Allgemeinheit an der Entwicklung und wirtschaftlichen Entfaltung neuer technischer Geschäfts- und Kommunikationsmodelle (oder an der Erhaltung einer Tätigkeit) zugrunde, die mit Blick auf den Schutz der Immaterialgüterrechte der Grenzziehung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Verhalten dient und damit auf die Grundfrage des Deliktsrechts zurückführt. Vielmehr geht es ausschließlich um den abstrakten Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs in die Identität der handelnden Person, während die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens für die Begründung der Haftung in den Hintergrund tritt und entsprechend auch keinen Raum für eine am Maßstab der Zumutbarkeit orientierte Haftung aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung lässt⁶²⁵. Auch der Schutz der Immaterialgüterrechte tritt, von dem Erfordernis einer Immaterialgüterrechtsverletzung abgesehen, gegenüber dem Gedanken des Vertrauensschutzes des Rechtsverkehrs vollständig in den Hintergrund.

Im einzelnen gilt es freilich noch eine nähere Konkretisierung dieser Rechtsprechung abzuwarten, bevor sich verlässliche Aussagen zu der Rechtsnatur und dem Anwendungsbereich dieser Haftungsfigur treffen lassen. Eine Erstreckung dieser Rechtsprechung auf die mittels der miss-

624 *Leistner*, GRUR 2010, Beilage zu Heft 1, 1, 6f.

625 Vgl. *Rössel*, CR 2009, 453, 454.

bräuchlichen Verwendung eines ungesicherten WLAN-Zugangs verursachten Urheberrechtsverletzungen wurde abgelehnt; behandelt wurde diese Konstellation vielmehr nach den Grundsätzen der immaterialgüterrechtlichen Störerhaftung⁶²⁶. Nicht in diese Linie der Haftungsbegründung einzuordnen ist ferner die Frage, ob Eltern, die ihrem minderjährigen Kind ihren Internetanschluss zur Verfügung stellen, für die von diesem über den Internetanschluss und entsprechende *filesharing*-Systeme widerrechtlich öffentlich zugänglich gemachten urheberrechtlich geschützten Inhalte wegen Verletzung ihrer Aufsichtspflicht nach §§ 832 I, 823 BGB haften⁶²⁷.

Mit Blick auf die territorial begrenzte Schutzwirkung der Immaterialgüterrechte gilt soweit folgendes: die ungesicherte Aufbewahrung der Zugangsdaten steht mit der Reichweite der immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte in keinem Zusammenhang, unterliegt deshalb keinen Auswirkungen des Territorialitätsprinzips und kann somit auch außerhalb des Staates erfolgen, in dem das verletzte Immaterialgüterrecht geschützt ist. Auch eine besondere Ausrichtung der Haftungsfigur auf den immaterialgüterrechtlichen Schutz, aus der sich ein besonderer Inlandsbezug herleiten ließe, besteht nicht. Die Haftung für die mittels ungesicherter Zugangsdaten von einem Dritten begangene Immaterialgüterrechtsverletzung ist zwar insoweit akzessorisch, als sie eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung als mit dem Gläubiger begründetes Schuldverhältnis voraussetzt. Weil der Charakter der zugerechneten Rechtsverletzung für den Zurechnungsgrund aber keine Bedeutung hat, erscheint prinzipiell auch die Zurechnung einer ausländischen Immaterialgüterrechtsverletzung möglich, wenn man sich nicht auf den Standpunkt stellt, dass nur eine inländische Immaterialgüterrechtsverletzung eine rechtlich beachtliche Rechtsverletzung darstellt, die die Frage nach der Haftung des Inhabers und damit nach dem Zurechnungsgrund überhaupt erst aufwerfen kann.

2. Überblick über die materielle Rechtslage in Frankreich

Die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen im französischen Recht ist vor dem Hintergrund des Begriffs und Regimes der (unmittelbaren) Immaterialgüterrechtsverletzung (*contrefaçon*) zu se-

626 BGH, Urteil vom 12.5.2010, I ZR 121/08 – *Sommer unseres Lebens*, GRUR 2010, 633, 634f.

627 BGH, Urteil vom 15.11.2012, Az. I ZR 74/12- *Morpheus*, GRUR 2013, 511.

hen, die immaterialgüterrechtsspezifisch im Code de la propriété intellectuelle (CPI) geregelt ist und zugleich unter die allgemeine deliktsrechtliche Generalklausel des Art. 1382 Code civil fällt. Neben der zivilrechtlichen Haftung begründet sie auch eine strafrechtliche Verantwortung. Daneben finden sich für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte auch einige eigenständige Haftungstatbestände im Code de la propriété intellectuelle, die keine *contrefaçon* im eigentlichen Sinne darstellen und einzelne Formen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen aufgreifen.

a) Die *contrefaçon* als unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung

Die *contrefaçon* stellt den zentralen Begriff des französischen Rechts im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechtsverletzungen dar und wird gelegentlich auch als Oberbegriff für die an die Verletzung eines Immaterialgüterrechts anknüpfenden Haftungstatbestände des Code de la propriété intellectuelle, insbesondere dessen Straftatbestände (*délits de contrefaçon*) verwendet. Im engeren und eigentlichen Sinne beschreibt sie nur die unmittelbare Verletzung eines Immaterialgüterrechts, d.h. jede Verletzung eines dem Rechtsinhaber vorbehaltenen mit dem Immaterialgüterrecht verbundenen Ausschließlichkeitsrechts⁶²⁸. Die unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungen begründen sowohl eine zivilrechtliche als auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit und bilden den Kern der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Haftungstatbestände des Code de la propriété intellectuelle, auch wenn die einzelnen Haftungstatbestände nicht immer nur an unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzungen anknüpfen. Ihr Inhalt und ihre Reichweite ergeben sich als negative Kehrseite der dem Rechtsinhaber mit dem jeweiligen geschützten Immaterialgüterrecht zugewiesenen Ausschließlichkeitsrechte; entsprechend verweisen die zivilrechtlichen *contrefaçon*-Tatbestände oft auf die zuvor geregelten Ausschließlichkeitsrechte (so für das Patentrecht Art. L.615-1 und für das Markenrecht Art. L.716-1 CPI) oder fassen diese kurz zusammen (so für das Urheberrecht Art. L.122-4 CPI)⁶²⁹. Neben den zivilrechtlichen Haftungstatbeständen sind auch die Straftatbestände im Code de la propriété

628 Binctin, Droit de la propriété intellectuelle, 2010, S. 697f.; Alleaume, Propriété intellectuelle, 2010, S. 248.

629 Binctin, Droit de la propriété intellectuelle, 2010, S. 697f.

intellectuelle normiert (Art. L.335-2 ff. für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte, Art. L.615-12 ff. für das Patentrecht, Art. L. 716-9 ff. für das Markenrecht). Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit kann sowohl unmittelbar auf die *contrefaçon*-Tatbestände des Code de la propriété intellectuelle als auch auf die deliktsrechtliche Generalklausel des Art. 1382 Code civil⁶³⁰ gestützt werden, auf die sich die immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestände zurückführen lassen. Die Verwirklichung der *contrefaçon*-Tatbestände stellt eine *faute* im Sinne des Art. 1382 Code civil dar. Sie kann entweder auf dem zivilrechtlichen oder auf dem strafrechtlichen Weg über die Nebenklage im Adhäsionsverfahren geltend gemacht werden⁶³¹.

Mit der Verletzung eines immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts ist zunächst nur der objektive Tatbestand (*élément matériel*) erfüllt. Hinsichtlich des hinzutretenden subjektiven Elements (*élément intentionnel* oder *élément moral*) ist zwischen der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Seite der *contrefaçon* zu unterscheiden. Für den Straftatbestand ist das subjektive Element im Grundsatz konstitutiv, auch wenn es oft auf der Grundlage der objektiven Tatumstände hergeleitet wird⁶³². Für die Begründung der zivilrechtlichen Haftung ist weiter nach den einzelnen Verletzungstatbeständen zu differenzieren: bei einigen ist das subjektive Element so stark abgeschwächt, dass es auf die Darlegung eines Vorsatzes und eines Verschuldens in der Regel nicht mehr ankommt, während bei anderen Kenntnis vorausgesetzt wird⁶³³. So setzt der Urheberrechtsverletzungstatbestand des Art. L.122-4 CPI weder ein Verschulden, noch Kenntnis von dem rechtsverletzenden Charakter der Handlung voraus⁶³⁴,

630 Art. 1382: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Neben der Haftung für vorsätzliches Verhalten erfasst die allgemeine deliktsrechtliche Haftung gemäß Art. 1383 auch fahrlässiges Verhalten:

Art. 1383: Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

631 *Alleaume*, Propriété intellectuelle, 2010, S. 261 und S. 263-266.

632 *Alleaume*, Propriété intellectuelle, 2010, S. 250-253.

633 *Alleaume*, Propriété intellectuelle, 2010, S. 250-253.

634 Cass. 1re civ., Urteil vom 16.2.1999, Bulletin 1999 I n°56; Cass. 1re civ., Urteil vom 29.5.2001, Bulletin 2001, I, n°154: "Vu l'article L.122-4 du Code de la propriété intellectuelle; Attendu que la contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés; [...]"; Cass. 1re civ., Urteil vom 13.11.2008, Bulletin

gleiches gilt für den Markenverletzungstatbestand des Art. L. 716-1 CPI, während der Patentverletzungstatbestand des Art. L. 615-1 Abs. 3 CPI für das Anbieten, das Inverkehrbringen, den Gebrauch und den Besitz zum Zwecke des Gebrauchs oder Inverkehrbringens eines patentverletzenden Gegenstandes durch Personen, die den patentverletzenden Gegenstand nicht selbst hergestellt haben, deren Kenntnis von dem rechtsverletzenden Charakter der Handlung voraussetzt. Art. L.613-4 CPI, der, nach dem Vorbild von Art. 30 GPlü wie im deutschen Recht § 10 PatG, die mittelbare Patentverletzung regelt, setzt gleichfalls Vorsatz in Form von Kenntnis bzw. Offensichtlichkeit des patentverletzenden Gebrauchs voraus⁶³⁵. Allerdings handelt es sich bei der mittelbaren Patentverletzung dogmatisch nicht um einen unmittelbaren Patentverletzungstatbestand, da es sich bei den Tathandlungen nicht um nach Art. L.613-3 dem Patentinhaber ausschließlich vorbehalten und Dritten untersagte Nutzungshandlungen handelt.

Die Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung erfüllt selbst nicht den Tatbestand einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung und damit einer *contrefaçon* im engeren Sinne, so dass die Haftung desjenigen, der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglicht, nicht allein auf die entsprechenden Tatbestände der Art. L.122-4, L.615-1 und L. 716-1 CPI gestützt werden kann, sondern entweder, wenn für Schadensersatzansprüche über das Adhäsionsverfahren der strafrechtliche Weg gewählt wird, Art. 121-7 Code pénal über die Beihilfe heranzuziehen, oder, für den zivilrechtlichen Weg, auf die deliktsrechtliche Generalklausel des Art. 1382 Code civil zurückzugreifen ist. Daneben finden sich für das Ur-

2008, I, n°258. Im Vordergrund steht dabei der Gedanke eines effektiven Schutzes des verletzten Immaterialgüterrechts, *Pollaud-Dullian*, RTD com. 2009, 140f.; *Caron*, Comm.com.électr., Juni 2002, 24, 25.

635 Art. L. 613-4 : 1. Est également interdite, à défaut de consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire français, à une personne autre que celles habilitées à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.
2. Les dispositions du 1 ne sont pas applicables lorsque les moyens de mise en œuvre sont des produits qui se trouvent couramment dans le commerce, sauf si le tiers incite la personne à qui il livre, à commettre des actes interdits par l'article 613-3 [dem Patentinhaber vorbehalten und Dritten untersagte Nutzungshandlungen].
[...].

heberrecht und die verwandten Schutzrechte auch einzelne eigenständige Haftungstatbestände für bestimmte Formen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, die diese, auch wenn es sich nicht um unmittelbare Verletzungstatbestände handelt, jenen im Ergebnis gleichstellen. Auf die Vorschrift zur mittelbaren Patentverletzung nach Art. L.613-4 CPI wird dabei aufgrund des Gleichlaufs zum deutschen Recht nicht mehr gesondert eingegangen, weil die dort gewonnenen Erkenntnisse (siehe oben III.1.b.aa) aufgrund des gemeinsamen Vorbilds in Art. 30 GPÜ *mutatis mutandis* auf das französische Recht übertragen werden können.

b) Die besonderen Haftungstatbestände der Art. L.335-2-1 und Art. L. 336-1 – 336-3 CPI

Ergänzend zu den unmittelbaren Verletzungshandlungen knüpfen die Tatbestände der Art. L.335-2-1 und Art. L.336-1 – 336-3 CPI an bestimmte Handlungen an, die, ohne den Tatbestand einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung selbst zu verwirklichen, Verletzungen des Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte ermöglichen, und erlauben damit ein strafrechtliches und zivilrechtliches Vorgehen gegen andere Personen als die unmittelbaren Verletzer. Die Vorschriften gehen zum einen auf das französische Umsetzungsgesetz vom 1. August 2006⁶³⁶ zur Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft zurück, gehen über deren Vorgaben dabei aber hinaus und fanden sich ursprünglich im Rahmen eines weiteren differenzierten Ansatzes zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen im Internet insbesondere über *peer-to-peer*-Netze, der aber nach kontroversen Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren und der Ablehnung einiger Vorschriften durch den Conseil Constitutionnel nur noch teilweise verwirklicht wurde⁶³⁷. Zum anderen beruhen sie auf Ergänzungen, die durch das Gesetz über die Förderung der Verbreitung und des Schutzes des künstlerischen Schaffens im Internet vom 12. Juni 2009 und

636 *Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JORF n°178 vom 3.8.2006, 11529.

637 Vgl. Kessler, D.2006, n°31, S. 2167-2170; Bernault, *Légipresse* N°236, November 2006, 127-132; Geiger, IIC 38 (2007), 401-428. Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 27.7.2006, n°2006-540 DC, JORF vom 3.8.2006, 11541.

dessen Korrektur, nach einer weiteren Ablehnung einzelner Vorschriften durch den Conseil Constitutionnel, durch das Gesetz vom 28. Oktober 2009 über den strafrechtlichen Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte im Internet, vorgenommen wurden, die ihrerseits wieder nur einen Teil des ursprünglich angedachten Regelungsansatzes verwirklichen konnten⁶³⁸. Insoweit spiegeln die Vorschriften nur einen fragmentarischen Regelungsausschnitt der Verantwortlichkeit für die im Internet begangenen Verletzungen des Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte wider.

Art. L.335-2-1 CPI stellt das wissentliche Entwickeln, Zugänglichmachen oder Verbreiten an die Öffentlichkeit von Software, die offensichtlich dazu bestimmt ist, der Öffentlichkeit Werke, die durch das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte geschützt sind, ohne Zustimmung der Rechtsinhaber zugänglich zu machen, sowie das wissentliche Anleiten zum Gebrauch einer solchen Software unter Strafe⁶³⁹. Im Blickpunkt stehen dabei *peer-to-peer*-Software und andere *filesharing*-Systeme, die keine technischen Schutzvorrichtungen für immaterialgüterrechtlich geschützte Inhalte vorsehen und die offensichtlich auf eine rechtsverletzende Benutzungsweise ausgerichtet sind⁶⁴⁰. Dogmatisch handelt es sich dabei um zu eigenen Straftatbeständen erhobene Teilnahmeformen, weil die entsprechenden Tathandlungen nicht selbst unter die dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Ausschließlichkeitsrechte fallen und keine unmittelbaren Verletzungshandlungen darstellen, sondern nur deren zahlreiche Verwirklichung ermöglichen. Hinter der eigenständigen strafrechtlichen Ahndung,

638 *Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (dite Hadopi 1)*, JORF n°135 vom 13.6.2009, 9666; *loi n°2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite Hadopi 2)*, JORF n°251 vom 29.10.2009, 18290; Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 10.6.2009, n°2009-580 DC, JORF vom 13.6.2009, 9675.

Vgl. *Varet*, *Légipresse* n°268, Januar 2010, 1-12; *Geiger*, IIC 42 (2011), 457-472.

639 Art. L. 335-2-1: Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000€ d'aman-

de le fait:
1° d'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés;

2° d'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1°.

640 *Bernault*, *Légipresse* n°236, November 2006, 127, 128-130.

die neben die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus den strafrechtlichen *contrefaçon*-Tatbeständen als Gehilfe (Art. 121-7 Code pénal⁶⁴¹) der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung oder einer möglichen Strafbarkeit wegen Hehlerei (Art. 321-1 Code pénal)⁶⁴² tritt, steht der Gedanke der Eindämmung der bewussten Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten entsprechender zu Verletzungszwecken gebrauchter Software, die einem verstärkten und wirksamen Schutz der Immaterialgüterrechte dienen soll. Wie auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 121-7 und 321-1 Code pénal setzt der Straftatbestand des Art. L.335-2-1 die Kenntnis des Anbieters der Software von der rechtsverletzenden Gebrauchsmöglichkeit und der Begehung bestimmter Verletzungshandlungen voraus („*sciement*“)⁶⁴³; dagegen scheint es nicht erforderlich, dass der Software-Anbieter auch die durch die über die Software erfolgende Zugänglichmachung an die Öffentlichkeit im einzelnen verletzten Urheberrechte oder verwandten Schutzrechte kennt. Für den subjektiven Tatbestand (*élément intentionnel*), der im Gegensatz zu den unmittelbaren Verletzungstatbeständen hier nicht vermutet wird, sondern anhand der Umstände des Einzelfalles und des Verhaltens des Softwareanbieters darzulegen ist, kann auch das Bewusstsein, dass mittels der Software Immaterialgüterrechtsverletzungen begangen werden, genügen, wenn die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen den Hauptzweck oder sogar einzigen Zweck der Software bildet⁶⁴⁴. Die Akzessorietät zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung erscheint insoweit gelockert, als ein über die allgemeine Aus-

641 Art. 121-7: Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.

Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre.

642 Art. 321-1: Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000€ d'amende.

Cour d'appel de Paris, Pôle 5 – Chambre 12, Urteil vom 23.1.2012, <http://juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1356>: strafrechtliche Verurteilung von eBay wegen Hehlerei markenrechtsverletzender Gegenstände (*recel de contrefaçon*).

643 *Gaubiac*, Comm.com.électr., November 2006, 41, 42.

644 Vgl. *Gaubiac*, Comm.com.électr., November 2006, 41, 42f.

richtung auf das Zugänglichmachen urheberrechtlich geschützter Werke hinausgehender konkreter Beitrag der Software zu einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung nicht nachgewiesen werden muss⁶⁴⁵.

Neben Art. L.335-2-1 CPI, der den durch entsprechende Software ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen repressiv auf dem strafrechtlichen Weg begegnet (*volet pénal*), hält das Gesetz auch präventive Abhilfemaßnahmen auf dem zivilrechtlichen Weg bereit (*volet civil*). Art. L.336-1 CPI sieht für den einstweiligen Rechtsschutz auf dem zivilrechtlichen Weg die Möglichkeit vor, Maßnahmen als Reaktion auf eine Software zu ergreifen, die hauptsächlich dazu verwendet wird, widerrechtlich Werke zugänglich zu machen, die durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützt sind, soweit dadurch nicht die wesentlichen Grundzüge und der ursprüngliche Zweck der Software verändert werden⁶⁴⁶. Nicht geregelt wird in diesem Zusammenhang die eigentliche materiellrechtliche Haftung, die durch das Zurverfügungstellen entsprechender Software ausgelöst werden kann. Weitergehend sieht Art. L.336-2 CPI für den Fall der Verletzung eines Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts durch den Inhalt eines Kommunikationsdienstes im Internet die Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung, gegebenenfalls auch im einstweiligen Rechtsschutz, geeigneter Abhilfemaßnahmen gegenüber jeder Person vor, die zur Einstellung der Rechtsverletzung beitragen kann⁶⁴⁷. Die weit gefasste Vorschrift könnte sich so in Zukunft zur zentralen Durchsetzungsnorm gegenüber Internet-Diansteianbietern, über deren

645 *Gaubiac*, Comm.com.électr., November 2006, 41, 42.

646 Art. L. 336-1: Lorsqu'un logiciel est principalement utilisé pour la mise à disposition illicite d'œuvres ou d'objets protégés par un droit de propriété littéraire et artistique, le président du tribunal de grande instance, statuant en référé, peut ordonner sous astreinte toutes mesures nécessaires à la protection de ce droit et conformes à l'état de l'art.

Les mesures ainsi ordonnées ne peuvent avoir pour effet de dénaturer les caractéristiques essentielles ou la destination initiale du logiciel. [...].

647 Art. L. 336-2 : En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à l'article L. 321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier.

Dienste Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte verletzt werden, entwickeln⁶⁴⁸. Die Natur als Durchsetzungsnorm im Bestreben nach einem wirksamen Schutz und einer effektiven Durchsetzung der Immaterialgüterrechte bringt es mit sich, dass auf die nähere Ausgestaltung der materiellrechtlichen Haftungsvoraussetzungen verzichtet wurde. Entsprechend finden sich auch keine Hinweise auf ein Vorsatz- und Akzessorietätsersfordernis zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung.

Art. L.336-3 CPI verpflichtet den Inhaber eines Zugangs zu einem Kommunikationsdienst im Internet darauf zu achten, dass der Zugang nicht zur Vervielfältigung, öffentlichen Zugänglichmachung oder öffentlichen Wiedergabe durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützter Werke ohne Zustimmung der Rechtsinhaber verwendet wird⁶⁴⁹. Damit wird eine eigenständige Sorgfaltspflicht für eine Person, die die Immaterialgüterrechtsverletzung nicht selbst begeht, durch die unzureichende Überwachung ihres Zugangs aber ermöglicht und die deshalb für die über ihren Zugang begangene Immaterialgüterrechtsverletzung zur Verantwortung gezogen wird, begründet und im Code de la propriété intellectuelle verankert. Deren Nichteinhaltung kann nach Maßgabe der Art.L.335-7 und 335-7-1 und der daraufhin ergehenden Verordnung künftig zu einer strafrechtlichen Ahndung führen, die im Falle grober Fahrlässigkeit (*négligence caractérisée*) auch die zeitlich begrenzte Aussetzung des Internet-Zugangs beinhalten kann⁶⁵⁰. Zivilrechtlich ist darin ein das deliktsrechtliche Verschulden im Sinne des Art. 1382f. Code civil begründender Sorgfaltspflichtverstoß (*faute*) zu sehen, der entsprechend die allgemeine deliktsrechtliche Verantwortlichkeit begründet.

Den Vorschriften der Art. L.336-1 – 336-3 ist gemeinsam, dass sie der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen im Internet zu be-

648 Siehe Nérissou, in Heath/ Kampermann Sanders (Hrsg.), Intellectual Property Liability of Consumers, Facilitators and Intermediaries, 2012, S. 67, 73-76.

649 Art. L. 336-3 : (2) La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise.

Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé, sous réserve des articles L. 335-7 à L. 335-7-1.

650 Vgl. Varet, Légipresse n°268, Januar 2010, 1, 5f.

gegenen suchen und die Inanspruchnahme von Personen erlauben, die die Urheberrechtsverletzung zwar nicht selbst begangen, aber mittels der von ihnen angebotenen Dienste oder zur Verfügung gestellten Mittel auf verschiedene Weise ermöglicht haben und deshalb zu deren Unterbindung beitragen können. Die Regelung unter der Kapitelüberschrift „*Prévention du téléchargement et de la mise à disposition illicites d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin*“ (Verhinderung des widerrechtlichen Herunterladens und der widerrechtlichen öffentlichen Zugänglichmachung durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützter Werke) betont den präventiven, auf einen effektiven Immaterialgüterrechtsschutz ausgerichteten Regelungsansatz, der methodisch über Vorschriften der Rechtsdurchsetzung verwirklicht wird. Im Vordergrund steht entsprechend der Gedanke eines effektiven Schutzes des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, hinter den die materiellrechtliche Grundlage für die Inanspruchnahme der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Personen zurücktritt. Deren Interessen werden, dem unionsrechtlichen Vorbild folgend, durch die Anerkennung bestimmter Haftungsprivilegierungen berücksichtigt.

- c) Die immaterialgüterrechtliche und deliktsrechtliche Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen jenseits besonderer Haftungstatbestände

Jenseits der besonderen Haftungstatbestände, die einzelne Formen der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte spezifisch regeln, lässt sich eine Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen entweder über eine weite Auslegung der immaterialgüterrechtlichen Haftungstatbestände oder über einen Rückgriff auf die deliktsrechtliche Generalklausel der Art. 1382 und 1383 Code civil erreichen, die von den besonderen Haftungstatbeständen nicht verdrängt werden⁶⁵¹. Zu einer Haftung auf Grundlage der immaterialgüterrechtlichen Haftungstatbestände gelangt man durch eine Erstreckung der Tatbestände über die untersagten Verletzungshandlungen hinaus auf Handlungen im Vorfeld, die es Dritten ermöglichen, die unmittelbaren Verletzungshandlungen zu begehen, sei es durch

651 *Gaubiac*, Comm.com.électr., November 2006, 41, 44; *Azzi*, in: IRPI (Hrsg.), Contrefaçon sur internet, 2009, S. 59, 73.

eine -systematisch an sich fragwürdige- erweiternde Auslegung, sei es, bei den strafrechtlichen Haftungstatbeständen des Code de la propriété intellectuelle, durch Rückgriff auf die strafrechtliche Beihilfe nach Art. 121-7 Code pénal. Eine solcherart über die *contrefaçon*-Tatbestände begründete Verantwortlichkeit stellt zugleich eine *faute* im Sinne der Art. 1382f. Code civil dar, die die zivilrechtliche Verantwortlichkeit begründet⁶⁵². Die Rechtsprechung unterscheidet dabei oft nicht zwischen einer unmittelbaren Verletzerverantwortlichkeit und der Verantwortlichkeit als Gehilfe einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung und fasst auch solche Handlungen unter den Begriff der *contrefaçon*, die Dritten die Verwirklichung der unmittelbaren Verletzungshandlung ermöglichen, auch wenn die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen an sich keine unmittelbare Verletzungshandlung bedeutet und damit nicht unter den Begriff der *contrefaçon* im eigentlichen Sinne fällt⁶⁵³. Die auf dem Begriff der *faute* beruhende deliktsrechtliche Generalklausel erlaubt zudem eine unmittelbare Einbeziehung des die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Verhaltens, weil und soweit dieses zu einem hierauf kausal zurückzuführenden Schaden für das verletzte Immaterialgüterrecht führt⁶⁵⁴. Zwischen dem unmittelbaren Verletzer und der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Person besteht dabei wie im allgemeinen Deliktsrecht eine Gesamtschuld im Sinne des Art. 1200 Code civil (*obligation in solidum*)⁶⁵⁵.

Um einer Ausuferung der Haftung aber entgegenzuwirken, sind hier neben der Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung Kenntnis von dem immaterialgüterrechtsverletzenden Gebrauch und das Unterlassen zumutbarer Gegenmaßnahmen zu fordern⁶⁵⁶. Diese Anforderungen und das hieraus resultierende Vorsatzerfordernis unterscheiden die zivilrechtliche Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, sei es, dass sie auf besonderen Tatbeständen wie das Zurverfügungstellen entsprechender Software nach Art. L.335-2-1 und L.336-1 – 336-3 CPI oder die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen nach Art. L.331-5 ff. CPI,

652 Ginsburg/ Gaubiac, RIDA 2006, 3, 59-63.

653 Vgl. Ginsburg/ Gaubiac, RIDA 2006, 3, 47-59; Azzi, in: IRPI (Hrsg.), Contrefaçon sur internet, 2009, S. 59, 74.

654 Ginsburg/ Gaubiac, RIDA 2006, 3, 61-63.

655 Cass.2e civ., Urteil vom 29.4.1970, JCP 1971 II 16586 zur Gesamtschuld im Deliktsrecht.

656 Ginsburg/ Gaubiac, RIDA 2006, 3, 69.

sei es, dass sie auf einer erweiternden Auslegung der *contrefaçon*-Tatbestände oder auf der deliktsrechtlichen Generalklausel beruht, von der zivilrechtlichen Haftung für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung, bei der regelmäßig die Verwirklichung des Verletzungstatbestandes genügt, um auf Vorsatz oder zumindest Fahrlässigkeit schließen zu können⁶⁵⁷. Das Vorsatzerfordernis entspricht auch den Anforderungen der Beihilfe nach Art. 121-7 Code pénal, die dem Wortlaut⁶⁵⁸ nach die wesentliche Ermöglichung oder einen wesentlichen Beitrag zu einer Immaterialgüterrechtsverletzung voraussetzt. Schließlich verlangt auch der Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung nach Art. L.613-4 CPI, der eine besondere Form der Ermöglichung einer Patentverletzung regelt, Kenntnis bzw. Offensichtlichkeit des patentverletzenden Gebrauchs.

Allerdings sind auch Tendenzen erkennbar, die subjektiven Anforderungen bei der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Zurverfügungstellen von Software oder anderer Dienste und Mittel im Internet zum massenhaften Gebrauch dahingehend herabzusenken, dass sich die Ermöglichung nicht im Sinne des klassischen Vorsatzes auf bestimmte Immaterialgüterrechtsverletzungen beziehen muss, sondern das Bewusstsein von einem bedeutenden rechtsverletzenden Gebrauch genügt⁶⁵⁹. Damit einher geht auch die Lockerung der Akzessorietät zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung, da auf die nachweisliche Ausrichtung der zahlreichen Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichenden Dienste auf eine bestimmte Immaterialgüterrechtsverletzung und den Nachweis des konkreten Beitrags zu einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung verzichtet wird. Diese Tendenz steht im Einklang mit einer entsprechenden Lockerung der subjektiven Anforderungen und der Akzessorietät bei den besonderen Haftungstatbeständen des Code de la propriété intellectuelle und unterstreicht den Gleichlauf zwischen dem besonderen immaterialgüterrechtlichen und dem allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsregime.

Der Gleichlauf in den Haftungsregimen und der Verzicht auf eine Differenzierung zwischen Tätern und Gehilfen einer Immaterialgüterrechtsverletzung in den Rechtsfolgen führen dazu, dass die Rechtsprechung auf die Fragen nach dem genauen Haftungsgrund und dessen dogmatischer Einordnung regelmäßig nicht näher eingeht, sondern sich damit begnügt,

657 Vgl. *Ginsburg/Gaubiac*, RIDA 2006, 3, 67-81.

658 Siehe oben Fußnote 641.

659 Vgl. *Ginsburg/Gaubiac*, RIDA 2006, 3, 63-65.

die Immaterialgüterrechtsverletzung als solche für den konkreten Einzelfall festzustellen und dabei die Rolle der sie ermöglichenden Person in tatsächlicher Hinsicht zu beschreiben, ohne eine gesonderte rechtliche Bewertung dieser Rolle vorzunehmen. Dies gilt sowohl für die ohnehin auf die angegriffenen Rechtsfragen beschränkten und im Verhältnis zu anderen Rechtsordnungen traditionell bewusst kurz gehaltenen höchstrichterlichen Entscheidungen der Cour de cassation, in denen es bislang noch nicht um die Rechtsgrundlage der Haftung, sondern um die Frage des Eingreifens und der Reichweite der Haftungsprivilegierungen ging⁶⁶⁰, als auch für die zugrundeliegenden Entscheidungen der Tatsacheninstanzen, die sich meist auf die Beschreibung des Verhaltens in tatsächlicher Hinsicht anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalles, auch hier schon mit Blick auf das mögliche Eingreifen von Haftungsprivilegierungen, beschränkt haben⁶⁶¹. Werden die Voraussetzungen einer Haftungsbefreiung bejaht, wird auf eine weitere Erörterung der Haftungsgrundlage verzichtet. Werden die Voraussetzungen einer Haftungsbefreiung verneint, konzentrieren sich die Ausführungen gleichwohl mehr auf die im Ergebnis verneinte Haftungsprivilegierung als auf die Anspruchsgrundlage für die bejahte Haftung, die oft noch ohne nähere systematische Einordnung in dem unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungstatbestand gesehen wird⁶⁶².

660 Cass. 1^{re} civ., Urteil vom 14.1.2010 – *Dargaud Lombard et Lucky Comics c. Tiscali Média*, Bulletin 2010, n°8; Cass. com., Urteile vom 13.7.2010 – *Google Adwords*, Bulletin 2010, IV, n°123, n°124 (*Louis Vuitton Malletier c. Google France et Google Inc.*); Cass. 1^{re} civ., Urteil vom 17.2.2011 – *Nord-Ouest Production c. Dailymotion*, Bulletin 2011, n°30.

661 Cour d'appel de Paris, 4^{ème} Chambre-Section A, Urteil vom 28.6.2006 – *Louis Vuitton Malletier c. Google France et Google Inc.*, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006950307&fastReqId=124768486&fastPos=1> Cour d'appel de Paris, 4^{ème} Chambre-Section A, Urteil vom 6.5.2009 – *Nord-Ouest Production c. Dailymotion* <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1131..>

662 Cour d'appel de Paris, 4^{ème} Chambre-Section A, Urteil vom 28.6.2006 – *Louis Vuitton Malletier c. Google France et Google Inc.*, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006950307&fastReqId=124768486&fastPos=1> In dieser vor der entsprechenden EuGH-Entscheidung ergangenen Entscheidung ging die Cour d'appel de Paris von einer markenmäßigen Benutzung durch den Internet-Referenzierungsdienst von Google Adwords und damit von einer unmittelbaren Markenverletzung aus. Cour d'appel de Paris, 4^{ème} Chambre-Section A, Urteil vom 7.6.2006 – *Dargaud Lombard et Lucky Comics c. Tiscali Média* <http://www.legalis.net/spip.php?page>

Die Tendenz der Rechtsprechung, von der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung auszugehen und auch die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen über diese zu begründen, führt dazu, dass sich die Frage nach dem Erfordernis einer inländischen Immaterialgüterrechtsverletzung in der Regel nicht mehr stellt, weil die französischen Gerichte ihre Entscheidungen auf die Verletzung eines französischen Schutzrechts stützen, deren Verletzungserfolg in Frankreich liegt. Das für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltende Territorialitätsprinzip wird damit automatisch auch bei einer Entscheidung über die Verantwortlichkeit wegen der Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung berücksichtigt. Für die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Handlungen scheint dagegen nur entscheidend, dass sie zu der Verletzung eines französischen Schutzrechts in Frankreich beitragen und der Verletzungserfolg auch dieser Handlungen damit in Frankreich liegt. Gerade bei der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch Internet-Dienste begnügte sich die Rechtsprechung für die Bejahung von Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen, mit der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung den Verletzungserfolg in Frankreich festzustellen, ohne zu fordern, dass auch die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Handlungen, wie das Anbieten des Internet-Dienstes und die Sorgfaltspflichtverletzung des Diensteanbieters, in Frankreich lokalisiert werden müssten⁶⁶³. Dagegen erfordert Art.L. 613-4 CPI für die mittelbare Patentverletzung schon aufgrund des Wort-

=jurisprudence-decision&id_article=1638 Die Cour d'appel de Paris geht in der Tiscali- Entscheidung allerdings auch kurz auf den Haftungsgrund ein. In diesem Zusammenhang verweist sie zum einen auf die durch den Diensteanbieter, dessen Rolle als verleger(ähnlich) (*qualité d'éditeur*) gewertet wurde, verwirklichte unmittelbare Urheberrechtsverletzung (*contrefaçon*) und zum anderen auf dessen Fahrlässigkeit (*faute*) im Sinne der allgemeinen deliktsrechtlichen Haftung nach Art. 1383 Code civil. Der Fahrlässigkeitsvorwurf wird dabei in der Verletzung der dem Diensteanbieter obliegenden Auskunftspflicht über die Identität des für den rechtsverletzenden Inhalt verantwortlichen Nutzers begründet. In dieser doppelten Begründung der Haftung als unmittelbarer Verletzer einerseits und als nicht der ihm obliegenden Auskunftspflicht nachkommender Diensteanbieter andererseits wird von manchen ein Wertungswiderspruch, der zu einer unangebrachten Haftungsdopplung führe, erblickt, so *Matulionyté/ Nérisson*, IIC 42 (2011), 55, 60.

663 Tribunal de commerce de Paris 1^{ère} chambre B, Urteile vom 30.6.2008, *Parfums Christian Dior et autres (LVMH) / eBay*, http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2351, und *Christian Dior Couture (LVMH) /*

lauts⁶⁶⁴ ausdrücklich, dass sich sowohl das Liefern oder Anbieten als auch die dadurch ermöglichte Patentverletzung in Frankreich ereignen müssen.

d) Haftungsprivilegierungen für bestimmte Diensteanbieter

Das immaterialgüterrechtliche und das allgemeine deliktsrechtliche Haftungsregime werden beide von den von der E-Commerce-Richtlinie vorgegebenen Haftungsprivilegierungen, insbesondere die in Art. 6 I-2 und -3 des Gesetzes zur Stärkung des Vertrauens in die digitale Wirtschaft⁶⁶⁵ umgesetzte Befreiung der Hostprovider (*hébergeurs*) von der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Verantwortlichkeit, überlagert. Deren richtlinienkonforme Auslegung und Reichweite steht regelmäßig im Zentrum der Entscheidungen über Fragen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen und drängt die Frage nach der Haftungsgrundlage in den Hintergrund. Die Haftungsprivilegierung für Hostprovider in

eBay, http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2354.

664 Siehe oben Fußnote 635.

665 *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN), JORF n°143 vom 22.6.2004, 11168.

Art. 6 I-2 : Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa.

Art. 6 I-3 : Les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou rendre l'accès impossible.

L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa.

Die Umsetzung von Art. 12 und 13 ECRL erfolgte dagegen in Art. L.32-3-3 und 32-3-4 *Code des postes et des communications électroniques*, die auch hier eng den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben folgt.

Art. 6 I-2 und -3 LCEN ist dabei – im Gegensatz etwa zu den in Art. 6 III LCEN erwähnten, aber keinem besonderen Haftungsregime unterstellten Herausgebern (*éditeurs*) eines online-Dienstes – als Ausnahmetatbestand zur möglichen Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zu verstehen, die für alle nicht privilegierten Diensteanbieter weiterhin Geltung beansprucht⁶⁶⁶. Fallen bestimmte Internet-Dienste nicht unter den Haftungsprivilegierungstatbestand oder gehen sie über dessen Grenzen einer neutralen und passiven, im wesentlichen auf den technischen Speichervorgang beschränkten Rolle hinaus, bestimmt sich deren Verantwortlichkeit für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach dem allgemeinen oben dargestellten Haftungsregime⁶⁶⁷.

Der Vorgabe in Art. 14 ECRL folgend setzen die Haftungsprivilegierungen des Art. 6 I-2 und -3 LCEN dabei voraus, dass es sich um von den Nutzern eingestellte Inhalte handelt, die die Diensteanbieter in deren Auftrag speichern und zur Verfügung stellen und von deren rechtsverletzenden Charakter sie weder tatsächliche Kenntnis noch Anhaltspunkte hierfür haben oder, im Fall der Kenntnis, unverzüglich tätig werden, um den rechtswidrigen Inhalt zu entfernen oder den Zugang zu ihm zu sperren, und dass die für die rechtswidrigen Inhalte verantwortlichen Nutzer nicht den Diensteanbietern unterstehen oder von ihnen überwacht werden. Im Kern geht es also wieder um die Neutralität und Passivität des Diensteanbieters, die die französische Rechtsprechung nunmehr, nach anfänglichen Unsicherheiten und einer entschieden restriktiven Auslegung dieser Vorschrift bzw. der im Grundansatz vergleichbaren Vorgängervorschrift zur Haftungsbefreiung bestimmter Hostprovider in Anlehnung an die presserechtlichen Haftungsprivilegierungen für Verleger, im Einklang mit den Vorgaben des EuGH auszulegen scheint⁶⁶⁸. So wurde zwar Internetplattformen, die ihren Nutzern die Gestaltung der individuellen Seiten erlauben und über das Schalten von von ihnen verwalteten Werbeanzeigen finanziert werden, zunächst das Haftungsprivileg für reine Speichertätigkeiten

666 Azzi, in: IRPI (Hrsg.), *Contrefaçon sur internet*, 2009, S. 59, 61f.

667 Azzi, in: IRPI (Hrsg.), *Contrefaçon sur internet*, 2009, S. 59, 71-73.

668 Vgl. Hardouin, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* n°62, Juli 2010, 47-51; Nérison, in: Heath/ Kampermann Sanders (Hrsg.), *Intellectual Property Liability of Consumers, Facilitators and Intermediaries*, 2012, S. 67, 82-84.

nach Art. 43-8 des Gesetzes über die Kommunikationsfreiheit⁶⁶⁹ versagt⁶⁷⁰. Bei der Anwendung des auf die Vorgabe von Art. 14 ECRL zurückgehenden Art. 6-I-2 LCEN folgte die Cour de cassation aber schließlich den auf ihre Vorlage hin vom EuGH vorgegebenen Auslegungskriterien⁶⁷¹ und betonte entsprechend, dass der werbefinanzierte Charakter eines Internetdienstes alleine nicht genügt, um das unionsrechtliche Haftungsprivileg für Hostprovider zu verneinen, solange sich daraus keine weiteren Anhaltspunkte für eine aktive, über das Zurverfügungstellen der Plattform und ihrer Speicherkapazitäten hinausgehende Rolle des Diensteanbieters ergeben, die ihm eine Kontroll- und Kenntnismöglichkeit über die von den Nutzern eingestellten Inhalte verschaffen⁶⁷². Gleichwohl bleibt die Tendenz der französischen Gerichte, die Haftungsprivilegierungen als Ausnahmetatbestände im Einklang mit der Gesetzessystematik eng auszulegen und an einem strengen Verständnis des neutralen und auf den technischen Vorgang beschränkten Charakters der Hostprovidertätigkeit festzuhalten, erkennbar. So verbleiben hinsichtlich der Beurteilung der passiven oder aktiven Rolle und entsprechend der Möglichkeit, sich auf eine Haftungsbefreiung berufen zu können, insbesondere bei Google Adwords, über die die endgültige Entscheidung nach Rückverweisung an die Tatsacheninstanz unter Vorgabe der Auslegungskriterien durch den EuGH und die

669 *Loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, JORF n°177 vom 2.8.2000, 11903.

670 Cass. 1^{re} civ., Urteil vom 14.1.2010 – *Dargaud Lombard et Lucky Comics c. Tiscali Média*, Bulletin 2010, n°8; für das Anbieten eines Internetreferenzierungsdienstes : Cour d'appel de Paris, 4^{ème} Chambre-Section A, Urteil vom 28.6.2006 – *Louis Vuitton Malletier c. Google France et Google Inc.*, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006950307&fastReqId=124768486&fastPos=1>.

671 EuGH, Urteil vom 23.3.2010, Rs.C-236/08 bis C-238/08 – *Google France*, Slg. 2010 I-2417, Rn. 106-120; bestätigt in EuGH, Urteil vom 12.7.2011, Rs.C-324/09 – *L'Oréal gegen eBay*, Slg. 2011 I-6011, Rn. 106-117.

672 Cass. com., Urteile vom 13.7.2010 – *Google Adwords*, Bulletin 2010, IV, n°123, n°124 (*Louis Vuitton Malletier c. Google France et Google Inc.*); Cass. 1^{re} civ., Urteil vom 17.2.2011 – *Nord-Ouest Production c. Dailymotion*, Bulletin 2011, n°30.

Cour de cassation noch ausstehen⁶⁷³, sowie bei eBay⁶⁷⁴, die beide über eine nur auf das Zurverfügungstellen fremder gespeicherter Inhalte be-

673 *Nérissou*, in: *Heath/ Kampermann Sanders* (Hrsg.), *Intellectual Property Liability of Consumers, Facilitators and Intermediaries*, 2012, S. 67, 82-85. In einem zu Google Adwords mit Blick auf eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts und des Rechts am eigenen Bilde (*atteinte au droit à la vie privée et au droit à l'image*) ergangenen Urteil hat das TGI Paris, 17ème Chambre civile, Urteil vom 14.11.2011, *Légipresse* n°290, Januar 2012, 40-46 mit Anmerkung *Berguig* auf der Grundlage der allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Google ein Ermessensrecht hinsichtlich der Werbeanzeigen einräumen, eine aktive Rolle und eine abstrakte Kenntnis von den persönlichkeitsrechtsverletzenden Anzeigen bejaht, die eine Google zurechenbare *faute* begründe. Die Cour de cassation, 1re Chambre civile, Urteil vom 12.7.2012, Az.11-20358 (noch nicht im Bulletin veröffentlicht), lässt zudem Zweifel an einer Verneinung der Haftung von Google für das Anzeigen von Suchbegriffen zu geschützten Musikwerken, die auf illegale File-sharing-Dienste und Angebote verweisen und dadurch den Zugang zu diesen erleichtern, erkennen.

674 Bejahung der neutralen Rolle von eBay als Diensteanbieter durch TGI Paris, Urteil vom 13.3.2012, <http://juriscom.net/actu/visu.php?ID=1357> Verneinung der neutralen Rolle von eBay aufgrund der vermittelnden Rolle zwischen Käufern und Verkäufern und der finanziellen Beteiligung an den Versteigerungserlösen durch Tribunal de commerce de Paris 1ère chambre B, Urteile vom 30.6.2008, *Parfums Christian Dior et autres (LVMH) / eBay*, http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2351, und *Christian Dior Couture (LVMH) / eBay*, http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2354 und Cour d'appel de Paris, Pôle 5 – Chambre 12, Urteil vom 23.1.2012, <http://juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1356>. Die strafrechtliche Verurteilung wegen Hehlerei in dieser Entscheidung stützt sich dabei aber maßgeblich auf die bejahte Kenntnis von gleichartigen Markenverletzungen über andere Benutzerkonten derselben Personen und das Unterlassen der Sperrung aller auf dieselbe IP-Adresse und dieselben Personen zurückführenden Benutzerkonten; die Bejahung der aktiven Rolle von eBay dient lediglich dazu, eine Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortung nach Art. 6-I-3 LCEN zu verneinen. Die Cour de cassation hat in drei Entscheidungen vom 3.5.2012 die Bejahung einer aktiven Rolle von eBay durch die Cour d'appel de Paris (Entscheidung vom 3.9.2010) bestätigt, siehe Cour de cassation, chambre commerciale, Urteile vom 3.5.2012, Bulletin 2012, IV, n°89, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025808328&fastReqId=883005775&fastPos=1> (*Parfums Christian Dior, Kenzo Parfums, Parfums Givenchy et Guerlain contre eBay*) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025811847&fastReqId=556682037&fastPos=1> (*Louis Vuitton Malletier contre eBay*) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025811849&fastReqId=1412667727&fastPos=1> (*Christian Dior couture contre eBay*).

schränkte Hostprovidertätigkeit hinausgehen, gewisse Unsicherheiten. Bei einem Internet-Bildersuchdienst wurde die neutrale und auf den technischen Vorgang beschränkte Rolle des Diensteanbieters bei der verkleinerten Darstellung (mit Hinweis auf die Internet-Fundstelle) und der kurzzeitigen Zwischenspeicherung bejaht und eine Haftung wegen Urheberrechtsverletzung aufgrund des Eingreifens der Haftungsprivilegierung verneint⁶⁷⁵.

Der Begriff der Kenntnis und die Anforderungen an eine die Kenntnis des Diensteanbieters auslösende Benachrichtigung, die vor den Gerichten oft ebenfalls eine wichtige Rolle spielen, finden sich in Art. 6 I-5 näher definiert, der die hierfür erforderlichen Angaben aufzählt, ohne dabei auf eine unionsrechtliche Vorgabe zurückgreifen zu können⁶⁷⁶. Art. 6-I-7 LCEN bestimmt Art. 15 I ECRL folgend, dass die in Art. 6-I-1 und 6-I-2 erwähnten Diensteanbieter weder einer generellen Überwachungspflicht über die von ihren Nutzern eingestellten Inhalte noch einer generellen Nachforschungspflicht mit Blick auf rechtsverletzende Inhalte unterliegen⁶⁷⁷.

675 Cour d'appel de Paris, Pôle 5-Chambre 1, Urteil vom 26.1.2011 (*Google Images*), <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1285..>

676 Art. 6 I-5: La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :

- la date de la notification;
- si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement;
- le nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social;
- la description des faits litigieux et leur localisation précise;
- les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications des faits;
- la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.

677 Vgl. Cass. 1re civ., Urteile vom 12.7.2012, Az. 11-15165 und 11-15188, Bulletin 2012, I, n°162, Az. 11-13666, Bulletin 2012, I, n°166, Az. 11-13669, Bulletin 2012, I, n°167.

3. Überblick über die materielle Rechtslage in den USA

Nachdem die materielle Rechtslage unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben in zwei ausgewählten Mitgliedstaaten der Europäischen Union dargestellt wurde, folgt ein ergänzender Ausblick auf die Rechtslage in den USA, die beispielhaft die Beurteilung der Angemessenheit einer europarechtlichen Qualifikation mit Blick auf außereuropäische Rechtsordnungen sowie erste Rückschlüsse für die Möglichkeit einer internationalen Qualifikation erlauben soll. Mit der Rechtslage in den USA werden zugleich die Lösungsansätze in einer Rechtsordnung mit *common law*-Rechtstradition vorgestellt, in der es nicht nur zwischen immaterialgüterrechtlicher und deliktsrechtlicher Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, sondern damit zugleich auch zwischen bundesgesetzlicher Kodifizierung (*statutory law*) des Patent- und Urheberrechts sowie der teilweise bundesgesetzlichen Kodifizierung des Markenrechts durch den *Lanham Act*, neben der das Markenrecht der einzelnen Staaten fortbesteht⁶⁷⁸, und den allgemeinen ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen des *common law of torts* zu differenzieren gilt. Auch die unmittelbaren Verletzungstatbestände, die mit der Verletzung des jeweiligen immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts spezifische *torts* beschreiben, und die immaterialgüterrechtsspezifisch geregelten Haftungstatbestände für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen lassen sich aber auf das *common law of torts* zurückführen⁶⁷⁹. Eine eigene gesetzliche Regelung haben im US-amerikanischen Recht neben den unmittelbaren Verletzungstatbeständen bestimmte Formen der Ermöglichung von Patentverletzungen (35 USC § 271) sowie die Haftungsprivilegierung für die Ermöglichung von Urheberrechtsverletzungen durch bestimmte digitale Dienste (17 USC § 512) erfahren. Im Übrigen bestimmt sich die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Haftungsfiguren aus dem *com-*

678 Die Verfassung sieht für den Erlass der Patent- und Urheberrechtsgesetze eine ausdrückliche Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers vor, während seine Zuständigkeit für das Markenrecht nur zur Regelung des Außenhandels und des Handels zwischen den Mitgliedstaaten besteht, vgl. hierzu ausführlicher *Chisum/ Ochoa/ Hosh/ LaFrance*, Intellectual Property Law, 2. Aufl. (2011), S. 10-35.

679 Vgl. United States District Court W.D. South Carolina, Greenville Division, Urteil vom 26.1.1962, *Leesona Corp. v. Cotwool Mfg. Corp., Judson Mills Division*, 201 F.Supp.472: “*Infringement, direct or contributory, is a tort, an invasion of a right of the patentee [...]*”.

mon law: contributory infringement, inducement als eine besondere Form von *contributory infringement* und *vicarious liability*.

- a) Die besonderen patentrechtlichen Haftungstatbestände des § 271 (b) und (c) Patent Act (35 USC § 271)

Nach der (deklaratorischen) Definition der unmittelbaren Patentverletzung in § 271(a)⁶⁸⁰ folgen die Regelungen über die Anstiftung zur Patentverletzung in § 271(b)⁶⁸¹ und über die mittelbare Patentverletzung in § 271(c)⁶⁸². Damit werden zwei Aspekte der Haftung für die Ermöglichung von Patentverletzungen als eigene Haftungstatbestände im Patentrecht geregelt. Die Regelungssystematik des § 271 und ein Rückschluss aus § 271(d)⁶⁸³ zeigen, dass es sich dabei jedoch nicht um unmittelbare Patentverletzungstatbestände handelt. Die Tatbestände des § 271(b) und (c) knüpfen nämlich nicht an die den unmittelbaren Patentverletzungstatbestand verwirklichenden Tathandlungen des § 271(a), sondern an deren Ermöglichung an und fallen auch nicht unter den Schutzbereich des durch die Patentansprüche definierten und durch das Patent verliehenen Ausschließlichkeitsrechts. Das lässt sich *e contrario* aus § 271(d) folgern, wo-

680 § 271 (a): Except as otherwise provided in this title, whoever without authority makes, uses, offers to sell, or sells any patented invention, within the United States or imports into the United States any patented invention during the term of the patent therefor, infringes the patent.

681 § 271 (b): Whoever actively induces infringement of patent shall be liable as an infringer.

682 § 271 (c): Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer.

683 § 271 (d): No patent owner otherwise entitled to relief for infringement or contributory infringement of a patent shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of his having done one or more of the following: (1) derived revenue from acts which if performed by another without his consent would constitute contributory infringement of the patent; (2) licensed or authorized another to perform acts which if performed by another without his consent would constitute contributory infringement of the patent [...].

nach die nach § 271(b) und (c) untersagten Tathandlungen zwar nicht unter das patentrechtliche Ausschließlichkeitsrecht fallen, der Patentinhaber aber gleichwohl zu deren Vornahme berechtigt ist und Dritte, die den Tatbestand von § 271(b) und (c) verwirklichen, von deren Vornahme ausschließen kann⁶⁸⁴. Die Regelungen des § 271(b) und (c) konzentrieren sich dabei mehr auf das Verhalten der Personen, die an einer unmittelbaren Patentverletzung mitwirken, als auf die Frage nach einem entsprechenden Ausschließlichkeitsrecht des Patentinhabers⁶⁸⁵. Hinter dieser Ausdehnung des patentrechtlichen Schutzes über das durch die Patentansprüche begründete Ausschließlichkeitsrecht und den darauf beschränkten unmittelbaren Patentverletzungstatbestand, der nur dann greift, wenn die patentierte Erfindung in allen ihren Bestandteilen hergestellt, gebraucht oder verkauft wird, hinaus steht der Gedanke eines effektiven Schutzes des Patentinhabers, der auch gegenüber Personen greifen soll, die, ohne selbst die patentierte Erfindung in allen ihren Elementen herzustellen, zu gebrauchen oder zu verkaufen, bewusst an der Patentverletzung des unmittelbaren Verletzers mitwirken⁶⁸⁶. § 271(b) und (c) regeln *inducement* und *indirect patent infringement* als *contributory infringement*-Formen, die die Verantwortlichkeit wegen unmittelbarer Patentverletzung nach § 271(a) ergänzen⁶⁸⁷. Zwar spricht das Gesetz nur im Rahmen des § 271(c) von einer Verantwortlichkeit als *contributory infringer*, während es in § 271(b) noch von einer Verantwortlichkeit als Verletzer (*infringer*) spricht. Es handelt sich aber auch bei § 271(b) nicht um einen unmittelbaren Patentverletzungstatbestand, sondern um einen Haftungstatbestand für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, der für das Patentrecht diejenigen Fälle erfassen soll, die im allgemeinen unter die – *contributory infringement*-Rechtsfigur aus dem *common law* (näher dazu unten III.3.c)

684 Vgl. zu dem Spannungsverhältnis zwischen § 271(c) (*doctrine of contributory infringement*) und § 271(d) (*doctrine of patent misuse*) Supreme Court of the United States, Urteil vom 27.6.1980 und dissenting opinions, *Dawson Chemical Co. v. Rohm and Haas Co.*, 100 S.Ct. 2601.

685 United States Court of Appeals, Fifth Circuit, Urteil vom 30.7.1979, *Rohm and Haas Co. v. Dawson Chemical Co.*, 599 F.2d 685.

686 United States Court of Appeals, Fifth Circuit, Urteil vom 30.7.1979, *Rohm and Haas Co. v. Dawson Chemical Co.*, 599 F.2d 685; Supreme Court of the United States, Urteil vom 27.6.1980, *Dawson Chemical Co. v. Rohm and Haas Co.*, 100 S.Ct. 2601.

687 United States District Court, N.D. Ohio, Eastern Division, Urteil vom 5.6.1957, *Calhoun v. State Chemical Mfg. Co.*, 153 F.Supp. 293.

fallen, nämlich Beihilfe- und Anstiftungshandlungen (zivilrechtliches Pendant zu den strafrechtlichen Kategorien des *aiding and abetting*)⁶⁸⁸.

Die Verantwortlichkeit nach § 271(b) setzt neben einem konkreten Beitrag zur Patentverletzung (*whoever actively induces infringement*) auch Vorsatz entweder in Form von tatsächlicher Kenntnis (*actual knowledge*) oder in Form von Kennenmüssen (*constructive knowledge*) hinsichtlich der Mitwirkung an einer Patentverletzung voraus⁶⁸⁹. Die im einzelnen an den Vorsatz zu stellenden Anforderungen sind Gegenstand einer umfangreichen Fallrechtsprechung⁶⁹⁰. Erfasst werden –vorbehaltlich der in § 271(c) genannten Handlungen– die Bestimmung oder Ermutigung eines anderen zu einer Patentverletzung und die Verursachung oder Beihilfe zu einer von einem anderen begangenen Patentverletzung, wobei die Unterstützungshandlungen selbst das dem Patentinhaber vorbehaltene Recht, die patentierte Erfindung herzustellen, zu gebrauchen und zu verkaufen (§ 271a), noch nicht verletzen⁶⁹¹. Wie für die *contributory infringement*-Rechtsfigur aus dem *common law* ist zudem die Verwirklichung einer unmittelbaren Patentverletzung erforderlich, an der die Mitwirkung erfolgt und an die die Verantwortlichkeit wegen *contributory infringement* unrechtsakzessorisch anknüpft⁶⁹².

688 United States District Court D. Rhode Island, Urteil vom 13.11.1959, *Weyerhaeuser Timber Co. v. Bostitch, Inc.*, 178 F.Supp. 757; United States District Court D. Massachusetts, Urteil vom 12.6.1978, *Digital Equipment Corp. v. Electronic Memories and Magnetics Corp.*, 452 F.Supp. 1262.

689 Supreme Court of the United States, Urteil vom 30.5.1972, *Deepsouth Packing Co. v. Laitram Corp.*, 92 S.Ct. 1700; United States District Court D. Delaware, Urteil vom 10.3.2004, *Arthrocare Corp. v. Smith&Nephew, Inc.*, 310 F.Supp.2d 638; United States District Court E.D. Missouri, Eastern Division, Urteil vom 7.5.1979, *Sing v. Culture Products, Inc.*, 469 F.Supp. 1249.

690 Chisum/ Ochoa/ Hosh/ LaFrance, Intellectual Property Law, 2.Aufl. (2011), S. 150f.

691 United States District Court, D. Maryland, Urteil vom 1.7.1974, *Burlington Industries, Inc. v. Exxon Corp.*, 379 F.Supp.754; United States District Court, M.D. Florida, Fort Meyers Division, Urteil vom 16.3.1976, *Nationwide Chemical Corp. v. Wright*, 458 F.Supp. 828.

692 Circuit Court of Appeals, Ninth Circuit, Urteil vom 6.1.1941, *Dehydrators, Ltd. et al. v. Petrolite Corp.*, 117 F.2d 183; United States Court of Appeals, Federal Circuit, *Molinaro v. Fannon/Courier Corp.*, Urteil vom 11.10.1982, 745 F.2d 651; United States District Court E.D. Michigan, Southern Division, Urteil vom 24.12.1959, *Hautau v. Kearney & Trecker Corp.*, 179 F.Supp. 490; United States District Court D. Massachusetts, Urteil vom 12.6.1978, *Digital Equipment Corp. v. Electronic Memories and Magnetics Corp.*, 452 F.Supp. 1262.

Die Verantwortlichkeit wegen mittelbarer Patentverletzung (*indirect infringement*) nach § 271(c) setzt neben den Tathandlungen des Anbietens, des Verkaufens oder der Einfuhr eines erfindungswesentlichen Teils der patentierten Erfindung das Wissen des Anbieters oder Verkäufers um die patentverletzende Verwendungsabsicht bzw. um die besondere patentverletzende Verwendungseignung (*knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent*) voraus⁶⁹³. Die subjektiven Anforderungen unterliegen auch hier wieder einer umfangreichen Fallrechtsprechung. § 271(c) greift jedoch nicht ein, soweit es sich bei den Gegenständen um allgemein im Handel erhältliche Waren und Gebrauchsgegenstände handelt, die einem beträchtlichen nicht patentverletzenden Gebrauch zugänglich sind (*and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use*). Das Anbieten oder Verkaufen solcher auch nicht patentverletzend verwendbarer Gegenstände kann allerdings im Einzelfall gleichwohl eine Haftung wegen *inducement* nach § 271(b) begründen, wenn der Anbieter oder Verkäufer über das bloße Anbieten oder Verkaufen hinausgeht und den Abnehmer zu einer patentverletzenden Verwendung ermutigt⁶⁹⁴. Auch die mittelbare Patentverletzung nach § 271(c) setzt die Verwirklichung einer unmittelbaren Patentverletzung voraus⁶⁹⁵, weil die Tatbestände des § 271 (b) und (c) nur zur Anwendung kommen, wenn eine unmittelbare Patentverletzung vorliegt⁶⁹⁶.

Die Akzessorietät beider Tatbestände zur unmittelbaren Patentverletzung kommt in dem Vorsatzerfordernis in Bezug auf die durch die jeweiligen Tathandlungen ermöglichte unmittelbare Patentverletzung zum Ausdruck. Die gegenüber der unmittelbaren Patentverletzung, die keinen Vor-

693 United States District Court D. Delaware, Urteil vom 30.8.1989, *Drexelbrook Controls, Inc. v. Magnetrol Intern., Inc.*, 720 F.Supp. 397; United States District Court D. Delaware, Urteil vom 10.3.2004, *Arthrocare Corp. v. Smith&Nephew, Inc.*, 310 F.Supp.2d 638; United States District Court E.D. Missouri, Eastern Division, Urteil vom 7.5.1979, *Sing v. Culture Products, Inc.*, 469 F.Supp. 1249.

694 United States Court of Appeals, Federal Circuit, Urteil vom 31.3.2004, *Dynacore Holdings Corp. v. U.S.Philips Corp.*, 363 F.3d 1263.

695 Supreme Court of the United States, Urteil vom 8.6.1964, *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Replacement Co.*, 84 S.Ct. 1526.

696 United States District Court, E.D. Louisiana, New Orleans Division, Urteil vom 17.7.1969, *Thomson Machinery Co. v. LaRose*, 306 F.Supp.681.

satz des Verletzers erfordert⁶⁹⁷, erhöhten subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen bedeuten zugleich einen wichtigen Unterschied zwischen der Verantwortlichkeit wegen unmittelbarer Patentverletzung und der Verantwortlichkeit wegen der Ermöglichung einer von einem anderen begangenen Patentverletzung. Die Akzessorietät zur unmittelbaren Patentverletzung spiegelt sich schließlich auch in dem Erfordernis wider, dass sich die unmittelbare Patentverletzung, zu der sie beitragen, im US-amerikanischen Staatsgebiet ereignen muss⁶⁹⁸. Aufgrund des Territorialitätsprinzips kann die Verletzung eines US-amerikanischen Patents nämlich nur im Inland erfolgen und die Haftungstatbestände des § 271(b) und (c) beziehen ihren Unrechtsgehalt von der Ermöglichung einer inländischen Patentverletzung. Die Ermöglichungshandlungen selbst können dagegen auch außerhalb des US-amerikanischen Staatsgebiets erfolgen⁶⁹⁹.

b) Die Haftungsprivilegierung des § 512 Copyright Act (17 USC § 512)

17 USC § 512 geht auf den Digital Millenium Copyright Act (DMCA) von 1998 zurück und enthält mit Blick auf die im Internet begangenen Urheberrechtsverletzungen in § 512 (a) bis (d) vier voneinander unabhängige Haftungsprivilegierungen für bestimmte Anbieter von online-Diensten (vgl. § 512(k)(1)(b)). Die Voraussetzungen für die Haftungsbeschränkung ergeben sich dabei ausschließlich aus dem jeweiligen Privilegierungstatbestand (§ 512(n)). Die Regelungen zur Haftungsprivilegierung berühren jedoch nicht die Haftungsgrundlage für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, die sich auch für das Urheberrecht weiterhin

697 United States District Court, S.D. New York, Urteil vom 31.5.1968, *Ames Shower Curtain Co. v. Heinz Nathanson, Inc.*, 285 F.Supp.640; United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, Urteil vom 18.9.1973, *Crane Co. v. Aeroquip Corp.*, 364 F.Supp.547; United States District Court, D. Delaware, Urteil vom 4.8.1995, *Elf Atochem North America, Inc. v. Libbey-Owens-Ford Co., Inc.*, 894 F.Supp.844.

698 United States Court of Appeals, Third Circuit, Urteil vom 19.7.1956, *Cold Metal Process Co. v. United Engineering&Foundry Co.*, 235 F.2d 224.

699 United States District Court, S.D. New York, Urteil vom 28.4.1980, *Nippon Elec. Glass Co., Ltd. v. Sheldon*, 489 F.Supp.119; United States District Court, D. Delaware, Urteil vom 2.6.1987, *Akzona Inc. v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 662 F.Supp.603.

nach den *common law*-Grundsätzen, *contributory infringement*, *inducement* und *vicarious liability*, richtet⁷⁰⁰.

§ 512(a) und (b) sehen zunächst für Diensteanbieter eine Befreiung von der Haftung für digitale urheberrechtsverletzende Inhalte vor, die von ihnen übermittelt oder zeitweise gespeichert werden (*transitory digital network communications*⁷⁰¹ und *system caching*⁷⁰²). Auch wenn sich die Voraussetzungen für eine Haftungsbeschränkung in beiden Fällen jeweils ge-

700 Vgl. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 3.12.2007, *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146.

701 § 512 (a): Transitory digital network communications. A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider's transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections, if

(1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider;

(2) the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider;

(3) the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person;

(4) no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients, and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transition, routing, or provision of connections; and

(5) the material is transmitted through the system or network without modification of its content.

702 § 512 (b) System caching

(1) Limitation on liability. A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which

(A) the material is made available online by a person other than the service provider;

(B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and

(C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who, af-

trennt nach den in § 512(a) und in § 512(b) aufgezählten Kriterien beurteilen, lässt sich ihnen doch der übergreifende Gedanke entnehmen, dass die

ter the material is transmitted as described in subparagraph (B), request access to the material from the person described in subparagraph (A), if the conditions set forth in paragraph (2) are met.

(2) Conditions. The conditions referred to in paragraph (1) are that

(A) the material described in paragraph (1) is transmitted to the subsequent users described in paragraph (1)(C) without modification to its content from the manner in which the material was transmitted from the person described in paragraph (1)(A);

(B) the service provider described in paragraph (1) complies with rules concerning the refreshing, reloading, or other updating of the material when specified by the person making the material available online in accordance with a generally accepted industry standard data communications protocol for the system or network through which that person makes the material available, except that this subparagraph applies only if those rules are not used by the person described in paragraph (1)(A) to prevent or unreasonably impair the intermediate storage to which this subsection applies;

(C) the service provider does not interfere with the ability of technology associated with the material to return to the person described in paragraph (1)(A) the information that would have been available to that person if the material had been obtained by the subsequent users described in paragraph (1)(C) directly from that person, except that this subparagraph applies only if that technology

(i) does not significantly interfere with the performance of the provider's system or network or with the intermediate storage of the material;

(ii) is consistent with generally accepted industry standard communications protocols; and

(iii) does not extract information from the provider's system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person;

(D) if the person described in paragraph (1)(A) has in effect a condition that a person must meet prior to having access to the material, such as a condition based on payment of a fee or provision of a password or other information, the service provider permits access to the stored material in significant part only to users of its system or network that have met those conditions and only in accordance with those conditions; and

(E) if the person described in paragraph (1)(A) makes that material available online without the authorization of the copyright owner of the material, the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), except that this subparagraph applies only if

(i) the material has previously been removed from the originating site or access to it has been disabled, or a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled; and

Diensteanbieter nur dann von einer Haftung wegen der von ihnen ermöglichten Urheberrechtsverletzungen ausgenommen werden, wenn sich ihre Rolle auf die Erbringung eines technischen und automatisierten Vorgangs des Übermittels, zeitweisen Speicherns oder Zugänglichmachens von Inhalten ihrer Nutzer beschränkt, sie keinen Einfluss und keine Auswahlmöglichkeit hinsichtlich der Inhalte sowie deren Empfänger haben und die von den Nutzern eingestellten Inhalte durch sie nicht inhaltlich verändert werden, so dass auch hier in beiden Fällen die neutrale und passive Rolle der Diensteanbieter eine entscheidende Rolle spielt. § 512(c) enthält eine Haftungsbeschränkung für Diensteanbieter, die im Auftrag ihrer Nutzer Inhalte speichern⁷⁰³. § 512(d) sieht schließlich eine Haftungsbeschränkung für Anbieter von Referenzierungs- oder Verknüpfungsdiensten, die zu rechtsverletzenden Inhalten führen, vor⁷⁰⁴. Zu den Voraussetzungen für

(ii) the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that the material has been removed from the originating site or access to it has been disabled or that a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled.

703 § 512(c) Information residing on systems or networks at direction of users.

(1) In general. A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider

(A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and

(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

704 § 512(d): Information location tools. A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider

eine Haftungsbeschränkung zählt hier in beiden Fällen neben der neutralen und passiven Rolle des Diensteanbieters, dass der Diensteanbieter weder den rechtsverletzenden Charakter noch entsprechende Umstände kennt, die auf den rechtsverletzenden Charakter hinweisen, und, in Fällen, in denen der Diensteanbieter das Recht und die Möglichkeit zur Kontrolle des Verhaltens seiner Nutzer hat, dass er finanziell nicht unmittelbar von dem rechtsverletzenden Gebrauch seiner Dienste profitiert. Bei Kenntnis von konkreten rechtsverletzenden Inhalten oder nach ordnungsgemäßer förmlicher Benachrichtigung müssen Diensteanbieter, über deren Dienste urheberrechtsverletzende Inhalte zugänglich gemacht werden, um sich weiterhin auf die Haftungsprivilegierungen des § 512(b), (c) oder (d) berufen zu können, unverzüglich reagieren, um den rechtsverletzenden Inhalt zu entfernen oder den Zugang zu ihm zu sperren. Die Anforderungen an eine förmliche Benachrichtigung (*notification*) finden sich in § 512(c)(3) detailliert geregelt. Die Einhaltung dieser Vorgaben ist Voraussetzung dafür, dass der Diensteanbieter Kenntnis von einem bestimmten rechtsverletzenden Inhalt erhält und zu dessen unverzüglicher Entfernung verpflichtet wird, um sich weiterhin auf die Haftungsbeschränkungen des § 512(b), (c) oder (d) berufen zu können. Als allgemeine und den Privilegierungstatbeständen der § 512(a) bis (d) gemeinsame Anforderung fordert § 512(i) von den Diensteanbietern das Einhalten gewisser Standards und ein Vorgehen gegen Nutzer, die wiederholt durch Urheberrechtsverletzungen auffallen⁷⁰⁵.

-
- (1)(A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing;
 - (B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
 - (C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;
 - (2) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and
 - (3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material or activity claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purpose of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.

705 § 512(i): Conditions for eligibility

Die Haftungsbeschränkung erfasst Ansprüche auf Schadensersatz und, vorbehaltlich der in § 512(j)(1)(B)⁷⁰⁶ vorgesehenen Unterlassungsanordnungen, die auch bei Vorliegen der Haftungsbeschränkungs Voraussetzungen möglich bleiben, auch Unterlassungsansprüche. Von den Haftungsbeschränkungen unberührt bleibt die Möglichkeit der Rechtsinhaber, nach § 512(h) gegen Diensteanbieter, die rechtsverletzende Inhalte auf ihrem Server speichern und nicht lediglich an ihre Nutzer übermitteln oder ohne Speicherung auf ihrem Server über *peer-to-peer*-Netzwerke zur Verfügung stellen⁷⁰⁷, eine gerichtliche Auskunftsanordnung zu erwirken, die der Ermittlung der unmittelbaren Verletzer dient, um gegen diese vorgehen zu können.

Mit dem Digital Millenium Copyright Act sollen zum einen die Rechtsdurchsetzung des Urheberrechts im Internet und zum anderen Rechtssicherheit für die Anbieter von online-Diensten gewährleistet werden. Die Anbieter von online-Diensten, deren Tätigkeit sich auf einen passiven, automatisierten Vorgang beschränkt und die keine Kenntnis von den von ihren Nutzern eingestellten rechtsverletzenden Inhalten haben, werden von einer Haftung für die von ihnen durch das Zurverfügungstellen der Dien-

(1) Accomodation of technology. The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider

(A) has adopted and implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers; and

(B) accommodates and does not interfere with standard technical measures.

706 § 512(j)(1)(B): If the service provider qualifies for the limitation on remedies described in subsection (a), the court may only grant injunctive relief in one or both of the following forms:

(i) An order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is using the provider's service to engage in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order.

(ii) An order restraining the service provider from providing access, by taking reasonable steps specified in the order to block access, to a specific, identified, location outside the United States.

707 United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, Urteil vom 19.12.2003, *Recording Industry Association of America, Inc. v. Verizon Internet Services, Inc.*, 351 F.3d 1229.

ste ermöglichten Urheberrechtsverletzungen befreit⁷⁰⁸. Die Privilegierung dieser Diensteanbieter kommt in den erhöhten Anforderungen für das Bestehen einer Haftung zum Ausdruck, die gewährleisten sollen, dass die Anbieter von online-Diensten bei der Ausübung ihrer Tätigkeit und der Entwicklung ihrer Geschäftsmodelle nicht nachhaltig und über Gebühr eingeschränkt werden: das generelle Bewusstsein, dass über die angebotenen Dienste auch urheberrechtsverletzende Inhalte zugänglich gemacht werden, genügt nicht, um eine Haftung des Diensteanbieters für die von ihm ermöglichten Urheberrechtsverletzungen zu begründen; der Diensteanbieter ist nicht verpflichtet, ohne förmlichen Hinweis nach möglichen urheberrechtsverletzenden Inhalten zu suchen, solange er sich grundsätzlich von einem rechtsverletzenden Gebrauch seiner Dienste distanziert und auf förmliche Hinweise über konkrete Rechtsverletzungen angemessen reagiert und die entsprechenden Inhalte entfernt; an das Recht und die Möglichkeit zur Kontrolle für den Fall der unmittelbaren finanziellen Beteiligung sind eigenständige und über die Beschreibung der Tätigkeiten in § 512 (c) und (d) hinausgehende Anforderungen zu stellen⁷⁰⁹. Der Schutz des Diensteanbieters durch die Haftungsbeschränkungen des Digital Millennium Copyright Act greift allerdings nur solange er keine Kenntnis von der über seinen Dienst begangenen Urheberrechtsverletzung hat. Sobald er Kenntnis von einer konkreten Rechtsverletzung erlangt, ist er nach den Haftungsprivilegierungstatbeständen verpflichtet, den rechtsverletzenden Inhalt zu entfernen oder den Zugang hierzu zu sperren, wobei der Digital Millennium Copyright Act auf ein Zusammenwirken zwischen dem Rechteinhaber und dem Diensteanbieter setzt⁷¹⁰. Kommt der Diensteanbieter dieser Verpflichtung nicht nach, kann er sich nicht mehr auf eine Beschränkung seiner Haftung für die von ihm ermöglichte Urheberrechtsverletzung berufen; vielmehr kommt dann eine Haftung wegen *contributory infringement* für die von ihm wissentlich ermöglichte Urheberrechtsverletzung in Betracht⁷¹¹. Eine Berufung auf die Haftungsbeschränkung nach § 512

708 United States District Court C.D. California, Urteil vom 22.6.2004, *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F.Supp.2d 1077.

709 United States District Court C.D. California, Verfügung vom 11.9.2009, *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 665 F.Supp.2d 1099.

710 United States District Court C.D. California, Urteil vom 22.6.2004, *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F.Supp.2d 1077.

711 Vgl. United States District Court C.D. California, Urteil vom 16.8.2010, *Rosen v. Hosting Services, Inc.*, 771 F.Supp.2d 1219: "In the internet context, a computer system operator can be held contributorily liable for copyright infringement if it

scheidet auch dann zugunsten einer Haftung wegen *inducement* aus, wenn der Diensteanbieter seine Nutzer zu einem rechtsverletzenden Gebrauch seiner Dienste verleitet, indem er ihnen zeigt, wie sie untereinander urheberrechtsverletzende Inhalte austauschen und dabei derart verschlüsseln können, dass er von den urheberrechtsverletzenden Inhalten keine tatsächliche Kenntnis erhält⁷¹².

Der Regelungsansatz des § 512 lässt sich mit demjenigen der E-Commerce-Richtlinie vergleichen. Zwar beschränken sich die auf den Digital Millennium Copyright Act zurückgehenden Haftungsprivilegierungen auf die Haftung für die Ermöglichung von Urheberrechtsverletzungen, während die E-Commerce-Richtlinie einen horizontalen und immaterialgüterrechtsübergreifenden Regelungsansatz gewählt hat. Beiden ist aber gemeinsam, dass sie sich um Rechtssicherheit für die Diensteanbieter bemühen und sich dabei auf die Regelung der Haftungsbeschränkung und deren Voraussetzungen beschränken, ohne Aussagen zu der in Betracht kommenden Haftung zu treffen. Durch die Regelung im Rahmen des Copyright Act wurde die Frage zwar als urheberrechtliche Frage behandelt. Weil aber die Haftung von Diensteanbietern für die Ermöglichung von Urheberrechtsverletzungen in diesem Zusammenhang nicht mitgeregelt wurde, sondern weiterhin nach den allgemeinen Haftungsfiguren des *common law* zu beurteilen ist, lässt sich daraus kein Rückschluss auf die urheberrechtliche Natur der Haftung von Diensteanbietern für die Ermöglichung von Urheberrechtsverletzungen nach dem Digital Millennium Copyright Act gewinnen. Die für das Eingreifen der Haftungstatbestände des § 512(a) bis (d) ausführlich geregelten Voraussetzungen beziehen sich dabei stets auf die Rolle und das Verhalten des Diensteanbieters und nicht auf das verletzte Urheberrecht, so dass sich auch die Haftungsbeschränkungen inhaltlich nicht als urheberrechtsspezifische Regelung erweisen.

has actual knowledge that specific infringing material is available using its system and can take simple measures to prevent further damage to the copyrighted works, yet continues to provide access to infringing works.”

712 United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 30.6.2003, in re: *Aimster copyright litigation*, 334 F.3d 643.

c) contributory infringement

Wie gesehen regelt 17 U.S.C. § 512 nur die Haftungsbeschränkungen für die Ermöglichung von Urheberrechtsverletzungen durch neutrale online-Dienste, nicht aber die zugrundeliegende Haftung. Die Grundzüge der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen bleiben durch die Vorschriften des Digital Millennium Copyright Act unberührt, die lediglich bestimmte Beschränkungen der nach den allgemeinen Regeln begründeten Haftung anordnen und diese überlagern⁷¹³. Während die unmittelbaren Verletzungstatbestände für die einzelnen Immaterialgüterrechte jeweils in den entsprechenden Immaterialgüterrechtsgesetzen geregelt sind, bestimmt sich die Verantwortung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach den Grundsätzen des *common law*⁷¹⁴. Hintergrund für eine Erstreckung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes durch Rückgriff auf allgemeine Haftungsfiguren ist das Bestreben um einen effektiven Schutz der Immaterialgüterrechte, der sich oft, gerade wenn die Immaterialgüterrechtsverletzung über das Internet erfolgt, ohne Inanspruchnahme der Mittelspersonen nicht oder nur mühsam und unzureichend erzielen lässt. Bei diesem Rückgriff auf die allgemeinen Haftungsformen und deren nähere Ausgestaltung und Fortentwicklung

713 Vgl. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 3.12.2007, *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146.

714 Supreme Court of the United States, Urteil vom 17.1.1984, *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 104 S.Ct.774. "The Copyright Act does not expressly render anyone liable for infringement committed by another. In contrast, the Patent Act expressly brands anyone who "actively induces infringement of a patent" as an infringer, 35 U.S.C. § 271(b), and further imposes liability on certain individuals labeled "contributory" infringers, id. § 271(c). The absence of such express language in the copyright statute does not preclude the imposition of liability for copyright infringements on certain parties who have not themselves engaged in the infringing activity. For vicarious liability is imposed in virtually all areas of the law, and the concept of contributory infringement is merely a species of the broader problem of identifying the circumstances in which it is just to hold one individual accountable for the actions of another." Supreme Court of the United States, Urteil vom 27.6.2005, *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 125 S.Ct. 2764. "Although "[t]he Copyright Act does not expressly render anyone liable for [another's] infringement [Verweis auf Sony], these secondary liability doctrines emerged from common law principles and are well established in law." Siehe auch *Calboli*, in: *Heath/ Kampermann Sanders* (Hrsg.), *Intellectual Property Liability of Consumers, Facilitators and Intermediaries*, 2012, S. 119, 120ff.

durch die Rechtsprechung bleibt allerdings mit Rücksicht auf den Gewaltenteilungsgrundsatz der durch den Gesetzgeber bei der Bestimmung des immaterialgüterrechtlichen Schutzzumfangs vorgenommene Interessenausgleich zu beachten⁷¹⁵.

Anstiftung oder Beihilfe zu der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung bestimmen sich im Urheber- und im Markenrecht, in denen es anders als im Patentrecht an einer eigenen gesetzlichen Regelung fehlt, nach der *contributory infringement*-Rechtsfigur⁷¹⁶, die die klassische Teilnahme an Immaterialgüterrechtsverletzungen beschreibt. Für das Urheberrecht findet sich allerdings in 17 USC § 106 im Zusammenhang mit den dem Urheber vorbehaltenen Verwertungshandlungen, aus denen sich spiegelbildlich die unmittelbaren Verletzungstatbestände ergeben, auch die Ermächtigung (*authorization*) geregelt⁷¹⁷. Vor diesem Hintergrund kann eine Urheberrechtsverletzung nicht nur in der Nutzung oder Verwertung eines Werkes ohne Zustimmung des Urhebers, sondern auch in der Ermächti-

715 Supreme Court of the United States, Urteil vom 17.1.1984, *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 104 S.Ct.774. “As the text of the Constitution makes plain, it is Congress that has been assigned the task of defining the scope of the limited monopoly that should be granted to authors or inventors in order to give the public appropriate access to their work product. Because this task involves a difficult balance between the interests of authors and inventors in the control and exploitation of their writings and discoveries on the one hand, and society’s competing interest in the free flow of ideas, information, and commerce on the other hand, our patent and copyright statutes have been amended repeatedly. [...] The judiciary’s reluctance to expand the protections afforded by the copyright without explicit legislative guidance is a recurring theme. [Verweise] Sound policy, as well as history, supports our consistent deference to Congress when major technical innovations alter the market for copyrighted materials. Congress has the constitutional authority and the institutional ability to accommodate fully the varied permutations of competing interests that are inevitably implicated by such new technology. In a case like this, in which Congress has not plainly marked our course, we must be circumspect in construing the scope of rights created by a legislative enactment which never contemplated such a calculus of interests.”.

716 Vgl. Black’s Law Dictionary (9. Auflage) contributory infringement: “The act of participating in, or contributing to, the infringing acts of another person”.

717 17 USC § 106: Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

- (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
- (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;
- (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;

gung zur Nutzung oder Verwertung eines Werkes ohne entsprechende Zustimmung des Urhebers gesehen werden⁷¹⁸. Der Tatbestand der Ermächtigung zu einem urheberrechtsverletzenden Verhalten wurde allerdings trotz dieses Regelungszusammenhangs dogmatisch und historisch nicht als eigenständiger unmittelbarer Verletzungstatbestand, sondern als Form der Verantwortung für die Rechtsverletzung eines anderen und als Ausprägung der *contributory infringement*-Haftungsfigur gewertet⁷¹⁹. Die urheberrechtliche und markenrechtliche Teilnahmehaftung stützen sich beide auf diese Haftungsfigur des *common law*, erfuhren aber in den Einzelheiten jeweils eine eigene Ausgestaltung durch die Rechtsprechung, die sich aus den unterschiedlichen Wurzeln von Urheber- und Markenrecht und die historische Nähe des Markenrechts zum Recht gegen den unlauteren Wettbewerb erklärt. Für das Patentrecht wurden in 35 U.S.C. § 271(b) mit der Haftung wegen *active inducement* der Aspekt der Anstiftung zur unmittelbaren Patentverletzung und, mit dem Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung in § 271(c), Teilaspekte der Beihilfe zur unmittelbaren Patentverletzung durch das Anbieten oder Verkaufen erfindungswesentlicher Bestandteile der geschützten Erfindung, soweit es sich nicht um allgemein im Handel erhältliche Gebrauchsgegenstände handelt, kodifiziert. Jenseits dieser spezialgesetzlich geregelten Aspekte umfasst die Rechtsfigur als zivilrechtliches Pendant zum strafrechtlichen *aiding and abetting* allgemein

(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion-pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;

(5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and

(6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

718 Vgl. Supreme Court of the United States, Urteil vom 17.1.1984, *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 104 S.Ct.774. “As the District Court correctly observed, however, “the lines between direct infringement, contributory infringement, and vicarious liability are not clearly drawn [Verweis]”. The lack of clarity in this area may, in part, be attributable to the fact that an infringer is not merely one who uses a work without authorization by the copyright owner, but also one who authorizes the use of a copyrighted work without actual authority from the copyright owner.”

719 United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Subafilms Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co.*, Urteil vom 13.5.1994, 24 F.3d 1088; *Chisum/ Ochoa/ Hosh/ LaFrance*, Intellectual Property Law, 2.Aufl. (2011), S. 397.

die Formen der Anstiftung und Beihilfe, die zu der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung verleiten, sie verursachen oder einen konkreten Tatbeitrag (*material contribution*) dazu leisten und von einem entsprechenden Vorsatz, dadurch die unmittelbare Verletzung zu fördern, begleitet werden⁷²⁰. Für die Annahme eines entsprechenden Vorsatzes genügt neben der tatsächlichen Kenntnis (*actual knowledge*) auch das Kennenmüssen (*constructive knowledge*) der Unterstützung der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung⁷²¹. Einen besonderen Unterfall bildet die Haftung wegen *inducement*, die das absichtliche oder zumindest bewusste Verleiten zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung voraussetzt⁷²². Zwischen *contributory infringer* und *infringer* kann eine Gesamtschuld (*joint and several liability*) bestehen⁷²³.

Eine Beihilfehandlung zu einer Urheberrechtsverletzung kann auch in der Bereitstellung von Mitteln liegen, die die Urheberrechtsverletzung erleichtern⁷²⁴. In diesem Fall ist für die Anforderungen an die Beihilfe weiter danach zu differenzieren, ob die zur Verfügung gestellten Mittel oder Dienste primär und nahezu ausschließlich zu rechtsverletzenden Zwecken gebraucht werden oder auch einem bedeutenden nicht rechtsverletzenden Gebrauch zugänglich sind; in letzterem Fall kommt eine Verantwortlichkeit wegen Beihilfe zu der Urheberrechtsverletzung nur bei Kenntnis von dem konkreten rechtsverletzenden Gebrauch in Betracht. Diese Kenntnis muss bei Vornahme der die Verletzung ermöglichenden Handlung vorlie-

720 United States Court of Appeals, Second Circuit, Urteil vom 24.5.1971, *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 20.12.2011, *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 667 F.3d 1022.

721 United States District Court, S.D. New York, 19.6.2000, *Marvullo v. Gruener&Jahr*, 105 F.Supp.2d 225; United States District Court, N.D. California, 5.5.2008, *Microsoft Corp. v. EEE Business Inc.*, 555 F.Supp.2d 1051.

722 Vgl. Rösler, MMR 2006, 503, 505; *Spindler/Leistner*, GRUR Int 2005, 773, 780. Supreme Court of the United States, Urteil vom 27.6.2005, *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 125 S.Ct. 2764. *Chisum/ Ochoa/ Hosh/ LaFrance*, Intellectual Property Law, 2.Aufl. (2011), S. 408.

723 Vgl. z.B. United States Court of Appeals, Second Circuit, Urteil vom 24.5.1971, *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159.

724 United States Court of Appeals, Second Circuit, Urteil vom 3.11.1998, *Matthew Bender&Co., Inc. v. West Pub. Co.*, 158 F.3d 693; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 3.12.2007, *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146.

gen⁷²⁵. Für das Markenrecht kann eine relevante Teilnahmehandlung des Herstellers oder Vertreibers eines Produkts darin liegen, dass er eine andere Person zu einer markenrechtsverletzenden Benutzung veranlasst oder dass er das Produkt weiter an eine Person liefert, von der er weiß oder Grund zur Annahme hat, dass sie eine Markenverletzung begeht⁷²⁶. Für die Bejahung einer markenrechtlichen Teilnahmehaftung wird hier oft gefordert, dass der Lieferer des Produkts oder der Anbieter der Dienstleistung die rechtsverletzenden Aktivitäten kontrolliert und überwacht und in subjektiver Hinsicht Kenntnis von der von ihm ermöglichten Markenverletzung hat oder sich bewusst vor dieser Kenntnis verschließt⁷²⁷.

Ausgehend von diesen Grundzügen wird *contributory infringement* von der Rechtsprechung auch für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Dienste und Plattformen, über die urheberrechts- oder markenrechtsverletzende Inhalte von Nutzern im Internet zugänglich gemacht werden, als Maßstab für die Beurteilung der Verantwortlichkeit des Diensteanbieters herangezogen. Der Anbieter eines online-Dienstes haftet danach wegen Teilnahme an der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung, wenn er weiß, dass ein bestimmter rechtsverletzender Inhalt über das von ihm zur Verfügung gestellte System zugänglich gemacht wird und weiterhin Zugang zu diesem rechtsverletzenden Inhalt ermöglicht, obwohl er mit einfachen Mitteln weiteren Schaden für das geschützte Werk verhindern könnte⁷²⁸. Für die Ermöglichung von Markenrechtsverletzungen wurde dazu die auf den Vertrieb von Produkten be-

725 United States District Court, S.D. New York, Urteil vom 13.7.2002, *Faulkner v. National Geographic Society* 211 F.Spp. 2d 450; *Chisum/ Ochoa/ Hosh/ LaFrance*, Intellectual Property Law, 2.Aufl. (2011), S. 398.

726 Supreme Court of the United States, Urteil vom 1.6.1982, *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.*, 102 S.Ct. 2182: "As the lower courts correctly discerned, liability for trademark infringement can extend beyond those who actually mislabel goods with the mark of another. Even if a manufacturer does not directly control others in the chain of distribution, it can be held responsible for their infringing activities under certain circumstances. Thus, if a manufacturer or distributor intentionally induces another to infringe a trademark, or if it continues to supply its product to one whom it knows or has reason to know is engaging in trademark infringement, the manufacturer or distributor is contributorily responsible for any harm done as a result of the deceit."

727 *Chisum/ Ochoa/ Hosh/ LaFrance*, Intellectual Property Law, 2.Aufl. (2011), S. 635-638.

728 United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 3.12.2007, *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146.

zogene *Inwood*-Rechtsprechung in mehreren Etappen⁷²⁹ auf die Erbringung von Dienstleistungen im Internet übertragen, soweit der Diensteanbieter eine hinreichende Kontrolle über die von ihm erbrachten Dienste, mittels derer die Markenrechtsverletzung erfolgt, behält⁷³⁰. Die Haftungsvoraussetzungen wurden im einzelnen für das Urheberrecht und für das Markenrecht konkretisiert und an die Eigenheiten der involvierten technischen Hilfsmittel und Dienste angepasst, mit der Folge, dass für die erforderlichen Voraussetzungen nicht nur zwischen dem Urheberrecht und dem Markenrecht, sondern auch nach verschiedenen Sachverhaltskonstellationen zu differenzieren ist⁷³¹.

Die erste bedeutende Konkretisierung des Haftungsmaßstabs für das Ermöglichen von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale, d.h. sowohl rechtskonform als auch rechtsverletzend nutzbare, technische Mittel oder Dienste erfolgte für das Urheberrecht anlässlich des Videorecorders durch die *Sony Betamax*-Entscheidung des Supreme Court. Danach kommt, in Anlehnung an die patentrechtliche *staple article of commerce*-Ausnahme in 35 U.S.C. § 271(c), in den Fällen, in denen für technische Mittel oder Dienste gegenwärtig und künftig bedeutende legale Nutzungsmöglichkeiten existieren, eine Verantwortung wegen *contributory infringement* nur bei tatsächlicher Kenntnis (*actual* oder *specific knowledge*) von einem konkreten rechtsverletzenden Gebrauch in Betracht, während

729 United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 4.2.1992, *Hard Rock Café Licensing Co. v. Harry's Sweat Shop*, 955 F.2d 1143 (actual knowledge or willful blindness); United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 25.1.1996, *Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc.*, 76 F.3d 259; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 25.10.1999, *Lockheed Martin Co. v. Network Solutions Inc.*, 194 F.3d 980 (direct control and monitoring of instrumentality used by third party).

730 United States District Court S.D. New York, Urteil vom 14.7.2008, *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 576 F.Supp. 2d 463; United States Court of Appeals, Second Circuit, Urteil vom 1.4.2010, *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93: "[...] when applying *Inwood* to service providers, there are two ways in which a defendant may become contributorily liable for the infringing conduct of another: first, if the service provider "intentionally induces another to infringe a trademark," and second, if the service provider "continues to supply its [service] to one whom it knows or has reason to know is engaging in trademark infringement".

Siehe Calboli, in: Heath/ Kampermann Sanders (Hrsg.), *Intellectual Property Liability of Consumers, Facilitators and Intermediaries*, 2012, S. 119, 121.

731 Siehe zu dieser im folgenden nachgezeichneten Entwicklung auch die Darstellung bei Spindler/ Leistner, GRUR Int 2005, 773, 773-783 und Rösler, MMR 2006, 503, 503-506.

bei einem lediglich generellen Bewusstsein um die rechtsverletzende Gebrauchsmöglichkeit im Sinne eines Kennenmüssens (*constructive knowledge*) die Interessenabwägung zugunsten der Anbieter der an sich neutralen und angesichts der legalen Nutzungsmöglichkeiten für die weitere Entwicklung nützlichen Mittel oder Dienste ausfällt und eine Haftung deshalb verneint wird⁷³². Mit der Entwicklung von Internetdiensten und Tauschplattformen, die zu einer bedeutenden Steigerung des Ausmaßes an ermöglichten Immaterialgüterrechts- und insbesondere Urheberrechtsverletzungen geführt haben, rückte die Frage nach den Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Anbieter entsprechender Internetdienste oder *file-sharing*-Software erneut in den Vordergrund. Während sich eine Haftung wegen Teilnahme an den ermöglichten Urheberrechtsverletzungen aufgrund tatsächlicher Kenntnis nach entsprechender Benachrichtigung bei zentral, d.h. über einen zentralen Server und ein zentrales Verzeichnis, organisierten *peer-to-peer*-Tauschbörsen noch bejahen ließ⁷³³, reagierte die Rechtsprechung auf die zunehmend dezentral organisierten Strukturen, bei

732 Supreme Court of the United States, Urteil vom 17.1.1984, *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 104 S.Ct.774. "We recognize there are substantial differences between the patent and copyright laws. But in both areas the contributory infringement doctrine is grounded on the recognition that adequate protection of a monopoly may require the courts to look beyond actual duplication of a device or publication to the products or activities that make such duplication possible. The staple article of commerce doctrine must strike a balance between a copyright holder's legitimate demand for effective –not merely symbolic– protection of the statutory monopoly, and the rights of others freely to engage in substantially unrelated areas of commerce. Accordingly, the sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial noninfringing uses."

733 United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 12.2.2001, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004. "The district court correctly recognized that a preliminary injunction against Napster's participation in copyright infringement is not only warranted but required. We believe, however, that the scope of the injunction needs modification in light of our opinion. Specifically, we reiterate that contributory liability may potentially be imposed only to the extent that Napster: (1) receives reasonable knowledge of specific infringing files with copyrighted musical compositions and sound recordings; (2) knows or should know that such files are available on the Napster system; and (3) fails to act to prevent viral distribution of the works. The mere existence of the Napster system, absent actual notice and Napster's demonstrated failure to remove the offending material, is insufficient to impose contributory liability."

denen es an einer zentralen Koordinierung der einzelnen Inhalte und damit auch an der Möglichkeit der Kenntnis von rechtsverletzenden Inhalten fehlte, mit einer entsprechenden Anpassung und korrigierenden Ergänzung der *Sony Betamax*-Rechtsprechung. So wurde zunächst auf das Erfordernis tatsächlicher Kenntnis verzichtet, wenn der Diensteanbieter die Strukturen bewusst so ausrichtet, dass er keine Kenntnis- und keine Reaktionsmöglichkeit bei rechtsverletzenden Nutzungen seiner Dienste hat, und auch sonst keine Vorkehrungen zur Verhinderung oder Einschränkung rechtsverletzender Nutzungen trifft, sondern sogar selbst auf eine urheberrechtsverletzende Nutzungsmöglichkeit seines Dienstes verweist⁷³⁴. Schließlich stellte der Supreme Court in seiner *Grokster*-Entscheidung klar, dass die Privilegierung neutraler Mittel und Dienste durch die *Sony*

734 United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 30.6.2003, *In re: Aimster copyright litigation*, 334 F.3d 643. “We also reject Aimster’s argument that because the Court said in *Sony* that mere “constructive knowledge” of infringing uses is not enough for contributory infringement, and the encryption feature of Aimster’s service prevented Deep from knowing what songs were being copied by the users of his system, he lacked the knowledge of infringing uses that liability for contributory infringement requires. Willful blindness is knowledge, in copyright law (where indeed it may be enough that the defendant should have known of the direct infringement), as it is in the law generally. One who, knowing or strongly suspecting that he is involved in shady dealings, takes steps to make sure that he does not acquire full or exact knowledge of the nature and extent of those dealings is held to have a criminal intent, because a deliberate effort to avoid guilty knowledge is all that the law requires to establish a guilty state of mind. [...] This is not to say that the provider of an encrypted instant-messaging service or encryption software is ipso facto a contributory infringer should his buyers use the service to infringe copyright, merely because encryption, like secrecy generally, facilitates unlawful transactions. [...] Our point is only that a service provider that would otherwise be a contributory infringer does not obtain immunity by using encryption to shield itself from actual knowledge of the unlawful purposes for which the service is being used.” “Even when there are noninfringing uses of an internet file-sharing service, moreover, if the infringing uses are substantial then to avoid liability as a contributory infringer the provider of the service must show that it would have been disproportionately costly for him to eliminate or at least reduce substantially the infringing uses. Aimster failed to make that showing too, by failing to present evidence that the provision of an encryption capability effective against the service provider itself added important value to the service or saved significant cost. Aimster blinded itself in the hope that by doing so it might come within the rule of the *Sony* decision.” Demgegenüber noch United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 19.8.2004, *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 380 F.3d 1154.

Betamax-Rechtsprechung die Möglichkeit einer Haftung wegen *inducement* unberührt lässt, wenn der Diensteanbieter über das bloße Anbieten hinaus den rechtsverletzenden Gebrauch seiner Dienste absichtlich fördert, auch wenn er aufgrund der Ausgestaltung seiner Dienste keine tatsächliche Kenntnis von den dadurch im einzelnen ermöglichten Urheberrechtsverletzungen hat⁷³⁵. Die für eine Haftung wegen *inducement* erforderliche

735 Supreme Court of the United States, Urteil vom 27.6.2005, *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 125 S.Ct. 2764. “Sony’s rule limits imputing culpable intent as a matter of law from the characteristics or uses of a distributed product. But nothing in Sony requires courts to ignore evidence of intent if there is such evidence, and the case was never meant to foreclose rules of fault-based liability derived from the common law. Thus, where evidence goes beyond a product’s characteristics or the knowledge that it may be put to infringing uses, and shows statements or actions directed to promoting infringement, Sony’s staple-article rule will not preclude liability. [...] Evidence of active steps taken to encourage direct infringement, such as advertising an infringing use or instructing how to engage in an infringing use, show an affirmative intent that the product be used to infringe, and a showing that infringement was encouraged overcomes the law’s reluctance to find liability when a defendant merely sells a commercial product suitable for some lawful use. [...] For the same reasons that Sony took the staple-article doctrine of patent law as a model for its copyright safe-harbor rule, the inducement rule, too, is a sensible one for copyright. We adopt it here, holding that one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties. We are, of course, mindful of the need to keep from trenching on regular commerce or discouraging the development of technologies with lawful and unlawful potential. Accordingly, just as Sony did not find intentional inducement despite the knowledge of the VCR manufacturer that its device could be used to infringe, mere knowledge of infringing potential or of actual infringing uses would not be enough here to subject a distributor to liability. Nor would ordinary acts incident to product distribution, such as offering customers technical support or product updates, support liability in themselves. The inducement rule, instead, premises liability on purposeful, culpable expression and conduct, and thus does nothing to compromise legitimate commerce or discourage innovation having a lawful promise.” “In sum, this case is significantly different from Sony and reliance on that case to rule in favor of StreamCast and Grokster was error. Sony dealt with a claim of liability based solely on distributing a product with alternative lawful and unlawful uses, with knowledge that some users would follow the unlawful course. The case struck a balance between the interests of protection and innovation by holding that the product’s capability of substantial lawful employment should bar the imputation of fault and consequent secondary liability for the unlawful acts of others. MGM’s evidence in this case most obviously addresses a different basis of liability for distributing a product open to alternative uses.

Absicht, den rechtsverletzenden Gebrauch zu fördern, wurde dabei anhand dreier Indizien bejaht, nämlich erstens der Ausrichtung des Angebots auf die ehemaligen Nutzer des durch Urheberrechtsverletzungen gekennzeichneten *Napster*-Dienstes, zweitens des Verzichts auf Bemühungen, Filtermechanismen zu entwickeln oder den urheberrechtsverletzenden Gebrauch der *filesharing*-Software auf andere Weise einzuschränken, und drittens der ausschließlichen und von der Anzahl der Nutzer und damit auch vom rechtsverletzenden Gebrauch abhängigen Finanzierung des Software-Vertriebs durch Werbung. Aus diesen Indizien lässt sich wiederum mittelbar ein Rückschluss auf die Anforderungen an das Verhalten eines Diensteanbieters und die Ausgestaltung seiner Dienste ziehen⁷³⁶.

Für das Markenrecht hatte die Rechtsprechung bislang seltener Gelegenheit, die Anwendung der *contributory infringement*-Haftung auf die Ermöglichung von Markenverletzungen durch Zugangsdienste und Verkaufs- oder Tauschplattformen im Internet zu präzisieren. Eine höchststrichterliche Entscheidung des Supreme Court ist diesbezüglich noch nicht ergangen. In der *Sony Betamax*-Entscheidung hatte der Supreme Court mit Blick auf seine *Inwood*-Entscheidung darauf verwiesen, dass die Teilnahmehaftung im Markenrecht enger als im Urheberrecht zu ziehen sei⁷³⁷. An dieser engeren Konzeption der markenrechtlichen Teilnahmehaftung hat die Rechtsprechung bisher festgehalten. Für die Ermöglichung von Markenverletzungen durch eine Internet-Auktionsplattform wurde eine Haftung wegen *contributory trademark infringement* mangels tatsächlicher

Here, evidence of the distributors' words and deeds going beyond distribution as such shows a purpose to cause and profit from third-party acts of copyright infringement. If liability for inducing infringement is ultimately found, it will not be on the basis of presuming or imputing fault, but from inferring a patently illegal objective from statements and actions showing what that objective was."

736 *Spindler/ Leistner*, GRUR Int 2005, 773, 780f.

737 Supreme Court of the United States, Urteil vom 17.1.1984, *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 104 S.Ct.774. "Given the fundamental differences between copyright law and trademark law, in this copyright case we do not look to the standard for contributory infringement set forth in *Inwood Laboratories v. Ives Laboratories*, which was crafted for application in trademark cases. [...] If *Inwood's* narrow standard for contributory trademark infringement governed here, respondents' claim of contributory infringement would merit little discussion. Sony certainly does not "intentionally induce" its customers to make infringing uses of respondents' copyrights, nor does it supply its products to identified individuals known by it to be engaging in continuing infringement of respondents' copyrights".

Kenntnis im Sinne des von *Inwood* geforderten *specific knowledge* der konkreten auf der Plattform eingestellten und veröffentlichten markenrechtsverletzenden Angebote verneint; das Ausreichen eines allgemeinen Bewusstseins im Sinne eines Kennenmüssens (*constructive knowledge* bzw. *reasonable anticipation*), dass über die Plattform auch ein bestimmter Anteil markenrechtsverletzender Angebote eingestellt und verkauft werde, wurde abgelehnt, weil der Diensteanbieter im übrigen auf Hinweise auf konkrete Rechtsverletzungen stets umgehend reagiert hatte und ihm deshalb nicht der Vorwurf eines bewussten Ignorierens (*willful blindness*) der auf seiner Plattform veröffentlichten markenverletzenden Angebote gemacht werden konnte⁷³⁸. Neben den Bemühungen des Diensteanbieters, markenrechtsverletzende Angebote mit Unterstützung der Rechtsinhaber zu identifizieren und bei Kenntnis unverzüglich zu entfernen, wurde dabei in der zugrundeliegenden Interessenabwägung auch berücksichtigt, dass die Internet-Auktionsplattform auch einen legalen Markt für den Verkauf von Markenwaren bietet, den der Markeninhaber nicht mit Hilfe der Ausweitung der markenrechtlichen Teilnahmehaftung des Plattformbetreibers unterbinden dürfe⁷³⁹. Die Verantwortung für eine allgemeine Überwachung der auf eBay eingestellten Angebote und deren Kontrolle zur Verhinderung und Bekämpfung von Markenverletzungen verbleibt demnach

738 United States District Court S.D. New York, Urteil vom 14.7.2008, *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 576 F.Supp. 2d 463, bestätigt durch United States Court of Appeals, Second Circuit, Urteil vom 1.4.2010, *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F. 3d 93. Demgegenüber hatte United States District Court N.D. California, 23.12.2008, *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Akanoc Solutions Inc.*, 591 F.Supp. 2d 1098, die Haftung eines Diensteanbieters für die Weiterleitung auf Seiten, die gefälschte Artikel verkauften, bejaht.

739 United States District Court S.D. New York, Urteil vom 14.7.2008, *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 576 F.Supp. 2d 463, bestätigt durch United States Court of Appeals, Second Circuit, Urteil vom 1.4.2010, *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F. 3d 93: “[...] eBay’s knowledge vel non that counterfeit Tiffany wares were offered through its website is relevant to the issue of whether eBay contributed to the direct infringement of Tiffany’s mark by the counterfeiting vendors themselves, or whether eBay bears liability for false advertising. But it is not a basis for a claim of direct trademark infringement against eBay, especially inasmuch as it is undisputed that eBay promptly removed all listings that Tiffany challenged as counterfeit and took affirmative steps to identify and remove illegitimate Tiffany goods. To impose liability because eBay cannot guarantee the genuineness of all of the purported Tiffany products offered on its website would unduly inhibit the lawful resale of genuine Tiffany goods.” *Holznapel*, GRUR Int 2010, 654, 656f.

beim Markeninhaber⁷⁴⁰. Die genauen subjektiven Anforderungen an Kenntnis, Kennenmüssen und Kontrollmöglichkeiten des Anbieters richten sich allerdings immer noch stark nach dem Einzelfall und dem als zulässig oder unzulässig eingestuften konkreten Geschäftsmodell⁷⁴¹.

Für die Ermöglichung von Urheberrechtsverletzungen durch online-Dienste und online-Plattformen werden die Haftungsvoraussetzungen dabei zusätzlich von den Haftungsbeschränkungen des § 512(a)-(d) überlagert. Die Regelungen führten in den genannten Entscheidungen zur Verantwortlichkeit für die Ermöglichung von Urheberrechtsverletzungen jedoch im Ergebnis nicht zu einer Haftungsbeschränkung. In der *Napster*-Entscheidung wurden aufgrund der zentralen Organisationsstruktur die Kenntnis des Diensteanbieters von den zur Verfügung gestellten Inhalten bejaht und die Voraussetzungen für das Eingreifen von § 512(d) deshalb verneint, während in der *Grokster*-Entscheidung aufgrund der dezentralen Organisationsstruktur die Subsumtion des lediglich für das Vertreiben der *filesharing*-Software Verantwortlichen unter einen Informationslokalisierungsdienst im Sinne des § 512(d) Copyright Act sowie unter die übrigen Privilegierungstatbestände ausschied⁷⁴². Auch außerhalb der Haftungsprivilegierungstatbestände scheitert eine Verantwortlichkeit von Anbietern neutraler Dienste wegen *contributory infringement* oft an der fehlenden Kenntnis und damit am fehlenden Vorsatz hinsichtlich der konkret ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen. Das generelle Bewusstsein, dass über die zur Verfügung gestellten Plattformen, die als solche neutral und damit auch einem bedeutenden nicht rechtsverletzenden Gebrauch zugänglich sind, im einzelnen nicht näher bestimmbare Immaterialgüterrechtsverletzungen begangen werden, genügt nämlich sowohl im Urheberrecht als auch im Markenrecht nach der den genannten Entscheidungen zugrundeliegenden Interessenabwägung zwischen einem effektiven Schutz der Immaterialgüterrechte und der Möglichkeit der Entwicklung und Weiterentwicklung sowie der Verfügbarkeit solcher Mittel, Kommunikationsdienste und Geschäftsmodelle, die neben illegalen auch bedeutende legale Gebrauchsmöglichkeiten eröffnen, nicht.

740 United States District Court S.D. New York, Urteil vom 14.7.2008, *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 576 F.Supp. 2d 463.

741 Calboli, in: Heath/ Kampermann Sanders (Hrsg.), *Intellectual Property Liability of Consumers, Facilitators and Intermediaries*, 2012, S. 119, 135-142.

742 Vgl. Spindler/ Leistner, GRUR Int 2005, 773, 775.

Aufgrund der akzessorischen Ausgestaltung setzt eine Verantwortlichkeit wegen *contributory infringement* das Vorliegen einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung als Haupttat voraus⁷⁴³. Aufgrund des territorial begrenzten Schutzes US-amerikanischer Immaterialgüterrechte kann die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung, auf die sich die Anstiftung oder Beihilfe bezieht, grundsätzlich nur im US-amerikanischen Inland erfolgen⁷⁴⁴. Mit Blick auf die Ermächtigung zu einem urheberrechtsverletzenden Verhalten (*authorization*) wurde von der Rechtsprechung des Ninth Circuit entschieden, dass im Inland begangene Handlungen, die eine ausschließlich im Ausland begangene Urheberrechtsverletzung ermöglichen, nicht genügen, um eine Haftung nach dem US-amerikanischen Urheberrecht auszulösen, da dieses nicht rein extraterritoriale Verletzungshandlungen erfasst und eine Haftung wegen Ermächtigung zu einer Urheberrechtsverletzung i.S.d. 17 USC § 106 wie die Haftung aus *contributory infringement* eine ermöglichte Verletzungshandlung voraussetzt, die in den USA eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung darstellt⁷⁴⁵. Eine Ausnahme bildet die *predicate act doctrine*, bei der die eigentliche Verletzungshandlung gedanklich vorverlagert wird, um so noch eine inländische Verletzungshandlung bejahen zu können. Für das Markenrecht gilt zwar gleichfalls das Territorialitätsprinzip und damit das Erfordernis, dass die Markenverletzung, zu der die Haftung wegen *contri-*

743 Vgl. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 19.8.2004, *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 380 F.3d 1154.

744 *Spindler/ Leistner*, GRUR Int 2005, 773, 785.

745 United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Subafilms Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co.*, Urteil vom 13.5.1994, 24 F.3d 1088. "Because we conclude that there can be no liability under the United States copyright laws for authorizing an act that itself could not constitute infringement of rights secured by those laws, and that wholly extraterritorial acts of infringement are not cognizable under the Copyright Act, we overrule Peter Starr insofar as it held that allegations of an authorization within the United States of infringing acts that take place entirely abroad state a claim for infringement under the Act." "In light of our above conclusion that the "authorization" right refers to the doctrine of contributory infringement, which requires that the authorized act itself could violate one of the exclusive rights listed in section 106(1)-(5), we believe that "[i]t is simply not possible to draw a principled distinction" between an act that does not violate a copyright because it is not the type of conduct proscribed by section 106, and one that does not violate section 106 because the illicit act occurs overseas. [Verweise] In both cases, the authorized conduct could not violate the exclusive rights guaranteed by section 106. In both cases, therefore, there can be no liability for "authorizing" such conduct."

butory infringement akzessorisch ausgestaltet ist, in den USA erfolgt. Das US-amerikanische bundesgesetzliche Markenrecht nach dem Lanham Act lässt aber der Rechtsprechung zufolge aufgrund des vom Bundesgesetzgeber gewollten weiten Schutzzwecks eine großzügigere Anwendung auf extraterritoriale Sachverhalte und im Ausland begangene Verletzungshandlungen als das Urheberrecht zu, so dass die Verletzung einer US-amerikanischen Marke nach dem Lanham Act auch bejaht werden kann, wenn sich die im Ausland begangene Verletzungshandlung auf den US-amerikanischen Handel und den inländischen Markt auswirkt und zusätzliche Kriterien für eine Anwendung des US-amerikanischen Markenrechts sprechen bzw. dessen extraterritorialer Anwendung nicht entgegenstehen⁷⁴⁶. Anders als bei dem grundsätzlich nicht bzw. nur unter Zurückhaltung extraterritorial anwendbaren Copyright Act erscheint es bei der Anwendung des Lanham Act deshalb nicht ausgeschlossen, dass für die Ermöglichung einer Markenverletzung eine im Ausland begangene Verletzung einer US-amerikanischen Marke zur Bejahung einer inländischen Markenverletzung nach dem Lanham Act genügen kann, wenn sich die im Ausland vorgenommene unmittelbare Verletzungshandlung auf den US-amerikanischen Markt auswirkt. Eine Übertragung der urheberrechtlichen *predicate act doctrine* wird aber für das Markenrecht abgelehnt; hier wird an dem Erfordernis einer Auswirkung auf den US-amerikanischen Markt festgehalten⁷⁴⁷. Die territorialitätsbedingten Anforderungen an die ermöglichte inländische Immaterialgüterrechtsverletzung werden damit zwar anders als im Urheberrecht formuliert, in beiden Fällen ist aber die Verletzung eines US-amerikanischen Schutzrechts als Anknüpfungs- und Ausrichtungspunkt für die Haftung wegen *contributory infringement* erforderlich.

746 Supreme Court of the United States, 22.12.1952, *Steele v. Bulova Watch Co.*, 73 S.Ct. 252. Vgl. ausführlich zu den daraufhin von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien und den Differenzierungen zwischen den unterschiedlichen Ansätzen des 2nd und 9th Circuit *Ebner*, Markenschutz im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, 2004, S. 87-102.

747 United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 6.6.2012, *Tire Engineering and Distribution v. Shandong Linglong Rubber*, 2012 WL 2036971.

d) vicarious liability

Neben der *contributory infringement*-Haftungsfigur wird auch die *vicarious liability*-Haftungsfigur⁷⁴⁸ für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen aus dem *common law* herangezogen. Danach ist eine Person für die von einem anderen begangene Rechtsverletzung verantwortlich, wenn sie zu dessen Überwachung berechtigt und in der Lage ist und ein unmittelbares finanzielles Interesse an dessen Tätigkeit hat⁷⁴⁹. Der Ursprung dieser Haftungsfigur liegt in dem Dienst- und Arbeitsverhältnissen eigenen Grundsatz *respondeat superior*, ihr Anwendungsbereich erstreckt sich aber über Dienst- und Arbeitsverhältnisse hinaus auf Verhältnisse, die sich durch eine rechtliche und tatsächliche Kontrollmöglichkeit und ein unmittelbares finanzielles Interesse auszeichnen⁷⁵⁰. Von der Rechtsprechung für das Urheberrecht formuliert, erscheint eine Erweiterung der Haftung auf Personen, die das Urheberrecht selbst nicht unmittelbar verletzen, und ein Verantwortenmüssen für die von anderen begangenen Urheberrechtsverletzungen auch ohne deren Kenntnis hier deshalb gerechtfertigt, weil die Personen die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit haben, von einem anderen begangene Urheberrechtsverletzungen zu unterbinden oder einzuschränken, und von den Urheberrechtsverletzungen fi-

748 Vgl. Black's Law Dictionary (9. Auflage) *vicarious infringement*: "A person's liability for an infringing act of someone else, even though the person has not directly committed an act of infringement."

vicarious liability: "Liability that a supervisory party (such as an employer) bears for the actionable conduct of a subordinate or associate (such as an employee) based on the relationship between the two parties."

749 United States Court of Appeals Second Circuit, Urteil vom 15.4.1963, *Shapiro, Bernstein & Co., Inc. v. H.L. Green Co., Inc.*, 316 F.2d 304; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 19.8.2004, *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 380 F.3d 1154; Supreme Court of the United States, Urteil vom 27.6.2005, *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 125 S.Ct. 2764; United States Court of Appeals, Seventh Circuit, Urteil vom 4.2.1992, *Hardrock Café Licensing Corp. v. Concession Services, Inc.*, 955 F.2d 1143.

750 United States Court of Appeals, Second Circuit, Urteil vom 24.5.1971, *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159; United States Court of Appeals Ninth Circuit, 12.2.2001, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004. *Chisum/Ochoa/Hosh/LaFrance*, Intellectual Property Law, 2. Aufl. (2011), S. 399-401 fordern neben diesen beiden Kriterien noch ein agency-Rechtsverhältnis, das der Haftungsfigur der vicarious liability zugrundeliegt.

nanziell profitieren⁷⁵¹. Während sich die Haftung aus *contributory infringement* auf das vorsätzliche Herbeiführen oder Mitwirken an der von einem Dritten begangenen Rechtsverletzung gründet, besteht der Haftungsgrund bei der Haftung aus *vicarious liability* in dem Verantworten-müssen einer von einem Dritten begangenen Rechtsverletzung, weil von einer Kontroll- und Verhinderungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht und von der Rechtsverletzung profitiert wird⁷⁵². Die Verantwortlichkeit nach den *vicarious liability*-Grundsätzen setzt weder Absicht noch Kenntnis von der begangenen Rechtsverletzung voraus und wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich die betreffende Person von Rechtsverletzungen distanziert oder diese sogar im Vorfeld untersagt, wenn sie von ihrer rechtlichen und tatsächlichen Kontrollmöglichkeit keinen Gebrauch macht und dadurch die Rechtsverletzungen ermöglicht und hiervon auch finanziell profitiert⁷⁵³. Wie die Haftung aus *contributory infringement* knüpft sie an die Verwirklichung einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung an⁷⁵⁴, wobei auch hier wieder eine Gesamtschuld mit der Haftung des unmittelbaren Verletzers bestehen kann⁷⁵⁵.

Auch die *vicarious liability*-Haftungsfigur wird im Markenrecht enger gefasst als im Urheberrecht, weil hier neben den Kriterien der rechtlichen und tatsächlichen Kontrollmöglichkeit und des finanziellen Interesses zusätzlich eine *agency*- oder *joint ownership*-Beziehung verlangt wird⁷⁵⁶.

751 United States Court of Appeals Second Circuit, Urteil vom 15.4.1963, *Shapiro, Bernstein & Co., Inc. v. H.L. Green Co., Inc.*, 316 F.2d 304.

752 *Spindler/ Leistner*, GRUR Int 2005, 773, 775; *Rösler*, MMR 2006, 503, 504. Vgl. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 3.12.2007, *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146: "Although the lines between direct copyright infringement, contributory infringement, and vicarious liability are not clearly drawn, in general, contributory liability is based on the defendant's failure to stop its own actions which facilitate third-party infringement, while vicarious liability is based on the defendant's failure to cause a third party to stop its directly infringing activities."

753 United States Court of Appeals Second Circuit, Urteil vom 15.4.1963, *Shapiro, Bernstein & Co., Inc. v. H.L. Green Co., Inc.*, 316 F.2d 304.

754 United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 19.8.2004, *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 380 F.3d 1154.

755 Vgl. United States Court of Appeals, Second Circuit, Urteil vom 24.5.1971, *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159.

756 *Chisum/ Ochoa/ Hosh/ LaFrance*, Intellectual Property Law, 2.Aufl. (2011), S. 639f. Siehe United States Court of Appeals, Seventh Circuit, Urteil vom

Für das Urheberrecht wurde die *vicarious liability*-Haftung von der Rechtsprechung neben der Haftung aus *contributory infringement* auch für die Bejahung der Haftung eines zentral organisierten *filesharing*-Dienstes für die von den Nutzern begangenen Urheberrechtsverletzungen herangezogen⁷⁵⁷. Die rechtliche Kontrollmöglichkeit über das Verhalten der Nutzer lässt sich bejahen, wenn sich der Diensteanbieter das Recht vorbehält, die von den Nutzern eingestellten Inhalte zu überprüfen und rechtsverletzenden Nutzern den Zugang zu sperren, und eine Kontrolle eingestellter rechtsverletzender Inhalte ist bei einer zentralen Organisationsstruktur und einem zentralen Index auch tatsächlich möglich; ein finanzieller Vorteil wurde dabei in dem Zuwachs an Nutzern und dadurch bedingten höheren Werbeeinnahmen gesehen⁷⁵⁸. Dagegen wurde eine Haftung aus *vicarious liability* des Betreibers eines Internetsuch- und Referenzierungsdienstes für die Verwendung geschützter Marken durch Nutzer im Rahmen des *keyword advertising* mangels Kontrolle über die Verweise auf markengeschützte Worte und die Benutzung der Marke in den Werbetexten verneint⁷⁵⁹.

4.2.1992, *Hardrock Café Licensing Corp. v. Concession Services, Inc.*, 955 F.2d 1143.

757 United States Court of Appeals Ninth Circuit, 12.2.2001, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004.

758 United States Court of Appeals Ninth Circuit, 12.2.2001, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004. Dagegen wurde eine Haftung der Verteiler einer dezentralen *filesharing*-Software mangels Kontrollmöglichkeiten abgelehnt, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 19.8.2004, *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 380 F.3d 1154. Der Supreme Court ging in seiner Entscheidung auf die Frage der *vicarious liability* nicht mehr ein, weil er eine Haftung wegen *inducement* bejahte, Supreme Court of the United States, Urteil vom 27.6.2005, *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 125 S.Ct. 2764. Der unmittelbare finanzielle Vorteil aus der Rechtsverletzung muss zwar keinen wesentlichen Bestandteil des Gesamtgewinns des Zugangs- oder Diensteanbieters darstellen, er muss sich aber kausal auf den rechtsverletzenden Gebrauch zurückführen lassen, d.h. es muss dargelegt werden, dass Nutzer des Dienstes durch den rechtsverletzenden Gebrauch angezogen oder durch eine Einstellung des rechtsverletzenden Gebrauchs verloren wurden, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 10.2.2004, *Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072.

759 United States District Court, E.D. Virginia, Alexandria Division, 3.8.2010, *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.*, 730 F.Supp.2d 531. Das Urteil wurde aus prozessualen Gründen aufgehoben durch United States Court of Appeals, Fourth Circuit, Urteil vom 9.4.2012, 676 F.3d 146, das den Rechtsstreit zurückverweist und als inhaltlichen Maßstab *knowledge* oder *constructive knowledge* vorgibt.

4. Zwischenergebnis

Aus der Gegenüberstellung der materiellen Rechtslage in Deutschland, Frankreich und den USA lassen sich bestimmte Kriterien identifizieren, die für die Frage der immaterialgüterrechtlichen oder einer eigenständigen deliktsrechtlichen Qualifikation eine wichtige Rolle spielen und an denen sich die Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der dogmatischen Konzeption der einzelnen Haftungsformen für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen herausarbeiten lassen. Aus der Gegenüberstellung der materiellen Rechtslage in Deutschland, Frankreich und den USA lässt sich auch erkennen, dass die Haftungsformen für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in den drei Rechtsordnungen auf dieselben Probleme zu reagieren suchen und dabei, trotz der nationalen Unterschiede in der Ausgestaltung, dieselben Funktionen erfüllen. Die drei Rechtsordnungen gelangen deshalb im Ergebnis zu vergleichbaren und manchmal sogar ähnlichen Lösungen. Diese Gemeinsamkeiten in der Ausgestaltung und Differenzierung und die mit den Haftungsformen gemeinsam verfolgten Funktionen bilden den Einstieg in die Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen. Sie lassen eine materiellrechtliche Differenzierung zwischen bewussten Unterstützungshandlungen und neutralen Ermöglichungshandlungen erkennen, die als Grundlage für eine entsprechende kollisionsrechtliche Differenzierung dienen kann, soweit sie sich zusätzlich auf die relevanten kollisionsrechtlichen Interessen stützen lässt (siehe unten IV).

a) materiellrechtliche Grundlagen für die Qualifikation

aa) Einordnung der Haftungsbegründung

Die für die Qualifikation wesentliche dogmatische Einordnung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen findet einen ersten Anhaltspunkt darin, ob sie auf eine immaterialgüterrechtliche Anspruchsgrundlage gestützt oder über den Rückgriff auf Konzepte aus dem allgemeinen Deliktsrecht begründet wird. Dabei bleibt allerdings zu berücksichtigen, dass das Immaterialgüterrecht in der Systematik der untersuchten Rechtsordnungen als Sonderdeliktsrecht ausgestaltet ist und über deliktsrechtliche Wurzeln verfügt, so dass die Unterscheidung zwischen einer immaterialgüterrechtlichen und einer deliktsrechtlichen An-

spruchsgrundlage nicht notwendig auf einen systematischen Unterschied in der Konzeption der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen hinweist.

Das deutsche Recht begründet die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, mit Ausnahme der immaterialgüterrechtlich besonders geregelten Fälle der mittelbaren Patentverletzung nach § 10 PatG und der mittelbaren Markenverletzung nach § 14 IV MarkenG, über die Teilnahme nach § 830 BGB und die Störerhaftung nach § 1004 BGB analog, die eine Zurechnung bzw. eine Verantwortlichkeit für fremdes Unrecht aufgrund eines eigenen vorwerfbaren bzw. sorgfaltswidrigen Tatbeitrags erlauben und in diesem Sinne als allgemeine deliktsrechtliche Zurechnungs- und Haftungsnormen anzusehen sind. Auch bei der unrechtsakzessorischen Teilnahme genügt der Ausschließlichkeitscharakter der Immaterialgüterrechte alleine nicht, um ihren Schutz über die unmittelbaren Verletzungstatbestände hinaus auf Personen zu erweitern, die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen, ohne den gesetzlichen Verletzungstatbestand selbst zu verwirklichen. Vielmehr sind neben der Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung weitere Zurechnungskriterien erforderlich, die sich aus den deliktsrechtlichen Zurechnungs- und Haftungsregeln ergeben.

Im französischen Recht wird die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen maßgeblich über die erfolgte Immaterialgüterrechtsverletzung begründet, eine ausdrückliche Heranziehung weiterer Zurechnungskriterien erfolgt nicht. Sowohl die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung als auch die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen lassen sich parallel auf immaterialgüterrechtlich geregelte Haftungstatbestände und die allgemeine deliktsrechtliche Generalklausel stützen. Die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen wird also sowohl immaterialgüterrechtlich als auch deliktsrechtlich begründet. Allerdings knüpfen auch die im Code de la propriété intellectuelle besonders geregelten Haftungsformen und insbesondere Art.L.336-3 an die Verletzung einer Sorgfaltspflicht an, so dass die immaterialgüterrechtliche und deliktsrechtliche Haftung nicht nur parallel, sondern auch mit gegenseitigen Verschränkungen verlaufen.

Im US-amerikanischen Recht stützt sich die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen auf die Haftungsfiguren des *common law of torts*: *contributory infringement* und *vicarious liability*, die über die vorwerfbare Mitwirkung an der Rechtsverletzung eines anderen

bzw. das vorwerfbare Verantwortenmüssen einer von einem anderen begangenen Rechtsverletzung die Haftung auf deliktsrechtliche Zurechnungskriterien stützen. Die *contributory infringement*-Rechtsfigur liegt auch den im Patentrecht in 35 USC § 271(b) und (c) kodifizierten Formen von *active inducement* und *indirect patent infringement* sowie des *authorization*-Zusatzes im Urheberrecht in 17 USC § 106 zugrunde, so dass auch diese immaterialgüterrechtlichen Anspruchsgrundlagen als Ausdruck einer Haftungsbegründung über die allgemeinen deliktsrechtlichen Haftungsfiguren anzusehen sind.

Die rechtsvergleichende Betrachtung der Anspruchsgrundlagen erlaubt deshalb keine Rückschlüsse auf eine immaterialgüterrechtliche oder eigenständige deliktsrechtliche Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen. Zudem müsste sich eine funktionale Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen ohnehin von deren immaterialgüterrechtlicher oder deliktsrechtlicher Einordnung in den nationalen Rechtsordnungen lösen⁷⁶⁰. Unabhängig von der Anspruchsgrundlage knüpft die Haftung für die Ermöglichung einer von einem anderen begangenen Immaterialgüterrechtsverletzung aber an einen besonderen nicht allein aus der Immaterialgüterrechtsverletzung resultierenden rechtlichen Zurechnungsgrund an, der die Vorwerfbarkeit des Verhaltens charakterisiert⁷⁶¹.

760 Drexl, in: MünchKomm-BGB, IntWR, 5.Aufl.(2010), IntImmGR, Rn. 205. Anders Fawcett/ Torremans, Intellectual Property and Private International Law, 2.Aufl. (2011), S. 920-922, denen zufolge die internationalprivatrechtliche Qualifikation der jeweiligen deliktsrechtlichen oder immaterialgüterrechtlichen Einordnung der Haftung im materiellen Recht zu folgen hat: „Private international law should in this respect honour the substantive law classification. If the substantive law on contributory liability is based on a tort rule, ie if the legislature or the courts have used general principles of tort law, outside any specific intellectual property statute or doctrine, there is no other alternative for private international law but to classify the matter as tortious and to determine the choice of law rules accordingly. If, on the other hand, the contributory liability rules or doctrine is firmly based in the intellectual property statute or approach, then an intellectual property classification and the choice of law rule that goes with it imposes itself also in private international law.“ (S. 921f.).

761 Vgl. in diesem Sinne auch die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen vom 9.12.2010 zu Rs.C-324/09, Rn. 117, demzufolge „Probleme, die sich aus dem Verhalten einzelner Marktteilnehmer ergeben können, dem Marktplatzbetreiber grundsätzlich nur dann zugerechnet werden können, wenn eine Rechtsgrundlage für eine Sekundärhaftung nach innerstaatlichem Recht besteht.“.

bb) Abgrenzung zu den unmittelbaren Verletzungstatbeständen

Die Abgrenzung und Abgrenzbarkeit zu den unmittelbaren Verletzungstatbeständen stellt die Grundvoraussetzung für die Möglichkeit einer eigenständigen Qualifikation und damit der Erörterung der Frage einer immaterialgüterrechtlichen oder deliktsrechtlichen Qualifikation dar. Unabhängig von der Anspruchsgrundlage, über die die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen begründet wird, unterscheiden das deutsche, französische und US-amerikanische Recht tatbestandlich zwischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungen und der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen. Die Abgrenzung zwischen unmittelbarer Immaterialgüterrechtsverletzung und Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung bestimmt sich danach, ob die Person selbst eine dem Rechtsinhaber vorbehaltene Benutzungs- oder Verwertungshandlung vornimmt und damit den gesetzlichen Tatbestand einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung erfüllt, oder ob sie eine Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglicht, ohne selbst eine dem Rechtsinhaber vorbehaltene Benutzungs- oder Verwertungshandlung vorzunehmen und einen entsprechenden gesetzlichen Verletzungstatbestand vollständig zu verwirklichen.

Diese gedankliche Trennung besteht auch dann, wenn im deutschen Recht der Unterlassungsanspruch gegen den mittelbaren Urheberrechtsverletzer teilweise auf § 97 I UrhG gestützt wird oder im französischen Recht, das den Begriff der *contrefaçon* im engeren Sinne den unmittelbaren Verletzungshandlungen vorbehält, die Haftung wegen der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen über die unmittelbaren Verletzungstatbestände begründet wird. Aufgrund dieser Unterscheidung stellen die in den Immaterialgüterrechtsgesetzen geregelten Tatbestände wie die mittelbare Patentverletzung in § 10 PatG und ihr französisches Pendant in Art.L.613-4 CPI, die Regelung über *indirect patent infringement* in 35 USC § 271(c), die mittelbare Markenverletzung nach § 14 IV MarkenG und die Vorschriften der Art. L.335-2-1 und Art.L.336-1 – 336-3 CPI über mittels Software, eines Kommunikationsdienstes oder eines Internetzugangs begangene Urheberrechtsverletzungen nicht unmittelbare Verletzungstatbestände, sondern besondere gesetzlich geregelte Formen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen dar. Während die unmittelbaren Verletzungstatbestände die Anmaßung einer dem Rechtsinhaber ausschließlich vorbehaltenen Nutzungs- oder Verwertungshandlung sanktionieren, ist das Verhalten, an das die übrigen Haf-

tungstatbestände anknüpfen, in dem sorgfaltswidrigen Ermöglichen einer von einem anderen begangenen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung zu sehen. Das vorsätzliche oder sorgfaltswidrige und daher vorwerfbare Ermöglichen der Immaterialgüterrechtsverletzung stellt den Zurechnungsgrund für die Haftung für die von einem anderen begangene Immaterialgüterrechtsverletzung dar.

Für eine die tatbestandliche Unterscheidung zwischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungen und der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen widerspiegelnde Unterscheidung in den Rechtsfolgen finden sich rechtsvergleichend keine Anhaltspunkte. Mit Ausnahme der von der deutschen Rechtsprechung herangezogenen Störerhaftung, die, im Gegensatz zu der von der deutschen Literatur vorgeschlagenen Konstruktion einer mittelbaren Rechtsverletzung, auch ohne Eingreifen der gesetzlichen Haftungsprivilegierungen von vorneherein auf Unterlassungsansprüche beschränkt ist, lassen nämlich die übrigen Haftungsformen, vorbehaltlich des Eingreifens der jeweiligen gesetzlichen Haftungsprivilegierungen, auch für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche und damit grundsätzlich dieselben Rechtsfolgen wie für die Sanktionierung einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung zu.

cc) Akzessorietät zu der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung

Die gedankliche Trennung zwischen der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung und deren Ermöglichung bedeutet allerdings nicht, dass die Haftung für die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung von der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung unabhängig ist. Die Haftungstatbestände für die Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung zeichnen sich oft gerade durch eine Akzessorietät zu der ermöglichten unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung aus. Diese Akzessorietät liefert ein Argument für eine immaterialgüterrechtliche Qualifikation. So setzen im deutschen Recht die Verantwortlichkeit als Teilnehmer oder Störer und im US-amerikanischen Recht die Verantwortlichkeit nach 35 USC § 271 (b) oder (c) sowie die Verantwortlichkeit auf der Grundlage der allgemeinen deliktsrechtlichen Haftungsfiguren *contributory infringement* und *vicarious liability* jeweils die Verwirklichung eines unmittelbaren Verletzungstatbestandes voraus. Im französischen Recht wurde bei den Tatbeständen des Code de la propriété intellectuelle, die die

Ermöglichung von Urheberrechtsverletzungen im Internet regeln, sowie bei der parallelen deliktsrechtlichen Begründung der Haftung in diesen Fällen die Akzessorietät zur ermöglichten unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung insoweit gelockert, als auf den Nachweis der Ausrichtung der ermöglichenden Dienste auf eine bestimmte Immaterialgüterrechtsverletzung sowie des konkreten Beitrags zu einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung verzichtet wird. Bei der mittelbaren Patentverletzung nach § 10 PatG, bei ihrem französischen Pendant in Art.L.613-4 CPI und bei der mittelbaren Markenverletzung nach § 14 IV MarkenG, die als Gefährdungstatbestände konzipiert sind, wurde auf eine akzessorische Ausgestaltung verzichtet. An die Stelle des Erfordernisses der Verwirklichung einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung tritt hier das Erfordernis der Gefahr einer unmittelbaren Patent- bzw. Markenverletzung.

dd) Auswirkungen des Territorialitätsprinzips

Auch wenn das dem nationalen, regionalen und internationalen Immaterialgüterrechtsschutz zugrundeliegende Territorialitätsprinzip nicht Ermöglichungs- und Vorbereitungshandlungen, die im Vorfeld der unmittelbaren Verletzungstatbestände anzusiedeln sind, und die Verletzung schutzrechtsbezogener Sorgfaltspflichten erfasst, spielt die territoriale Beschränkung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes bei der Ausgestaltung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in den einzelnen Haftungstatbeständen eine gewisse Rolle. Für die Qualifikation sind dabei zum einen das Erfordernis einer inländischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung und zum anderen die Ausrichtung der Ermöglichungshandlung auf die inländische unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung zu berücksichtigen.

(1) Erfordernis einer inländischen Immaterialgüterrechtsverletzung

Viele Haftungsformen setzen eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung oder zumindest die Gefahr einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung voraus, die aufgrund des Territorialitätsprinzips erfordert, dass die Verletzungshandlung in dem Staat vorgenommen wird oder vorgenommen zu werden droht, in dem das Immaterialgüterrecht geschützt ist. Zu dieser erfolgten oder drohenden unmittelbaren Immaterialgüter-

rechtsverletzung weisen die einzelnen Haftungsformen einen unterschiedlich engen Bezug auf. Neben unrechtsakzessorisch ausgestalteten Haftungsformen, die ihren Unrechtsgehalt aus der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung beziehen, gibt es auch Haftungsformen, die, auch wenn sie an eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anknüpfen, ihren Unrechtsgehalt aus einem eigenen pflichtwidrigen Verhalten beziehen. Die Ausrichtung des Ermöglichungstatbestandes auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung kann sich aber auch, wie beispielsweise bei Gefährdungstatbeständen, aus einem von dem Ermöglichungstatbestand geforderten besonderen Bezug zu der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung ergeben.

Im deutschen Recht setzt die Teilnahme aufgrund ihrer unrechtsakzessorischen Ausgestaltung eine inländische unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung voraus. Gleiches gilt im US-amerikanischen Recht für die Verantwortlichkeit nach 35 USC § 271(b) und (c) sowie für die Verantwortlichkeit wegen *contributory infringement* als allgemeiner deliktsrechtlicher Haftungsfigur, soweit die erforderliche Mitwirkungshandlung nicht in dem Zurverfügungstellen neutraler Mittel und Dienste, sondern in einem konkreten Beitrag zur ermöglichten Rechtsverletzung besteht und ihren Unrechtsgehalt deshalb aus der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung bezieht. Im deutschen Recht knüpfen die mittelbare Patentverletzung nach § 10 PatG und die mittelbare Markenverletzung nach § 14 IV MarkenG, die beide als im Vorfeld der unmittelbaren Patent- bzw. Markenverletzung anzusiedelnde Gefährdungstatbestände nicht akzessorisch ausgestaltet sind, an die Gefahr einer inländischen Patent- bzw. Markenverletzung an. Dies ergibt sich bei der mittelbaren Patentverletzung schon aus dem Wortlaut und bei der mittelbaren Markenverletzung aus systematischen und teleologischen Gründen, denen zufolge die mittelbare Patent- und die mittelbare Markenverletzung auf die Gefahr einer unmittelbaren Patent- bzw. unmittelbaren Markenverletzung nach dem deutschen Patent- bzw. Markengesetz reagieren. Auch im französischen Recht ist die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen regelmäßig auf eine inländische Immaterialgüterrechtsverletzung ausgerichtet, entweder weil sie über die unmittelbaren Verletzungstatbestände selbst, die dem Territorialitätsprinzip unterliegen, begründet wird, oder weil sie, wie bei einer deliktsrechtlichen Begründung, ihren Unrechtsgehalt maßgeblich aus der Verletzung eines französischen Immaterialgüterrechts bezieht. Auch die mittelbare Patentverletzung nach Art.L.613-4 CPI

erfordert wie die mittelbare Patentverletzung nach § 10 PatG die Gefahr einer inländischen Patentverletzung.

Keinen Rückschluss auf die Ausrichtung auf eine inländische Urheberrechtsverletzung erlauben dagegen die Haftungsvorschriften der Art.L. 335-2-1 und Art.L.336-1 – 336-3 CPI, die auf die Gefahr unmittelbarer Urheberrechtsverletzungen im Internet reagieren und dabei die Rechtsdurchsetzung erleichtern sollen. Zu den eigentlichen materiellen Haftungsvoraussetzungen und der Ausgestaltung der zugrundeliegenden materiellrechtlichen Haftungstatbestände treffen sie entweder keine Angaben oder knüpfen wie Art.L.336-3 an die Verletzung einer Sorgfaltspflicht, hier in Bezug auf den Umgang mit dem Zugang zu einem Kommunikationsdienst, an und beziehen somit ihren Unrechtsgehalt jedenfalls nicht ausschließlich aus der ermöglichten Urheberrechtsverletzung. Für die Störerhaftung im deutschen Recht und die Verantwortlichkeit für die von einem anderen begangene Immaterialgüterrechtsverletzung nach den Grundsätzen von *vicarious liability* und, soweit die Mitwirkungshandlung in einer an sich neutralen Tätigkeit liegt, *contributory infringement* im US-amerikanischen Recht ist die Frage nach dem Erfordernis einer inländischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung dagegen schwieriger zu beantworten. Die drei Haftungsfiguren setzen zwar jeweils eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung voraus, beziehen aber anders als etwa die unrechtsakzessorische Teilnahme und der Gefährdungstatbestand der mittelbaren Patentverletzung ihren Unrechtscharakter nicht ausschließlich aus der ermöglichten unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung, sondern maßgeblich aus dem eigenen vorwerfbaren Verhalten. Die die Verantwortlichkeit begründende Vorwerfbarkeit des Verhaltens ergibt sich bei der Störerhaftung aus der Verletzung einer zumutbaren und konkreten Prüfungspflicht, bei der Verantwortlichkeit wegen *vicarious liability* aus der unterlassenen Ausübung einer rechtlichen und tatsächlichen Kontrollmöglichkeit und bei der Verantwortlichkeit wegen *contributory infringement* aus dem weiteren Zurverfügungstellen der neutralen Mittel oder Dienste und dem Unterlassen geeigneter und zumutbarer Verhinderungsmaßnahmen trotz tatsächlicher Kenntnis von der hierdurch ermöglichten konkreten Immaterialgüterrechtsverletzung. Aufgrund dieses eigenständig über die Verletzung einer Prüfungs- und Sorgfaltspflicht begründeten und neben die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung tretenden Haftungsgrundes erscheint die Haftung für die Ermöglichung einer ausländischen Immaterialgüterrechtsverletzung hier zumindest denkbar und nicht schon aufgrund der Struktur der Haftungstatbestände ausgeschlossen.

(2) Ausrichtung der Ermöglichungshandlung auf die inländische Immaterialgüterrechtsverletzung

Die Ermöglichungs- und Vorbereitungshandlungen und die Verletzung einer Sorgfaltspflicht unterliegen selbst nicht dem Territorialitätsprinzip und müssen deshalb nicht in dem Staat erfolgen, in dem das Immaterialgüterrecht geschützt ist und in dem territorialitätsbedingt die unmittelbare Verletzungshandlung vorgenommen werden muss. Gleichwohl sind die Ermöglichungshandlungen doch auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung ausgerichtet, so dass sich aus diesem Bezug Konsequenzen für den Begehungsort der Ermöglichungshandlung ergeben können. Die Ausrichtung auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung kann sich aus der akzessorischen Ausgestaltung der Haftung, aus einem konkreten Bezug der Tathandlung zu einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung und aus dem Vorsatzerfordernis hinsichtlich der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung ergeben.

So ist die Teilnahmehandlung nach deutschem Recht aufgrund ihrer Akzessorietät objektiv und subjektiv auf die unmittelbare Rechtsverletzung ausgerichtet, indem sie einen fördernden Beitrag zu der Immaterialgüterrechtsverletzung in Kenntnis von der hierdurch ermöglichten konkreten Immaterialgüterrechtsverletzung leistet. Das bedeutet aber nicht, dass auch die Teilnahmehandlung in dem Staat vorgenommen werden muss, in dem das Immaterialgüterrecht geschützt ist und die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung erfolgt. Für die mittelbare Patentverletzung nach § 10 PatG folgt die Ausrichtung auf die inländische unmittelbare Patentverletzung zum einen aus dem Wortlaut, der auch für das Anbieten oder Liefern erfindungswesentlicher Mittel einen Inlandsbezug durch die Begehung im Geltungsbereich des deutschen Patentgesetzes fordert und zum anderen durch die subjektive Ausrichtung auf die dadurch ermöglichte patentverletzende Benutzung. Hier muss aufgrund des eindeutigen Wortlauts und des doppelten Inlandsbezuges auch das Anbieten und Liefern im Inland erfolgen. Bei der Störerhaftung erscheint die haftungsbegründende Verletzung einer Prüfungspflicht dagegen nur insoweit auf die ermöglichte unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung bezogen, als die Prüfungspflicht erst bei Hinweisen auf eine bestimmte Immaterialgüterrechtsverletzung entsteht, im übrigen setzt der Haftungstatbestand weder objektiv durch die Tathandlung noch subjektiv durch ein Vorsatzerfordernis einen besonderen Bezug zu der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung voraus. Die Pflichtverletzung kann damit auch außerhalb des In-

lands, in dem das Immaterialgüterrecht geschützt ist und verletzt wird, erfolgen.

Im französischen Recht erscheint die Ermöglichungshandlung in den Fällen auf die inländische unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung ausgerichtet, in denen sie direkt auf die unmittelbaren Verletzungstatbestände gestützt oder unrechtsakzessorisch über die deliktsrechtliche Generalklausel begründet wird, während sie in den Fällen, in denen die Akzesorietät zur ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung gelockert und auf den Nachweis des Beitrags zu einer konkreten Immaterialgüterrechtsverletzung sowie des Vorsatzes in Bezug auf die Ermöglichung einer konkreten Immaterialgüterrechtsverletzung verzichtet wird, die besondere Ausrichtung auf eine bestimmte Immaterialgüterrechtsverletzung verliert, solange der von ihr ermöglichte unmittelbare Verletzungserfolg in Frankreich eintritt. Auch hier genügt es aber, mit Ausnahme der mittelbaren Patentverletzung nach Art.L.613-4 CPI, bei der auch das Liefern oder Anbieten in Frankreich erfolgen muss, dass die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung in Frankreich erfolgt, die Ermöglichungshandlung kann dagegen auch im Ausland erfolgen.

Im US-amerikanischen Recht erfordert die gesetzlich besonders geregelte Verantwortlichkeit wegen *indirect patent infringement* in 35 USC § 271(c) schon nach dem Wortlaut, dass neben der unmittelbaren Patentverletzung auch die Tathandlung des Anbietens oder Verkaufens erfindungswesentlicher Mittel in den USA erfolgt. Die Verantwortlichkeit wegen *contributory infringement* erfordert im Grundsatz neben einer ermöglichten inländischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung eine hierauf ausgerichtete Unterstützungshandlung. Besonders deutlich kommt die objektive und subjektive Ausrichtung in der Unterform der Haftung wegen *inducement* zum Ausdruck, die für das Patentrecht in 35 USC § 271(b) kodifiziert ist. Besteht die Unterstützungshandlung in einem eine bestimmte Immaterialgüterrechtsverletzung fördernden konkreten Tatbeitrag, genügt in subjektiver Hinsicht für die Verantwortlichkeit wegen *contributory infringement* neben tatsächlicher Kenntnis auch das Kennenmüssen der durch die Unterstützungshandlung konkret ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung. Besteht die Unterstützungshandlung in einer neutralen Handlung wie dem Zurverfügungstellen neutraler Mittel und Dienste, wird die objektiv fehlende Ausrichtung auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung subjektiv durch verstärkte Anforderungen an den Vorsatz ausgeglichen, indem Kenntnis von der durch die neutrale Handlung konkret ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung gefordert

wird. Trotz dieser objektiven und subjektiven Ausrichtung auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung ist es aber gleichwohl nicht erforderlich, dass auch die Ermöglichungshandlung im Inland erfolgt, solange sie zu einer inländischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung führt. Im Rahmen der Haftung wegen *vicarious liability* setzen dagegen die Tathandlung der unterlassenen Kontrolle und der Verzicht auf das Vorsatzerfordernis keinen besonderen Bezug zur ermöglichten unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung voraus, so dass sie ebenfalls nicht im Inland vorgenommen werden muss.

ee) Vorsatz bezüglich der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung

Die einzelnen Formen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen weisen im Grundsatz Vorsatz- und Kenntniserfordernisse in Bezug auf die ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung auf. Die subjektiven Haftungsvoraussetzungen werden damit gegenüber den unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungen, die im Grundsatz keine Kenntnis von dem rechtsverletzenden Charakter der Benutzungs- oder Verwertungshandlung voraussetzen, erhöht. Dieser Unterschied in den Haftungsvoraussetzungen zwischen den unmittelbaren Verletzungstatbeständen und den Ermöglichungstatbeständen bildet einen weiteren möglichen Ansatzpunkt für die Frage nach einer immaterialgüterrechtlichen oder eigenständigen deliktsrechtlichen Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen.

Im deutschen Recht fordern sowohl die Teilnahme als auch die mittelbare Patent- und die mittelbare Markenverletzung Vorsatz in Form von Kenntnis von der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung. Die im Falle der mittelbaren Patentverletzung hinzutretende Alternative der Offensichtlichkeit der patentverletzenden Benutzung dient dabei primär der Beweiserleichterung und führt zu keiner bedeutenden Senkung der subjektiven Anforderungen. Der Vorsatz in Bezug auf die konkret ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung muss bei Vornahme der Unterstützungs- oder Vorbereitungshandlung vorliegen. Die Störerhaftung setzt zwar weder eine vorsätzliche noch eine schuldhafte Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung voraus, entsteht aber über das Kriterium der Verletzung einer zumutbaren und in der Regel kenntnisabhängigen Prüfungspflicht gleichwohl erst ab Kenntnis von der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung. Im französischen Recht setzt die Haftung für die Ermög-

lichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zwar Kenntnis davon voraus, dass durch die entsprechenden Unterstützungshandlungen oder das Zurverfügungstellen von Mitteln und Diensten Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglicht werden. Das Vorsatzerfordernis wird allerdings bei dem Zurverfügungstellen Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen der Mittel und Dienste insoweit aufgelockert, als sich der Vorsatz nicht auch auf die im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen beziehen muss, sondern das generelle Bewusstsein von der Begehung von Immaterialgüterrechtsverletzungen genügt. Im US-amerikanischen Recht setzt die Verantwortlichkeit wegen *inducement* die bewusste Veranlassung und damit tatsächliche Kenntnis von der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung voraus. Die Verantwortlichkeit wegen *contributory infringement* setzt wie die Verantwortlichkeit wegen *indirect patent infringement* nach 35 USC § 271(c) tatsächliche Kenntnis oder zumindest das Kennenmüssen der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung voraus. Anstelle des Kennenmüssens erfordert die Verantwortlichkeit wegen *contributory infringement* allerdings in denjenigen Fällen tatsächliche Kenntnis von der konkreten Immaterialgüterrechtsverletzung, in denen die Ermöglichungshandlung in einer neutralen Handlung wie das Zurverfügungstellen neutraler Dienste und Mittel besteht. Die Verantwortlichkeit wegen *vicarious liability* setzt dagegen als einzige der untersuchten Formen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen schon im Grundsatz weder Kenntnis noch Kennenmüssen von der durch die unterlassene Kontrolle ermöglichten Rechtsverletzung voraus.

ff) Privilegierung neutraler Unterstützungshandlungen

Die Darstellung der materiellen Rechtslage in den untersuchten nationalen Rechtsordnungen zeigt, dass bestimmte neutrale Unterstützungshandlungen, die in dem Anbieten und Zurverfügungstellen neutraler Mittel oder Dienste bestehen, gegenüber dem allgemeinen Haftungsregime für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch erhöhte Haftungsvoraussetzungen und/oder das Eingreifen bestimmter Haftungsbeschränkungen privilegiert sind. Auch wenn sich diese materiellrechtliche Privilegierung nicht unmittelbar auf die kollisionsrechtliche Ebene übertragen lässt, ist sie für die Qualifikation als länderübergreifende Besonderheit in der materiellrechtlichen Ausgestaltung der Haftung und als mögli-

cher Anlass für eine kollisionsrechtliche Differenzierung zu berücksichtigen.

Soweit die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten von Mitteln, Plattformen oder Diensten im Internet erfolgt, wird die Haftung der jeweiligen Anbieter innerhalb der Europäischen Union durch die Haftungsbeschränkungstatbestände der E-Commerce-Richtlinie bzw. deren nationale Umsetzungen überlagert, in Deutschland durch §§ 7-10 TMG, in Frankreich durch Art. 6 I-2 und -3 LCEN (Hostprovider) und Art.L.32-3-3 und -3-4 Code des postes et des télécommunications électroniques (Accessprovider und Caching). Auch das US-amerikanische Recht sieht im Digital Millenium Copyright Act besondere Haftungsprivilegierungen für bestimmte Anbieter von Diensten im Internet vor, mit deren Hilfe Urheberrechtsverletzungen begangen werden. Die europäischen und die US-amerikanischen gesetzlichen Haftungsprivilegierungen setzen beide voraus, dass sich das Verhalten des Diensteanbieters auf eine neutrale und passive Rolle beschränkt, dass er keine Kenntnis von den von seinen Nutzern eingestellten Inhalten hat und dass er bei Kenntnis von einem rechtsverletzenden Inhalt unverzüglich tätig wird, um eine weitere Rechtsverletzung im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu verhindern. Soweit die Ermöglichung von Immaterialgüterrechts- bzw. Urheberrechtsverletzungen durch das Zurverfügungstellen neutraler Mittel und Dienste im Internet erfolgt, die auch zu nicht verletzenden Zwecken verwendet werden können, werden die Diensteanbieter, soweit sie den rechtsverletzenden Gebrauch ihrer Dienste nicht gezielt und bewusst unterstützen und auf gemeldete Verstöße angemessen reagieren, von einer Haftung für die von ihren Nutzern eingestellten rechtsverletzenden Inhalte befreit.

Auch jenseits der besonderen gesetzlichen Privilegierungstatbestände führen die für eine Haftung notwendigen strengerer Vorsatzerfordernisse bei der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Unterstützungshandlungen zu einer Haftungsbeschränkung. Das gilt insbesondere für die Haftung wegen *contributory infringement* im US-amerikanischen Recht, wenn die Unterstützungshandlung nicht in einem konkreten Tatbeitrag zu einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung, sondern in dem Zurverfügungstellen neutraler Mittel oder Dienste steht. Nur abgeschwächt gilt das für das französische Recht, das zwar grundsätzlich auch für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Zurverfügungstellen neutraler Mittel und Dienste im Internet am Vorsatzerfordernis festhält, zugleich aber auf einen individualisierten Vorsatz im Sinne des Nachweises der bewussten Unterstützung

einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung verzichtet. Zu einer Privilegierung führt auch die einzelnen Haftungsformen zugrundeliegende oder im Rahmen der Haftungstatbestände vorzunehmende Interessenabwägung zwischen dem Schutz der Immaterialgüterrechte und der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Diensteanbieter, die besonders bei der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Unterstützungshandlungen bedeutend wird. Im deutschen Recht setzt diese Interessenabwägung im Rahmen der Störerhaftung bei dem Kriterium der Zumutbarkeit von Prüfungspflichten an. Im US-amerikanischen Recht spielt diese Interessenabwägung besonders bei der Haftung wegen *contributory infringement* jenseits der klassischen Teilnahmehandlungen eine wichtige und einschränkende Rolle bei der Haftungsbegründung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch Mittel oder Dienste, die sowohl rechtmäßig als auch rechtsverletzend gebraucht werden können. Bei der vorsatzunabhängigen Haftung wegen *vicarious liability* werden die Interessen des Diensteanbieters durch das Erfordernis einer rechtlichen und tatsächlichen Kontrollmöglichkeit sowie eines unmittelbaren finanziellen Interesses berücksichtigt.

b) Funktionen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen

Für eine funktional rechtsvergleichende Qualifikation ist schließlich noch auf die hinter der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in den einzelnen Rechtsordnungen stehenden Zielsetzungen und die Frage nach der von dieser Haftung erfüllten Funktion einzugehen. Dahinter steht die rechtsvergleichende Grunderfahrung, dass die einzelnen Rechtsordnungen regelmäßig auf dasselbe Problem reagieren müssen, dabei ähnliche Zielsetzungen verfolgen und deshalb, trotz der einzelnen Unterschiede in der konkreten Begründung und Ausgestaltung der Haftung, zu vergleichbaren Ergebnissen gelangen⁷⁶². Die Frage nach der Funktion eines bestimmten Rechtsinstituts erlaubt dessen Herauslösung aus dem nationalen Kontext und damit oft einen verlässlicheren Rückschluss auf dessen Rechtsnatur, aus der sich dann eine abstrahierende und

762 Vgl. Zweigert/ Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. (1996), S. 33.

länderübergreifende Konzeption für die internationalprivatrechtliche Qualifikation gewinnen lässt⁷⁶³.

aa) effektiver Schutz der Immaterialgüterrechte

Die Haftungsformen für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen reagieren auf die gemeinsame Ausgangssituation, dass eine Person, die selbst nicht den Tatbestand einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung erfüllt, durch ihr Handeln oder Unterlassen gleichwohl die Verwirklichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglicht. Damit dient sie zunächst dem effektiven Schutz der Immaterialgüterrechte. In allen drei untersuchten Rechtsordnungen wird die Erweiterung der Haftung über die unmittelbaren Verletzer hinaus auf Personen, die die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichen, jeweils auch mit einem effektiven Schutz der Immaterialgüterrechte begründet. Die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes liegt dabei nicht nur der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch gezielte Unterstützungs- und Gefährdungshandlungen, sondern auch der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Zurverfügungstellen neutraler Mittel und Dienste zugrunde. Bei der klassischen Teilnahme- oder Gefährdungshaftung tritt das Ziel eines effektiven Schutzes der Immaterialgüterrechte bereits aus der Struktur der Haftungstatbestände erkennbar hervor, die ihren Haftungsgrund aus der bewusst unterstützten bzw. drohenden unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung beziehen und entsprechend einen bewussten und konkretisierten Tatbeitrag sowie die Verwirklichung bzw. Gefahr einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung voraussetzen. Aber auch bei der Haftung der Anbieter neutraler Hilfsmittel oder Dienste wird der effektive Schutz der Immaterialgüterrechte als Rechtfertigung für die Haftungsbeurteilung herangezogen. Der effektive Schutz der Immaterialgüterrechte wirft hier zwar die Frage nach einer Haftung des Diensteanbieters auf, genügt aber alleine nicht für die Haftungsbeurteilung, sondern ist vielmehr mit der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Diensteanbieter und dem

763 Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 126-129.

allgemeinen Interesse am Bestand von Geschäftsmodellen, die auch legale Nutzungsmöglichkeiten eröffnen, in Ausgleich zu bringen⁷⁶⁴.

Die Funktion des effektiven Schutzes der Immaterialgüterrechte erklärt zwar auch, dass einzelne Aspekte der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, wie in den Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie oder in den Vorschriften der Art. L.335-2-1 und Art.L. 336-1 – 336-3 CPI, als Frage der Durchsetzung der Immaterialgüterrechte geregelt werden. Diese Durchsetzungsvorschriften treffen aber wie gesehen keine Aussagen zu der materiellrechtlichen Ausgestaltung und der Rechtsnatur der Haftung, die es vorliegend zu qualifizieren gilt, so dass sich aus ihnen noch keine hinreichenden Rückschlüsse für die Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen ziehen lassen. Art.L.336-3 CPI zeigt dabei, dass trotz der Ausrichtung auf einen effektiven Rechtsschutz die Haftung von der Verletzung einer Sorgfaltspflicht abhängig ist. Die Regelung als Durchsetzungsfrage und das Bestreben nach einer besseren Durchsetzbarkeit der Immaterialgüterrechte alleine genügen nicht, um die Haftung von Personen zu begründen, die die immaterialgüterrechtlichen Haftungstatbestände selbst nicht verwirklichen und deshalb nach den Immaterialgüterrechtsgesetzen nicht ohne weiteres haften, so dass es gerade auf die materielle Haftungsbegründung ankommt⁷⁶⁵. Wenn die Bejahung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen insbesondere in Fällen mit Internetbezug oft mit der Erleichterung der Durchsetzung für den Rechtsinhaber begründet wird, handelt es sich dabei weder um den eigentlichen Zurechnungsgrund noch um die ausschließliche Funktion der Haftung des Diensteanbieters. Die Begründung der Haftung wird im Ergebnis auf die bewusste Unterstützung einer Immaterialgüterrechtsverletzung, die Schaffung einer spezifischen eigenständigen Gefahr für Immaterialgüterrechte oder die Verletzung einer Prüfungs- oder Sorgfaltspflicht gestützt und reflektiert damit ihre Funktionen eines effektiven Schutzes der Immaterial-

764 Vgl. in diesem Sinne auch die Schlussanträge des Generalanwalts Póiares Maduro vom 22.9.2009 zu Rs.C-236/08 bis C-238/08, Rn. 123, der sich deshalb dafür ausspricht, dass die Schutzanliegen der Rechtsinhaber insoweit besser durch das Haftungsrecht der Mitgliedstaaten als durch das (gemeinschaftsrechtlich harmonisierte) Markenrecht zu berücksichtigen seien.

765 Vgl. in diesem Sinne auch die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen vom 9.12.2010 zu Rs.C-324/09, Rn. 117, der für eine Sekundärhaftung eine Rechtsgrundlage jenseits der harmonisierten immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestände im Recht der Mitgliedstaaten fordert.

güterrechte und der Beurteilung der Legitimität des Verhaltens des Diensteanbieters (bb). Auf dieser Grundlage kann dann eine Qualifikation als immaterialgüterrechtliche oder deliktsrechtliche Frage erfolgen.

bb) eigenständiges Unrechtsurteil

Die zweite Funktion der Haftungsformen für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen liegt in der Bildung eines Unrechtsurteils über das jeweilige tatbestandliche Verhalten. Mit der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Unterstützungshandlungen wird zugleich über die Legitimität von Geschäftsmodellen entschieden, die neben legalen auch illegale Nutzungsmöglichkeiten eröffnen und die Begehung von Immaterialgüterrechtsverletzungen erleichtern oder begünstigen. Diese Entscheidung wird insbesondere für Internetdienste relevant, die zu einer quantitativen und qualitativen Steigerung der Immaterialgüterrechtsverletzungen führen, daneben aber auch neue, wirtschaftlich und gesellschaftlich wünschenswerte, rechtmäßige Nutzungsmöglichkeiten bieten. Sie resultiert aus einer Interessenabwägung zwischen dem effektiven Schutz der Immaterialgüterrechte und der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Diensteanbieter sowie dem allgemeinen Interesse am Bestand von Geschäftsmodellen, die auch legale Nutzungsmöglichkeiten eröffnen. Der Haftungstatbestand knüpft an die Schaffung einer besonderen Gefahr und die Verletzung einer Prüfungs- und Sorgfaltspflicht an und begründet darüber ein eigenständiges Unrechtsurteil über das Verhalten des Anbieters. Dabei übernimmt er auch eine Steuerungsfunktion, indem er Anforderungen an das Verhalten des Anbieters und die Ausgestaltung seines Geschäftsmodells stellt, die dieser erfüllen muss, um nicht für die durch die zur Verfügung gestellten Dienste oder Mittel ermöglichten Rechtsverletzungen zur Verantwortung gezogen zu werden. Beide Funktionen sind zwar allen Haftungsformen gemeinsam, treten aber bei den einzelnen Haftungsformen unterschiedlich stark in den Vordergrund. Bei den klassischen Teilnahme- und Gefährdungstatbeständen ergibt sich der Unrechtscharakter der Tathandlungen aus der konkreten und vorsätzlichen Unterstützung einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung, so dass die Funktion des effektiven Immaterialgüterrechtsschutzes in den Vordergrund und die Funktion eines eigenen Unrechtsurteils in den Hintergrund tritt. Bei Ermöglichungshandlungen, die nicht auf die Unterstützung einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverlet-

zung zielen, sondern in sich neutral sind und deren Unrechtscharakter deshalb erst positiv durch eine umfassende Interessenabwägung begründet werden muss, tritt dagegen die Funktion des effektiven Immaterialgüterrechtsschutzes in den Hintergrund und die Funktion eines eigenen Unrechtsurteils in den Vordergrund.

Die Interessenabwägung zwischen dem Schutzinteresse des Rechtsinhabers und dem Interesse der Allgemeinheit an einem freien Handel und freier wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit sowie dem Zugang zu geistigen Leistungen liegt zwar auch dem Immaterialgüterrecht im allgemeinen und der Bestimmung der Reichweite der immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte und der damit korrespondierenden unmittelbaren Verletzungstatbestände im besonderen zugrunde. Im Rahmen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zielt die Interessenabwägung aber auf eine Erweiterung der Haftung jenseits der bereits als Ergebnis jenes Interessenausgleichs gesetzlich definierten unmittelbaren Verletzungstatbestände auf Personen, die ohne selbst eine dem Rechtsinhaber vorbehaltene Benutzungs- oder Verwertungshandlung vorzunehmen, diese lediglich durch eine im Vorfeld anzusiedelnde Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung und die Verletzung einer Sorgfaltpflicht ermöglichen. Anders als bei den unmittelbaren Verletzungstatbeständen lässt sich die der Grenzziehung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Verhalten dienende Interessenabwägung bei der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen auch weitgehend schutzrechtsübergreifend unter Rückgriff auf allgemeine deliktsrechtliche Sorgfaltpflichten und Zurechnungskriterien formulieren. Ihrer Natur nach ist die der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zugrundeliegende Interessenabwägung demnach nicht als genuin immaterialgüterrechtlich anzusehen⁷⁶⁶.

766 Vgl. in diesem Sinne auch die Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro vom 22.9.2009 zu Rs.C-236/08 bis C-238/08, Rn. 123, der diese Abwägung deshalb dem nationalen Haftungsrecht der Mitgliedstaaten zuweist. Anders als bei der ermöglichten Markenverletzung, die sich nach dem markenrechtlichen Kontext beurteilt, stehen bei der Beurteilung der Haftung des Anbieters des Referenzierungsdienstes nicht die typischen marken- und lauterkeitsrechtlichen Erwägungen, sondern die Ausgestaltung seines Geschäftsmodells und seine eigene Rolle im Vordergrund.

c) Differenzierung zwischen gezielten Unterstützungshandlungen und neutralen Ermöglichungshandlungen

Auf der Grundlage der erfolgten rechtsvergleichenden Analyse lässt sich innerhalb der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zwischen gezielten Unterstützungs- und neutralen Ermöglichungshandlungen differenzieren. Dazu sollen im folgenden die kollisionsrechtlich relevanten materiellen Charakteristika der beiden Haftungstypen noch einmal abschließend anhand der identifizierten Kriterien und Funktionen zusammengefasst werden. Diese materiellrechtliche Differenzierung eröffnet die Möglichkeit für eine entsprechende kollisionsrechtliche Differenzierung bei der Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, die es anschließend noch unter Berücksichtigung der kollisionsrechtlich relevanten Interessen zu überprüfen gilt.

aa) Charakteristika der Haftung für gezielte Unterstützungshandlungen

Zu der Kategorie der Haftung für gezielte Unterstützungshandlungen sind im deutschen Recht die Teilnahme sowie die mittelbare Patent- und Markenverletzung, im französischen Recht die Regelfälle der immaterialgüterrechtlichen oder deliktsrechtlichen Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen sowie die mittelbare Patentverletzung und im US-amerikanischen Recht die Regelfälle der *contributory infringement*-Haftung, in denen die Ermöglichungshandlung in dem Anbieten oder Liefern auf eine Immaterialgüterrechtsverletzung ausgerichteter Dienste oder Mittel liegt, sowie *indirect patent infringement* zu zählen. Die Haftung für gezielte Unterstützungshandlungen zeichnet sich durch einen engen Bezug zu der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung aus, der objektiv durch das Erfordernis eines konkreten Tatbeitrags zu einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung und subjektiv durch das Erfordernis einer vorsätzlichen Ermöglichung einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung geprägt ist. Der Unrechtscharakter resultiert aus der konkreten und vorsätzlichen Unterstützung der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung und die Haftung dient vorrangig dem effektiven Schutz des verletzten oder bedrohten Immaterialgüterrechts. Die Haftungstatbestände sind entweder, wie die Teilnahme, akzessorisch zu einer inländischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung ausgestaltet

oder setzen, wie die mittelbare Patentverletzung, zumindest die Gefahr einer inländischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung voraus, auf die sich die Unterstützungshandlung objektiv und subjektiv ausrichtet und aus der sie ihren Unrechtsgehalt bezieht.

Dieser materiellrechtlich enge Bezug zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung in der Ausgestaltung der Haftung für gezielte Unterstützungshandlungen ist auch auf kollisionsrechtlicher Ebene zu berücksichtigen. Er spricht für eine akzessorische Anknüpfung zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung und eine Anwendung desselben materiellen Rechts, um zu verhindern, dass die für die Haftungsbegründung wesentliche objektive, subjektive und unrechtsakzessorische Ausrichtung der Unterstützungshandlung auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung durch die Anwendung unterschiedlicher Rechtsordnungen aufgelöst wird. Die Unrechtsakzessorietät zur Immaterialgüterrechtsverletzung erfordert dabei aufgrund des Territorialitätsprinzips eine inländische Immaterialgüterrechtsverletzung, weil sich die Wirkungen eines Immaterialgüterrechts und der aus dessen unmittelbaren Verletzungstatbeständen resultierende Verbotscharakter nur auf das Land erstrecken, in dem das Immaterialgüterrecht geschützt ist. Das Territorialitätsprinzip führt also dazu, dass nicht nur die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung, sondern auch die hierzu unrechtsakzessorische Unterstützungshandlung kollisionsrechtlich dem Schutzlandrecht zu unterstellen ist.

bb) Charakteristika der Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen

Zu der Kategorie der Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen sind zunächst im deutschen Recht die Störerhaftung und im US-amerikanischen Recht *vicarious liability* sowie diejenigen *contributory infringement*-Fälle zu zählen, in denen die Ermöglichungshandlung in dem Anbieten oder Liefern sowohl rechtsverletzend als auch nicht rechtsverletzend nutzbarer Dienste oder Mittel liegt (*dual use*-Fälle). Die Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen zeichnet sich gegenüber der Haftung für gezielte Unterstützungshandlungen durch einen gelockerten Bezug zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung aus, auch wenn die Haftungstatbestände auch hier die Verwirklichung einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung voraussetzen. Die Tathandlung liegt nicht in einem konkreten Beitrag zu einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung, sondern in der Begründung einer abstrakten Gefahr und der Ermöglichung

einer Immaterialgüterrechtsverletzung durch die Verletzung einer Prüfungs- und Sorgfaltspflicht. Im Zeitpunkt der mittels der zur Verfügung gestellten Dienste oder Mittel begangenen Immaterialgüterrechtsverletzung hat der Anbieter, der an den rechtsverletzenden Nutzungen nicht beteiligt ist und die Nutzungen auch nicht kontrolliert, keine Kenntnis von dieser konkret ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung. Das haftungsbegründende Unrecht ergibt sich folglich nicht schon aus der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung, sondern ist eigenständig über die Verletzung einer zumutbaren Prüfungs- und Sorgfaltspflicht und das Unterlassen geeigneter Abhilfemaßnahmen ab Kenntnis von der erfolgten Immaterialgüterrechtsverletzung zu begründen. Die Haftung dient damit vorrangig der Begründung eines eigenen Unrechtsurteils. Die Entscheidung über die Haftung resultiert aus einer Interessenabwägung zwischen dem effektiven Schutz der Immaterialgüterrechte und der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Diensteanbieter sowie dem allgemeinen Interesse am Bestand von Geschäftsmodellen, die neben illegalen auch legale Nutzungsmöglichkeiten eröffnen. Die Interessen der Anbieter solcher Internetdienste, die sich durch eine passive Rolle auszeichnen, werden zudem durch materiellrechtliche Haftungsprivilegierungen berücksichtigt. Eine besondere Ausrichtung auf eine inländische Immaterialgüterrechtsverletzung lassen die Haftungstatbestände nicht erkennen.

Ein besonderes materiellrechtliches Regime für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Handlungen lässt sich unter gewissen Vorbehalten auch im französischen Recht erkennen. In einer Rechtsordnung, die wie das französische Recht die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen im Ansatz auf dieselbe immaterialgüterrechtliche und deliktsrechtliche Grundlage wie unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzungen stellt und für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen insoweit nur die subjektiven Haftungsvoraussetzungen erhöht, erfährt die Ausgestaltung der Haftung, soweit es um die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen über das Internet geht, doch eine gewisse Modifizierung. So werden einerseits die für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen erhöhten subjektiven Haftungsvoraussetzungen abgeschwächt, indem auf das Erfordernis eines individualisierten Vorsatzes verzichtet und dieses durch das generelle Bewusstsein, dass mittels der im Internet angebotenen Dienste und Mittel Immaterialgüterrechtsverletzungen begangen werden, ersetzt wird, was zunächst einmal zu einer Verschärfung der Haftungsvoraussetzungen führt. Andererseits kennt auch

das französische Recht eine Privilegierung der Anbieter von Internetdiensten, die jedoch anders als im deutschen und US-amerikanischen Recht nicht auch über eine besondere Ausgestaltung des Haftungstatbestands, sondern ausschließlich über die gesetzlich angeordneten Haftungsbeschränkungen verwirklicht wird. Die Akzessorietät zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung bei der Ermöglichung durch das Anbieten neutraler Dienste und Mittel im Internet wird allerdings auch im französischen Recht gelockert, indem auf den Nachweis der ermöglichten unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung verzichtet wird und das Unrecht der Ermöglichungshandlung nicht alleine aus der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung, sondern zusätzlich aus der Verletzung einer Sorgfaltspflicht begründet wird.

Eine Sonderkonstellation der Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen bilden der Haftungstatbestand des Art.L.336-3 CPI und die *Halzband*-Entscheidung des BGH, wenn man die dort begründete Haftungsfigur trotz der dogmatischen Vorbehalte zusammen mit den übrigen Haftungsformen für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen abhandeln möchte. Beide knüpfen mit der unzureichenden Sicherung eines Zugangs bzw. der Zugangsdaten an ein Unterlassen im privaten Bereich an, aus der sich die abstrakte Gefahr der Verletzung von Immaterialgüterrechtsverletzungen über einen von einem Dritten zur Verfügung gestellten Kommunikationsdienst ergibt. Da die Ermöglichungshandlung hier im privaten Bereich zu verorten ist, greifen die von der E-Commerce-Richtlinie vorgesehenen Haftungsprivilegierungen für Diensteanbieter nicht ein. Bei der *Halzband*-Entscheidung des BGH besteht darüber hinaus die weitere Besonderheit, dass aufgrund der Zurechnung der von dem unmittelbaren Verletzer begangenen Immaterialgüterrechtsverletzung eine täterschaftliche Haftung bejaht wurde.

Der in objektiver und subjektiver Hinsicht gelockerte Bezug zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung und die eigenständige, von der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung weitgehend unabhängige, Begründung der Haftung eröffnen auf kollisionsrechtlicher Ebene die Möglichkeit, die Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen von der für unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzungen geltenden Schutzlandanknüpfung zu lösen und einer eigenen Kollisionsnorm zu unterstellen. Mit Ausnahme des Erfordernisses einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung weisen die Haftungstatbestände keinen besonderen Bezug zur ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung auf. Weil sie ihren Unrechtscharakter nicht schon aus der ermöglichten Immaterialgüter-

rechtsverletzung beziehen, wirkt sich das für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltende Territorialitätsprinzip nicht auf die Beurteilung der Haftungsbegründung aus und erfordert insoweit auch nicht die Anwendung des Schutzlandrechts auch für die neutrale Ermöglichungshandlung. Die Begründung der Haftung über die Verletzung einer Prüfungs- und Sorgfaltspflicht reflektiert einen eigenständigen Vorwurf an das Verhalten des Anbieters der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Dienste, bei der das Verhalten und die Rolle des Anbieters, die Ausgestaltung der Dienste und Angebotsplattformen sowie die Möglichkeiten der Verhinderung eines rechtsverletzenden Gebrauchs gegenüber der ermöglichten unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung in den Vordergrund rücken. Die Frage der Haftung erscheint somit nicht als immaterialgüterrechtsspezifische Frage sondern als Frage nach der Legitimität eines bestimmten Verhaltens und eines bestimmten Geschäftsmodells, die sich in ähnlicher Weise auch bei der Ermöglichung von Persönlichkeitsverletzungen und Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht, auf deren materiellrechtliche Ausgestaltung im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht näher eingegangen werden kann, stellen könnte. Auch die der Haftung zugrundeliegende Interessenabwägung erfordert keine nähere Auseinandersetzung mit dem unmittelbaren Verletzungstatbestand. Ein kollisionsrechtlich zu berücksichtigender besonderer Bezug zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung in der Ausgestaltung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Handlungen besteht also nicht, so dass hier Raum für eine eigene Qualifikation und eine eigene interessengerechte kollisionsrechtliche Behandlung bleibt.

IV. Berücksichtigung der kollisionsrechtlich relevanten Interessen

Die aus der rechtsvergleichenden Analyse der materiellrechtlichen Ausgestaltung gewonnenen Erkenntnisse und die sich darin abzeichnende Differenzierung zwischen gezielten Unterstützungshandlungen und neutralen Ermöglichungshandlungen erlaubt den Einstieg in die Qualifikation, die es im folgenden anhand der implizierten kollisionsrechtlichen Interessen zu überprüfen und zu unterstützen gilt. Die Kollisionsnormen streben zur Verwirklichung internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit nach einem Ausgleich der kollisionsrechtlich relevanten Interessen, der auf der Grund-

lage kollisionsrechtlicher Wertungen erfolgt⁷⁶⁷. Ihre Bildung kann sich deshalb nicht ausschließlich an materiellrechtlichen Kriterien, auch wenn sie auf einer rechtsvergleichenden Grundlage gewonnen wurden, orientieren, sondern muss auch die kollisionsrechtlich relevanten Interessen berücksichtigen, die nicht nur für die Wahl des Anknüpfungsmoments, sondern auch schon für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Anknüpfungsgegenstände im Rahmen der kollisionsrechtlichen Systembildung eine wichtige Rolle spielen. Der Anknüpfungsgegenstand einer Kollisionsnorm beruht nämlich auf einer übereinstimmenden kollisionsrechtlichen Interessenlage und deren Bewertung durch den Normgeber, die die Zusammenfassung der einzelnen materiellrechtlichen Fragestellungen unter dieselbe Kollisionsnorm rechtfertigen⁷⁶⁸. Die rechtsvergleichend gewonnenen materiellen Kriterien können dabei insoweit als Anhaltspunkt für die Bildung der Kollisionsnormen und die Reichweite ihrer Anknüpfungsgegenstände dienen, als den materiellrechtlichen Lösungen, die nach einer rechtsvergleichenden funktionalen Analyse vergleichbar sind, oft auch die gleichen oder zumindest ähnliche kollisionsrechtliche Interessen, die auch durch die Funktionen und Ziele der implizierten Sachnormen beeinflusst werden, entsprechen⁷⁶⁹. Für die nach einer übereinstimmenden kollisionsrechtlichen Interessenlage gebildeten Anknüpfungsgegenstände kann dann ein interessengerechtes Anknüpfungsmoment gefunden und damit auf das Recht desjenigen Staates verwiesen werden, das zu den unter den Anknüpfungsgegenstand fallenden Fragen die engste Verbindung aufweist.

Zunächst gilt es hier jedoch nur im Rahmen der Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen die kollisionsrechtlichen Interessen als Grundlage für die Bildung des Anknüpfungsgegenstands mitzuberücksichtigen, während die Frage nach dem geeigneten Anknüpfungsmoment noch gesondert untersucht wird (siehe unten D). Bei der Bildung der Kollisionsnormen und damit auch bei der Bestimmung ihrer Anknüpfungsgegenstände ist von typisierbaren kollisionsrechtlichen Interessen auszugehen⁷⁷⁰, die es vorliegend für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zu ermitteln

767 Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 346; Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 24f. und 33.

768 Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 345-348.

769 Vgl. Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 349.

770 Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 134.

gilt. In der kontinentaleuropäischen Tradition des Internationalen Privatrechts stehen dabei nicht die Regelungsinteressen der Staaten an der Anwendung ihres Rechts, sondern die typisierten persönlichen Interessen und Erwartungen der an dem streitigen Rechtsverhältnis beteiligten Personen an der Anwendung einer ihnen nahestehenden und für sie voraussehbaren Rechtsordnung im Vordergrund. Ergänzt werden diese subjektiven kollisionsrechtlichen Interessen durch objektive Interessen, zu denen die Rechtssicherheit, die Interessen des Rechtsverkehrs, sowie die Ideale des äußeren und inneren Entscheidungseinklangs gehören⁷⁷¹. Der Ausgleich zwischen ihnen fällt je nach dem gewählten Ansatz und Anknüpfungsmoment unterschiedlich aus (siehe unten D). Die Analyse und Bewertung der einzelnen kollisionsrechtlichen Interessen geht dabei den Prinzipien des klassischen Kollisionsrechts folgend grundsätzlich vom Sachverhalt und nicht von dem Geltungsanspruch bzw. internationalen Rechtsanwendungsbereich einer bestimmten Norm oder eines bestimmten Rechts aus; die unterschiedlichen Rechtsordnungen, deren Anwendung auf den Sachverhalt in Betracht kommt, werden dabei als inhaltlich gleichwertig erachtet und ihre kollisionsrechtliche Anwendung ist deshalb prinzipiell über die sich aus der kollisionsrechtlichen Abwägung ergebende engste Verbindung zu dem streitigen Rechtsverhältnis zu begründen⁷⁷². Die kollisionsrechtlichen Interessen werden hier zunächst einmal auf die Bildung des Anknüpfungsgegenstandes bezogen, um mit ihrer Hilfe eine Antwort auf die Frage zu finden, ob die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen unter dieselbe oder eine akzessorisch ausgestaltete Kollisionsnorm wie die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung zu fassen oder ob für alle oder bestimmte Konstellationen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen eine eigenständige Kollisionsnorm zu bilden ist.

771 *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 31-33; *Kegel/ Schurig*, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 134-145, der dabei zwischen Partei-, Verkehrs- und Ordnungsinteressen differenziert.

772 *Sonnenberger*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 19-23; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 16-21; *Audit/ d'Avout*, Droit international privé, 6.Aufl.(2010), S. 92-95. So auch *Klass*, GRUR Int 2008, 546, 549-551 für das Urheberkollisionsrecht.

1. Typisierbare subjektive Interessen der Beteiligten

Zu den kollisionsrechtlich relevanten Interessen zählen zunächst die Interessen der an der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen Beteiligten, zu denen in erster Linie der Rechtsinhaber als potentieller Anspruchsteller und die Person, die die von einem Dritten, nämlich dem unmittelbaren Verletzer, begangene Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglicht hat, als potentieller Anspruchsgegner zählen. Auch auf die Situation des unmittelbaren Verletzers ist an dieser Stelle einzugehen. Stimmen die Interessen der Beteiligten nicht überein, obliegt es dem Normgeber, eine Entscheidung über deren Gewichtung und Ausgleich im Rahmen der Kollisionsnorm herbeizuführen. Leitgedanke ist dabei stets, dass die Bestimmung des anwendbaren Rechts auf die berechtigten Erwartungen der Parteien Rücksicht nehmen soll⁷⁷³. Soweit die Interessen in verschiedenen Konstellationen auseinanderfallen, kann dies für den Normgeber Anlass dafür sein, die ins Auge gefasste Kollisionsnorm auszudifferenzieren und um eine weitere Anknüpfung zu ergänzen⁷⁷⁴.

a) Interesse des Rechtsinhabers an einer einheitlichen Anwendung des Schutzlandrechts

Das Interesse des Rechtsinhabers richtet sich auf einen effektiven und einheitlichen Schutz seines Rechts nach Maßgabe des jeweiligen nationalen Immaterialgüterrechtsgesetzes, nach dem das Schutzrecht entstanden ist und nach dem sich folglich Inhalt und Reichweite seines Schutzes bestimmen. Zu einem effektiven Immaterialgüterrechtsschutz lässt sich aus der Sicht des Schutzrechtsinhabers auch die Durchsetzung gegenüber Personen zählen, die das Immaterialgüterrecht zwar nicht selbst unmittelbar verletzen, aber doch dessen Verletzung ermöglichen. Insoweit liegt die grundsätzliche und unterschiedslose Anwendung des Schutzlandrechts für den Rechtsinhaber nahe und er wird in der Regel dessen Anwendung auch auf die Haftung wegen der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsver-

⁷⁷³ Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 32f.

⁷⁷⁴ Vgl. Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (2004), S. 316-318 zu der Weiterbildung des IPR auf Grundlage der kollisionsrechtlich involvierten Interessen, die mit der gebotenen Zurückhaltung und Rücksicht auf die Rechtssicherheit in eingeschränktem Maße auch dem Rechtsanwender zustehe, und S. 348.

letzungen erwarten. Aus seiner Sicht tritt nämlich der Verletzungserfolg gegenüber den jeweiligen Tatbeiträgen der an der Verletzung beteiligten Personen in den Vordergrund. Die Differenzierung und im Einzelfall mitunter schwierige Abgrenzung zwischen vollständiger Verwirklichung eines unmittelbaren Verletzungstatbestandes und dessen bloßer Ermöglichung sowie zwischen den einzelnen Formen der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen untereinander lässt sich für den Rechtsinhaber, der gegen die Verletzung seines Rechts vorgehen und eine Einstellung des rechtsverletzenden Verhaltens erreichen möchte, nicht immer vornehmen. Für den Rechtsinhaber wird die Rechtsdurchsetzung entsprechend erleichtert, wenn sich das zur Immaterialgüterrechtsverletzung beitragende Verhalten einheitlich nach demselben Schutzlandrecht beurteilt. Die nähere Bestimmung des Haftungsgrundes und die Beurteilung der Rolle des Anspruchsgegners können so erst im Rahmen des anwendbaren Rechts erfolgen und müssen nicht schon im Rahmen der Qualifikation auf kollisionsrechtlicher Ebene zur Ermittlung des anwendbaren Rechts oder der verschiedenen auf die einzelnen Haftungskonstellationen anwendbaren Rechte entschieden werden, auch wenn die endgültige Abgrenzung auch in diesem Fall dem anwendbaren Sachrecht vorbehalten bleibt. Das Interesse des Rechtsinhabers an der Anwendung des Schutzlandrechts findet allerdings in den Konstellationen eine Grenze, in denen seine Rechte durch dieselbe Handlung in mehreren Staaten verletzt werden und ein auf den jeweiligen Staat begrenztes Vorgehen nach dem jeweiligen Schutzlandrecht gegen denselben unmittelbaren Verletzer sowie gegen denselben Anbieter, dessen neutrale Dienste oder Mittel die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglicht haben, die Rechtsdurchsetzung erschwert⁷⁷⁵.

b) Interesse der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Person an der Anwendung eines vorhersehbaren Rechts

Das Interesse der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Person richtet sich auf die Anwendung eines vorhersehbaren Rechts, an dessen Maßstäben sie ihr Verhalten ausrichten kann, um Rechtsverletzungen zu vermeiden. Die Bedeutung der Vorhersehbarkeit des anwendbaren

775 Vgl. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C17.

Rechts fällt dabei in den Fällen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch gezielte Unterstützungshandlungen einerseits und durch neutrale Ermöglichungshandlungen andererseits mit Blick auf eine mögliche Anwendung des auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbaren Schutzlandrechts unterschiedlich aus.

aa) Im Fall gezielter Unterstützungshandlungen

Dem Interesse an der Anwendung eines vorhersehbaren Rechts entspricht in erster Linie das Recht des Handlungsumfelds der Person, die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglicht hat, sei es durch eine gezielte Unterstützungshandlung, sei es durch eine neutrale Ermöglichungshandlung. Dessen Vorgaben sind für ihr Handeln allgemein verbindlich und von ihr stets zu beachten, so dass sie deren internationalprivatrechtliche Anwendung auch auf die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen erwarten kann und in der Regel erwarten wird. Inhaltlich sind ihr die Verhaltens- und Haftungsmaßstäbe dieses Rechts in aller Regel vertraut und können so von ihr ohne zusätzliche Anstrengungen und Erkundigungen eingehalten werden.

Für Personen, die eine Immaterialgüterrechtsverletzung durch gezielte Unterstützungshandlungen ermöglichen, stellt allerdings auch die Anwendung des auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbaren Schutzlandrechts eine vorhersehbare Alternative dar. Weil ihr Handeln objektiv durch das Erfordernis eines konkreten fördernden Beitrags zu einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung und subjektiv durch das Vorsatzerfordernis hinsichtlich der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung ausgerichtet ist, kann die Anwendung des für die ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandrechts auf die Frage ihrer Haftung erwartet werden und ist für sie auch insoweit vorhersehbar, als sie das verletzte Immaterialgüterrecht aufgrund der objektiven und subjektiven Ausrichtung ihres Verhaltens kennen. Eine Ausrichtung ihres Verhaltens auf das Recht, das auf die von ihnen gezielt und wissentlich ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung Anwendung findet, erscheint deshalb möglich und zumutbar. Das Interesse, ihr Verhalten an einem vor der Verwirklichung der Immaterialgüterrechtsverletzung bestimmbar Recht auszurichten und an dessen Verhaltens- und Haftungsmaßstäbe anzupassen, erfordert in dieser Konstellation also nicht unbedingt die Anwendung

eines eigenen und von der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung abweichenden Rechts der handelnden Person, auch wenn dessen Verhaltens- und Haftungsmaßstäbe ihr vertrauter sind als diejenigen des auf die von ihr ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbaren Schutzlandrechts. Ihrem auf die Anwendung eines vorhersehbaren Rechts gerichteten Interesse kann somit sowohl im Rahmen einer eigenständigen Kollisionsnorm, die auf das Recht des Handlungsumfelds verweisen könnte, als auch im Rahmen einer weit konzipierten Kollisionsnorm für Immaterialgüterrechtsverletzungen oder einer hierzu akzessorisch ausgestalteten Kollisionsnorm, die zum Schutzlandrecht führen würde, begegnet werden.

bb) Im Fall neutraler Ermöglichungshandlungen

Im Fall neutraler Ermöglichungshandlungen stellt sich die Lage anders dar, weil das die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichende Verhalten bei deren Verwirklichung weder objektiv noch subjektiv auf die Immaterialgüterrechtsverletzung ausgerichtet ist, so dass die Person, die neutrale, d.h. sowohl rechtmäßig als auch rechtsverletzend nutzbare, Dienste oder Mittel anbietet, nicht mit der Anwendung des auf die Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbaren Schutzlandrechts auf ihr Verhalten rechnen wird. Weil der Anbieter neutraler Dienste oder Mittel deren Benutzung regelmäßig nicht einer allgemeinen Kontrolle im Vorfeld unterziehen kann und materiellrechtlich von einer solchen allgemeinen Überwachungspflicht zumindest im Internet gerade ausdrücklich befreit wird, weiß er vor der Verwirklichung der Immaterialgüterrechtsverletzung nicht, welches Immaterialgüterrecht durch die von ihm angebotenen Dienste oder Mittel verletzt werden kann und welches Recht deshalb auf die von ihm ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung Anwendung finden wird. Die einheitliche Anwendung des für die konkret ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandrechts auch auf die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung erweist sich damit für den Anbieter neutraler Dienste und Mittel, dessen Verhalten mit Blick auf eine mögliche Haftung es zu beurteilen gilt, als nicht vorhersehbar⁷⁷⁶. Zu-

776 Vgl. *Kur*, WRP 2011, 971, 980; *Matulionytė*, Law Applicable to Copyright, A Comparison of the ALI and CLIP Proposals, 2011, die die aus der Schutzlandanknüpfung resultierende Unsicherheit bei der Klärung der Rechtslage mit Blick auf die Erforderlichkeit von Lizenzen und eine eventuelle Eigenhaftung nicht nur

dem ist es ihm bei einheitlicher Anwendung des für die konkret ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandrechts, das erst mit der Verwirklichung der konkreten Immaterialgüterrechtsverletzung feststeht, nicht möglich, sein Verhalten und die Ausgestaltung seines Angebots auf die Verhaltensmaßstäbe dieses Rechts auszurichten, um so die Chance zu erhalten, diese Anforderungen zu erfüllen und eine Haftung zu vermeiden. Dem Interesse an der Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts wird in dieser Konstellation nur die Anwendung eines anderen als des durch die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung bedingten Schutzlandrechts gerecht, das sich vor der Verwirklichung der konkreten Immaterialgüterrechtsverletzungen bestimmen lässt und zu einem einheitlichen Haftungsmaßstab führt, an dem der Anbieter sein Verhalten ausrichten kann. Sein Interesse wird sich deshalb auf die Anwendung des Rechts seines Handlungsumfelds richten.

Die Rechtsanwendungsinteressen derjenigen, die eine Immaterialgüterrechtsverletzung durch gezielte Unterstützungshandlungen ermöglichen, und derjenigen, die eine Immaterialgüterrechtsverletzung durch das Zurverfügungstellen neutraler Dienste oder Mittel ermöglichen, unterscheiden sich somit. Der unterschiedliche materiellrechtliche Bezug zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung spiegelt sich im Rahmen der Qualifikation bei den Rechtsanwendungsinteressen wider. Eine einheitlich weite oder zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung akzessorische immaterialgüterrechtliche Qualifikation, die zur Anwendung des Schutzlandrechts führt, erscheint mit dem Interesse des potentiell Haftenden an der Anwendung eines vorhersehbaren Rechts im Fall der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch gezielte Unterstützungshandlungen noch vereinbar, im Fall der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel dagegen unvereinbar. Für diese Haftungsformen spricht das Interesse der potentiell haftungspflichtigen Person für eine eigenständige, von der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung losgelöste Kollisionsnorm, die eine eigene interessengerechte Anknüpfung erlaubt.

für die geschäftlichen Nutzer, zu denen sie die Anbieter neutraler Internetdienste zählt, sondern auch für die privaten Nutzer betont.

cc) Auswirkungen einer materiellrechtlichen Gesamtschuld auf das
Rechtsanwendungsinteresse

Das Interesse der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Person an der Anwendung des Rechts ihres Handlungsumfelds als das für sie vorhersehbarste und vertrauteste Recht, das beiden Haftungsformen gemeinsam ist, würde zu der Anwendung eines anderen Rechts als das auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbare Schutzlandrecht führen und ist deshalb noch mit Blick auf das mögliche Bestehen einer Gesamtschuld zwischen der die Verletzung ermöglichenden Person und dem unmittelbaren Verletzer zu überprüfen. Eine Gesamtschuld kommt nur hinsichtlich der aus der Immaterialgüterrechtsverletzung und deren Ermöglichung resultierenden Schadensersatzansprüche in Betracht, soweit sich derselbe geltend gemachte Schaden kausal und zurechenbar auf beide Haftungsgründe zurückführen lässt. Hinsichtlich der Unterlassungsansprüche scheidet eine Gesamtschuld zwischen der die Verletzung ermöglichenden Person und dem unmittelbaren Verletzer dagegen aufgrund der unterschiedlichen inhaltlichen Ausrichtung der Unterlassungsansprüche, die sich auf das Unterlassen des jeweiligen haftungsbegründenden Verhaltens und somit im ersten Fall auf die (weitere) Ermöglichung, im zweiten Fall auf die (weitere) Verletzungshandlung beziehen, aus. Bei einer Gesamtschuld steht der die Verletzung ermöglichenden Person, die im Außenverhältnis gegenüber dem Rechtsinhaber zum Ersatz des vollen Schadens verpflichtet ist, im Innenverhältnis ein Ausgleichsanspruch gegenüber dem unmittelbaren Verletzer zu, der zu einer ihrem eigenen Tatbeitrag entsprechenden Reduzierung des Schadensersatzanspruchs führt und so der im Verhältnis zum unmittelbaren Verletzer in der Regel geringeren Verantwortung Rechnung trägt. Infolge einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Behandlung der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen und der Anwendung unterschiedlicher Rechte auf die Haftung für die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung und die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung kann es zu unterschiedlichen Ergebnissen im materiellen Recht kommen, die den im Rahmen der Gesamtschuld erfolgenden materiellrechtlichen Ausgleich entsprechend den jeweiligen Tatbeiträgen gefährden könnten.

Der aus einer Gesamtschuld resultierende Ausgleichsanspruch und das hierauf bezogene Interesse, beide Haftungen demselben Recht zu unterstellen, um auf dessen Grundlage zu einer Gesamtschuld und einem entsprechenden Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis zu gelangen, genü-

gen aber gleichwohl nicht, um das grundlegende kollisionsrechtliche Interesse der die Verletzung ermöglichenden Person an der Anwendung eines für sie vorhersehbaren Rechts zu überwinden. Ein eventueller materiellrechtlicher Ausgleich, der zu einer Entschärfung der eigenen Haftung führt, stellt sich bei der kollisionsrechtlichen Bestimmung des Rechts, das über die Haftung entscheiden soll und an dessen Maßstäben die ermöglichende Person ihr Verhalten vor der haftungsauslösenden Verwirklichung der Immaterialgüterrechtsverletzung ausrichten können muss, als eine logisch nachrangige Frage. Als materiellrechtliche Lösung kann ein eventueller Ausgleich im Rahmen der Gesamtschuld auf kollisionsrechtlicher Ebene zudem nur indirekt und insoweit Berücksichtigung finden, als die innere Kohärenz eines materiellrechtlichen Haftungssystems nicht unnötig durch die Anwendung unterschiedlicher Rechtsordnungen durchbrochen und hieraus resultierende Wertungswidersprüche nach Möglichkeit vermieden werden sollen (siehe unten IV.2.c.bb). Das bedeutet aber nicht, dass kollisionsrechtliche Interessen, wie das grundlegende Interesse des potentiell Haftungspflichtigen an der Anwendung eines vorhersehbaren Rechts, hinter das Interesse an der Wahrung einer materiellrechtlichen Ausgleichslösung zurücktreten. Vielmehr ist an dem Interesse an der Bestimmung eines vorhersehbaren Rechts festzuhalten, weil sich etwaige Wertungswidersprüche infolge der Anwendung unterschiedlicher, aufgrund der kollisionsrechtlichen Interessen berufener Rechtsordnungen, noch über eine Anpassung der Ergebnisse der Rechtsanwendung korrigieren lassen. Der Verweis auf die materiellrechtliche Ausgleichslösung im Rahmen der Gesamtschuld, die nur hinsichtlich der Schadensersatzansprüche, nicht aber hinsichtlich der für die Haftungsfrage ebenso wesentlichen Unterlassungsansprüche greift, vermag es also nicht, das kollisionsrechtliche Interesse der die Haftung ermöglichenden Person an der Anwendung eines für sie vorhersehbaren Rechts, das im Fall der Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung durch das Anbieten neutraler Dienste und Mittel vom Schutzlandrecht abweicht und für eine eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung spricht, zu überwinden. Lediglich in den Fällen, in denen kollisionsrechtlich bereits die einheitliche Anwendung des Schutzlandrechts auf alle Formen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen verwirklicht ist und das Interesse der die Haftung ermöglichenden Person an der Anwendung eines eigenständigen vorhersehbaren Rechts durch andere kollisionsrechtliche Interessen überwunden wurde, lässt sich das kollisionsrechtliche Ergebnis zusätzlich

mit dem Ausblick auf die materiellrechtliche Berücksichtigung der Interessen der die Haftung ermöglichenden Person rechtfertigen.

dd) Auswirkungen der Gefahr einer doppelten Verantwortlichkeit auf das Rechtsanwendungsinteresse

Die Anwendung eines vorhersehbaren und von der Schutzlandanknüpfung abweichenden Rechts auf die Frage der Haftung wegen neutraler Ermöglichungshandlungen kann bei gleichzeitiger Anwendung des Schutzlandrechts auf die Frage der Haftung wegen einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung und einer auf diese ausgerichteten Teilnahmehandlung zu einer Verantwortlichkeit sowohl wegen der Ermöglichung nach dem für diese maßgeblichen Recht als auch wegen der Teilnahme oder sogar einer eigenständigen Begehung der Immaterialgüterrechtsverletzung nach dem für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung maßgeblichen Schutzlandrecht führen⁷⁷⁷. Die unterschiedliche Bewertung eines zu einer Immaterialgüterrechtsverletzung führenden Verhaltens nach dem jeweils zur Anwendung berufenen materiellen Recht liegt in den materiellrechtlichen Unterschieden bei der Reichweite der immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestände und der Beurteilung der Verantwortlichkeit begründet. Das Kollisionsrecht kann zwar durch die Wahl paralleler Anknüpfungen zu deren Auflösung beitragen, bleibt aber in erster Linie seiner Hauptfunktion der Bestimmung der sach nächsten Rechtsordnung durch die Wahl eines interessengerechten Anknüpfungsmoments verpflichtet. Bei der Bestimmung einer interessengerechten Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Handlungen steht entsprechend das Interesse an der Anwendung eines vorhersehbaren und im Vorfeld bestimmaren Rechts gegenüber dem Interesse an einer einheitlichen und umfassenden Anwendung des für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandrechts auf alle in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Bewertungsfragen im Vordergrund. Zudem kann sich die Gefahr einer doppelten Verantwortlichkeit und Mehrfachsanktionierung eines einheitlichen Verhaltens auch bei der geltenden Schutzlandanknüpfung ergeben, wenn

⁷⁷⁷ Vgl. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604, C6 und 9.

ein Schutzrecht in mehreren Staaten geschützt ist und der Anbieter oder Lieferant eines zu der Immaterialgüterrechtsverletzung beitragenden Produkts nach der einen Rechtsordnung aufgrund eines eigenständigen, der eigentlichen Immaterialgüterrechtsverletzung vorgelagerten Gefährdungstatbestandes, der nicht die tatsächliche Verwirklichung einer inländischen Verletzung voraussetzt, und nach der anderen Rechtsordnung aufgrund der Teilnahme an einer dort erfolgten Immaterialgüterrechtsverletzung zur Verantwortung gezogen werden kann oder wenn die zur Anwendung berufenen Schutzlandrechte jeweils ein weites Verständnis einer inländischen Verletzungshandlung zugrundelegen⁷⁷⁸. Die Gefahr einer doppelten Verantwortlichkeit bei der Beurteilung des die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Verhaltens nach unterschiedlichen Rechtsordnungen lässt sich zudem durch eine Anpassung der nach dem jeweils anwendbaren Sachrecht gewonnenen Ergebnisse insbesondere mit Blick auf die jeweiligen Rechtsfolgen, aus denen sich die Gefahr einer Mehrfachsanktionierung ergibt, korrigieren, bei der Berechnung eines Schadensersatzanspruchs auch durch die faktische Berücksichtigung der aus dem anderen Recht resultierenden Rechtsfolge, durch die eine Überkompensation vermieden werden kann, ohne dass es hierzu einer kollisionsrechtlichen Lösung bedürfte⁷⁷⁹.

c) Interessen des unmittelbaren Verletzers

Die Rechtsanwendungsinteressen des unmittelbaren Verletzers spielen für die Frage der Qualifikation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, bei der es um die Inanspruchnahme der Person, die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglicht hat, durch den Rechtsinhaber geht, nur indirekt eine Rolle, auch wenn die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung Anlass und Voraussetzung für die Haftung wegen Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung bildet und der Rechtsinhaber gleichzeitig gegen beide vorgehen kann. Durch ihre Erörterung sollen hier aber bei der Berücksichtigung der Interessen der die Haftung ermöglichenden Person die Interessen des unmittelbaren Verletzers nicht vernachlässigt werden. Das auf die unmittelbare Immaterialgü-

⁷⁷⁸ Siehe *Kur*, WRP 2011, 971, 973-975.

⁷⁷⁹ Vgl. *Kur*, WRP 2011, 971, 974f.

terrechtsverletzung und damit auf die Haftung des unmittelbaren Verletzers anwendbare Recht ist aufgrund des Territorialitätsprinzips bereits zugunsten des Schutzlandrechts vorgegeben und für den Verletzer, der durch die Vornahme einer dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Nutzungs- oder Verwertungshandlung in dessen Schutzrecht eingreift, auch vorhersehbar. Materiellrechtlich ist die Haftung des unmittelbaren Verletzers unabhängig von der Haftung einer anderen Person, die die Verwirklichung der Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglicht hat, und lässt sich auch unabhängig von dieser beurteilen. Die durch Akzessorietät begründete Verbindung zwischen der Ermöglichung der Verletzung und der ermöglichten Verletzung berührt nämlich nur die Ermöglichungshandlung, nicht aber auch im Gegenzug die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung, an die die Ermöglichungshandlung akzessorisch anknüpft. Auch soweit zwischen der Haftung für die Ermöglichung und der Haftung für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung eine Gesamtschuld besteht, wird der daraus resultierende Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis der beiden Schuldner zueinander nicht dem unmittelbaren Verletzer, sondern derjenigen Person, die die Verletzung lediglich ermöglicht hat, zustehen. Vor diesem Hintergrund lässt sich kein mitzuberücksichtigendes Interesse des unmittelbaren Verletzers erkennen, dass neben seiner eigenen Haftung auch die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen einer einheitlichen kollisionsrechtlichen Behandlung unterliegt und so für beide dasselbe Schutzlandrecht zur Anwendung kommt.

2. Objektive Interessen

Neben den typisierten subjektiven Interessen der an dem anzuknüpfenden Rechtsverhältnis beteiligten Personen sind für die Frage einer angemessenen kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen auch objektive, von den Beteiligten losgelöste, kollisionsrechtliche Interessen wie die Rechtssicherheit, allgemeine Verkehrsinteressen und das Ziel einer kohärenten Lösung zu beachten.

a) Rechtssicherheit

Mit der formal verstandenen Rechtssicherheit ist das Interesse der Allgemeinheit an der Existenz eindeutiger und klarer Kollisionsnormen gemeint, die zu vorhersehbaren Entscheidungen über das anwendbare Recht führen. Diesem Rechtssicherheitsinteresse trägt das kontinentaleuropäische Internationale Privatrecht mit seiner Regelungsmethode bereits dadurch Rechnung, dass die Bestimmung des anwendbaren Rechts über allgemeingültige Normen erfolgt, die die Entscheidung über Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungsmoment im Vorfeld selbst treffen und die Formulierung des für einen bestimmten Anknüpfungsgegenstand geltenden Anknüpfungsmoments zur Konkretisierung der engsten Verbindung nicht der Entscheidung des Rechtsanwenders im konkreten Einzelfall überlassen⁷⁸⁰. Das Interesse an allgemein vorhersehbaren Ergebnissen ist mit dem Interesse an inhaltlicher internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit, das für die Ausbildung interessengerechter Kollisionsnormen durch eine Verfeinerung und Ausdifferenzierung der bestehenden traditionellen Kollisionsnormen streitet, in Ausgleich zu bringen⁷⁸¹. So ist das Interesse an formaler Rechtssicherheit zugunsten einer allgemein anerkannten Kollisionsnorm zu berücksichtigen, auch wenn sie aufgrund ihrer starren Anknüpfung zumindest für bestimmte Konstellationen nicht mehr interessengerecht erscheint, und erhöht insoweit die Schwelle für ein korrigierendes Eingreifen des Rechtsanwenders und, mit Blick auf eine hier interessierende Neuregelung des Normgebers, den Begründungsaufwand⁷⁸². Im folgenden ist deshalb zu fragen, wie sehr das Argument der formalen Rechtssicherheit zugunsten einer einheitlichen Anwendung des Schutzlandrechts auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung und die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen und damit gegen eine der Interessenlage folgende gesonderte Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung durch neutrale Handlungen ausschlägt.

780 Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 143; Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 30.

781 Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 30f.

782 Vgl. Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 143; Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 31f., der auf die Gefahr einer Überbewertung der (auch typisierten) Einzelinteressen zulasten des allgemeinen und langfristigen Interesses an der Gleichmäßigkeit und Stabilität der Rechtsübung und Rechtssicherheit hinweist.

Die Schutzlandanknüpfung stellt wie gesehen (oben B.I.3.b) die im internationalen Immaterialgüterrecht vorherrschende kollisionsrechtliche Anknüpfung dar und ist jedenfalls für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung allgemein anerkannt. Ob dies auch für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen gilt, ist indes fraglich. Die kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen ist bislang weithin noch nicht in das allgemeine Bewusstsein der Rechtsanwendung vorgedrungen, so dass auch bei der oft automatisch erfolgenden Anwendung des Schutzlandrechts auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen nicht ohne weiteres von einer allgemein anerkannten kollisionsrechtlichen Regel ausgegangen werden kann (siehe unten V. 1.b.aa). Soweit jedoch die Anwendung des Schutzlandrechts auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen kollisionsrechtlich reflektiert mit dem Hinweis auf die Anwendung des Schutzlandrechts auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung erfolgt, lässt sich darin eine naheliegende kollisionsrechtliche Antwort auf die Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen sehen. Zudem kann sich die kollisionsrechtliche Berufung des Schutzlandprinzips für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen als Lösung auch deshalb auf das Argument der Rechtssicherheit stützen, weil sowohl die Übergänge zu der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung als auch die Differenzierung zwischen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch gezielte Unterstützungshandlungen und neutrale Ermöglichungshandlungen im Einzelfall schwierig erscheinen können. Die einheitliche Anwendung des Schutzlandrechts auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung und alle Formen der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen bedeutet vor diesem Hintergrund eine rechtssichere Lösung, bei der die für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung unbestrittene Schutzlandanknüpfung das Verständnis von der passenden kollisionsrechtlichen Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen mitbeherrscht und eine Abgrenzung auf kollisionsrechtlicher Ebene entbehrlich macht.

Das Argument der Rechtssicherheit darf aber nicht zu einem voreiligen Verzicht auf das Ziel einer interessengerechten kollisionsrechtlichen Anknüpfung führen. Dies gilt umso mehr, wenn das subjektive Interesse an der Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts betroffen ist, die ihrerseits einen wichtigen subjektiven Aspekt der allgemeinen und objektiv verstan-

denen Rechtssicherheit darstellt. Das Interesse der Person, die eine Immaterialgüterrechtsverletzung durch das Anbieten neutraler Dienste und Mittel ermöglicht, daran, dass sich die Frage und die Reichweite ihrer Haftung nach einem für sie vorhersehbaren und vor der Verwirklichung der einzelnen Immaterialgüterrechtsverletzungen bestimmbaren Recht richten, erscheint für die interessengerechte Ausprägung der Kollisionsnorm insoweit von zentraler Bedeutung, als es gewährleistet, dass die potentiell haftungspflichtige Person die Chance erhält, sich im Vorfeld an den Anforderungen des anwendbaren Rechts auszurichten und diese zu erfüllen, um einer Haftung vorbeugen zu können. Das allgemeine Rechtssicherheitsinteresse im Sinne eines allgemeinen Vertrauens auf eine einheitliche Anwendung des Schutzlandrechts tritt hinter diesem subjektiven Rechtssicherheitsinteresse der durch die Rechtsanwendung unmittelbar betroffenen Person in den Hintergrund. Soweit das Argument der Rechtssicherheit mit Blick auf Abgrenzungsschwierigkeiten bei einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Ermöglichungshandlungen vorgebracht wird, gilt es sich vorrangig um eine Reduzierung der kollisionsrechtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten durch eine sorgfältige Ausgestaltung der jeweiligen Tatbestände zu bemühen (siehe unten V.2), bevor auf eine interessengerechte kollisionsrechtliche Anknüpfung verzichtet wird.

b) Allgemeine Verkehrsinteressen

Mit den allgemeinen Verkehrsinteressen sind die Interessen der von dem anzuknüpfenden Rechtsverhältnis potentiell berührten Personengruppen an einer einfachen und sicheren Bestimmbarkeit des anwendbaren Rechts, die zur Leichtigkeit des Geschäftsverkehrs beiträgt, gemeint⁷⁸³. Für eine interessengerechte kollisionsrechtliche Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen sind deshalb neben den bereits erörterten typisierten Interessen des Rechtsinhabers, der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Person und des unmittelbaren Verletzers auch die typisierten Interessen der Nutzer bzw. Abneh-

783 Vgl. *Kegel/ Schurig*, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 137-139; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 33.

mer der angebotenen neutralen Dienste oder Mittel, die diese in nicht rechtsverletzender Weise nutzen, sowie potentieller Investoren und Werbender an Existenz, Weiterbestand und möglichst umfassender, territorial unbeschränkter⁷⁸⁴ Nutzungsmöglichkeit der Dienste zu bedenken. Diese Interessen werden für die Konstellation der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel relevant, während im Fall gezielter Unterstützungshandlungen zu einer Immaterialgüterrechtsverletzung kein rechtlich schützenswertes und damit kollisionsrechtlich beachtliches Verkehrsinteresse anzuerkennen ist. Das Interesse an Existenz, Weiterbestand und möglichst umfassender Nutzungsmöglichkeit der Dienste setzt voraus, dass sich das anwendbare Recht, aus dem sich die rechtlichen Beurteilungsmaßstäbe hierfür ergeben, im Vorfeld ermitteln lässt, damit der Anbieter dessen Vorgaben einhalten kann und nicht kontinuierlich der Gefahr ausgesetzt ist, bei Verwirklichung einer von ihm ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung nach dem darauf anwendbaren Recht zur Einstellung seines Dienstes gezwungen zu werden. Kollisionsrechtlich lässt sich auch dieses Interesse nur durch eine eigenständige, von der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung gelöste kollisionsrechtliche Behandlung neutraler Ermöglichungshandlungen erreichen, so dass die typisierten Interessen der Nutzer und potentieller Investoren und Werbender parallel zu dem Interesse des Anbieters neutraler Dienste oder Mittel an einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Behandlung verlaufen. Dem Interesse an der Leichtigkeit und Sicherheit des Geschäftsverkehrs entspricht eine kollisionsrechtliche Differenzierung zwischen unmittelbarer Immaterialgüterrechtsverletzung und verschiedenen Formen der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen zwar zunächst nicht. Wenn die kollisionsrechtliche Differenzierung aber der Bestimmung eines vorhersehbaren Rechts dient, die nicht ohne kollisionsrechtliche Differenzierung auskommt, tritt die Leichtigkeit und Sicherheit des Geschäftsverkehrs hinter die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts zurück.

784 Das Interesse der Anbieter und Nutzer an einem globalen Angebot im Internet, das über die Grenzen der nationalen Märkte hinausgeht und einen wesentlichen Vorteil von Internetdiensten darstellt, betonen *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201, 205-209.

c) Kohärenz der Lösung

Schließlich ist zu prüfen, ob eine Differenzierung in der kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen und eine eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung neutraler Ermöglichungshandlungen zu einer kohärenten Lösung führen.

aa) Internationaler und innerer Entscheidungseinklang

Die Kohärenz der kollisionsrechtlichen Lösung beurteilt sich zum einen danach, ob sie zu dem Ideal eines internationalen Entscheidungseinklangs beiträgt, indem sie ein Recht zur Anwendung beruft, das auch nach dem Kollisionsrecht anderer Rechtsordnungen zur Anwendung berufen würde, sei es durch die Wahl einer international verbreiteten Anknüpfung, sei es durch die Wahl einer interessengerechten Anknüpfung, die die Chance bietet, sich in der Zukunft auch international durchzusetzen⁷⁸⁵. Zum anderen beurteilt sich die Kohärenz der Lösung danach, ob sie auch zu einem inneren Entscheidungseinklang für das auf einen bestimmten Sachverhalt zur Anwendung berufene Recht führt, indem zusammenhängende Fragen demselben Recht unterstellt werden, um zu einer in sich abgeschlossenen widerspruchsfreien materiellrechtlichen Lösung zu gelangen und Wertungswidersprüche innerhalb derselben Rechtsordnung zu vermeiden⁷⁸⁶.

Eine kollisionsrechtlich eigenständige Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen und eine von der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung abweichende Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung durch neutrale Handlungen trägt gegenwärtig zwar nicht zu einem internationalen Entscheidungseinklang bei, da auch insoweit noch die Schutzlandanknüpfung vorzuherrschen scheint, könnte aber als unionsrechtliche und damit europaweit einheitliche Kollisionsnorm oder als Kollisionsnorm in einem internationalen Regelungsinstrument zukünftig eine gewisse Ausstrahlungswirkung entfalten. Die innere Kohärenz des Anwendungsergeb-

785 Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 36-40; Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 139f.; Klass, GRUR Int 2008, 546, 549.

786 Kegel/ Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004), S. 141f.

nisses lässt sich durch die einheitliche kollisionsrechtliche Behandlung der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung und ihrer Ermöglichung nach dem Schutzlandrecht sicherstellen, weil auf eine Anwendung unterschiedlicher Rechte auf die ermöglichte Immaterialgüterrechtsverletzung und die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung verzichtet wird und so dasselbe Sachrecht die Frage nach der Immaterialgüterrechtsverletzung und die Frage nach einer möglichen Haftung für deren Ermöglichung beantwortet. Entscheidend ist die innere Kohärenz der materiellrechtlichen Antwort insbesondere für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch gezielte Unterstützungshandlungen, die subjektiv und objektiv auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung ausgerichtet sind, während sich für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Ermöglichungshandlungen der inhaltliche Bezug zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung auf das Erfordernis ihrer Verwirklichung beschränkt. Durch eine eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen, die zu der Anwendung eines anderen Rechts als des für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandrechts führt, könnte diese für die Haftung wegen gezielter Unterstützungshandlungen wesentliche Kohärenz durchbrochen werden. Eine eigenständige und von der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung gelöste kollisionsrechtliche Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Ermöglichungshandlungen, die zur Anwendung eines anderen Rechts als das für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltende Schutzlandrecht führt, führt dagegen nicht notwendig zu einem nicht aufeinander abgestimmten und möglicherweise sogar widersprüchlichen Ergebnis. Mit Ausnahme der dann dem Schutzlandrecht zu unterstellenden Frage der Verwirklichung der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung (siehe unten V.2.c) kann die Haftung für die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung durch das Anbieten neutraler Dienste und Mittel ohne konstante Anlehnung an die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung erfolgen, so dass sich aus dem auf die Ermöglichung anwendbaren Sachrecht keine widersprüchlichen Wertungen zu der Entscheidung über die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung ergeben sollten.

bb) Auswirkungen einer materiellrechtlichen Gesamtschuld auf die Kohärenz des Rechtsanwendungsergebnisses

Für die innere Kohärenz des Rechtsanwendungsergebnisses ist auch auf die bereits oben (IV.1.b.cc) erwähnte mögliche Gesamtschuld zwischen unmittelbarem Verletzer und der die Haftung ermöglichenden Person einzugehen, die im Innenverhältnis zu einer Reduzierung der Schadensersatzhaftung der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Person auf den ihrem Tatbeitrag entsprechenden Anteil führen würde. Dieser materiellrechtliche Ausgleich zugunsten der die Haftung ermöglichenden Person könnte durch die Anwendung unterschiedlicher Sachrechte, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, gefährdet werden.

Die Frage, ob zwischen mehreren Schädigern eine Gesamtschuld besteht, mit der Folge, dass sie im Außenverhältnis in voller Höhe und im Innenverhältnis nur ihrem jeweiligen Tatbeitrag entsprechend haften, oder ob die Haftung jedes Schädigers bereits im Außenverhältnis anteilig auf den eigenen Tatbeitrag beschränkt wird, bestimmt sich nach dem Deliktsstatut⁷⁸⁷. Der bei einer Gesamtschuld bestehende Innenausgleich zwischen den Schädigern fällt zwar nicht unmittelbar unter das Deliktsstatut, wird aber überwiegend auch dem Deliktsstatut unterstellt⁷⁸⁸. Wegen des Grundsatzes der Einheit des Deliktsstatuts in Art. 15 Rom II-VO lassen sich diese Grundsätze auch auf die Rom II-VO übertragen. Der Innenausgleich im Rahmen einer bestehenden Gesamtschuld bestimmt sich im Fall der Anwendung unterschiedlicher Rechte im Außenverhältnis nach dem Recht des Verletzungsortes⁷⁸⁹, im vorliegenden Fall also nach dem für die Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandrecht. Die Höhe des Ausgleichsanspruchs wird dabei allerdings durch die Höhe des im Außenverhältnis geleisteten Schadensersatzes begrenzt⁷⁹⁰. Schwierigkeiten und

787 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, EGBGB/IPR Art. 38-42, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 39; *Junker*, in: *MünchKomm-BGB*, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 50.

788 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, EGBGB/IPR Art. 38-42, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 41; *Junker*, in: *MünchKomm-BGB*, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 50.

789 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, EGBGB/IPR Art. 38-42, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 43; *Junker*, in: *MünchKomm-BGB*, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 50.

790 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, EGBGB/IPR Art. 38-42, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 44.

die Gefahr widersprüchlicher Rechtsanwendungsergebnisse entstehen, wenn es zur Anwendung unterschiedlicher Deliktsstatute auf die einzelnen Schädiger kommt, die entweder schon das Bestehen einer Gesamtschuld unterschiedlich beurteilen und so im Außenverhältnis in einem Fall von einer unbeschränkten Haftung nach den Grundsätzen der Gesamtschuld und im anderen bereits zu einer anteilig beschränkten Haftung ohne Ausgleichsbedarf gelangen⁷⁹¹ oder wenn bei Bestehen einer Gesamtschuld die Voraussetzungen für den Ausgleich im Innenverhältnis aufgrund der unterschiedlichen Haftung im Außenverhältnis unterschiedlich beurteilt werden.

Für die hier interessierende Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen gilt für diese beiden Gefahren folgendes: Die Gefahr einer unterschiedlichen Bewertung der Frage der Gesamtschuld führt in der Konstellation der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen mit Blick auf das Außenverhältnis zu keinem widersprüchlichen Ergebnis. Bejaht das auf die Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen anwendbare Recht eine Gesamtschuld und führt so im Außenverhältnis zum Rechtsinhaber zu einer unbeschränkten Schadensersatzhaftung, gelangt es zu demselben Ergebnis wie das auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbare Schutzlandrecht, das stets zu einer vollen Haftung des unmittelbaren Verletzers gegenüber dem Rechtsinhaber gelangen wird. Lehnt das auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung und die Frage des Innenausgleichs zwischen dem unmittelbaren Verletzer und dem Ermöglicher anwendbare Schutzlandrecht allerdings eine Gesamtschuld ab, während das auf die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbare Recht eine Gesamtschuld annimmt und deshalb im Außenverhältnis zu einer unbegrenzten Haftung des Ermöglichers führt, verliert dieser die Möglichkeit des Innenausgleichs gegenüber dem unmittelbaren Verletzer. Verneint das auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen anwendbare Recht das Bestehen einer Gesamtschuld und beschränkt die Haftung im Außenverhältnis zum Rechtsinhaber auf den eigenen Tatbeitrag, besteht für die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichende Person kein Bedarf mehr an einem Ausgleichsanspruch gegenüber dem

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

unmittelbaren Verletzer. Auch wenn das auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbare Schutzlandrecht von einer Gesamtschuld ausgeht, würde der unmittelbare Verletzer auch im Innenverhältnis zum Ersatz des aus der konkreten Immaterialgüterrechtsverletzung resultierenden Schadens verpflichtet bleiben, so dass er in dieser Konstellation keinen Ausgleichsanspruch gegen die die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichende Person verliert.

Die Gefahr einer unterschiedlichen Bewertung der Voraussetzungen für den dem Schutzlandrecht unterstellten Ausgleichsanspruch der die Haftung ermöglichenden Person gegenüber dem unmittelbaren Verletzer im Innenverhältnis beschränkt sich auf die Höhe der gegen den unmittelbaren Verletzer und den Ermöglicher gerichteten Ansprüche des Rechtsinhabers auf Ersatz des auf die Immaterialgüterrechtsverletzung und deren Ermöglichung kausal zurückzuführenden Schadens. Die Verwirklichung der Immaterialgüterrechtsverletzung, die auch für die Haftung für ihre Ermöglichung vorausgesetzt wird, bestimmt sich dagegen auch bei einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen als Vorfrage nach dem Schutzlandrecht (siehe unten V.2.c), so dass es diesbezüglich nicht zu widersprüchlichen Ergebnissen kommen kann. Der mögliche materiellrechtliche Ausgleichsanspruch des Ermöglichers gegen den unmittelbaren Verletzer scheitert somit nur dann, wenn und soweit das auf die Haftung wegen Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbare Sachrecht zu einem höheren kausal auf die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung zurückzuführenden Schaden kommt als das auf die unmittelbare Verletzung anwendbare Schutzlandrecht, so dass der Ermöglicher dem Rechtsinhaber zur Leistung eines höheren Schadensersatzes als der unmittelbare Verletzer verpflichtet ist, ohne im Innenverhältnis einen entsprechenden Ausgleich vom unmittelbaren Verletzer erhalten zu können.

Der Wegfall der materiellrechtlichen Ausgleichsmöglichkeit stellt aber nicht immer ein materiell untragbares Ergebnis dar. Soweit die anwendbaren Rechte unterschiedlich hohe Schadensersatzansprüche zusprechen, kann dies nicht nur an unterschiedlichen Berechnungsmethoden sondern auch an einer unterschiedlichen Gewichtung der Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion von Schadensersatzansprüchen liegen. Die Haftung der die Immaterialgüterrechtsverletzung ermöglichenden Person trifft diese nicht unerwartet, weil sich die Frage der Haftung und der daraus resultierenden Schadensersatzpflicht nach einem für sie vorhersehbaren Recht bestimm-

men, dessen Inhalt ihr vertraut ist und an dessen Maßstäben sie ihr Verhalten ausrichten kann. Hinsichtlich ihrer Haftung im Außenverhältnis zum Rechtsinhaber wird die Kohärenz der auf ihre Haftung anwendbaren Rechtsordnung gewahrt, weil sie nach denselben Maßstäben haftet, nach denen sie haften würde, wenn sie die Verletzung eines inländischen Schutzrechts ermöglicht hätte. Nur hinsichtlich des Innenverhältnisses kann ein nach der auf ihre Haftung anwendbaren Rechtsordnung bei Verletzung eines inländischen Schutzrechts möglicherweise eröffneter materiellrechtlicher Ausgleich bei der Verletzung eines einer anderen Rechtsordnung unterstellten ausländischen Schutzrechts wegfallen. Auch innerhalb einer Rechtsordnung kann aber ein Ausgleichsanspruch gegen den unmittelbaren Verletzer scheitern, wenn sich dessen Identität nicht ermitteln lässt oder er sich als zahlungsunfähig erweist. Die materiellrechtlich über eine Gesamtschuld gewährte Ausgleichsmöglichkeit lässt sich kollisionsrechtlich auch in anderen Fällen nicht immer durch die Anwendung desselben Rechts aufrechterhalten. So wird im internationalen Deliktsrecht bei einer Mehrheit von Schädigern ein möglicher materiellrechtlicher Gesamtschuldausgleich zwar bei der Anwendung des Rechts des Erfolgsortes (z.B. Art. 4 I Rom II-VO) oder des Handlungsortes gewahrt, nicht aber soweit die deliktsrechtliche Ausweichklausel eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts des einen Schädigers und des Geschädigten (vgl. Art. 4 II Rom II-VO) oder die akzessorische Anknüpfung zu einem mit einem Schädiger bestehenden Rechtsverhältnis (vgl. Art. 4 III Rom II-VO) zum Tragen kommen. Soweit durch die Anwendung unterschiedlicher Rechte auf einen zusammengehörigen Sachverhalt (*dépeçage*) ein materiell widersprüchliches oder unzumutbares Ergebnis entsteht, kann das Rechtsanwendungsergebnis in der Regel durch Anpassung korrigiert werden. In der vorliegenden Konstellation ließe sich diese Anpassung bei der Höhe der Schadensersatzansprüche vornehmen, weil das auf die Ermöglichung der Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbare Recht bei Annahme einer Gesamtschuld und einer unbeschränkten Haftung gegenüber dem Rechtsinhaber im Außenverhältnis die befreiende Wirkung der einem anderen Recht unterstellten Schadensersatzleistung des unmittelbaren Verletzers berücksichtigen und insoweit zu einer Reduzierung der Schadensersatzhaftung führen kann, die verhindert, dass der Rechtsinhaber denselben Schaden zweimal geltend machen kann.

cc) Auswirkungen der Gefahr einer doppelten Verantwortlichkeit auf die Kohärenz des Rechtsanwendungsergebnisses

Abschließend ist für die innere Kohärenz des Rechtsanwendungsergebnisses noch auf die bereits oben (IV.1.b.dd) erwähnte Gefahr einer doppelten Verantwortlichkeit aufgrund der Anwendung unterschiedlicher Rechte auf die neutrale Ermöglichungshandlung einerseits und die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung und der gezielten Unterstützungshandlung hierzu andererseits einzugehen. Soweit die Beurteilung eines einheitlichen, zu einer Immaterialgüterrechtsverletzung beitragenden Verhaltens nach dem für die Frage der Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen maßgeblichen Recht zu einer Haftung wegen pflichtwidriger Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung und gleichzeitig bei Behauptung der Verwirklichung eines immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestands oder einer gezielten Unterstützungshandlung hierzu nach dem dafür maßgeblichen Schutzlandrecht zu einer Haftung wegen einer eigenen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung oder der Teilnahme an der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung führt, kann sich für den Betroffenen die Gefahr einer doppelten Haftungsbelastung ergeben, die zu einer Überkompensation des Rechtsinhabers führen und die Kohärenz des Rechtsanwendungsergebnisses für die Beurteilung eines einheitlichen Sachverhalts in Frage stellen würde. Der im Rahmen der Rechtsfolgen relevant werdenden Gefahr einer übermäßigen Haftung und Überkompensation lässt sich aber wie oben gesehen durch eine im Rahmen des jeweils anwendbaren Sachrechts vorzunehmende Anpassung bzw. der faktischen Berücksichtigung der sich aus dem anderen Recht ergebenden Rechtsfolgen begegnen, durch die die Kohärenz des Rechtsanwendungsergebnisses gewahrt bleiben kann. Im übrigen folgt aus der unterschiedlichen Beurteilung der Haftung für die Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung nach den verschiedenen Rechtsordnungen, die die materiellrechtliche Diversität der Rechtslage in den nationalen Rechtsordnungen reflektiert und kollisionsrechtlich nicht aufgelöst werden kann, keine vom Kollisionsrecht zu vermeidende Inkohärenz des Rechtsanwendungsergebnisses, weil sich diejenige Person, die durch ihr Verhalten, das Berührungspunkte zu anderen Rechtsordnungen aufweist, zu einer Immaterialgüterrechtsverletzung beiträgt, bei der kollisionsrechtlichen Berufung für sie vorhersehbarer Rechtsordnungen durchaus darauf einstellen muss, dass ihr Verhalten in den zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung erfährt, die im Einzelfall von einer

Verneinung der Haftung bis zur Bejahung der Haftung aufgrund einer eigenen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung führen kann. Aus der Gefahr einer unterschiedlichen Bewertung eines einheitlichen Verhaltens und einer doppelten Verantwortlichkeit lässt sich deshalb kein die unterschiedliche kollisionsrechtliche Interessenlage mit Blick auf die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts überwindendes Interesse an einer einheitlichen Anwendung des Schutzlandrechts herleiten.

3. Zwischenergebnis

Bei den kollisionsrechtlichen Interessen stehen sich das Interesse an einer einheitlichen Anwendung des Schutzlandrechts, ohne Differenzierung zwischen den einzelnen Verletzungsformen auf kollisionsrechtlicher Ebene, und das Interesse an der Anwendung eines vorhersehbaren und vor Verwirklichung des haftungsauslösenden Ereignisses bestimmbar Rechts gegenüber, die es für die kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in Ausgleich zu bringen gilt. Dieser Ausgleich kann über eine kollisionsrechtliche Differenzierung gelingen, die ausgehend von den unterschiedlich stark ausgeprägten materiellrechtlichen Bezügen zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Handlungen, wie das Anbieten neutraler Dienste oder das Liefern neutraler Mittel, auch auf der kollisionsrechtlichen Ebene entsprechend anders behandelt als die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch gezielte Unterstützungshandlungen.

Bei der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch gezielte Unterstützungshandlungen überwiegt aufgrund des engen materiellrechtlichen Bezugs zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung das Interesse an einem Gleichlauf mit der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung zugunsten der kollisionsrechtlichen Schutzlandanknüpfung. Die Schutzlandanknüpfung führt in dieser Konstellation aufgrund der materiellrechtlichen Ausrichtung der Ermöglichungshandlung auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung auch zu der Anwendung eines vorhersehbaren Rechts. Bei der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel, bei der der materiellrechtliche Bezug zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung gelockert und nicht auf eine bestimmte Immaterialgüterrechtsverletzung ausgerichtet ist, erscheint das Interesse an einem mittels

der Schutzlandanknüpfung gewährleisteten kollisionsrechtlichen Gleichlauf zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung dagegen überwindbar⁷⁹².

Für eine Überwindung der Schutzlandanknüpfung zugunsten einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Behandlung spricht das Interesse des Anbieters neutraler Dienste oder Mittel an der Anwendung eines vorhersehbaren, vor und unabhängig von den im einzelnen von seinen Nutzern oder Abnehmern begangenen Immaterialgüterrechtsverletzungen bestimmbarer, Rechts. Diesem Interesse kann über die für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltende Schutzlandanknüpfung, die in diesen Konstellationen abhängig von den jeweils ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen nach deren Verwirklichung zu der Anwendung einer Vielzahl von Rechtsordnungen führen würde, nicht entsprochen werden. Das Interesse an einer einheitlichen Anwendung des Schutzlandrechts kann demgegenüber zurücktreten, weil die Verantwortung einer Person, die die Immaterialgüterrechtsverletzung weder selbst verwirklicht, noch gezielt unterstützt, sondern lediglich durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel ermöglicht hat, weitgehend unabhängig von der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung auf der Grundlage allgemeinerer Sorgfalts- und Verhaltensmaßstäbe beurteilt wird. Diese Ausrichtung auf die bei dem Anbieten neutraler Dienste oder Mittel zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen rückt auch bei der Bewertung der kollisionsrechtlichen Interessen in den Vordergrund und rechtfertigt eine eigenständige von der Schutzlandanknüpfung gelöste kollisionsrechtliche Behandlung. Das Interesse des Rechtsinhabers an einer einheitlichen Anwendung des Schutzlandrechts zur Erleichterung der Rechtsdurchsetzung ist bei der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch gezielte Unterstützungshandlungen stärker zu gewichten als bei der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Ermöglichungshandlungen, bei der im Gegenzug das Interesse des Anbieters neutraler und damit

792 Eine entsprechende kollisionsrechtliche Differenzierung nimmt auch Art. 3:604 CLIP Principles vor, siehe *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *The CLIP Principles and Commentary*, 2013, Art. 3:604, C1 und C7, ausführlicher zu der kollisionsrechtlichen Regelung des Art. 3:604 CLIP Principles unten V.1.b.cc. Die Möglichkeit einer solchen kollisionsrechtlichen Differenzierung bejahen *Kur*, WRP 2011, 971, 980f. und *Fawcett/Torremans*, *Intellectual Property and Private International Law*, 2.Aufl. (2011), S. 809f.

auch legal nutzbarer Dienste und Mittel an der Anwendung eines einheitlichen und vorhersehbaren Rechts zur Beurteilung seines Verhaltens eine zentrale Bedeutung erlangt. Dieses wesentliche kollisionsrechtliche Anliegen darf im Rahmen der kollisionsrechtlichen Interessenabwägung den Ausschlag geben und kann somit, trotz der mit jeder kollisionsrechtlichen Differenzierung verbundenen Abgrenzungs- und Qualifikationsschwierigkeiten, eine eigenständige und von der für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandanknüpfung gelöste kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen rechtfertigen.

Die Anwendung eines einzigen Rechts auf die Frage der Haftung des neutralen Diensteanbieters bedeutet auch für den Rechtsinhaber eine Vereinfachung gegenüber der Schutzlandanknüpfung in Konstellationen, in denen seine Rechte, ermöglicht durch die Dienste oder Mittel des Anbieters, in mehreren Staaten verletzt wurden, weil die Anforderungen an ein Vorgehen gegen den neutralen Diensteanbieter und dessen Erfolgsaussichten nur noch am Maßstab einer Rechtsordnung zu bestimmen sind⁷⁹³. Da viele Rechtsordnungen die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen materiellrechtlich durch bestimmte Haftungsbeschränkungen privilegieren, führt die Anwendung eines einzigen Rechts anstelle einer Vielzahl von Schutzlandrechten auch nicht notwendig zu einer kollisionsrechtlichen Abschneidung materiellrechtlich begründeter Ansprüche gegen den neutralen Diensteanbieter⁷⁹⁴. Die kollisionsrechtliche Privilegierung des neutralen Diensteanbieters beruht zwar auf den materiellrechtlichen Besonderheiten seiner Haftung und dem auch hinter den materiellrechtlichen Privilegierungen stehenden Gedanken der Rechtssicherheit, bedeutet aber noch keine materiellrechtliche Privilegierung des neutralen Diensteanbieters gegenüber dem Rechtsinhaber. Die zur Anwendung berufene Rechtsordnung kann im Einzelfall nämlich auch eine stren-

793 *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C17.

794 Auf die Gefahr einer solchen Abschneidung nach dem Schutzlandrecht begründeter materiellrechtlicher Ansprüche weist *de Miguel Asensio*, (2012) JIPITEC 3, 350, 355 hin, der auch die Frage nach der Rechtfertigung des Abweichens vom Schutzlandrecht und des Verlusts von dessen Ansprüchen für den Rechtsinhaber stellt, wenn überwiegend dieses Schutzland von einer über einen globalen Dienst ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung betroffen wird.

gere Haftung des neutralen Diensteanbieters vorsehen⁷⁹⁵. Zudem beurteilt sich die Angemessenheit einer kollisionsrechtlichen Lösung prinzipiell nicht nach dem materiellrechtlichen Ergebnis der kollisionsrechtlichen Verweisung, sondern nach den maßgeblichen kollisionsrechtlichen Interessen, die ausgehend und abstrahierend von typisierten materiellrechtlichen Konstellationen bestimmt werden.

V. Kollisionsrechtliche Differenzierung zwischen gezielten Unterstützungshandlungen und neutralen Ermöglichungshandlungen

Die kollisionsrechtlich relevanten Unterschiede in der materiellrechtlichen Ausgestaltung der unterschiedlichen Haftungsformen und die unterschiedlichen Interessenskonstellationen sprechen für eine Differenzierung zwischen gezielten Unterstützungshandlungen, die akzessorisch zu dem für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandrecht angeknüpft werden sollen, und neutralen Ermöglichungshandlungen, für die eine eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung angezeigt erscheint. Daher sind nun die Umsetzbarkeit und nähere Ausgestaltung einer solchen kollisionsrechtlichen Differenzierung näher zu beleuchten. Dabei sollen zunächst bisherige Lösungsansätze in Literatur und Rechtsprechung auf mögliche Argumente für oder gegen eine kollisionsrechtliche Differenzierung und eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung neutraler Ermöglichungshandlungen untersucht werden (1). Im folgenden steht dann die Frage im Vordergrund, wie eine gegenüber der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen konstruiert werden kann (2).

1. Lehren aus bisherigen Lösungsansätzen

Die Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen erfuhr bislang wenig

⁷⁹⁵ Vgl. zu der Kollisionsregel des Art. 3:604 (2) CLIP Principles auch *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C17; *Kur*, WRP 2011, 971,981; *Kur*, GRUR Int 2012, 857, 867.

Beachtung und nur selten eine ausführlichere Erörterung⁷⁹⁶. Dogmatische Anhaltspunkte für die kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen finden sich zum einen in dem Rückgriff auf das Territorialitätsprinzip, das jedoch, wie dargestellt, für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen keine Auswirkungen entfaltet (B.I.3.c), und zum anderen in allgemeineren und nicht immaterialgüterrechtsspezifischen Konstellationen aus dem internationalen Deliktsrecht. Die Rechtsprechung unterstellt die Frage der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen im Ergebnis dem Schutzlandrecht, oftmals allerdings ohne explizit die Frage nach dem auf die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen anwendbaren Recht zu stellen und die Anwendung des Schutzlandrechts auch auf die Ermöglichungshandlung näher zu begründen (siehe unten b.aa). Einem kollisionsrechtlich differenzierten Ansatz wie dem hier vertretenen folgt dagegen Art. 3:604 CLIP Principles, der in Art. 3:604(1) die klassischen Teilnahmehandlungen im Gleichlauf mit der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung dem Schutzlandrecht unterstellt und in Art. 3:604(2) für die Fälle der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Dienste und Mittel eine eigenständige, von der Schutzlandanknüpfung abweichende, kollisionsrechtliche Anknüpfung vorsieht (siehe unten b.cc).

a) Ansatzpunkte aus dem internationalen Deliktsrecht

Die Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen impliziert Überlegungen, die sich in allgemeiner und nicht immaterialgüterrechtsspezifischer Form auch im internationalen Deliktsrecht stellen. Im folgenden sind daher die Antworten des internationalen Deliktsrechts auf die Fragen der einheitlichen oder gesonderten Bestimmung des Deliktsstatuts bei mehreren Tatbeteiligten sowie nach der Reichweite und dem Grundsatz der Einheit des Deliktsstatuts mit Blick auf die Haftung für Dritte darzustellen, deren Übertragbarkeit auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen es im Anschluss zu überprüfen gilt.

796 Aufgeworfen und diskutiert wird die Frage bei *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201.

aa) Einheitliche oder gesonderte Bestimmung des Deliktsstatuts bei mehreren Tatbeteiligten

Sind mehrere Personen an der Verwirklichung einer unerlaubten Handlung als Nebentäter, Mittäter oder Teilnehmer beteiligt, stellt sich die Frage, ob das Deliktsstatut für alle Personen einheitlich oder für jede Person gesondert zu bestimmen ist. Das schweizerische Internationale Privatrecht beantwortet die Frage im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen ausdrücklich und entscheidet sich für die gesonderte Bestimmung des Deliktsstatuts⁷⁹⁷. Im autonomen deutschen Internationalen Privatrecht wird überwiegend nach der Art der Beteiligung differenziert. Für Personen, die als Nebentäter unabhängig voneinander jeweils einen Deliktstatbestand verwirklichen, ist das Deliktsstatut gesondert zu bestimmen⁷⁹⁸. Auch im Falle der Mittäterschaft wird vorbehaltlich einer engeren Verbindung des Sachverhalts zu einer anderen Rechtsordnung die gesonderte Bestimmung des Deliktsstatuts befürwortet⁷⁹⁹. Schwieriger und umstrittener erscheint die Lage im Falle der Teilnahme. Die Akzessorietät der Teilnahme zur Haupttat betrifft die materiellrechtliche Ebene und auf dieser Ebene das Verhältnis der Tatbeteiligten untereinander, so dass sich für die kollisionsrechtliche Ebene und für das auf das Verhältnis der einzelnen Tatbeteiligten zum Geschädigten anwendbare Recht daraus keine unmittelbaren Rückschlüsse für eine einheitliche Bestimmung des Deliktsstatuts ziehen lassen⁸⁰⁰. Deshalb wird teilweise auch bei der Teilnahme vorbehaltlich einer engeren Verbindung des Sachverhalts zu einer anderen Rechtsordnung eine für jeden Tatbeteiligten gesonderte Bestimmung des Deliktssta-

797 Art. 140 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG): Sind mehrere Personen an einer unerlaubten Handlung beteiligt, so ist für jede von ihnen das anwendbare Recht gesondert zu bestimmen, unabhängig von der Art ihrer Beteiligung.

798 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 48; *von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 38.

799 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 49; *von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 40; *von Hein*, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht, 1999, S. 278-282.

800 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 49.

tuts vertreten⁸⁰¹, während andere Stimmen auf die Gefahr von Wertungswidersprüchen und die Vereinfachung der Schadensregulierung verweisen und das Deliktsstatut für die Teilnahme einheitlich nach der Haupttat bestimmen⁸⁰². Eine gesonderte Bestimmung des Deliktsstatuts für die Teilnahmehandlung kommt nach dieser letzten Ansicht nur dann in Betracht, wenn die Teilnahmehandlung selbst nach dem Recht des Ortes, an dem sie vorgenommen wurde, einen eigenen Deliktstatbestand verwirklicht⁸⁰³. In der Rechtsprechung wurde in Fällen aus dem Bereich des unlauteren Wettbewerbs das Deliktsstatut für die Teilnahme in einer allgemeinen und über das Wettbewerbsrecht hinausgehenden Aussage ebenfalls nach der Haupttat bestimmt⁸⁰⁴. Für die Rechtsprechung gilt dieser Grundsatz auch für die Konstellation der Störerhaftung, da diese wie die Teilnahme an eine rechtswidrige Haupttat anknüpfe⁸⁰⁵. Für eine gesonderte und von der Haupttat gelöste kollisionsrechtliche Anknüpfung der Haftung eines Access Providers wird in der Literatur angeführt, dass eine akzessorische Anknüpfung an das Hauptstatut für den Rechtsinhaber in den Fällen zum Nachteil würde, in denen der unmittelbare Verletzer nicht ermittelt werden kann, und die Rechtsdurchsetzung in diesen Fällen auch gegenüber dem Access Provider erschwert würde⁸⁰⁶. Mit diesen Argumenten wird auch prinzipiell eine eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung für die Konstellation der Störerhaftung befürwortet⁸⁰⁷. Zudem wird angeführt, dass die Haftung des Access Providers sich auch materiellrechtlich von

801 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 49; *von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Art. 40, Rn. 40.

802 *Von Hein*, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht, 1999, S. 282-285; *Spindler*, in: *Leible* (Hrsg.), Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien, 2003, S. 155, 176f.

803 *Von Hein*, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht, 1999, S. 285; BGH, Urteil vom 11.3.1982, Az. I ZR 39/78 – *Domgarten-Brand*, IPrax 1983, 118, 119f. = GRUR 1982, 495, 497.

804 BGH, Urteil vom 11.3.1982, Az. I ZR 39/78 – *Domgarten-Brand*, IPrax 1983, 118, 119f. (mit Anm. *Schricker*, S. 103-105) = GRUR 1982, 495, 497, bestätigt in BGH, Urteil vom 26.11.1997, Az. I ZR 148/95 – *Gewinnspiel im Ausland*, GRUR 1998, 419, 420.

805 BGH, Urteil vom 26.11.1997, Az. I ZR 148/95 – *Gewinnspiel im Ausland*, GRUR 1998, 419, 420.

806 *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 287f.

807 *Rosenkranz*, IPrax 2007, 524, 526.

der klassischen Teilnehmerhaftung entfernt, so dass kein Anlass bestehe, eine materiellrechtliche Akzessorietät kollisionsrechtlich umzusetzen⁸⁰⁸.

bb) Einheit und Reichweite des Deliktsstatuts

Von der Frage der einheitlichen oder gesonderten Bestimmung des Deliktsstatuts bei Beteiligung mehrerer Personen als Nebentäter, Mittäter oder Teilnehmer zu unterscheiden ist die Haftung einer dritten, an der unerlaubten Handlung unbeteiligten Person für die von einer anderen Person begangenen unerlaubten Handlung, die von der Reichweite des für jene maßgeblichen Deliktsstatuts erfasst wird⁸⁰⁹. Das Deliktsstatut entscheidet über die haftungspflichtigen Personen und über die Art der Haftung mehrerer⁸¹⁰. Die Bestimmung eines eigenen Deliktsstatuts für diejenige Person, die für die unerlaubte Handlung eines anderen (zusätzlich) einsteht, wird dadurch entbehrlich. Auch in den Fällen, in denen die Einstandspflicht für die unerlaubte Handlung Verschulden voraussetzt oder auf einer Sorgfaltspflichtverletzung beruht, die an einem anderen Ort als dem Begehungsort der unerlaubten Handlung zu lokalisieren ist, wird hierfür kein eigenes Deliktsstatut bestimmt, weil das Vertrauen des Geschädigten, in seinen Rechtsgütern nach Maßgabe des Begehungsortes oder des Ortes, zu dem die unerlaubte Handlung eine engere Verbindung aufweist, geschützt zu werden, überwiegt⁸¹¹. Nur soweit die Einstandspflicht auf einer rechtlichen Beziehung zum Schädiger beruht, ist das Bestehen dieser rechtlichen Beziehung als Vorfrage gesondert anzuknüpfen⁸¹². Hinter dieser Lösung steht der Grundsatz der Einheit des Deliktsstatuts, das Voraussetzungen und Rechtsfolgen erfasst und grundsätzlich zur Beantwortung aller Fragen berufen werden soll, die sich im Rahmen eines Haftungsstatbe-

808 *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 287f.

809 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 47 und 201.

810 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 201.

811 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Vorbemerkungen zu Art. 40, Rn. 29; *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 201.

812 *Von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Vorbemerkungen zu Art. 40, Rn. 30; *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 201.

standes stellen. Dadurch sollen der in sich geschlossene und ausgewogene Charakter und die Wertungszusammenhänge des materiellen Deliktsrechts, die insbesondere auch zwischen Haftungsvoraussetzungen und Haftungsfolgen bestehen, kollisionsrechtlich erhalten und vor einer voreiligen Aufspaltung durch kollisionsrechtlich gesonderte Anknüpfungen einzelner Fragen (*dépeçage*) bewahrt werden⁸¹³. Das Deliktsstatut erfasst grundsätzlich die gesamte außervertragliche Haftung für ein einheitliches Schadensereignis, die unabhängig vom jeweiligen Grund der Schadenszurechnung einem einheitlichen Recht unterstellt werden soll⁸¹⁴.

cc) Übertragbarkeit der Lösungsansätze aus dem internationalen Deliktsrecht auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen

Weil die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen ebenfalls auf deliktsrechtliche Zurechnungskriterien zurückgreift, lassen sich die dargestellten Überlegungen zur einheitlichen oder gesonderten Bestimmung des anwendbaren Rechts bei mehreren Tatbeteiligten und der Grundsatz der Einheit des Deliktsstatuts auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen übertragen. Dabei kann auch in den Fällen, in denen es nicht um eine Teilnahme im klassischen Sinne geht, die Diskussion zur einheitlichen oder gesonderten Bestimmung des Deliktsstatuts bei der Teilnahme herangezogen werden. In den vorangegangenen Ausführungen zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen klingen so auch Argumente aus dem internationalen Deliktsrecht an. Die eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung neutraler Ermöglichungshandlungen wird hier damit begründet, dass das materiellrechtliche Erfordernis einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung auf kollisionsrechtlicher Ebene nicht zwingend zugunsten der Anwendung des die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Rechts durchschlägt und dass die Vereinfachung der Schadensregulierung für den Rechtsinha-

813 *Junker*, in: MünchKomm-BGB, Art. 1-46 EGBGB/ IPR, 4.Aufl.(2006), Art. 40, Rn. 199; *von Hoffmann*, in: *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Vorbemerkungen zu Art. 40, Rn. 16.

814 *Staudinger*, Art. 38-42 EGBGB/ IPR, Neubearb. 2001, Vorbemerkungen zu Art. 40, Rn. 1.

ber und die Haftenden im Rahmen eines möglichen Ausgleichs im Innenverhältnis nicht ausreichen, um die Haftung aller Beteiligten im Außenverhältnis demselben für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung maßgeblichen Recht zu unterstellen. Der für gezielte Unterstützungshandlungen befürwortete kollisionsrechtliche Gleichlauf zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung beruht auf der kollisionsrechtlichen Berücksichtigung der materiellrechtlichen Ausrichtung der Haftungstatbestände auf eine dem Territorialitätsprinzip unterliegende unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung. Die eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung neutraler Ermöglichungshandlungen führt zu einer Ausnahme vom Grundsatz der Einheit des Deliktsstatuts, die aber aufgrund des materiellrechtlich gelockerten Bezugs zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung sowie der implizierten kollisionsrechtlichen Interessen gerechtfertigt erschien und die einzige Möglichkeit darstellt, die Haftung desjenigen, der Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel ermöglicht, einer für ihn vorhersehbaren und im Vorfeld bestimmbar Rechtsordnung zu unterstellen, an deren Anforderungen und Haftungsmaßstäben er sein Verhalten ausrichten kann.

Neben den Überlegungen, die im internationalen Deliktsrecht für eine einheitliche oder gesonderte Bestimmung des Deliktsstatuts angeführt werden, ist für die Bestimmung des auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen anwendbaren Rechts noch zusätzlich auf mögliche Auswirkungen des Territorialitätsprinzips einzugehen. Die territoriale Begrenzung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes gibt zwar wie gesehen keine bestimmte kollisionsrechtliche Behandlung für die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen vor, könnte aber aufgrund deren Ausrichtung auf eine unmittelbare und ihrerseits dem Territorialitätsprinzip unterliegende Immaterialgüterrechtsverletzung gleichwohl einen kollisionsrechtlichen Gleichlauf zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung vorzugswürdig erscheinen lassen. Deshalb wird hier die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch gezielte Unterstützungshandlungen dem für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandrecht unterstellt, um die objektive und subjektive Ausrichtung der entsprechenden Haftungstatbestände auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung kollisionsrechtlich durch eine akzessorische Anknüpfung gezielter Unterstützungshandlungen an das für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltende Schutzlandrecht zu übersetzen (siehe oben III. 4.c.aa).

b) Ansätze für die kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen

aa) einzelne Beispiele aus der Rechtsprechung

Die deutsche Rechtsprechung bestimmt das auf die Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbare Recht unabhängig von der Art der Ermöglichung nach dem für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandprinzip und folgt so im Ergebnis der von ihr allgemein im Deliktsrecht vertretenen, von der Haupttat ausgehenden einheitlichen Bestimmung des Deliktsstatuts für Teilnehmer und Störer⁸¹⁵. Ob dieses Ergebnis jedoch auf der Grundlage einer einheitlichen Bestimmung des Deliktsstatuts nach der Haupttat und/oder auf der Grundlage des für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Territorialitätsprinzips erzielt wird, bleibt offen. Eine nähere Auseinandersetzung mit der Frage der einheitlichen oder gesonderten Bestimmung des anwendbaren Rechts für die Störerhaftung oder Teilnahme an einer Immaterialgüterrechtsverletzung und mit der Frage der Reichweite der für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandanknüpfung fand bislang nicht statt. So wurde etwa in einem Fall, der zwar die klassische Konstellation der urheberrechtlichen Störerhaftung verlässt, gleichwohl aber eine entsprechende kollisionsrechtliche Fragestellung impliziert hätte, die Frage nach der Anwendbarkeit von § 95a UrhG bei einem Internetsachverhalt unter Berufung auf das Schutzlandprinzip aufgrund eines hinreichenden Inlandsbezuges bejaht, ohne nach der kollisionsrechtlich an sich gebotenen Betrachtungsweise nacheinander auf die Bestimmung der passenden Kollisionsnorm, ihre Reichweite, die Frage einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Anknüpfung für die Beteiligung durch das Setzen eines Hyperlinks und die immaterialgüterrechtliche oder deliktsrechtliche Natur der Anknüpfung einzugehen⁸¹⁶. In einem anderen

815 OLG München, Urteil vom 28.7.2005, Az. 29 U 2887/05 – *AnyDVD*, GRUR-RR 2005, 372, 374; OLG München, Urteil vom 21.9.2006, Az. 29 U 2119/06 – *Latteinlehrbuch*, GRUR 2007, 419, 420; LG Köln, Urteil vom 21.3.2007, Az. 28 O 19/07 – *Rapidshare*, ZUM 2007, 568, 571 = BeckRS 2007, 08609.

816 OLG München, Urteil vom 28.7.2005, Az. 29 U 2887/05 – *AnyDVD*, GRUR-RR 2005, 372, 374 anlässlich der Haftung wegen Setzens eines Hyperlinks zu einer Website, die gegen das Verbot des Anbietens technischer Umgehungsmaßnahmen nach § 95a III UrhG verstößt. Vgl. hierzu die Anmerkung von *Peifer*, IPRax 2006, 246, 247f.

Fall, der dieses Mal eine klassische Konstellation der Störerhaftung für eine Urheberrechtsverletzung zum Gegenstand hatte, begnügte sich das Gericht mit der Feststellung, dass das deutsche Urheberrechtsgesetz als das Recht desjenigen Landes anzuwenden sei, für dessen Gebiet die Klägerin Schutz begehre, ohne auf die Frage einzugehen, ob und auf welcher Grundlage die Schutzlandanknüpfung auch die Störerhaftung erfasse⁸¹⁷. In einem weiteren Fall, der wieder eine klassische Konstellation der urheberrechtlichen Störerhaftung zum Gegenstand hatte, wurde die Anwendung des deutschen Urheberrechts und des auf § 97 I UrhG gestützten urheberrechtlichen Unterlassungsanspruchs gegen den Störer allein mit dem Hinweis auf das für Urheberrechtsverletzungen geltende Schutzlandprinzip, das die Einräumung von Nutzungsrechten und die Rechtsfolgen einer Urheberrechtsverletzung erfasse und das aufgrund des Territorialitätsprinzips eine inländische im vorliegenden Fall gegebene Urheberrechtsverletzung voraussetze, bejaht⁸¹⁸. In einer Entscheidung, die die Verantwortlichkeit eines Hostproviders für eingestellte persönlichkeitsrechtsverletzende Inhalte betrifft, bestimmte der BGH das deliktsrechtliche Anknüpfungsmoment des Erfolgsortes für die Zwecke des Art. 40 EGBGB nach dem Wohnsitz und Interessenmittelpunkt des Betroffenen und damit einheitlich für den unmittelbaren Verletzer und den Hostprovider, deren Haftung folglich einem einheitlichen Deliktsstatut unterstellt wird⁸¹⁹. In den jüngsten Entscheidungen des BGH, in denen es um die Geltendmachung von Ansprüchen aus Störerhaftung gegen eine Beklagte mit Sitz im Ausland ging, ging der BGH auf die Frage des anwendbaren Rechts überhaupt nicht ein, sondern wandte, nachdem er die internationale Zuständigkeit der

817 OLG München, Urteil vom 21.9.2006, Az. 29 U 2119/06 – *Lateinlehrbuch*, GRUR 2007, 419, 420. Vgl. hierzu die Anmerkung von *Rosenkranz*, IPrax 2007, 524, 526. Kritisiert wird dabei auch, dass die Anwendung des deutschen TDG auf den Diensteanbieter mit einer inländischen Zweigniederlassung pauschal aufgrund des wirtschaftlich relevanten Inlandsbezugs bejaht wurde, ohne zwischen seinen einzelnen Regelungen und den rechtsgebietübergreifend eingreifenden Haftungsprivilegierungen, die im vorliegenden Fall für die Haftung wegen einer Urheberrechtsverletzung relevant werden, zu differenzieren, *Rosenkranz*, IPrax 2007, 524, 525f.

818 LG Köln, Urteil vom 21.3.2007, Az. 28 O 19/07 – *Rapidshare*, ZUM 2007, 568, 571 = BeckRS 2007, 08609. Das daraufhin ergangene Berufungsurteil des OLG Köln vom 21.9.2007, Az. 6 U 86/07, GRUR-RR 2008, 35 = BeckRS 2007, 19542 geht auf die Frage des anwendbaren Rechts nicht mehr ein.

819 BGH, Urteil vom 25.10.2011, VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311; MMR 2012, 124.

deutschen Gerichte infolge einer im Inland begangenen Urheberrechtsverletzung bejaht hatte, deutsches Urheberrecht an⁸²⁰.

Die französische Rechtsprechung unterstellt die Frage nach der Haftung für die Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung ebenfalls dem Schutzlandprinzip. In einer Entscheidung, in der die Frage nach dem anwendbaren Recht ausdrücklich aufgeworfen wurde, leitete sie die Schutzlandanknüpfung aus Art. 5 II 2 RBÜ her und bejahte die Anwendung des französischen Rechts aufgrund eines bedeutenden Bezugs zur französischen Rechtsordnung, weil der Bilderdienst von Google in französischer Sprache gehalten war, sich an ein französisches Publikum richtete und den Abruf urheberrechtsverletzender Inhalte in Frankreich ermöglichte, die zu einer Verletzung des in Frankreich geschützten Urheberrechts führten⁸²¹.

bb) einzelne Vorschläge aus der Literatur

In der Literatur wird die Frage nach dem auf die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen anwendbaren Recht nur vereinzelt diskutiert und unterschiedlich beantwortet. Teilweise wird befürwortet, die Haftung eines Plattformbetreibers für die von Nutzern eingestellten urheberrechtsverletzenden Inhalte dem für die unmittelbare Urheberrechtsverletzung des Nutzers geltenden Recht zu unterstellen⁸²². Die Lösung, die abhängig von den ermöglichten Urheberrechtsverletzungen zu einer Vielzahl anwendbarer Rechtsordnungen führen kann, wird dabei nicht als unangemessen angesehen, weil der Plattformbetreiber das Rechtsanwendungsrisiko in gewissem Maße durch die Entscheidung steuern könne, ob er die Plattform beliebigen Mitgliedern ohne Einschränkungen zur Verfügung stelle, und weil so ein vernünftiger Ausgleich zwischen der Kalkulierbarkeit der ihn treffenden Verhaltensanforderungen und dem Schutzbedürfnis der Rechtsinhaber getroffen werde⁸²³. Dagegen wurde in einer allgemeinen

820 BGH, Urteil vom 12.7.2012, I ZR 18/11 – *Alone in the Dark*, GRUR 2013, 370; BGH, Urteil vom 15.8.2013, I ZR 80/12 – *Rapidshare*, GRUR 2013, 1030.

821 Cass. 1re civ., Urteil vom 12.7.2012, Az. 11-15165 und 11-15188, Bulletin 2012, I, n°162.

822 Spindler, in: Leible (Hrsg.), Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien, 2003, S. 155, 177f.

823 Spindler, in: Leible (Hrsg.), Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien, 2003, S. 155, 177f.

und damit auch für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen geltenden Überlegung vorgeschlagen, zumindest die Haftung der Access Provider kollisionsrechtlich gesondert anzuknüpfen⁸²⁴. Teilweise wird auch prinzipiell eine eigenständige Bestimmung des auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Dienste anwendbaren Rechts befürwortet, die jedoch im Ergebnis wiederum oft zum Schutzlandrecht führte, sei es, weil die Unterlassung der weiteren Mitwirkung an der ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung nach dem Schutzlandrecht als dem Recht, nach dem hätte gehandelt werden müssen, bestimmt wurde⁸²⁵, sei es, weil sowohl für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung als auch für die Störer- oder Teilnehmerhaftung der jeweils relevante Handlungs- und Erfolgsort im Schutzstaat lokalisiert werden konnte⁸²⁶.

Darüber hinausgehend wurde eine konsequente eigenständige und von der Schutzlandanknüpfung abweichende kollisionsrechtliche Anknüpfung der Haftung der Anbieter von neutralen Internetplattformen angeregt und an einem Beispiel aus dem Markenrecht näher erläutert⁸²⁷. Begründet wird die eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung damit, dass die Haftung des Diensteanbieters gegenüber der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung konzeptionell einen eigenen Unrechtstatbestand darstellt, der kollisionsrechtlich und materiellrechtlich andere Erwägungen impliziert als die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung und deshalb die Anwendung eines anderen als des auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbaren Rechts rechtfertigt⁸²⁸. Die Anwendung unterschiedlicher Rechte auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung und deren Ermöglichung durch den Diensteanbieter erlaube es, für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung einerseits eine umfassende immaterialgüterrechtliche Bewertung vorzunehmen und für die Haftung des Diensteanbieters andererseits die nötige Aufmerksamkeit auf die

824 *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 287f.

825 *Rosenkranz*, *IPrax* 2007, 524, 526.

826 *Peifer*, *IPrax* 2006, 246, 248.

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

828 *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 *NYUJILP*, 201, 216-222; *Kur*, *WRP* 2011, 971, 980. Auch *Fawcett/ Torremans*, *Intellectual Property and Private International Law*, 2. Aufl. (2011), S. 920f. bejahen eine eigenständige deliktsrechtliche Qualifikation, soweit sich die Haftung auch materiellrechtlich auf allgemeine deliktsrechtliche Regeln stützt und nicht als immaterialgüterrechtliche Frage behandelt wird.

Tätigkeit des Diensteanbieters und sein Geschäftsmodell im ganzen zu richten⁸²⁹. Der weltweite und nicht auf bestimmte Staaten beschränkte Charakter von Geschäftsmodellen im Internet lasse sich so einer angemessenen und die territoriale Begrenzung der Immaterialgüterrechtsgesetze überwindenden Lösung unter Anwendung eines Rechts zuführen⁸³⁰. Das Risiko für den Diensteanbieter, in einer Vielzahl verschiedener Staaten in Anspruch genommen zu werden, reduziere sich durch die einheitliche Anwendung eines Rechts, während die Rechtsdurchsetzung für den Schutzrechtsinhaber nicht gefährdet, sondern nur im Schwerpunkt wieder auf die unmittelbaren Verletzer zurückverlagert werde⁸³¹. Die eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung wird dabei der amerikanischen kollisionsrechtlichen Tradition folgend auch mit den hinter dem Schutzinteresse des Rechtsinhabers und dem Interesse an Rechtssicherheit des Diensteanbieters stehenden entsprechenden staatlichen Interessen an einer Förderung von Kreativität, Innovation sowie von Investitionen in den Ruf einer Marke einerseits und an der Förderung der Entwicklung und des Marktzugangs neuer Technologien und Geschäftsmodelle andererseits begründet⁸³². Auch andere Stimmen sprechen sich für eine kollisionsrechtliche Differenzierung in Einklang mit den materiellrechtlichen Unterschieden in der Ausgestaltung der Haftung aus. Während bei der klassischen Teilnahme an einer fremden Immaterialgüterrechtsverletzung die Anwendung desselben (Schutzland-)Rechts aufgrund des engen Bezugs zu dieser gerechtfertigt erscheine, nähere sich die Ermöglichung einer fremden Immaterialgüterrechtsverletzung durch das Zurverfügungstellen neutraler und automatisierter technischer Dienste und Mittel stärker dem allgemeinen Deliktsrecht, so dass der Weg für eine eigene, nicht mehr immaterialgüterrechtsspezifische sondern deliktsrechtliche Anknüpfung offen stehe⁸³³.

829 *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201, 220.

830 *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201, 219; *Fawcett/ Torremans*, Intellectual Property and Private International Law, 2.Aufl. (2011), S. 920f.

831 *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201, 219f.

832 Vgl. *Dinwoodie/ Dreyfuss/ Kur*, (2009) 42 NYUJILP, 201, 215-222.

833 *Fawcett/ Torremans*, Intellectual Property and Private International Law, 2.Aufl. (2011), S. 809f. und S. 922 mit einem entsprechenden Vorschlag für eine kollisionsrechtliche Differenzierung, der eine Diskussionsvorlage auf dem Weg zur endgültigen Fassung von Art. 3:604 CLIP Principles aufnimmt.

cc) die kollisionsrechtliche Lösung des Art. 3:604 CLIP Principles

Der Gedanke einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung der Anbieter neutraler Dienste oder Mittel, die neben rechtmäßigen auch zu rechtswidrigen Zwecken verwendet werden können, wurde in den CLIP Principles aufgegriffen, deren Art. 3:604 (2) hierfür eine eigenständige kollisionsrechtliche Regel vorsieht, während die klassische Teilnahme und die übrigen Unterstützungshandlungen nach Art. 3:604 (1) demselben (Schutzland-)Recht wie die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung unterstellt werden⁸³⁴. Die eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung der Anbieter neutraler Dienste oder Mittel und die kollisionsrechtliche Differenzierung zu der klassischen Teilnahme stützen sich wie hier auf eine entsprechende materiellrechtliche Differenzierung und die unterschiedliche kollisionsrechtliche Interessenlage. Dabei wurde das Interesse des neutralen und passiven Anbieters an der Anwendung einer einzigen, im Vorfeld und unabhängig von den im einzelnen begangenen Immaterialgüterrechtsverletzungen bestimmbar Rechtsordnung als ausschlaggebend angesehen⁸³⁵. Dieses Interesse, das Verhalten des neutralen Diensteanbieters nach einer einzigen Rechtsordnung zu beurteilen, schafft nicht nur Rechtssicherheit für den Diensteanbieter, sondern auch für den Rechtsinhaber, der die Erfolgsaussichten seines Vorgehens gegen den Diensteanbieter nur nach einer einzigen Rechtsordnung zu beurteilen hat und dessen Vorgehen gegen den Diensteanbieter in Fällen, in denen seine Rechte in mehreren Ländern verletzt sind, dadurch erleich-

834 Article 3:604: Secondary infringement

(1) Subject to paragraph 2, the law applicable to liability based upon acts or conduct that induce, contribute to or further an infringement is the same as the law applicable to that infringement.

(2) In case of facilities or services being offered or rendered that are capable of being used for infringing and non-infringing purposes by a multitude of users without intervention of the person offering or rendering the facilities or services in relation to the individual acts resulting in infringement, the law applicable to the liability of that person is the law of the State where the centre of gravity of her/his activities relating to those facilities or services is located.

835 Vgl. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C7 und N2-N8 zu materiellrechtlichen Anhaltspunkten im europäischen und USamerikanischen Recht für eine solche Differenzierung sowie C10-C12 und N10-11 zu den Interessen, die die kollisionsrechtliche Differenzierung tragen; *Kur*, GRUR Int 2012, 857, 866f.

tert wird⁸³⁶. Die Beurteilung der Haftung des Anbieters neutraler Dienste oder Mittel führt damit zu einer Vereinfachung der Rechtsanwendung gegenüber der Anwendung einer Vielzahl von Schutzlandrechten⁸³⁷. Die Bestimmung eines eigenen, von dem für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden Schutzlandrecht abweichenden Rechts erlaubt zudem, das Recht zur Anwendung zu bringen, das zu dem Anbieten der neutralen Dienste und Mittel, die die Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen, die engste Verbindung aufweist, und das verlässliche und einheitliche rechtliche Anforderungen für das Anbieten und Fortführen eines grenzüberschreitenden Dienstes vorgeben kann, die bei der Anwendung einer Vielzahl von Schutzlandrechten gefährdet würden⁸³⁸. Während die Anwendung des Schutzlandrechts in den Fällen der klassischen Teilnahme aufgrund des ausgeprägten materiellen Bezugs zu der Immaterialgüterrechtsverletzung gerechtfertigt erscheint, verliert es seine Anwendungsberechtigung dort, wo sich der Bezug zur Immaterialgüterrechtsverletzung im wesentlichen auf die technische Verursachung reduziert⁸³⁹.

Mit der Aufnahme einer eigenen Regel für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen und einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Anknüpfung für neutrale Ermöglichungshandlungen unterscheiden sich die CLIP Principles von den anderen wissenschaftlichen Projekten aus dem US-amerikanischen und ostasiatischen Raum, die keine eigene Kollisionsnorm für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen vorsehen und von einer Anwendung des für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltenden (Schutzland-)Rechts ausgehen. Die ALI Principles erwähnen die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in der Kommentierung zu § 301, der Immaterialgüterrechtsverletzungen dem Eintragungs- bzw. Schutzlandrecht unterstellt, und kommen dabei zu dem Ergebnis, dass auch die Ermöglichungshandlung, die gelegentlich bereits als eigenständige Verletzungshandlung angesehen werden kann, dem auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung

836 Vgl. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 C17.

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

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

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

anzuwendenden Recht zu unterstellen ist⁸⁴⁰. Die von Mitgliedern der koreanischen und japanischen Private International Law Association ausgearbeiteten Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights sprechen die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen in Art. 305 als Frage der extraterritorialen Anwendung des auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbaren Schutzlandrechts auf Ermöglichungs- und Verletzungsteilhandlungen an und entscheiden sich damit anstelle einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Lösung für eine Lösung im Rahmen des anwendbaren Sachrechts⁸⁴¹.

2. Umsetzung einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Behandlung der Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen

Nachdem die materiellrechtlichen Grundlagen und kollisionsrechtlich relevanten Interessen für eine eigenständige Qualifikation und kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel erörtert und mit den bisher vorgebrachten Lösungsansätzen verglichen wurden, bleibt nun die Umsetzung dieser Lösung näher zu betrachten. Die eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung neutraler Ermöglichungshandlungen erfordert eine Differenzierung auf der kollisionsrechtlichen Ebene zwischen unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungen und deren Ermöglichung (a) sowie zwischen gezielten Unterstützungshandlungen und neutralen Ermöglichungshandlungen (b), für die es jeweils geeignete Differenzierungskriterien zu finden gilt. Die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung, die als solche dem Territorialitätsprinzip unterliegt

840 The American Law Institute, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes, 2008, § 301, comment h; vgl. auch *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 N14 und Fn. 1144.

841 Commentary on Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights (Joint Proposal Drafted by Members of the Private International Law Association of Korea and Japan, Waseda University Global COE Project October 14, 2010), (2011) The Quarterly Review of Corporation Law and Society, 112, Art. 305, Explanatory Notes; vgl. auch *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604 N15 und Fn. 1145.

und vom Schutzlandrecht zu beantworten ist, stellt sich bei einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Anknüpfung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Ermöglichungshandlungen als Vorfrage dar (c).

a) Abgrenzung zwischen unmittelbaren

Immaterialgüterrechtsverletzungen und deren Ermöglichung

Eine eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung neutraler Ermöglichungshandlungen setzt voraus, dass sich die Haftungstatbestände für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene von unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungstatbeständen abgrenzen lassen. Letztlich kann die Frage, wann und ob durch die Vornahme einer dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Nutzungs- oder Verwertungshandlung in ein immaterialgüterrechtliches Ausschließlichkeitsrecht eingegriffen und dieses dadurch unmittelbar verletzt wurde, nur durch das Sachrecht des Staates beantwortet werden, nach dem das Immaterialgüterrecht entstanden ist und geschützt wird und das durch die kollisionsrechtliche Schutzlandanknüpfung zur Anwendung auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung berufen würde. Weil die Frage hier aber zunächst einmal zumindest vorläufig zur Bestimmung des anwendbaren Rechts auf der kollisionsrechtlichen Ebene zu beantworten ist, sollte noch nicht auf das für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung geltende Schutzlandrecht, das erst als Ergebnis der Verweisungsnorm für unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzungen feststeht, vorgegriffen werden. Im internationalen Privatrecht sind solche Abgrenzungs- und Qualifikationsfragen grundsätzlich losgelöst vom anwendbaren Sachrecht (*lex causae*) und damit auch losgelöst vom Schutzlandrecht nach den Vorstellungen des Kollisionsnormgebers, dessen Regeln im Forumstaat gelten (*lex fori*), zu beantworten⁸⁴². Dabei hat sich die Qualifika-

842 Vgl. BGH, Urteil vom 2.10.1997, Az. I ZR 88/95 – *Spielbankaffäre*, GRUR Int 1998, 427, 429f.: „Die kollisionsrechtliche Frage, ob eine bestimmte Handlung als Urheberrechtsverletzung qualifiziert werden kann mit der Folge, daß das deutsche Recht zur Anknüpfung auf das Recht des Schutzlandes verweist, ist nach deutschem Recht zu beurteilen [Nachweise]. Ob eine kollisionsrechtlich als Urheberrechtsverletzung zu bewertende Handlung dann auch sachrechtlich als Urheberrechtsverletzung zu behandeln ist, entscheidet das Recht des Schutzlandes“. Katzenberger in: Schrickner (Hrsg.), Urheberrecht, 3.Aufl. (2006), vor §§ 120ff.,

tion jedoch von den eigenen materiellrechtlichen Lösungen der *lex fori* zu lösen, um zu breiteren auf rechtsvergleichender Grundlage gewonnenen Kategorien zu gelangen. Soweit die Kollisionsnormen für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung und deren Ermöglichung in einer internationalen Konvention oder Empfehlung enthalten wären, wären deren materiellrechtliche Regelungen oder zumindest das diesen Kollisionsnormen zugrundeliegende materiellrechtliche Verständnis als Grundlage für die Abgrenzung maßgeblich.

Der materiellrechtliche Vergleich in drei ausgewählten Rechtsordnungen (siehe oben III.4.a.bb) hat gezeigt, dass eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung voraussetzt, dass der Verletzer alle Merkmale des Verletzungstatbestandes selbst verwirklicht, während eine Person, die alle diese Merkmale selbst nicht verwirklicht, das Immaterialgüterrecht nicht unmittelbar verletzt, sondern nur zu dessen Verletzung durch einen anderen beiträgt. Die unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungstatbestände knüpfen an die Anmaßung eines dem Rechtsinhaber zugewiesenen Ausschließlichkeitsrechts an, während Haftungstatbestände für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen auf dem vorwerfbaren und/oder sorgfaltswidrigen Beitrag zu einer Immaterialgüterrechtsverletzung beruhen. Eine kollisionsrechtliche Abgrenzung zwischen unmittelbarer Immaterialgüterrechtsverletzung und deren Ermöglichung lässt sich also nicht nur dem Verweisungsergebnis vorgreifend am Maßstab des mate-

Rn. 128: „Ebenso der *lex fori* vorbehalten ist die Beantwortung der Qualifikationsfrage, ob es sich bei einem zu beurteilenden Sachverhalt seiner Art nach um einen möglichen Eingriff in ein Urheberrecht oder verwandtes Schutzrecht handelt und ob demzufolge das Schutzlandprinzip als Kollisionsregel angewendet werden kann. Nur wenn diese Frage nach der *lex fori* zu bejahen ist, kann dann auch nach dem Recht des Schutzlandes entschieden werden, ob auch sachrechtlich ein solcher Eingriff vorliegt.“ Dagegen *Hartmann* in: *Möhring/ Nicolini* (Hrsg.) Urheberrechtsgesetz, 2.Aufl. (2000), vor §§ 120ff., Rn. 20: „Die Frage, ob eine bestimmte Handlung als Urheberrechtsverletzung qualifiziert werden kann, läßt sich nicht ohne Rückgriff auf den Inhalt des Rechts im betroffenen Schutzland beantworten. Seine Gesetzestatbestände sind entscheidend dafür, welche Tatsachen als Verletzungshandlung zu werten sind. [...] Insofern kommt es im Urheberrecht –anders als sonst im IPR- zu einer Qualifikation *lege causae*, d.h. nach dem berufenen Recht [Nachweise]. Damit entscheidet das Schutzlandrecht auch darüber, ob eine Handlung als Teilnahme an einer Urheberrechtsverletzung zu werten ist.“ Ihm folgend auch v. *Welser* in: *Wandtke/ Bullinger* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3.Aufl. (2009), vor §§ 120ff. Rn. 13.

riellrechtlich implizierten Verletzungstatbestandes vornehmen⁸⁴³. Sie kann sich auch am Vorbringen des Klägers orientieren und daran ansetzen, ob sich dieses im Kern auf die Anmaßung einer dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Nutzungs- oder Verwertungshandlung oder auf das vorwerfbare Ermöglichen einer durch einen anderen begangenen Immaterialgüterrechtsverletzung stützt. Auf dieser Grundlage kann dann im ersten Fall die für unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzungen geltende Kollisionsnorm das Schutzlandrecht zur Anwendung berufen, dem die endgültige Entscheidung über das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung zusteht, während im zweiten Fall eine eigene Kollisionsnorm das auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen anwendbare Recht bestimmt, dem die endgültige Entscheidung über den Vorwurf des sorgfaltswidrigen Ermöglichens der Immaterialgüterrechtsverletzung und dessen Abgrenzung zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung zukommt. Die endgültige Entscheidung, ob ein bestimmtes Verhalten einen immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestand verwirklicht und als unmittelbare Verletzung gewertet werden kann oder nur zu dessen Verwirklichung durch einen anderen beiträgt, lässt sich nur im materiellen Recht anhand der jeweiligen Verletzungstatbestände beantworten und wird durch eine entsprechende kollisionsrechtliche Differenzierung nicht präjudiziert.

Ein Verhalten, das auf kollisionsrechtlicher Ebene für die Abgrenzung einer besonderen Kollisionsnorm gegenüber der Schutzlandanknüpfung als Ermöglichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung behandelt wird, kann damit nach dem durch die besondere Kollisionsnorm berufenen Recht als unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung gewertet werden. Dieses Auseinanderfallen von kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Wertung widerspricht nicht dem Sinn und Bedürfnis nach einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Anknüpfung für neutrale Ermöglichungshandlungen. Die kollisionsrechtliche Qualifikation als neutrale Ermöglichungshandlung führt nämlich dazu, dass ein für den Anbieter des neutralen Dienstes oder Mittels vorhersehbares Recht zur Anwendung kommt, auf dessen Inhalt einschließlich der Abgrenzung zwischen unmittelbarer Immaterialgüterrechtsverletzung und deren Ermöglichung er sich

843 So die Argumentation zugunsten einer Qualifikation *lege causae* und damit einer Abgrenzung nach dem berufenen Schutzlandrecht von *Hartmann* in: *Möhring/Nicolini* (Hrsg.) Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. (2000), vor §§ 120ff., Rn. 20.

einstellen kann, so dass ihn der Vowurf einer Verantwortlichkeit als Verletzer im materiellen Recht nicht unerwartet treffen wird.

Schwierigkeiten, die den Sinn der kollisionsrechtlichen Verweisung in Frage stellen könnten, entstehen aus einer unterschiedlichen Bewertung auf kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Ebene nur, wenn die besondere kollisionsrechtliche Anknüpfung als Sachnormverweisung ausgestaltet ist und die durch sie für neutrale Ermöglichungshandlungen einzig zur Anwendung berufene Rechtsordnung das Verhalten nur am Maßstab der Verletzungstatbestände des eigenen nationalen Immaterialgüterrechts ohne Rückgriffsmöglichkeit auf allgemeine, von dem Erfordernis einer inländischen Immaterialgüterrechtsverletzung gelöste Zurechnungskriterien beurteilen und deren Anwendung mangels einer wenigstens teilweise im Inland zu lokalisierenden Verletzung eines inländischen Immaterialgüterrechts ablehnen würde. Nur in diesem Fall könnte die von der besonderen Kollisionsnorm einzig zur Anwendung berufene Rechtsordnung die ihr zugewiesene Aufgabe, eine rechtliche Bewertung über die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten neutraler Dienste oder Mittel vorzunehmen, nicht erfüllen. Diese Konstellation wird allerdings selten vorkommen, weil das Immaterialgüterrecht in der Regel, wie das Beispiel der drei näher untersuchten Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs und der USA zeigt, über historische Wurzeln im Deliktsrecht verfügt und die ergänzende Anwendung der deliktsrechtlichen Zurechnungsregeln systematisch offen steht. Bei der Anwendung dieser allgemeinen deliktsrechtlichen Zurechnungsregeln, die als solche nicht dem Territorialitätsprinzip unterliegen, ließen sich mit Blick auf die internationale Dimension des kollisionsrechtlich dieser Rechtsordnung zugeordneten Sachverhalts und dem Bestreben nach einer international tragfähigen Befolgung dieser Verweisung auch im Ausland begangene Immaterialgüterrechtsverletzungen mit der gebotenen Vorsicht berücksichtigen (näher dazu siehe unten D.IV). Soweit die besondere kollisionsrechtliche Anknüpfung neutraler Ermöglichungshandlungen dagegen als Gesamtverweisung ausgestaltet ist, ließe sich dieses Ergebnis dadurch vermeiden, dass das von der zur Anwendung berufenen Rechtsordnung als Verletzung qualifizierte Verhalten nach deren Internationalem Privatrecht der Schutzlandanknüpfung unterstellt würde und damit nach dem jeweiligen Schutz-

landrecht beurteilt werden könnte⁸⁴⁴. Dass damit im Ergebnis dann doch die Schutzlandanknüpfung zum Tragen käme, erscheint zwar unbefriedigend, aber insoweit vertretbar, als der Anbieter in diesem Fall weiß, dass sein Verhalten nach der für dessen rechtliche Beurteilung maßgeblichen Rechtsordnung als Verletzung gewertet wird. Insoweit darf er nicht mehr darauf vertrauen, einen neutralen Dienst zu betreiben oder lediglich neutrale Mittel anzubieten, und muss sich bei Fortführung dieses Verhaltens entsprechend auf die Schutzlandanknüpfung und die damit einhergehende Anwendung einer Vielzahl von Rechtsordnungen einstellen.

Die kollisionsrechtliche Abgrenzung zwischen unmittelbarer Immaterialgüterrechtsverletzung und deren Ermöglichung mag in einzelnen Sachverhaltskonstellationen schwierig erscheinen und der Rechtsinhaber wird in einigen Fällen derselben Person sowohl eine eigene unmittelbare Verletzung seines Rechts als auch zumindest hilfsweise die Ermöglichung einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung vorwerfen⁸⁴⁵. Beide Vorwürfe lassen sich aber kollisionsrechtlich trennen und materiellrechtlich nach unterschiedlichen Rechten beantworten⁸⁴⁶. Der dadurch eröffneten Gefahr einer doppelten Verantwortlichkeit lässt sich im Rahmen der von den zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen ausgesprochenen Rechtsfolgen im Wege der Anpassung oder der faktischen Berücksichtigung der Konsequenzen aus der Verantwortlichkeit nach der anderen Rechtsordnung begegnen (siehe oben IV.1.b.dd und 2.c.cc). Auch materiellrechtlich lassen sich die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung und ein die Immaterialgüterrechtsverletzung lediglich ermöglichendes Verhalten trennen, auch wenn die Frage der materiellrechtlichen Abgrenzung über die kollisionsrechtliche Fragestellung dieser Arbeit hinausgeht. So wird auch bei weit gefassten Ausschließlichkeitsrechten und entsprechend weiten Verletzungstatbeständen wie bei dem urheberrechtlichen Recht der öffentlichen Wiedergabe und öffentlichen Zugänglichmachung von Werken, das auf Art. 8 des WIPO-Urheberrechtsvertrags bzw. Art. 3 I

844 Rechtstechnisch ließe sich hier ein „*renvoi*“ kraft abweichender Qualifikation“ annehmen, siehe dazu Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (2006), S. 168.

845 So die Einwände von *Matulionytė*, (2012) JIPITEC 3, 263, 292f. und *de Miguel Asensio*, (2012) JIPITEC 3, 350, 354f.

846 Vgl. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604, C9 und Fn. 1110.

der Informationsgesellschaftsrichtlinie zurückgeht und sich entsprechend in allen Vertrags- und Mitgliedstaaten findet, die Haftung für die Ermöglichung von Urheberrechtsverletzungen nicht erfasst und demnach deren Abgrenzung zur öffentlichen Wiedergabe und öffentlichen Zugänglichmachung vorausgesetzt⁸⁴⁷. Das in der deutschen Umsetzung in § 19a UrhG normierte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist deshalb nur auf urheberrechtliche Nutzungshandlungen zu beziehen und erfasst nicht auch denjenigen, der hierfür lediglich die technischen Mittel zur Verfügung stellt, wie Accessprovider, Netzwerkbetreiber und in der Regel auch Host-provider⁸⁴⁸.

b) Abgrenzung zwischen gezielten Unterstützungshandlungen und neutralen Ermöglichungshandlungen

Neben der Abgrenzung zu den unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzungstatbeständen setzt eine eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung neutraler Ermöglichungshandlungen eine weitere auf kollisionsrechtlicher Ebene innerhalb der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen vorzunehmende Abgrenzung zu den gezielten Unterstützungshandlungen, die aufgrund ihrer Ausrichtung und ihres engen Bezuges zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung dem für diese geltenden Schutzlandrecht unterstellt werden, voraus. Diese Abgrenzung, die mit der Zuordnung zu der für neutrale Ermöglichungshandlungen eingreifenden eigenständigen Kollisionsnorm wieder eine im Grundsatz nach der *lex fori* zu beantwortende Qualifikationsfrage aufwirft, hat gleichsam losgelöst von dem zur Anwendung zu berufenden materiellen Recht zu erfolgen. Sie kann sich wieder auf die aus der rechtsvergleichen- den Analyse der materiellrechtlichen Ausgestaltung der jeweiligen Haftungsformen in den drei ausgewählten Rechtsordnungen gewonnenen Erkenntnisse stützen (siehe oben III.4.c), soweit sich die daraus abzeichnen-

847 Vgl. von Lewinski, International Copyright Law and Policy, 2008, S. 458f. (Rn. 17.81); Walter in: Walter/ von Lewinski (Hrsg.), European Copyright Law, 2. Aufl. (2010), Article 3 Information Society Directive, Rn. 11.3.17.

848 Von Ungern-Sternberg in: Schricker (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. (2006), § 19a UrhG, Rn. 55. Für Hostprovider soll das jedenfalls soweit gelten, als sie sich darauf beschränken, ihren Kunden Speicherplatz zur Verfügung zu stellen, ohne die von diesen eingestellten Inhalte zu kontrollieren.

den Kriterien auch für eine Differenzierung auf kollisionsrechtlicher Ebene eignen. Die Haftungstatbestände, die auf die Ermöglichung einer fremden unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung durch gezielte Unterstützungshandlungen reagieren, knüpfen objektiv an eine Unterstützungshandlung an, die eine bestimmte Immaterialgüterrechtsverletzung veranlasst oder fördert, und setzen in subjektiver Hinsicht die Kenntnis oder jedenfalls das Kennenmüssen der durch die Unterstützungshandlung ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung voraus. Die Haftungstatbestände, die auf die Ermöglichung einer fremden Immaterialgüterrechtsverletzung durch neutrale Handlungen reagieren, zeichnen sich dadurch aus, dass sich der die fremde Immaterialgüterrechtsverletzung fördernde Tatbeitrag auf das Anbieten oder Zurverfügungstellen eines neutralen Dienstes oder neutraler Mittel, die sowohl in rechtmäßiger als auch in rechtsverletzender Weise genutzt werden können, und damit im wesentlichen auf die technische Verursachung reduziert⁸⁴⁹. Der Anbieter beschränkt sich dabei regelmäßig auf eine passive Rolle ohne Mitwirkung und Kontrolle bei der Auswahl der Inhalte und erlangt somit zunächst auch keine Kenntnis von den einzelnen durch die Nutzer der Dienste oder Mittel begangenen Immaterialgüterrechtsverletzungen. Die Haftung setzt deshalb zusätzlich die Verletzung einer Sorgfaltspflicht bei mangelnden Vorkehrungen gegen rechtsverletzende Nutzungsmöglichkeiten oder die Verletzung einer konkreten Prüfungspflicht voraus.

Auf dieser Grundlage kommen für die Umschreibung und Eingrenzung des Anknüpfungsgegenstands einer besonderen Kollisionsnorm für neutrale Ermöglichungshandlungen folgende Kriterien in Betracht: Das erste wichtige Kriterium ist der neutrale Charakter der angebotenen Dienste oder Mittel, die nicht auf rechtswidrige Nutzungen ausgerichtet sein dürfen, neben rechtmäßigen Nutzungen aber auch die Begehung von Immaterialgüterrechtsverletzungen ermöglichen. Der neutrale Charakter und die rechtmäßigen Nutzungsmöglichkeiten bilden auch im Rahmen der kollisionsrechtlichen Interessenanalyse ein Motiv für die kollisionsrechtliche Privilegierung des Anbieters durch die Anwendung eines einzigen im Vor-

849 Vgl. auch *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604, C7. *de Miguel Asensio*, (2012) JPITEC 3, 350, 354f. weist dabei auf die bei der Anwendung der Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie auftretenden Schwierigkeiten hinsichtlich der Kriterien der Neutralität des Dienstes und der Passivität des Diensteanbieters hin.

feld bestimmbaren Rechts. Das zweite Kriterium ist die passive Rolle des Diensteanbieters, dessen Verursachungsbeitrag zu der Immaterialgüterrechtsverletzung sich nur auf das Anbieten und Zurverfügungstellen der technischen Mittel beschränkt und der die einzelnen Nutzungen inhaltlich weder modifiziert noch kontrolliert. Wie bei dem neutralen Charakter der angebotenen Dienste und Mittel handelt es sich auch hier um ein objektives Kriterium, das sich ohne Rückgriff auf das materielle Recht der *lex fori* und ohne Vorgriff auf das über die Frage der Haftung entscheidende Sachrecht auf einer tatsächlichen Grundlage feststellen lässt. Das dritte Kriterium ist die mangelnde Kenntnismöglichkeit der durch die angebotenen Dienste und Mittel im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung und somit der mangelnde Vorsatz im Zeitpunkt der Verwirklichung der Immaterialgüterrechtsverletzung. Dieses dritte Kriterium stellt im materiellen Recht ein wichtiges Abgrenzungskriterium zu der klassischen Teilnahme durch gezielte Unterstützungshandlungen dar und ist auch für die zur Bildung einer eigenen Kollisionsnorm führende Interessenabwägung entscheidend. Die mangelnde Kenntnis von den im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzungen führt nämlich dazu, dass das auf die Immaterialgüterrechtsverletzung anzuwendende Schutzlandrecht für den Diensteanbieter kein vorhersehbares Recht darstellen würde, an dem er sein Verhalten vor Verwirklichung der Immaterialgüterrechtsverletzungen ausrichten könnte. Gleichwohl eignet sich die mangelnde Kenntnis anders als die ersten beiden Kriterien nicht als kollisionsrechtliches Abgrenzungskriterium, weil es als subjektives Merkmal nicht mit der gebotenen Sicherheit und ohne Rückgriff auf sachrechtliche Wertungen, wann Kenntnis oder ein fahrlässiges Kennenmüssen zu bejahen ist, ermittelt werden kann und subjektive Merkmale deshalb im Kollisionsrecht vermieden werden⁸⁵⁰.

Die ersten beiden Abgrenzungskriterien spiegeln sich auch im Wortlaut der Kollisionsnorm des Art. 3:604(2) CLIP Principles wider, der den

850 Vgl. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles: Text and Commentary, 2013, Art. 3:604, N12 zu den Gründen, die bei der Formulierung des Art. 3:604(2) CLIP Principles dazu führten, auf ein subjektives Abgrenzungsmerkmal zu verzichten; *Kur*, WRP 2011, 971, 981. Zu der Kenntnis bzw. Unkenntnis von den individuellen Verletzungen und deren Grenzen für eine kollisionsrechtliche Differenzierung *Fawcett/Torremans*, Intellectual Property and Private International Law, 2.Aufl. (2011), S. 922.

Anknüpfungsgegenstand als *facilities or services being offered or rendered that are capable of being used for infringing and non-infringing purposes by a multitude of users without intervention of the person offering or rendering the facilities or services in relation to the individual acts resulting in infringement* formuliert. Soweit dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, etwa weil das Angebot ausschließlich auf einen rechtsverletzenden Gebrauch ausgerichtet ist oder ausschließlich zu rechtsverletzenden Zwecken verwendet wird und somit kein neutraler Dienst vorliegt, bestimmt sich das auf die Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen anwendbare Recht nach der Grundregel des Art. 3:604(1) und damit nach dem auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung anwendbaren Schutzlandrecht⁸⁵¹. Art. 3:604(2) CLIP Principles dient also als Beispiel dafür, dass eine kollisionsrechtliche Differenzierung zwischen gezielten Unterstützungshandlungen und neutralen Ermöglichungshandlungen ohne Rück- bzw. Vorgriff auf materiellrechtliche Wertungen gelingen kann.

Art. 3:604(2) CLIP Principles dient ferner als Beispiel dafür, dass sich die unter die eigenständige Kollisionsnorm fallenden neutralen Ermöglichungshandlungen auch ohne enumerative oder beispielhafte Aufzählung bestimmter Dienste und Mittel umschreiben lassen, ohne dass der Anknüpfungsgegenstand dadurch konturlos würde. Gegen eine solche, die Regelungstechnik der materiellrechtlichen Haftungsprivilegierungstatbestände der E-Commerce-Richtlinie auf die kollisionsrechtliche Ebene übertragende, Aufzählung spricht zum einen, dass die Anknüpfungsgegenstände der Kollisionsnormen abstrahierend und weit gefasst sein müssen, um auch der *lex fori* unbekannte Rechtsformen erfassen zu können, und damit nicht auf die Aufzählung bestimmter Rechtsformen und Erscheinungen beschränkt werden können. Zum anderen birgt jede enumerative Aufzählung die Gefahr, nicht alle gegenwärtigen und im Zuge der technischen

851 Art. 3:604 (1): Subject to paragraph 2, the law applicable to liability based upon acts or conduct that induce, contribute to or further an infringement is the same as the law applicable to that infringement.

Vgl. *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604, C8 und C13; *Kur*, WRP 2011, 971, 981, mit dem Hinweis, dass mit der Formulierung dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses auch der international verbreiteten und u.a. in Art. 15 Rom II-VO verankerten Tendenz zur einheitlichen Anwendung des Schutzlandrechts soweit wie möglich Rechnung getragen wird; *Kur*, GRUR Int 2012, 857, 867.

und digitalen Weiterentwicklung zu erwartenden künftigen Dienste und Mittel, die aufgrund der kollisionsrechtlichen Interessenlage eine eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung erfordern, erfassen zu können⁸⁵². Die auf bestimmte Dienste beschränkten materiellrechtlichen Haftungsprivilegierungstatbestände der E-Commerce-Richtlinie bilden vor diesem Hintergrund auch im unionsrechtlichen Kontext keinen geeigneten Ausgangspunkt für die Formulierung einer Kollisionsnorm, die neutrale Ermöglichungshandlungen wie die von Art. 12-14 ECRL materiellrechtlich privilegierten Dienste einem einzigen vorhersehbaren Recht unterstellen möchte. Grund für eine eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Ermöglichungshandlungen ist nämlich nicht allein das Anbieten bestimmter Dienste oder Mittel, sondern die Überlegung, dass der Anbieter solcher neutraler Dienste oder Mittel aufgrund seiner im wesentlichen auf das Zurverfügungstellen reduzierten passiven Rolle keine Kenntnis von den einzelnen rechtsverletzenden Nutzungen hat, so dass das auf die Frage seiner Haftung anwendbare Recht nur dann für ihn vorhersehbar ist, wenn es losgelöst von der im einzelnen ermöglichten Immaterialgüterrechtsverletzung bestimmt wird.

Zudem besteht kein Anlass, die besondere Kollisionsnorm für neutrale Ermöglichungshandlungen ausdrücklich auf Anbieter von Internet-Diensten zu beschränken. Zwar greifen die von der E-Commerce-Richtlinie und von dem Digital Millennium Copyright Act vorgesehenen materiellrechtlichen Haftungsprivilegierungen nur für die Anbieter von (bestimmten) Internetdiensten ein. Auch wird die Gefahr der Anwendbarkeit einer Vielzahl unvorhersehbarer Rechtsordnungen infolge in einer Vielzahl von Staaten ermöglichter Immaterialgüterrechtsverletzungen typischerweise und in besonderem Maße bei der Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch das Anbieten von Diensten und Mitteln im Internet aktuell, bei denen die Rechtsinhaber zudem ein besonders ausgeprägtes Interesse daran haben, gegen den Anbieter vorzugehen, um die Verletzung ihrer Rechte über das Internet wirksam unterbinden zu können. Die für die kollisionsrechtliche Eigenständigkeit ausschlaggebende und auf dem gelockerten materiellrechtlichen Bezug zur unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung beruhende besondere Interessenlage bei neutralen

852 Vgl. auch *Kur*, in: European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, The CLIP Principles and Commentary, 2013, Art. 3:604, N13.

Ermöglichungshandlungen sowie das zentrale Interesse an der Anwendung eines vorhersehbaren Rechts beschränken sich aber nicht notwendig auf die Anbieter neutraler Internetdienste, auch wenn diese die typischen Anwendungsfälle für die vorgeschlagene eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung bilden⁸⁵³.

- c) Unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung als Vorfrage für die eigenständige kollisionsrechtliche Behandlung der Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen

Die aufgrund der kollisionsrechtlichen Interessenlage gerechtfertigte gegenüber der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung eigenständige Qualifikation und Anknüpfung neutraler Ermöglichungshandlungen findet ihre Grenze dort, wo es um die Beurteilung der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung geht, die aufgrund des territorial beschränkten Immaterialgüterrechtsschutzes dem Schutzlandrecht unterstellt bleibt. Diese beiden unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Vorgaben lassen sich dadurch umsetzen, dass für die Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen zwar eine eigene Anknüpfungsregel gebildet wird, die Frage der für die Haftung für neutrale Ermöglichungshandlungen regelmäßig materiellrechtlich vorausgesetzten Immaterialgüterrechtsverletzung dagegen als Erst- oder Vorfrage von dieser eigenständigen Verweisung ausgespart bleibt und damit der traditionellen Schutzlandanknüpfung unterstellt werden kann. Ob es sich bei der Frage nach der Verwirklichung einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung um eine Erst- oder Vorfrage handelt, hängt von der Formulierung der Anknüpfungsregel für die neutralen Ermöglichungshandlungen ab. Setzt die Anknüpfungsregel selbst in ihrem Tatbestand eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung voraus, stellt sich die Frage nach der Verwirklichung der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung als Erstfrage dar⁸⁵⁴. Ist die Anknüpfungsre-

853 Vgl. *Matulionytė*, Law Applicable to Copyright, A Comparison of the ALI and CLIP Proposals, 2011, S. 193-195 und 199f., die sich unabhängig von der Art des Mediums, in dem ein Immaterialgüterrecht ubiquitär oder zumindest in einer Vielzahl von Staaten verletzt wird, und damit auch bei entsprechenden *offline*-Sachverhalten für die Anwendung eines vorhersehbaren Rechts ausspricht.

854 Vgl. *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 134f.; *Sonnenberger*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5. Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 537.

gel dagegen so formuliert, dass sich das Erfordernis einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung nicht aus ihrem Tatbestand⁸⁵⁵, sondern erst aus dem von ihr zur Anwendung bestimmten Recht ergibt, stellt sie sich als Vorfrage im engeren Sinne dar⁸⁵⁶.

Knüpft ein zur Anwendung berufener deliktsrechtlicher Haftungstatbestand an die Verletzung eines subjektiven Rechts an, wird damit zwar nicht notwendig auch eine Vorfrage nach dem Bestand des subjektiven Rechts aufgeworfen, weil dieses auch lediglich als Bewertungselement zur Ausfüllung einer deliktsrechtlichen Generalklausel und zur Konkretisierung des von dieser vorausgesetzten Pflichtwidrigkeitsvorwurfs herangezogen werden kann, ohne dass es hierzu der kollisionsrechtlichen Berufung einer Rechtsordnung bedürfte⁸⁵⁷. Ob diese Überlegung aber auch für das nach einem Haftungstatbestand vorausgesetzte Erfordernis einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung gelten kann, erscheint fraglich. Zwar stützen sich die materiellrechtlichen Haftungstatbestände für neutrale Ermöglichungshandlungen oft auf einen allgemeineren deliktsrechtlichen Pflichtwidrigkeitsvorwurf, der sich weitgehend ohne Rückgriff auf den im Einzelfall ermöglichten immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestand konkretisieren lässt. Soweit diese Tatbestände aber die Verwirklichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung voraussetzen, ist die immaterialgüterrechtliche Besonderheit zu berücksichtigen, dass sich Bestand und Verletzung eines Immaterialgüterrechts nur mit Blick auf eine bestimmte Rechtsordnung, dessen Schutzvoraussetzungen das immaterielle Gut erfüllt, und nicht losgelöst von dieser bejahen lassen. Ohne Rückgriff auf dieses Schutzlandrecht liegen demnach weder ein Immaterialgüterrecht noch eine rechtlich relevante Immaterialgüterrechtsverletzung vor, die im Rahmen eines auch allgemeinen deliktsrechtrechtlichen Haf-

855 Dies ist bei Art. 3:604 (2) CLIP Principles der Fall, dessen Anwendung nicht die Feststellung der Verwirklichung einer unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung voraussetzt: In case of facilities or services being offered or rendered that are capable of being used for infringing and non-infringing purposes by a multitude of users without intervention of the person offering or rendering the facilities or services in relation to the individual acts resulting in infringement, the law applicable to the liability of that person is the law of the State where the centre of gravity of her/his activities relating to those facilities or services is located.

856 Vgl. *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 134f. und S. 221; *Sonnenberger*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5. Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 537.

857 Vgl. *Sonnenberger*, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5. Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 556.

tungstatbestandes als Voraussetzung für dessen Eingreifen Beachtung finden könnten. Die von einem materiellrechtlichen Haftungstatbestand für eine neutrale Ermöglichungshandlung vorausgesetzte Verwirklichung einer Immaterialgüterrechtsverletzung ist deshalb als Vorfrage nach dem für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung maßgeblichen Schutzlandrecht zu beantworten.

Aus der terminologischen Differenzierung zwischen Erstfrage und Vorfrage folgen keine prinzipiell unterschiedlichen Lösungsansätze für deren Beantwortung, weil sich hinter beiden Fällen letztlich eine Auslegungsfrage des von der Kollisionsnorm ausgesprochenen Verweisungsumfangs auf das von ihr zur Anwendung berufene Recht verbirgt⁸⁵⁸. Die Differenzierung zwischen Erst- und Vorfrage hat sich dennoch in der deutschen Literatur etabliert. Für die Erstfrage, die sich im Tatbestand der inländischen Kollisionsnorm stellt und damit erkennbar auf die Auslegung der inländischen Kollisionsnorm ausgerichtet ist, ist die selbständige Anknüpfung nach dem Kollisionsrecht der *lex fori* weitgehend anerkannt. Dafür spricht neben dem methodischen Einwand, dass bei der Auslegung der inländischen Kollisionsnorm zu deren Anwendung die von ihr erst noch zu bestimmende *lex causae* noch nicht feststeht, vor allem die Überlegung, dass die Entscheidung über Voraussetzungen und Art der Anwendung der inländischen Kollisionsnormen dem inländischen Kollisionsnormgeber zukommt⁸⁵⁹. Schwieriger stellt sich die Argumentation für die Vorfrage dar, die erst durch das zur Anwendung berufene Sachrecht der *lex causae* oder seltener deren Kollisionsrecht, soweit dieses eine von dem Kollisionsrecht der *lex fori* abweichende Differenzierung vornimmt⁸⁶⁰, aufgeworfen wird. Hier ist zur Bestimmung des Verweisungsumfangs der zugrundeliegenden Kollisionsnorm der *lex fori* auch die von dieser bestimmte *lex causae* in den Blick zu nehmen⁸⁶¹. Für eine im Grundsatz selbständige Anknüpfung auch der Vorfrage spricht, dass das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der Vorfrage ist, auf diese Weise dieselbe kollisionsrechtliche Behandlung erfährt wie wenn es sich als Hauptfrage stellen würde, so dass der interne Entscheidungseinklang gewährleistet wird⁸⁶². Für eine im Grundsatz un-

858 Sonnenberger, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 533-539; Mansel, in: FS. Kropholler, 2008, S. 353, 360f.

859 Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl.(2006), S. 223f.

860 Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl.(2006), S. 221.

861 Sonnenberger, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5.Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 542.

862 Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl.(2006), S. 226-228.

selbständige Anknüpfung der Vorfrage lässt sich dagegen anführen, dass das von der inländischen Kollisionsnorm berufene ausländische Recht die Entscheidung über den Inhalt eines von ihm verwendeten Rechtsbegriffs treffen sollte und dass das ausländische Recht auf diese Weise dieselbe Anwendung erfährt, die es auch von den Gerichten im entsprechenden Staat erfahren würde, was zu einem internationalen Entscheidungseinklang beiträgt⁸⁶³.

Die unterschiedlichen Ansichten, ob die Vorfrage wie die Erstfrage im Grundsatz und vorbehaltlich nach dem Sinn der kollisionsrechtlichen Verweisung gebotener Ausnahmen selbständig nach den Kollisionsnormen der *lex fori* oder im Grundsatz und vorbehaltlich auch hier gebotener Ausnahmen unselbständig nach den Kollisionsnormen der *lex causae* anzuknüpfen ist oder ob sie sich einer allgemeinen Regelung entzieht und die Lösung nur im Einzelfall und für jede Vorfrage getrennt erfolgen kann⁸⁶⁴, wirken sich in dem vorliegenden Fall aber nicht auf das Ergebnis aus. Für unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzungen stellt nämlich die Schutzlandanknüpfung die weithin anerkannte und international vorherrschende Kollisionsnorm dar, so dass sowohl bei einer selbständigen Anknüpfung nach der *lex fori* als auch bei einer unselbständigen Anknüpfung nach der *lex causae* die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung dem Schutzlandrecht unterstellt wird. Innerhalb der Europäischen Union, für die mit Art. 8 Rom II-VO eine gemeinschaftsweit einheitliche Kollisionsnorm für Immaterialgüterrechtsnormen zur Verfügung steht, deren Geltung für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung durch die Aufnahme einer besonderen Kollisionsnorm für neutrale Ermöglichungshandlungen nicht berührt würde, ist mit Blick auf Art. 8 Rom II-VO eine selbständige Anknüpfung vorzunehmen⁸⁶⁵. Allerdings würden, aufgrund der vereinheitlichten Kollisionsnorm, auch eine unselbständige Anknüpfung nach der

863 Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 225f.

864 So Mansel, in: FS. Kropholler, 2008, S. 353, 358; gegen eine generell selbständige oder unselbständige Anknüpfung und für eine an der jeweiligen Kollisionsnorm und den von ihr verfolgten kollisionsrechtlichen Interessen und Zwecken orientierte Lösung auch Sonnenberger, in: MünchKomm-BGB, IPR, 5. Aufl. (2010), Einl. IPR, Rn. 540 und 548f.

865 Heinze, in: FS. Kropholler, 2008, S. 105, 113f.; Goessl, (2012) JPIL 8, 63, 67f., die sich im Rahmen des europäischen IPR generell für eine selbständige Anknüpfung nach der *lex fori* des mitgliedstaatlichen Gerichts, zu der auch das gemeinschaftsrechtlich harmonisierte Kollisions- und Sachrecht zu zählen seien, ausspricht.

lex causae eines Mitgliedstaates sowie, aufgrund der internationalen Anerkennung der Schutzlandanknüpfung, auch eine unselbständige Anknüpfung nach der *lex causae* eines Drittstaates, sollte eine eigenständige europäische Kollisionsnorm für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Handlungen auf einen Drittstaat verweisen, zur Anwendung des Schutzlandrechts führen. Sollte die eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung für die Ermöglichung von Immaterialgüterrechtsverletzungen durch neutrale Handlungen in ein internationales Übereinkommen Eingang finden, würde es sich empfehlen, in diesem Zusammenhang auch eine Regelung über die für unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzungen prinzipiell weitergeltende Schutzlandanknüpfung oder zumindest eine ausdrückliche Regel zur selbständigen oder unselbständigen Anknüpfung dieser Erst- oder Vorfrage mit aufzunehmen. In Ermangelung einer eigenen konventionsrechtlichen Kollisionsnorm für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung oder eines ausdrücklichen Hinweises über die selbständige oder unselbständige Anknüpfung dürften angesichts der weitgehenden Anerkennung der Schutzlandanknüpfung für unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzungen aber auch hier beide Wege der selbständigen oder unselbständigen Anknüpfung zur Anwendung des Schutzlandrechts auf die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung führen.

d) Zwischenergebnis

Eine kollisionsrechtliche Differenzierung zwischen neutralen Ermöglichungshandlungen und der unmittelbaren Immaterialgüterrechtsverletzung einerseits sowie gezielten Unterstützungshandlungen andererseits erscheint im Grundsatz trotz eventueller Unschärfen, die sich im Einzelfall ergeben können, möglich. Die nach der Interessenlage gebotene eigenständige und von dem Schutzlandprinzip gelöste kollisionsrechtliche Anknüpfung neutraler Ermöglichungshandlungen die zur Anwendung eines anderen als des für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung maßgeblichen Schutzlandrechts führt, steht dem Geltungsanspruch des Schutzlandrechts für die unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung nicht entgegen. Soweit diese von den materiellrechtlichen Haftungstatbeständen für neutrale Ermöglichungshandlungen vorausgesetzt wird, bleibt die Anwendung des Schutzlandrechts auf diese Vorfrage gewahrt. Eine einheitliche Anknüpfung auch der neutralen Ermöglichungshandlungen nach dem

Schutzlandprinzip, bei der dem kollisionsrechtlichen Interesse des Haftenden an der Anwendung eines für ihn vorhersehbaren Haftungsmaßstabs nur noch punktuell über die im internationalen Deliktsrecht übliche faktische Berücksichtigung der an seinem Handlungsort geltenden Regeln Rechnung getragen werden könnte, scheidet dagegen aus (siehe unten D.I.1).