



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

II/26

PHILIPP DOHNKE

# VORFELDSCHUTZ IM IMMATERIALGÜTERRECHT

Eine dogmatische Untersuchung der Haftung für die Gefährdung und mittelbare Verletzung von Marken-, Patent- und Urheberrechten



BUCERIUS LAW SCHOOL

---

PRESS

# **Schriften der Bucerius Law School**

**Herausgegeben von**

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Professor Dr. Thomas Rönau

Professor Dr. Michael Fehling

Band II/26

Philipp Dohnke

# **Vorfeldschutz im Immaterialgüterrecht**

**Eine dogmatische Untersuchung der Haftung für die  
Gefährdung und mittelbare Verletzung von Marken-,  
Patent- und Urheberrechten**

Verlag:

Bucerius Law School Press, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

Autor:

Philipp Dohnke

Herausgeber:

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt, Professor Dr. Thomas Rönna, Prof. Dr. Michael Fehling

1. Auflage 2013

Herstellung und Auslieferung:

trdition GmbH, Grindelallee 188, 20144 Hamburg

ISBN: 978-3-86381-032-0

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

DIE BUCERIUS  
LAW SCHOOL IST EINE  
GRÜNDUNG DER



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen und von Prof. Dr. Florian Faust und Prof. Dr. Karsten Thorn begutachtet. Rechtsprechung und Literatur wurden bis September 2011 berücksichtigt. Die mündliche Promotionsprüfung fand am 9. Januar 2013 statt.

Mein Dank gilt in erster Linie meiner Frau Diana und meinen Eltern, die mich während des langjährigen Promotionsprojektes in jeder Hinsicht unterstützt haben. Meinen Freunden Jens Heinig und Roland Broemel danke ich für die kritische Durchsicht der Arbeit und für wertvolle Hinweise.

Die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg, hat den Druck dieser Arbeit mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert. Auch hierfür möchte ich mich herzlich bedanken.

Hamburg, im  
Oktober 2013

*Philipp Dohnke*

# Inhalt

## **Vorwort**

## **Erster Teil: Einführung**

A. *Ziel der Arbeit*

B. *Vorfeldschutz als rechtsgebietsübergreifendes Anliegen*

I. Grundzüge

II. Strafrecht

III. Öffentliches Recht

IV. Zivilrecht

V. Zwischenergebnis

C. *Das Fallmaterial*

I. Gefährliche Plattformen

1. Internet und Internetplattformen: Aufgabenteilung im Web 2.0

2. Access Provider

3. Host Provider

a. chefkoch.de

b. Internetauktionshäuser

c. Sharehoster und Musikschließfächer

4. Sonderfall: Usenet Provider

5. Sonstige Vorfeldakteure im Internet

a. Anschlussinhaber

b. Accountinhaber

c. Vorfeldhaftung im Domainrecht

d. Hyperlinks

6. Gefährlicher Telefonanschluss

7. Gefährliche Veranstaltungen

II. Gefährliche Gegenstände

1. Patentrecht
  2. Markenrecht
  3. Urheberrecht
- III. Zwischenergebnis
- D. Die Interessenlage*
- I. Betroffene Grundrechte
  - I. Vorfeld als „Wurzel des Übels“
    1. Die Allgegenwart geistiger Güter
    2. Anonymität der unmittelbaren Verletzer
    3. Vielzahl der unmittelbaren Verletzer
  - II. Vorfeldschutz am Rand schutzrechtsfreier Räume
    1. Ausland
    2. Privater Bereich
    3. Ärztliche Heilverfahren
    4. Überschießender Vorfeldschutz
  - III. Die Bedeutung von Schutzbereich und Schranken
- E. Rechtsverletzung – Rechtsgefährdung*
- F. Grundlegendes zu den Abgrenzungskriterien*
- G. Gang der Untersuchung*

## **Zweiter Teil: Besonderer Vorfeldschutz**

- A. Markenrecht*
- I. Abgrenzung des Vorfeldes: Formeller Tatbestand oder materieller Schutzgegenstand?
  - I. Vorfeldschutz gemäß § 14 Abs. 2 und 3 MarkenG
    1. Kennzeichnung (§ 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG)
    2. Qualifizierter Besitz (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 Var. 3 MarkenG)
    3. Einfuhr und Ausfuhr (§ 14 Abs. 3 Nr. 4 MarkenG)
    4. Transit
  - II. Vorfeldschutz gemäß § 14 Abs. 4 MarkenG
  - III. Zusammenfassung
- B. Patentrecht*
- I. Abgrenzung des Vorfeldes

- I. Vorfeldschutz gemäß § 9 PatG
  1. Erzeugnispatente
    - a. Herstellen (§ 9 S. 2 Nr. 1 Var. 1 PatG)
    - b. Weiter Herstellungsbegriff
  2. Verfahrenspatente
    - a. Inverkehrbringen (§ 6 S. 1 Var. 2 PatG a.F.)
    - b. Anwenden (§ 9 S. 2 Nr. 2 Var. 1 PatG)
- II. Vorfeldschutz gemäß § 10 Abs. 1 PatG
  1. Zur Rechtsnatur der Vorschrift
  2. Überschießender Vorfeldschutz
  3. Objektiver Tatbestand
    - a. Tatobjekt
    - b. Tathandlungen
  4. Subjektiver Tatbestand
    - a. Mittel, die zur Benutzung der Erfindung bestimmt sind
    - b. „...wenn der Dritte weiß oder es auf Grund der Umstände offensichtlich ist...“
    - c. „...zur Benutzung der Erfindung im Geltungsbereich dieses Gesetzes...“
  5. Rechtsfolgen
    - a. Unterlassungsanspruch
    - b. Schadensersatzanspruch
- III. Patentrechtlicher Vorfeldschutz im Arzneimittelbereich
  1. Absoluter Stoffschutz für neue Stoffe und Stoffgemische
    - a. Schutzwirkungen
    - b. Erschöpfung
    - c. Absoluter Stoffschutz und Vorfeldschutz
  2. Zweckgebundener Stoffschutz bei erster medizinischer Indikation
    - a. Schutzwirkungen und Erschöpfung
    - b. Zweckgebundener Stoffschutz und Vorfeldschutz
    - c. Abhängigkeiten
  3. Schutz der zweiten und weiterer medizinischer Indikationen
    - a. Alte Rechtslage

- b. Aktuelle Rechtslage
- 4. Ergänzender Vorfeldschutz gemäß § 10 Abs. 1 PatG
  - a. § 10 Abs. 1 PatG und absoluter Stoffschutz
  - b. § 10 Abs. 1 PatG und zweckgebundener Stoffschutz
  - c. § 10 Abs. 1 PatG und Verwendungsschutz
  - d. § 10 Abs. 1 PatG und Herstellungsverfahrensschutz

#### IV. Zusammenfassung

##### C. Urheberrecht

##### I. Abgrenzung des Vorfeldes

- 1. Werkvermittlung und Werkgenuss
- 2. Vorfeldschutz im „Stufensystem zur Erfassung des Endverbrauchers“

##### II. Vorfeldschutz durch Vergütungsansprüche (§§ 54 ff. UrhG)

- 1. Entwicklung
  - a. LUG
  - b. Urheberrechtsgesetz von 1965
  - c. Urheberrechtsnovelle von 1985
  - d. Urheberrechtsnovelle von 2003 („Erster Korb“)
  - e. Urheberrechtsnovelle von 2007 („Zweiter Korb“)
- 2. Die Vergütungsansprüche im System des Vorfeldschutzes
- 3. Tatobjekte
  - a. Geräte und Speichermedien
  - b. Eignung – Bestimmung – tatsächliche Nutzung
  - c. Kombinationsgeräte und Gerätekombinationen
- 4. Tathandlungen
- 5. Rechtsfolgen
  - a. Vergütungshöhe als Rechtsfolgenlösung
  - b. Keine Vergütung für illegale Vervielfältigungen
  - c. Keine Vergütung bei Einwilligung des Rechtsinhabers
  - d. Keine Vergütung bei technischen Schutzmaßnahmen

##### 6. Zusammenfassung

##### III. Vorfeldschutz gemäß § 95a UrhG

- 1. Erste Ebene: Umgehungsverbot gemäß § 95a Abs. 1 UrhG

- a. Zur Rechtsnatur der Vorschrift
  - b. Objektiver Tatbestand
  - c. Subjektiver Tatbestand
  - d. Rechtsfolgen
2. Zweite Ebene: Verbot vorbereitender Maßnahmen gemäß § 95a Abs. 3 UrhG
- a. Zur Rechtsnatur
  - b. Tatobjekte
  - c. Tathandlungen
  - d. Subjektiver Tatbestand?

*D. Zusammenfassung – besonderer Vorfeldschutz*

**Dritter Teil: Allgemeiner Vorfeldschutz**

*A. Überblick*

*B. Störerhaftung*

I. Störerbegriff

- 1. Störerwille
- 2. Kausalität der Störerhandlung
  - a. Kausalitätstheorie
  - b. Usurpationstheorie
  - c. Stellungnahme

II. Einschränkungsmodelle

- 1. Rechtsfolgenlösung
- 2. Tatbestandslösung
  - a. Entwicklung der Prüfungspflichten in der Rechtsprechung
  - b. Dogmatische Grundlagen der Prüfungspflichten
  - c. Einzelne Verkehrspflichten
  - d. Exkurs 1: Accounthaftung
  - e. Exkurs 2: Veranstalterhaftung

III. Zusammenfassung

*C. Täter- und Teilnehmerhaftung*

I. Überblick

I. Unmittelbare Täterschaft: „zu Eigen gemachte“ Inhalte

1. Aktuelle Rechtsprechung
  2. Stellungnahme
- II. Strafrechtsakzessorische Zurechnung
1. Mittäterschaft
  2. Mittelbare Täterschaft
    - a. Vorsatzloses Werkzeug
    - b. Qualifikationsloses Werkzeug
    - c. Exkurs: § 28 Abs. 2 StGB analog?
  3. Anstiftung
  4. Beihilfe
    - a. Objektiver Gehilfenbeitrag
    - b. Beihilfe durch Unterlassen
    - c. Gehilfenvorsatz
  5. Zusammenfassung
- III. Eigenständige zivilrechtliche Zurechnung
1. Fahrlässige Mittäterschaft
  2. Beihilfe und Fahrlässigkeit
    - a. Verzicht auf den Vorsatz des unmittelbaren Verletzers
    - b. Verzicht auf den Vorsatz des Gehilfen in Bezug auf die unmittelbare Verletzung
  3. Stellungnahme
- D. *Verhältnis zwischen Teilnehmer- und Störerhaftung*
- I. Einführung
- I. Extensiver und restriktiver Täterbegriff
1. Strafrecht
    - a. Funktion von Täterschaft und Teilnahme bei restriktiver Tatbestandsauslegung
    - b. Funktion von Täterschaft und Teilnahme bei extensiver Tatbestandsauslegung
  2. Allgemeines Deliktsrecht
  3. Streitentscheid
    - a. Strafrecht: restriktiver Täterbegriff

- b. Allgemeines Deliktsrecht: extensiver Täterbegriff
- II. Exkurs: Einheitstätersystem
- III. Konsequenzen für das Immaterialgüterrecht
  - 1. Überblick
  - 2. Strukturelle Unterschiede?
  - 3. Besondere Deliktstypen?
    - a. Eigenhändige und schlichte Tätigkeitsdelikte
    - b. Sonderdelikte
- IV. Einheitlicher deliktsrechtlicher Haftungsrahmen
- E. *Sonstige Haftungskonzepte*
- I. Unmittelbare Täterschaft kraft Verkehrspflichtverletzung
  - 1. „Jugendgefährdende Medien bei eBay“
  - 2. Stellungnahme
  - 3. Übertragung auf das Immaterialgüterrecht?
- II. Fahrlässige Nebentäterschaft
  - 1. Rechtsprechung des X. und Xa. Zivilsenates
  - 2. Stellungnahme
- III. Rechtsfolgeneingeschränkte fahrlässige Teilnahme
  - 1. Der Vorschlag von S. Neuhaus
  - 2. Stellungnahme
- F. *Zusammenfassung – allgemeiner Vorfeldschutz*

#### **Vierter Teil: Verhältnis zwischen besonderem und allgemeinem Vorfeldschutz**

- A. *Überblick*
- B. *Erweiterung „in die Breite“*
- I. Markenrecht – allgemeiner Vorfeldschutz gegen den Vertrieb von Kennzeichnungsmitteln?
- I. Allgemeiner Vorfeldschutz im Patentrecht
  - 1. Fertige Erzeugnisse
  - 2. Unfertige Erzeugnisse
    - a. Schutzlücken im Bereich der Tathandlungen
    - b. Schutzlücken im Bereich der Tatobjekte
    - c. Schutzlücken bei Auslandsbezug

## II. Urheberrecht

### C. *Erweiterung „in die Tiefe“*

#### I. Überblick

#### I. § 95a Abs. 3 UrhG und allgemeiner Vorfeldschutz – dritte Vorfeldebene?

##### 1. Keine formelle Sperrwirkung

a. § 95a Abs. 3 UrhG als Tatbestand der Gefährdungshaftung

b. § 95a Abs. 3 UrhG als Kodifikation der mittelbaren Urheberrechtsverletzung?

c. § 95a Abs. 3 UrhG als verselbstständigter Beihilfetatbestand

##### 2. Materielle Einschränkungen des allgemeinen Vorfeldschutzes

a. „DVD-Ripper“

b. „AnyDVD“

#### D. *Zusammenfassung*

### **Fünfter Teil: Ergebnisse und Ausblick**

#### A. *Zusammenfassung der Ergebnisse*

#### B. *Ausblick*

#### I. Verbotungsrecht oder Vergütungsanspruch?

1. Die rechtspolitische Grundentscheidung

2. Vereinbarkeit mit nationalem und europäischem Recht

3. Praktische Ausgestaltung

4. Stellungnahme

#### II. Einbeziehung der Access Provider

1. Aktuelle Reformvorschläge

2. Stellungnahme

### **Hinweis zu Internetquellen**

### **Literaturverzeichnis**

### **Verzeichnis der zitierten Normen**

### **Abkürzungsverzeichnis**

## Erster Teil: Einführung

### A. Ziel der Arbeit

Wo Rechte verletzt werden, wird der Ruf laut, nicht nur den unmittelbar Handelnden, sondern auch Hintermänner und Mittelspersonen (Intermediäre) zur Verantwortung zu ziehen. Oft trifft den im Hintergrund agierenden „Drahtzieher“ der eigentliche Unrechtsvorwurf. In anderen Fällen mag allein die Identität des Hintermanns bekannt sein, während der unmittelbare Verletzer nicht greifbar ist. Schließlich mag der Hintermann eine Schaltstelle beherrschen, über die er mit überschaubarem Aufwand zahlreiche Rechtsverletzungen verhindern könnte. Inhaber von Immaterialgüterrechten, aus denen in dieser Arbeit beispielhaft die Marken-, Patent- und Urheberrechte behandelt werden sollen, wollen typischerweise auf Zugangsvermittler, Plattformbetreiber oder auf Anbieter gefährlicher Gegenstände zugreifen, die es ihren Kunden ermöglichen, unerkannt und gefahrlos fremde Rechte zu verletzen. Ihrem Interesse trägt Art. 11 S. 3 der Durchsetzungsrichtlinie<sup>1</sup> Rechnung, wonach die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sicherstellen, 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.

Rechtsprechung, Behördenpraxis und Literatur streiten seit über hundert Jahren,<sup>2</sup> inwiefern die immaterialgüterrechtliche Haftung auf „mittelbare Verletzer“, „mittelbare Benutzer“ und „mittelbare Verursacher“, Mittäter, mittelbare Täter und Nebentäter, Anstifter und Gehilfen, „Störer“ und „Gefährder“ auszuweiten sei. Der Gesetzgeber stellt nur einzelne besondere Haftungsnormen – meist in Form abstrakter Gefährdungsdelikte – bereit, die den Schutz der Rechteinhaber vorverlagern. Im Übrigen muss

der Rechtsanwender auf allgemeine Zurechnungsnormen und ungeschriebene Grundsätze zurückgreifen. Bis in die jüngste Vergangenheit haben Rechtsprechung und Literatur die Haftung der Hintermänner bereichsspezifisch für einzelne Schutzrechte (zum Beispiel: „mittelbare Patentverletzung“) oder für einzelne Fallkonstellationen (zum Beispiel: „Veranstalterhaftung“, „Forenhaftung“, „Accounthaftung“) entwickelt, ohne dabei übergreifende Strukturen und Wertungen herauszuarbeiten. Es überrascht nicht, dass sich bald dogmatische Verwirrung und inhaltliche Widersprüche einstellten. Erst seit 2007, ausgelöst unter anderem durch die (wettbewerbsrechtliche) Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay“, <sup>3</sup> wird auf breiterer Front versucht, die Haftung für mittelbare Schutzrechtsverletzungen auf eine einheitliche dogmatische Grundlage zu stellen.

Einen Überblick über den aktuellen Stand dieser Ansätze liefert aus Sicht der Rechtsprechung das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. September 2009 „MP3-Player Import“, <sup>4</sup> in dem der für das Patentrecht damals (mit-)zuständige Xa. Senat die Rechtsprechung der anderen mit dem Wettbewerbsrecht, gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht befassten Senate analysierte und zu dem Fazit gelangte, der Bundesgerichtshof erziele bei „im Ausgangspunkt unterschiedlichen Erwägungen“ inhaltlich inzwischen „übereinstimmende Ergebnisse“. <sup>5</sup> Als kleinsten gemeinsamen Nenner der verschiedenen Ansätze formulierte der Xa. Senat den Grundsatz, „dass unvorsätzliches Handeln die Verantwortung für die unterstützte, von einem Dritten begangene Schutzrechtsverletzung nicht ausschließt, andererseits der Mitverursachungsbeitrag allein zur Begründung der Verantwortlichkeit nicht ausreicht, die Zurechnung der fremden Schutzrechtsverletzung vielmehr einer zusätzlichen Rechtfertigung bedarf. Sie besteht in der Regel in der Verletzung einer Rechtspflicht, die jedenfalls auch dem Schutz des verletzten absoluten Rechts dient und bei deren Beachtung der Mitverursachungsbeitrag entfallen oder jedenfalls als verbotener und daher zu unterlassender Beitrag des Handelnden zu der rechtswidrigen Handlung eines Dritten erkennbar gewesen wäre“ <sup>6</sup>.

Einen ähnlichen Schluss zieht *M. Leistner* in einem Beitrag zur GRUR-Jahrestagung vom 23. bis 25. September 2009, <sup>7</sup> der bislang

umfangreichsten wissenschaftlichen Untersuchung aktueller Entwicklungen.<sup>8</sup> *M. Leistner* identifiziert einen gemeinsamen Grundgedanken in „sämtlichen Teilbereichen des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts“: „eine *Haftung für mittelbare Schutzrechtsverletzungen* auf Grund Nichtbeachtung von Verkehrspflichten zur Kontrolle und Absicherung im eigenen Verantwortungsbereich bestehender Gefahrenquellen für unmittelbare Rechtsverstöße“.<sup>9</sup> *M. Leistner* will in Zukunft das Augenmerk auf die „inhaltlichen Wertungsbausteine“ dieses „einheitlichen Haftungssystems“<sup>10</sup> legen.

Der Zwischenbilanz des Xa. Senates und *M. Leistners* ist nicht zuzustimmen. Sie vermittelt den Eindruck, als erübrige sich die weitere wissenschaftliche Analyse des Haftungsrahmens, weil hinreichende Einigkeit bestehe und sich verbliebene Streitigkeiten nicht auf das Ergebnis auswirkten. Tatsächlich herrscht jedoch weiterhin Streit über einige grundlegende und entscheidungserhebliche Fragen. Hierzu gehört, wie der Xa. Senat in seiner Entscheidung selbst einräumt,<sup>11</sup> die bedeutende Frage, inwieweit Hintermänner und Intermediäre nicht nur auf Unterlassung und Beseitigung, sondern auch auf Schadensersatz haften. Zweitens hat die Rechtsprechung noch keine einheitliche Linie entwickelt, ob die Haftung von Hintermännern und Intermediären eine akzessorische sekundäre Haftung sei, die stets eine unmittelbare Rechtsverletzung voraussetze, oder ob sie eine einstufige primäre Haftung nach Art abstrakter Gefährdungsdelikte sei, die unabhängig davon einsetze, ob das gefährdete Recht tatsächlich verletzt werde. Für die gewerblichen Schutzrechte (Marken- und Patentrechte) schließt die Frage an, ob der Hintermann bestimmte handlungs- oder täterqualifizierende Merkmale in eigener Person verwirklichen muss, beispielsweise die Voraussetzung des Handelns „im geschäftlichen Verkehr“ (§ 14 Abs. 2 MarkenG) oder „zu gewerblichen Zwecken“ (§ 11 Nr. 1 PatG). Hiervon hängt ab, ob beispielsweise der Inhaber eines privaten Internetanschlusses<sup>12</sup> oder eines privat genutzten eBay-Kontos<sup>13</sup> für den Missbrauch durch Dritte haftet. Weitgehend unerforscht bleibt schließlich das Verhältnis der Haftung nach allgemeinen Grundsätzen zu den besonders geregelten Haftungsnormen. Die offenen Fragen betreffen nicht allein die inhaltliche Ausgestaltung der Haftung im Einzelfall, sondern sie berühren die Grundlagen des

Haftungssystems.

Ziel dieser Arbeit ist es, einen Schritt zurückzugehen und einen einheitlichen dogmatischen Rahmen für die Vorverlagerung der immaterialgüterrechtlichen Haftung zu entwickeln, der sich gleichzeitig in die allgemeinen Unrechtslehren des zivilen Deliktsrechts einpasst. Im Gegensatz zu bereits vorhandenen Modellen<sup>14</sup> soll hierzu nicht allein auf die aus dem allgemeinen Deliktsrecht bekannte Kategorie der Verkehrspflichten zurückgegriffen, sondern es soll an der Lehre vom Tatbestand und dem hieraus folgenden Täterbegriff im Zivilrecht angesetzt werden. Um zu verhindern, dass sich die Lösungsvorschläge auf einzelne Fallkonstellationen beschränken, soll ein möglichst weiter Oberbegriff gewählt werden, der nicht nur über das Immaterialgüterrecht, sondern auch über das Zivilrecht hinausgreift und alle in Betracht zu ziehenden Haftungsmodelle erfasst: „Vorfeldschutz“.

## **B. Vorfeldschutz als rechtsgebietsübergreifendes Anliegen**

### *I. Grundzüge*

Der Begriff „Vorfeldschutz“ beschreibt die Idee, Schutz zu gewähren, bevor ein Recht oder Rechtsgut verletzt wird.<sup>15</sup> Vorfeldschutz bedeutet Prävention und erfasst im weitesten Sinne alle Maßnahmen, die einer Rechtsverletzung zuvorkommen sollen. Typischerweise setzt Vorfeldschutz ein, sobald eine Gefahr besteht. Dem Verletzungsstadium geht ein Gefährdungsstadium voraus, in das der Staat (Strafrecht, Öffentliches Recht) oder der Inhaber des bedrohten Guts selbst (Zivilrecht) vorbeugend eingreifen können.

Zwei grundlegende Konstellationen lassen sich unterscheiden: Im Zweipersonenverhältnis (Verletzer – Rechtsinhaber) sucht der Inhaber des Rechts Schutz gegen den späteren Verletzer selbst. Vorfeldschutz meint in dieser Konstellation die *zeitliche* Vorverlegung des Schutzes. Dagegen begehrt der Rechtsinhaber im Dreipersonenverhältnis (Hintermann – Vordermann – Rechtsinhaber) zusätzlich Zugriff auf eine Person, die später nicht selbst in das bedrohte Recht eingreift, sondern diesen Eingriff lediglich vorbereitet. Im Dreipersonenverhältnis bedeutet Vorfeldschutz die Erweiterung des *Adressatenkreises*, gegen den sich die Schutzmaßnahme richtet. Der Begriff „Dreipersonenverhältnis“ soll *pars pro toto* für alle Mehrpersonenverhältnisse gelten, in denen der Rechtsinhaber gegen andere Personen als den unmittelbaren Verletzer vorgeht. Oft kommen mehrere Hintermänner in Betracht. Während sich die Untersuchung des Vorfeldschutzes im Immaterialgüterrecht auf Drei- und Mehrpersonenverhältnisse konzentrieren soll, sind im folgenden Überblick auch Zweipersonenverhältnisse berücksichtigt, um die Einordnung in das Gesamtbild zu vereinfachen.

Gesetzgeber und Rechtsanwender sind in allen Rechtsgebieten bestrebt, den unmittelbaren Schutz von Rechten und Rechtsgütern durch angemessenen Vorfeldschutz zu ergänzen. Umstritten ist jedoch in allen Rechtsgebieten die zulässige Reichweite des Vorfeldschutzes, denn gegen das Schutzinteresse des Rechtsinhabers steht das Interesse des Vorfeldakteurs an freier persönlicher und wirtschaftlicher Entfaltung. Besonders deutlich wird dieses Spannungsverhältnis im Dreipersonenverhältnis, da der Adressat der Schutzmaßnahme nicht selbst in das Recht eingreift, sondern sich isoliert betrachtet oft neutral verhält. Durch Abgrenzung des Gefährdungsstadiums vom neutralen Stadium, das dem Zugriff des Rechtsinhabers oder der in seinem Interesse handelnden staatlichen Stellen entzogen ist, sollen die widerstreitenden Interessen zum Ausgleich gebracht werden.

Der folgende Überblick soll zeigen, dass Vorfeldschutz ein rechtsgebietsübergreifendes Anliegen ist, und soll einen ersten Eindruck von der Vielfalt der Schutzinstrumente vermitteln. Vorfeldschutz im Immaterialgüterrecht soll sodann als Teildisziplin eines übergreifenden „Rechts des Vorfeldschutzes“ analysiert werden.

## *II. Strafrecht*

Vorfeldschutz im Strafrecht<sup>16</sup> – oft unter dem Stichwort „Vorverlagerung“ der Strafbarkeit diskutiert – beginnt im Allgemeinen Teil mit der Strafbarkeit des Versuchs (§ 23 Abs. 1 StGB). Strafbar macht sich nicht erst, wer in das Rechtsgut eingreift, sondern bereits, wer hierzu mit entsprechendem Tatentschluss unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB). Die Schwelle vom neutralen Vorbereitungsstadium zum strafrechtlich relevanten Versuchsstadium ist regelmäßig überschritten, sobald das vom Täter anvisierte Rechtsgut unmittelbar gefährdet ist.<sup>17</sup>

Im Drei- und Mehrpersonenverhältnis gewähren die Regeln über Täterschaft und Teilnahme (§§ 25 ff. StGB) Vorfeldschutz. Strafbar macht sich nicht nur, wer eigenhändig in ein Rechtsgut eingreift, sondern auch, wer bei arbeitsteiliger Ausführung eines Tatplans als Mittäter gewichtige Vorbereitungshandlungen übernimmt (§ 25 Abs. 2 StGB), wer die Tat als mittelbarer Täter „durch einen anderen“ begeht (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB)

oder wer einen anderen zur Tat anstiftet (§ 26 StGB) oder ihm Beihilfe leistet (§ 27 StGB). Das Spannungsverhältnis zwischen Opferschutz und Handlungsfreiheit des Vorfeldakteurs wird besonders deutlich am Streit über Beihilfe durch berufstypische (neutrale) Alltagshandlungen.<sup>18</sup> Wer durch eine berufstypische Handlung die Straftat eines anderen fördert, soll nicht uneingeschränkt wegen Beihilfe strafbar sein, da ansonsten seine Handlungs- und Berufsfreiheit unverhältnismäßig eingeschränkt würde. Diese Erkenntnis gilt auch für den Vorfeldschutz im Immaterialgüterrecht, denn hier handeln die Hintermänner regelmäßig in Ausübung ihres Gewerbes (S. 223). Zusätzliche Vorfeldebene erschließt § 30 StGB („Versuch der Beteiligung“), der die Regeln über den Versuch mit den Regeln über die Beteiligung kombiniert.

Der Besondere Teil des Strafrechts gewährt bereichsspezifisch Vorfeldschutz, indem er bestimmte Vorbereitungshandlungen selbstständig unter Strafe stellt, meist in Form abstrakter Gefährdungsdelikte. Einige dieser Vorfeldtatbestände sind nicht ausdrücklich gekennzeichnet, sondern als Varianten der unmittelbaren Verletzungstatbestände ausgestaltet. Die Grenzen des formellen Tatbestands schießen hier über das materiell geschützte Rechtsgut hinaus. Beispiele finden sich bei den Geldfälschungs- und Urkundsdelikten (§§ 146 ff., 267 ff. StGB). Materiell geschützt ist die Sicherheit des Geld- und Rechtsverkehrs.<sup>19</sup> Bereits nach der Grundnorm des jeweiligen Abschnitts (§§ 146, 267 StGB) macht sich jedoch nicht nur strafbar, wer tatsächlich im Geld- und Rechtsverkehr täuscht, sondern schon, wer die hierfür erforderlichen Bezugsgegenstände – das Falschgeld oder die unechte Urkunde – herstellt (§§ 146 Abs. 1 Nr. 1; 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB). Die Varianten des Nachahmens, Herstellens und Verfälschens sind formell Verletzungsdelikte, materiell jedoch Gefährdungs- oder Vorbereitungsdelikte, denn solange das Falschgeld oder die unechte Urkunde die Sphäre des Herstellers nicht verlässt, ist der Rechtsverkehr nicht unmittelbar beeinträchtigt.<sup>20</sup> Ausdrücklich als Vorbereitungsdelikt gekennzeichnet ist dagegen § 149 StGB, der Produktion und Vertrieb von Gegenständen unter Strafe stellt, mit denen Falschgeld hergestellt werden kann (Platten, geeignetes Papier, Software, Hologramme etc.).

Weitere abstrakte Gefährdungsdelikte enthalten der erste Abschnitt

(Staatsschutz) und der siebte Abschnitt (Straftaten gegen die öffentliche Ordnung) des Besonderen Teils des StGB. Genannt seien nur die Bildung krimineller und terroristischer Vereinigungen gemäß §§ 129, 129a StGB. Der Rechtsgüterschutz ist weit vorverlagert, denn wer eine kriminelle Vereinigung gründet, bereitet die Begehung späterer Straftaten lediglich vor.<sup>21</sup> Entsprechendes gilt in verstärktem Maße für die 2009 neu eingeführten §§ 89a, 89b StGB, nach denen sich bereits strafbar macht, wer Kontakte knüpft, um sich in einem „Terrorcamp“ ausbilden zu lassen.

### *III. Öffentliches Recht*

Im Öffentlichen Recht übernimmt das gesamte Recht der Gefahrenabwehr die Aufgabe des Vorfeldschutzes. Abgrenzungskriterium ist der unbestimmte Rechtsbegriff der „Gefahr“ als Tatbestandsmerkmal der meisten Eingriffsnormen. Rechtsprechung und Literatur haben den Gefahrenbegriff konkretisiert und bestimmen den Beginn des relevanten Gefährungsstadiums im Wege einer Gesamtschau verschiedener Aspekte wie zeitlicher Nähe und Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, Stellenwert des bedrohten Rechtsguts und Ausmaß des drohenden Schadens.<sup>22</sup> Teilweise ist der Vorfeldschutz auf Situationen beschränkt, in denen eine qualifizierte, zum Beispiel „erhebliche“, „gemeine“, „dringende“, „gegenwärtige“, „unmittelbare“ Gefahr oder eine „Gefahr im Verzug“ besteht.<sup>23</sup> In anderen Bereichen, insbesondere im Umweltrecht erstreckt sich der Vorfeldschutz über die Ebene der Gefahrenabwehr hinaus auf die Ebene der Gefahrenvorsorge. Zum nachhaltigen Schutz der natürlichen Ressourcen sollen Risiken im Stadium einer „Noch-nicht-Gefahr“ gesteuert werden, das heißt in Situationen, in denen der Schadenseintritt noch unwahrscheinlich oder zumindest zeitlich und räumlich weit entfernt ist (Beispiel: § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG).<sup>24</sup> Zusätzliche Vorfeldebene erschließt zudem die Kategorie des Gefahrenverdachts, regelmäßig zur Legitimation von Gefahrerforschungsmaßnahmen.<sup>25</sup>

Im Drei- und Mehrpersonenverhältnis soll die Bestimmung des polizeipflichtigen „Störers“ angemessenen Vorfeldschutz sicherstellen. Während als Handlungstörer nach der Theorie der unmittelbaren Verursachung grundsätzlich nur derjenige in Anspruch genommen werden

darf, dessen Verhalten unmittelbar zum Überschreiten der Gefahrenschwelle geführt hat,<sup>26</sup> können im Einzelfall auch Maßnahmen gegen „mittelbare Störer“<sup>27</sup> oder „Zweckveranlasser“<sup>28</sup> zulässig sein. Diskutiert wird etwa die Polizeipflichtigkeit des Gastwirts, dessen Gäste nach Verlassen des Lokals die Nachtruhe stören,<sup>29</sup> des Veranstalters, bei dessen Veranstaltung (Konzert, Fußballspiel) es zu Ausschreitungen durch die Besucher kommt,<sup>30</sup> oder des Vermieters, dessen Mieterinnen unter Verstoß gegen die Sperrgebietsverordnung der Wohnungsprostitution nachgehen.<sup>31</sup> Umstritten ist, ob das Verhalten der unmittelbaren Störer dem Hintermann nur zurechenbar ist, wenn er die Polizeirechtswidrigkeit subjektiv bezweckt (subjektive Theorie), oder ob es ausreicht, wenn aus Sicht eines unbeteiligten Dritten die Störung typische Folge des Vorfeldverhaltens ist (objektive Theorie).<sup>32</sup> Alternativ zieht die polizeirechtliche Rechtsprechung die strafrechtlichen Regeln über Täterschaft und Teilnahme heran. Beispielsweise könne sich in Fällen der Wohnungsprostitution die Polizeipflichtigkeit des Vermieters auch daraus ergeben, dass er strafbare Beihilfe zur Ausübung der verbotenen Prostitution (§§ 184e, 27 StGB) geleistet habe.<sup>33</sup>

Eine Einschränkung des Vorfeldschutzes zu Gunsten der Handlungsfreiheit des Vorfeldakteurs wird insbesondere im Anwendungsbereich bedeutender Grundrechte befürwortet. So sollen Teilnehmer an einer Versammlung in der Regel nicht als Zweckveranlasser für Störungen verantwortlich sein, die unmittelbar von der zu erwartenden Gegenversammlung ausgehen, da sie ansonsten unverhältnismäßig in ihrer Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 1 GG beschränkt würden.<sup>34</sup> Entsprechendes gilt vor dem Hintergrund des Art. 21 GG für den Veranstalter einer Parteiversammlung, die gewalttätige Gegenreaktionen befürchten lässt.<sup>35</sup>

#### *IV. Zivilrecht*

Anders als im Straf- und Öffentlichen Recht wird im Zivilrecht nicht der Staat zur Sanktionierung oder Unterbindung der gefährlichen Vorfeldmaßnahme tätig, sondern der Inhaber des gefährdeten Rechts selbst. Das Zivilrecht muss ihm die hierzu erforderlichen Ansprüche zur

Verfügung stellen. Grundlegendes Instrument des Vorfeldschutzes im Zweipersonenverhältnis ist der Unterlassungsanspruch. Während der Schadensersatzanspruch auf die Wiedergutmachung bereits eingetretener Rechtsverletzungen abzielt und sich der Beseitigungsanspruch gegen andauernde Störungen richtet, ist der Unterlassungsanspruch auf die Zukunft bezogen und damit dem vorbeugenden Rechtsschutz zuzuordnen.<sup>36</sup> Er ermöglicht es dem Rechtsinhaber, in einen gefährlichen Kausalverlauf einzugreifen, bevor sein Recht verletzt ist. Zentrales Tatbestandsmerkmal ist die Begehungsgefahr, entweder in Form der Wiederholungs- oder in Form der Erstbegehungsgefahr, die das Gefährdungsstadium abgrenzt einerseits vom Verletzungsstadium, andererseits vom neutralen Stadium, in das der Rechtsinhaber noch nicht eingreifen kann.

Wie weit der allgemeine Vorfeldschutz im Mehrpersonenverhältnis reicht, entscheidet sich im Rahmen der *Passivlegitimation*, das heißt bei der Frage, wer möglicher Anspruchsgegner ist. Um der nachfolgenden Untersuchung nicht vorzugreifen, sei nur auf einige Grundbegriffe hingewiesen. Die meisten Anspruchsnormen verwenden zur Bezeichnung des Anspruchsgegners unbestimmte Formulierungen, die weiten Raum für Auslegung und Abwägung lassen. Beispielsweise ist gemäß § 823 Abs. 1 BGB der „Verletzer“ passivlegitimiert. Entsprechendes gilt für urheberrechtliche Ansprüche gemäß § 97 UrhG. Die §§ 1004 Abs. 1 und 862 Abs. 1 BGB, die die Rechtsprechung trotz hartnäckiger Kritik aus unterschiedlichen Lagern analog im Immaterialgüterrecht anwendet,<sup>37</sup> bezeichnen den Gegner von Abwehransprüchen als „Störer“. Gemäß § 14 Abs. 5 MarkenG und § 139 Abs. 1 PatG haften die „Benutzer“ des Kennzeichens oder der Erfindung. Fraglich ist, ob „Verletzer“, „Benutzer“ oder „Störer“ auch solche Personen sein können, die allein im Vorfeld einer Verletzung tätig werden, ob also auch „mittelbare Verletzer“, „mittelbare Benutzer“ oder „mittelbare Störer“ passivlegitimiert sind. Schließlich regelt § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB die Verantwortlichkeit von Mittätern, Anstiftern und Gehilfen.

#### V. Zwischenergebnis

Der Überblick zeigt, dass dem Vorfeldschutz in den verschiedenen

Rechtsgebieten ähnliche Strukturen und Wertungen zu Grunde liegen. Vordergründig deuten sich Gemeinsamkeiten schon in der Terminologie an. Strafrecht, Öffentliches Recht und Zivilrecht erfassen Hintermänner und Intermediäre mit Hilfe der Grundsätze über Täterschaft und Teilnahme. Öffentliches Polizeirecht und Zivilrecht kennen den (mittelbaren) Störer.<sup>38</sup> Im Strafrecht finden sich neben allgemeinen Zurechnungsnormen (§§ 25 ff. StGB) besondere Gefährdungsdelikte, die das Vorfeldverhalten für sich unter Strafe stellen, das heißt unabhängig von einem tatsächlichen Eingriff in das (mittelbar) geschützte Rechtsgut. Entsprechendes gilt für das Immaterialgüterrecht (vgl. § 14 Abs. 4 MarkenG, § 10 Abs. 1 PatG, § 95a UrhG). Wie im Strafrecht trennt der Gesetzgeber auch im Immaterialgüterrecht systematisch nicht präzise zwischen Verletzungs- und Gefährdungstatbeständen. Formelle Tatbestandsgrenzen und materiell geschütztes Recht können voneinander abweichen (zum Markenrecht vgl. S. 37 ff., zum Patentrecht vgl. S. 46 ff.). Die verschiedenen Instrumente des Vorfeldschutzes lassen sich kombinieren, um den Zugriff auf weiter vorgelagerte Ebenen zu eröffnen. Beispielsweise kann sich strafbar machen, wer zu einem Gefährdungsdelikt anstiftet oder Beihilfe leistet. Durch Kombination von besonderem Gefährdungsdelikt und allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen wird die Strafbarkeit weiter vorverlagert. Ähnliche Kombinationsmöglichkeiten finden sich im Immaterialgüterrecht und sollen im Rahmen eines eigenen Abschnitts über das Verhältnis zwischen besonderen Vorfeldnormen und allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen hinterfragt werden (S. 267 ff.).

Parallelen sind schließlich auf tatsächlicher Ebene zu erkennen. Beispielsweise beschäftigen sich Polizeirecht, allgemeines Deliktsrecht und Immaterialgüterrecht in ähnlicher Weise mit der Verantwortlichkeit von Veranstaltern und Gastwirten, in deren Räumlichkeiten es zu Gesetzesverstößen kommt. Die Veranstalterhaftung sollte zumindest strukturell nicht danach unterscheiden, ob die Gäste das ordnungsrechtlich relevante „Borkum-Lied“ singen,<sup>39</sup> ob sie den Nachbarn durch unangemessenen Lärm belästigen (§§ 823 Abs. 1; 1004 BGB) oder ob das Orchester von unerlaubt vervielfältigten Musiknoten spielt (§ 16 UrhG).<sup>40</sup> Da das Recht des Vorfeldschutzes rechtsgebietsübergreifend ähnliche Probleme bewältigen soll, liegt es nahe, Haftungsmodelle und inhaltliche

Kriterien zu übertragen. Dabei ist jedoch stets der Schutzzweck des jeweiligen Rechtsgebiets zu berücksichtigen. Während das Polizeirecht der effektiven Gefahrenabwehr dient und daher den Kreis der Verantwortlichen weiter ziehen muss, zielt das Strafrecht auf Schuldausgleich und kann die Strafbarkeit nur in engen Grenzen auf Personen erstrecken, die den tatbestandsmäßigen Erfolg nicht unmittelbar herbeigeführt haben. Das zivile Deliktsrecht mag mit seinem Auftrag des Schadensausgleichs und der Schadensvermeidung<sup>41</sup> eine Mittelstellung einnehmen.

## C. Das Fallmaterial

Der folgende Überblick soll die wirtschaftliche Bedeutung des Vorfeldschutzes im Immaterialgüterrecht und die Bandbreite der betroffenen Lebenssachverhalte verdeutlichen. Gleichzeitig sollen Fallgruppen und Untergruppen gebildet werden. Als Ausgangspunkt sollen die Kategorien „gefährliche Plattformen“ und „gefährliche Gegenstände“ dienen. Der Schwerpunkt soll auf der aktuellen Rechtsprechung liegen. Um die historische Dimension der Problematik anzudeuten, sollen zusätzlich einige Leitentscheidungen aus früheren Jahrzehnten berücksichtigt werden.

### *I. Gefährliche Plattformen*

Oft erfordert der Eingriff in fremde Rechte eine geeignete Infrastruktur. Vorfeldschutz kann sich in diesem Fall gegen diejenigen Personen richten, die die Infrastruktur aufbauen, bereitstellen und pflegen oder die den Zugang zu ihr eröffnen. Charakteristisch für alle Fallkonstellationen dieser Kategorie ist, dass Vorfeldakteur und unmittelbarer Verletzer über einen längeren Zeitraum interagieren. Zwischen ihnen besteht typischerweise ein Dauerschuldverhältnis.

#### 1. Internet und Internetplattformen: Aufgabenteilung im Web 2.0

Das Internet ist eine Plattform, auf der unzählige Anbieter Inhalte öffentlich zugänglich machen. Rechtsinhaber können sich in erster Linie an den Ersteller und Anbieter der Inhalte (Content Provider) als unmittelbaren Verletzer halten. Vorfeldschutz war bei den klassischen Geschäftsmodellen des „Web 1.0“ höchstens gegen den Zugangsvermittler (Access Provider) denkbar, der dem Content Provider den Zugang zum Internet eröffnete. Im „Web 2.0“ tritt der Host Provider als wichtiger

Intermediär hinzu. Zum Hintergrund: Nach dem Platzen der „Dotcom-Blase“ in den Jahren 2000 und 2001 konnten sich diejenigen IT-Unternehmen am Markt behaupten, die ihr Geschäftsmodell auf eine neuartige Wahrnehmung und Nutzung des Internets ausrichteten, für die sich bald das Schlagwort „Web 2.0“ etablierte. Tim O’Reilly, Gründer und Chef des O’Reilly Verlags, fasste die Entwicklung in seinem grundlegenden Artikel „What Is Web 2.0?“ aus dem Jahr 2005<sup>42</sup> als einen Wechsel vom „Publishing“ zur „Participation“ zusammen.<sup>43</sup> Inhalte werden nicht mehr allein von den Diensteanbietern zur Verfügung gestellt, sondern in steigendem Maße von den Nutzern kreiert („user generated content“). Der Internetnutzer ist nicht mehr bloßer Konsument, sondern Teilnehmer, er wird selbst Teil des Netzes.<sup>44</sup> Beispiele für die neue Internetkultur sind Wikis (Sammlungen von Webseiten, die vom Benutzer online bearbeitet werden können, so dass mehrere Autoren gemeinschaftlich Texte erstellen), Foto- und Videoportale wie YouTube oder Flickr, soziale Online-Netzwerke wie MySpace, Facebook oder StudiVZ, Diskussions- und Meinungsforen zu den verschiedensten Themen, Weblogs (Online-Tagebücher), Internetauktionshäuser wie Ricardo oder eBay, Musikausbörsen wie Napster, KaZaA, eDonkey2000 oder die diversen BitTorrent-Clients sowie das eher puristische Geschäftsmodell von Sharehostern wie Rapidshare oder Megaupload.

Die veränderte Internetlandschaft hat zu einer weiteren Aufgabenteilung geführt. Waren die Protagonisten des Web 1.0 der Zugangsvermittler (Access Provider) und der professionelle Anbieter von Inhalten (Content Provider), treten im Web 2.0 Plattformbetreiber (Host Provider) dazwischen, die Infrastrukturen bereitstellen, über die auch technisch unbedarfte Nutzer ohne großen Aufwand ihre Waren, Fotos, Videos, Musik, Meinungen, sozialen Kontakte oder ihr Wissen öffentlich zugänglich machen können. Die neue Aufgabenteilung spiegelt sich in dem abgestuften Haftungskonzept der europäischen E-Commerce-Richtlinie<sup>45</sup> (§§ 12 ff. ECRL) und des deutschen Telemediengesetzes (§§ 7 ff. TMG) wider.

## 2. Access Provider

Die Tätigkeit des Access Providers beschränkt sich zwar auf die technische Übermittlung von Informationen, deren Inhalt der Access Provider weder zur Kenntnis nimmt noch gar beeinflusst (§ 8 TMG). Andererseits ist es dem Access Provider technisch möglich, den Zugang zu bestimmten Inhalten zu sperren oder zumindest zu erschweren, z.B. durch Filterung des Datenverkehrs, durch URL-Sperre mittels Verwendung eines Zwangs-Proxys, durch IP-Sperre oder durch eine DNS-Sperre.<sup>46</sup>

Sowohl staatliche Stellen als auch private Rechtsinhaber versuchen daher regelmäßig, Access Provider in den Schutz gegen rechtswidrige Inhalte aller Art einzubeziehen.<sup>47</sup> Beispielsweise gab die Bezirksregierung Düsseldorf mit 76 ordnungsrechtlichen Verfügungen im Februar 2002 in Nordrhein-Westfalen ansässigen Access Providern auf, den Zugang zu zwei Internetseiten mit rechtsradikalen Inhalten zu sperren („Düsseldorfer Sperrverfügungen“).<sup>48</sup> Die Verfügungen hielten der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zumindest im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zum Großteil stand, allerdings nahmen die Gerichte zu den aufgeworfenen Rechtsfragen nicht abschließend Stellung.<sup>49</sup> In den Jahren 2007 und 2008 versuchten Anbieter pornografischer Inhalte, Access Provider gerichtlich zur Sperrung von Konkurrenzangeboten anzuhalten. Die Antragsteller, die selbst ein hinreichendes Altersverifikationssystem (AVS) einsetzten, warfen den Antragsgegnern vor, pornografische Inhalte ohne hinreichende Altersverifikation zugänglich zu machen und hierdurch gegen Wettbewerbsrecht zu verstoßen.<sup>50</sup> Breites Medienecho fanden schließlich die von der damaligen Bundesfamilienministerin Ursula von der Leyen angestoßenen Vorarbeiten zu dem umstrittenen Gesetz zur Erschwerung des Zugangs zu kinderpornografischen Inhalten in Kommunikationsnetzen (Zugangserschwerungsgesetz) vom 17. Februar 2010.<sup>51</sup> Nach diesem Gesetz sollten Access Provider in Zusammenarbeit mit dem Bundeskriminalamt den Zugang zu Internetseiten mit kinderpornografischen Inhalten erschweren. Zu sperrende Seiten sollte das Bundeskriminalamt in eine geheime Liste aufnehmen. Das Gesetz trat zwar im Februar 2010 in Kraft, wurde jedoch nach einer Weisung des Bundesinnenministeriums nicht angewendet.<sup>52</sup> Im Juli 2011 legte die Bundesregierung den Entwurf eines Aufhebungsgesetzes vor.<sup>53</sup> In der Begründung des Entwurfes führte sie aus, Sperren könnten umgangen

werden. Stattdessen sei beim jeweiligen Host Provider auf die Löschung der kinderpornografischen Inhalte zu dringen (Löschen statt Sperren).<sup>54</sup>

Inhaber von Immaterialgüterrechten (hier: Filmstudios und Filmverleihe, Tonträgerhersteller sowie die GEMA), haben zuletzt vor dem Landgericht Hamburg<sup>55</sup> und dem Landgericht Köln<sup>56</sup> versucht, Access Provider in die Vorfeldhaftung einzubeziehen. Das Gericht entschied, der Access Provider hafte zwar grundsätzlich als Störer, die konkret beantragten Maßnahmen (URL-, IP- und DNS-Sperre, Filterung des Datenverkehrs) seien aber vor dem Hintergrund des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) rechtlich nicht zulässig und dem Access Provider im Übrigen nicht zumutbar.<sup>57</sup>

Von der Frage nach der eigenen Vorfeldhaftung des Access Providers zu trennen ist die Frage, inwieweit der Access Provider den Rechtsinhaber bei der Durchsetzung seiner Rechte gegen den unmittelbaren Verletzer unterstützen muss. Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums (Durchsetzungsgesetz)<sup>58</sup> am 1. September 2009, das der Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Durchsetzungsrichtlinie)<sup>59</sup> diene, müssen Access Provider den Inhabern von Immaterialgüterrechten unter bestimmten Voraussetzungen Auskunft über die Identität möglicher unmittelbarer Verletzer erteilen (zum Beispiel gemäß § 101 Abs. 2 UrhG, § 19 Abs. 2 MarkenG oder § 140b Abs. 2 PatG).

### 3. Host Provider

Die Kategorie Host Provider erfasst sämtliche Anbieter, die fremde Inhalte speichern (§ 10 TMG), und untergliedert sich damit in die unterschiedlichsten Geschäftsmodelle. Eine mögliche Einteilung könnte danach differenzieren, wie nahe der Provider den gespeicherten Inhalten steht, das heißt in welchem Umfang er sie thematisch vorgibt oder veranlasst oder in welchem Umfang er sich sogar mit ihnen identifiziert. Mögliche Abstufungen seien an drei Beispielen illustriert:

#### a. chefkoch.de

In das von der pixelhouse GmbH betriebene Portal „chefkoch.de“ können private Nutzer Kochrezepte mit Fotos einstellen. Bevor Rezepte freigeschaltet werden, prüft die Redaktion des Portals Richtigkeit und Vollständigkeit. Die pixelhouse GmbH bietet die hochgeladenen Texte und Bilder mit Einverständnis der Nutzer auch Dritten zu kommerziellen Zwecken an. In den Jahren 2005 und 2006 hatten einige Nutzer zur Illustration ihrer Rezepte Fotos des Fotografen Folkert Knieper, der zusammen mit seiner Ehefrau Marion Knieper die Internetseite „Marions Kochbuch“ betreibt, hochgeladen. Daraufhin nahm der Fotograf die pixelhouse GmbH unter Berufung auf seine Urheberrechte auf Unterlassung in Anspruch. Der Bundesgerichtshof argumentierte, durch die Überprüfung der Texte und Bilder vor Freischaltung mache sich der Portalbetreiber die Inhalte seines Portals zu Eigen und hafte wie ein unmittelbarer Verletzer.<sup>60</sup> Ähnlich entschied das Landgericht Hamburg, der Betreiber der Videoplattform YouTube mache sich die von den Nutzern eingestellten Videos zu Eigen und hafte daher im Fall von Rechtsverletzungen unmittelbar wie für eigene Inhalte.<sup>61</sup>

#### b. Internetauktionen

Internetauktionen stellen eine Infrastruktur bereit, die es dem Internetnutzer ermöglicht, Waren und Dienste ohne großen Aufwand zur Versteigerung oder zum „Sofortkauf“ anzubieten. Auktionsplattformen werden sowohl von privaten als auch von gewerblichen Anbietern genutzt. Die Frage nach der Haftung des Plattformbetreibers stellt sich insbesondere, wenn markenverletzende Waren, zum Beispiel Plagiate, angeboten werden. Der Bundesgerichtshof hat die markenrechtliche „Störerhaftung“ maßgeblich in seinen Entscheidungen „Internetversteigerung I-III“<sup>62</sup> entwickelt. Anlass waren Unterlassungsklagen der Rolex S.A. gegen die Internetauktionen Ricardo und eBay wegen offener und verdeckter Fälschungen von Rolex-Uhren. Im Kern stritten die Parteien darüber, in welchem Umfang der Plattformbetreiber die eingestellten Angebote auf Rechtsverletzungen überprüfen muss. Mit seiner Entscheidung „Kinderhochstühle im Internet“<sup>63</sup> hat der Bundesgerichtshof seine hierzu gefundenen Grundsätze gegen Kritik aus Rechtsprechung und Literatur verteidigt. Einen anderen

dogmatischen Ansatz (täterschaftliche Haftung wegen Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten) wählt der Bundesgerichtshof für die Haftung der Auktionsplattform eBay für Angebote, die gegen Wettbewerbsrecht verstoßen.<sup>64</sup>

Strukturell vergleichbar mit Auktionsplattformen sind beispielsweise Diskussions-, Meinungs- und Bewertungsforen sowie Blogging-Dienste, zumindest solange sich die Plattformbetreiber darauf beschränken, die erforderliche Infrastruktur bereitzustellen und nicht auf die Inhalte einwirken. Der Schwerpunkt der hierzu veröffentlichten Rechtsprechung entstammt jedoch nicht dem Immaterialgüterrecht, sondern dem Äußerungsrecht, denn Meinungsforen und ähnliche Plattformen sind besonders anfällig für Verletzungen des Persönlichkeitsrechts. Aus der jüngeren Rechtsprechung seien die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs „Meinungsforum“<sup>65</sup> und „spickmich.de“<sup>66</sup> sowie die Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichtes zur Haftung des von Google betriebenen Dienstes „Blogger“<sup>67</sup> genannt.

### c. Sharehoster und Musikschließfächer

Das Geschäftsmodell so genannter Sharehoster beschränkt sich darauf, Speicherplatz zur Verfügung zu stellen. Internetnutzer können kostenlos und weitgehend anonym (identifizierbar höchstens über die IP-Adresse) Dateien jeder Art hochladen und bei Bedarf über eine individuell zugeteilte URL wieder herunterladen. In der Regel bietet der Sharehoster auch einen kostenpflichtigen Zugang mit mehr Speicherplatz, weniger Werbung und höherer Up- und Downloadgeschwindigkeit an. Der Sharehoster selbst stellt keine Inhaltsverzeichnisse oder sonstige Funktionen zur Verfügung, über die Dritte gezielt nach gespeicherten Dateien suchen könnten. Wer Dateien anderen zugänglich machen oder gar veröffentlichen will, kann jedoch die entsprechenden Links mitteilen.

Im Vergleich zu anderen Host Providern steht der Sharehoster den Inhalten seiner Plattform am fernsten, denn weder gibt er bestimmte Themen vor, noch stellt er überhaupt eine ausdifferenzierte Infrastruktur zur Verfügung. Andererseits birgt das Sharehosting auf Grund der den Nutzern garantierten Anonymität erhebliche Missbrauchsgefahr. Im Bereich des

illegalen Filesharings (zum Beispiel Austausch unerlaubt vervielfältigter Musik-, Film-, Computerspiel- oder E-Book-Dateien) haben Sharehoster mittlerweile die klassischen P2P-Tauschbörsen abgelöst, deren Nutzer in der jüngeren Vergangenheit immer öfter identifiziert und abgemahnt wurden.<sup>68</sup> Raubkopierer betreiben hierzu Suchmaschinendienste, die einschlägige Sharehoster nach Downloadlinks zu den gewünschten Werken durchsuchen.<sup>69</sup> Prominente Sharehoster wie „Rapidshare“, „Megaupload“ oder „uploaded.to“ stehen in Verdacht, bewusst von dem illegalen Potential ihrer Plattformen zu profitieren. Der Umsatz des Sharehosters hängt aus verschiedenen Gründen von der Attraktivität des gespeicherten Datenmaterials ab: Der kostenpflichtige Premium-Zugang lohnt nur für den regelmäßigen Download großer Datenmengen; die Werbeeinnahmen steigen mit jedem Aufruf der Internetseite. Einige Sharehoster schaffen durch Prämienprogramme finanzielle Anreize für den Upload besonders begehrter Dateien.<sup>70</sup> Hierzu zählen weniger Urlaubsfotos und Firmenpräsentationen als Raubkopien geschützter Film- und Musikwerke. Allein mit der Haftung von Rapidshare hat sich die Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen befasst.<sup>71</sup> Umstritten ist unter anderem, inwiefern Rapidshare verpflichtet ist, die Herkunft illegaler Dateien zu prüfen und zu dokumentieren. Der Sharehoster Megaupload muss sich derzeit vor einem amerikanischen Gericht (United States District Court, Southern District of California, San Diego) verantworten.<sup>72</sup>

Verwandt mit dem Geschäftsmodell des Sharehosters sind so genannte Musikschließfächer. Nutzer können ihre Musik- oder Videodateien in ein virtuelles Schließfach, das heißt auf die Server des Anbieters laden und später im Wege des Streamings über verschiedene Endgeräte (Mobiltelefone, MP3-Player, Tablet-Computer etc.) direkt abspielen. Vorteil des Dienstes ist, dass der Nutzer Speicherplatz auf dem Endgerät spart. Wer eine Musikdatei bei einem Sharehoster speichert, der kein Streaming anbietet, muss die Datei zunächst auf sein Endgerät herunterladen, bevor er sie abspielen kann. Allerdings setzt die Nutzung eines Musikschließfaches nach aktuellem Stand der Technik eine Internetverbindung während des gesamten Abspielvorgangs voraus. Große Anbieter von Musikschließfächern sind Amazon („Cloud Drive“ und „Cloud Player“), Google („Music Beta“) und Apple („iCloud“). Die Frage nach der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit des Anbieters stellt sich,

wenn Nutzer raubkopierte Dateien in ihr Schließfach laden oder wenn sie ihr Schließfach mit Freunden teilen und auf diese Weise einzelne Musikdateien öffentlich zugänglich machen (§ 19a UrhG). Spezialisierte Suchdienste helfen dabei, Musikdateien in offenen Musikschließfächern zu finden. Am 22. August 2011 entschied der United States District Court, Southern District of New York, der Anbieter des Schließfachdienstes „MP3tunes“ habe hinreichende Sicherungsvorkehrungen gegen illegal agierende Nutzer getroffen, profitiere nicht von den Rechtsverletzungen und unterliege daher nicht der sekundären urheberrechtlichen Haftung.<sup>73</sup>

#### 4. Sonderfall: Usenet Provider

Das Usenet ist ein Netzwerk von Diskussionsforen (Newsgroups), in denen sich die Netzwerkteilnehmer zu den verschiedensten Themen austauschen können. Einige Newsgroups erlauben das Anhängen von Bild-, Musik- oder Videodateien und werden zum illegalen Austausch von Musik, Filmen oder Software genutzt. Da innerhalb des Usenets weitgehend Anonymität gewährleistet ist, gilt das Usenet als beliebte Alternative zu P2P-Musiktauschbörsen und wird in dieser Funktion erst jüngst von den zuvor behandelten Sharehostern verdrängt.<sup>74</sup> Den Zugang zum Usenet vermitteln zahlreiche Provider, in der Regel gegen Entgelt. Usenet Provider erfüllen technisch eine ähnliche Funktion wie sonstige Access Provider. Allerdings lohnt sich ein kostenpflichtiger Zugang zum Usenet mit entsprechend hohem Downloadvolumen und entsprechend hoher Downloadgeschwindigkeit praktisch nur für den rechtswidrigen Datenaustausch. Usenet Provider spielen in ihrer Werbung teilweise unverhohlen auf diese Möglichkeit an<sup>75</sup> und stehen ähnlich wie Sharehoster im Verdacht, mit einem scheinbar neutralen Dienst aus dem illegalen Verhalten ihrer Kunden bewusst Profit zu schlagen. Die Haftung von Usenet Providern ist im Einzelnen umstritten und war wiederholt Gegenstand von Gerichtsentscheidungen.<sup>76</sup>

#### 5. Sonstige Vorfeldakteure im Internet

Weitere Fallgruppen möglicher Vorfeldhaftung im Internet lassen sich nicht den verschiedenen Providerkategorien zuordnen.

## a. Anschlussinhaber

Inhaber eines Internetanschlusses ist allein der Vertragspartner des Access Providers. Als unmittelbarer Verletzer haftet er für sein eigenes Verhalten im Internet. Oft nutzen jedoch Dritte den Anschluss mit oder ohne Einwilligung des Inhabers. Haftet der Anschlussinhaber für den Missbrauch seines Anschlusses durch Dritte, in der Regel in Form des illegalen Downloads von Musikdateien? Die Rechtsprechung hat sich insbesondere mit drei Fallgruppen befasst:

### aa. Ungesichertes WLAN

Öffentliche Einrichtungen, Hotels, Cafés, aber auch Privatpersonen betreiben oft ungesicherte WLANs, in die sich jeder einwählen kann, der sich im Empfangsbereich aufhält. Einzelne Nutzer ergreifen die Gelegenheit, rechtswidrige Inhalte „unter fremdem Namen“ über das Internet zu verbreiten oder herunterzuladen. In der Rechtsprechung war lange heftig umstritten, ob der Betreiber eines ungesicherten WLANs – vorausgesetzt, er kann nachweisen, nicht selbst die beanstandete Handlung vorgenommen zu haben – für den Missbrauch durch Dritte in Anspruch genommen werden kann.<sup>77</sup> Der Bundesgerichtshof hat in einem vielbeachteten Urteil<sup>78</sup> entschieden, der Betreiber eines privaten WLANs könne sich seiner Haftung für fremdes Verhalten nur dadurch entziehen, dass er die im Zeitpunkt des Kaufs des WLAN-Routers marktüblichen Sicherheitsvorkehrungen treffe. Hierzu zähle jedenfalls die Verschlüsselung des Netzwerks unter Verwendung eines individuellen Passworts.<sup>79</sup>

### bb. Mitnutzung durch Familienangehörige

Bis heute umstritten ist, welche Sicherungsvorkehrungen der Anschlussinhaber treffen muss, um zu verhindern, dass die in seinem Haushalt lebenden Familienangehörigen, typischerweise minderjährige Kinder, über seinen Anschluss Rechtsverletzungen begehen.<sup>80</sup>

### cc. Mitnutzung durch Arbeitnehmer

Trotz steigender Bedeutung in der Beratungspraxis hat sich die Rechtsprechung bislang nur vereinzelt mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Voraussetzungen sich der Arbeitgeber verantworten muss, wenn Arbeitnehmer die ihnen für ihre berufliche Tätigkeit zur Verfügung gestellten Internetanschlüsse für illegales Filesharing zu privaten Zwecken missbrauchen. Das LG München I entschied, einem kleinen Rundfunkunternehmen sei es vor dem Hintergrund der Rundfunk- und Meinungsfreiheit nicht zuzumuten, die Internetnutzung eines Volontärs permanent zu überwachen oder durch Filterprogramme zu beschränken.<sup>81</sup> Man mag bezweifeln, ob die Rechtsprechung diese Grundsätze auf rein wirtschaftlich agierende Großunternehmen übertragen würde.

#### dd. Sonstige Fälle

Als weitere Beispiele aus der Rechtsprechung sind zu nennen: Die Haftung des Betreibers eines Internetcafés für Rechtsverletzungen durch seine Kunden;<sup>82</sup> Haftung des Hotelbetreibers, der den Hotelgästen seine Internetzugänge zur Verfügung stellt.<sup>83</sup> Die Konstellationen unterscheiden sich von den Fällen ungesicherter WLANs dadurch, dass die Gäste des Internetcafés oder des Hotels sich *mit Einwilligung des Anschlussinhabers* Zugang zum Internet (auch drahtlos) verschaffen. Daher stellt sich nicht die Frage, ob der Anschlussinhaber durch Verschlüsselung oder andere Maßnahmen die Internetnutzung durch Unbefugte vollständig zu verhindern hat, sondern die Frage, inwiefern der Anschlussinhaber die Nutzung seines Anschlusses durch Dritte inhaltlich überwachen muss.

#### b. Accountinhaber

Strukturell vergleichbar mit dem Missbrauch eines Internetanschlusses durch Dritte ist der Missbrauch eines Benutzerkontos. Das Benutzerkonto beinhaltet im Kern eine Zugangsberechtigung zu einer zugangsbeschränkten Plattform (Beispiel: eBay-Account). Der Kontoinhaber ist vertraglich verpflichtet, die Zugangsdaten vor Dritten geheimzuhalten. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs unterliegt der Inhaber eines eBay-Accounts einer strengeren Haftung als der Inhaber eines Internetanschlusses, da dem Benutzerkonto eine besondere

Identifikationsfunktion zukomme.<sup>84</sup> Wer die Zugangsdaten nicht sorgfältig aufbewahre, schaffe die Gefahr, „dass für den Verkehr Unklarheiten darüber entstehen können, welche Person unter dem betreffenden Mitgliedskonto bei eBay gehandelt hat, und dadurch die Möglichkeiten, den Handelnden zu identifizieren und gegebenenfalls (rechtsgeschäftlich oder deliktisch) in Anspruch zu nehmen, erheblich beeinträchtigt werden“.<sup>85</sup> In dem vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall hatte die Ehefrau des beklagten Kontoinhabers über den Account ihres Ehemannes nachgeahmten Cartier-Schmuck angeboten. Der Bundesgerichtshof grenzte ausdrücklich die strenge deliktische Haftung des Kontoinhabers von der vertraglichen Haftung ab, die sich nach den allgemeinen Regeln über die Stellvertretung, das heißt den §§ 164 ff. BGB sowie den Grundsätzen über die Rechtsscheinvollmacht richte.<sup>86</sup>

### c. Vorfeldhaftung im Domainrecht

Domain-Namen können in Marken-, Firmen- oder Namensrechte eingreifen.<sup>87</sup> Unmittelbarer Verletzer ist derjenige, der die Domain anmeldet und im geschäftlichen Verkehr verwendet. Sitzt der Domaininhaber im Ausland oder versteckt sich hinter einer Briefkastenfirma, stellt sich die Frage, wer im Vorfeld der Domainbenutzung belangt werden kann. Die Rechtsprechung hat sich mit der Haftung der Domainvergabestelle DENIC sowie der Haftung des administrativen Ansprechpartners (Admin-C) auseinandergesetzt. In einem grundlegenden Urteil zur Vorfeldhaftung im Markenrecht<sup>88</sup> hat der Bundesgerichtshof entschieden, die DENIC könne nur ausnahmsweise auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn sie zuvor auf eine offenkundige und ohne Weiteres feststellbare Rechtsverletzung hingewiesen worden sei. Die Haftungsprivilegierung sei dadurch gerechtfertigt, dass die DENIC eine gesellschaftlich wichtige Aufgabe wahrnehme und die schnelle und preiswerte Registrierung nur gewährleisten könne, wenn sie nicht jede Anmeldung eigenständig auf mögliche Rechtsverletzungen überprüfen müsse.<sup>89</sup>

Höchstrichterlich noch nicht geklärt ist die Haftung des administrativen Ansprechpartners. Nach den Domainrichtlinien der DENIC muss der Domaininhaber einen Admin-C als Bevollmächtigten und Ansprechpartner

der DENIC registrieren. Der Admin-C darf rechtswirksame Erklärungen im Hinblick auf die Domain abgeben, beispielsweise die Domain kündigen. Seine Funktion besteht darin, die Domainverwaltung zu vereinfachen, insbesondere wenn der Domaininhaber eine juristische Person oder im Ausland ansässig ist. Umstritten ist, inwiefern sich aus der Funktion und dem Aufgabenbereich des administrativen Ansprechpartners eine rechtliche Verantwortlichkeit für die Domain gegenüber Dritten ableiten lässt. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf<sup>90</sup> und des OLG München<sup>91</sup> treffen den Admin-C Pflichten nur im Innenverhältnis zwischen Domaininhaber und DENIC. Für Kennzeichen- und Namensrechtsverletzungen müsse der Admin-C im Außenverhältnis keinesfalls eintreten. Dagegen befürworteten das OLG Koblenz<sup>92</sup> und das OLG Stuttgart<sup>93</sup> die Haftung des Admin-C in Konstellationen des Domain-Grabblings. Die Beklagten hatten sich jeweils bereit erklärt, sich gegen Entgelt als administrative Ansprechpartner für beliebige noch anzumeldende Domains benennen zu lassen. Ihre Auftraggeber ermittelten mit Hilfe spezieller Software massenhaft freigewordene Domains und meldeten sie auf sich an, um sie später gewinnbringend weiterzuverkaufen. Auf diese Weise erlangten sie – wie vorherzusehen war – zahlreiche Domains, die geschützte Kennzeichen oder Namen enthielten. Nach Ansicht des OLG Stuttgart musste der Admin-C seine Mitwirkung zumindest bei offenkundigen, sich aufdrängenden Rechtsverletzungen verweigern.<sup>94</sup> Das OLG Koblenz befürwortete sogar umfassende Prüfungspflichten in jedem Einzelfall, die sich durch die erkennbaren Gefahren des Geschäftsmodells rechtfertigten.<sup>95</sup>

#### d. Hyperlinks

Zwei Konstellationen sind zu unterscheiden: Einmal werden fremde *rechtmäßige* Inhalte verlinkt. Es stellt sich die Frage, ob derjenige, der mit Hilfe des Hyperlinks die fremden Inhalte in sein Angebot integriert, unmittelbar gegen Urheberrecht (§§ 16, 19a UrhG) oder Wettbewerbsrecht verstößt. Der BGH verneinte das in seiner Entscheidung „Paperboy“ von 2003<sup>96</sup> für den Fall, dass der Anbieter eines Internet-Suchdienstes Online-Ausgaben von Tageszeitungen nach bestimmten Schlagwörtern durchsucht und dem Anfragenden eine Liste mit Hyperlinks zu den thematisch

passenden Inhalten präsentiert. Um Vorfeldschutz geht es in dieser Konstellation nicht. Zu unterscheiden ist der Fall, dass *rechtswidrige* Inhalte verlinkt werden. Die Verbreitung der rechtswidrigen Inhalte wird durch den Hyperlink zumindest gefördert. Unmittelbarer Verletzer ist der jeweilige Content Provider. Haftet derjenige, der den Link gesetzt hat, als mittelbarer Verletzer? In der wettbewerbsrechtlichen Entscheidung „Schöner Wetten“ von 2004<sup>97</sup> lehnte der BGH die Haftung von „Welt online“ ab, die in einem Artikel über das ehemalige Modell Yara Wortmann illegale Wettportale (§ 284 Abs. 1 StGB) verlinkt hatte. Das Presseunternehmen treffe vor dem Hintergrund der Pressefreiheit nur eine eingeschränkte Prüfungspflicht hinsichtlich der verlinkten Inhalte. Die Rechtswidrigkeit von Glücksspielangeboten sei insbesondere europarechtlich umstritten gewesen, eine eingehende rechtliche Prüfung sei der „Welt“ nicht zumutbar. Im Fall „AnyDVD“ von 2010<sup>98</sup> entschied der BGH, der Heise Verlag hafte nicht als Teilnehmer an Verstößen gegen § 95a Abs. 3 UrhG, weil er in einer Meldung bei „Heise online“ über die illegale Umgehungssoftware „AnyDVD“ berichtet und Links auf die Internetseite des Anbieters Slysoft gesetzt habe. Bericht und Hyperlink seien durch die Pressefreiheit gerechtfertigt.

## 6. Gefährlicher Telefonanschluss

Ein patentrechtlicher Fall<sup>99</sup> mag als Beispiel dafür dienen, dass sich Vorfeldschutz gegen gefährliche Infrastruktur nicht auf Konstellationen aus dem Bereich des Internets beschränkt. Die Muttergesellschaft hatte einem verbundenen Unternehmen gestattet, ihren Telefonanschluss für eilige Aufträge mitzubeneutzen. Über diesen Telefonanschluss hatte das verbundene Unternehmen patentverletzende Räumschilder für Schneepflüge vertrieben. Der BGH entschied, die Muttergesellschaft sei für die Patentverletzung nicht allein wegen der Überlassung des Telefonanschlusses verantwortlich, solange sich kein Anlass gezeigt habe, auf das verbundene Unternehmen einzuwirken und den Missbrauch des Anschlusses zu unterbinden.<sup>100</sup>

## 7. Gefährliche Veranstaltungen

Außerhalb des Internets lösen zudem Musikveranstaltungen Streit über die Reichweite der Vorfeldhaftung aus: Eine Kapelle, ein Orchester oder eine Band verletzen bei ihrem Auftritt unmittelbar Urheberrechte, indem sie Musikstücke ohne hinreichende Genehmigung der Komponisten, Verlage oder Verwertungsgesellschaften (GEMA) aufführen oder von unerlaubt vervielfältigten Noten spielen. Den Berechtigten ist daran gelegen, den in organisatorischer Hinsicht verantwortlichen Veranstalter in die Haftung einzubeziehen. Das mögen sein ein Gastwirt, der zur Belebung seiner Wirtschaft eine Kapelle engagiert hat,<sup>101</sup> Tanzlehrer, die einen Abschlussball mit zugehöriger Musik organisieren,<sup>102</sup> oder ein Tourneeveranstalter.<sup>103</sup> Die jüngere Rechtsprechung hat sich wiederholt mit der Haftung der Veranstalter von Straßenfesten mit Musikbühnen beschäftigt.<sup>104</sup>

Strukturell lassen sich gefährliche Veranstaltungen mit gefährlichen Plattformen vergleichen. Der Veranstalter bietet dem unmittelbaren Verletzer die für die Verletzungshandlungen erforderliche Infrastruktur. Während der Dauer der Veranstaltung sind Veranstalter und unmittelbarer Verletzer durch ein Schuldverhältnis verbunden, über das der Veranstalter auf den unmittelbaren Verletzer einwirken kann.

## *II. Gefährliche Gegenstände*

Die unerlaubte Verwertung fremder Rechte erfordert oft bestimmte Gegenstände: Teile einer patentierten Kombination, Maschinen, mit denen patentierte Verfahren angewendet werden können, Kennzeichnungsmittel, Software zum Aufbau eines P2P-Netzwerkes oder Programme zur Umgehung technischer Schutzmaßnahmen. In derartigen Konstellationen bedeutet Vorfeldschutz Schutz gegen Hersteller, Händler, Importeure oder sonstige Lieferanten gefährlicher Produkte. Strukturell unterscheiden sich die Fallgruppen „gefährliche Plattformen“ und „gefährliche Produkte“ dadurch, dass zwischen dem Lieferanten und seinem Abnehmer (dem unmittelbaren Verletzer) kein Dauerschuldverhältnis zustande kommt. Die vertraglichen Beziehungen beschränken sich vielmehr auf den einmaligen Leistungsaustausch, zum Beispiel im Rahmen eines Kaufvertrages. Hat der Lieferant den gefährlichen Gegenstand aus der Hand gegeben, kann er den Fortgang der Ereignisse, insbesondere die weitere Verwendung des

Gegenstandes nicht mehr beeinflussen. Selbst wenn er von Rechtsverletzungen durch seinen Abnehmer erführe, könnte er weitere Verletzungen kaum unterbinden. Hierdurch unterscheidet er sich vom Plattformbetreiber oder Veranstalter, der im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses fortlaufend auf den unmittelbaren Verletzer einwirken kann. Rechtlich wird sich dieser Unterschied auf die Art und den relevanten Zeitpunkt der Pflichten des Vorfeldakteurs auswirken.

## 1. Patentrecht

Ein Bedürfnis nach Vorfeldschutz besteht bei Kombinations- und Verfahrenspatenten. Kombinationserfindungen zeichnen sich dadurch aus, dass mehrere selbstständige Elemente zu einem einheitlichen technischen Erfolg zusammenwirken, indem sie sich gegenseitig beeinflussen, unterstützen und ergänzen.<sup>105</sup> Erst derjenige, der die Kombination zusammensetzt und gebraucht, greift in das Patentrecht ein. Der Patentinhaber will trotzdem gegen Hersteller und Lieferanten einzelner, für sich nicht geschützter Elemente der Kombination vorgehen. Wirtschaftlich geht es ihm um die Macht auf den vorgelagerten Märkten für Zubehör, Ersatz- und Einzelteile, auf denen er oft nachhaltiger Gewinn erzielen kann als durch den Verkauf der zusammengesetzten Kombination.<sup>106</sup> Zur Anwendung patentierter Verfahren sind in der Regel bestimmte Vorrichtungen oder Stoffe erforderlich. Der Patentinhaber begehrt Vorfeldschutz gegen Hersteller und Lieferanten dieser für sich nicht geschützten Erzeugnisse. Besonderheiten gelten für Patente aus dem Bereich der Arzneimittel. Als Referenz für die weiteren Ausführungen sollen folgende Fälle dienen:

### Senseo-Kaffeepads<sup>107</sup>

Die niederländischen Unternehmen Douwe Egberts und Philips vermarkten zusammen das Senseo-Kaffeebrühsystem, dessen Eigenart darin liegt, dass der Kaffee in vorportionierter Form mittels so genannter Kaffeepads in das Gerät eingelegt wird. Dabei berufen sie sich auf ein europäisches Patent über eine Baueinheit (Kombination) zum Einsatz in einem Kaffee-Brühgerät, die aus einem becherförmigen Behälter (Träger) und einem darin zu platzierenden Filtereinsatz (Pad) besteht.<sup>108</sup> Schnell

haben sich Nachahmer gefunden, die günstigere Senseo-kompatible Pads vertreiben. Die Pads selbst genießen keinen Patentschutz, nur in Kombination mit dem Träger verwirklichen sie den Erfindungsgedanken. Da der Markt für Kaffeepads ungleich attraktiver ist als der Markt für die Brühgeräte (der Endverbraucher benötigt nur ein Brühgerät, jedoch fortlaufend neue Pads), wollen Douwe Egberts und Philips trotzdem gegen Hersteller und Lieferanten der nachgeahmten Filtereinsätze vorgehen.

Ribavirin<sup>109</sup>

Der Wirkstoff Ribavirin wurde bereits früher in Kombination mit einem anderen Wirkstoff zur Behandlung der Hepatitis C-Infektion eingesetzt. A fand heraus, dass die Kombinationstherapie für eine bestimmte Patientengruppe besonders wirksam ist. Ihm wurde ein Patent über die Verwendung des Wirkstoffs zur Behandlung der Patientengruppe erteilt. Um seine Erfindung wirtschaftlich auszubeuten, vertreibt er Medikamente, die sich von den bislang erhältlichen Produkten allein dadurch unterscheiden, dass in ihrer Packungsbeilage die Behandlung der besonderen Patientengruppe beschrieben ist. Das konkurrierende Pharmaunternehmen B stellt ebenfalls Ribavirin enthaltende Medikamente mit gleichlautender Packungsbeilage her, liefert sie jedoch ausschließlich in Länder, in denen A kein Patent über die Verwendung des Wirkstoffs hat. A ist sich zwar bewusst, dass er die Behandlung der von ihm identifizierten Patientengruppe mit Ribavirin im Ausland nicht verbieten kann. Trotzdem möchte er den Export der hergerichteten Medikamente verhindern.

Abwandlung: Das Pharmaunternehmen C vertreibt schon seit jeher Ribavirin-Medikamente im Inland, ohne in der Packungsbeilage auf die neue Anwendungsmöglichkeit hinzuweisen. Viele Ärzte haben von A's Entdeckung jedoch aus Fachzeitschriften erfahren und behandeln die besondere Patientengruppe mit Produkten von C. A möchte C untersagen, Medikamente an solche Ärzte zu liefern, während C sich auf den Standpunkt stellt, man könne ihm keine Tätigkeit verbieten, der es schon vor Anmeldung des Patents unbeanstandet nachgegangen sei.

## 2. Markenrecht

Zu den „gefährlichen Produkten“ im Markenrecht zählen hauptsächlich Kennzeichnungsmittel. Als Referenz diene folgender Fall aus dem Jahr 1938:

Opel-Logo.<sup>110</sup>

In den 1920er und 1930er Jahren war die Adam Opel AG weltweit größter Fahrradhersteller. Opel-Produkte konnte man am damals aktuellen Opel-Logo „Zeppelin in Tropfenform“ erkennen. Das Unternehmen A produzierte plastische Zeppelin-Figuren, die von ihren Abnehmern auch an markenlosen, also in der Regel günstigeren und minderwertigen Fahrrädern angebracht wurden. Obwohl das Markenrecht erst mit der körperlichen Verbindung von Kennzeichen und Ware verletzt ist (heute § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG), nahm die Opel AG den Lieferanten der Figuren in Anspruch.

Die Aktualität der Fallkonstellation belegt eine Entscheidung des LG München I zum unerlaubten Vertrieb von BMW-Emblemen, die die Käufer mit günstigen Leichtmetallfelgen anderer Hersteller verbinden konnten, um auf diese Weise den Eindruck von Original-BMW-Felgen hervorzurufen.<sup>111</sup>

### 3. Urheberrecht

Vor dem Siegeszug von P2P-Netzwerken, Sharehostern oder dem Usenet richtete sich der Vorfeldschutz im Urheberrecht im Schwerpunkt gegen analoge Vervielfältigungstechnologie, beispielsweise gegen Magnettonbandgeräte in den 1950er und 1960er Jahren<sup>112</sup> oder gegen Kopiergeräte in den 1980er Jahren.<sup>113</sup> Mit einem System aus gesetzlichen Lizenzen und Vergütungsansprüchen (§§ 53 ff. UrhG) gewährt der Gesetzgeber spezifischen Vorfeldschutz, der an die besondere Interessenlage im Urheberrecht, namentlich an die Erkenntnis, dass dem Urheber regelmäßig weniger an Verbotensrechten als an seiner angemessenen Vergütung liegt, anknüpft. Zu den gefährlichen Produkten im Urheberrecht gehört außerdem Software, mit der sich ein P2P-Netzwerk aufbauen lässt, über das Sendungen des Bezahlfernsehens (PayTV) ohne Erlaubnis des berechtigten Sendeunternehmens verbreitet werden können.<sup>114</sup> Eine bedeutende Fallgruppe bilden schließlich Mittel

zur Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen (vgl. § 95a ff. UrhG). Als Referenz für die weitere Untersuchung soll der von 2005 bis 2010 andauernde Rechtsstreit zwischen Unternehmen der Musikindustrie und dem Heinz Heise Verlag dienen (vgl. bereits S. 20):

Heise online<sup>115</sup>

Führende Unternehmen der Musikindustrie wie BMG, EMI, Sony, Universal oder Warner verwenden zum Schutz der von ihnen hergestellten Bild- und Tonträger technische Schutzmaßnahmen (Kopierschutz). Die Firma Slysoft produziert und vertreibt Software wie „CloneCD“ und „AnyDVD“, mit deren Hilfe der Kopierschutz umgangen werden kann. Slysoft selbst ist schwer greifbar. Das Unternehmen hat seinen Sitz in Saint John's, der Hauptstadt des karibischen Inselstaates Antigua und Barbuda. Stattdessen konzentrierte die Musikindustrie ihren Angriff auf den Heinz Heise Verlag, unter anderem Betreiber des Nachrichtentickers „Heise online“. In einer Meldung hatte Heise online über neue Produkte von Slysoft berichtet, dabei auch einen Hyperlink auf die Homepage von Slysoft gesetzt.

### *III. Zwischenergebnis*

Die Übersicht über das Fallmaterial sollte die Vielfalt der relevanten Lebenssachverhalte illustrieren und erste gemeinsame Strukturen andeuten. Während sich die Kategorie „gefährliche Plattformen“ durch ein Dauerschuldverhältnis zwischen Anbieter und Nutzer auszeichnet, verbindet Lieferant und Abnehmer von „gefährlichen Gegenständen“ nur ein punktueller Austauschvertrag. Untergruppen lassen sich danach bilden, wie nahe der Anbieter den rechtsverletzenden Inhalten steht und wie intensiv er ihre Darbietung, Struktur und Erreichbarkeit beeinflusst. Andererseits kann man nach Branche und nach dem Zuschnitt des Kundenkreises differenzieren. Das Bedürfnis des Rechtsinhabers nach Vorfeldschutz mag unterschiedlich stark ausgeprägt sein, je nachdem, ob der Vorfeldakteur seine Waren und Dienste einzelnen gewerblichen Abnehmern oder einer anonymen Masse von Endverbrauchern anbietet. Schließlich können bestimmte Aspekte eines Geschäftsmodells den Verdacht nähren, der Anbieter billige den rechtsverletzenden

„Missbrauch“ seiner Waren oder Dienste, um hieraus größeren Profit zu schlagen. Im folgenden Abschnitt sollen die Interessen der Beteiligten näher beleuchtet werden.

## **D. Die Interessenlage**

### *I. Betroffene Grundrechte*

Zwischen Rechtsinhaber und Vorfeldakteur besteht ein Interessenkonflikt. Der Rechtsinhaber begehrt effektiven Schutz seiner geistigen Leistung. Verfassungsrechtlich kann er sich auf Art. 14 Abs. 1 GG berufen, der auch das „geistige Eigentum“ erfasst.<sup>116</sup> Dagegen steht das Interesse des Vorfeldakteurs an der ungestörten Ausübung seines Gewerbes oder an der Weiterentwicklung seines Geschäftsmodells – Aspekte der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG). Die Rechtsprechung stellt ihrer Abwägung im Einzelfall regelmäßig die Prämisse voran, ein „von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell“ dürfe nicht durch übermäßige Ausdehnung der Vorfeldhaftung in Frage gestellt werden.<sup>117</sup> Lässt sich die Vorfeldmaßnahme keiner beruflichen Tätigkeit zuordnen, mag immerhin das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) betroffen sein. Im Fall von Heise online konnte sich der Heise Verlag gegenüber der Musikindustrie zudem auf die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG) berufen.

Stehen grundrechtlich geschützte Interessen im Konflikt miteinander, müssen sie mit dem Ziel der Optimierung zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden (praktische Konkordanz).<sup>118</sup> Dies geschieht im Wege der Abwägung. Hierzu ist der Gesetzgeber berufen, soweit er besondere Vorschriften des Vorfeldschutzes schafft. Lassen die Vorschriften Raum zur Auslegung oder gelangen allgemeine Vorschriften und Grundsätze zur Anwendung, ist die Abwägung Aufgabe der Gerichte. Vorfeldschutz bedarf dabei einer besonderen Rechtfertigung. Dem verletzten Rechtsinhaber muss es unmöglich oder unzumutbar sein, allein gegen den unmittelbaren Verletzer vorzugehen. Im Immaterialgüterrecht begründen die Besonderheiten der geschützten Güter ein gesteigertes

Bedürfnis nach Vorfeldschutz.

## *I. Vorfeld als „Wurzel des Übels“*

### 1. Die Allgegenwart geistiger Güter

H.Axster formulierte 1931 zur mittelbaren Patentverletzung, im Vorfeld liege die „Wurzel des Übels“.<sup>119</sup> Die These, nur der Zugriff auf das Vorfeld garantiere effektiven Rechtsschutz, gründet auf eine Besonderheit geistiger Güter. Geistige Güter sind zeitlich und örtlich ungebunden, sobald sie veröffentlicht oder allgemein zugänglich gemacht werden.<sup>120</sup> Eine bekannte Marke kann überall und beliebig oft zur Kennzeichnung von Waren benutzt werden, eine patentierte Kombination kann überall und beliebig oft nachgebaut werden. Einmal bekannt entziehen sich geistige Güter der faktischen Herrschaft des Rechtsinhabers.<sup>121</sup> In ihrer Allgegenwart (Ubiquität) unterscheiden sie sich von körperlichen Gegenständen, die an einem Ort belegen sind und über den Besitz von ihrem Eigentümer faktisch kontrolliert werden können.<sup>122</sup> Der Kreis potentieller unmittelbarer Verletzer von Sacheigentum ist daher begrenzt. Unmittelbare Eingriffe werden rechtzeitig bemerkt. Zwar ist Vorfeldschutz von Sacheigentum nicht obsolet. Nach herrschender Meinung schützt auch § 1004 BGB gegen den „mittelbaren Störer“.<sup>123</sup> Der Sacheigentümer kann seinen Freiheitsbereich aber meist hinreichend dadurch schützen, dass er seine Abwehrrechte gegen einzelne unmittelbare Störer geltend macht.

### 2. Anonymität der unmittelbaren Verletzer

Konsequenz der Allgegenwart geistiger Güter ist, dass der Rechtsinhaber die Identität unmittelbarer Verletzer oft nicht kennt oder überhaupt nicht bemerkt, dass in sein Recht eingegriffen wird. So erfolgt die unmittelbare Benutzung von Patenten zu einem beträchtlichen Teil innerbetrieblich „hinter verschlossenen Türen“. Hier werden geschützte Erzeugnisse hergestellt und geschützte Verfahren durchgeführt. Der Patentinhaber hat keinen Einblick in die innerbetrieblichen Vorgänge. Ihm bleibt lediglich die Möglichkeit, den Markt zu beobachten und von den Produkten, die sich im Verkehr befinden, auf Verletzungen seiner Rechte zu schließen.<sup>124</sup>

Mag diese Methode bei geschützten Erzeugnissen (§ 9 S. 2 Nr. 1 PatG), denen man ihre Zusammensetzung ansieht, noch einigen Erfolg versprechen, versagt sie bei Verfahrenspatenten. Selbst Verfahrenserzeugnissen im Sinne von § 9 S. 2 Nr. 3 PatG sieht man oft nicht an, ob sie mit Hilfe des geschützten Verfahrens oder auf andere Weise hergestellt worden sind. Immerhin hilft die Beweiserleichterung nach § 139 Abs. 3 PatG.<sup>125</sup>

Deutlicher wird das Problem der Anonymität des unmittelbaren Verletzers, wenn der unmittelbare Eingriff im privaten Bereich erfolgt, etwa bei privaten eBay-Angeboten oder beim Upload von Musikdateien auf den Server eines Sharehosters. Die private Nutzung geistiger Güter entzieht sich der Kontrolle des Rechtsinhabers noch weiter als der innerbetriebliche Bereich.<sup>126</sup> Geschäftsmodelle wie das von Rapidshare basieren auf der Anonymität ihrer Nutzer, auf die höchstens eine IP-Adresse hinweist. Bekannt ist dagegen der im Vorfeld tätige Plattformbetreiber oder Lieferant.

### 3. Vielzahl der unmittelbaren Verletzer

Zweitens bringt die Allgegenwart geistiger Güter einen unüberschaubaren Kreis potentieller unmittelbarer Verletzer mit sich. Oft werden gleichartige Schutzrechtsverletzungen in hoher Zahl begangen. Der Hersteller einer geeigneten Maschine mag an dutzende Betriebe liefern, die das patentierte Verfahren durchführen. In Musiktaschbörsen kommt es sogar massenweise zu Urheberrechtsverletzungen. Dem Rechtsinhaber ist es praktisch nicht möglich, jeden einzelnen Verletzer zu belangen. Ihm fehlen die personellen Ressourcen, und auch die Kosten für massenhafte Rechtsverfolgung kann er nicht bewältigen. Lieferant und Plattformbetreiber sitzen dagegen an Schaltstellen, über die sie mit einem Streich unzähligen Rechtsverletzungen vorbeugen könnten, sei es im äußersten Fall durch Einstellen ihres Angebots.

## *II. Vorfeldschutz am Rand schutzrechtsfreier Räume*

Ein besonderes Bedürfnis nach Vorfeldschutz im Immaterialgüterrecht ergibt sich weiterhin daraus, dass geistige Güter unmittelbar oft erst in

einem Bereich benutzt werden, den das Schutzrecht nicht mehr erreicht. Es fehlt dann an einer unmittelbaren *Rechtsverletzung*, man kann höchstens von einer unmittelbaren *tatsächlichen Nutzung/Verwertung* des geistigen Guts sprechen. Dem Rechtsinhaber ist daran gelegen, dem Gang der Ereignisse Einhalt zu gebieten, bevor der rechtsfreie Raum erreicht ist. Will er die Benutzung seines Guts verhindern, muss er auf das Vorfeld einwirken. Die zwei wichtigsten schutzrechtsfreien Räume sind das Ausland und der private Bereich. Im Patentrecht sollen zusätzlich ärztliche Heilverfahren von Schutzrechten freigehalten werden.

## 1. Ausland

Im gewerblichen Rechtsschutz gilt das Territorialitätsprinzip. Danach kann der inländische Gesetzgeber im Ausland stattfindende Handlungen nicht verbieten und deshalb auch nicht durch Gewährung subjektiver Rechte Einzelnen die Befugnis zu einem solchen Verbot verleihen.<sup>127</sup> Der Territorialitätsgrundsatz entspringt der Machtabgrenzung verschiedener Staaten zueinander.<sup>128</sup> Patent-, Gebrauchsmuster- oder Markenrechte entfalten nur in dem Staat Schutz, der das Recht verliehen hat. Ein deutsches Patent oder ein europäisches Patent mit Wirkung für Deutschland wird nur durch Benutzungshandlungen verletzt, die (wenigstens teilweise) in Deutschland vorgenommen werden.<sup>129</sup> Das Ausland ist „patentfrei“. Entsprechendes gilt für die Benutzung einer Marke.<sup>130</sup> In Fall „Ribavirin“ (S. 22) kann A beispielsweise die Verwendung des Medikaments für die von ihm identifizierte Patientengruppe im Ausland nicht verhindern. Es lassen sich beliebig viele Beispielsfälle bilden, in denen etwa die patentierte Kombination erst im Ausland zusammengesetzt oder das Kennzeichen erst im Ausland an der Ware angebracht wird. Umso mehr ist dem Rechtsinhaber daran gelegen, Vorbereitungshandlungen im Inland wie Produktion, Herrichtung und Export geeigneter Erzeugnisse zu unterbinden.

Im Urheberrecht wird zwar ebenfalls am Territorialitätsprinzip festgehalten,<sup>131</sup> allerdings gelten hier andere Voraussetzungen. Anders als gewerbliche Schutzrechte entsteht das Urheberrecht nicht durch staatlichen Verleihungsakt, sondern unmittelbar durch den Schöpfungsakt kraft Gesetzes.<sup>132</sup> Praktisch spielen Fälle, in denen ein geschütztes Werk

ausschließlich im Ausland verwertet wird, keine Rolle.

## 2. Privater Bereich

Weitgehend von den Wirkungen der Immaterialgüterrechte ausgenommen sind zweitens Handlungen im privaten Bereich. Im gewerblichen Rechtsschutz erklärt sich das schon aus dem Schutzzweck der Rechte, geistig-gewerbliche Leistungen zu schützen. Patente und Marken sind Instrumente des Wirtschaftsverkehrs.<sup>133</sup> Dementsprechend erlaubt § 11 Nr. 1 PatG Erfindungsbenutzungen im privaten Bereich zu nichtgewerblichen Zwecken. Die Markenverletzung setzt gemäß § 14 Abs. 2 MarkenG ein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus. Beispielsweise konnten die Inhaber des Senseo-Patents privaten Besitzern von Senseo-Kaffeebühgeräten nicht verbieten, nachgeahmte Kaffeepads in ihre Geräte einzulegen. Der Markeninhaber kann nicht gegen Piraterieware bei eBay vorgehen, solange der Anbieter ausschließlich privat tätig wird, das heißt nur in sehr geringem Umfang und unregelmäßigen zeitlichen Abständen Waren verkauft.

Auch das Urheberrecht privilegiert bestimmte private Handlungen. Beispielsweise sind einzelne Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch nach § 53 Abs. 1 UrhG zulässig.<sup>134</sup> Aus dem Schutzbereich des Urheberrechts von vornherein ausgenommen ist der reine Werkgenuss.<sup>135</sup> Dem Erwerber einer CD oder DVD dürfte nicht untersagt werden, private Sicherungskopien zu brennen. Ebenso dürfte er geschützte Werke zu privaten Sicherungszwecken bei Rapidshare oder Megaupload hochladen.

## 3. Ärztliche Heilverfahren

Im Patentrecht sollen ärztliche Heilverfahren dem Zugriff des Schutzrechtsinhabers entzogen werden. Dahinter stehen zwei Begründungsansätze.<sup>136</sup> Ursprünglich ging man davon aus, dass es Verfahren zur chirurgischen oder therapeutischen Behandlung an der *gewerblichen Verwertbarkeit* gemäß § 1 PatG fehle. Ärzte übten kein Gewerbe, sondern einen freien Beruf aus.<sup>137</sup> § 5 Abs. 2 PatG a.F. griff diese Überlegung systematisch auf, indem er festlegte, dass ärztliche

Heilverfahren nicht als gewerblich anwendbare Erfindungen gelten. Eine andere Auffassung argumentierte, ärztliche Heilverfahren müssten im Interesse der Volksgesundheit für den allgemeinen Gebrauch freigehalten werden. Ärzte dürften bei der Auswahl der besten Behandlungsmethode nicht durch Patentrechte eingeschränkt werden.<sup>138</sup> Das *Freihaltungsbedürfnis* bestehe unabhängig davon, welche Tätigkeiten als gewerblich einzustufen seien. Der Gesetzgeber hat sich diesem Begründungsansatz inzwischen angeschlossen. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Akte vom 29. November 2000 zur Revision des Übereinkommens über die Erteilung europäischer Patente<sup>139</sup> am 13. Dezember 2007 wurde das Patentverbot für Heilverfahren aus dem Kontext der gewerblichen Anwendbarkeit (§ 5 PatG) entfernt und in den neuen § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG überführt. Dadurch sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass nach heutigem Verständnis das Patentverbot auf „grundsätzlichen rechts- bzw. gesundheitspolitischen Erwägungen“ beruht.<sup>140</sup> Um ärztliche Heilverfahren von Schutzrechten freizuhalten, setzt der Gesetzgeber nicht erst im Verletzungsrecht (§ 9 ff. PatG) an, sondern beschränkt bereits ihre Patentierbarkeit. Gemäß § 2a Abs. 1 Nr. 2 S. 1 PatG werden Patente nicht erteilt für Verfahren zur chirurgischen oder therapeutischen Behandlung des menschlichen oder tierischen Körpers und Diagnostizierverfahren, die am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden.

#### 4. Überschießender Vorfeldschutz

Fällt die unmittelbare Benutzung des geistigen Guts in einen schutzrechtsfreien Raum, hat der Rechtsinhaber ein gesteigertes Interesse, vorbereitende Maßnahmen zu verhindern. Damit ist noch nichts darüber gesagt, wie schutzwürdig dieses Interesse ist. Vorfeldschutz am Rand schutzrechtsfreier Räume ist überschießender Schutz, denn er bewegt sich im Vorfeld der *tatsächlichen Ausbeutung* geistiger Güter, nicht jedoch im Vorfeld von *Rechtsverletzungen* und droht auf diese Weise, das System von Schutzbereich und Schranken der Immaterialgüterrechte zu unterlaufen. Trotzdem hat der Gesetzgeber diverse Instrumente des Vorfeldschutzes geschaffen, die nicht danach differenzieren, ob die unmittelbare Benutzung des geistigen Gutes im geschützten oder

schutzrechtsfreien Raum droht. Sinn und Zweck dieser Instrumente wird im Einzelnen zu untersuchen sein. Einige Leitlinien seien bereits an dieser Stelle angedeutet: Überschießender Vorfeldschutz mag den Rechtsinhaber dafür kompensieren, dass er die unmittelbare Benutzung rechtlich nicht verhindern kann. Der Kompensationsgedanke liegt beispielsweise den Geräte- und Betreiberabgaben gemäß §§ 54 ff. UrhG (S. 106 ff.) zu Grunde, die den Urheber dafür entschädigen, dass er Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch dulden muss (§ 53 Abs. 1 UrhG). Des Weiteren mag der Gesetzgeber pauschal Schutz gegen Maßnahmen gewähren, die in der Regel eine rechtlich erlaubte Nutzung vorbereiten, in atypischen Fällen jedoch eine Rechtsverletzung nach sich ziehen können und daher abstrakt gefährlich bleiben. Hierin liegt Sinn und Zweck beispielsweise des markenrechtlichen Ausfuhr- und Durchfuhrverbots gemäß § 14 Abs. 3 MarkenG: Der Gesetzgeber will der abstrakten Gefahr vorbeugen, dass die für das Ausland bestimmten Waren auf Grund atypischer Umstände doch in den inländischen Verkehr gelangen (S. 39 ff.). Schließlich können tatsächliche Besonderheiten den Gesetzgeber vor die Wahl stellen, entweder überhaupt keinen oder überschießenden Vorfeldschutz zu gewähren. Beispielsweise rechtfertigt sich der in verschiedener Hinsicht über die Grenzen des Urheberrechts hinausreichende Schutz technischer Maßnahmen gemäß § 95a UrhG dadurch, dass technische Maßnahmen tatsächlich unteilbar sind, das heißt nicht etwa danach differenzieren können, inwieweit sie geschützte oder gemeinfreie Werke erfassen (S. 128).

### *III. Die Bedeutung von Schutzbereich und Schranken*

Rechtfertigen die bislang erörterten Besonderheiten der Immaterialgüterrechte gesteigerten Vorfeldschutz, spricht ein anderer Zusammenhang dafür, das Vorfeld nicht übermäßig dem Zugriff der Rechteinhaber auszuliefern. Der Gesetzgeber hat die Grenzen der einzelnen Schutzrechte durch ausdifferenzierte Regelungen über Schutzbereich und Schranken festgelegt. Noch stärker als etwa beim Sacheigentum (§§ 903 ff. BGB) sind die Grenzen der Immaterialgüterrechte Ausdruck gesetzgeberischer Wertung und Abwägung. Dies sei am Beispiel des Patentrechts erläutert.

Die Aussicht auf ein Ausschließlichkeitsrecht setzt einen Anreiz für erfinderische Bemühungen und Investitionen. Nur wer damit rechnet, seine Erfindung während eines gewissen Zeitraums unter Ausschluss anderer wirtschaftlich auszubeuten zu können, ist bereit, persönliche und finanzielle Opfer für Forschung und Entwicklung zu erbringen. Patentschutz rechtfertigt sich im Sinne einer Anspornungstheorie als Grundvoraussetzung technischen Fortschritts.<sup>141</sup> Andererseits verleiht das Patentrecht ein Monopol und schränkt den Wettbewerb zumindest auf der Anwendungsebene ein, indem es Konkurrenz verhindert.<sup>142</sup> Allgemeininteressen werden dadurch berührt, dass das Patentrecht geschützte Erzeugnisse und Verfahren künstlich knapp und damit in der Regel teuer hält. Der Gesetzgeber versucht, die beiden gegenläufigen Interessen in Ausgleich zu bringen, indem er zwar Patentschutz gewährt, das Ausschließungsrecht jedoch auf bestimmte Handlungen beschränkt (§ 9 PatG), einzelne Schranken formuliert (§ 11 PatG) und den sachlichen Schutzbereich auf den Inhalt der Patentansprüche begrenzt (§ 14 PatG).

Vorfeldschutz darf die Ergebnisse der legislativen Abwägung nicht unterlaufen. Insbesondere bei der Vorverlagerung des Rechtsschutzes nach Maßgabe allgemeiner und ungeschriebener Grundsätze ist daher Vorsicht geboten.

## E. Rechtsverletzung – Rechtsgefährdung

Die verschiedenen Instrumente des Vorfeldschutzes unterscheiden sich grundlegend danach, ob sie Schutz gegen mittelbare Rechtsverletzungen oder Schutz gegen Rechtsgefährdungen gewähren. Rechtsverletzungen sind erst mit dem unerlaubten Eingriff in das Schutzrecht vollendet. Mittelbare Rechtsverletzungen zeichnen sich gegenüber unmittelbaren Rechtsverletzungen dadurch aus, dass die Verletzungshandlung nicht ohne Weiteres zum Verletzungserfolg führt, sondern für sich zunächst nur eine Gefahrenlage schafft.<sup>143</sup> Die Gefahrenlage nutzt der unmittelbare Verletzer zum Eingriff in das Recht. Damit setzt die mittelbare Rechtsverletzung ein *zweiaktiges* Geschehen voraus, das sich aus einer Rechtsgefährdung (der Vorfeldhandlung) und einer daran anknüpfenden unmittelbaren Rechtsverletzung zusammensetzt. Der mittelbare Verletzer haftet *akzessorisch* („sekundär“), das heißt nur in den Fällen, in denen sich die von ihm geschaffene Gefahr tatsächlich in einem Verletzungserfolg realisiert. Dagegen ist die Rechtsgefährdung bereits mit Ausführung der gefährlichen Vorfeldhandlung vollendet. Unerheblich ist, ob die Gefahr im Einzelfall tatsächlich in eine Rechtsverletzung umschlägt. Die Haftung für Rechtsgefährdungen<sup>144</sup> ist *einstufig* („primär“) und nicht akzessorisch. Sie begegnet im Immaterialgüterrecht meist in Form abstrakter Gefährdungsdelikte.

Für die Analyse des Vorfeldschutzes im Immaterialgüterrecht ist durch die Unterscheidung von mittelbarer Rechtsverletzung und Rechtsgefährdung viel gewonnen. Einstufiger Vorfeldschutz bedarf als empfindlicher Eingriff in die Rechte des Vorfeldakteurs, der sich isoliert betrachtet neutral verhält, einer besonderen Rechtfertigung und besonderer Rechtsgrundlagen. Dem entspricht ein System, in dem allgemeiner (ungeschriebener) Vorfeldschutz stets akzessorisch ausgestaltet ist, der besondere Vorfeldschutz dagegen Gefährdungstatbestände enthalten kann. Abzulehnen sind Vorschläge der Literatur,<sup>145</sup> den für das

Wettbewerbsrecht auf Grundlage der Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG entwickelten Gefährdungstatbestand der Verletzung wettbewerblicher Verkehrspflichten auf das Immaterialgüterrecht zu übertragen, denn das Immaterialgüterrecht enthält keine dem § 3 Abs. 1 UWG vergleichbare Rechtsgrundlage (hierzu S. 257 ff.).

„Überschießender“ Vorfeldschutz am Rand schutzrechtsfreier Räume (Ausland, privater Bereich, ärztliche Heilverfahren) ist nur einstufig denkbar, denn der zweite Teilakt – die unmittelbare Benutzung des geistigen Guts – ist gesetzlich erlaubt. Wenn der allgemeine Vorfeldschutz akzessorisch bleiben und damit an eine unmittelbare Rechtsverletzung anknüpfen soll, muss sich überschießender Vorfeldschutz stets aus besonderen Vorfeldnormen, in der Regel aus abstrakten Gefährdungstatbeständen ergeben.

## F. Grundlegendes zu den Abgrenzungskriterien

Die Regeln über den Vorfeldschutz müssen Kriterien enthalten, die die gesteigerte Gefährlichkeit der unerlaubten Vorfeldmaßnahme begründen und sie auf diese Weise von anderen ungefährlichen („neutralen“) Maßnahmen abgrenzen. Derartige Kriterien können objektiv oder subjektiv sein. Objektiv muss sich die Plattform oder das Produkt zumindest zur rechtsverletzenden Verwendung *eignen*. Quantitativ ließe sich danach abgrenzen, ob und in welchem Ausmaß Plattform oder Produkt entsprechend ihrer Eignung auch *tatsächlich* zu unmittelbaren Rechtsverletzungen eingesetzt werden. Das Patentrecht kennt „erfindungsfunktionell individualisierte“ oder „sinnfällig hergerichtete“ Mittel, die bereits einen inneren Bezug zum Erfindungsgedanken aufweisen und damit Rechtsverletzungen besorgen lassen. § 10 Abs. 1 PatG verbietet nur die Produktion und den Vertrieb von Mitteln, die sich *auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen*. Subjektiv kann sich die Gefährlichkeit eines Produkts oder einer Plattform daraus ergeben, dass der Betreiber, Hersteller oder Lieferant vom Missbrauchspotential *weiß* und unmittelbare Rechtsverletzungen *in Kauf nimmt*. Unter Umständen richtet der Vorfeldakteur sein Produkt oder seine Plattform sogar bewusst auf ihre illegale Verwendungsmöglichkeit aus, da er hierin den größten wirtschaftlichen Nutzen sieht. Dies kann durch zielgerichtete Werbung oder sonstige Anreize geschehen, beispielsweise dadurch, dass der mittelbare Verletzer aktiv die Anonymität des unmittelbaren Verletzers sicherstellt. Die *Bestimmung* einer Plattform oder eines Produkts kann sich wiederum aus den objektiven Gegebenheiten oder der subjektiven Zielsetzung des Anbieters ergeben.

Unterscheiden lässt sich des Weiteren zwischen Plattformen oder Produkten, die sich ausschließlich rechtsverletzend verwenden lassen (monofinal), und Plattformen oder Produkten, die sowohl legale als auch illegale Verwendungsmöglichkeiten bieten (ambivalent, multifunktional).

Während bei monofinalen Vorfeldmaßnahmen in der Regel ein Totalverbot gerechtfertigt sein dürfte, muss bei ambivalenten Vorfeldmaßnahmen danach unterschieden werden, welchen Stellenwert und welche wirtschaftliche Bedeutung den legalen Verwendungsmöglichkeiten bleibt. Vorrangig sollte versucht werden, den Vorfeldschutz auf die illegale Verwendung zu beschränken. Oft ist das Vorfeldverhalten jedoch nicht in dem Sinne „teilbar“, dass es im Hinblick auf anknüpfende Rechtsverletzungen abgestellt, im Übrigen aber fortgesetzt werden kann. Lässt sich die Plattform oder das Produkt nicht derart umgestalten, dass illegale Verwendungen ausgeschlossen sind, und sind auch im Übrigen keine Sicherheitsvorkehrungen denkbar, die die rechtsverletzende Verwendung spürbar zurückdrängen, ist im Wege der Abwägung zu entscheiden, ob Rechtsverletzungen zu Gunsten der legalen Verwendung geduldet werden oder ob auch die legale Verwendung einem Totalverbot der Vorfeldmaßnahme zum Opfer fällt.

## G. Gang der Untersuchung

Der Gesetzgeber hat einzelne Vorschriften geschaffen, die besonderen immaterialgüterrechtlichen Vorfeldschutz vermitteln. Meist handelt es sich um abstrakte Gefährungsdelikte, die Vorfeldschutz gegen gefährliche Gegenstände gewähren. Wo die besonderen Vorschriften Lücken lassen, greifen Literatur und Rechtsprechung auf allgemeine Vorschriften wie § 830 BGB, § 1004 BGB und die §§ 3, 4 UWG oder auf ungeschriebene Regeln (Störerhaftung, Verkehrspflichten, Täterschaft und Teilnahme) zurück. Dies betrifft hauptsächlich den Bereich Vorfeldschutz gegen gefährliche Plattformen. Allerdings sind bei der Anwendung allgemeiner Grundsätze die gesetzgeberischen Wertungen des besonderen Vorfeldschutzes, der im Einzelfall als abschließende Regelung konzipiert sein mag, zu berücksichtigen. Hieraus ergibt sich folgender Gang der Untersuchung:

In einem ersten Teil (B.) sollen die besonderen Vorfeldnormen aus dem Marken-, Patent- und Urheberrecht identifiziert, ihre Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen analysiert und dabei gemeinsame Strukturen und Wertungen herausgearbeitet werden. Im Gegensatz zu bislang veröffentlichten Arbeiten<sup>146</sup> soll sich die Untersuchung nicht auf einzelne naheliegende Beispiele wie § 10 Abs. 1 PatG, § 95a UrhG oder § 14 Abs. 4 MarkenG beschränken, sondern es sollen sämtliche Schutzinstrumente erfasst werden, beispielsweise auch die Vergütungsansprüche gemäß §§ 54 ff. UrhG oder die in § 14 Abs. 3 MarkenG „versteckten“ abstrakten Gefährungsdelikte. Nur eine umfassende Analyse kann die Strukturen des besonderen Vorfeldschutzes aufdecken.

Der zweite Teil (C.) ist dem allgemeinen Vorfeldschutz gewidmet. Hier soll ein einheitlicher Haftungsrahmen für mittelbare Rechtsverletzungen im Immaterialgüterrecht entwickelt werden, der mit den Unrechtslehren und dem Täterbegriff des allgemeinen Deliktsrechts (§ 823 Abs. 1 BGB)

in Einklang steht und – soweit es sich anbietet – die in den besonderen Vorfeldnormen zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertungen berücksichtigt.

Ziel des dritten Teils (D.) ist es, das Verhältnis zwischen besonderem und allgemeinem Vorfeldschutz zu bestimmen. Wo die besonderen Vorfeldnormen Lücken lassen, können allgemeine Grundsätze zur Anwendung gelangen. Dabei dürfen jedoch nicht die vom Gesetzgeber bewusst gezogenen Grenzen des relevanten Gefährdungsstadiums verschoben werden.

In einem abschließenden Teil (E.) sollen die Ergebnisse dieser Arbeit kurz zusammengefasst und ein Ausblick auf mögliche Entwicklungen im Recht des Vorfeldschutzes gewagt werden.

## Zweiter Teil: Besonderer Vorfeldschutz

### A. Markenrecht

#### *I. Abgrenzung des Vorfeldes: Formeller Tatbestand oder materieller Schutzgegenstand?*

Gewerbliche Schutzrechte schützen geistig-gewerbliche Leistungen und die mit ihnen verbundenen Interessen.<sup>147</sup> Das Markenrecht insbesondere schützt die Werbeleistung des Unternehmers beim Vertrieb von Waren und Dienstleistungen.<sup>148</sup> Der Gewerbetreibende unternimmt wirtschaftliche und kreative Anstrengungen, um ein attraktives und aussagekräftiges Kennzeichen zu gestalten und mit diesem Kennzeichen seinen Waren und Dienstleistungen ein bestimmtes Image zu verleihen. Nur er soll von seinen Anstrengungen profitieren. Er soll davor geschützt werden, dass Wettbewerber seine Leistung schmälern oder für sich ausbeuten.<sup>149</sup>

Die materiellen Voraussetzungen des Markenschutzes sind in den §§ 7 ff. MarkenG geregelt, das Verletzungsrecht in den §§ 14 ff. MarkenG. § 14 Abs. 2 und 3 MarkenG gestalten den Schutz der Marke derart aus, dass Dritten die Benutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr unter bestimmten Voraussetzungen untersagt ist. Die drei Varianten in § 14 Abs. 2 MarkenG beschreiben Situationen, in denen das geschützte Zeichen mit anderen Zeichen kollidiert (Kollisionstatbestände). Nr. 1 betrifft Konstellationen, in denen sowohl die kollidierenden Kennzeichen als auch die jeweils gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen identisch sind (Identitätsschutz). Hauptanwendungsfall ist die Markenpiraterie.<sup>150</sup> Nr. 2 erweitert den Schutz auf ähnliche Kennzeichen und ähnliche Waren oder Dienstleistungen, soweit Verwechslungsgefahr besteht

(Verwechslungsschutz). Nr. 3 schließlich schützt bekannte Marken vor unlauterer Ausnutzung und Beeinträchtigung (Bekanntheitsschutz). Im Wege der Regelbeispieltechnik konkretisiert § 14 Abs. 3 MarkenG, welche Handlungen unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 MarkenG insbesondere untersagt sind. § 14 Abs. 4 MarkenG verbietet bestimmte Vorbereitungshandlungen.

Die Systematik des § 14 MarkenG legt nahe, dass § 14 Abs. 2 und 3 MarkenG unmittelbare Markenverletzungen regeln, während § 14 Abs. 4 MarkenG durch das Verbot von Vorbereitungshandlungen Vorfeldschutz gewährt. Jedoch stimmen formeller Tatbestand und materieller Schutzgegenstand nicht vollständig überein (vgl. hierzu bereits S. 5). Bereits der zentrale Kollisionstatbestand der Verwechslungsgefahr (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) setzt nicht voraus, dass die Marke und ihre Funktionen unmittelbar beeinträchtigt werden. § 14 Abs. 3 MarkenG enthält darüber hinaus einige „versteckte“ abstrakte Gefährungsdelikte. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das in diesem Abschnitt zu behandelnde Vorfeld der unmittelbaren Markenverletzung nach Maßgabe der formellen Gesetzessystematik oder nach Maßgabe des materiellen Schutzgegenstandes abzugrenzen ist. Im Einzelnen:

Hauptfunktion der Marke ist es, das gekennzeichnete Produkt von anderen Produkten zu unterscheiden und auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen (§ 3 Abs. 1 MarkenG).<sup>151</sup> Die Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion einer Marke wird beeinträchtigt, sobald die Marke mit einem identischen oder ähnlichen Zeichen kollidiert, das Publikum dieses Zeichen mit der geschützten Marke verwechselt und dadurch einem Irrtum über die betriebliche Herkunft, die Eigenschaften oder den Ruf des gekennzeichneten Produkts unterliegt. Folge der Verwechslung kann zum einen sein, dass das Publikum negative Eigenschaften des identisch oder ähnlich gekennzeichneten (Konkurrenz-)Produktes auf die (Original-)Produkte des Markeninhabers projiziert, wodurch die Werbeleistung des Markeninhabers geschmälert wird. Zum anderen überträgt das Publikum möglicherweise – verwirrt durch das identische oder ähnliche Zeichen – seine ursprünglich durch die Werbeleistung des Markeninhabers geweckten positiven Erwartungen auf das Konkurrenzprodukt und ermöglicht es dem Konkurrenten auf diese Weise, die Werbeleistung des Markeninhabers auszubeuten.

Materiell ist der unmittelbare Schutzbereich des Markenrechts daher erst betroffen, wenn es tatsächlich zu einer Verwechslung und Marktverwirrung gekommen und damit die Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion der Marke tatsächlich beeinträchtigt worden ist. Gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist es Dritten aber bereits untersagt, identische oder ähnliche Zeichen für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, wenn für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht. Ob sich die Gefahr verwirklicht, ist ohne Belang.<sup>152</sup> § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG enthält einen abstrakten Gefährdungstatbestand.<sup>153</sup> Entsprechendes gilt für den Identitätsschutz gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, der sich nach herrschender Meinung dadurch rechtfertigt, dass bei Zeichen- und Produktidentität (Doppelidentität) die Verwechslungsgefahr unwiderleglich vermutet wird (vgl. auch Art. 16 Abs. 1 S. 2 TRIPS).<sup>154</sup> Allein der Bekanntheitsschutz gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG setzt eine tatsächliche Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung der Marke voraus. Eine Ausnutzungs- oder Beeinträchtigungsgefahr genügt nicht.<sup>155</sup>

Grund für die gesetzliche Regelung ist, dass es dem Markeninhaber schwerfallen wird, nachzuweisen, in welchem Maße das Publikum die kollidierenden Zeichen tatsächlich verwechselt hat. Sobald die Marktverwirrung spürbar wird, ist in der Regel bereits ein erheblicher und schwer wiedergutzumachender Schaden eingetreten. Effektiver Markenschutz muss daher schon bei einer abstrakten Verwechslungsgefahr ansetzen, die durch einen abstrakten Vergleich der kollidierenden Zeichen und Produkte festgestellt wird.

Da der Gesetzgeber durch den zentralen Tatbestand der Verwechslungsgefahr den Schutz der Marke insgesamt in das Vorfeld der tatsächlichen Zeichenkollision verlagert hat, stellt sich die Frage, wie im Rahmen dieser Arbeit sinnvoll zwischen Vorfeld und Verletzung abgegrenzt werden kann. Einerseits soll nicht das gesamte materielle Markenverletzungsrecht behandelt werden, andererseits sollen wichtige abstrakte Gefährdungsdelikte, die der Gesetzgeber formell dem unmittelbaren Schutz gemäß § 14 Abs. 3 MarkenG zuordnet, nicht unberücksichtigt bleiben. Die Abgrenzung soll daher anhand eines vermittelnden Kriteriums erfolgen: Das Vorfeld ist verlassen, sobald die

Marke mit dem identischen oder ähnlichen Zeichen *tatsächlich kollidiert*, das heißt, sobald das Publikum beide Zeichen gleichzeitig wahrnehmen kann. Zu einer Verwechslung muss es in dieser Situation noch nicht gekommen sein, jedoch hat sich die Gefahr, dass die geistig-gewerbliche Leistung des Markeninhabers beeinträchtigt oder ausgebeutet wird, bedenklich verdichtet. Nach dieser Abgrenzung erfasst das Vorfeld einzelne Regelbeispiele des § 14 Abs. 3 MarkenG, die der tatsächlichen Beeinträchtigung der Marke weit vorgelagert sind, ohne sämtliche Konstellationen des Verwechslungs- und Identitätsschutzes einzubeziehen.

### *I. Vorfeldschutz gemäß § 14 Abs. 2 und 3 MarkenG*

§ 14 Abs. 3 MarkenG konkretisiert im Wege der Regelbeispieltechnik die allgemeinen Kollisionstatbestände aus § 14 Abs. 2 MarkenG. Danach ist es Dritten insbesondere untersagt, das Zeichen auf Waren oder ihrer Aufmachung oder Verpackung anzubringen (Nr. 1), unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen (Nr. 2), unter dem Zeichen Dienstleistungen anzubieten oder zu erbringen (Nr. 3), unter dem Zeichen Waren einzuführen oder auszuführen (Nr. 4) und das Zeichen in Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen (Nr. 5). Entgegen der Systematik des § 14 MarkenG verbieten die genannten Varianten nicht nur Handlungen von Dritten, die unmittelbar in den Schutzbereich der Marke eingreifen, sondern auch Vorfeldhandlungen, das heißt nach der hier befürworteten Abgrenzung Maßnahmen, die nicht unmittelbar bewirken, dass das Publikum die kollidierenden Zeichen gleichzeitig wahrnehmen kann, sondern nur eine entsprechende Gefahrenlage schaffen.

#### 1. Kennzeichnung (§ 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG)

Wer auf einer Ware ein Zeichen anbringt, das einer geschützten Marke ähnelt, bewirkt keine Markenkollision. Erst wenn er die gekennzeichnete Ware anbietet oder sonst in den Verkehr bringt, kann das Publikum die kollidierenden Kennzeichen parallel wahrnehmen und möglicherweise miteinander verwechseln. In seiner grundlegenden Entscheidung von 1925 „King Edward“<sup>156</sup> betonte das Reichsgericht, dass die widerrechtliche

Kennzeichnung einer Ware trotzdem „für sich allein die Haftbarkeit des widerrechtlich Handelnden“ begründe, die Haftung also nicht davon abhängen, dass die markierte Ware später im Inland in den Verkehr gebracht werde.<sup>157</sup> Im Fall hatte die Beklagte in Deutschland Etiketten mit Namen und (oder) Bildnissen der Könige Eduard VII. und Georg V. von England auf Flaschen mit Spirituosen angebracht und diese Flaschen nach Indien verschifft. Die Etiketten ähnelten eingetragenen Warenzeichen der Klägerin. Nach Ansicht des Reichsgerichts bestand trotz der Absicht des Beklagten, die gekennzeichnete Ware allein im schutzrechtsfreien Ausland in den Verkehr zu bringen, die Gefahr einer Warenzeichenverletzung: „Sobald Waren und dergleichen einmal mit dem fremden Warenzeichen versehen sind, ist eine Kontrolle darüber, was später mit ihnen geschieht, oft recht schwer. Der Eigentümer der so gekennzeichneten Waren kann seine ursprüngliche Ausfuhrabsicht ändern; die Waren können ihm wider seinen Willen entzogen werden. Kurz und gut: dem Mißbrauch ist Tür und Tor geöffnet, und darunter soll der Zeichenberechtigte nicht leiden.“<sup>158</sup> Auch der Bundesgerichtshof ist der Auffassung, Aufgabe des Kennzeichnungsverbots sei es, die „Gefährdung des Schutzrechtsinhabers nach Möglichkeit von vornherein auszuschließen.“<sup>159</sup>

Nach dieser Lesart ist § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Abstrakte Gefährdungstatbestände beschreiben Verhaltensweisen, die typischerweise eine Rechtsverletzung nach sich ziehen. Wegen ihrer typischen Gefährlichkeit sind die Verhaltensweisen stets verboten, unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einer Rechtsverletzung oder auch nur zu einer konkreten Gefährdung des Rechts kommt.<sup>160</sup> Die Gefahr für das Recht oder Rechtsgut ist kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal, sondern gesetzgeberisches Motiv.<sup>161</sup> Als abstraktes Gefährdungsdelikt gewährt § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG (auch) Vorfeldschutz am Rand schutzrechtsfreier Räume, denn die Vorschrift differenziert nicht danach, ob die gekennzeichnete Ware ausschließlich für den Export bestimmt ist. Der überschießende Vorfeldschutz rechtfertigt sich nach Ansicht der Rechtsprechung durch die Gefahr, dass die für den Export gekennzeichnete Ware in atypischen Fällen doch in den inländischen Verkehr gelangt (vgl. hierzu S. 30)

Das Hanseatische Oberlandesgericht hat im Fall „Yves Roche“<sup>162</sup> für den

Bekanntheitsschutz gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 MarkenG ergänzt: Wer eine ausschließlich für den Export bestimmte Ware im Inland kennzeichne, schaffe die Gefahr, dass infolge des Medienechos die Wertschätzung der bekannten Marke auch im Inland beeinträchtigt werde. Hiergegen lässt sich einwenden, dass sich im Medienecho keine spezifische Gefahr des Kennzeichnungsvorgangs realisiert. Das Medienecho ist vielmehr Folge des zulässigen Vertriebs der gekennzeichneten Ware im Ausland, die auch eintreten würde, wenn das Zeichen erst im Ausland an der Ware angebracht worden wäre.

## 2. Qualifizierter Besitz (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 Var. 3 MarkenG)

Der Besitz zum Zweck des späteren Anbietens oder Inverkehrbringens ist erst seit Inkrafttreten des Markengesetzes ausdrücklich verboten.<sup>163</sup> Ebenso wie das Kennzeichnungsverbot vermittelt § 14 Abs. 3 Nr. 2 Var. 3 MarkenG Vorfeldschutz, weil durch den Besitz gekennzeichnete Ware allein keine Minderung der Unterscheidungskraft identischer oder ähnlicher Marken eintritt. Die Vorverlagerung des Markenschutzes ist dadurch gerechtfertigt, dass sich im Besitz zum Zwecke der unmittelbaren Benutzung die Gefahr tatsächlich eintretender Kollisionen bereits bedenklich verdichtet.<sup>164</sup> Hat der Besitzer die Absicht, die gekennzeichnete Ware anzubieten oder in Verkehr zu bringen, besteht in der Regel die konkrete Gefahr, dass das Publikum die kollidierenden Zeichen parallel wahrnehmen und möglicherweise verwechseln wird.<sup>165</sup> Vom einstufigen Gefährdungstatbestand in § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG unterscheidet sich das Besitzverbot dadurch, dass es die unmittelbare Benutzung der Marke immerhin auf subjektiver Seite in Form einer Verwendungsabsicht einbezieht. Man könnte von einem unvollkommenen zweiaktigen Tatbestand sprechen.

## 3. Einfuhr und Ausfuhr (§ 14 Abs. 3 Nr. 4 MarkenG)

Des Weiteren gewähren das Einfuhr- und Ausfuhrverbot Vorfeldschutz. Beim reinen Export ist die Markenkollision nicht einmal geplant, denn die Ware soll im Inland nicht in Verkehr gebracht werden. Bereits unter Geltung des WZG befürchtete man jedoch, dass die Ware entgegen der

Absicht des Exporteurs im Inland verbleiben könnte, beispielsweise auf Grund weisungswidriger Abzweigung durch Mitarbeiter oder Spediteure.<sup>166</sup> Der Gesetzgeber griff diese Bedenken auf und schuf mit § 14 Abs. 3 Nr. 4 Var. 2 MarkenG einen abstrakten Gefährdungstatbestand, der die Ausfuhr unabhängig davon verbietet, ob eine Markenkollision im Inland konkret bevorsteht.<sup>167</sup> Sachverhalte wie aus der Entscheidung des Reichsgerichts „King Edward“ (S. 37) kann man heute wahlweise unter das Kennzeichnungsverbot oder das Ausfuhrverbot subsumieren.

Ebenso wird der Tatbestand der Einfuhr herrschend als abstrakter Gefährdungstatbestand ausgelegt, der den Import unabhängig davon verbietet, ob die Ware in den inländischen Verkehr gebracht werden soll.<sup>168</sup> Im Fall „Kfz-Ersatzteile“, über den das OLG Hamburg 2001 zu entscheiden hatte,<sup>169</sup> entnahm der Importeur die Waren den markierten Verpackungen und verkaufte sie anschließend unter seiner eigenen Firmenbezeichnung. Damit gelangten die Ersatzteile zwar in den inländischen Verkehr, jedoch nicht in Verbindung mit dem geschützten Zeichen. Eine Markenkollision blieb aus. Das Oberlandesgericht lehnte eine teleologische Reduktion des Einfuhrtatbestandes ab und betonte die abstrakte Gefährlichkeit des Imports markierter Ware: „[...] bei der Einfuhr geht eine Ware durch viele Hände; auch wenn der Importeur es [sic] umpacken will, wird sich die Gefahr, dass zumindest einzelne Stücke in den Verkehr gelangen, niemals ausschließen lassen. Nach Auffassung des *Senats* ist dieses Regelbeispiel [§ 14 Abs. 3 Nr. 4 Var. 1 MarkenG] als abstraktes Gefährdungsdelikt auszulegen; jede andere Auslegung dürfte auch Schutzbehauptungen Tür und Tor öffnen.“<sup>170</sup>

Die Einfuhr gekennzeichnete Ware wird nach deutscher Rechtsprechung auch nicht dadurch zulässig, dass die Ware allein zum anschließenden Export eingeführt wird („Durchfuhr im weiteren Sinne“).<sup>171</sup> Eine restriktivere Linie deutet sich dagegen in der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Abs. 3 lit. c der Markenrichtlinie<sup>172</sup> an, der § 14 Abs. 3 Nr. 4 MarkenG entspricht. In der Vorabentscheidung „Class International/Colgate-Palmolive“ von 2005<sup>173</sup> stellte sich die Frage, ob der Markeninhaber der bloßen Verbringung nicht erschöpfter originaler Markenware in die Europäische Gemeinschaft im Rahmen eines externen Versandverfahrens oder eines Zolllagerverfahrens widersprechen kann.

Zum zollrechtlichen Hintergrund: Das externe Versandverfahren und das Zolllagerverfahren gehören zu den Nichterhebungsverfahren nach dem Zollkodex der Gemeinschaft.<sup>174</sup> Im Versandverfahren gemäß Art. 91 des Zollkodex (seit dem 24. Juni 2008 in Art. 144 des Modernisierten Zollkodex geregelt) sind die Einfuhrabgaben nicht mit Grenzübertritt der Ware zu entrichten, sondern erst am endgültigen Bestimmungsort. Der Versand an den Bestimmungsort erfolgt unter zollamtlicher Überwachung. Das Zolllagerverfahren (Art. 98 des Zollkodex; Art. 148 ff. des Modernisierten Zollkodex) eignet sich für Waren, deren weitere Verwendung noch nicht feststeht. Unter zollamtlicher Überwachung können sie zunächst unverzollt in speziell eingerichteten Zolllagern eingelagert werden. Waren in Zolllagern und Waren im externen Versand haben gemeinsam, dass sie trotz Grenzübertritt noch nicht in den innergemeinschaftlichen Wirtschaftsverkehr gelangt sind.

Der Europäische Gerichtshof führte aus, dass eine „Einfuhr“ im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. c MarkenRL eine Verbringung der Waren in die Gemeinschaft *zum Zweck ihres dortigen Inverkehrbringens* voraussetze.<sup>175</sup> Daran fehle es, solange sich die Waren im externen Versand- oder Zolllagerverfahren befänden, also noch nicht in den zollrechtlich freien Verkehr überführt worden seien. Unerheblich sei insoweit die Gefahr, dass Waren auf ihrer Durchfuhr doch einmal in den innergemeinschaftlichen Verkehr gelangen könnten.<sup>176</sup> Der EuGH schränkte also den einstufigen Gefährdungstatbestand der Einfuhr auf subjektiver Seite ein, indem er eine Verwendungsabsicht forderte. Damit näherte er das Einfuhrverbot strukturell dem Verbot qualifizierten Besitzes an („unvollkommen zweiaktiger Tatbestand“).

Die Auslegung des Art. 5 Abs. 3 der Markenrichtlinie durch den EuGH bindet den deutschen Rechtsanwender bei der Auslegung des § 14 Abs. 3 MarkenG. Art. 5 Abs. 1 und 3 der Markenrichtlinie gehören im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 2 der Markenrichtlinie zu den obligatorischen Vorgaben und legen sowohl den Mindest- als auch den Höchstschutz fest.<sup>177</sup> Der deutsche Rechtsanwender kann nicht zu Gunsten des Markeninhabers von den europarechtlichen Vorgaben abweichen.

Allerdings ist bei der Verallgemeinerung der Entscheidung des EuGH Vorsicht geboten. Zum einen ging es um die Einfuhr nicht-erschöpfter

Originalware im Gegensatz zu markenverletzender Fremdware. In Fällen echter Markenpiraterie mag es weiterhin geboten sein, die „Durchfuhr im weiteren Sinne“ als inländische Markenverletzung zu behandeln. Des Weiteren ist die Auslegung des Einfuhrbegriffs mit Hilfe zollrechtlicher Überlegungen nur für den Import aus Staaten, die nicht Mitglied der Europäischen Union sind, möglich. § 14 Abs. 3 Nr. 4 MarkenG dagegen erfasst auch den innergemeinschaftlichen Import.<sup>178</sup>

#### 4. Transit

Von der Durchfuhr im weiteren Sinne ist die Durchfuhr im engeren Sinne zu unterscheiden, bei der die Ware durch das Bundesgebiet transportiert wird, ohne dass sie über bloße Transportverträge hinaus zum Gegenstand inländischer Umsatz- und Veräußerungsgeschäfte gemacht wird.<sup>179</sup> Der Tatbestand der Einfuhr ist nicht erfüllt, weil die Ware nicht in eigenständige inländische Verfügungsgewalt übergeht.<sup>180</sup> Unter Geltung des WZG hatte der BGH eine Verletzung deutscher Markenrechte durch Transit abgelehnt.<sup>181</sup> Zum einen lasse sich die Durchfuhr im engeren Sinne nicht unter den Begriff des Inverkehrsetzens gemäß § 15 WZG subsumieren, da es an Umsatz- oder Veräußerungsgeschäften über die Ware fehle. Zum anderen werde ausreichender Vorfeldschutz bereits durch das Kennzeichnungsverbot sowie das Verbot einer Durchfuhr im weiteren Sinne vermittelt. Schließlich überwiege das Interesse der Bundesrepublik, möglichst großen Transitverkehr an sich zu ziehen.<sup>182</sup> Allerdings gewährte der BGH Unterlassungsansprüche gegen den Transit wegen Verletzung ausländischer Warenzeichenrechte, die sowohl unlautere Wettbewerbshandlung als auch unerlaubte Handlung gemäß § 823 Abs. 2 BGB sei. Die Durchfuhr der Ware durch Deutschland bilde einen Teilakt des Inverkehrsetzens im Ausland. Ein deutscher Gerichtsstand sei gegeben.<sup>183</sup> Ansprüche bestünden nicht nur gegen denjenigen, der die Ware herstelle und ins Ausland verkaufe, sondern auch gegen den Spediteur, der als Störer passivlegitimiert sei.

Das Markengesetz eröffnet neue Möglichkeiten, den Transit unter die unmittelbaren Markenverletzungen zu fassen. Ordnete man ihn nicht einem der Regelbeispiele in § 14 Abs. 3 MarkenG zu, bliebe die Generalklausel in § 14 Abs. 2 MarkenG. Dementsprechend sprach sich die

herrschende Lehre bislang dafür aus, dass der Markeninhaber sich auch gegen die Durchfuhr von Waren wehren könne, wenn im Inland keine Veräußerungsgeschäfte abgeschlossen würden.<sup>184</sup> Beim Transit bestehe regelmäßig die Gefahr, dass gekennzeichnete Waren gewollt oder ungewollt ins Inland gelangten. Außerdem habe der Gesetzgeber mit der ausdrücklichen Regelung von Einfuhr und Ausfuhr nicht zum Ausdruck bringen wollen, dass die reine Durchfuhr keine Markenverletzung sein könne.<sup>185</sup>

Inzwischen hat der Europäische Gerichtshof in seiner Vorabentscheidung „Montex Holdings Ltd/Diesel SpA“ von 2006,<sup>186</sup> in der er verschiedene Vorlagefragen des BGH<sup>187</sup> beantwortete, Stellung genommen. Die Firma Montex ließ Jeanshosen in Polen zusammennähen und mit der Bezeichnung „Diesel“ versehen und wollte die Hosen anschließend in einem durchgehenden Versandverfahren vom polnischen Zollamt bis zum Zollamt in Dublin befördern lassen. Während des Versandverfahrens sollte einer Entnahme der Ware durch Raumverschluss am Beförderungsmittel vorgebeugt werden. Eine Sendung Damenhosen wurde von einem deutschen Zollamt wegen Verdachts einer Markenverletzung beschlagnahmt. Die Inhaberin der Marke Diesel, die in Irland keinen Schutz genoss, verlangte Unterlassung der Durchfuhr durch Deutschland und Vernichtung der Ware. Der BGH sah keine (drohende) Markenverletzung im Inland. Allein die abstrakte Gefahr, dass das Transitverfahren zur Umgehung genutzt werden könnte und Waren im Inland in den Verkehr gebracht werden könnten, rechtfertige keinen Unterlassungsanspruch der Markeninhaber. Das Interesse an weitgehendem Vorfeldschutz werde durch das Interesse der am Transit Beteiligten sowie dem Allgemeininteresse an ungehindertem Transitverkehr überwogen.<sup>188</sup> Ähnlich der EuGH: Im externen Versandverfahren bestehe nur eine theoretische Gefahr, dass die Waren in den Inlandsverkehr gerieten. Durch diese Gefahr würden die wesentlichen Funktionen der Marke nicht gefährdet.<sup>189</sup> Der BGH übernahm die Antworten des Europäischen Gerichtshofs in seinen Entscheidungen „Diesel II“<sup>190</sup> und „Durchfuhr von Originalwaren“.<sup>191</sup>

Ähnlich wie die Vorabentscheidungen des EuGH „Class International/Colgate-Palmolive“<sup>192</sup> betrafen die Entscheidungen des

EuGH und BGH zum Diesel-Fall allein die Durchfuhr von Waren im externen Versandverfahren. Man sollte daher nicht undifferenziert folgern, § 14 Abs. 2 und 3 MarkenG verbiete nicht den Transit. Es mag andere Formen der Durchfuhr geben, die in höherem Maße besorgen lassen, dass die Ware entgegen der Absicht des Versenders in den inländischen Verkehr gelangt. Eine konkrete Gefahr kann sich auch aus den Umständen des Einzelfalls, beispielsweise in der Person des Versenders oder der Transportpersonen ergeben. Die Beweislast trifft den Markeninhaber.<sup>193</sup> Abhängig vom Grad der konkreten Gefahr kann § 14 Abs. 2 MarkenG daher auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH Vorfeldschutz gegen den Transit gekennzeichnete Ware vermitteln.

## *II. Vorfeldschutz gemäß § 14 Abs. 4 MarkenG*

Gemäß § 14 Abs. 4 MarkenG ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen oder ein ähnliches Zeichen auf Aufmachungen oder Verpackungen oder auf Kennzeichnungsmitteln wie Etiketten, Anhängern, Aufnähern oder dergleichen anzubringen (Nr. 1), 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 (Nr. 2) oder Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel, die mit einem mit der Marke identischen Zeichen oder einem ähnlichen Zeichen versehen sind, einzuführen oder auszuführen (Nr. 3), wenn die Gefahr besteht, dass die Aufmachungen oder Verpackungen zur Aufmachung oder Verpackung oder die Kennzeichnungsmittel zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen benutzt werden, hinsichtlich deren Dritten die Benutzung des Zeichens nach den Absätzen 2 und 3 untersagt wäre.

Die Vorschrift greift in das Vorfeld der Tatbestände des § 14 Abs. 2 und 3 MarkenG, die in allen Varianten voraussetzen, dass Kennzeichen und Ware bereits körperlich miteinander verbunden sind.<sup>194</sup> In Fällen, in denen bereits § 14 Abs. 3 MarkenG Vorfeldschutz gewährt (zum Beispiel durch das Kennzeichnungsverbot gemäß Nr. 1), schützt § 14 Abs. 4 MarkenG das „Vorfeld des Vorfeldes“ einer Markenverletzung. Die Kombination

mehrerer Schutzinstrumente erschließt weiter vorgelagerte Ebenen.

§ 14 Abs. 4 MarkenG enthält konkrete Gefährdungsdelikte, denn die Gefahr einer Markenverletzung ist ausdrückliches Tatbestandsmerkmal und nicht bloß gesetzgeberisches Motiv wie bei abstrakten Gefährdungsdelikten.<sup>195</sup> Ebenso wenig wie abstrakte Gefährdungsdelikte, zum Beispiel wie § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG, setzt § 14 Abs. 4 MarkenG voraus, dass das gefährdete Markenrecht tatsächlich verletzt wird. Allerdings muss die Rechtsverletzung konkret drohen. Das (mögliche) weitere Geschehen im Anschluss an die gefährliche Vorfeldmaßnahme kann nicht vollständig ausgeblendet werden. Diese „unvollkommen zweistufige“ Struktur des § 14 Abs. 4 MarkenG hat zwei bedeutende Konsequenzen: Produktion und Vertrieb von Kennzeichnungsmitteln sind zulässig, wenn die unmittelbare Benutzung ausschließlich im Ausland oder im privaten Bereich erfolgen soll. Beispielsweise könnte der Markeninhaber im Fall „Opel Logo“ (S. 23) keine Ansprüche aus § 14 Abs. 4 MarkenG herleiten, denn die Käufer der Zeppelin-Figuren, die das Kennzeichen erstmalig mit dem Fahrrad verbanden, handelten privat, das heißt nicht im geschäftlichen Verkehr. Entsprechendes würde für den vom Reichsgericht 1939 entschiedenen Fall „Singer“<sup>196</sup> gelten: Der Beklagte hatte Abziehbilder (Negative) produziert, mit deren Hilfe das geschützte Zeichen der Singer Manufacturing Company, damals größter Nähmaschinenproduzent der Welt, auf Nähmaschinen angebracht werden konnte, und hatte sie nach Indien geliefert. Erst im (schutzrechtsfreien) Ausland sollten die Nähmaschinen gekennzeichnet werden. Weder hätte der Beklagte gegen § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG verstoßen (keine körperliche Verbindung zwischen Zeichen und Ware im Inland), noch gegen § 14 Abs. 4 MarkenG (keine Gefahr der Markenbenutzung im Inland). Obwohl Gefährdungsdelikt, gewährt § 14 Abs. 4 MarkenG keinen überschießenden Vorfeldschutz am Rand schutzrechtsfreier Räume.

Auf subjektiver Seite stellt § 14 Abs. 4 MarkenG anders als beispielsweise § 10 Abs. 1 PatG oder § 95a Abs. 1 UrhG keine besonderen Anforderungen. Es genügt, wenn objektiv die Gefahr einer Zeichenbenutzung besteht. Der Lieferant muss nicht wissen, wie sein Abnehmer die Kennzeichnungsmittel verwendet.<sup>197</sup> Schadensersatzansprüche gegen den Lieferanten setzen allerdings gemäß §

14 Abs. 6 MarkenG Verschulden voraus. Im Fall „Cartier“ des OLG Karlsruhe von 2001<sup>198</sup> hatte eine Beklagte unechte Garantiekarten geliefert. Ihre Abnehmerin, ebenfalls Beklagte, hatte die Garantiekarten gefälschten „Trinityringen“ beigefügt und den Schmuck an Großabnehmer in Singapur verkauft. Die Indizien reichten nicht aus, das Oberlandesgericht davon zu überzeugen, dass die Lieferantin von der markenverletzenden Kennzeichnung (§ 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG) oder dem markenverletzenden Export (§ 14 Abs. 3 Nr. 4 Var. 2 MarkenG) wusste. Der Tatbestand von § 14 Abs. 4 Nr. 1 MarkenG sei trotzdem erfüllt: „Bei Handeln im Auftrag eines Dritten genügen entsprechende Absichten zur Verwendung des Kennzeichnungsmittels beim Auftraggeber.“ Wegen grober Fahrlässigkeit hafte die Lieferantin auf Schadensersatz.<sup>199</sup>

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe illustriert, wie sich verschiedene Instrumente des Vorfeldschutzes zur Erschließung zusätzlicher Vorfeldebene kombinieren lassen. Die Abnehmerin der Garantiekarten verursachte nicht unmittelbar eine Markenkollision, sondern erfüllte die Gefährdungstatbestände des § 14 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 4 Var. 2 MarkenG, indem sie die Ware (Trinityringe) mit den Kennzeichnungsmitteln (Garantiekarte) versah und die gekennzeichneten Ringe exportierte (vgl. S. 37, 39). Die Lieferantin der Garantiekarten war einen weiteren Schritt von der tatsächlichen Kollision entfernt. Indem sie Kennzeichnungsmittel vertrieb, schuf sie die „Gefahr einer Rechtsgefährdung“, das heißt agierte im „Vorfeld einer Vorfeldmaßnahme“.

### *III. Zusammenfassung*

Im Markenrecht sind diejenigen Maßnahmen dem Vorfeld zuzuordnen, die nicht unmittelbar eine Zeichenkollision bewirken, das heißt nicht unmittelbar zu einer Situation führen, in der das Publikum die kollidierenden Zeichen gleichzeitig wahrnehmen kann. Zum Schutz des Vorfeldes enthält § 14 Abs. 3 MarkenG einzelne abstrakte Gefährdungsdelikte, die hauptsächlich auf Exportsachverhalte zugeschnitten sind. Auch wenn die gekennzeichnete Ware nach dem Willen des Hintermannes nicht in den inländischen Verkehr gelangen soll, untersagt § 14 Abs. 3 MarkenG beispielsweise die Kennzeichnung, die

Einfuhr und die Ausfuhr. § 14 Abs. 3 MarkenG gewährt auf diese Weise überschießenden Vorfeldschutz, der sich durch die *abstrakte* Gefahr rechtfertigt, dass die Ware auf Grund atypischer Umstände doch im Inland verbleibt. Die Durchfuhr im weiteren Sinne sowie der eigentliche Transit können dagegen nur bei einer *konkreten* Gefahr inländischer Benutzungshandlungen auf Grundlage von § 14 Abs. 2 MarkenG untersagt werden. Der Grad der konkreten Gefahr ist unter Berücksichtigung zollrechtlicher Verfahrensvorschriften zu beurteilen. Ein konkretes Gefährdungsdelikt enthält zudem § 14 Abs. 4 MarkenG, der Vorfeldschutz gegen gefährliche Kennzeichnungsmittel gewährt. Eine Kombination mit den abstrakten Gefährdungstatbeständen des § 14 Abs. 3 MarkenG ist möglich und eröffnet dem Markeninhaber den Zugriff auf weiter vorgelagerte Ebenen.

## **B. Patentrecht**

### *I. Abgrenzung des Vorfeldes*

Gemäß § 1 Abs. 1 PatG werden Patente für Erfindungen erteilt. Als Erfindung gilt jede „Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolges“.<sup>200</sup> Die Lehre gibt die praktische Anweisung, wie eine bestimmte Schwierigkeit (Aufgabe) überwunden werden kann (Lösung). Aufgabe und Lösung sind die Grundelemente der Erfindung. Sie offenbaren den Erfindungsgedanken.<sup>201</sup> Am Beispiel des Senseo-Patents (S. 22): Bislang bekannte Baueinheiten hatten den Nachteil, dass ein Teil des heißen Brühwassers, welches auf die Oberseite des Kaffeepads gegeben wurde, nicht durch den Filtereinsatz und das darin enthaltene Kaffeepulver hindurchfloss, sondern stattdessen auf der Oberseite des Filtereinsatzes bis in den Randbereich strömte, dort seitlich nach unten in den Bodenbereich des Trägers floss und direkt zu der zentralen Auslassöffnung gelangte. Der Kaffeeextrakt wurde so durch heißes Wasser verdünnt. Aufgabe der neuen Baueinheit war es, diesem Nachteil abzuweichen.<sup>202</sup> Zur Lösung der Aufgabe schlug die Patentschrift vor, dass sich der Filtereinsatz (Pad) bis zur Seitenwand des Behälters erstreckte und auf dem Boden auflag. Gleichzeitig sollten die zur Auslassöffnung führenden Bodennuten erst in einem gewissen Abstand von der Seitenwand des Behälters beginnen. Die Konstruktion verhinderte, dass das Brühwasser, welches auf der Oberseite des Filtereinsatzes und seitlich an diesem entlang strömte, von den bodenseitigen Nuten aufgenommen und zur Auslassöffnung abgeführt werden konnte.<sup>203</sup> Sie ermöglichte den Genuss unverdünnten Kaffees.

Ist Kern des Patents der Erfindungsgedanke, greift derjenige unmittelbar in den Schutzbereich ein, der den Erfindungsgedanken verwirklicht, also derjenige, der die Aufgabe mit den in der Patentschrift vorgeschlagenen

Mitteln löst. Jemand, der die Aufgabe selbst nicht löst, sondern ihre Lösung lediglich vorbereitet oder ermöglicht, handelt im Vorfeld des unmittelbaren Eingriffs.

### *I. Vorfeldschutz gemäß § 9 PatG*

§ 9 PatG beschreibt Benutzungen der Erfindung, die dem Patentinhaber vorbehalten sind. Die Systematik des Gesetzes legt es nahe, dass § 9 PatG den unmittelbaren Schutzbereich des Patents abgrenzt, während § 10 PatG Vorfeldschutz vermittelt. § 9 PatG würde *Verletzungen*, § 10 PatG *Gefährdungen* des Patentrechts verbieten. Wie im Markenrecht stimmen jedoch auch im Patentrecht die formellen Grenzen der Tatbestände nicht mit dem materiellen Schutzgegenstand überein. Bereits § 9 PatG enthält bei entsprechend extensiver Auslegung Vorfeldtatbestände, die nicht erfordern, dass der geschützte Erfindungsgedanke tatsächlich verwirklicht ist.

#### 1. Erzeugnispatente

Die Gegenstände patentierbarer Erfindungen lassen sich nach § 9 S. 2 PatG in zwei Hauptkategorien einteilen: Erzeugnisse (Nr. 1) und Verfahren (Nr. 2, 3). Erzeugnispatente (Sachpatente) stellen Erfindungen unter Schutz, die die Gestaltung, Konstruktion oder den Entwurf eines Erzeugnisses zum Gegenstand haben.<sup>204</sup> Sie können sich auf Vorrichtungen (Geräte, Maschinen), aber auch auf Stoffe und Stoffgemische oder Anordnungen (Schaltungen etc.) beziehen. Das Verfahrenspatent schützt ein bestimmtes technisches Handeln, das aus mehreren Verfahrensschritten bestehen kann. Im Einklang mit § 9 S. 2 PatG kann man Herstellungsverfahren, bei denen aus einem Ausgangsmaterial mittels bestimmter Arbeitsmethoden Endprodukte entstehen (Nr. 3), von reinen Arbeitsverfahren unterscheiden, bei denen keine Veränderung der bearbeiteten Objekte eintritt (Nr. 2). Die Einordnung einer Erfindung in eine Patentkategorie ist von grundlegender Bedeutung, da Erzeugnis- und Verfahrenspatente unterschiedlichen Schutz gewähren. Ein patentiertes Erzeugnis darf unbefugt nicht hergestellt, angeboten, in Verkehr gebracht, gebraucht oder zu diesen Zwecken

eingeführt oder besessen werden (Nr. 1). Der Inhaber eines Verfahrenspatents darf dagegen anderen Personen lediglich verbieten, das Verfahren anzuwenden oder unter zusätzlichen subjektiven Voraussetzungen anzubieten (Nr. 2). Unmittelbare Erzeugnisse eines Herstellungsverfahrens genießen wiederum breiteren Schutz (Nr. 3).

#### a. Herstellen (§ 9 S. 2 Nr. 1 Var. 1 PatG)

Der BGH verglich das Verbot, ein patentiertes Erzeugnis herzustellen, mit dem markenrechtlichen Kennzeichnungsverbot: „Den Schutzrechtinhabern ist im Rahmen der geltenden Gesetze ein möglichst umfassender Schutz zu gewähren. Um eine Gefährdung der Schutzrechtinhaber nach Möglichkeit von vornherein auszuschließen, ist zum Beispiel dem Patentinhaber allein schon die gewerbsmäßige Herstellung des Gegenstandes der Erfindung [...] und dem Warenzeicheninhaber schon das bloße Versehen der Ware mit dem geschützten Warenzeichen vorbehalten [...].“<sup>205</sup> Man könnte folgern, § 9 S. 2 Nr. 1 Var. 1 PatG sei ebenso wie § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG abstraktes Gefährdungsdelikt und vermittele einstufigen Vorfeldschutz (S. 37).

Allerdings trifft die Produktion eines patentierten Erzeugnisses anders als die Kennzeichnung der Ware den Kern des Schutzrechts. Zwar beutet der Patentinhaber seine Erfindung wirtschaftlich nicht schon dadurch aus, dass er das neue Erzeugnis herstellt. Er genießt die materiellen Vorteile seiner geistigen Leistung erst, wenn er das Erzeugnis gewinnbringend verkauft oder es in seinem eigenen Betrieb gewinnbringend einsetzt. Gegenüber dem Inverkehrbringen oder Gebrauch des Erzeugnisses stellt sich seine Produktion als Vorbereitungsmaßnahme dar. Das Patent behält seinem Inhaber jedoch nicht nur Maßnahmen vor, die unmittelbar zu einem wirtschaftlichen Erfolg führen, sondern alle Maßnahmen, in denen sich der Erfindungsgedanke verwirklicht. Aufgabe und Lösung eines Erzeugnispatents bestehen darin, eine neue Sache bereitzustellen.<sup>206</sup> Der Erfindungsgedanke eines Erzeugnispatents verwirklicht sich in der Existenz der Sache und nicht erst darin, dass die Sache in bestimmter Weise verwendet wird. Wer die Sache herstellt, begründet ihre Existenz. Er verwirklicht den Erfindungsgedanken unmittelbar. Die Produktion des geschützten Erzeugnisses fällt also nicht in das Vorfeld der

Patentverletzung.

### b. Weiter Herstellungsbegriff

Vorfeldschutz vermittelt das Herstellungsverbot dagegen, wenn man den Begriff des Herstellens weit auslegt, ihn nicht nur im Sinne eines „Fertigstellens“ versteht, sondern Teilakte des Produktionsvorgangs einbezieht. Praktische Bedeutung erlangte eine solche Auslegung für Kombinationspatente. Stellt eine Kombination schon her, wer einzelne Bestandteile produziert, oder erst, wer die Einzelteile zusammensetzt? Greift in das Senseo-Patent gemäß § 9 S. 2 Nr. 1 PatG schon der Produzent von Kaffeepads ein oder erst der Endverbraucher, der das Pad in den Träger legt? Entsprechende Fragen ließen sich zu den Benutzungshandlungen des Anbietens, Inverkehrbringens, Ein- und Ausführens stellen.

Bei weiter Auslegung würde § 9 S. 2 Nr. 1 PatG als abstraktes Gefährdungsdelikt einstufigen Vorfeldschutz unabhängig vom weiteren Geschehen im Anschluss an die Vorbereitungshandlung gewähren. Beispielsweise stünde nicht entgegen, dass der Abnehmer die Kombination erst im Ausland oder im privaten Bereich (so im Senseo-Fall) zusammensetzt. Damit ginge § 9 S. 2 Nr. 1 PatG über den Vorfeldschutz gemäß § 10 Abs. 1 PatG hinaus, der immerhin erfordert, dass eine Erfindungsbenutzung im Inland droht.

#### aa. „Trockenapparat“

Einen weiten Herstellungsbegriff prägte das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung „Trockenapparat“ von 1897,<sup>207</sup> die, obwohl inhaltlich überwunden, bis heute in der Literatur nachhallt.<sup>208</sup> Der Beklagte hatte Brettchen, Rollen, Keile und Eisenkörper nach Dänemark und in die Schweiz geliefert, wo sie zu einem durch Reichspatent geschützten Apparat zusammengebaut werden sollten, in den man feuchte Papiere und Pappen zum Trocknen einspannen konnte. Zur Frage, ob der Lieferant von Einzelteilen die Kombination im Sinne von § 4 S. 1 PatG 1891<sup>209</sup> herstelle, führte das Reichsgericht aus: „Unter Herstellung aber ist die gesamte Thätigkeit, durch welche der Gegenstand geschaffen wird,

von ihrem Beginn an zu verstehen; es würde eine unstatthafte, weder durch den Wortlaut noch durch Zusammenhang und Zweck des Gesetzes gerechtfertigte Auslegung sein, wollte man nur den letzten, die Vollendung unmittelbar herbeiführenden Tätigkeitsakt als die Herstellung betrachten. Demgemäß gehört, wenn der Patentschutz Sachen betrifft, die sich aus mehr oder minder selbständigen Teilen zusammensetzen, und speziell bei Kombinationspatenten auch schon die Anfertigung der Objekte, die als Teile zu dienen bestimmt sind, in den Bereich der Herstellung des patentierten Gegenstandes. Die Erfindung ist dadurch in Benutzung genommen. Nur trifft dies nicht zu, wenn die Einzelgegenstände ihrer objektiven Beschaffenheit nach jeder besonderen Beziehung zu dem Gegenstande der Erfindung ermangeln, insbesondere wenn die zur Benutzung bestimmten Rohstoffe, auch nach ihrer ersten Bearbeitung, von so allgemeiner Verwendbarkeit und allgemein ersetzbar sind, daß in ihnen ein irgendwie spezieller Wert für den Gegenstand sich nicht verkörpert“.<sup>210</sup> Die Brettchen, Rollen, Keile und Eisenkörper im konkreten Fall seien ausschließlich patentverletzend verwendbar, könnten zu legalen Zwecken zumindest nicht ohne erheblichen Wertverlust eingesetzt und schon deswegen nicht als „allgemein“ (neutral) bezeichnet werden.<sup>211</sup>

Das Reichsgericht gewährte in weiteren Entscheidungen einstufigen Vorfeldschutzes auf Basis des weiten Herstellungsbegriffs, auch nachdem es die mittelbare Patentbenutzung (s. unten S. 58) als besondere Beteiligungsform anerkannt hatte.<sup>212</sup> Der Bundesgerichtshof zeigte sich ebenfalls aufgeschlossen. Er präziserte in seiner Entscheidung von 1951 „Mülltonne II“<sup>213</sup> die erforderliche Beziehung zwischen Einzelteil und Gegenstand der Erfindung: „Zu einer Kombination können auch Teile gehören, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit in keiner besonderen Beziehung zum Gegenstande der Erfindung stehen und deshalb, weil sie ohne weiteres auch anderweitig verwendet werden können, durch ihre Ausgestaltung den Erfindungsgedanken nicht, auch nicht teilweise verwirklichen [...]. Derartige erfindungsfunktionell nicht besonders individualisierte Teile werden aber vom Patentschutz regelmäßig nicht erfasst.“<sup>214</sup> Mit der erfindungsfunktionellen Individualisierung griff der Gerichtshof ein Merkmal auf, das *F. Lindenmaier* entwickelt hatte, um bei der Wiederherstellung und Ausbesserung geschützter Gegenstände

zwischen zulässigem bestimmungsgemäßen Gebrauch und unzulässiger Neuherstellung abzugrenzen.<sup>215</sup>

In seiner Entscheidung von 1970 „Dia-Rähmchen V“<sup>216</sup> übertrug der BGH die Grundsätze der Trockenapparat-Rechtsprechung von der Herstellung auf die Lieferung von Einzelteilen: „Unter diesen Voraussetzungen ist folgerichtig neben der Herstellung dieser [erfindungsfunktionell individualisierten] Teile auch deren Feilhalten und Vertreiben als patentverletzend angesehen worden [...] und zwar unabhängig davon, ob der letzte Herstellungsakt im Einzelfall ebenfalls als patentverletzend zu beurteilen ist oder nicht, etwa weil er im patentfreien Raum (im Ausland oder im privaten Bereich) erfolgt ist [...]“<sup>217</sup> Anspruch 1 des geschützten Patentes bezog sich auf Diapositivrahmen, die mit Deckgläsern versehen waren. Die Beklagte vertrieb Dia-Rähmchen ohne Glas, die von den Erwerbern, typischerweise Privatpersonen, mit entsprechenden Deckgläsern zur geschützten Kombination zusammengesetzt werden konnten. Mit wirtschaftlichen Überlegungen begründete der Gerichtshof die erfindungsfunktionelle Individualisierung der Rähmchen: Zwar könnten sie auch ohne Glas zur Aufbewahrung und Projektion von Dias genutzt werden, auf Grund ihrer Vorrichtungen für Deckgläser sei ihre Produktion aber teurer als die sonstiger Rähmchen, was sich im Preis widerspiegele. Als Abnehmer kämen ernsthaft nur Personen in Betracht, die zumindest die Absicht hätten, die Rähmchen irgendwann einmal mit Deckgläsern zu versehen. Da sich der Verkaufspreis nur durch die spätere Kombinationsmöglichkeit rechtfertige, stelle bereits die Produktion und Lieferung unverglaster Rähmchen eine wirtschaftliche Ausnutzung der geschützten Lehre dar.<sup>218</sup>

#### bb. „Rigg“

Mit seiner grundlegenden Entscheidung „Rigg“ von 1981<sup>219</sup> erteilte der BGH dem weiten Herstellungsbegriff eine Absage. Das Klagepatent schützte eine Gesamtkombination bestehend aus Rigg, Segel und Spiere, mit deren Hilfe man das Segel auch unter schweren Segelbedingungen leicht bedienen konnte. Die Beklagte produzierte und vertrieb geeignete Segel an private Endverbraucher. Ähnlich wie im Senseo-Fall wurde die geschützte Kombination erst im patentfreien privaten Bereich

zusammengesetzt. Nach Ansicht des Gerichtshofs verstieß die Beklagte nicht gegen das Herstellungsverbot: „Herstellung und Vertrieb der beanstandeten Segel sind aber keine unmittelbare Verletzung des Klagepatents. Die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung, bei dem Segel handele es sich um ein der Gesamtkombination angepaßtes (,erfindungsfunktionell individualisiertes‘) Teil, trägt diese rechtliche Folgerung nicht. Eine unmittelbare Verletzung eines Kombinationspatents ist grundsätzlich nur zu bejahen, wenn die Verletzungsform von der Gesamtheit der Kombinationsteile Gebrauch macht. Von diesem Grundsatz können allenfalls dann eng begrenzte Ausnahmen zugelassen werden, wenn die angegriffene Ausführungsform alle wesentlichen Merkmale des geschützten Erfindungsgedankens aufweist und es zu ihrer Vollendung allenfalls noch der Hinzufügung selbstverständlicher, für den Erfindungsgedanken nebensächlicher Zutaten bedarf.“<sup>220</sup> Warum der Bundesgerichtshof erst 1981, kurz vor Inkrafttreten des § 10 PatG, von der extensiven Auslegung des Herstellungsverbots Abstand nahm, lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Vielleicht hatten die Vorarbeiten zur gesetzlichen Neuregelung den BGH erstmalig zu einer eingehenden Abgrenzung des Herstellungsverbotes vom gewohnheitsrechtlichen Verbot der mittelbaren Patentbenutzung und dem künftigen Tatbestand der Patentgefährdung gemäß § 10 PatG motiviert.

#### cc. Bedenken und herrschende Meinung zum geltenden Recht

Der weite Herstellungsbegriff stand stets im Widerspruch zu anderen Instrumenten des Vorfeldschutzes, insbesondere zu den ungeschriebenen Grundsätzen der mittelbaren Patentbenutzung (S. 58 ff.). Besonders deutlich wurde die Unvereinbarkeit beider Instrumente, nachdem sich die erfindungsfunktionelle Individualisierung als gemeinsames Merkmal etabliert hatte. Während die mittelbare Patentbenutzung voraussetzte, dass der Abnehmer die angepassten Teile tatsächlich im Inland und zu gewerblichen Zwecken zur geschützten Kombination zusammensetzte (zweiaktiger Tatbestand), war nach dem weiten Herstellungsbegriff die Lieferung angepasster Einzelteile für sich, das heißt unabhängig vom weiteren Geschehen verboten (einstufiger Tatbestand). Wann der Lieferant erfindungsfunktionell individualisierter Teile ohne weiteres, wann nur akzessorisch haften sollte, ließ die Rechtsprechung offen.<sup>221</sup> Mit § 10 Abs.

1 PatG hat der weite Herstellungsbegriff gemeinsam, dass der Lieferant gefährlicher Mittel nicht entgegenhalten kann, eine Patentbenutzung sei nur zu privaten Zwecken beabsichtigt (§ 10 Abs. 3, § 11 Nr. 1 PatG, vgl. S. 62 f.). Allerdings setzt § 10 Abs. 1 PatG voraus, dass die Mittel zur Benutzung der Erfindung im Inland bestimmt sind. Hinsichtlich des überschießenden Vorfeldschutzes steht § 10 Abs. 1 PatG zwischen dem weiten Herstellungsbegriff und der mittelbaren Patentbenutzung.

Der weite Herstellungsbegriff war aus der Not geboren, Vorfeldschutz am Rande schutzrechtsfreier Räume zu gewähren. Wird die Kombination erst im Ausland („Trockenapparat“) oder im privaten Bereich („Dia-Rähmchen V“) zusammengesetzt, versagen akzessorische Haftungsmodelle. Heute gerät der weite Herstellungsbegriff in Konflikt mit § 14 PatG, wonach der Schutzbereich des Patents durch die Patentansprüche bestimmt wird. § 14 PatG dient der Rechtssicherheit. Interessierte Kreise sollen aus den Ansprüchen erkennen können, welche Handlungen sie nur mit Erlaubnis des Patentinhabers vornehmen dürfen. Zudem bewirkt die Vorschrift einen Interessenausgleich: Sie berücksichtigt einerseits das Interesse des Erfinders an einer angemessenen Belohnung, andererseits das Allgemeininteresse an freier wirtschaftlicher Betätigung.<sup>222</sup>

Vor Inkrafttreten von § 14 PatG legte die herrschende Meinung den Schutzbereich von Patenten nach Maßgabe der „Dreiteilungslehre“ deutlich weiter aus.<sup>223</sup> Neben dem „unmittelbaren Gegenstand der Erfindung“ umfasse das Patent auch den „Gegenstand der Erfindung“, insbesondere gleichwertige (äquivalente) Ausführungsformen, sowie den „allgemeinen Erfindungsgedanken“. Danach waren Ausführungsformen geschützt, die nicht von allen im Patentanspruch genannten Merkmalen Gebrauch machten, dafür einem der Patentschrift als Ganzem zu entnehmenden Lösungsprinzip folgten. Als Ausdruck des allgemeinen Erfindungsgedankens konnten insbesondere Elemente oder Unterkombinationen selbstständigen Schutz („Teilschutz“) genießen.<sup>224</sup> Mit der Dreiteilungslehre vertrug sich der weite Herstellungsbegriff, der ebenfalls auf den selbstständigen Schutz einzelner Teile einer patentierten Kombination hinauslief. § 14 PatG sollte der Rechtsprechung entgegenwirken, die den Schutzbereich der Patente mit Hinweis auf den allgemeinen Erfindungsgedanken überdehnt habe.<sup>225</sup> Die strenge Bindung

des Schutzbereichs an die Patentansprüche lässt selbstständigen Teilschutz nicht zu, sie steht auch dem weiten Herstellungsbegriff entgegen.<sup>226</sup>

Die Grundsätze der Rigg-Entscheidung entsprechen weitgehend der aktuellen herrschenden Lehre. Nach *R. Kraßer* stellt nur derjenige eine Kombination her, der sie entweder selbst zusammensetzt oder dem der Abschluss des Herstellungsvorgangs zuzurechnen ist.<sup>227</sup> Der Produzent von Einzelteilen verletze das Kombinationspatent nur in Ausnahmefällen unmittelbar.<sup>228</sup> Beispielsweise lasse sich im Fall „Dia-Rähmchen V“<sup>229</sup> die unmittelbare Verletzung damit begründen, dass sich der Erfindungsgedanke vollständig im Rahmen verkörpert habe, das Vorhandensein von Gläsern im Anspruch des Patents quasi überflüssigerweise festgelegt worden sei.<sup>230</sup> Die Gläser seien nebensächliche Zutaten gewesen, die allgemein im Handel erhältlich und für jeden Benutzer leicht einfügbar gewesen seien. Unklar bleiben die Kommentierungen von *P. Mes*<sup>231</sup> und *T. Kühnen*<sup>232</sup>, die sich sowohl auf ältere Entscheidungen des BGH wie „Mülltonne II“<sup>233</sup> und „Dia-Rähmchen V“<sup>234</sup> als auch auf die Grundsätze aus der Rigg-Entscheidung<sup>235</sup> stützen, ohne zu berücksichtigen, dass dazwischen eine tiefgreifende Rechtsprechungsänderung erfolgte.

## 2. Verfahrenspatente

Der Inhaber eines Verfahrenspatents ist daran interessiert, gegen Lieferanten von Vorrichtungen, mit deren Hilfe das Verfahren durchgeführt werden kann, vorzugehen. Früher gewährte das gewohnheitsrechtliche Verbot der mittelbaren Patentbenutzung (S. 58 ff.) entsprechenden Vorfeldschutz. Heute ist § 10 Abs. 1 PatG einschlägig. Daneben gab und gibt es Versuche, Vorfeldschutz von Verfahrenspatenten durch extensive Auslegung einzelner Varianten des § 9 S. 2 PatG Nr. 2 zu gewähren. Man muss bei der Analyse dieser Konzepte berücksichtigen, dass sich die Verbotungsrechte des Inhabers eines Verfahrenspatents seit dem Patentgesetz von 1877 erheblich geändert haben. Bis zum Patentgesetz von 1981<sup>236</sup> war es unbefugten Dritten verboten, ein geschütztes Verfahren in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen (§ 4 PatG 1877<sup>237</sup>, § 4 S. 1 PatG 1891<sup>238</sup>, § 6 S. 1 PatG

1936<sup>239</sup>). Die Herstellung eines Verfahrens war dagegen nicht denkbar.<sup>240</sup> Nach geltendem § 9 S. 2 Nr. 2 PatG ist es unbefugten Dritten lediglich verboten, ein Verfahren, das Gegenstand des Patents ist, anzuwenden oder, wenn der Dritte weiß oder es auf Grund der Umstände offensichtlich ist, dass die Anwendung des Verfahrens ohne Zustimmung des Patentinhabers verboten ist, zur Anwendung im Geltungsbereich des Patentgesetzes anzubieten. Insbesondere der Tatbestand des Inverkehrbringens eines Verfahrens ist weggefallen.<sup>241</sup>

#### a. Inverkehrbringen (§ 6 S. 1 Var. 2 PatG a.F.)

Ein Verfahren konnte unter Geltung der Patentgesetze bis 1981 zunächst dadurch in Verkehr gebracht werden, dass die Verfahrensvorschrift (das Rezept) einem Dritten gegen Entgelt so mitgeteilt wurde, dass er das Verfahren danach ausüben konnte.<sup>242</sup> Diese Auslegung rechtfertigte sich wohl weniger durch die Gefahr, dass das Verfahren mit Hilfe des Rezeptes tatsächlich angewendet werden würde.<sup>243</sup> Entscheidend war vielmehr der Aspekt der Entgeltlichkeit: Wer aus der Mitteilung einer Verfahrensregel finanziellen Gewinn zog, beutete bereits dadurch den Gegenstand der Erfindung wirtschaftlich aus. Der Lieferant erforderlicher Verfahrensmittel verletzte das Verfahrenspatent also nicht ohne weiteres unmittelbar. Er musste dem Abnehmer zusätzlich die Kenntnis des Verfahrens vermitteln.<sup>244</sup> Er musste ihm erklären, wie er die Mittel einzusetzen habe, um in den Genuss der Vorteile des geschützten Verfahrens zu gelangen. Dadurch brachte er das Verfahren unabhängig davon in Verkehr, ob es der Abnehmer mit Hilfe der gelieferten Mittel und des mitgeteilten Rezeptes tatsächlich anwendete.<sup>245</sup> Das Verfahrensrezept erfüllte eine ähnliche Aufgabe wie das Merkmal der erfindungsfunktionellen Individualisierung für den weiten Herstellungsbegriff und die mittelbare Patentbenutzung: Es begründete eine besondere Beziehung der Mittel zum Gegenstand der Erfindung. Für den Abnehmer wurden durch die Kenntnis der Verfahrensregel aus neutralen Teilen Gegenstände, mit denen er die Vorteile der Erfindung genießen konnte.

Vereinzelt verzichtete das Reichsgericht auf die Mitteilung der Verfahrensregel. Im Fall „Dermatoid-Schuhkappen“ von 1927<sup>246</sup> vertrieb der Beklagte Versteifungsmaterial an Schuhfabriken, mit dem seine

Abnehmer Schuhkappen in einem geschützten Verfahren herstellen konnten. Das Reichsgericht warf ihm eine unmittelbare Patentverletzung vor: „[...] so ist das hier in Rede stehende Verfahren von der Beklagten dadurch in Verkehr gebracht worden, daß sie ihr Versteifungsmaterial zum Zwecke der Herstellung von Schuhkappen veräußerte [...]“.<sup>247</sup> Nachdem sich die besondere Beteiligungsform der mittelbaren Patentbenutzung etabliert hatte, gab das Reichsgericht die weite Auslegung des „Inverkehrbringens“ jedoch auf. Im Fall „Saugtrommeln“ von 1931<sup>248</sup> entschied es: „In der Lieferung von Saugtrommeln, die zur Ausführung eines geschützten Verfahrens geeignet sind, liegt kein Inverkehrbringen des Verfahrens“. Vielmehr komme nur eine mittelbare Patentbenutzung in Betracht, die unter anderem voraussetze, dass die Saugtrommeln von den Abnehmern tatsächlich unbefugt im geschützten Verfahren eingesetzt würden.<sup>249</sup> Auf diese Weise vermied die Rechtsprechung anders als bei Erzeugnispatenten ein widersprüchliches Nebeneinander von einstufigen und akzessorischen Lösungen. Ohne Mitteilung der Verfahrensregel haftete der Lieferant notwendiger Verfahrensmittel nur wegen mittelbarer Patentbenutzung.<sup>250</sup>

Das Verbot des Inverkehrbringens ist 1981 dem Gemeinschaftspatentgesetz<sup>251</sup>, das der Angleichung des deutschen Patentrechts an das europäische Übereinkommen über das Patent für den Gemeinsamen Markt vom 15. Dezember 1975 (GPÜ)<sup>252</sup> diene, zum Opfer gefallen. Art. 29 GPÜ 1975, dem § 9 PatG fast wörtlich nachgebildet ist, nannte für Verfahrenspatente keine Variante des Inverkehrbringens.

#### b. Anwenden (§ 9 S. 2 Nr. 2 Var. 1 PatG)

Wie das Herstellungsverbot in § 9 S. 2 Nr. 1 PatG lässt sich auch das Anwendungsverbot in § 9 S. 2 Nr. 2 Var. 1 PatG durch extensive Auslegung in einen abstrakten Gefährdungstatbestand wandeln. In diesem Sinne erstreckt die herrschende Meinung den Schutzbereich von Verfahrenspatenten teilweise auf das „sinnfällige Herrichten“ von Erzeugnissen, mit deren Hilfe das Verfahren durchgeführt wird, und den Vertrieb der hergerichteten Erzeugnisse. Dabei unterscheidet sie zwischen Verwendungspatenten und Patenten über Herstellungs- und Arbeitsverfahren.

## aa. Verwendungspatente

Verwendungspatente schützen den zweckgerichteten Einsatz einer (zumeist bekannten) Sache<sup>253</sup>, beispielsweise die „Verwendung von Trigonellin zur Wiederbelebung und zum Anregen und Verstärken des Haarwuchses“.<sup>254</sup> Ihre Einordnung in die Patentkategorien bereitet Schwierigkeiten, da sie sich einerseits auf ein bestimmtes Erzeugnis beziehen, andererseits aber einen bestimmten Umgang mit dem Erzeugnis fordern. Sie haben etwas „Chamäleonhaftes“.<sup>255</sup> Rechtsprechung und herrschende Lehre ordnen sie den Verfahrenspatenten zu.<sup>256</sup>

Praktische Bedeutung haben Verwendungspatente für chemische Stoffe, insbesondere für Arzneimittel. Chemische Stoffe bieten vielfältige Anwendungsmöglichkeiten auf den verschiedensten Gebieten. Oft findet jemand eine Verwendbarkeit des Stoffs, die dem Fachmann vorher nicht ersichtlich war und damit neu und patentierbar ist. Der Anwendungsbereich von Erzeugnissen aus dem Gebiet der Mechanik ist dagegen durch ihre Formgestalt eingeschränkt. Selten bieten Vorrichtungen wie Geräte oder Maschinen „überraschende“ Anwendungsmöglichkeiten, die nicht zum Stand der Technik gehören.<sup>257</sup> Der Vorfeldschutz für Erfindungen aus dem Arzneimittelbereich soll in einem eigenen Abschnitt dargestellt werden, da er maßgeblich durch das Patentierverbot für ärztliche Heilverfahren gemäß § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG und die Neuheitsfiktionen in § 3 Abs. 3 und 4 PatG geprägt ist (S. 86). Ein Beispiel für ein Verwendungspatent im außermedizinischen Bereich findet sich in der Entscheidung des BGH „Geschlitzte Abdeckfolie“ von 1989<sup>258</sup>: Verwendung einer bekannten Kunststofffolie zum Abdecken von Pflanzenkulturen. Oder in der Entscheidung „Spreizdübel“ von 1990<sup>259</sup>: Verwendung eines bekannten Dübels zur Befestigung von Isolierplatten. Auch das Europäische Patentamt erteilt Verwendungspatente im außermedizinischen Bereich: Im Fall „Reibungsverringender Zusatz/Mobil Oil III“ von 1989<sup>260</sup> wurde gefunden, dass dasselbe chemische Mittel, das dem Öl bislang zur Rostverringerung hinzugefügt wurde, auch zur Reibungsverringerung zugesetzt werden kann. Schließlich zwei Beispiele aus der jüngeren instanzgerichtlichen Rechtsprechung: „Verwendung eines Befestigungsbügels für den Einbau eines Elements, insbesondere eines Fensters, in eine Dachstruktur [...]“<sup>261</sup>; „Verwendung

einer ein Tetrafluorpropen (HFO-1234) umfassenden Zusammensetzung als Kältemittel in einer Auto-Klimaanlage“.<sup>262</sup>

Nach Ansicht der Rechtsprechung wendet ein Verfahren, das Gegenstand eines Verwendungspatents ist, nicht nur an, wer mit dem Erzeugnis nach der Lehre der Patentschrift verfährt, sondern auch, wer das Erzeugnis sinnfällig herrichtet, also für die weiteren Verfahrensschritte vorbereitet. Am Beispiel des Falls „Geschlitzte Abdeckfolie“: Unmittelbarer Patentverletzer gemäß § 9 S. 2 Nr. 2 PatG sei nicht nur, wer die Pflanzenkulturen mit der Kunststoffolie abdecke, sondern auch, wer die Kunststoffolie mit entsprechender Gebrauchsanweisung, das heißt sinnfällig hergerichtet, vertreibe.<sup>263</sup> Das Ergebnis erinnert an die alte Rechtsprechung zum Inverkehrbringen des Verfahrens, wonach derjenige ein Verfahren in Verkehr brachte, der die Verfahrensregel mitteilte (S. 54). Die extensive Auslegung der Tatbestandsvariante des „Anwendens“ sei durch das besondere Bedürfnis des Patentinhabers nach Vorfeldschutz gerechtfertigt. Der Patentinhaber müsse wirksam dagegen geschützt werden, dass ein Dritter das zur Verwendung gelangende Erzeugnis im Inland gewerbsmäßig zu dieser Verwendung herrichte, feilhalte oder in den Verkehr bringe, oder dass ein Dritter gewerbsmäßig ein im Ausland für diese Verwendung hergerichtetes Erzeugnis im Inland feilhalte oder in den Verkehr bringe. Er müsse sich auch gegen dessen Export wirksam zur Wehr setzen können, was ihm versagt wäre, wenn er allein auf Vorfeldschutz gemäß § 10 Abs. 1 PatG angewiesen wäre.<sup>264</sup> Man könnte einwenden, derartigen Vorfeldschutz habe die Rechtsprechung früher über den Tatbestand des Inverkehrbringens eines Verfahrens gewährt, diesen Tatbestand habe der Gesetzgeber jedoch gestrichen. Damit würde man dem Gesetzgeber jedoch eine Absicht unterstellen, die nicht durch die Gesetzgebungsgeschichte gestützt ist. In § 9 PatG fehlt das Verbot des Inverkehrbringens nicht deswegen, weil der deutsche Gesetzgeber die Rechte des Patentinhabers beschneiden wollte, sondern weil die Vorbildnorm aus dem GPÜ 1975, der § 9 PatG wörtlich nachgebildet ist, keine entsprechende Variante enthält. Mit der Angleichung des deutschen Patentverletzungsrechts an europäische Regelungsvorschläge wollte der Gesetzgeber nicht bestimmten Instrumenten des Vorfeldschutzes die Grundlage entziehen, solange sie methodisch auch mit dem neuen Gesetzeswortlaut in Einklang zu bringen waren.

## bb. Patente über Herstellungs- und Arbeitsverfahren

Ist das Verfahrenspatent nicht für die Verwendung eines Erzeugnisses erteilt, stellt die Rechtsprechung das sinnfällige Herrichten erforderlicher Vorrichtungen nicht der Anwendung des Verfahrens gleich. Im Fall „Abgasreinigungsvorrichtung“ von 2005<sup>265</sup> war die Beklagte Inhaberin eines Patents über ein Verfahren zur Reinigung von Abgasen. Die Klägerin stellte Abgasreinigungsvorrichtungen her, mit denen das Verfahren durchgeführt werden konnte. Um den Inhalt eines Vergleichsvertrags zwischen den Parteien zu bestimmen, musste der BGH prüfen, ob die Produktion der Vorrichtungen im Inland und deren Lieferung ins Ausland von einer Genehmigung des Patentinhabers abhängig waren. Schütze das Patent ein reines Arbeitsverfahren, begehe keine Patentverletzung gemäß § 9 S. 2 Nr. 2 PatG, wer die erforderlichen Vorrichtungen sinnfällig herrichte und vertreibe. Der Patentinhaber könne gegen den Lieferanten allein nach Maßgabe von § 10 Abs. 1 PatG oder nach der allgemeinen Teilnehmerhaftung vorgehen, was jedoch voraussetze, dass die Anwendung des Verfahrens im Inland drohe.<sup>266</sup>

Auf Maßnahmen, die die eigentliche Anwendung des Verfahrens nur vorbereiten, könne man den Schutzbereich des Patents schon wegen § 14 PatG nicht erstrecken, der den Schutzbereich auf den Inhalt der Patentansprüche beschränke. Aus Gründen der Rechtssicherheit müsse sich der Verkehr darauf verlassen können, dass die Patentansprüche mit hinreichender Deutlichkeit wiedergeben, welche Erfindung geschützt sei. Der Anmelder habe es in der Hand, durch entsprechende Fassung der Patentansprüche dafür zu sorgen, dass gegebenenfalls ein schon in die Vorbereitungsphase hinein verlegter Patentschutz erteilt werde, sofern das nach dem Gegenstand der jeweiligen Erfindung gerechtfertigt sei.<sup>267</sup> Konsequenz ist eine Aufgabenverlagerung: Nicht der Richter soll für Patentschutz in der Vorbereitungsphase sorgen, sondern der Anmelder selbst. Eine Ausnahme sei bei Abwägung aller Interessen nur möglich, wenn die vorbereitende Tätigkeit zu einem gewissen Abschluss gekommen sei, das patentgemäße Verfahren also abschließend bereit gestellt werde.<sup>268</sup>

## cc. Stellungnahme

§ 9 S. 2 Nr. 2 Var. 1 PatG (Anwendungsverbot) sollte nicht durch extensive Auslegung in einen abstrakten Gefährdungstatbestand umgewandelt werden, weder im Hinblick auf Herstellungs- und Arbeitsverfahren noch im Hinblick auf Verwendungspatente. Nach allgemeinen Regeln wendet ein Verfahren an, wer die wesentlichen Verfahrensschritte, die zu dem verfahrensgemäßen Erfolg führen, durchführt.<sup>269</sup> Wer die erforderlichen Vorrichtungen herrichtet und vertreibt, führt höchstens einen Teil der Verfahrensschritte durch. Ebenso wie § 14 PatG verbietet, die Produktion von Einzelteilen mit der Produktion der geschützten Kombination gleichzustellen (kein Teilschutz, S. 51), verbietet die Vorschrift, die Durchführung einzelner Verfahrensschritte mit der vollständigen Anwendung des Verfahrens gleichzustellen. Das muss in gleicher Weise für Verwendungspatente und sonstige Verfahrenspatente gelten. Zwar zeichnen sich Verwendungspatente durch einen besonderen Bezug zu einem bestimmten Erzeugnis aus. Daraus kann man jedoch nicht ableiten, der Verwendungsschutz lehne sich an die Regeln über (gegebenenfalls zweckgebundene) Erzeugnispatente an. Der Erfindungsgedanke verwirklicht sich allein in einem bestimmten Umgang mit dem Erzeugnis. Nur der Umgang mit dem Erzeugnis ist neu und trägt die Patenterteilung, nicht das Erzeugnis selbst. Die Neuheitsfiktionen in § 3 Abs. 3 und 4 PatG beschränken sich auf Erzeugnisse zur Anwendung in einem Heilverfahren. Wer nicht mit dem Erzeugnis entsprechend der Lehre aus der Patentschrift verfährt, sondern es lediglich herstellt, herrichtet oder vertreibt, verwirklicht den Erfindungsgedanken nicht vollständig.

Hinreichenden Vorfeldschutz vermittelt § 10 Abs. 1 PatG. Das hergerichtete Erzeugnis ist ein Mittel, das sich auf wesentliche Elemente der Erfindung bezieht. Der Patentinhaber kann den Vertrieb im Inland untersagen. Gegen den Export ist er zwar nicht geschützt, da § 10 Abs. 1 PatG allein die Lieferung zur Benutzung im Inland verbietet. Das entspricht jedoch dem Territorialitätsprinzip im Patentrecht.

## *II. Vorfeldschutz gemäß § 10 Abs. 1 PatG*

### *1. Zur Rechtsnatur der Vorschrift*

Der Verstoß gegen § 10 PatG wird vielfach als mittelbare Patentverletzung bezeichnet.<sup>270</sup> Die Terminologie ist sowohl gescheshistorisch als auch systematisch ungenau. Zunächst verleitet sie zu der Annahme, der Gesetzgeber habe mit § 10 PatG die zuvor angewandten gewohnheitsrechtlichen Grundsätze über die mittelbare Patentbenutzung kodifiziert. Zum Hintergrund: Bis zur Einführung des § 6a PatG a.F. durch das Gemeinschaftspatentgesetz vom 26. Juli 1979<sup>271</sup> (nach der Neubekanntmachung 1981: § 10 PatG) gewährte die Rechtsprechung Vorfeldschutz gegen patentgefährdende Produkte gemäß dem ungeschriebenen Verbot der mittelbaren Patentbenutzung. Hierunter verstand sie einen „Doppeltatbestand“, das heißt einen zweiaktigen, akzessorischen Tatbestand, der als „besondere Form der Beteiligung“ unabhängig von den Regeln über Täterschaft und Teilnahme den Vertrieb besonders angepasster („erfindungsfunktionell individualisierter“) Mittel untersagte.<sup>272</sup> Der erfindungsfunktionellen Individualisierung stand nicht entgegen, dass das Mittel auch patentfrei verwendbar war. Jedoch hafteten Lieferanten multifunktionaler (ambivalenter) Mittel nur unter der weiteren Voraussetzung, dass sie wussten, damit rechneten oder infolge von Fahrlässigkeit nicht wussten, dass der Patentschutz bestand und die Abnehmer die Mittel in patentverletzender Weise benutzten oder benutzen würden.<sup>273</sup> Auf die Vorfeldhandlung musste objektiv eine unmittelbare Patentverletzung folgen. Hieran fehlte es, wenn der Abnehmer die Mittel ausschließlich im Ausland<sup>274</sup> oder im privaten Bereich einsetzte.<sup>275</sup> Gegen den Export gefährlicher Produkte wie im Fall „Trockenapparat“ (S. 48) oder „Ribavirin“ (S. 22) oder gegen den Vertrieb solcher Mittel, die erst der private Endverbraucher erfindungsgemäß verwendet, wie im Fall der Senseo-Kaffeepads (S. 22), hätte sich der Patentinhaber nicht wehren können. Die Grundsätze über die mittelbare Patentbenutzung gewährten keinen überschießenden Vorfeldschutz. Auf ein Verschulden des Abnehmers kam es jedoch nicht an.<sup>276</sup>

Mit § 10 PatG wollte der Gesetzgeber nicht den zuvor angewandten richterrechtlichen Grundsätzen zur Gesetzeskraft verhelfen, sondern das deutsche Patentrecht dem Entwurf einer europäischen Regelung angleichen, namentlich dem Übereinkommen über das Patent für den Gemeinsamen Markt vom 15. Dezember 1975 (Gemeinschaftspatentübereinkommen, GPÜ).<sup>277</sup> Das GPÜ sollte auf

Ebene der Europäischen Gemeinschaft das Europäische Patentübereinkommen (EPÜ)<sup>278</sup> ergänzen, das die einheitliche Anmeldung und Erteilung eines Europäischen Patents regelt, jedoch keine Vorschriften über die Wirkungen des Patents und die Voraussetzungen und Folgen seiner Verletzung enthält (vgl. Art. 64 Abs. 3 EPÜ).<sup>279</sup> Während das Europäische Patent gemäß EPÜ eher einem Bündel einzelstaatlicher Patente ähnelt, deren Schicksale nach Abschluss des einheitlichen Erteilungsverfahrens vor dem Europäischen Patentamt (EPA) je nach anwendbarem nationalen Recht unterschiedlich ausfallen können,<sup>280</sup> sollte das GPÜ ein einheitliches Gemeinschaftspatent einschließlich des zugehörigen Verletzungsrechts schaffen.

Weder das GPÜ 1975 noch die Vereinbarung über Gemeinschaftspatente vom 21. Dezember 1989 (GPÜ 1989)<sup>281</sup> sind in Kraft getreten. Ebenso wenig führte ein Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über das Gemeinschaftspatent vom 1. August 2000 (GPVO)<sup>282</sup> zu einer verbindlichen Regelung. Insbesondere bestand Streit zwischen den Mitgliedstaaten darüber, in welchen Sprachen Patente angemeldet werden können und wer die Übersetzungskosten trägt. Ende 2010 ergriffen zwölf Mitgliedstaaten erneut die Initiative, indem sie eine Verstärkte Zusammenarbeit (Art. 326 ff. AEUV, bis 30. November 2009: Art. 11 und 11a EGV) anregten. Die Kommission hat am 13. April 2011 einen „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes“<sup>283</sup> vorgelegt. Danach soll ein einheitliches EU-Patent in das bestehende Patentsystem gemäß EPÜ eingebettet werden. Neben dem nationalen Patent und dem Europäischen „Bündelpatent“ soll das einheitliche EU-Patent eine dritte Option für den Anmelder bilden. Wann und inwieweit sich der Kommissionsvorschlag durchsetzen wird, ist seit einem Gutachten des EuGH vom 8. März 2011,<sup>284</sup> das den parallel diskutierten Entwurf eines EU-Patentgerichtssystems für unvereinbar mit EU-Primärrecht erklärt hat, allerdings erneut ungewiss. Italien hat am 10. Juni 2011 Nichtigkeitsklage gegen den Beschluss 2011/167/EU des Rates vom 10. März 2011 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes eingereicht.<sup>285</sup> Der Beschluss verstoße gegen Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften und

beeinträchtigt den Binnenmarkt, indem er den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindert und bestimmte Unternehmen diskriminiert, so dass der Wettbewerb verzerrt werde.

Obwohl die Anstrengungen, ein einheitliches Gemeinschaftspatent zu schaffen, auch nach 36 Jahren nicht von Erfolg gekrönt sind, entfaltet das GPÜ seit seiner Unterzeichnung harmonisierende Wirkung, da viele Mitgliedstaaten ihre nationalen Patentgesetze an das künftige europäische Patentrecht anpassten.<sup>286</sup> In Deutschland trat 1981 das Gemeinschaftspatentgesetz vom 26. Juli 1979<sup>287</sup> in Kraft, das unter anderem eine Neufassung des Verletzungsrechts bewirkte. Die unmittelbaren Wirkungen des Patents wurden nach Vorgabe des Art. 29 GPÜ 1975 in § 9 PatG zusammengefasst, beispielsweise entfiel das Verbot des Inverkehrbringens eines Verfahrens (S. 54). § 10 PatG übernahm fast wörtlich die Regelung des Art. 30 GPÜ 1975 (= Art. 26 GPÜ 1989 = Art. 8 GPVO = Art. 7 des aktuellen Kommissionsvorschlags) über die „mittelbare Benutzung der Erfindung“. Die europäische Vorbildnorm war als Reaktion darauf konzipiert, dass die Vertragsstaaten patentrechtlichen Vorfeldschutz in unterschiedlichster Weise gewährten. Als autonome, auf rechtsvergleichender Grundlage geschaffene Vorschrift wich Art. 30 GPÜ 1975 in Systematik und Detail von der bisherigen deutschen Rechtsprechung ab. Er regelte keinen zweiaktigen Verletzungstatbestand, sondern einen einstufigen Gefährdungstatbestand. Der Vertrieb gefährlicher Mittel ist unabhängig davon verboten, ob die Abnehmer sie tatsächlich patentverletzend verwenden. Auch fand das Merkmal der erfindungsfunktionellen Individualisierung keinen Eingang in das GPÜ.<sup>288</sup> Schon aus geschichtlichen Gründen sollte man daher bei der Auslegung des § 10 PatG nur mit Vorsicht auf die Erkenntnisse der deutschen Rechtsprechung zur mittelbaren Patentbenutzung zurückgreifen.<sup>289</sup> Um der Struktur des § 10 Abs. 1 PatG als einstufigem Gefährdungstatbestand gerecht zu werden, sollte man von einer Patentgefährdung und nicht von einer mittelbaren Patentverletzung sprechen.<sup>290</sup>

Umstritten ist, ob § 10 Abs. 1 PatG ein abstraktes oder ein konkretes Gefährdungsdelikt ist. *U. Fitzner* ordnet die Vorschrift als konkretes Gefährdungsdelikt ein.<sup>291</sup> Dagegen spricht, dass die Gefährdung des

Schutzrechts kein ausdrückliches Tatbestandsmerkmal ist, wie etwa in § 14 Abs. 4 MarkenG. Andererseits beschreibt § 10 Abs. 1 PatG mit Hilfe verschiedener subjektiver und objektiver Merkmale Verhalten, die nicht nur typischerweise (abstrakt) gefährlich sind, sondern in denen sich die Gefährdung des Patentrechts bereits bedenklich verdichtet (konkret). Im Strafrecht identifizieren viele Autoren Misch- oder Zwischenformen, die sie als „abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte“<sup>292</sup>, „potentielle Gefährdungsdelikte“<sup>293</sup>, „konkrete Gefährlichkeitsdelikte“<sup>294</sup> oder „Eignungsdelikte“<sup>295</sup> bezeichnen. Als Beispiel nennen sie § 309 Abs. 1 StGB, der mit dem Missbrauch ionisierender Strahlen eine typischerweise gefährliche Handlung unter Strafe stellt (abstrakt), gleichzeitig aber voraussetzt, dass die Strahlen geeignet sind, die Gesundheit eines Menschen zu schädigen (konkret). Auch § 10 Abs. 1 PatG ist danach kein rein abstraktes Gefährdungsdelikt, da die angebotenen und gelieferten Mittel zur (unmittelbaren) Benutzung der Erfindung geeignet und bestimmt sein müssen.

Vom Gefährdungstatbestand in § 10 Abs. 1 PatG ist der zweiaktige Anstiftungstatbestand in § 10 Abs. 2 PatG zu trennen, wonach § 10 Abs. 1 PatG nicht anzuwenden ist, wenn es sich bei den Mitteln um allgemein im Handel erhältliche Erzeugnisse handelt, es sei denn, dass der Dritte den Belieferten bewusst veranlasst, in einer nach § 9 S. 2 PatG verbotenen Weise zu handeln. Anders als die Rechtsprechung gelegentlich formuliert,<sup>296</sup> verschärft § 10 Abs. 2 PatG gegenüber § 10 Abs. 1 PatG nicht allein die subjektiven Anforderungen. Der Lieferant veranlasst seinen Abnehmer nur zur Patentbenutzung, wenn dieser die gelieferten Mittel tatsächlich erfindungsgemäß verwendet (näher zur Anstiftung S. 214).<sup>297</sup>

Um terminologischen Missverständnissen vorzubeugen, sei betont, dass § 10 Abs. 1 PatG ein Gefährdungstatbestand, jedoch kein Tatbestand der Gefährdungshaftung ist.<sup>298</sup> Der Begriff der Gefährdungshaftung entstammt dem Schadensersatzrecht und bezeichnet Haftungsnormen, die an bestimmte gefährliche Handlungen eine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht knüpfen, zum Beispiel § 7 Abs. 1 StVG.<sup>299</sup> Anders als Gefährdungsdelikte sind Vorschriften der Gefährdungshaftung zweiaktig strukturiert, denn sie setzen stets voraus, dass es zu einem tatsächlichen Schaden am bedrohten Rechtsgut gekommen ist. Mit der

Gefährdungshaftung sind Verhaltensweisen belegt, die zwar gefährlich, von Gesellschaft und Rechtsordnung aber grundsätzlich gebilligt und damit *erlaubt* sind.<sup>300</sup> Die verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht erscheint als Korrelat für die Zulassung technischer Risiken.<sup>301</sup> Dagegen *verbieten* Gefährdungsdelikte das gefährliche Verhalten. Dem Inhaber des bedrohten Rechtsguts steht ein Unterlassungsanspruch zu. § 10 Abs. 1 PatG gewährt zudem keinen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch, denn die Schadensersatzpflicht des Lieferanten ergibt sich im Zusammenspiel mit § 139 Abs. 2 PatG, der Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraussetzt. Damit sind sämtliche Schlussfolgerungen, die Teile der Literatur<sup>302</sup> aus dem vermeintlichen Charakter von § 10 Abs. 1 PatG als Tatbestand der Gefährdungshaftung ziehen, obsolet.

## 2. Überschießender Vorfeldschutz

Durch das Zusammenspiel von § 10 Abs. 3 und § 11 Nr. 1 bis 3 PatG gewährt § 10 Abs. 1 PatG Schutz im Vorfeld patentfreier Räume (überschießender Vorfeldschutz, vgl. S. 30). Gemäß § 10 Abs. 3 PatG gelten Personen, die die in § 11 Nr. 1 bis 3 PatG genannten Handlungen vornehmen, im Sinne von § 10 Abs. 1 PatG nicht als Personen, die zur Benutzung der Erfindung berechtigt sind. Einfacher ausgedrückt: § 10 Abs. 1 PatG verbietet auch die Lieferung geeigneter Mittel an Personen, die die Erfindung im privaten Bereich zu nicht gewerblichen Zwecken (§ 11 Nr. 1 PatG), zu bestimmten wissenschaftlichen Zwecken (§ 11 Nr. 2-2b PatG) oder im Hinblick auf bestimmte einzeln zubereitete Arzneimittel (§ 11 Nr. 3 PatG) benutzen wollen. Da § 11 PatG entsprechende unmittelbare Benutzung erlaubt, bereitet derjenige, der geeignete Mittel zu ihrer Vornahme liefert, keine Patentverletzung, sondern lediglich eine tatsächliche (und zulässige) Erfindungsbenutzung vor.

Anders als im Markenrecht rechtfertigt sich der überschießende Schutz des § 10 Abs. 1 PatG weniger durch die Gefahr, dass es im Einzelfall doch zu einer unmittelbaren Patentverletzung kommen könnte. Vielmehr steht der Gedanke der Kompensation des Patentinhabers im Vordergrund (S. 30). Darüber, ob der Lieferant geeigneter Mittel haftete, wenn seine Abnehmer die Erfindung ausschließlich im privaten Bereich benutzten, herrschte vor Inkrafttreten des § 10 PatG Streit. Vorfeldschutz gewährte bis 1981 das

gewohnheitsrechtliche Verbot der mittelbaren Patentbenutzung. Trotz der akzessorischen Struktur dieses Verbots forderten zahlreiche Autoren, die mittelbare Patentbenutzung dürfe nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Abnehmer gewerbsmäßig handele.<sup>303</sup> Man dürfe nicht zulassen, dass Lieferanten von Verfahrensmitteln und Kombinationsteilen über den privaten Bereich Gewinn aus fremder geistiger Leistung zögen.<sup>304</sup> Es gebe Erfindungen, die fast ausschließlich von Privaten benutzt würden. Beispielsweise ein Verfahren zur Herstellung kohlensaurer Bäder, das durch die Zugabe verschiedener Stoffe zum Badewasser durchgeführt werde. Da eine Lizenzvergabe an Privatleute ausgeschlossen sei (diesem war die Patentbenutzung ja schon kraft Gesetzes erlaubt), könne die Inhaberin des Patents ihre Erfindung praktisch nur durch den Verkauf der Bestandteile des Bades ausbeuten.<sup>305</sup> Hierzu bedürfe es effektiven Vorfeldschutzes. Unter Geltung des akzessorischen Verbotes der mittelbaren Patentbenutzung konnten sich die Befürworter überschießenden Vorfeldschutzes nicht durchsetzen. Der Bundesgerichtshof erteilte ihnen mit seiner Rigg-Entscheidung eine endgültige Absage.<sup>306</sup> Ihre Argumente können jedoch heute Sinn und Zweck des § 10 Abs. 3 PatG erklären: der überschießende Schutz soll den Patentinhaber dafür kompensieren, dass er die unmittelbare Benutzung seiner Erfindung wegen § 11 PatG rechtlich nicht verhindern kann.

*G.Rauh* wertet § 10 Abs. 3 PatG als Indiz dafür, dass der Gesetzgeber mit § 10 Abs. 1 PatG nicht nur Vorfeldschutz gewähren, sondern dem Patentinhaber – wenngleich unter engen Voraussetzungen – ein ausschließliches Recht zum Vertrieb der erforderlichen Einzelteile oder Verfahrensmittel zuweisen wollte.<sup>307</sup> Der Patentinhaber habe durch seine Erfindung den Markt für Einzel- und Ersatzteile erschlossen und solle zum Lohn in gewissen Grenzen ein Monopol auf diesem Markt genießen. Mit seiner Ansicht gerät *G. Rauh* in Konflikt mit § 14 PatG, wonach der Schutzbereich des Patents durch die Patentansprüche bestimmt wird. Der Hersteller und Lieferant von Einzelteilen und sonstigen erforderlichen Mitteln verwirklicht die in den Patentansprüchen formulierte Lehre nicht vollständig, sondern nur teilweise. Teilschutz und Schutz einzelner Elemente der Erfindung kann vor dem Hintergrund des § 14 PatG nur in Form von Vorfeldschutz gewährt werden, nicht als Auswirkung des unmittelbaren Schutzbereichs. Hierauf beschränkt sich Sinn und Zweck

von § 10 PatG. Praktisch wirkt sich die abweichende Ansicht auf Rechtsfolgenseite bei den Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus (S. 85).

Wenig verständlich und vielfach kritisiert sind die Verweise in § 10 Abs. 3 PatG auf § 11 Nr. 2-3 PatG.<sup>308</sup> Die Begründung der europäischen Vorbildregelung (Art. 30 GPÜ 1975 = Art. 26 GPÜ 1989 = Art. 8 GPVO) verweist lediglich auf den Ausnahmecharakter der erlaubten Benutzungen, die dementsprechend restriktiv auszulegen seien.<sup>309</sup>

### 3. Objektiver Tatbestand

Um „gefährliche“ von „neutralen“ Produkten abzugrenzen, kombiniert § 10 Abs. 1 PatG objektive und subjektive Merkmale. Die genaue Struktur des Tatbestands erschließt sich nur schwer,<sup>310</sup> da man auf einen Teil der objektiven Merkmale erst aus den subjektiven Merkmalen schließen kann. Die subjektiven Merkmale wiederum müssen von unterschiedlichen Personen verwirklicht werden. Sie beziehen sich ihrerseits teilweise auf subjektive Elemente.

#### a. Tatobjekt

aa. Mittel, die geeignet sind, für die Benutzung der Erfindung verwendet zu werden

Der Wortlaut von § 10 Abs. 1 PatG nennt zwar die Eignung der Mittel zur patentgemäßen Verwendung nicht als eigenständiges objektives Tatbestandsmerkmal. Jedoch verlangt er, dass der Handelnde weiß oder es auf Grund der Umstände offensichtlich ist, dass die Mittel dazu geeignet und bestimmt sind, für die Benutzung der Erfindung verwendet zu werden. Positive Kenntnis kommt begrifflich nur in Betracht, wenn der betreffende Umstand zu dem maßgeblichen Zeitpunkt bereits Tatsache ist. Aus dem subjektiven Tatbestand kann man daher auf das zusätzliche objektive Merkmal der Eignung zur patentgemäßen Verwendung schließen.<sup>311</sup> Anderer Ansicht ist anscheinend *U. Scharen*, der in der Eignung zur patentgemäßen Verwendung kein eigenständiges objektives Tatbestandsmerkmal sieht und sich insoweit von der Rechtsprechung des

BGH gedeckt fühlt.<sup>312</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass allein die irrige Vorstellung, ein in Wirklichkeit untaugliches Mittel sei zur Patentverletzung geeignet, keine Patentgefährdung begründet. § 10 Abs. 1 PatG verbietet nicht den untauglichen Versuch. Die bloß subjektive Gefährlichkeit des Handelnden rechtfertigt nach Wertung des Gesetzgebers nicht den Gefährdungstatbestand. Auch objektiv muss es zu einer Situation kommen, aus der typischerweise Rechtsverletzungen erwachsen.<sup>313</sup> Wenn die Rechtsprechung mitunter die objektive Eignung inzident bei der Frage prüft, ob sich die Mittel auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, mag das daran liegen, dass sich die beiden objektiven Merkmale derart decken, dass der Bezug auf ein wesentliches Element der Erfindung die Eignung des Mittels zur erfindungsgemäßen Benutzung voraussetzt. In der Entscheidung „Antriebsscheibenaufzug“ von 2005 prüfte der BGH die Merkmale jedoch getrennt und jeweils ausführlich.<sup>314</sup> *U. Scharen* widerspricht im Übrigen eigenen früheren Ausführungen.<sup>315</sup>

Die Rechtsprechung definiert das Merkmal als objektive Eignung des angegriffenen körperlichen Gegenstandes, im Zusammenwirken mit weiteren Elementen in eine Gestaltung gebracht zu werden, die von allen Merkmalen des unter Patentschutz stehenden Gegenstandes Gebrauch macht und damit eine Benutzungshandlung im Sinne von § 9 PatG verwirklicht.<sup>316</sup> Damit ist eine Mindestanforderung an die Gefährlichkeit des Gegenstandes formuliert: Kann er keinen relevanten Beitrag zur Rechtsverletzung leisten, geht keine spezifische Gefahr von ihm aus. Legale Verwendungsmöglichkeiten schließen die Eignung eines Mittels zum patentverletzenden Einsatz nicht aus.<sup>317</sup>

bb. Mittel, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen

Das Mittel muss sich des Weiteren auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen. Dadurch wird der Kreis tauglicher Tatobjekte objektiv weiter eingegrenzt als durch das Merkmal der Eignung. Mittel, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, sind stets auch geeignet, mit weiteren Elementen in eine Gestaltung gebracht zu werden, die von allen Merkmalen der Erfindung Gebrauch macht.<sup>318</sup> Eigenständige Bedeutung bleibt dem Merkmal der Eignung als

Bezugspunkt von Vorsatz oder Offensichtlichkeit: Der Patentgefährder muss lediglich wissen, dass das Mittel zur Erfindungsbenutzung geeignet ist, nicht aber, dass es sich auf ein wesentliches Element der Erfindung bezieht.

Man kann zwei Fragen trennen: Was ist ein wesentliches Element der Erfindung? Wann bezieht sich ein Mittel hierauf? Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung ist die Wesentlichkeit eines Elements vom Gegenstand der Erfindung her zu ermitteln. Wesentliche Elemente sind grundsätzlich alle im Patentanspruch genannten Merkmale.<sup>319</sup> Unwesentliche Elemente sind lediglich solche, die für die technische Lehre der Erfindung von völlig untergeordneter Bedeutung sind,<sup>320</sup> was nicht schon dann zutrifft, wenn die Merkmale bereits zum neuheitsschädlichen Stand der Technik gehören.<sup>321</sup>

Die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Elementen erinnert an eine Abgrenzung, die die Literatur heute für das Herstellen geschützter Kombinationen gemäß § 9 S. 2 Nr. 1 PatG trifft: Die Herstellung eines Teils der geschützten Kombination ist der Herstellung der Kombination gleichzustellen, wenn sich der Erfindungsgedanke vollständig in dem Teil verkörpert, die anderen Teile der Kombination von völlig untergeordneter Bedeutung – mit anderen Worten: unwesentlich – sind (S. 52). Im Unterschied zu § 10 Abs. 1 PatG muss das Teil aber *sämtliche* wesentlichen Elemente der Erfindung vereinen, während das Mittel gemäß § 10 Abs. 1 PatG sich auf nur *ein* wesentliches Element beziehen muss. Wertungsmäßig widersprechen sich der Vorfeldschutz von Kombinationen gemäß § 9 S. 2 Nr. 1 PatG und § 10 Abs. 1 PatG nicht, denn § 10 Abs. 1 PatG stellt zusätzliche Anforderungen insbesondere auf subjektiver Seite.

Ein Mittel bezieht sich zunächst auf ein wesentliches Element der Erfindung, wenn es selbst eines ist; beispielsweise eine Vorrichtung, die Teil einer geschützten Kombination ist oder mit der ein geschütztes Verfahren durchgeführt werden soll. Darüber hinaus erfasst § 10 Abs. 1 PatG Mittel, die geeignet sind, mit einem oder mehreren Merkmalen des Patentanspruchs bei der Verwirklichung des geschützten Erfindungsgedankens funktional zusammenzuwirken.<sup>322</sup> Das Mittel muss also einen spezifischen Beitrag zur Lösung des technischen Problems

leisten und nicht nur irgendwie bei der Benutzung der Erfindung zum Einsatz gelangen wie der Strom, der zum Betrieb der geschützten Maschine benötigt wird.

Der „Bezug auf ein wesentliches Element der Erfindung“ erfüllt eine ähnliche Funktion wie das Merkmal der erfindungsfunktionellen Individualisierung nach der alten Rechtsprechung zum weiten Herstellungsbegriff (S. 49) oder zur mittelbaren Patentbenutzung (S. 58). Es trennt neutrale von gefährlichen Maßnahmen, indem es einen inneren Bezug zur Erfindung herstellt. Allerdings setzte die erfindungsfunktionelle Individualisierung anders an: Ausschlaggebend war nicht die Beziehung des Mittels zum Erfindungsgedanken, sondern die besondere Anpassung des Mittels selbst.<sup>323</sup> Taugliche Tatobjekte der Patentgefährdung (§ 10 Abs. 1 PatG) können auch handelsübliche Erzeugnisse sein, also Gegenstände, die nicht individuell an eine Erfindung angepasst sind. Das ergibt sich aus § 10 Abs. 2 PatG, der im Verhältnis zu § 10 Abs. 1 PatG eine Ausnahme regelt und damit voraussetzt, dass sich auch handelsübliche Erzeugnisse grundsätzlich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen können. Die objektiven Anforderungen an das Tatobjekt gemäß § 10 Abs. 1 PatG sind daher weniger streng als nach den Grundsätzen über die mittelbare Patentbenutzung. Auf die Erkenntnisse der älteren Rechtsprechung kann man nur insoweit zurückgreifen, als sich erfindungsfunktionell individualisierte Mittel stets auch auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen dürften.

#### cc. Keine allgemein im Handel erhältlichen Erzeugnisse

Die dritte objektive Anforderung an das Tatobjekt erschließt sich erst in der Zusammenschau von § 10 Abs. 1 PatG und § 10 Abs. 2 PatG. Der Gefährdungstatbestand in § 10 Abs. 1 PatG erfasst im Gegensatz zum Anstiftungstatbestand in § 10 Abs. 2 PatG nur Mittel, die nicht allgemein im Handel erhältlich sind. Ausgeschlossen sind Gegenstände des täglichen Bedarfs wie Nägel, Schrauben, Bolzen, Draht, Chemikalien, Transistoren, Widerstände, Kraftstoff und dergleichen,<sup>324</sup> selbst wenn sie mit wesentlichen Elementen der Erfindung funktional zusammenwirken und auch die subjektiven Voraussetzungen von § 10 Abs. 1 PatG erfüllt sind. Hintergrund ist der freie Handelsverkehr, der durch patentrechtliche

Verbote nicht unangemessen eingeschränkt werden soll.<sup>325</sup> Zum Wohle des freien Warenverkehrs sollen handelsübliche Erzeugnisse selbst dann vertrieben werden dürfen, wenn der Lieferant weiß, dass sein Abnehmer sie patentverletzend einsetzen wird, es sei denn, er hat ihn bewusst dazu veranlasst.

## b. Tathandlungen

§ 10 Abs. 1 PatG verbietet es, erfindungswesentliche Mittel *anzubieten* und zu *liefern*. Die Bandbreite tatbestandlicher Handlungen ist damit deutlich enger als bei unmittelbaren Patentverletzungen gemäß § 9 PatG. Herstellung, Einfuhr, Ausfuhr oder Besitz geeigneter Mittel sind nicht erfasst. Hierin stimmt § 10 Abs. 1 PatG mit dem gewohnheitsrechtlichen Verbot der mittelbaren Patentbenutzung überein. Als zweistufiger Tatbestand setzte dieses die unmittelbare Patentverletzung durch den Abnehmer voraus und damit notwendigerweise eine Lieferung vom mittelbaren an den unmittelbaren Verletzer. Die Produktion geeigneter Mittel kam nur als Anknüpfungspunkt eines Unterlassungsanspruchs in Betracht, wenn sie die ernsthafte (Begehungs-)Gefahr auslöste, dass die Mittel an jemanden geliefert würden, der sie anschließend patentverletzend verwenden würde.<sup>326</sup>

In der Entscheidung „Abgasreinigungsvorrichtung“ von 2005<sup>327</sup> argumentierte der BGH, die Herstellung geeigneter Mittel werde als solche nicht von § 10 PatG erfasst, da Dritte anderenfalls daran gehindert würden, Mittel zur Benutzung außerhalb des Geltungsbereichs des Patentgesetzes zu liefern.<sup>328</sup> Man kann entgegenhalten, dass durchaus eine Regelung denkbar ist, die nur die Produktion solcher Mittel verbietet, die innerhalb Deutschlands patentverletzend eingesetzt werden sollen. Im Übrigen scheint es unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber die Tathandlungen in § 10 Abs. 1 PatG allein im Hinblick auf Exportsachverhalte begrenzen wollte. Vielmehr erreichen nach seiner Einschätzung Produktion, Import oder Besitz nicht den Grad vertypter Gefährlichkeit, der die Aufnahme in einen Gefährdungstatbestand rechtfertigen würde.<sup>329</sup>

Der Grund dafür, dass § 10 Abs. 1 PatG nur die Vorfeldhandlungen des Anbietens und Lieferns erfasst, ist der Charakter der Vorschrift als

Begegnungsdelikt. Begegnungstatbestände werden erfüllt durch das Zusammenwirken mehrerer Personen, die nicht Täter und Teilnehmer gemäß §§ 25 ff. StGB oder gemäß § 830 BGB sind.<sup>330</sup> In diesem Sinne wirken Lieferant und Abnehmer aus entgegengesetzten Richtungen auf die Verletzung des Patentrechts hin.<sup>331</sup> Der Abnehmer ist „notwendiger Teilnehmer“ an der Patentgefährdung, denn seine Mitwirkung ist erforderlich, ohne dass er selbst Adressat der Verbotsnorm wäre.<sup>332</sup> Nach der Wertung des Gesetzgebers verdichtet sich die Gefährdung des Patents hinreichend erst mit der Begegnung zwischen Lieferant und Abnehmer, nämlich im Zeitpunkt des Angebots oder der Lieferung. Die Produktion des gefährlichen Mittels setzt dagegen keine Begegnung voraus und ist der Patentverletzung nach Ansicht des Gesetzgebers zu weit vorgelagert, als dass sie in den Gefährdungstatbestand des § 10 Abs. 1 PatG aufgenommen werden müsste.

#### 4. Subjektiver Tatbestand

§ 10 Abs. 1 PatG enthält an mehreren Stellen subjektive Merkmale.<sup>333</sup> Zunächst muss die objektive Eignung der Mittel zur patentverletzenden Verwendung vom Vorsatz des Lieferanten oder Anbietenden erfasst sein. Die Variante der Offensichtlichkeit enthält nach Vorstellung des Gesetzgebers eine Beweiserleichterung.<sup>334</sup> Zweitens muss das Mittel zur patentverletzenden Verwendung bestimmt sein. Die herrschende Meinung fordert hier eine entsprechende Verwendungsabsicht des Abnehmers oder Angebotsempfängers. Drittens muss der Lieferant die Verwendungsabsicht des Abnehmers kennen oder sie muss offensichtlich sein. Schließlich fragt sich, ob die Voraussetzung, dass die Mittel zur Benutzung der Erfindung im Geltungsbereich dieses Gesetzes geliefert werden, ein weiteres subjektives Element enthält.

##### a. Mittel, die zur Benutzung der Erfindung bestimmt sind

##### aa. Handlungswille des Abnehmers

Der Tatbestand von § 10 Abs. 1 PatG ist nur erfüllt, wenn der Lieferant weiß oder es offensichtlich ist, dass die Mittel zur Benutzung der

Erfindung bestimmt sind. Der Lieferant kann die Bestimmung des Mittels nur kennen, wenn das Mittel tatsächlich zur Erfindungsbenutzung bestimmt ist.<sup>335</sup> Die subjektive Voraussetzung der Kenntnis beinhaltet daher unausgesprochen ein weiteres Tatbestandsmerkmal. In Folge mehrerer höchstrichterlicher Entscheidungen seit 2001 hat sich eine ständige Rechtsprechung entwickelt, wonach die Bestimmung zur Erfindungsbenutzung einen Handlungswillen des *Belieferten* voraussetzt;<sup>336</sup> die herrschende Lehre hat sich dem angeschlossen.<sup>337</sup> Alternativ könnte man fordern, dass die Mittel vom *Lieferanten* zur Benutzung der Erfindung bestimmt sind,<sup>338</sup> oder gar objektiv, dass *das Mittel selbst* eine entsprechende Bestimmung erkennen lässt.<sup>339</sup> C. *Rigamonti* interpretiert die Rechtsprechung derart, dass sich die Bestimmung der Mittel sowohl aus Umständen in der Sphäre des Abnehmers als auch aus Umständen in der Sphäre des Lieferanten oder von Dritten oder aus objektiven Umständen ergeben kann.<sup>340</sup> Für die herrschende Meinung spricht, dass allein der Abnehmer die Verfügungsgewalt über die Mittel hat. Nur er kann über ihre weitere Verwendung entscheiden. Im Übrigen wäre § 10 Abs. 1 PatG nach der Auffassung, die eine Bestimmung durch den Lieferanten zulässt, in sich widersprüchlich. Der Lieferant muss Kenntnis von der Bestimmung haben. Um einem Gegenstand eine Bestimmung zu verleihen, ist jedoch bereits ein finaler Willensakt erforderlich, in subjektiver Hinsicht also mehr als bloße Kenntnis.<sup>341</sup> Und wie sollte der Lieferant, der dem Mittel eine Bestimmung gegeben hat, hiervon keine Kenntnis haben?

Missverständlich ist die Formulierung bei R. *König*, wonach die Bestimmung zur Erfindungsbenutzung als ein weiteres objektives Tatbestandsmerkmal neben die Eignung tritt.<sup>342</sup> R.*König* will damit zum Ausdruck bringen, dass der Abnehmer tatsächlich eine entsprechende Verwendungsabsicht gefasst haben muss, es also nicht genügt, wenn der Lieferant irrig an eine Verwendungsabsicht glaubt (kein untauglicher Versuch). Das macht die Bestimmung aber nicht zu einem objektiven, sondern zu einem subjektiven Merkmal, das in einer anderen Person als der des Handelnden verwirklicht sein muss.<sup>343</sup> Auch G. *Rauh* hält die Bestimmung zur Erfindungsbenutzung für ein objektives Tatbestandsmerkmal, das zwar vom Willen des Abnehmers abhängt, aber im Rahmen des § 10 Abs. 1 PatG eine objektiv zu bestimmende Tatsache

sei.<sup>344</sup> Seiner Abgrenzung von objektiven und subjektiven Merkmalen liegt anscheinend die nicht näher begründete Annahme zu Grunde, subjektiv sei ein Tatbestandsmerkmal nur, wenn es in der Person des Normadressaten (bei § 10 Abs. 1 PatG: des Lieferanten) erfüllt sein müsse.

bb. Zusätzliche Ebene des Vorfeldschutzes: Patentgefährdung, wenn die Mittel noch nicht zur Erfindungsbenutzung bestimmt sind?

Wie ist die rechtliche Lage zu beurteilen, wenn der Abnehmer zum Zeitpunkt der Vorfeldhandlung, also des Angebots oder der Lieferung, noch keine entsprechende Verwendungsabsicht gebildet hat oder sich ein entsprechender Handlungswille zumindest nicht nachweisen lässt? Vielfach werden sich über Vorgänge und Pläne in der Sphäre einzelner Abnehmer keine endgültigen Feststellungen treffen lassen. Im Falle eines unaufgeforderten Angebots, das ohne Zweifel taugliche Tathandlung ist, wird sich der Angebotsempfänger zum Tatzeitpunkt in der Regel noch gar keine Gedanken über Verwendungsmöglichkeiten der Mittel gemacht haben.<sup>345</sup>

### (1) Reichweite der Beweiserleichterung

Auf den ersten Blick könnte man die Beweiserleichterung der Offensichtlichkeit in § 10 Abs. 1 PatG zu Hilfe nehmen.<sup>346</sup> Bedenken ergeben sich allerdings aus der systematischen Stellung der Beweiserleichterung innerhalb des Tatbestands von § 10 Abs. 1 PatG. Die offensichtliche Eignung und Bestimmung zur Erfindungsbenutzung ist als Alternative zur positiven Kenntnis des Lieferanten hiervon formuliert, bezieht sich also auf subjektive Umstände in der Person des Lieferanten und nicht in der Person des Abnehmers. Man muss zwei Sachverhalte trennen: Einmal kann bewiesen werden, dass der Abnehmer die Mittel erfindungsgemäß benutzen wollte, unklar ist jedoch, ob der Lieferant hiervon wusste. Das andere Mal ist bereits unklar, ob der Abnehmer überhaupt den erforderlichen Handlungswillen hatte. Nur im ersten Fall hilft die Beweiserleichterung ihrem Wortlaut und ihrer systematischen Stellung nach weiter: Es reicht, wenn die tatsächlich gefasste Verwendungsabsicht den Umständen nach offensichtlich war. Der zweite Fall erfüllt dagegen bei streng grammatikalischer Auslegung nicht den

Tatbestand von § 10 Abs. 1 PatG: Die Vorschrift verlangt, dass die Mittel zur Erfindungsbenutzung bestimmt *sind*, und nicht, dass sie es den Umständen nach offensichtlich *sein müssten*.<sup>347</sup> Noch weniger hilft die Beweiserleichterung in Fällen, in denen nachweislich noch kein Entschluss über die Verwendung der Mittel gefasst wurde, so in vielen Fällen des Anbietens.

## (2) Teleologische Auslegung

Trotzdem muss nach Ansicht der Rechtsprechung der Verwendungsentschluss des Abnehmers weder bewiesen noch überhaupt zum Zeitpunkt der Tathandlung (Anbieten oder Liefern) bereits getroffen sein.<sup>348</sup> Im Fall „Haubenstretchautomat“ von 2007 formulierte der Bundesgerichtshof etwa: „Entweder ist dem Dritten bekannt, dass der Abnehmer die Mittel zur patentgemäßen Benutzung bestimmt hat, oder aus der Sicht des Dritten ist bei objektiver Betrachtung nach den Umständen mit hinreichender Sicherheit zu erwarten (ist ‚offensichtlich‘), dass der Abnehmer die angebotenen oder gelieferten Mittel zur patentverletzenden Verwendung bestimmen wird“<sup>349</sup>, Der Vorfeldschutz soll nicht erst eingreifen, wenn die Mittel tatsächlich zur patentgemäßen Benutzung bestimmt sind, sondern bereits, wenn die *Gefahr einer solchen Bestimmung* gegeben ist.<sup>350</sup>

Eine methodisch einwandfreie Begründung dieser Auffassung lässt sich kaum finden. Wenig hilft der Hinweis, für einen Unterlassungsanspruch wegen Patentgefährdung reiche schon nach allgemeinen Regeln Begehungsgefahr, also die drohende Gefährdung oder die Gefahr einer Gefährdung.<sup>351</sup> Damit würde man die Bezugspunkte vermischen. Präzise kritisiert W. Tilmann, das Erfordernis einer Rechtsgefährdung beim Unterlassungsanspruch abstrahiere nur von dem eigenen Handeln des in Betracht kommenden Verletzers (hier: des Patentgefährders), nicht von den übrigen Tatbestandsvoraussetzungen (hier: auf der Seite des Belieferten).<sup>352</sup>

In seiner Entscheidung „Deckenheizung“ von 2006<sup>353</sup> begründete der BGH seine Auffassung maßgeblich mit dem Charakter von § 10 Abs. 1 PatG als Gefährdungstatbestand, der den Rechtsinhaber vor einer

drohenden Verletzung seiner Rechte schützen solle. Man beschneide den Anwendungsbereich der Vorschrift zu stark, wenn man das unaufgeforderte erste Angebot oder alle übrigen Fälle, in denen die Verwendungsabsicht nicht gefasst oder zweifelhaft sei, ausnehme. Man könnte ergänzen: Der Entschluss zur patentgemäßen Verwendung und die Umsetzung dieses Entschlusses liegen sehr nah beieinander. Vorfeldschutz, der erst an die tatsächlich vorhandene Verwendungsabsicht anknüpft, entfernt sich kaum vom Kern des Patentrechts. Will man den Zweck von § 10 Abs. 1 PatG, gefährliche Handlungen von Lieferanten zu untersagen, effektiv zur Geltung bringen, mag es gerechtfertigt sein, auf Seiten des Abnehmers nur die Gefahr, dass er den Willen zur patentgemäßen Verwendung bilden wird, zu fordern. Da bei der extensiven Auslegung von Gefährdungstatbeständen besondere Vorsicht geboten ist, sollte man die Gefahrenschwelle hinreichend hoch ansetzen.

Ein alternatives Konzept schlägt *J. Höhfeld*<sup>354</sup> vor. Er bezweifelt bereits den Ausgangspunkt der herrschenden Meinung, dass die Bestimmung zur patentgemäßen Verwendung einen Handlungswillen des Abnehmers voraussetze. Die Bestimmung könne vielmehr auch durch den Anbieter oder Lieferanten der Mittel getroffen werden, etwa durch entsprechende Empfehlungen in der Werbung oder Gebrauchsanleitung. Im Ergebnis fasst *J. Höhfeld* den Tatbestand von § 10 Abs. 1 PatG enger als die Rechtsprechung. Fälle, in denen weder der Abnehmer einen Verwendungsentschluss gefasst noch der Lieferant eine bestimmte Verwendung empfohlen hat, erfüllen nach seinem Konzept nicht die Voraussetzungen der Patentgefährdung. Nach der Lösung der Rechtsprechung dagegen kann sich die Gefahr, dass der Abnehmer einen Verwendungsentschluss fasst, auch aus der Produktpalette und dem Geschäftskonzept des Abnehmers oder aus der Ausgestaltung des Mittels selbst ergeben. Es erscheint willkürlich, solche Konstellationen aus dem Anwendungsbereich der Patentgefährdung auszugrenzen, da sie eine vergleichbare Gefahrenlage begründen wie Empfehlungen des Lieferanten.

### (3) Patentgefährdung und Verkehrspflichten

Nach der gerade dargelegten, vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung befürworteten extensiven Auslegung erschließt § 10 Abs.

1 PatG eine zusätzliche Ebene des Vorfeldschutzes, wenn die Gefahr besteht, dass der Abnehmer den Entschluss fasst, die erworbenen Mittel patentgemäß zu verwenden. Wann besteht eine solche Gefahr? Der Bundesgerichtshof unterscheidet zwei Fälle: Ist das geeignete Mittel ausschließlich patentgemäß verwendbar (monofinal), kann man regelmäßig davon ausgehen, dass der Abnehmer es zur Benutzung der Erfindung bestimmen wird. Bestehen dagegen andere Verwendungsmöglichkeiten (multifunktional, ambivalent), müssen zusätzliche Umstände darauf hindeuten, dass der Abnehmer gerade den patentgemäßen Einsatz im Auge hat.

Werden Mittel mit doppeltem Verwendungszweck geliefert, muss in hohem Maße vorhersehbar sein, dass der Abnehmer sich zur patentgemäßen Verwendung entschließen wird. Maßgeblich ist zunächst das Verhalten des Lieferanten oder Anbietenden. Empfiehlt er dem Abnehmer die patentgemäße Verwendung des Mittels beispielsweise in seiner Werbung oder in Gebrauchsanleitungen, kann man davon ausgehen, dass der Abnehmer einen der Empfehlung entsprechenden Handlungswillen bilden wird.<sup>355</sup> Nicht ausreichen soll es jedoch, wenn der Lieferant in einer Gebrauchsanleitung sowohl patentgemäße als auch patentfreie Einsatzmöglichkeiten der Mittel erläutert.<sup>356</sup> Einer ausdrücklichen Empfehlung steht es gleich, wenn die Mittel bei Lieferung so eingestellt sind, dass der Abnehmer sie zur legalen Verwendung umstellen müsste, wenn die Einstellung der Mittel also die patentgemäße Verwendung nahelegt.<sup>357</sup> Die Gefahr, dass der Abnehmer sich zur erfindungsgemäßen Verwendung entschließt, wird prozessual wie die Begehungsgefahr im Rahmen eines Unterlassungsanspruchs behandelt: Die Empfehlung des Lieferanten löst die Vermutung einer Wiederholungsgefahr aus, die nur dadurch ausgeräumt werden kann, dass der Lieferant sich strafbewehrt zur künftigen Unterlassung solcher Empfehlungen verpflichtet.<sup>358</sup> Eine spätere Empfehlung, die nur noch patentfreie Verwendungen enthält, kann die Wiederholungsgefahr nicht ausräumen.<sup>359</sup>

Der vorläufige Überblick zeigt, dass sich die Rechtsprechung einer allgemeinen Kategorie bedient: der Verkehrspflichten. Verkehrspflichten konkretisieren das allgemeine deliktsrechtliche Sorgfaltsgebot.<sup>360</sup> Jeder ist

verpflichtet, sein Verhalten und seine eigene Sphäre so in Ordnung zu halten, dass keine Gefahren für Dritte entstehen. Wer eine potentielle Gefahrenquelle schafft, muss begleitende Sicherheitsvorkehrungen zum Schutz fremder Rechte und Rechtsgüter treffen. Haftungsbeschränkende Wirkung entfalten die Verkehrspflichten insbesondere in Fällen mittelbarer Rechtsverletzungen.<sup>361</sup> Hier gilt nach herrschender Meinung die Lehre vom Verhaltensunrecht, wonach der Verletzungserfolg für sich keinen zwingenden Schluss auf die Rechtswidrigkeit der ursächlichen Handlung zulässt, der mittelbare Verletzer vielmehr nur bei Verstoß gegen ein besonderes Verhaltensgebot haftet. Die Patentgefährdung hat mit der mittelbaren Rechtsverletzung gemeinsam, dass der Handelnde nicht unmittelbar in das geschützte Recht eingreift, sondern nur eine entsprechende Gefahr schafft. Das gilt erst recht für die vorgelagerte Ebene, das heißt für den Fall, dass der Lieferant nur die Gefahr begründet, dass sein Abnehmer die Mittel zur patentgemäßen Verwendung bestimmt. Auf diese vorgelagerte Ebene greift der Tatbestand des § 10 Abs. 1 PatG nur über, wenn sich der Lieferant verkehrspflichtwidrig verhält. Zu den haftungsvermeidenden Sicherheitsvorkehrungen zählt es, nicht auf die illegale Verwendungsmöglichkeit hinzuweisen oder gar mit ihr zu werben. Das ungeschriebene Merkmal der Verkehrspflichtverletzung steuert gleichzeitig der extensiven Auslegung des § 10 Abs. 1 PatG in Fällen entgegen, in denen der Abnehmer noch nicht über die Verwendung der Mittel entschieden hat. Die Vorverlagerung des Schutzes wird durch die haftungsbeschränkende Wirkung der Verkehrspflichten kompensiert.

Die Gefahr, dass der Abnehmer den Entschluss zur patentgemäßen Verwendung der Mittel fasst, kann sich auch aus der Produktpalette und dem Geschäftskonzept des Abnehmers ergeben. Um ein Beispiel von *B. Fabry/M. Trimborn*<sup>362</sup> aufzugreifen: Das Mittel A sei sowohl für die patentreie Herstellung von Hautpflegemitteln als auch für die geschützte Herstellung von Haarpflegemitteln geeignet. Der Lieferant empfiehlt seinem Abnehmer lediglich die Verwendung in Hautpflegemitteln, begeht insoweit also keine Verkehrspflichtverletzung. Da der Abnehmer sowohl im Bereich der Haut- als auch der Haarpflege tätig ist, besteht trotzdem die Gefahr, dass er sich entschließen wird, das Mittel in beiden Bereichen einzusetzen. Schließlich kann sich die Gefahr aus der Beschaffenheit des Mittels selbst ergeben, das zwar legal verwendbar sein mag, auf Grund

bestimmter Eigenschaften die patentgemäße Verwendung aber geradezu nahelegt.<sup>363</sup>

b. „...wenn der Dritte weiß oder es auf Grund der Umstände offensichtlich ist...“

Der Lieferant oder Anbietende muss es zumindest für möglich halten, dass die Mittel patentgemäß eingesetzt werden können und der Abnehmer dies auch beabsichtigt (bedingter Vorsatz).<sup>364</sup> Der Vorsatz des Lieferanten muss sich auf den Vorsatz des Abnehmers beziehen. § 10 Abs. 1 PatG enthält eine komplizierte Verschachtelung subjektiver Elemente.<sup>365</sup>

Unkenntnis allein schützt den Lieferanten nicht. Dem Patentinhaber steht die Beweiserleichterung der Offensichtlichkeit zur Verfügung. Hat der Lieferant die Gefahr, dass sich sein Abnehmer zur patentgemäßen Verwendung entschließt, durch seine Werbung oder Empfehlungen in Gebrauchsanleitungen ausgelöst, ist sie für ihn ohne weiteres offensichtlich. Da sich die Verwendungsabsicht des Abnehmers oder die Gefahr, dass er eine solche fassen wird, auch aus der Ausgestaltung des Mittels selbst sowie aus dem Geschäftskonzept des Abnehmers ergeben kann, ist der subjektive Tatbestand ebenso erfüllt, wenn diese objektiven Umstände offensichtlich sind.

Die Variante der Offenkundigkeit zwingt den Lieferanten, sich über naheliegende Gefahren, die von seinem Produkt ausgehen, selbstständig zu informieren.<sup>366</sup> Um das Risiko einer Haftung gemäß § 10 Abs. 1 PatG abzuschätzen, sollte er zum einen die Verwendungsmöglichkeiten seines Produkts prüfen. Zum anderen sollte er einen Überblick über die Tätigkeitsbereiche seiner Kunden haben. Mit Hilfe dieser beiden Informationen kann er beurteilen, ob mit einem Entschluss des Abnehmers zur patentgemäßen Verwendung zu rechnen ist. Liegt die patentgemäße Verwendung nahe, sollte der Lieferant seinen Abnehmer auf die Schutzrechtsslage hinweisen oder ihn gar vertraglich verpflichten, die Mittel nur patentfrei zu verwenden.<sup>367</sup> Eine derartige Verpflichtung kann mit einem Vertragsstrafeversprechen abgesichert werden.

c. „...zur Benutzung der Erfindung im Geltungsbereich dieses Gesetzes...“

§ 10 Abs. 1 PatG verbietet den Vertrieb geeigneter Mittel zur Benutzung der Erfindung im Geltungsbereich des Patentgesetzes. Die Formulierung „zur Benutzung“ könnte auf ein finales Element hindeuten. Man könnte das Merkmal subjektiv derart auslegen, dass der Lieferant mit seiner Lieferung den Zweck verfolgen muss, dass die Mittel patentgemäß verwendet werden.<sup>368</sup> Er müsste dann die Benutzung der Erfindung mit seiner Lieferung beabsichtigen. *A. Keukenschrijver* sieht in dem Merkmal tatsächlich eine „überschießende Innentendenz“, seine Ausführungen beziehen sich in der Folge aber auf die Verwendungsabsicht des Abnehmers.<sup>369</sup> Ebenso betont *M. Nieder*<sup>370</sup> das finale Element und leitet ab, § 10 Abs. 1 PatG könne nur vorsätzlich begangen werden. Leider vermischt auch er die verschiedenen subjektiven Merkmale und macht nicht deutlich, ob lediglich der Abnehmer oder auch der Lieferant die patentgemäße Verwendung der Mittel beabsichtigen muss.

Nach *T. Kühnen*<sup>371</sup> liefert nur derjenige die Mittel „zur Benutzung der Erfindung“, der sie in einer Form liefert, die den Abnehmern die Eignung des Mittels zur patentgemäßen Verwendung ausreichend ersichtlich werden lässt. Durch Sicherungsvorkehrungen (Anleitung nur zum patentfreien Gebrauch, Warnhinweis) könne er verhindern, dass die Lieferung „zur Benutzung der Erfindung“ erfolge. Damit hätte das Merkmal neben den sonstigen subjektiven Merkmalen keine eigenständige Bedeutung. Der Lieferant ist ohnehin verpflichtet, durch geeignete Maßnahmen zu verhindern, dass der Abnehmer die patentverletzenden Einsatzmöglichkeiten der Mittel erkennt und sich zur patentgemäßen Verwendung entschließt. Ähnlich vertritt *R. Kraßer*<sup>372</sup>, dass nach den objektiven Umständen und den erkennbaren Absichten der Beteiligten damit gerechnet werden müsse, dass im Falle der Lieferung der Empfänger die Mittel in patentgemäßer Weise gebraucht. Das sind Gesichtspunkte, die bereits bei der Bestimmung der Mittel und der Kenntnis des Lieferanten von der Bestimmung berücksichtigt werden.

Um Überschneidungen und Widersprüche innerhalb von § 10 Abs. 1 PatG zu verhindern, sollte man dem Merkmal „zur Benutzung der Erfindung“ keinen subjektiven Gehalt beilegen.<sup>373</sup> Die subjektiven Anforderungen an den Lieferanten sind an anderer Stelle geregelt. Würde man die Formulierung gar final verstehen und eine Absicht des Lieferanten fordern,

wären die sonstigen subjektiven Merkmale entbehrlich, die sich mit jedem Vorsatz oder Offensichtlichkeit begnügen. Der Regelungsgehalt des Merkmals liegt in der Lieferung zur Benutzung der Erfindung *im Inland*.<sup>374</sup>

§ 10 Abs. 1 PatG erhält einen doppelten Inlandsbezug, denn nicht nur das Angebot oder die Lieferung der Mittel muss im Inland erfolgen, sondern auch die vom Abnehmer geplante Verwendung. Die Lieferung an einen Abnehmer, der die Mittel ausschließlich im Ausland einsetzen will, ist nicht durch § 10 Abs. 1 PatG verboten. Anders als rein abstrakte Gefährdungstatbestände wie das extensiv ausgelegte Herstellungsverbot gemäß § 9 S. 2 Nr. 1 Var. 1 PatG („Trockenapparat“, S. 48) oder das markenrechtliche Kennzeichnungsverbot gemäß § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG („King Edward“, S. 37) erfasst § 10 Abs. 1 PatG keine Exportsachverhalte.

## 5. Rechtsfolgen

### a. Unterlassungsanspruch

#### aa. Rechtsfolgenlösung

Gemäß § 139 Abs. 1 PatG i.V.m. § 10 Abs. 1 PatG haftet der Patentgefährder bei Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr auf Unterlassung. Nach herrschender Meinung kann jedoch nur der Lieferant solcher Mittel zur uneingeschränkten Unterlassung („Totalverbot“) verurteilt werden, die ausschließlich patentgemäß verwendbar (monofinal) sind.<sup>375</sup> Wer Mittel mit doppeltem Verwendungszweck vertreibt, sei lediglich verpflichtet, durch geeignete Sicherungsmaßnahmen darauf hinzuwirken, dass seine Abnehmer die Mittel patentfrei verwenden.<sup>376</sup>

Indem sie die Unterlassungshaftung des Patentgefährders auf Rechtsfolgenseite beschränkt (Rechtsfolgenlösung), erweckt die herrschende Meinung ein im Zusammenhang mit dem gewohnheitsrechtlichen Verbot der mittelbaren Patentverletzung entwickeltes Konzept im Rahmen des § 10 Abs. 1 PatG zu neuem Leben. Zum Hintergrund: Bereits nach reichsgerichtlicher Rechtsprechung sollte der Lieferant nur haften, soweit seine Waren patentverletzend benutzt

wurden. Im Fall „Saugtrommeln“ von 1931 erläuterte das Reichsgericht: „In solchen Fällen muß der Beklagten, wenn sie Saugtrommeln lediglich zu der erlaubten Benutzungsart liefern will, überlassen werden, durch geeignete Maßnahmen [...] ernstliche Vorsorge dafür zu treffen, daß die Maschinen nicht zu einem in den Schutzzumfang des Klagpatents eingreifenden Verfahren verwendet werden.“<sup>377</sup> Als taugliche Vorsorgemaßnahmen waren anerkannt: ein Hinweis an die Abnehmer, dass bestimmte Verwendungen nur mit Zustimmung der Patentinhaber erfolgen durften (Warnhinweis); die vertragliche Verpflichtung der Abnehmer, patentverletzende Benutzungen zu unterlassen; die Ausbedingung einer Vertragsstrafe für den Fall unberechtigter Benutzung.<sup>378</sup> Während der Warnhinweis nicht schlechthin genügen sollte,<sup>379</sup> wurde dem Lieferanten die Auferlegung von Vertragsstrafen in der Regel nicht zugemutet.<sup>380</sup>

## bb. Einzelne Sicherungsvorkehrungen

### (1) Warnhinweis

Welche Vorsorgemaßnahmen der Anbieter oder Lieferant einer Ware, die sowohl patentverletzend als auch patentfrei verwendet werden kann, zu treffen hat, bestimmt sich nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Maßnahmen einerseits geeignet und ausreichend sein müssten, um Patentverletzungen mit hinreichender Sicherheit zu verhindern, andererseits den Vertrieb der Mittel zum patentfreien Gebrauch nicht in unzumutbarer Weise behindern sollten.<sup>381</sup> Als Sicherungsvorkehrung kommt zunächst ein Hinweis des Lieferanten an den Abnehmer in Betracht, in dem der Lieferant über die Schutzrechtslage informiert und darüber aufklärt, welche Nutzungen des Produktes nur mit Zustimmung des Patentinhabers zulässig sind (Warnhinweis).

Inwiefern der Warnhinweis geeignet ist, rechtsverletzende Nutzungen zu verhindern, ist – auch im Hinblick auf Marken- und Urheberrechte – in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Inzwischen kristallisiert sich eine differenzierende Betrachtung heraus, die einerseits nach der Art des bedrohten Rechts, andererseits nach der Zusammensetzung der

angesprochenen Abnehmerkreise unterscheidet.<sup>382</sup> Je größer und anonym der Abnehmerkreis und je geringer das Entdeckungsrisiko, desto größer die Gefahr, dass die Abnehmer den Warnhinweis ignorieren. Des Weiteren billigt die herrschende Meinung gewerblichen Abnehmern ein ausgeprägteres Unrechtsbewusstsein zu als privaten Endverbrauchern.

Vor diesem Hintergrund akzeptiert der Bundesgerichtshof im Patentrecht den Warnhinweis ganz überwiegend als zumutbare und gleichzeitig hinreichende Sicherheitsvorkehrung.<sup>383</sup> Patentrechtliche Konstellationen zeichneten sich durch einen kleinen Kreis identifizierbarer gewerblicher Abnehmer aus, die mit der Schutzrechtslage ohnehin vertraut und schon im eigenen Interesse regelmäßig bemüht seien, Patentverletzungen zu vermeiden.<sup>384</sup> Gegen die Übung des BGH regt sich Kritik aus zwei Richtungen. *P. Weisse* warnt davor, die Rechtstreue gewerblichen Abnehmer zu überschätzen. Bei erheblichem Wettbewerbsdruck und geringem Entdeckungsrisiko verzichteten sie ungern auf die wirtschaftlichen Vorteile der unerlaubten patentgemäßen Verwendung. Der Warnhinweis erweise sich so als „stumpfes Schwert“.<sup>385</sup> Zum anderen gebe es durchaus Fälle, in denen die patentgefährdenden Mittel an private Endverbraucher vertrieben würden. Zur Erinnerung: Auch wenn von der geschützten Lehre erst im privaten Bereich Gebrauch gemacht wird, haftet der Lieferant gemäß § 10 Abs. 1 PatG (vgl. §§ 10 Abs. 3, 11 Nr. 1 PatG). Hier mag der Warnhinweis den Abnehmer im schlimmsten Fall erstmals über die patentgemäße Verwendungsmöglichkeit aufklären und ihn dadurch ungewollt zur Patentverletzung motivieren.<sup>386</sup> *T. Kühnen* empfiehlt, insbesondere gegenüber privaten Endverbrauchern patentgemäße Verwendungsmöglichkeiten zu verschweigen oder gar aktiv zu leugnen.<sup>387</sup> Ähnlich hat das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung zu den Kaffeefilterpads (S. 22) ausgeführt: „Zur Wahrung der Rechte aus dem Klagepatent muss dann aber sichergestellt werden, dass auch private Endverbraucher diese Pads in einer solchen Größe nicht in S-Kaffeebühgeräten verwenden. Hierzu müssen auf der Verpackungsaufmachung alle Hinweise und sonstigen Gestaltungen unterbleiben, die den angesprochenen Abnehmer auf den Gedanken bringen könnten, die Pads eigneten sich auch für einen Einsatz in S-Geräten.“<sup>388</sup>

Entgegen der Übung des BGH verbietet sich schon innerhalb des Patentrechts eine pauschale Betrachtungsweise. Vielmehr sollte im Einzelfall abgewogen werden, welchen Erfolg der Warnhinweis verspricht. Wichtige Kriterien sind die Anzahl der Abnehmer, das Entdeckungsrisiko, die gewerbliche oder private Nutzung des Produkts sowie die Rechtstreue der Abnehmer, über die es für bestimmte Branchen spezifische Erkenntnisse geben mag. Gegenüber privaten Abnehmern sollte der Warnhinweis in der Regel unterbleiben, da die Erfindung gemäß § 11 Nr. 1 PatG ohnehin zu nicht gewerblichen Zwecken benutzt werden darf, für private Abnehmer mithin kein Anlass besteht, die Zustimmung des Patentinhabers (entgeltlich) einzuholen.

## (2) Rückbau

In einigen Fällen kann der Lieferant die patentverletzende Verwendung seiner Produkte dadurch ausschließen, dass er ihre Beschaffenheit modifiziert. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung hat dem Lieferanten mehrfach derartige Konstruktions- und Rückbaupflichten auferlegt. In seiner Entscheidung „Kaffeefilterpads“ (S. 22) forderte das OLG Düsseldorf den Beklagten auf, die Abmessungen der Pads so abzuändern, dass diese für einen Einsatz in Senseo-Brühsystemen ungeeignet seien, beispielsweise aber legal in Espresso-Siebträgermaschinen eingelegt werden könnten.<sup>389</sup> Im Fall „Rohrschweißverfahren“ von 2004, über den ebenfalls das OLG Düsseldorf entschied,<sup>390</sup> konnten Schweißgeräte erfindungsgemäß dadurch benutzt werden, dass mit Hilfe eingebauter Lesegeräte die für den Schweißvorgang erforderlichen Daten von Identifikationskarten automatisch abgelesen wurden. Die Benutzer hätten das Schweißgerät legal in der Weise verwenden können, dass sie die Daten manuell eingeben. Das Oberlandesgericht mutete dem Lieferanten zu, die Schweißgeräte modifiziert, nämlich ohne Lesegeräte zu vertreiben und dadurch die patentgemäße Verwendung auszuschließen.<sup>391</sup> Im Fall „Wandverkleidung“ des LG Düsseldorf von 2005<sup>392</sup> war eine Kombination aus Paneelementen und zweiflügeligen Befestigungsklammern geschützt. Die Beklagte vertrieb Paneelemente mit zusätzlicher Nut, die hauptsächlich zur Montage mit zweiflügeligen Befestigungsklammern geeignet waren. Das Landgericht begründete das

Vertriebsverbot gemäß § 10 Abs. 1 PatG damit, dass eine Konstruktion der Elemente ohne zusätzliche Nut denkbar sei, die ausschließlich patentfreie Montagemöglichkeiten biete, nämlich mit einflügeligen Befestigungsklammern.<sup>393</sup>

Die Subsumtion von Konstruktions- und Rückbaupflichten unter die Rechtsfolgenlösung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Rechtsprechung in der Sache die Unterlassungshaftung des Lieferanten nicht beschränkt, sondern ein Totalverbot ausspricht.<sup>394</sup> Um seiner Unterlassungspflicht nachzukommen, muss der Lieferant sein Produkt derart umgestalten, dass Patentverletzungen ausgeschlossen sind. Gegenstände, die nach ihrer körperlichen Beschaffenheit nicht (mehr) zur Benutzung der Erfindung geeignet sind, erfüllen jedoch von vornherein nicht den Tatbestand des § 10 Abs. 1 PatG und dürfen unabhängig von einer Haftungsbeschränkung vertrieben werden. Der Lieferant ist dazu gezwungen, aus einem gefährlichen Produkt ein ungefährliches zu machen. Damit unterscheiden sich Konstruktions- und Rückbaupflichten von den sonstigen üblichen Sicherungsvorkehrungen, die den Vertrieb des gefährlichen Produkts nicht ausschließen, sondern als begleitende Maßnahmen verhindern sollen, dass die durch den Vertrieb geschaffene Gefahr in einen Verletzungserfolg umschlägt. Während Warnhinweis und Vertragsstrafeversprechen der *Gefahrvermeidung* dienen, handelt es sich bei den Rückbau- und Konstruktionspflichten um *Erfolgsvermeidungspflichten*. Entsprechend den allgemeinen Unrechtslehren trifft denjenigen, der ein Recht nicht unmittelbar verletzt, sondern nur eine Gefahrenlage schafft, jedoch grundsätzlich keine Erfolgsvermeidungspflicht. Er darf sein gefährliches Verhalten fortsetzen, soweit er geeignete begleitende Sicherungsvorkehrungen trifft.<sup>395</sup> Ebenso wie das offen benannte Totalverbot sollte das als Rückbaupflicht „getarnte“ Totalverbot daher nur ausgesprochen werden, wenn sonstige Sicherungsvorkehrungen keinen Erfolg versprechen, der Patentinhaber in besonderer Weise auf Vorfeldschutz angewiesen ist, zum Beispiel weil er die unmittelbaren Patentverletzungen nicht feststellen könnte, und der Rückbau oder die sonstige Umgestaltung des Produkts keinen erheblichen Mehraufwand für den Lieferanten mit sich bringen.<sup>396</sup> Ein Totalverbot in Form einer Rückbaupflicht mag auch gerechtfertigt sein, wenn der Lieferant selbst das zuvor ausschließlich patentfrei verwendbare Produkt

im Hinblick auf die Erfindung mit zusätzlichen Elementen versehen hat, die außerhalb der Erfindung keine Funktion erfüllen. So im Fall „Wandverkleidung“<sup>397</sup>: Die zusätzliche Nut an den Paneelelementen war im Rahmen der patentfreien Verwendung nicht erforderlich und konnte ohne weiteres weggelassen werden. Der Lieferant hatte kein schützenswertes Interesse, die Paneelelemente gerade in ihrer patentgefährdenden (multifunktionalen) Ausgestaltung zu vertreiben.

### (3) Differenzierende Vorkehrungen

Teile der Literatur<sup>398</sup> schlagen vor, im Unterlassungstenor nach Art der Abnehmer zu differenzieren. Während dem Lieferanten der Vertrieb an einzelne Abnehmer schlechthin untersagt werden könnte, könnte gegenüber anderen Abnehmern ein Vertragsstrafeversprechen oder ein bloßer Warnhinweis genügen. Die besondere Unzuverlässigkeit einzelner Abnehmer könne sich daraus ergeben, dass sie bereits in der Vergangenheit das gefährdete Patent verletzt hätten, oder daraus, dass der Lieferant ihnen gegenüber mit der patentverletzenden Verwendbarkeit seiner Produkte geworben habe. Als Mittelweg zwischen Warnhinweis und Vertragsstrafeversprechen sei schließlich ein besonders nachdrücklicher Hinweis, der auch über eine mögliche Strafbarkeit gemäß § 142 PatG aufkläre, oder aber eine schriftliche Bestätigung des Abnehmers ohne Vertragsstrafeversprechen denkbar.<sup>399</sup>

### cc. Dogmatische Einordnung der Rechtsfolgenlösung

Die Rechtsfolgenlösung überrascht dadurch, dass sie einerseits auf den Unterlassungsanspruch zugeschnitten ist, andererseits vom Schuldner aktive Sicherungsvorkehrungen fordert. Es fragt sich, ob der Schuldner zu diesen Vorkehrungen im Rechtssinne verpflichtet ist oder ob die Rechtsfolgenlösung ihm lediglich eine zusätzliche Handlungsoption eröffnet. Teile der Literatur gingen tatsächlich davon aus, dass das Gericht dem Lieferanten auf Basis eines Unterlassungsanspruchs Handlungspflichten auferlegen konnte, deren Vollstreckung sich nach den §§ 887 f. ZPO richtete.<sup>400</sup> Dem ist entgegenzuhalten: Der Unterlassungsanspruch verleiht seinem Gläubiger nie das Recht, von

einem anderen ein Tun zu verlangen (§ 194 Abs. 1 BGB).<sup>401</sup> Dementsprechend sind auch Urteilstenor und Vollstreckungstitel, die den materiell-rechtlichen Anspruch zusprechen, unmittelbar stets auf ein Unterlassen und nicht auf die Vornahme einer Handlung gerichtet. Die Vollstreckung richtet sich nach § 890 ZPO. Das schließt jedoch nicht aus, dass der Schuldner im Einzelfall seiner Unterlassungspflicht nur nachkommen kann, indem er positive Maßnahmen ergreift. Bezieht sich der Unterlassungsanspruch auf einen fortdauernden Störungszustand, ist der Unterlassungsschuldner verpflichtet, den Zustand aktiv zu beenden.<sup>402</sup>

Gerade der Schuldner erfolgsbezogener Unterlassungspflichten<sup>403</sup> – um solche handelt es sich im Immaterialgüterrecht – kann meist auf unterschiedliche Weise erfüllen. Anders als dem Schuldner einer handlungsbezogenen Unterlassungspflicht ist es ihm nicht lediglich verboten, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, sondern er muss dafür einstehen, dass ein bestimmter Erfolg, nämlich der Eingriff in ein absolutes Recht, nicht eintritt. Hierzu kann er einmal jede eigene potentiell erfolgsverursachende Tätigkeit beenden: der Lieferant patentgefährdender Mittel könnte den Vertrieb ganz einstellen. Alternativ könnte er seine Tätigkeit fortsetzen und durch begleitende positive Maßnahmen sicherstellen, dass die gelieferten Produkte nicht illegal verwendet werden. Er könnte seine Abnehmer über die Rechtslage aufklären in der Hoffnung, dass diese sich aufklärungskonform verhalten. Oder er könnte sie vertraglich zur Unterlassung verpflichten, gegebenenfalls eine Vertragsstrafe ausbedingen. Die Rechtsfolgenlösung verpflichtet den Schuldner nicht zu aktiven Sicherungsvorkehrungen, sie zeigt ihm vielmehr Alternativen zum gänzlichen Abbruch der Vorfeldtätigkeit auf.

Gleichzeitig beschränkt die Rechtsfolgenlösung den Unterlassungsanspruch. Grundsätzlich ist es dem Schuldner überlassen, welche Maßnahmen er ergreift, um seiner Unterlassungsverpflichtung nachzukommen.<sup>404</sup> Als Kehrseite dieser Freiheit trägt der Schuldner jedoch das Risiko, dass sich die gewählte Maßnahme als ungeeignet erweist.<sup>405</sup> Der Lieferant, der seine Lieferung nicht einstellen möchte, müsste nach allgemeinen Grundsätzen das Risiko tragen, dass sich die Abnehmer nicht an seine Warnung halten oder ihrer vertraglichen Verpflichtung zuwider handeln. Erweist sich seine Vorsorgemaßnahme als

wirkungslos, würde er gegen seine Unterlassungspflicht verstoßen und könnte mit Ordnungsmitteln nach § 890 ZPO belegt werden.

Die Rechtsfolgenlösung nimmt ihm dieses Risiko ab. Der Lieferant schuldet weiterhin Unterlassung, muss jedoch für den Eintritt des Unterlassungserfolgs nicht mehr einstehen, wenn er sich für bestimmte, vom Gericht vorgeschlagene Sicherungsmaßnahmen entscheidet. Entgegen allgemeinen Grundsätzen erfüllt der Lieferant den Unterlassungsanspruch durch einen Warnhinweis auch dann, wenn sich die Abnehmer nicht an den Warnhinweis halten. Ihm bleibt auf Grund der Erfolgsbezogenheit seiner Pflicht aber stets die Möglichkeit, effektivere Maßnahmen bis hin zur uneingeschränkten Unterlassung zu ergreifen.<sup>406</sup> Man kann zusammenfassen: Nach der Rechtsfolgenlösung wird der Unterlassungsschuldner nicht zu bestimmten positiven Maßnahmen verpflichtet. Trifft er die vorgeschlagenen Sicherungsvorkehrungen jedoch nicht, fällt das Risiko auf ihn zurück, dass seine Maßnahmen künftige Rechtsverletzungen tatsächlich verhindern. Letztlich entpuppt sich die Rechtsfolgenlösung als ein Anwendungsfall des § 242 BGB.<sup>407</sup> Gegenüber Lieferanten multifunktionaler Gegenstände wäre die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts im Sinne eines Totalverbots rechtsmissbräuchlich.

#### dd. Stellungnahme

Die Rechtsfolgenlösung verursacht Überschneidungen mit dem subjektiven Tatbestand des § 10 Abs. 1 PatG.<sup>408</sup> Ob die Mittel zur Erfindungsbenutzung bestimmt sind und ob diese Bestimmung offensichtlich ist, hängt bereits davon ab, welche Sicherungsvorkehrungen der Lieferant getroffen hat (S. 71 und 73). Inhaltlich decken sich diese Vorkehrungen mit den Maßnahmen, die die Rechtsprechung im Rahmen der Rechtsfolgenlösung fordert, beispielsweise einen Warnhinweis oder ein Vertragsstrafeversprechen. Es droht ein Zirkel: Mit dem Unterlassungstenor werden dem Lieferanten bestimmte Sicherungsvorkehrungen anheimgestellt. Trifft er diese Sicherungsvorkehrungen, entfallen jedoch die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 10 Abs. 1 PatG, so dass sich die Frage nach den Rechtsfolgen an sich nicht stellen dürfte.

Um Widersprüche und Wiederholungen zu vermeiden, sollten die Sicherungsvorkehrungen ausschließlich im Tatbestand des § 10 Abs. 1 PatG berücksichtigt werden (Tatbestandslösung). § 10 Abs. 1 PatG ließe sich auf diese Weise in die allgemeinen Unrechtslehren des zivilen Deliktsrechts einpassen. Für mittelbare Rechtsverletzungen gilt nach herrschender Meinung die Lehre vom Verhaltensunrecht, wonach nicht allein der Verletzungserfolg, sondern der Verstoß gegen ein besonderes Verhaltensgebot die Rechtswidrigkeit des (mittelbar) ursächlichen Verhaltens begründet.<sup>409</sup> Neben geschriebenen Verhaltensgeboten gibt es ungeschriebene Verkehrspflichten. Hier ließen sich auch die Sicherungsvorkehrungen, die die Rechtsprechung dem Patentgefährder sowohl auf Tatbestandsseite als auch im Rahmen der Rechtsfolgenlösung abfordert, einordnen. Hinweispflichten, Gefahrkontrollpflichten und Konstruktionspflichten finden sich in allen Bereich der Haftung für gefährliche Produkte (Produkthaftung).<sup>410</sup> Man sollte den Gleichlauf von besonderem Patentrecht und allgemeinem Deliktsrecht konsequent zu Ende führen und die Verkehrspflichtverletzung einheitlich zum Tatbestandsmerkmal erheben, anstatt sie mit Hilfe des § 242 BGB teilweise (oder zusätzlich) auf Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen. Trifft der Lieferant geeignete Sicherungsvorkehrungen, sind die Mittel nicht (offensichtlich) zur Erfindungsbenutzung bestimmt. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Unterlassungsanspruchs sind dann nicht erfüllt. Unterbleiben geeignete Sicherungsvorkehrungen, sind die Mittel offensichtlich zur Erfindungsbenutzung bestimmt. Der Rechtsinhaber hat dann einen uneingeschränkten Unterlassungsanspruch.

Probleme wirft die Tatbestandslösung allein in Fällen auf, in denen der Abnehmer bereits im Zeitpunkt der Lieferung oder des Angebots die (endgültige) Absicht hatte, in das Patentrecht einzugreifen, und der Lieferant das wusste. Der Tatbestand des § 10 Abs. 1 PatG lässt hier keinen Raum, etwaige Sicherungsvorkehrungen zu Gunsten des Patentgefährders zu berücksichtigen. Auf Grundlage der Rechtsfolgenlösung bereitet es konstruktiv keine Schwierigkeiten, den Unterlassungsanspruch trotzdem zu beschränken. Dagegen lässt die Tatbestandslösung nur ein Totalverbot zu, obwohl andere Abnehmer zur patentfreien Verwendung der Mittel bereit wären. Um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, könnte man den Tatbestand des § 10 Abs. 1 PatG um ein

ungeschriebenes Merkmal der Verkehrspflichtverletzung ergänzen und in diesem Zusammenhang abgestufte Sicherungsvorkehrungen gegenüber verschiedenen Abnehmern fordern, bis hin zu einem Totalverbot gegenüber Abnehmern, die sich endgültig zur patentverletzenden Verwendung entschlossen haben.

#### ee. Sonderfall: Verkehrspflichten bei privatem Endverbraucher

Die Verkehrspflichten können ihre haftungsbegrenzende Funktion im Rahmen des § 10 Abs. 1 PatG – sei es auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenreite – nicht entfalten, wenn keine Sicherungsvorkehrungen denkbar sind, die den Abnehmer von der patentgemäßen Verwendung abhalten. Zur Wahl steht dann entweder ein Totalverbot, dem auch der Vertrieb an rechtstreue Abnehmer zum Opfer fallen würde, oder man müsste den Vertrieb uneingeschränkt gestatten und einzelne Eingriffe in das Patentrecht dulden. Illustriert sei die Konstellation durch zwei Entscheidungen des LG und OLG Düsseldorf.<sup>411</sup> Jeweils ging es um den Vertrieb von Einzelteilen einer Kombination an private Endverbraucher. Zur Erinnerung: Gemäß § 11 Nr. 1 PatG darf die Erfindung zu privaten Zwecken benutzt werden. Trotzdem kann der Patentinhaber die Lieferung an Private untersagen (§ 10 Abs. 3 PatG).

Im Fall „WC-Körbchen II“, über den das LG Düsseldorf 1999 zu entscheiden hatte,<sup>412</sup> stritten sich die Parteien über die Zulässigkeit des Vertriebs bestimmter Nachfüllfläschchen, mit denen die privaten Abnehmer patentierte WC-Körbchen befüllen konnten. Im Fall der Senseo-Kaffeefilterpads (S. 22) setzten erst die privaten Endverbraucher die geschützte Baueinheit (Kombination) zusammen, indem sie die Kaffeepads in den Träger legten. Für die Lieferanten von Nachfüllfläschchen und Kaffeepads stellte sich die Frage: Mit welchen Sicherungsvorkehrungen kann man private Endverbraucher von der patentgemäßen Verwendung der gelieferten Gegenstände abhalten, zu der sie gemäß § 11 Nr. 1 PatG eigentlich berechtigt sind?

Ein Warnhinweis wird gegenüber privaten Benutzern kaum Wirkung entfalten.<sup>413</sup> Grundsätzlich kann der Abnehmer geeigneter Mittel einen Warnhinweis auf unterschiedliche Art befolgen: Er kann sich vom

Patentinhaber eine Lizenz für die unmittelbare Benutzung einräumen lassen. Privaten Abnehmern ist das schon rechtlich nicht möglich, da ihnen bereits ohne Lizenz die Benutzung gestattet ist (§ 11 Nr. 1 PatG). Im Übrigen werden sie kaum bereit sein, eine Lizenzgebühr für Maßnahmen zu entrichten, zu denen sie das Gesetz unentgeltlich berechtigt. Zweitens können potentielle Abnehmer den Erwerb des Mittels mit Rücksicht auf die Schutzrechtslage unterlassen. Auch diese Reaktion kann man von privaten Abnehmern nicht erwarten, da sie mit der geplanten Verwendung nicht in fremde Rechte eingreifen. Schließlich kann sich der Abnehmer in Reaktion auf den Warnhinweis zur patentfreien Verwendung der Mittel entschließen, wenn eine solche Verwendung sinnvoll für ihn ist. Abnehmer, die bereits in Besitz eines geschützten Hauptgeräts (Senseo-Brühgerät, geschütztes WC-Körbchen) sind, werden sich nicht dazu entschließen, ein anderes Gerät zuzukaufen, um die erworbenen Austauschteile patentfrei einzusetzen.

Anstatt den Abnehmer lediglich auf die Schutzrechtslage hinzuweisen, könnte der Lieferant ihn vertraglich dazu verpflichten, die Mittel ausschließlich patentfrei zu verwenden. LG und OLG Düsseldorf gingen davon aus, dass private Abnehmer durch die vertragliche Verpflichtung nicht von Benutzungshandlungen abgehalten werden können, zu denen sie gemäß § 11 Nr. 1 PatG berechtigt sind.<sup>414</sup> Man könnte die vertragliche Unterlassungsverpflichtung jedoch derart formulieren, dass der private Abnehmer nicht die *Verletzung* des Patentrechts, sondern die *Benutzung* der Erfindung, das heißt die Lösung des technischen Problems nach der Lehre der Patentschrift unterlassen soll.<sup>415</sup> Beim Verstoß gegen eine entsprechende Unterlassungspflicht würde er zwar nicht deliktsrechtlich gemäß § 139 PatG, jedoch vertragsrechtlich gemäß § 280 Abs. 1 BGB haften.

Allerdings ist es dem Lieferanten in der Regel nicht zumutbar, seine Abnehmer vertraglich zu verpflichten, die Mittel ausschließlich patentfrei zu verwenden. Insbesondere private Abnehmer werden sich kaum auf die Unterlassungsverpflichtung einlassen, da sie auf ein Verhalten verzichten müssten, das ihnen das Gesetz ausdrücklich erlaubt. Stattdessen werden sie auf Austauschteile anderer Anbieter, beispielsweise des Patentinhabers, zurückgreifen. Wer hauptsächlich an Privatleute liefert, riskiert mit der

vertraglichen Unterlassungsverpflichtung seinen gesamten Kundenstamm. Die Verkehrspflicht käme einem uneingeschränkten Vertriebsverbot gleich. Zudem ließe sich an der Effektivität der Maßnahme zweifeln. Für den privaten Abnehmer besteht praktisch kein Entdeckungsrisiko, da der Lieferant oder der Patentinhaber kaum nach Art der GEZ private Haushalte daraufhin kontrollieren wird, welche Kaffeebrühgeräte und WC-Körbchen zum Einsatz gelangen (und dies wohl auch nicht dürfte).<sup>416</sup>

Das OLG Düsseldorf schlug dem Lieferanten der Kaffeefilterpads vor, die Abmessungen der Pads so zu verändern, dass sie nicht mehr in die Träger von Senseo-Geräten, weiterhin aber patentfrei in Espresso-Siebträgermaschinen eingelegt werden könnten.<sup>417</sup> Die modifizierten Pads wären nicht mehr zur Benutzung der Erfindung geeignet und damit nicht mehr taugliches Tatobjekt des § 10 Abs. 1 PatG. Das OLG Düsseldorf belegte den Lieferanten daher mit einem „getarnten“ Totalverbot (vgl. S. 77) und wies ihn lediglich auf die Möglichkeit hin, durch ein alternatives Geschäftsmodell die Folgen der unbeschränkten Haftung zu kompensieren.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass keine zumutbaren Sicherungsvorkehrungen denkbar sind, die den privaten Abnehmer davon abhalten könnten, die Mittel patentgemäß zu verwenden. Man kann den Vertrieb geeigneter Mittel nur ganz oder gar nicht verbieten. Das LG Düsseldorf entschied sich im Fall „WC-Körbchen II“ zu Gunsten des Lieferanten: „Entgegen der Ansicht der Antragstellerin lässt sich aus der im Streitfall fehlenden Eignung der vorbezeichneten Maßnahmen zur wirksamen Verhinderung einer Patentverletzung durch den Abnehmer nicht folgern, daß dem als Verletzer in Anspruch genommenen der weitere Vertrieb des sowohl im Rahmen der Erfindung als auch patentfrei verwendbaren angegriffenen Gegenstandes uneingeschränkt zu untersagen ist. Das würde dem Umstand nicht gerecht, daß solche Gegenstände nur in eingeschränktem, nämlich durch § 10 Absätze 1 und 2 vorgegebenem Umfang von den Schutzwirkungen eines Patentbesitzes erfaßt werden und ein generelles Verbot der gewerblichen Nutzung solcher Gegenstände auch deren patentfreien gewerblichen Gebrauch ausschliesse. Ein derart weitreichender Schutzzumfang läßt sich indessen mit dem Rechtsinstitut der mittelbaren Patentverletzung nicht begründen.“<sup>418</sup> Das OLG Düsseldorf entschied sich im Senseo-Fall zu Gunsten des Patentinhabers, indem es

den Lieferanten mit einem „getarnten“ Totalverbot belegte.

Im Ergebnis ist beiden Entscheidungen zuzustimmen. Versagen die Verkehrspflichten als haftungsbeschränkende Kriterien, muss im Wege der Abwägung ermittelt werden, ob der Vertrieb ganz oder gar nicht zu untersagen ist. Im Zweifel überwiegt das Interesse des Lieferanten, den als Rechtsgefährder keine Erfolgs-, sondern lediglich eine Gefahrvermeidungspflicht trifft. Etwas anderes gilt, wenn der Lieferant durch einfache Modifikationen die patentgemäße Verwendung technisch ausschließen kann und der Patentinhaber unmittelbare Eingriffe in sein Recht nicht kontrollieren könnte. Gegenüber privaten Endverbrauchern kann der Patentinhaber seine Rechte schon wegen § 11 Nr. 1 PatG nicht geltend machen. Er ist in besonderer Weise auf Vorfeldschutz angewiesen. Daher konnte das OLG Düsseldorf den Lieferanten auf die (zumutbare) Umgestaltung der Kaffeepads verweisen. Dagegen ließen sich die Nachfüllfläschchen im Fall „WC-Körbchen“ nicht modifizieren, so dass das LG Düsseldorf trotz des hohen Schutzinteresses des Patentinhabers den Vertrieb unbeschränkt zulassen konnte.

#### b. Schadensersatzanspruch

Gemäß § 139 Abs. 2 PatG ist der Patentgefährder bei Verschulden schadensersatzpflichtig. Umstritten in Rechtsprechung und Literatur ist der Umfang des Schadensersatzanspruchs. Im Ausgangspunkt (§ 249 BGB) gilt ein natürlicher Schadensbegriff, der jede Vermögenseinbuße erfasst, die infolge des schädigenden Ereignisses eingetreten ist.<sup>419</sup> Mit ihm korrespondiert die Differenzhypothese, wonach der Schaden durch einen Vergleich des tatsächlichen Vermögensstandes mit dem hypothetischen Vermögensstand ohne das schädigende Ereignis zu bestimmen ist.<sup>420</sup> Dementsprechend kann der Patentinhaber vom Patentgefährder Ersatz für alle Schäden verlangen, die ihm dadurch entstanden sind, dass Abnehmer mit Hilfe der gelieferten Mittel unmittelbar in sein Recht eingegriffen haben (realer Zustand).<sup>421</sup> Hätte der Patentgefährder die Mittel nicht geliefert (hypothetischer Zustand), wären die unmittelbaren Eingriffe unterblieben. Um seinen Schadensersatzanspruch dem Grunde nach feststellen zu lassen, muss der Patentinhaber mindestens einen unmittelbaren Eingriff nachweisen oder darlegen, dass mit hinreichender

Wahrscheinlichkeit unmittelbar in sein Recht eingegriffen wurde.<sup>422</sup> Zur Schadensberechnung stehen dem Patentinhaber drei Methoden zur Verfügung: Er kann den Ersatz des konkreten Schadens gemäß §§ 249 ff. BGB einschließlich entgangenen Gewinns (§ 252 BGB), eine fiktive Lizenzgebühr (§ 139 Abs. 2 S. 3 PatG) oder Herausgabe des durch die widerrechtliche Benutzung erzielten Gewinns (§ 139 Abs. 2 S. 2 PatG) verlangen.<sup>423</sup>

Teilweise wird vertreten, der Patentgefährder sei bereits schadensersatzpflichtig, bevor es zu einem unmittelbaren Eingriff komme.<sup>424</sup> § 10 Abs. 1 PatG sei eine Rechtszuweisungsnorm und erweitere die Ausschließlichkeitsrechte des Patentinhabers. Wer geeignete Mittel entgegen § 10 Abs. 1 PatG liefere, usurpiere eine fremde Rechtsposition. Der Patentinhaber könne für die Gestattung von Lieferungen, die den Tatbestand von § 10 Abs. 1 PatG erfüllten, eine Vergütung verlangen (hypothetischer Zustand). Bei unbefugter Lieferung erleide er einen Schaden in Form des Verlustes solcher Vergütungen (realer Zustand). Einige Autoren<sup>425</sup> lassen die Frage nach dem Zuweisungsgehalt des § 10 Abs. 1 PatG offen und argumentieren, schon aus dem Charakter des § 10 Abs. 1 PatG als Gefährdungsdelikt folge, dass etwaige unmittelbare Patentverletzungen bei der Berechnung des Schadensersatzes außer Betracht bleiben müssten. Der Patentinhaber könne den Gewinn des Lieferanten aus dem Vertrieb der gefährlichen Mittel abschöpfen, auch wenn Teile seiner Kundschaft die Mittel patentfrei verwendet hätten.

*R. Kraßer*<sup>426</sup> wendet ein, indem der Patentinhaber Lieferungen im Sinne von § 10 Abs. 1 PatG gestatte, erlaube er auch die nachfolgende unmittelbare Benutzung seiner Erfindung. Schließlich gestatte er die Lieferung „zur Benutzung der Erfindung“. Dadurch entfalle die Möglichkeit, von den unmittelbaren Benutzern Lizenzgebühren zu verlangen, was bei der Schadensberechnung als Aspekt des hypothetischen Vermögenszustands zu berücksichtigen sei. Nur wenn der Patentgefährder an Personen gemäß § 11 Nr. 1-3 PatG liefere (§ 10 Abs. 3 PatG), könne man sagen, durch nicht gestattete Lieferungen entgingen dem Patentinhaber Lizenzgebühren.

Unabhängig davon, welche Gesichtspunkte man bei der Bestimmung des

hypothetischen Vermögenszustands berücksichtigen sollte, sind Schadensersatzansprüche gegen den Patentgefährder vor einer unmittelbaren Erfindungsbenutzung grundlegenden Bedenken ausgesetzt. Als „wertneutrale Rechenoperation“<sup>427</sup> kann die Differenzhypothese nur Ausgangspunkt der Schadensberechnung sein und muss gegebenenfalls normativ korrigiert werden. Nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm dienen gesetzliche Haftungsnormen und die hinter ihnen stehenden Verhaltenspflichten dem Schutz bestimmter Interessen.<sup>428</sup> Wer rechtswidrig handelt, muss nicht für alle Folgen seines Verhaltens einstehen, sondern nur für diejenigen, zu deren Verhütung die verletzte Norm und Verhaltenspflicht bestimmt ist. Der Umfang der Schadensersatzpflicht des Patentgefährders richtet sich also maßgeblich nach dem Schutzzweck von § 10 Abs. 1 PatG. Wie Rechtsprechung und herrschende Lehre zu Recht betonen, schützt § 10 Abs. 1 PatG „den Patentinhaber im Vorfeld drohender Verletzungshandlungen seitens der Belieferten, erweitert den Schutzgegenstand des Klagepatents aber nicht über den im Patentanspruch definierten Gegenstand hinaus, dessen Nutzung nach § 9 PatG ausschließlich dem Patentinhaber zugewiesen ist“.<sup>429</sup> Zwar ist die unmittelbare Patentverletzung nicht Tatbestandsvoraussetzung des einstufigen Gefährdungsdelikts. Der Schutzzweck des § 10 Abs. 1 PatG ist trotzdem allein auf die unmittelbare Rechtsverletzung ausgerichtet, der er im Vorfeld vorbeugen soll. Unterlassungsanspruch und Schadensersatzanspruch fallen vor dem Hintergrund dieses Schutzzwecks auseinander, auch wenn § 139 PatG seinem Wortlaut nach nicht differenziert.<sup>430</sup> Präventiv kann der Patentinhaber dem Lieferanten den Vertrieb gefährlicher Mittel verbieten, ohne dass es darauf ankommt, wie die Abnehmer die Mittel verwenden. Den repressiven Schadensersatzanspruch, der ansetzt, wenn es eigentlich schon „zu spät“ ist, sollte der Rechtsinhaber erst geltend machen können, wenn sich die Gefahr in einem Verletzungserfolg realisiert hat.

### *III. Patentrechtlicher Vorfeldschutz im Arzneimittelbereich*

Die Arzneimittelforschung steht vor einem Dilemma. Einerseits sollten Ärzte aus gesundheitspolitischen Gründen die freie Wahl haben, welche Verfahren und Medikamente sie anwenden. Patentrechte sollten sie bei

dieser Wahl nicht einschränken. Andererseits erfordert die Entwicklung neuer Medikamente viel Zeit und hohe Investitionen. Für pharmazeutische Unternehmen ist die Arzneimittelforschung wirtschaftlich nur vertretbar, wenn durch Patentrechte sichergestellt ist, dass sie ihre Entwicklungen später für eine bestimmte Zeit finanziell ausschließlich ausbeuten können. Der deutsche Gesetzgeber versucht das Dilemma dadurch zu lösen, dass er in § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG die Patentfähigkeit ärztlicher Heilverfahren ausschließt. Erzeugnispatente bleiben dagegen im Arzneimittelbereich möglich. § 3 Abs. 3 und 4 PatG enthalten sogar Neuheitsfiktionen, wenn für bekannte Stoffe eine neue medizinische Verwendbarkeit gefunden wird. Die aktuelle Fassung des Patentgesetzes ist durch die Revision des Europäischen Patentübereinkommens vom 29. November 2000 (EPÜ 2000)<sup>431</sup> motiviert, die zusammen mit den Änderungen des deutschen Patentgesetzes<sup>432</sup> am 13. Dezember 2007 in Kraft trat.

Die besondere Interessen- und Gesetzeslage im Arzneimittelbereich wirkt sich auf den Vorfeldschutz aus. Grundkonstellation sei ein Stoff (Wirkstoff) oder Stoffgemisch (Arzneimittelgemisch), mit dem eine Krankheit behandelt werden kann. Der eigentliche Erfindungsgedanke wird dadurch verwirklicht, dass der Arzt seinen Patienten mit Hilfe des Medikaments behandelt. Vorbereitende Tätigkeiten umfassen neben der Produktion erforderlicher Stoffe die Formulierung und die Konfektionierung des Medikaments, seine Dosierung und seine gebrauchsfertige Verpackung, in der Regel unter Beigabe einer Gebrauchsanleitung und von Hinweisen auf Nebenwirkungen. Sie seien im Einklang mit der herrschenden Terminologie als *augenfälliges* oder *sinnfälliges Herrichten* des Medikaments zusammengefasst. Ebenfalls den vorbereitenden Tätigkeiten zuzuordnen ist die Lieferung der Medikamente an den Anwender, also den Arzt oder das Krankenhaus. Inwieweit der Patentinhaber sich gegen das unbefugte Herrichten und den unbefugten Vertrieb der Medikamente wehren kann, hängt davon ab, in welche Kategorie sein Patent fällt und welche Schutzwirkungen daraus folgen.

## 1. Absoluter Stoffschutz für neue Stoffe und Stoffgemische

### a. Schutzwirkungen

Zum Schutz von Arzneimitteln bieten sich verschiedene Möglichkeiten an:<sup>433</sup> Für neue Stoffe und neue Stoffgemische ist zunächst absoluter Stoffschutz denkbar (§ 9 S. 2 Nr. 1 PatG). Die erfinderische Leistung liegt nicht nur darin, die Eignung eines Stoffs zur Behandlung von Krankheiten gefunden zu haben, sie liegt primär darin, überhaupt einen neuen chemischen Stoff bereitzustellen.<sup>434</sup> Geschützt sind alle Arten der Benutzung des Erzeugnisses gemäß § 9 S. 2 Nr. 1 PatG.<sup>435</sup> Ohne Erlaubnis des Patentinhabers ist es sowohl verboten, den Stoff in seiner Rohform herzustellen, als auch ihn für die ärztliche Behandlung vorzubereiten, das heißt sinnfällig herzurichten. Der Arzt darf den Stoff oder das hergerichtete Medikament ohne Zustimmung des Patentinhabers nicht bei der Behandlung seiner Patienten verwenden, es sei denn, die Verwendung erfüllt einen der Erlaubnistatbestände in § 11 PatG. § 11 Nr. 1 PatG legitimiert den Gebrauch des Medikaments durch den Arzt in der Regel nicht, da er nicht im privaten Bereich erfolgt. Im Einzelfall mag § 11 Nr. 3 PatG erfüllt sein. Dagegen verletzt der Patient selbst das Patentrecht wegen § 11 Nr. 1 PatG durch Einnahme oder Besitz des Medikaments nicht.<sup>436</sup>

## b. Erschöpfung

§ 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG (= § 5 Abs. 2 PatG a.F.), wonach Verfahren zur chirurgischen oder therapeutischen Behandlung des menschlichen oder tierischen Körpers und Diagnostizierverfahren, die am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden, nicht patentierbar sind, steht dem Schutz neuer Wirkstoffe nicht entgegen. Das Patentierverbot gilt nur für Verfahrenspatente. § 2a Abs. 1 Nr. 2 S. 2 PatG stellt klar, dass Erzeugnisse, insbesondere Stoffe oder Stoffgemische zur Anwendung in Heilverfahren schutzfähig bleiben.

Man könnte die gesetzgeberische Differenzierung zwischen Erzeugnis- und Verfahrenspatenten angesichts des Freihaltungsbedürfnisses (S. 29) in Frage stellen: Im Interesse der Volksgesundheit sollte der Arzt nicht nur bei der Wahl des Heilverfahrens, sondern auch bei der Wahl der anzuwendenden Medikamente volle Entscheidungsfreiheit haben. Das Freihaltungsbedürfnis wird bei Erzeugnispatenten jedoch durch den Erschöpfungsgrundsatz<sup>437</sup> befriedigt. Danach wird die Sache, die die

Lehre des Schutzrechts verkörpert, mit der Veräußerung durch den Schutzrechtsinhaber (oder seinen Lizenznehmer) in dem Sinne „gemeinfrei“, dass der Erwerber die Sache in beliebiger Weise benutzen darf. Die Lehre von der Erschöpfung technischer Schutzrechte dient dem ungestörten Warenverkehr und rechtfertigt sich dadurch, dass der Rechtsinhaber beim erstmaligen Inverkehrbringen die Gelegenheit hat, seine Erfindung wirtschaftlich auszubeuten.<sup>438</sup> Entsprechend darf der Arzt ein Medikament, das er zuvor im Einverständnis mit dem Patentinhaber erworben hat, bestimmungsgemäß zur Behandlung verwenden, ohne eine erneute Genehmigung einzuholen. Ihm ist es lediglich verboten, Medikamente zu verwenden, die unter Verletzung des Patentrechts hergestellt, hergerichtet und geliefert wurden.

Anders dagegen bei Verfahrenspatenten: Hier gilt kein Erschöpfungsgrundsatz etwa derart, dass derjenige, der vom Patentinhaber eine ungeschützte Vorrichtung erwirbt, mit Hilfe dieser Vorrichtung das geschützte Verfahren ohne Genehmigung durchführen darf.<sup>439</sup> Oft wird der Patentinhaber mit dem Verkauf der ungeschützten Vorrichtung vertraglich das Recht zur bestimmungsgemäßen Verwendung einräumen, sei es ausdrücklich, sei es konkludent.<sup>440</sup> Das hängt jedoch von der Auslegung des einzelnen Vertrags ab und verleiht dem Abnehmer keine vergleichbar starke Position wie der Erschöpfungsgrundsatz bei Sachpatenten. § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG schließt die Lücke, indem er den Arzt zur Durchführung des Verfahrens unabhängig von Erschöpfung oder Genehmigung berechtigt.

### c. Absoluter Stoffschutz und Vorfeldschutz

Genießt ein Stoff oder Stoffgemisch absoluten Stoffschutz, stellt sich die Frage nach Vorfeldschutz nicht. Das sinnfällige Herrichten zur medizinischen Anwendung ist als Teil des Herstellens und Gebrauchs umfassend von der Schutzwirkung des Patents umfasst (§ 9 S. 2 Nr. 1 PatG). Es liegt nicht im Vorfeld des eigentlichen Eingriffs, da sich der Erfindungsgedanke bereits darin verwirklicht, den Stoff unabhängig von seinen Anwendungsmöglichkeiten bereitzustellen (S. 47). Absoluter Stoffschutz umfasst jegliche Verwendungen des Stoffes, auch solche, die der Erfinder bei Erteilung des Patents selbst noch nicht im Auge hatte.

Damit verhindert er nicht, dass die Entdeckung weiterer (medizinischer) Einsatzmöglichkeiten neu und patentierbar ist. Allerdings sind alle jüngeren Patente, die einen Umgang mit dem Stoff voraussetzen, vom rangälteren Patent abhängig.<sup>441</sup> Ihr Inhaber darf sie nur mit Zustimmung des Inhabers des älteren Patents benutzen.<sup>442</sup>

## 2. Zweckgebundener Stoffschutz bei erster medizinischer Indikation

### a. Schutzwirkungen und Erschöpfung

Wird für einen bekannten Stoff erstmals eine chirurgische oder therapeutische Verwendbarkeit gefunden (erste medizinische Indikation), kommt absoluter Stoffschutz nicht in Betracht. Man denke beispielsweise an die Entdeckung, dass ein Farbstoff auch als Wirkstoff für ein Arzneimittel eingesetzt werden kann,<sup>443</sup> oder an die Verwendung eines Stoffes, der als Mittel zur Förderung des Wachstums von Pflanzen bekannt ist, als Mittel zur Senkung von Blutdruck.<sup>444</sup> Es gilt der Grundsatz, dass die Neuheit eines Erzeugnisses (§ 3 Abs. 1 PatG) nicht allein mit einer bestimmten Anwendung begründet werden kann.<sup>445</sup> Jedoch eröffnet § 3 Abs. 3 PatG in Anlehnung an Art. 54 Abs. 4 EPÜ (Art. 54 Abs. 5 EPÜ a.F.) die Möglichkeit zweckgebundenen Stoffschutzes (nach älterer Terminologie: „Mittelanspruch“<sup>446</sup>). Die Vorschrift fingiert die Neuheit des Stoffes in Bezug auf eine bestimmte Verwendung.<sup>447</sup> Hieran hat sich durch die Angleichung des PatG an das EPÜ 2000 nichts geändert. Die Korrektur in § 3 Abs. 3 PatG war rein redaktioneller Art: Sie aktualisierte den Binnenverweis auf die Vorschrift über ärztliche Heilverfahren.<sup>448</sup>

Die Schutzwirkung des zweckgebundenen Erzeugnispatents richtet sich grundsätzlich nach § 9 S. 2 Nr. 1 PatG. Jedoch sind sämtliche Benutzungen nur verboten, wenn sie zum neuen (medizinischen) Zweck vorgenommen werden.<sup>449</sup> § 9 S. 2 Nr. 1 PatG ist durch die Zweckbindung des Sachanspruchs beschränkt. Verboten ist beispielsweise das Herstellen zum Zweck medizinischer Verwendung. Die Zweckrichtung der Produktion zeigt sich dadurch, dass der Stoff oder das Stoffgemisch konfektioniert, dosiert oder mit einer entsprechenden Gebrauchsanleitung verpackt, mit anderen Worten: sinnfällig hergerichtet wird. Bei

zweckgebundenem Sachschutz decken sich Herstellen und sinnfälliges Herrichten. Zwar könnte sich theoretisch der Bezug des Produktionsvorgangs zur neuen medizinischen Indikation auch aus anderen Umständen als durch die sinnfällige Herrichtung des Stoffes ergeben. In der Praxis dürfte das jedoch die Ausnahme sein.<sup>450</sup>

Ähnlich ist nicht jedes Inverkehrbringen des Stoffes geschützt, sondern nur die Lieferung des hergerichteten Medikaments, da nur sie einen deutlichen Bezug zum Erfindungsgedanken erkennen lässt. Schließlich fällt die Anwendung des hergerichteten Medikaments durch den Arzt in den Schutzbereich des Patents, da mit ihr der neue Zweck unmittelbar verwirklicht wird. § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG steht der Patenterteilung nicht entgegen. Wie der absolute Stoffschutz entstammt der zweckgebundene Stoffschutz der Kategorie der Erzeugnispatente. Allerdings gilt der Erschöpfungsgrundsatz auch für zweckgebundenen Stoffschutz. Ist das hergerichtete Medikament im Einverständnis mit dem Patentinhaber im Verkehr, darf es der Erwerber ohne erneute Genehmigung bestimmungsgemäß zur Behandlung von Krankheiten verwenden. Dem Freihaltungsbedürfnis ist genüge getan.

Die Literatur ist sich uneinig, ob neben dem Gebrauch des hergerichteten Medikaments der Einsatz des nicht hergerichteten Stoffs zur Behandlung in das zweckgebundene Erzeugnispatent eingreift. *R. Kraßer* will den nicht hergerichteten Stoff völlig aus dem Schutzbereich ausgrenzen.<sup>451</sup> Dabei übersieht er, dass sich die Zweckrichtung des Gebrauchs auch aus anderen Umständen als der Herrichtung ergeben kann, insbesondere daraus, dass er zur medizinischen Behandlung eingesetzt wird. Bei der ersten medizinischen Indikation sind praktische Fälle jedoch kaum denkbar. Der Arzt wird nicht auf den Stoff in der Rohform, in der er etwa zur Förderung des Wachstums von Pflanzen eingesetzt wird, zur Herabsetzung des Blutdrucks zurückgreifen können. Vielmehr ist er darauf angewiesen, dass ihm der Wirkstoff als Medikament hergerichtet wird. Relevant wird der Gebrauch von nicht hergerichteten Medikamenten zur erfindungsgemäßen Behandlung erst bei weiteren medizinischen Indikationen.

## b. Zweckgebundener Stoffschutz und Vorfeldschutz

Der zweckgebundene Stoffschutz nach § 3 Abs. 3 PatG ist ein Instrument des Vorfeldschutzes. Anders als bei absolutem Stoffschutz liegt die erfinderische Leistung nicht darin, einen neuen Stoff bereitzustellen, sondern darin, die medizinische Verwendungsmöglichkeit des bekannten Stoffs aufzuzeigen. Über das zweckgebundene Erzeugnispatent wird indirekt eine Verfahrensanweisung geschützt. Erst die medizinische Verwendung des Stoffs verwirklicht den Erfindungsgedanken, der die Erteilung des Patents rechtfertigt.<sup>452</sup> Tätigkeiten, die die medizinische Verwendung lediglich vorbereiten, das sinnfällige Herrichten des Medikaments und seine Lieferung an den Arzt, bewegen sich im Vorfeld des Erfindungsgedankens. Wenn die Erfindung eigentlich in einer Verfahrensanweisung liegt, trotzdem aber ein Erzeugnispatent mit seinen breiteren Schutzwirkungen erteilt wird, dient das dem Vorfeldschutz. Die Neuheitsfiktion in § 3 Abs. 3 PatG erweist sich als spezifisch patentrechtliches Schutzinstrument.

### c. Abhängigkeiten

Ist der Stoff, für den eine erste medizinische Verwendungsmöglichkeit gefunden wird, bereits durch ein absolutes Erzeugnispatent geschützt, steht das zweckgebundene Erzeugnispatent in einem Abhängigkeitsverhältnis.<sup>453</sup> Umstritten ist in der Literatur, ob Patente nach § 3 Abs. 3 PatG jede medizinische Verwendung (also auch eine medizinische Verwendung, die der Entdecker der ersten medizinischen Indikation noch nicht vorausgesehen hatte) oder nur die konkrete im Patentanspruch bezeichnete Verwendung umfassen.<sup>454</sup> Das Europäische Patentamt gewährt sehr weite Ansprüche, etwa „Pyrrolidin-Derivate [...] zur Anwendung als therapeutische Wirkstoffe“.<sup>455</sup> Selbst der Umstand, dass anmeldungsgemäß eine spezifische Anwendung offenbart ist, soll zu keiner Einschränkung des zweckgebundenen Stoffanspruchs auf diese Anwendung zwingen.<sup>456</sup> Die großzügige Praxis des EPA bewegt einige Autoren dazu, den zweckgebundenen Stoffschutz im medizinischen Bereich als gebietsgebunden absolut zu bezeichnen.<sup>457</sup> Nach dieser Ansicht werden nachfolgende Patente über weitere medizinische Indikationen nicht blockiert, die Neuheit weiterer Indikationen nicht ausgeschlossen. Allerdings stehen Patente über weitere Indikationen

ihrerseits in einem (gegebenenfalls mehrfachen) Abhängigkeitsverhältnis.<sup>458</sup> Die Gegenansicht<sup>459</sup> beschränkt den zweckgebundenen Stoffschutz gemäß § 3 Abs. 3 PatG, soweit in den Patentansprüchen konkrete Anwendungsmöglichkeiten offenbart sind. Der Wortlaut von § 3 Abs. 3 PatG und Art. 54 Abs. 4 EPÜ 2000 (= Art. 54 Abs. 5 EPÜ 1973), wonach der (bekannte) Stoff zur Anwendung in *einem* Heilverfahren bestimmt sein muss, ist beiden Positionen zugänglich, je nachdem, ob man das Wort „einem“ als Zahlwort (= einem einzigen) oder als unbestimmten Artikel (= irgendeinem) versteht. Seit Inkrafttreten des EPÜ 2000 und der entsprechenden Anpassung des deutschen Patentgesetzes sprechen jedoch systematische Argumente gegen die Praxis des EPA. § 3 Abs. 4 PatG fingiert die Neuheit von Stoffen oder Stoffgemischen zur *spezifischen* Anwendung in einem Heilverfahren, während § 3 Abs. 3 PatG die Patentierbarkeit bekannter Stoffe zur Anwendung in *einem* Heilverfahren regelt. In den Ansprüchen eines Patents gemäß § 3 Abs. 4 PatG *müssen* daher spezifische Anwendungsmöglichkeiten offenbart werden, in den Ansprüchen eines Patents gemäß § 3 Abs. 3 PatG bleibt dies *optional*. Andererseits sieht man einem Patent, das spezifische Anwendungen offenbart, nicht an, ob es gemäß § 3 Abs. 3 PatG oder gemäß § 3 Abs. 4 PatG erteilt wurde. Um Abgrenzungsschwierigkeiten im Verletzungsverfahren zu vermeiden, sollte man Patente mit spezifischen Anwendungen gleichbehandeln, das heißt auch bei erster medizinischer Indikation ihre Schutzwirkungen auf die spezifische Anwendung beschränken. Wer die erste medizinische Indikation eines Stoffes findet und „gebietsgebunden absoluten“ Stoffschutz gemäß § 3 Abs. 3 PatG genießen möchte, muss die Patentansprüche entsprechend unspezifisch formulieren.

### 3. Schutz der zweiten und weiterer medizinischer Indikationen

#### a. Alte Rechtslage

Weder absoluter noch zweckgebundener Erzeugnisschutz gemäß § 3 Abs. 3 PatG waren bis zum Inkrafttreten des revidierten EPÜ und der Anpassung des deutschen PatG am 13. Dezember 2007 möglich, wenn eine neue medizinische Verwendbarkeit für einen bekannten Stoff

gefunden wurde, der bereits zu (anderen) therapeutischen oder chirurgischen Zwecken eingesetzt wurde (zweite medizinische Indikation). Die Neuheit des Stoffes konnte weder aus allgemeinen Regeln noch aus einer Fiktion hergeleitet werden. Trotzdem war sich die nationale und europäische Praxis darüber einig, dass die zweite Indikation ebenso schutzwürdig wie die erste sei. Oft seien die später gefundenen medizinischen Verwendungsmöglichkeiten die wertvolleren. Zu ihrer Entdeckung sei keine geringere erfinderische Leistung erforderlich als hinsichtlich der ersten Indikation.<sup>460</sup>

Der Bundesgerichtshof und das Europäische Patentamt entwickelten unterschiedliche Lösungen. Seit Inkrafttreten der neuen Art. 54 Abs. 5 EPÜ und § 3 Abs. 4 PatG muss im medizinischen Bereich für neue Patente an sich nicht mehr auf diese Konzepte zurückgegriffen werden. Zumindest das EPA ist jedoch von seiner überkommenen Praxis („Swiss type claims“), der die Neuregelung nicht entgegensteht, bislang nicht abgerückt.<sup>461</sup> Im Übrigen bleiben die alten Konzepte relevant für den außermedizinischen Bereich. Die Praxis wird sich zudem noch jahrzehntelang mit Patenten beschäftigen, die nach alter Rechtslage erteilt wurden (vgl. § 16 PatG). Daher soll der alten Rechtslage weiterhin ein ausführlicher Abschnitt gewidmet werden, zumal er zum Verständnis der aktuellen Rechtslage beitragen wird.

#### aa. Lösung des Bundesgerichtshofs: Verwendungsschutz

Seit seiner grundlegenden Entscheidung „Benzolsulfonylharnstoff“ von 1977<sup>462</sup> gewährte der BGH für neue medizinische Anwendungsmöglichkeiten bekannter Stoffe Verwendungspatente („Verwendung des Stoffes X zur Behandlung der Krankheit Y“), die er als Unterkategorie der Verfahrenspatente einordnete (S. 54).

##### (1) Schutzwirkungen nach allgemeinen Regeln

Gemäß § 9 S. 2 Nr. 2 PatG ist die Anwendung des Verfahrens geschützt. Nach allgemeinen Regeln wendet ein Verfahren an, wer seine wesentlichen Verfahrensschritte, die zu dem verfahrensgemäßen Erfolg führen, durchführt.<sup>463</sup> Geschützt wäre im Fall der neuen medizinischen

Indikation die tatsächliche Behandlung des Patienten mit dem Medikament. Erst der Arzt führt alle wesentlichen Verfahrensschritte durch. Tätigkeiten wie das sinnfällige Herrichten des Medikaments und seine Lieferung bereiten die wesentlichen Verfahrensschritte lediglich vor. Sie sind höchstens Teil des Verfahrens.<sup>464</sup> Bei Verfahrenspatenten, die nicht Verwendungspatente sind (etwa über reine Arbeitsverfahren), grenzt der BGH dementsprechend das bloße Herrichten notwendiger Vorrichtungen aus dem Schutzbereich aus (S. 56).<sup>465</sup>

Der Arzt, der das hergerichtete Medikament vom Berechtigten erwirbt, wäre des Weiteren nicht wegen Erschöpfung des Patentrechts zur Verwendung des Mittels berechtigt. Bei Verfahrenspatenten gilt der Grundsatz, dass der Patentinhaber sein Verbotsrecht nicht dadurch verbraucht, dass er Erzeugnisse in Verkehr bringt, mit deren Hilfe das Verfahren durchgeführt werden kann (S. 88).

Zusammengefasst hätte die Lösung des Gerichtshofs nach den allgemeinen Regeln über Verfahrenspatente drei Probleme aufgeworfen: Erstens hätte sie keinen Vorfeldschutz vermittelt, da das Herrichten des Medikaments als Teilakt des Verfahrens keinen eigenständigen Schutz genossen hätte. Zweitens hätte sie das Freihaltungsbedürfnis im medizinischen Bereich nicht befriedigt, da der Erschöpfungsgrundsatz nicht gegolten hätte. Drittens wäre sie in Konflikt mit § 5 Abs. 2 PatG a.F. geraten, da sie Verfahrenspatente zugelassen hätte, obwohl die Patentierung ärztlicher Heilverfahren ausgeschlossen war. Der Bundesgerichtshof löste die Probleme, indem er einerseits die Schutzwirkungen des Patents modifizierte, andererseits § 5 Abs. 2 PatG a.F. teleologisch reduzierte.

## (2) Modifikation der Schutzwirkungen

In der Entscheidung „Benzolsulfonylharnstoff“ erläuterte der BGH die Schutzwirkungen des Verwendungspatents: „Die Verwendung eines Stoffs zur Bekämpfung einer Krankheit, bei der die Heilwirkung des Stoffs ausgenutzt wird, erfolgt nämlich nicht ausschließlich durch die ärztliche Anwendung oder Verordnung des Medikaments, sondern umfasst regelmäßig auch eine Anzahl von Handlungen, die nicht, wie die ärztliche Tätigkeit, außerhalb des Bereichs der gewerblichen Nutzung liegen, etwa

die Formulierung und die Konfektionierung des Medikaments, seine Dosierung und seine gebrauchsfertige Verpackung. Alle diese der ärztlichen Anwendung vorausgehenden Handlungen werden von dem beantragten Verwendungsanspruch ergriffen.“<sup>466</sup> In der Entscheidung „Sitosterylglykoside“ von 1982 bündelte der Gerichtshof die gewerblichen Tätigkeiten unter dem Oberbegriff des *augenfälligen Herrichtens* eines Arzneimittels.<sup>467</sup> Er wertete also Maßnahmen, die nach den allgemeinen Regeln höchstens Teilakte des Verfahrens waren, zu eigenständigen Benutzungshandlungen auf. Er gestand dem Verwendungsanspruch Schutzwirkungen zu, die dem zweckgebundenen Stoffschutz gleichkamen. Zur Erinnerung: Zweckgebundene Erzeugnispatente erfassen die Formulierung und Konfektionierung des Medikaments als zweckgerichtetes Herstellen (S. 89).

### (3) Teleologische Reduktion von § 5 Abs. 2 PatG a.F.

Vor Inkrafttreten von § 5 Abs. 2 PatG a.F., etwa im Benzolsulfonylharnstoff-Beschluss, sah sich der BGH noch nicht mit dem Verbot, ärztliche Heilverfahren zu patentieren, konfrontiert. Allerdings musste die Erfindung gemäß § 1 Abs. 1 PatG gewerblich anwendbar sein. Dazu genüge, dass sich die Verwendung des Stoffs *auch* im gewerblichen Bereich vollziehe (industrielles Herrichten). Dass es neben der gewerblichen Verwendung nichtgewerbliche Verwendungsmöglichkeiten (Verwendung durch den Arzt) gebe, stehe schon nach allgemeinen Regeln einer Patenterteilung nicht im Wege.<sup>468</sup>

Inwiefern sich die Erteilung von Verwendungspatenten mit § 5 Abs. 2 PatG a.F. vertrug, hing maßgeblich von der systematischen Auslegung der Vorschrift ab: Entweder man verstand sie als *echte Ausnahme* zu § 5 Abs. 1 PatG. Dann wären sämtliche Heilverfahren von der Patentierung ausgeschlossen gewesen, selbst wenn sie nach allgemeinen Regeln (teilweise) im gewerblichen Bereich ausgeführt wurden. Die Fiktion hätte gerade von der Prüfung entbunden, welcher Teil des Verfahrens gewerblich verwertbar war. Oder man verstand § 5 Abs. 2 PatG a.F. als *klarstellende Norm*. Dann wäre ärztlichen Heilverfahren die Patentierung nur verschlossen geblieben, wenn sie bereits nach allgemeinen Regeln ausschließlich in den nichtgewerblichen Bereich fielen. Der BGH

entschied sich für die zweite Variante und konnte so an seine Rechtsprechung vor Inkrafttreten von § 5 Abs. 2 PatG a.F. anknüpfen.<sup>469</sup> Sobald das Medikament industriell hergerichtet werde, werde das Heilverfahren teilweise im gewerblichen Bereich durchgeführt und sei patentierbar.

#### (4) Erschöpfung

In der Entscheidung „Benzolsulfonylharnstoff“ erwähnte der Gerichtshof, dass das Verwendungspatent neben dem Herrichten des Medikaments im industriellen Bereich grundsätzlich auch die Verwendung des hergerichteten Medikaments durch den Arzt verbiete. Dem stand nicht entgegen, dass § 6 PatG 1968 nur die gewerbsmäßige Benutzung untersagte. Nach allgemeiner Ansicht waren die Begriffe der gewerblichen Verwertung in § 1 Abs. 1 PatG 1968 und der gewerbsmäßigen Benutzung in § 6 PatG 1968 unterschiedlich auszulegen.<sup>470</sup> Als gewerblich verwertbar galt eine Erfindung erst, wenn der Erfindungsgegenstand seiner Art nach geeignet war, in einem Gewerbebetrieb hergestellt oder angewendet zu werden.<sup>471</sup> Gewerbsmäßige Benutzung wurde dagegen weit verstanden als jeder Gebrauch, der nicht privat ist.<sup>472</sup> § 11 Nr. 1 PatG bringt das heute deutlicher zum Ausdruck, indem er Handlungen gestattet, die nicht zu gewerblichen Zwecken *und* im privaten Bereich vorgenommen werden. Erfindungen, die ausschließlich von Angehörigen freier Berufe (beispielsweise von Ärzten) verwertet werden, sind nicht patentfähig. Erfindungen, die daneben auch in einem Gewerbebetrieb verwertet werden können, sind patentfähig. Mit ihrer Patentierung sind gleichermaßen die Angehörigen der freien Berufe von ihrer Benutzung ausgeschlossen. Man muss zwischen der Patentfähigkeit einer Erfindung und den Schutzwirkungen eines einmal erteilten Patents trennen.

Bedenken hinsichtlich des Freihaltungsbedürfnisses trat der BGH entgegen, indem er darauf hinwies, dass das Verwendungspatent insoweit nicht stärker in die Entscheidungsfreiheit des Arztes eingreife als das Erzeugnispatent, das dem Arzt ebenso den Gebrauch von Erzeugnissen untersage, die unter Verletzung von Patentrechten hergestellt und vertrieben worden seien.<sup>473</sup> Im Umkehrschluss schien der BGH davon auszugehen, dass der Arzt das Medikament ohne erneute Genehmigung

verwenden dürfe, wenn es nicht unter Verletzung von Patentrechten hergestellt und vertrieben wurde, sich das Verwendungspatent also durch Vertrieb des Medikaments erschöpfe.<sup>474</sup> Erneut wich der Gerichtshof von den allgemeinen Regeln über Verfahrenspatente ab, wonach das Patentrecht nicht durch den Vertrieb notwendiger Vorrichtungen verbraucht wird.

#### (5) Stellungnahme

Die deutsche Rechtsprechung setzte das Verwendungspatent als Instrument des Vorfeldschutzes ein. Wie das zweckgebundene Erzeugnispatent schützt das Verwendungspatent einen bestimmten Umgang mit dem Stoff und nicht den Stoff als solchen. Wer den Stoff sinnfällig herrichtet, verwirklicht den Erfindungsgedanken nicht unmittelbar, sondern bereitet seine Verwirklichung lediglich vor. Die Rechtsprechung erstreckte das Verwendungspatent auf das Vorfeld, indem sie seine Schutzwirkungen modifizierte und statt der allgemeinen Regeln über Verfahrenspatente die Regeln des zweckgebundenen Stoffschutzes anwendete.

Nachdem heute der systematische Zusammenhang zwischen gewerblicher Verwendbarkeit und dem Patentverbot für Heilverfahren beseitigt ist (Art. 53 lit. c EPÜ, § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG), ist der Lösung des BGH die Grundlage entzogen. Man kann das Patentverbot nicht mehr als Konkretisierung der gewerblichen Anwendbarkeit lesen. Ärztliche Heilverfahren dürfen unabhängig davon, ob sie teilweise im gewerblichen Bereich durchgeführt werden, nicht mehr patentiert werden. Allerdings ist der Schutz der zweiten medizinischen Indikation nun in Art. 54 Abs. 5 EPÜ und § 3 Abs. 4 PatG besonders geregelt (S. 98).

#### bb. Lösung des Europäischen Patentamts: Schutz des Herstellungsverfahrens

Die Große Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts hatte 1984 über eine Rechtsfrage zu entscheiden, die ihr die Beschwerdekammer für Chemie im Laufe der Prüfung mehrerer Beschwerden gegen die Zurückweisung europäischer Patentanmeldungen vorgelegt hatte: „Kann

für die Verwendung eines Stoffes oder Stoffgemisches zur therapeutischen Behandlung des menschlichen oder tierischen Körpers ein Patent mit auf die Verwendung gerichteten Patentansprüchen erteilt werden?“<sup>475</sup> Wie der BGH ordnete die Beschwerdekammer Verwendungsansprüche den Verfahrensansprüchen zu. Sie musste daher prüfen, ob sie mit dem Verbot, ärztliche Heilverfahren zu patentieren (Art. 52 Abs. 4 EPÜ 1973, Art. 53 lit. c EPÜ 2000), vereinbar waren.

Abweichend von der deutschen Rechtsprechung verstand die Beschwerdekammer das Verbot als *echte Ausnahme* von Art. 52 Abs. 1 EPÜ. Es schließe die Schutzfähigkeit von Heilverfahren unabhängig davon aus, ob sie nach allgemeinen Regeln gewerblich anwendbar seien.<sup>476</sup> Die Hydroxyridin-Entscheidung des Bundesgerichtshof nahm die Beschwerdekammer zur Kenntnis, wollte sich der teleologischen Reduktion des Patentierverbots jedoch nicht anschließen, da diese zu sehr mit dem Verletzungsrecht (den Schutzwirkungen des Verwendungspatents) verbunden sei, das nicht Regelungsgegenstand des EPÜ sei<sup>477</sup> (Art. 64 Abs. 3 EPÜ). Unter diesen Umständen musste sich das EPA anders als der BGH gegen die Erteilung von Verwendungs- (Verfahrens-) Patenten für medizinische Indikationen bekannter Stoffe aussprechen. Stattdessen gewährte es inspiriert durch eine Rechtsauskunft des schweizerischen Bundesamts für geistiges Eigentum<sup>478</sup> (daher: *Swiss type claim*<sup>479</sup>) Herstellungsverfahrensansprüche: „Verwendung des Stoffes A zur Herstellung eines Arzneimittels zur Bekämpfung der Krankheit X“. Obwohl der eigentliche Erfindungsgedanke in der neuen medizinischen Anwendungsmöglichkeit des Medikaments lag, konzentrierte das EPA den Schutz auf die Herstellung des Medikaments. Die Vorverlagerung räumte Konflikte mit dem Patentierungsverbot nach Art. 52 Abs. 4 EPÜ 1973 aus, denn Herstellungsverfahren sind keinesfalls ärztliche Heilverfahren.

### (1) Schutzwirkungen

Wann ein europäisches Patent verletzt wird, richtet sich nach nationalem Recht (Art. 64 Abs. 3 EPÜ). Lediglich der Schutz unmittelbarer Erzeugnisse eines Verfahrens ist europarechtlich vorgegeben (Art. 64 Abs. 2 EPÜ). Wer das Medikament herstellt, wendet gleichzeitig das Herstellungsverfahren an (§ 9 S. 2 Nr. 2 PatG). Da nicht die Produktion

des Stoffs, sondern die Produktion des Arzneimittels unter Verwendung des Stoffs geschützt ist, muss der Herstellungsvorgang auf die neue Behandlung ausgerichtet sein (zweckgerichtetes Herstellen<sup>480</sup>). Das Verfahren wird also nur angewendet, wenn der Stoff produziert und anschließend zur Behandlung sinnfälliger als Medikament hergerichtet wird. Hier zeigt sich der Unterschied zur deutschen Lösung: Während das sinnfällige Herichten nur ein Teilakt bei der Anwendung des deutschen Verwendungspatents ist, wird es in der europäischen Praxis durch die Vorverlagerung des Patents selbst zum wesentlichen Verfahrensschritt.

## (2) Erschöpfung

Die Behandlung des Patienten mit dem hergerichteten Medikament durch den Arzt ist keine Anwendung des Verfahrens mehr. Das Verfahren ist mit der Produktion und Herrichtung des Mittels durchgeführt. Auf den ersten Blick scheint damit das Freihaltungsbedürfnis befriedigt. Einer Modifikation des Erschöpfungsgrundsatzes, wie er der deutschen Rechtsprechung unausgesprochen zu Grunde lag, bedarf es nicht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das europäische Patent ein Herstellungsverfahren schützt, dessen unmittelbare Erzeugnisse wiederum den breiteren Schutz gemäß Art. 64 Abs. 2 EPÜ, § 9 S. 2 Nr. 3 PatG genießen. Erzeugnis des Herstellungsverfahrens ist das hergerichtete Medikament. Nach allgemeinen Regeln würde es absoluten Schutz genießen.<sup>481</sup> Sein Gebrauch wäre Unbefugten unabhängig vom verfolgten Zweck verboten. Hieraus ergäbe sich zum einen, dass der Arzt bei Verwendung des Medikaments in das Herstellungsverfahrenspatent eingreift, obwohl das Herstellungsverfahren selbst abgeschlossen ist. Darüber hinaus wäre nicht nur der Gebrauch zum neuen medizinischen Zweck untersagt, sondern zu jeglichem Zweck.<sup>482</sup> Dem Arzt wäre es nicht nur verboten, ohne Genehmigung des Patentinhabers das Mittel zu der Behandlung einzusetzen, die im Patentanspruch offenbart ist, sondern auch zu sämtlichen anderen Behandlungen, ja sogar zu nichtmedizinischen Zwecken (soweit sich das hergerichtete Medikament dazu eignet).

Diese Konsequenz wird durch den Erschöpfungsgrundsatz abgemildert, der für Verfahrenserzeugnisse in gleicher Weise gilt wie für Sachpatente:<sup>483</sup> Erwirbt der Arzt das Medikament von einem Berechtigten,

darf er es ohne erneute Genehmigung gebrauchen. Damit hängt jedoch der Gebrauch des Medikaments zu Zwecken, die in keinem Zusammenhang mit der erfinderischen Leistung stehen, weiterhin vom Willen des Patentinhabers ab. Es spricht viel dafür, dass das Europäische Patentamt diese Folge nicht beabsichtigt, auch wenn ausdrückliche Stellungnahmen fehlen. Man sollte daher den Schutz des Verfahrenserzeugnisses im Sinne zweckgebundenen Erzeugnisschutzes beschränken.<sup>484</sup> Der Arzt darf das Medikament zum offenbarten Zweck nur nutzen, wenn er es vom Berechtigten erworben hat (Erschöpfung). Zu sonstigen Zwecken darf er das Arzneimittel dagegen auch dann benutzen, wenn es unbefugt hergestellt, hergerichtet oder geliefert wurde.

### (3) Stellungnahme

Der europäische Ansatz vermeidet Konflikte mit dem Patentierungsverbot für ärztliche Heilverfahren. Dafür bestehen erhebliche Zweifel an der Neuheit des Herstellungsverfahrens. Weder der Stoff oder das hergerichtete Medikament noch das angewandte Verfahren sind für sich (notwendig) neu. Vielmehr wird von einer neuen Verwendungsmöglichkeit des bekannten Arzneimittels auf die Neuheit des Verfahrens zu seiner Herstellung geschlossen. Die Große Beschwerdekammer stellte sich diesen Bedenken, begegnete ihnen aber mit einem Verweis auf Art. 54 Abs. 5 EPÜ 1973 (Art. 54 Abs. 4 EPÜ 2000), der die Neuheit des Stoffs bei erster medizinischer Indikation fingierte. Der Gedanke dieser Vorschrift sei auf die zweite medizinische Indikation zu übertragen.<sup>485</sup> Methodisch bewegt sich die europäische Lösung am Rande der Analogie. Die analoge Anwendung der Neuheitsfiktion verhindert das EPA nur dadurch, dass es mit Hilfe der Fiktion für die zweite Indikation keinen Stoffschutz herleitet, sondern lediglich Verfahrensschutz.<sup>486</sup> Dem widerspricht die ansonsten herrschende Meinung, wonach die Neuheitsfiktion eine nicht analogiefähige Sonderregelung darstellt.<sup>487</sup>

#### b. Aktuelle Rechtslage

Zunächst seien die Änderungen, die das EPÜ 2000 im relevanten

Zusammenhang brachte, zusammengefasst: Das Verbot, ärztliche Heilverfahren zu patentieren, wurde aus dem Kontext der gewerblichen Verwendbarkeit gelöst und zu den Patentverboten aus rechtspolitischen und ethischen Gründen überführt (Art. 53 lit. c EPÜ, § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG).<sup>488</sup> Die Verweise in Art. 54 Abs. 4 und 5 EPÜ und § 3 Abs. 3 und 4 PatG wurden entsprechend angepasst. Zweitens wurde im Anschluss an die Neuheitsfiktion für die erste medizinische Indikation eine Neuheitsfiktion für weitere medizinische Indikationen eingeführt (Art. 54 Abs. 5 EPÜ, § 3 Abs. 4 PatG). Danach ist zweckgebundener Stoffschutz auch möglich, wenn der Stoff bereits als Arzneimittel bekannt ist.<sup>489</sup> Der Neuheit eines Stoffes steht es nicht schon entgegen, dass seine Anwendung in „einem“ Heilverfahren zum Stand der Technik gehört (§ 3 Abs. 3 PatG), sondern erst, dass seine „spezifische Anwendung“ in einem Heilverfahren bekannt ist (§ 3 Abs. 4 PatG).

Für medizinische Indikationen bekannter Stoffe gibt es nun zwei Schutzmöglichkeiten: Bei der ersten medizinischen Indikation kann ein *weites zweckgebundene Erzeugnispatent* nach § 3 Abs. 3 PatG erteilt werden. Dann ist bei allgemeiner Anspruchsformulierung jede medizinische Anwendung geschützt (gebietsbezogener absoluter Stoffschutz, (S. 90)). Alternativ kann bei der ersten medizinischen Indikation und ebenso bei jeder weiteren Indikation ein *enges zweckgebundenes Erzeugnispatent* nach § 3 Abs. 4 PatG erteilt werden. Geschützt ist dann nur die spezifische im Anspruch genannte medizinische Verwendung.

#### 4. Ergänzender Vorfeldschutz gemäß § 10 Abs. 1 PatG

Um Vorfeldschutz gegen die unbefugte Produktion und Herrichtung von Arzneimitteln zu gewähren, hat der Gesetzgeber Neuheitsfiktionen geschaffen und die Rechtsprechung und Behördenpraxis haben die Schutzwirkungen des Patents modifiziert und mit dem Verwendungspatent eine Zwitterkategorie geschaffen, die Merkmale des Verfahrens- und Erzeugnispatents vereint. § 10 Abs. 1 PatG wurde im Arzneimittelbereich selten fruchtbar gemacht. Dabei liegt es nahe, Stoffe oder hergerichtete Medikamente, die zu einer neuen medizinischen Behandlung eingesetzt werden sollen, als „Mittel, die sich auf ein

wesentliches Element der Erfindung beziehen“, einzuordnen. Welche Funktion das Verbot der Patentgefährdung gemäß § 10 Abs. 1 PatG im Arzneimittelschutz erfüllen kann, hängt von der Patentkategorie und den Schutzwirkungen des Patents ab.

#### a. § 10 Abs. 1 PatG und absoluter Stoffschutz

Ist für einen Stoff ein absolutes Erzeugnispatent eingetragen, reichen dem Inhaber in der Regel die Schutzwirkungen nach § 9 S. 2 Nr. 1 PatG. Bereits die Produktion des Stoffs in seiner Rohform, das heißt ohne dass er sinnfällig hergerichtet würde, ist Unbefugten verboten. Der Patentinhaber ist erst auf § 10 Abs. 1 PatG angewiesen, wenn er den Vertrieb von Mitteln untersagen will, mit deren Hilfe der patentierte Stoff hergestellt wird. In diesem frühen Produktionsstadium werden sich die Mittel jedoch selten auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen.

#### b. § 10 Abs. 1 PatG und zweckgebundener Stoffschutz

##### aa. Lieferung des Stoffs zum Herrichten

Zweckgebundener Stoffschutz nach § 3 Abs. 3 und 4 PatG setzt im Gegensatz zu absolutem Stoffschutz nicht bei Produktion und Vertrieb des Stoffs, sondern erst bei dessen Herrichtung zur medizinischen Anwendung (= zweckgerichtetes Herstellen) an. Wer den Stoff an jemanden liefert, der ihn sinnfällig herrichten und damit den Erfindungsgedanken verwirklichen möchte, erfüllt jedoch den Tatbestand der Patentgefährdung gemäß § 10 Abs. 1 PatG. Der nicht hergerichtete Stoff ist ohne Zweifel ein Mittel, das sich auf ein wesentliches Element der Erfindung bezieht. Von der Verwirklichung des Erfindungsgedankens trennt ihn allein die Zweckbindung.

§ 10 Abs. 1 PatG erfasst dagegen nicht die Produktion oder den Export des Stoffs. Wird der Stoff ins Ausland geliefert, ist er nicht dazu bestimmt, im Inland hergerichtet zu werden. Zweckgebundener Stoffschutz bleibt also auch in Kombination mit § 10 Abs. 1 PatG hinter absolutem Stoffschutz zurück.

## bb. Lieferung des Stoffs zur Anwendung

Wandelt man den Fall „Ribavirin“ (S. 22) derart ab, dass A nicht Inhaber eines Verwendungspatents, sondern Inhaber eines zweckgebundenen Erzeugnispatents gemäß § 3 Abs. 4 PatG sei,<sup>490</sup> stellt sich die Frage, ob er den Vertrieb des Medikaments direkt an den Anwender (Arzt) unterbinden kann. Man muss unterscheiden: Weist der Lieferant in der Packungsbeilage auf die von A identifizierte Patientengruppe hin, ist das Medikament hergerichtet. Der Vertrieb ist dann als zweckgerichtetes Inverkehrbringen gemäß § 9 S. 2 Nr. 1 PatG verboten, alternativ gemäß § 10 Abs. 1 PatG als Lieferung eines Mittels, das zum Gebrauch des geschützten Erzeugnisses geeignet und bestimmt ist. Weist der Lieferant dagegen nicht auf die besondere Patientengruppe hin (so das Pharmaunternehmen C), ist das Medikament nicht hergerichtet. Sein Vertrieb lässt keinen Bezug zur neuen Behandlungsmethode erkennen und ist nicht als zweckgerichtetes Inverkehrbringen gemäß § 9 S. 2 Nr. 1 PatG verboten. Kann der Patentinhaber den Vertrieb des nicht hergerichteten Medikaments direkt an den Anwender gemäß § 10 Abs. 1 PatG untersagen?

Das nicht hergerichtete Medikament ist ein Mittel, das sich auf wesentliche Elemente der Erfindung bezieht. Erwirbt der Arzt das Mittel zur Behandlung der besonderen Patientengruppe, ist es von ihm zur patentgemäßen Verwendung bestimmt. Anderer Ansicht ist anscheinend R. Kraßer, der davon ausgeht, dass nach den Regeln über den zweckgebundenen Sachschutz allein die Lieferung zum sinnfälligen Herrichten von § 10 Abs. 1 PatG erfasst sei.<sup>491</sup> Dabei übersieht er, dass die unmittelbare Erfindungsbenutzung bei zweckgebundenem Sachschutz sich nicht im sinnfälligen Herrichten (= zweckgerichtetes *Herstellen*) erschöpft, sondern auch den zweckgerichteten *Gebrauch* des Stoffs umfasst.<sup>492</sup> Daher kann auch der Vertrieb des Medikaments direkt an den Anwender eine Patentgefährdung gemäß § 10 Abs. 1 PatG sein.

Die Haftung des pharmazeutischen Unternehmens C wegen Patentgefährdung erscheint bedenklich, da ihm eine Tätigkeit untersagt wird, die es bis zur Anmeldung des Patents für A ungestört ausüben durfte.<sup>493</sup> M. Brandi-Dohrn<sup>494</sup> schlägt daher eine von der Rechtsprechung abweichende Auslegung des § 10 Abs. 1 PatG vor. Nicht der Abnehmer

müsse das Mittel zur Erfindungsbenutzung bestimmen, sondern der Lieferant. Aus seiner Tätigkeit müsse hervorgehen, dass das Mittel patentgemäß verwendet werden soll. Die Mittel seien insbesondere zur Erfindungsbenutzung bestimmt, wenn der Lieferant sie sinnfällig hergerichtet habe oder zweckgerichtet bewerbe. Nach dieser Ansicht erfüllt die Lieferung nicht hergerichteter Medikamente direkt an den Anwender nicht den Tatbestand von § 10 Abs. 1 PatG. C dürfte seiner Tätigkeit ohne Einschränkung weiter nachgehen.

Eine sachgerechte Lösung lässt sich jedoch auch auf Basis der herrschenden Auslegung des § 10 Abs. 1 PatG finden. Der Lieferant kann verhindern, dass die Mittel zur Erfindungsbenutzung bestimmt werden, indem er Sicherungsvorkehrungen trifft (S. 73). C könnte beispielsweise in der Packungsbeilage darauf hinweisen, dass die von A identifizierte Patientengruppe nur mit dessen Einwilligung behandelt werden darf. Auf diese Weise könnte er den Vertrieb des Medikaments fortsetzen. Selbst wenn C auf den Hinweis verzichtet, haftet er nur, wenn das Medikament offensichtlich zur Erfindungsbenutzung (= Behandlung der besonderen Patientengruppe) bestimmt ist. Man sollte die Prüfungspflichten insoweit nicht zu weit fassen. Erst wenn die neue Behandlungsmethode in Fachkreisen weitgehend bekannt ist, muss der Lieferant offensichtlich damit rechnen, dass seine Medikamente entsprechend verwendet werden, obwohl sie nicht sinnfällig hergerichtet sind, und mit Sicherungsvorkehrungen reagieren.

### c. § 10 Abs. 1 PatG und Verwendungsschutz

Erstreckt man den Schutzbereich des Verwendungspatents mit der Rechtsprechung auf das sinnfällige Herrichten des Medikaments, ergänzt § 10 Abs. 1 PatG den Verwendungsschutz in gleicher Weise wie den zweckgebundenen Sachschutz. Als Patentgefährder haftet, wer den Stoff an jemanden liefert, der ihn herrichten will. Entgegen der herrschenden Meinung<sup>495</sup> haftet ebenso, wer den nicht hergerichteten Stoff direkt an den Anwender liefert.

Einen abweichenden Vorschlag unterbreiten mit Abweichungen im Detail *M. Haedicke*<sup>496</sup> und *T. Bopp*.<sup>497</sup> *M. Haedicke* will die Schutzwirkungen

des Verwendungspatents nach den allgemeinen Regeln über Verfahrenspatente bestimmen und Verwendungsansprüche auf die „eigentliche Anwendung“ des Stoffs oder Verfahrens beschränken. Ausreichenden Vorfeldschutz vermittele § 10 Abs. 1 PatG. Ähnlich versteht *T. Bopp* § 10 Abs. 1 PatG als abschließenden Vorfeldtatbestand, dessen Grenzen nicht durch die richterrechtliche Figur des sinnfälligen Herrichtens unterlaufen werden dürften. Im Vergleich zur Rechtsprechung lassen beide Lösungen zwei Lücken: Das sinnfällige Herrichten an sich kann nicht untersagt werden, da § 10 Abs. 1 PatG erst die Lieferung der Mittel verbietet. Ebenso wenig verbietet § 10 Abs. 1 PatG den Export hergerichteter Medikamente, da sie in diesem Fall nicht zur Erfindungsbenutzung im Inland bestimmt sind.<sup>498</sup>

Dogmatisch haben beide Vorschläge einen entscheidenden Schwachpunkt: Beschränkt man den Schutzbereich des Verwendungspatents auf die eigentliche Behandlung durch den Arzt, kann man die Vereinbarkeit des Verwendungsschutzes mit § 5 Abs. 2 a.F. PatG (= § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG) kaum erklären. Die unmittelbare Benutzung findet ausschließlich im nichtgewerblichen Bereich statt. *M. Haedicke* begegnet diesen Bedenken mit einer einschränkenden Auslegung von § 5 Abs. 2 PatG a.F., der nur „reine“ Verfahrenspatente ausschließe, nicht aber Verwendungspatente. Diese seien vielmehr der Gegen Ausnahme in § 5 Abs. 2 S. 2 PatG a.F. zuzuordnen.<sup>499</sup> Damit betont er die Nähe der Verwendungspatente zum zweckgebundenen Erzeugnisschutz, was seinem ursprünglichen Anliegen widerspricht, Verwendungspatente streng nach den Regeln über Verfahrenspatente zu behandeln.

#### d. § 10 Abs. 1 PatG und Herstellungsverfahrensschutz

Das Herstellungsverfahren wendet unmittelbar an, wer das Medikament herstellt und herrichtet (zweckgerichtetes Herstellen). § 10 Abs. 1 PatG untersagt daher den Vertrieb des nicht hergerichteten Stoffes an Abnehmer, die ihn herrichten wollen. Entgegen der herrschenden Meinung verstößt jedoch auch gegen § 10 Abs. 1 PatG, wer den nicht hergerichteten Stoff direkt an den Anwender liefert und dabei gegen seine Verkehrspflichten verstößt. Ein entsprechender Sachverhalt lag der Original-Entscheidung des LG Düsseldorf „Ribavirin“<sup>500</sup> zu Grunde. Zwar

ist das Herstellungsverfahren selbst mit dem Herrichten des Medikaments abgeschlossen. Indem der Arzt das Medikament verwendet, gebraucht er aber das Verfahrenserzeugnis (§ 9 S. 2 Nr. 3 PatG). Das Medikament ist daher auch von ihm zur Erfindungsbenutzung bestimmt.

#### IV. Zusammenfassung

1. Im Patentrecht steht der besondere Vorfeldschutz gegen gefährliche Produkte im Vordergrund, nämlich gegen den Vertrieb von Einzelteilen einer geschützten Kombination und gegen Verfahrensmittel.

2. Vorfeldschutz gewähren einerseits besondere Gefährungsdelikte.

a) Zahlreiche Vorschläge aus Rechtsprechung und Literatur, bereits einzelne Benutzungsvarianten des § 9 PatG extensiv im Sinne abstrakter Gefährungstatbestände auszulegen, haben sich nicht durchsetzen können. Beispielsweise ist die *Produktion erfindungsfunktionell individualisierter Einzelteile* nicht mit dem Herstellen der Gesamtkombination gleichzustellen. Ebenso wenig wendet derjenige ein geschütztes Verfahren an, der lediglich die zur Anwendung erforderlichen Mittel *sinnfällig herrichtet* und derart hergerichtet an den Anwender liefert. Anderer Ansicht ist die Rechtsprechung hinsichtlich der Kategorie der Verwendungspatente.

b) § 10 Abs. 1 PatG vereinigt Merkmale von konkreten und abstrakten Gefährungsdelikten. Man kann die Vorschrift als *Eignungsdelikt* bezeichnen. Das Verbot der Patentgefährdung gemäß § 10 Abs. 1 PatG gewährt überschießenden Vorfeldschutz dadurch, dass es den Vertrieb erfindungswesentlicher Mittel an *private Abnehmer* verbietet (§ 10 Abs. 3, § 11 Nr. 1 PatG). Dagegen schützt es nicht gegen den *Export* der Mittel (doppelter Inlandsbezug). Entgegen seinem Wortlaut ist der Tatbestand der Patentgefährdung bereits erfüllt, wenn die Gefahr besteht, dass der Abnehmer die Mittel zur Erfindungsbenutzung bestimmt. Der Lieferant kann verhindern, dass der Abnehmer die Mittel zur Erfindungsbenutzung bestimmt, indem er Sicherungsvorkehrungen etwa in Form von Warnhinweisen trifft. Entschließt sich der Abnehmer trotzdem zur patentgemäßen Verwendung, kann der Lieferant durch Einhaltung seiner Verkehrspflichten verhindern, dass dieser Entschluss offensichtlich ist.

Gegenüber privaten Abnehmern sind die gängigen Sicherungsvorkehrungen wirkungslos. Hier muss im Wege der Abwägung zwischen Totalverbot und Duldung einzelner Patentverletzungen entschieden werden. Der Schadensersatzanspruch gemäß § 139 Abs. 2 PatG setzt neben Verschulden den Nachweis zumindest einer unmittelbaren Verletzung voraus.

3. Vorfeldschutz im *Arzneimittelbereich* ist nicht ausschließlich Gegenstand des Patentverletzungsrechts („Wirkungen des Patents“ gemäß §§ 9 ff. PatG), sondern setzt bereits auf der Ebene der Schutzfähigkeit (§§ 1 ff. PatG) und der Patentkategorien an. Die Frage, welche Aspekte einer Erfindung schutzfähig (insbesondere: neu) sind, wirkt sich auf die Wahl der geeigneten Patentkategorie aus. Von der Patentkategorie hängen wiederum die Schutzwirkungen des Patentes (§ 9 PatG) ab. Zu einem kreativen Umgang mit den Patentkategorien fühlen sich deutsche und europäische Spruchkörper durch die Sonderregeln in § 2a Abs. 1 Nr. 2 PatG und § 3 Abs. 3 und 4 PatG (Neuheitsfiktionen) gedrängt. Mischformen wie zweckgebundener Sachschutz, Verwendungsschutz und der Schutz von Herstellungsverfahren sollen am Rande des patentfreien Bereiches ärztlicher Heilverfahren angemessenen Vorfeldschutz gewährleisten. Zusammengefasst gelten heute folgende Regeln:

- a) Für *neue Stoffe* können absolut wirkende Erzeugnispatente erteilt werden.
- b) Für die *erste medizinische Indikation* kann entweder weiter zweckgebundener Stoffschutz nach § 3 Abs. 3 PatG gewährt werden. Dem Patentinhaber ist dann jede medizinische Verwendung des Stoffs vorbehalten. Voraussetzung ist, dass der Patentanspruch entsprechend allgemein formuliert wird („Stoff X zur Anwendung als therapeutischer Wirkstoff“). Die erfinderische Leistung liegt darin, einen Stoff *als Arzneimittel* bereit zu stellen. Oder es kann enger zweckgebundener Stoffschutz nach § 3 Abs. 4 PatG gewährt werden, wenn der Anspruch nur die Anwendung in einem spezifischen Heilverfahren nennt.
- c) Für alle *weiteren Indikationen* kommt allein enger zweckgebundener Stoffschutz nach § 3 Abs. 4 PatG in Betracht. Gegebenenfalls besteht zwischen den absoluten und zweckgebundenen Stoffpatenten ein (mehrstufiges) Abhängigkeitsverhältnis.

d) Die Schutzwirkung der zweckgebundenen Erzeugnispatente richtet sich nach § 9 S. 2 Nr. 1 PatG, beschränkt durch den neuen medizinischen Zweck. Unbefugten ist es verboten, den Stoff sinnfällig herzurichten, den hergerichteten Stoff in Verkehr zu bringen, ein- oder auszuführen oder zur Behandlung des Patienten zu gebrauchen. Entgegen der herrschenden Meinung ist ebenso der Gebrauch des nicht hergerichteten Stoffs zur erfindungsgemäßen Behandlung verboten.

e) Bringt der Patentinhaber das hergerichtete Medikament in den Verkehr, ist sein Schutzrecht verbraucht. Das Freihaltungsbedürfnis ist damit befriedigt. Nicht zu Gute kommt der Erschöpfungsgrundsatz dem Arzt, der ein nicht hergerichtetes Medikament ohne Einverständnis des Patentinhabers erwirbt und es erfindungsgemäß verwendet.

f) § 10 Abs. 1 PatG ergänzt den Vorfeldschutz dadurch, dass er Angebot und Lieferung des nicht hergerichteten Stoffs zum sinnfälligen Herrichten verbietet. Entgegen der herrschenden Meinung erfasst § 10 Abs. 1 PatG darüber hinaus die Lieferung nicht hergerichteter Stoffe direkt an den Anwender. Haftungsbeschränkend wirken die Verkehrspflichten.

## C. Urheberrecht

### I. Abgrenzung des Vorfeldes

#### 1. Werkvermittlung und Werkgenuss

Gegenstand des Urheberrechts sind Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst (§§ 1, 2 UrhG). Ein Werk durchläuft in der Regel drei Phasen: Am Anfang steht seine Erschaffung als kreativer Vorgang, am Ende sein Genuss als rezeptiver Vorgang:<sup>501</sup> Man liest ein Buch, betrachtet ein Bild, lauscht einer Symphonie. Der Werkgenuss ist die Bestimmung jeder geistigen Schöpfung. In der Möglichkeit, die geistigen Bedürfnisse des „Kulturverbrauchers“ zu befriedigen, liegt der materielle und immaterielle Wert eines Werks.<sup>502</sup> Zwischen Erschaffung und Genuss tritt notwendigerweise ein weiterer Vorgang: die Vermittlung des Werks. Zur geistigen Aufnahme bedarf es einer Mitteilung des Werks in körperlicher Form (Buch, Fotokopie, Ton- und Bildträger, § 15 Abs. 1 UrhG) oder unkörperlicher Form (Vortrag, Aufführung, Sendung, § 15 Abs. 2 UrhG). Die Mitteilung bereitet den Genuss vor, erst sie ermöglicht ihn. Anders als der Werkgenuss erfordert die Werkvermittlung ein nach außen erkennbares Tätigwerden.<sup>503</sup> Teilweise wird zwischen der rezeptiven *Werkbenutzung* (bestimmungsgemäße geistige Aufnahme) und der aktiven *Werknutzung* (Verwertung) unterschieden.<sup>504</sup>

Obwohl Ziel jeder geistigen Schöpfung, gehört der reine Werkgenuss nicht zu den ausschließlichen Rechten des Urhebers. Der Schöpfer (§ 7 UrhG) kann den Genuss seines Werkes weder verbieten, noch kann er eine Vergütung verlangen. Der Werkgenuss ist frei.<sup>505</sup> Stattdessen konzentriert sich der Schutz des Urhebers auf die vorgelagerte Phase der Werkvermittlung.<sup>506</sup> Durch ein System von Verbotensrechten und Vergütungsansprüchen gegenüber Vermittlern wie Verlegern,

Konzertveranstaltern oder Rundfunkunternehmen stellt das Urheberrecht sicher, dass der Schöpfer an den wirtschaftlichen Früchten seines Werks beteiligt wird. Im Anschluss können die Vermittler ihre Kosten über den Preis für die Mitteilung des Werks (Kaufpreis für ein Buch, Eintrittspreis für eine Theatervorstellung) auf den Kulturverbraucher überwälzen. So bilden die Schranken des Urheberrechts im Zusammenspiel mit gesetzlichen Lizenzen, Zwangslizenzen und den korrespondierenden Vergütungsansprüchen ein „Stufensystem zur Erfassung des Endverbrauchers“.<sup>507</sup>

Warum der Urheberrechtsschutz primär in der Phase der Werkvermittlung ansetzt, wird unterschiedlich begründet. Teile der Literatur vertreten, der Werkgenuss entziehe sich als rein geistiger Vorgang seiner rechtlichen Erfassung.<sup>508</sup> Andere weisen auf das Persönlichkeitsrecht des Kulturverbrauchers hin. Die Aufnahme des Werks erfolge meist im privaten Bereich.<sup>509</sup> Der Eigensphäre des Werkschöpfers stehe die Eigensphäre des Werkgenießers gegenüber. Urheberrechtliche Nutzungsrechte dürften diese Sphäre nicht stören.<sup>510</sup> Auch wird für ein freies Kulturleben plädiert: Jede geistige Leistung baue auf Vorarbeiten anderer Schöpfer auf. Kulturelle Schöpfung bedürfe stets des gegenseitigen Austauschs, eines Gebens und Nehmens.<sup>511</sup> Plakativ formuliert *O. de Boor*: „Der rezeptive Genuß ist frei und muß frei sein, wenn nicht das Urheberrecht zu einer unerträglichen Fessel des geistigen Lebens werden soll.“<sup>512</sup>

Überwiegend wird die Freiheit des Werkgenusses jedoch pragmatisch erklärt: Verbotensrechte und Vergütungsansprüche seien gegen den Endverbraucher praktisch nur schwer zu verwirklichen. Werke der Literatur, Wissenschaft oder Kunst würden meist in der Privatsphäre oder einer unkontrollierbaren Öffentlichkeit rezipiert.<sup>513</sup> Zwar liefere allein der Werkgenuss die innere Rechtfertigung für den Vergütungsanspruch des Urhebers. Effektive Rechtsdurchsetzung sei aus tatsächlichen Gründen aber nur gegenüber den Vermittlern möglich, ohne die der Verbraucher keinen Zugang zum Werk erhalte.<sup>514</sup> Urheberrechtliche Vergütungsansprüche sind nach diesem Begründungsansatz mit einer Verbrauchsteuer vergleichbar, die nur aus zahlungstechnischen Gründen beim Lieferanten erhoben wird.<sup>515</sup>

## 2. Vorfeldschutz im „Stufensystem zur Erfassung des Endverbrauchers“

Das Recht des Vorfeldschutzes setzt das „Stufensystem zur Erfassung des Endverbrauchers“ fort.<sup>516</sup> Oft kann der Rechtsinhaber die Werkvermittlung ebenso wenig kontrollieren wie den Werkgenuss. Ton- und Bildträger werden im privaten Bereich vervielfältigt. Im Internet werden Musik- und Videodateien über Tauschbörsen und Sharehoster der anonymen Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Effektive Rechtsdurchsetzung ist nur gewährleistet, wenn der Urheberrechtsschutz nicht erst bei der Werkvermittlung ansetzt, sondern bei Tätigkeiten, die die Vermittlung vorbereiten und ermöglichen. Nach Ansicht von *H. Schack* regeln beispielsweise die Tatbestände des öffentlichen Anbietens und Zugänglichmachens (§ 17 Abs. 1 Var. 1 UrhG, § 19a UrhG) selbstständige Vorbereitungshandlungen, da es nicht darauf ankomme, ob das Werk tatsächlich veräußert oder übermittelt werde.<sup>517</sup> Zu den praktisch bedeutsamen Vorfeldhandlungen gehören des Weiteren die Produktion und der Vertrieb von Vervielfältigungstechnologie (Fotokopiergeräte, DVD-Brenner, Scanner, CD-Rohlinge etc.) sowie die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen und der Vertrieb der erforderlichen Umgehungsmittel.

### *II. Vorfeldschutz durch Vergütungsansprüche (§§ 54 ff. UrhG)*

Anders als das Marken- und Patentrecht gewährt das Urheberrecht besonderen Vorfeldschutz nicht nur in Form von Verboten, sondern auch in Form von Vergütungsansprüchen. Der (teilweise) Ausschluss des Verbotsrechts ist nach Ansicht des Gesetzgebers durch die besondere Interessenlage im Urheberrecht gerechtfertigt. Im Gegensatz zum Inhaber eines gewerblichen Schutzrechts sei dem Urheber wenig an der Entscheidung gelegen, wer sein Werk auf welche Weise verwerten dürfe, solange er eine angemessene Vergütung erhalte. Regelungstechnisch sind zwei Ebenen zu unterscheiden: § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG gestatten Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch. Die Vorschrift beruht auf der Erkenntnis, dass entsprechende Verbotsrechte ohnehin nicht realisierbar wären.<sup>518</sup> Im Ausgleich gewähren die §§ 54 ff. UrhG dem Urheber pauschale Vergütungsansprüche gegen

Personen, die typischerweise im Vorfeld von Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG tätig sind. Die Vergütungspflichtigen können die zusätzlichen Kosten wiederum auf ihre Kunden überwälzen.<sup>519</sup>

## 1. Entwicklung

### a. LUG

Das Bedürfnis nach Vorfeldschutz gegen Vervielfältigungstechnologie entstand mit der Verbreitung von Magnettonbandgeräten in den 1950er Jahren. Erstmals konnten Privatpersonen ohne technisches Know-how Rundfunksendungen oder Schallplatten auf Tonbänder überspielen. Der BGH versuchte, das Schutzinteresse der Rechtsinhaber und Verwertungsgesellschaften (GEMA) mit Hilfe der akzessorischen Störerhaftung zu befriedigen. Unter Geltung des LUG stellte sich die Rechtslage wie folgt dar: Vervielfältigungen mit Hilfe von Tonbandgeräten waren unzulässig, auch wenn sie zu privaten Zwecken erfolgten. Zwar bestimmte § 15 Abs. 2 LUG: „Eine Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch ist zulässig, wenn sie nicht den Zweck hat, aus dem Werke eine Einnahme zu erzielen.“ Der BGH entschied jedoch, § 15 Abs. 2 LUG teleologisch zu reduzieren. Mit den Magnettonbandgeräten, die massenhafte Vervielfältigungen im privaten Bereich ermöglichten, sei ein Interessenkonflikt entstanden, den der historische Gesetzgeber nicht vorhergesehen habe und daher mit § 15 Abs. 2 LUG nicht habe lösen wollen.<sup>520</sup> Sinn und Zweck von § 15 Abs. 2 LUG sei es gewesen, Mitgliedern von Gesang- oder Theatervereinen zu ermöglichen, sich für unentgeltliche Aufführungen Abschriften und Auszüge von Noten und Rollen eines Bühnenwerkes anzufertigen. Hersteller von Tonbandgeräten und Tonbändern sowie entsprechende Einzelhändler hafteten dagegen als Störer auf Unterlassung (näher S. 153 und S. 162). Alternativ schlug der Bundesgerichtshof der GEMA in seiner Entscheidung „Personalausweise“ vor, von den Geräteherstellern ein angemessenes Pauschalentgelt zur Ablösung der Vervielfältigungsgebühren zu verlangen.<sup>521</sup> Der Vorschlag ließ sich dogmatisch nicht erklären und entbehrte einer gesetzlichen Grundlage.<sup>522</sup> Allerdings setzte das „Personalausweise“-Urteil einen wichtigen Impuls bei den Vorarbeiten zum Urheberrechtsgesetz von 1965.

## b. Urheberrechtsgesetz von 1965

Der von der Bundesregierung eingebrachte Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte von 1962<sup>523</sup> erlaubte, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werks zum persönlichen Gebrauch herzustellen (§ 54 Abs. 1). Anders als § 15 Abs. 2 LUG sollte die Schrankenregelung auch Vervielfältigungen mit Hilfe von Magnettonbandgeräten erfassen.<sup>524</sup> Zum Ausgleich gewährte der Gesetzesentwurf Vergütungsansprüche gegen den Vervielfältiger (§ 54 Abs. 3). Den Hersteller sollte dagegen keine Vergütungspflicht treffen: „Der Anregung, die Verpflichtungen zur Zahlung der Vergütung den Herstellern von Magnettongeräten aufzuerlegen, ist nicht entsprochen worden, weil die Hersteller keine urheberrechtlich relevante Verwertungshandlung vornehmen, sondern nur eine Sache verkaufen, die im übrigen nicht nur zur Vervielfältigung geschützter Werke, sondern auch zur Aufnahme von Diktaten, Verhandlungen usw. benutzt werden kann.“<sup>525</sup>

Während der Bundesrat den Rechtsinhabern aus kulturpolitischen Gründen jegliche Vergütungsansprüche verwehren wollte,<sup>526</sup> ersetzte der Rechtsausschuss 1965 den Anspruch gegen den Vervielfältiger durch Ansprüche gegen Hersteller und Importeure von Geräten, die zur Vornahme von Vervielfältigungen zum persönlichen Gebrauch geeignet waren (§ 54 Abs. 6).<sup>527</sup> Er griff damit ausdrücklich den Vorschlag des BGH aus der Personalausweise-Entscheidung auf. Zwar seien Tonbandgeräte auch zur Vervielfältigung ungeschützter Werke geeignet. Ihren eigentlichen Wert erhielten sie für die Mehrzahl der Käufer aber erst aus der Möglichkeit, geschützte Werke zu vervielfältigen. Wirtschaftlich gesehen sei der Hersteller daher Nutznießer fremden Urheberguts.<sup>528</sup> Der Vorschlag des Rechtsausschusses fand Eingang in § 53 Abs. 5 UrhG 1965. Die Höhe Vergütung bestimmte sich nach dem Veräußerungserlös der Hersteller (§ 53 Abs. 5 S. 6 UrhG 1965).

## c. Urheberrechtsnovelle von 1985

Mit der Urheberrechtsnovelle von 1985<sup>529</sup> wurde die Geräteabgabe um eine Abgabe für Bild- und Tonträger („Leerkassettenvergütung“, § 54 Abs.

1 Nr. 2 UrhG 1985) ergänzt. Ebenso führte der Gesetzgeber eine Abgabe für Kopiergeräte ein, die neben Herstellern und Importeuren so genannte Großbetreiber schuldeten, das heißt Personen, die Kopiergeräte in Bildungs- und Forschungseinrichtungen, öffentlichen Bibliotheken und kommerziellen Kopierläden betrieben (§ 54 Abs. 2 S. 2 UrhG 1985). Die Höhe der Vergütung hing nicht mehr vom Veräußerungserlös ab, sondern bestimmte sich nach festen Sätzen gemäß einer Anlage zu § 54 UrhG 1985 (§ 54 Abs. 3 UrhG 1985).

#### d. Urheberrechtsnovelle von 2003 („Erster Korb“)

Die Digitalisierung geschützter Werke und die daraus folgenden Vervielfältigungs- und Verbreitungsmöglichkeiten erforderten eine erneute Anpassung des Urheberrechts. Auf internationaler Ebene wurde sie 1996 durch zwei Verträge der World Intellectual Property Organisation (WIPO)<sup>530</sup> angestoßen. 2001 folgte die EG-Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Info-RL).<sup>531</sup> Der deutsche Gesetzgeber setzte die zwingenden Vorgaben der Richtlinie mit dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. September 2003 („Erster Korb“)<sup>532</sup> um. In § 53 Abs. 1 UrhG bestimmte er, dass auch die digitale Privatkopie zulässig ist („Vervielfältigungen auf beliebigen Trägern“),<sup>533</sup> soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird.

#### e. Urheberrechtsnovelle von 2007 („Zweiter Korb“)

Weitere Aspekte des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, zu denen die Info-RL keine zwingenden Vorgaben macht, behandelte der Gesetzgeber im Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26. Oktober 2007 („Zweiter Korb“).<sup>534 535</sup> § 53 Abs. 1 UrhG ergänzte er dahingehend, dass Privatkopien nicht nur von offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlagen, sondern auch von offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen unzulässig sind. Mit der alten Gesetzesfassung ließen sich Vorgänge in Internetausgabebörsen nur unvollständig erfassen, da oft Dateien zum

Download angeboten werden, die zwar illegal zugänglich gemacht (§ 19a UrhG), als Privatkopie aber nicht illegal hergestellt worden sind.<sup>536</sup>

Ein Kernstück des „Zweiten Korbs“ war die Neugestaltung des Systems der Pauschalvergütung gemäß §§ 54 ff. UrhG. War bislang die Vergütungspflicht für Vervielfältigungen im Wege der Bild- und Tonaufzeichnung (§ 54 UrhG a.F.) und für Vervielfältigungen im Wege der Ablichtung (§ 54a UrhG a.F.) getrennt geregelt, enthält § 54 UrhG nun einen einheitlichen Tatbestand für alle Arten der Vervielfältigung. Die Höhe der Vergütung ist nicht mehr gesetzlich festgelegt. § 54a UrhG gibt nur noch Leitlinien vor, deren Konkretisierung gemäß § 13a WahrnG Aufgabe der Verwertungsgesellschaften ist. Dabei sollen die Verwertungsgesellschaften vorrangig mit den Herstellerverbänden über die angemessene Vergütungshöhe und den Abschluss eines Gesamtvertrags verhandeln. Anstatt auf staatliche Regulierung setzt das geltende Urheberrecht auf Selbstregulierung durch die beteiligten Kreise.<sup>537</sup>

## 2. Die Vergütungsansprüche im System des Vorfeldschutzes

Regelungstechnisch gewährte § 53 Abs. 5 UrhG 1965 erstmals Vorfeldschutz in Form von Vergütungsansprüchen. Die Nutzung des Werks ist erlaubnisfrei, der Urheber hat kein Verbotungsrecht (gesetzliche Lizenz). Zum Ausgleich erhält er einen gesetzlichen Vergütungsanspruch. Schuldner des Vergütungsanspruchs ist nicht der unmittelbare (private) Verwerter des Werks, sondern jemand, der die Verwertung ermöglicht, indem er (gewerblich) Vervielfältigungstechnologie zur Verfügung stellt. Vergütungsansprüche lassen sich praktisch allein gegen gewerbliche Hersteller und Händler durchsetzen. Die Inanspruchnahme jedes einzelnen Käufers ist Rechtsinhabern und Verwertungsgesellschaften nicht zumutbar. Die gesetzgeberische Entscheidung zu Gunsten von Vorfeldschutz wird den Vorgaben aus dem Urteil „Stichting de ThuisKopie“ des EuGH vom 16. Juni 2011<sup>538</sup> gerecht. Nach Ansicht des EuGH trifft die Mitgliedstaaten eine Ergebnisspflicht, den „gerechten Ausgleich“ der Urheber im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL sicherzustellen. Zwar stehe es im Ermessen des nationalen Gesetzgebers, wen er zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs heranziehe. Erweise sich die Inanspruchnahme der privaten Endnutzer jedoch als praktisch

unmöglich, müsse er die Erhebung bei einem gewerblich handelnden Schuldner ermöglichen.<sup>539</sup>

Durch den Ausschluss des Verbotungsrechts unterscheidet sich der urheberrechtliche Vorfeldschutz gegen gefährliche Produkte grundlegend vom besonderen Vorfeldschutz im Markenrecht (zum Beispiel gemäß § 14 Abs. 4 MarkenG) und Patentrecht (zum Beispiel gemäß § 10 Abs. 1 PatentG). Vorteil des Vergütungsanspruchs gegenüber dem Verbotungsrecht ist, dass der Rechtsinhaber einen flächendeckenden Ausgleich dafür erhält, dass andere sein geistiges Werk nutzen. Dafür hat er nicht die Wahl, anderen die Verwertung seines Werks vorzuenthalten. Das System von gesetzlichen Lizenzen und Vergütungsansprüchen ist damit auf die spezifische Interessenlage im Urheberrecht zugeschnitten. Der Patentinhaber hat vielfach ein Interesse daran, seine Erfindung selbst zu benutzen und mit Hilfe der neuen Lehre seinen eigenen Betrieb zu optimieren, anstatt die Benutzung anderen gegen Entgelt zu gestatten. Ebenso will der Markeninhaber die Unterscheidungsfunktion seiner Marke oft für eigene Produkte fruchtbar machen. Dagegen ist dem Urheber daran gelegen, dass möglichst viele Menschen sein Werk genießen, solange ihm eine Vergütung sicher ist. Im Vergleich zum Patent- und Markeninhaber hat der Urheber in der Regel kein Interesse an Verbotungsrechten, zumindest soweit die kommerziellen Verwertungsrechte im Gegensatz zum Urheberpersönlichkeitsrecht betroffen sind.<sup>540</sup>

Vergütungsansprüche gewähren einstufigen Vorfeldschutz, da sie dem Grunde nach nicht davon abhängen, ob mit Hilfe des Geräts oder Speichermediums *im Einzelfall* tatsächlich geschützte Werke zum eigenen Gebrauch vervielfältigt werden.<sup>541</sup> § 54 Abs. 1 UrhG verlangt lediglich, dass *der Typ* des Geräts zu Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch genutzt wird. Allerdings ist für die Höhe der Vergütung maßgeblich, in welchem Maß die Geräte und Speichermedien als Typen tatsächlich für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG genutzt werden (§ 54a Abs. 1 UrhG).

### 3. Tatobjekte

Auf Rechtsfolgenseite unterscheiden sich die urheberrechtlichen Vergütungsansprüche von den Verbotungsrechten aus dem Marken- und Patentrecht. Auf Tatbestandsseite ähnelt ihre Struktur dagegen anderen Schutzinstrumenten. Funktion des Tatbestands ist es, von der Masse neutraler Verhaltensweisen diejenigen Tätigkeiten zu trennen, die die unmittelbare Verwertung des Werks vorbereiten und in diesem Sinne gefährlich sind. Ähnlich wie § 10 Abs. 1 PatG beschränken die §§ 54 ff. UrhG sowohl die tauglichen Tatobjekte als auch die tauglichen Tathandlungen. Verfolgt man die unterschiedlichen Fassungen des Urheberrechtsgesetzes, erkennt man, dass der Gesetzgeber den Kreis der sanktionierten Vorfeldmaßnahmen seit dem UrhG 1965 kontinuierlich erweitert hat.

#### a. Geräte und Speichermedien

Als taugliches Tatobjekt nannte § 53 Abs. 5 S. 1 UrhG 1965 lediglich Geräte, die dazu geeignet sind, Werke durch Aufnahme von Funksendungen auf Bild- oder Tonträger oder durch Übertragung von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen zum persönlichen Gebrauch zu vervielfältigen. Solche Geräte seien zwar auch dazu geeignet, ungeschützte Werke zu vervielfältigen, allerdings überwiege die urheberrechtsrelevante Nutzung deutlich.<sup>542</sup> Aus der Vergütungspflicht ausgegrenzt wurden einerseits jegliche Speichermedien, andererseits Geräte, mit denen Werke auf technisch anderem Wege als der Bild- und Tonbandaufzeichnung vervielfältigt werden konnten, namentlich Fotokopiergeräte. Ein Zahlungsanspruch gegen die Hersteller von Tonbändern lasse sich „schwer rechtfertigen, da bei Tonbändern nicht unterschieden werden kann, ob sie zu Diktierzwecken oder zur Aufnahme geschützter Werke dienen“.<sup>543</sup> Andere Vervielfältigungsgeräte waren in den 1960er Jahren noch nicht derart verbreitet, dass man in ihnen eine Gefahr für die Vergütungsansprüche der Urheber sah.<sup>544</sup>

Mit der Urheberrechtsnovelle von 1985 erweiterte der Gesetzgeber den Kreis tauglicher Tatobjekte, indem er die Vergütungspflicht auf Bild- und

Tonträger und Geräte zur Vervielfältigung im Wege der Ablichtung (Fotokopiergeräte) erweiterte. Heftig umstritten war während der Vorarbeiten zur Reform die Abgabe für Speichermedien („Leerkassettenvergütung“).<sup>545</sup> Der Gesetzgeber strebte mit ihr eine gerechtere Verteilung der Belastung an. Gehe man davon aus, dass die Vergütung über den Kaufpreis an den Endverbraucher „weitergegeben“ werde, müsse derjenige, der häufig geschützte Werke vervielfältige und dazu viele Tonträger benötige, verstärkt zur Vergütung der Urheber beitragen. Auch wollte der Gesetzgeber verhindern, dass das Vergütungsaufkommen im Falle der Sättigung des Gerätemarkts absinkt.<sup>546</sup> Die Abgabe für Fotokopiergeräte war ihrer zunehmenden Verbreitung geschuldet.<sup>547</sup>

Seit Inkrafttreten des „Zweiten Korbs“ am 1. Januar 2008 formuliert § 54 Abs. 1 UrhG technologieneutral. Er begrenzt die Tatobjekte nicht auf eine bestimmte Vervielfältigungsmethode. Anders die Rechtsprechung zur alten Rechtslage: In drei Entscheidungen von 2008 („Drucker und Plotter“<sup>548</sup>, „Kopierstationen“<sup>549</sup>, „PC“<sup>550</sup>) versagte der BGH der Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) Vergütungsansprüche gemäß § 54a Abs. 1 S. 1 UrhG a.F., da die Geräte weder zu Vervielfältigungen im Wege der Ablichtung noch in Verfahren mit vergleichbarer Wirkung geeignet seien.<sup>551</sup> Verfahren mit vergleichbarer Wirkung zeichneten sich dadurch aus, dass sie analoge Vorlagen verwendeten und analoge Vervielfältigungsstücke hervorbrächten. Drucker und Plotter produzierten zwar analoge Werkstücke, vervielfältigten jedoch von digitalen Vorlagen, solange sie nicht mit einem Scanner kombiniert würden. PCs und Kopierstationen, mit denen ohne Verwendung eines PC Daten von CDs, CD-ROMs oder DVDs kopiert werden könnten, lieferten nicht einmal analoge Vervielfältigungsstücke. § 54a Abs. 1 S. 1 UrhG a.F. lasse sich auch nicht entsprechend auf die Geräte anwenden, da die Interessenlage bei analogen und digitalen Vervielfältigungen nicht vergleichbar sei. Der Urheber sei regelmäßig mit der Vervielfältigung von digitalen Vorlagen einverstanden und könne anderenfalls die Vervielfältigung mit Hilfe technischer Schutzmaßnahmen (§ 95a UrhG) verhindern.<sup>552</sup> Kopierstationen gelangten hauptsächlich in gewerblichen Betrieben zum Einsatz und dienten kaum der privaten Vervielfältigung.<sup>553</sup>

Auf die Verfassungsbeschwerden der VG Wort äußerte das Bundesverfassungsgericht in einer Reihe korrespondierender Beschlüsse von 2010<sup>554</sup> Bedenken an der Auffassung des Bundesgerichtshofs. Der BGH habe sich nicht hinreichend mit einer möglichen Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV (bis 30. November 2009: Art. 234 Abs. 3 EGV) auseinandergesetzt und daher das Recht der VG Wort auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) verletzt. Möglicherweise verstoße der Ausschluss von Vergütungsansprüchen für Drucker, Plotter und PCs gegen Art. 5 Abs. 2 lit. a und b Info-RL. Lediglich das Urteil des BGH zu Kopierstationen hielt das Bundesverfassungsgericht für verfassungskonform.

Der EuGH äußerte sich ebenfalls 2010 auf Vorlage eines spanischen Gerichts in der Entscheidung „Padawan“ zur Auslegung des Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL.<sup>555</sup> Danach sei dem Urheber ein angemessener Ausgleich für den Schaden zu gewähren, der ihm dadurch entstehe, dass er infolge der gesetzlichen Ausnahme keine vertraglichen Vergütungsansprüche für Privatkopien durchsetzen könne. Zwischen den hierzu erhobenen Abgaben und dem mutmaßlichen Gebrauch von Anlagen, Geräten und Medien zu privaten Vervielfältigungen müsse ein Zusammenhang bestehen. Unzulässig sei es daher, unterschiedslos Produkte mit Abgaben zu belegen, die nicht privaten Nutzern überlassen würden, sondern eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten seien.<sup>556</sup> Der EuGH bestätigte damit zumindest die Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Fall „Kopierstationen“, denn Kopierstationen werden ganz überwiegend zu gewerblichen Zwecken verwendet.<sup>557</sup> Inwiefern Art. 5 Abs. 2 lit. a und b Info-RL es zulassen, bestimmte Vervielfältigungsmethoden, insbesondere die Vervielfältigung von digitaler Vorlage, aus der Vergütungspflicht auszuschließen, entschied der EuGH im Urteil „Padawan“ dagegen nicht.

Am 21. Juli 2011 beschloss der BGH die Vorlage verschiedener Fragen an den EuGH in den Verfahren „Drucker und Plotter“<sup>558</sup> sowie „PC“<sup>559</sup> gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV (bis 30. November 2009: Art. 234 Abs. 3 EGV). In den Vorlagebeschlüssen bestätigte der BGH seine Auffassung, die Vergütungspflicht gemäß § 54a Abs. 1 S. 1 UrhG a.F. setze eine Vervielfältigung von analoger Vorlage voraus und entfalle in der

Geräteketten PC/Drucker. Selbst wenn Art. 5 Abs. 2 lit. a Info-RL etwas anderes gebietet, räume die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber einen weiten Spielraum bei der Entscheidung ein, wer zur Finanzierung des „gerechten Ausgleichs“ heranzuziehen sei. Der nationale Gesetzgeber könne anstelle des Endnutzers Hersteller, Importeure und Händler von Vervielfältigungstechnologie in die Pflicht nehmen (= Vorfeldschutz). Ebenso stehe es ihm frei, innerhalb einer Gerätekette das Gerät mit einer Abgabe zu belegen, das am deutlichsten zur Vervielfältigung bestimmt sei.<sup>560</sup>

Nach geltendem Recht kann man dem Vergütungsanspruch die Vervielfältigungsmethode nicht mehr entgegenhalten.<sup>561</sup> Wer heute Drucker, Plotter, Kopierstationen oder PCs herstellt, einführt oder mit ihnen handelt, ist auch in Bezug auf digitale Vervielfältigungen von Sprachwerken vergütungspflichtig.<sup>562</sup> Allein die Betreiberabgabe gemäß § 54c UrhG ist auf Ablichtungsgeräte beschränkt, so dass die Abgrenzung weiter von Bedeutung bleibt. Zweitens erfasst § 54 Abs. 1 UrhG nun sämtliche Vervielfältigungsquellen. Nach alter Rechtslage konnte man zweifeln, ob beispielsweise das Internet eine Funksendung oder ein Bild- oder Tonträger im Sinne von § 54 Abs. 1 S. 1 UrhG a.F. war.<sup>563</sup>

*J. Roggenkamp*<sup>564</sup> legt den geltenden § 54 Abs. 1 UrhG restriktiv aus. Der Wortlaut der Vorschrift lege eine Differenzierung zwischen vergütungspflichtigen „Geräten“ und nicht vergütungspflichtigem „Zubehör“ nahe. Da der Gesetzgeber auf Definitionen verzichtet habe, könne man entsprechend § 97 BGB abgrenzen. Ein Gerät sei, was die beteiligten Verkehrskreise als Hauptsache auffassten. Zubehör sei, was dem wirtschaftlichen Zweck des Geräts diene. Beispielsweise werde ein CD-Brenner von der maßgeblichen Verkehrsauffassung als Zubehör des PCs eingestuft. Vergütungspflichtig sei daher nach neuer Rechtslage allein der PC, nicht aber der Brenner. Gegen die Ansicht *J. Roggenkamps* spricht der Wille des Gesetzgebers. Mit dem technologie-neutralen Ansatz sollten der Kreis tauglicher Tatobjekte erweitert und Abgrenzungsschwierigkeiten beseitigt werden. Die Bundesregierung folgerte in der Begründung ihres Gesetzesentwurfs: „Absatz 1 erfasst folglich alle Fälle, die bisher in § 54 Abs. 1 oder § 54a Abs. 1 geregelt sind.“<sup>565</sup> § 54 Abs. 1 S. 1 UrhG n.F. soll keine Geräte ausnehmen, für die Hersteller, Importeure und Händler nach

alter Rechtslage vergütungspflichtig waren.

#### b. Eignung – Bestimmung – tatsächliche Nutzung

Vorfeldschutz gegen Vervielfältigungstechnologie setzt einen inneren Bezug des Gerätes oder Speichermediums zur Verwertung des Werks voraus. Während gemäß § 53 Abs. 5 S. 1 UrhG 1965 noch genügte, dass das Gerät für Vervielfältigungen zum persönlichen Gebrauch *geeignet* war, forderte § 54 Abs. 1 S. 1 UrhG 1985 die *erkennbare Bestimmung*. Parallelen zum Tatbestand der Patentgefährdung gemäß § 10 Abs. 1 PatG, der Eignung und Bestimmung der Mittel zur rechtsverletzenden Verwendung voraussetzt, sind erkennbar. Anders als § 10 Abs. 1 PatG erforderten §§ 54 Abs. 1 S. 1, 54a Abs. 1 S. 1 UrhG a.F. jedoch keine Verwendungsabsicht des Abnehmers im Einzelfall. Stattdessen mussten die Geräte oder Speichermedien ihrem Typ und ihrer Ausgestaltung nach für Vervielfältigungen geschützter Werke zum eigenen Gebrauch bestimmt sein. Keine tauglichen „Tatobjekte“ waren beispielsweise Diktiergeräte, Anrufbeantworter, Tonbänder für Datenverarbeitungsanlagen und bereits bespielte Tonbänder.<sup>566</sup>

Die Zweckbestimmung konnte in der Werbung für das Gerät zum Ausdruck kommen. 1993 entschied der BGH, dass so genannte Readerprinter (Lesekopierer) zu den vergütungspflichtigen Geräten gehörten.<sup>567</sup> Mit einem Readerprinter kann man auf Mikrofilm oder Mikrofiche verkleinertes Schriftgut auf einem Bildschirm vergrößert lesbar machen und auf Normalpapier in DIN-Formaten kopieren (Kombinationsgerät). Die Vervielfältigung geschützter Werke müsse nicht ausschließlicher Zweck des Geräts sein. Da die beklagte Produzentin in ihrer Werbung hervorgehoben habe, dass die Readerprinter „gestochen scharfe Kopien in höchster Qualität“ lieferten, seien die Geräte zumindest auch für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch bestimmt.<sup>568</sup> Ähnlich kann sich auch die Haftung des Lieferanten patentgefährdender Mittel gemäß § 10 Abs. 1 PatG aus unbedachter Werbung ergeben. Wer mit der patentverletzenden Verwendbarkeit seines Produkts wirbt, verletzt seine Verkehrspflichten und begründet die Gefahr, dass seine Abnehmer die Mittel zur Erfindungsbenutzung bestimmen. Diese Bestimmung ist für den Lieferanten auf Grund seiner Verkehrspflichtverletzung zudem

offensichtlich (S. 71 und S. 73).

In seiner geltenden Fassung macht § 54 Abs. 1 S. 1 UrhG den Vergütungsanspruch nicht mehr davon abhängig, dass das Gerät oder Speichermedium zu Vervielfältigungen für den eigenen Gebrauch bestimmt ist, sondern davon, dass sein Typ *tatsächlich* dazu *benutzt* wird. Die Änderung dient der Rechtssicherheit.<sup>569</sup> Über die Bestimmung eines Geräts lässt sich vielfach streiten, da ihr stets eine subjektive Komponente innewohnt. Wie ein Gerät tatsächlich benutzt wird, kann man dagegen objektiv beobachten. Maßgeblich ist nicht jedes einzelne Gerät, sondern eine typisierende Betrachtung.<sup>570</sup> Der Vergütungsanspruch hängt seinem Grunde nach nicht davon ab, in welchem Ausmaß ein Gerät oder Speichermedium für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch genutzt wird. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung sah zwar noch eine Bagatellschwelle vor,<sup>571</sup> die jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit im weiteren Gesetzgebungsverfahren verworfen wurde.<sup>572</sup>

Gemäß § 54 Abs. 2 UrhG entfällt der Vergütungsanspruch, „soweit nach den Umständen erwartet werden kann, dass die Geräte oder Speichermedien im Geltungsbereich dieses Gesetzes nicht zu Vervielfältigungen benutzt werden“. Während § 54 Abs. 1 UrhG an die Benutzung des Gerätetyps anknüpft, berücksichtigt § 54 Abs. 2 UrhG, ob einzelne Geräte atypisch benutzt werden.<sup>573</sup> Danach sind Geräte, die ausschließlich für den Export bestimmt sind, nicht vergütungspflichtig; ebenso wenig Geräte, die zwar ins Inland geliefert, aber aus irgendwelchen Gründen atypischer Weise nicht für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch verwendet werden.<sup>574</sup> Indem § 54 Abs. 2 UrhG den Territorialitätsgrundsatz auf das System der Pauschalabgaben erstreckt, entspricht er § 10 Abs. 1 PatG, der nur die Lieferung von Mitteln zur Benutzung im Inland verbietet.

### c. Kombinationsgeräte und Gerätekombinationen

Bereits nach alter Rechtslage waren so genannte Multifunktionsgeräte, das heißt Geräte, die neben urheberrechtsrelevanten Verwendungsmöglichkeiten völlig andere Einsatzmöglichkeiten bieten, vergütungspflichtig. Der BGH gewährte der VG Wort

Vergütungsansprüche gemäß § 54a Abs. 1 S. 1 UrhG a.F. gegen Hersteller von Readerprintern, mit denen man drucken, aber auch Mikrofilm vergrößern und auf einem Bildschirm lesen konnte. Ebenso entschied er 2008 über Multifunktionsgeräte, mit denen man kopieren, faxen und in Verbindung mit einem Computer scannen und drucken konnte.<sup>575</sup> Hieran hat sich mit Inkrafttreten des „Zweiten Korbs“ nichts geändert. § 54 Abs. 1 S. 1 UrhG erfasst Geräte, die tatsächlich für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch genutzt werden, unabhängig davon, ob sie auch für andere Zwecke genutzt werden, und welchen Anteil diese Nutzung an der Gesamtnutzung des Geräts einnimmt.<sup>576</sup>

Umstritten war dagegen nach alter Rechtslage, inwieweit Geräte, die erst in Kombination mit anderen Geräten zur Vervielfältigung geeignet sind, den Tatbestand der Vergütungspflicht erfüllen. Der BGH vertrat in ständiger Rechtsprechung, dass innerhalb einer Funktionseinheit zwar jedes Gerät zur Vervielfältigung geeignet, nicht jedoch dazu bestimmt sei.<sup>577</sup> Vergütungspflichtig sei allein das Gerät, das am „deutlichsten dazu bestimmt ist, [...] wie ein Vervielfältigungsgerät eingesetzt zu werden“.<sup>578</sup> Beispielsweise sei die Gerätekombination bestehend aus Scanner, Drucker und PC dazu geeignet, im Wege der Ablichtung zu vervielfältigen (§ 54a Abs. 1 S. 1 UrhG a.F.). Innerhalb dieser Funktionseinheit sei der Scanner am deutlichsten zur reprographischen Vervielfältigung bestimmt, denn PC und Drucker würden vielfach auch ohne Scanner zu digitalen Vervielfältigungen oder zu ganz anderen Zwecken verwendet. Die VG Wort habe daher Vergütungsansprüche gegen Hersteller und Händler von Scannern,<sup>579</sup> nicht aber gegen Hersteller und Händler von Druckern, Plottern<sup>580</sup> oder PCs<sup>581</sup>.

Hintergrund dieser Rechtsprechung war das starre Vergütungssystem gemäß § 54d Abs. 1 UrhG a.F. in Verbindung mit der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG a.F. Nach Absatz 2 der Anlage richtete sich die Vergütung nach der Leistung des Ablichtungsgeräts. Die Funktion eines Geräts wirkte sich nicht auf die Vergütungshöhe aus. Wollte man sämtliche Geräte einer Kombination in die Vergütungspflicht einbeziehen, musste man für jedes Gerät die volle Vergütung entsprechend der Anlage zu § 54d UrhG a.F. ansetzen. Die Anlage erlaubte es nicht, die Vergütung auf mehrere Geräte „aufzuspalten“ und für diejenigen Geräte eine geringere Vergütung

anzusetzen, die nur zu einem geringen Anteil urheberrechtsrelevant verwendet werden.<sup>582</sup> Im Falle der Drucker-Scanner-PC-Kombination wäre der Urheber dreifach vergütet worden. Um unverhältnismäßigen Vergütungsansprüchen vorzubeugen, beschränkte der BGH den Tatbestand der §§ 54 Abs. 1, 54a Abs. 1 UrhG a.F. zu Recht auf das Gerät in der Kombination, das am „deutlichsten“ zur Vervielfältigung bestimmt ist. In seinen Beschlüssen vom 21. Juli 2011 „Drucker und Plotter II“ sowie „PC II“ legte der BGH dem EuGH die Frage vor, ob die Anforderungen an den „gerechten Ausgleich“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL auch erfüllt seien, wenn innerhalb einer Geräteketten nur Hersteller, Importeure und Händler eines Gerätes zur Finanzierung herangezogen würden. Der BGH vertrat in der Begründung seiner Beschlüsse die Ansicht, der Gleichheitssatz gemäß Art. 20 der EU-Grundrechtecharta (GRC) stehe nicht entgegen.<sup>583</sup> Das letzte Wort zum Problem der Gerätekombinationen nach alter Rechtslage wird der EuGH haben.

Gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 UrhG hat heute der Urheber Ansprüche gegen den Hersteller von Geräten und von Speichermedien, deren Typ allein *oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör* zur Vornahme von Vervielfältigungen gemäß § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG benutzt wird. Danach ist jedes Gerät einer Kombination vergütungspflichtig.<sup>584</sup> Allerdings bestimmt § 54a Abs. 2 UrhG, dass die Vergütung für Geräte so zu gestalten ist, dass sie auch mit Blick auf die Vergütungspflicht für in diesen Geräten enthaltene Speichermedien oder andere, mit diesen funktionell zusammenwirkende Geräte oder Speichermedien insgesamt angemessen ist. Die Funktion des Geräts in der Kombination und der Anteil urheberrechtsrelevanter Nutzung wirken sich also auf die Vergütungshöhe aus. Unverhältnismäßigen Ansprüchen wird heute nicht auf Tatbestands-, sondern auf Rechtsfolgenseite vorgebeugt.

#### 4. Tathandlungen

§ 53 Abs. 5 S. 1 und 2 UrhG 1965 gewährte Vergütungsansprüche allein gegen den Hersteller und Importeur der gefährlichen Geräte (Geräteabgabe). Wurden die Geräte im Ausland hergestellt, schuldete der ausländische Hersteller die Vergütung. Um die Rechtsdurchsetzung zu

erleichtern, sollte neben dem ausländischen Hersteller der gewerbliche Importeur gesamtschuldnerisch haften.<sup>585</sup> Da sich die Höhe des Vergütungsanspruchs nach dem Veräußerungserlös bestimmte (§ 53 Abs. 5 S. 5 UrhG 1965), waren jedoch nicht Produktion und Import als solche tatbestandmäßige Handlungen, sondern erst die Veräußerung.

Die Urheberrechtsnovelle von 1985 erweiterte den Kreis der Tathandlungen auf den Betrieb von Ablichtungsgeräten in Bildungs- und Forschungseinrichtungen, öffentlichen Bibliotheken und kommerziellen Kopierläden (§ 54 Abs. 2 S. 2 UrhG 1985, heute: § 54c UrhG). Motiv für die Ausweitung der Vergütungsansprüche war, dass Ablichtungsgeräte in den genannten Einrichtungen typischerweise für zulässige Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch gemäß § 53 Abs. 2 UrhG genutzt werden.<sup>586</sup> Die Betreiberabgabe ist neben der Geräteabgabe (§ 54 Abs. 1 UrhG) eine zusätzliche Abgabe.<sup>587</sup> Anders als Importeure haften die Betreiber daher nicht gesamtschuldnerisch neben den Herstellern für den Vergütungsanspruch gemäß § 54 Abs. 1 UrhG, sondern sind Schuldner eines separaten Vergütungsanspruchs.

Die dritte Erweiterung des Kreises tauglicher Tathandlungen brachte das Gesetz zur Änderung des Patentgebührengesetzes und anderer Gesetze vom 25. Juli 1994<sup>588</sup>. Neben Herstellern und Importeuren haften seitdem die Händler gesamtschuldnerisch in Bezug auf die Geräte- und Speichermedienabgabe (§ 54b Abs. 1 UrhG). Hintergrund der Regelung war die Vollendung des gemeinsamen Binnenmarkts, mit der die Grenzkontrollen und Einfuhrkontrollmeldungen für Gegenstände, die der Vergütungspflicht des § 54 UrhG unterlagen, innerhalb des Gebiets der Europäischen Gemeinschaft weggefallen waren.<sup>589</sup> Ohne die Einfuhrkontrollmeldungen ließen sich die Vergütungsansprüche gegen Importeure praktisch schwerer durchsetzen. Die gesamtschuldnerische Einbeziehung aller Händler war als Ersatzinstrument für die Kontrollmeldungen konzipiert.<sup>590</sup>

Da vorrangig weiterhin Hersteller und Importeure haften sollten, schränkte der Gesetzgeber die Händlerhaftung in mehrfacher Hinsicht ein. §§ 54 Abs. 1 S. 3, 54a Abs. 1 S. 3 UrhG a.F. schlossen Händler mit kleinem Geschäftsumfang von vornherein von der Mithaftung aus. Mit Inkrafttreten des „Zweiten Korbs“ am 1. Januar 2008 ist die Ausnahme für

Kleinhändler wieder weggefallen, da sie in der Praxis ohne Bedeutung geblieben war.<sup>591</sup> Inhaltlich unverändert sind dagegen die Regeln über den Wegfall der Vergütungspflicht des Händlers geblieben (§ 54b UrhG a.F., § 54b Abs. 3 UrhG n.F.). Gemäß § 54b Abs. 3, Nr. 1 UrhG entfällt die Vergütungspflicht, soweit ein zur Zahlung der Vergütung Verpflichteter, von dem der Händler die Geräte oder die Speichermedien bezieht, an einen Gesamtvertrag über die Vergütung gebunden ist. Der Verband des vergütungspflichtigen Lieferanten oder Herstellers hilft regelmäßig bei der Einziehung, so dass das Inkasso auch ohne die Mithaftung des Händlers gewährleistet ist.<sup>592</sup> Ebenso entfällt gemäß § 54b Abs. 3 Nr. 2 UrhG die Vergütungspflicht, wenn der Händler Art und Stückzahl der bezogenen Geräte und Speichermedien und seine Bezugsquelle der nach § 54h Abs. 3 UrhG bezeichneten Empfangsstelle jeweils zum 10. Januar und 10. Juli für das vorangegangene Kalenderhalbjahr schriftlich mitteilt. Der Händler, der aus eigenem Antrieb dazu beiträgt, dass die Vergütung von einer vorgelagerten Handelsstufe eingezogen wird, soll mit dem Wegfall seiner Mithaftung belohnt werden.<sup>593</sup>

Man kann die geltende Rechtslage zusammenfassen: Rechteinhaber haben einen Vergütungsanspruch gegen Hersteller, Importeure und Händler jeglicher Geräte und Speichermedien als Gesamtschuldner. Da die Händler nur ersatzweise haften sollen, entfällt ihre Mithaftung, wenn das Inkasso auf der vorgelagerten Handelsstufe gesichert ist. Zusätzlich haben Rechteinhaber einen Vergütungsanspruch gegen bestimmte Großbetreiber von Ablichtungsgeräten.

## 5. Rechtsfolgen

### a. Vergütungshöhe als Rechtsfolgenlösung

Vorfeldschutz gegen ambivalente (multifunktionale) Technologie, das heißt gegen Technologie, die auch legale Verwendungsmöglichkeiten bietet, sollte derart ausgestaltet sein, dass der Vertrieb insoweit von Verbotensrechten und Vergütungsansprüchen unbehelligt bleibt, als er nicht den unmittelbaren Eingriff in Urheberrechte nach sich zieht. Entsprechend sollte der Urheber nur insoweit eine gesetzliche Vergütung erhalten, als die ambivalenten Geräte- und Speichermedien tatsächlich im

Rahmen der gesetzlichen Lizenz gemäß § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG genutzt werden. Außerhalb der gesetzlichen Lizenz kann der Urheber seine Verbotungsrechte geltend machen und eine vertragliche Vergütung aushandeln. Insbesondere darf es zu keiner Doppelvergütung kommen, das heißt der Urheber darf für die Verwertung seines Werks nicht kumulativ gesetzliche und vertragliche Vergütungsansprüche erwerben.

Die Gefährdungsdelikte des Marken- und Patentrechts stellen bereits auf Tatbestandsseite sicher, dass der Rechtsinhaber den Vertrieb „neutraler“ Produkte nicht verhindern kann, auch wenn sie im Einzelfall zur Rechtsverletzung geeignet sein mögen. § 10 Abs. 1 PatG erfasst nur Mittel, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen. Der Lieferant ambivalenter Mittel kann sich seiner Haftung zudem dadurch entziehen, dass er mit Hilfe begleitender Sicherheitsvorkehrungen dazu beiträgt, dass der Abnehmer sich nicht zur patentgemäßen Benutzung entschließt. Die Vergütungsansprüche gemäß § 54 ff. UrhG differenzieren auf Tatbestandsseite dagegen kaum. Sämtliche Geräte und Speichermedien, deren Typ auch nur zu einem sehr geringen Anteil für Vervielfältigungen für den eigenen Gebrauch genutzt wird, sind vergütungspflichtig. Eine konkrete Betrachtungsweise erlaubt allein § 54 Abs. 2 UrhG (S. 115). Erst auf Rechtsfolgenseite berücksichtigt das Urheberrecht, inwiefern die vom Tatbestand erfassten Geräte und Speichermedien auch außerhalb der gesetzlichen Lizenz zum Einsatz kommen. Gemäß § 54a Abs. 1 UrhG hängt die Vergütungshöhe davon ab, in welchem Maß die Geräte und Speichermedien als Typen tatsächlich für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 bis 3 genutzt werden.

Indem § 54a Abs. 1 UrhG die Vergütungshöhe an die tatsächliche Nutzung knüpft, bringt die Vorschrift deutlicher als ihre Vorgängerregelungen zum Ausdruck, dass die Geräte- und Speichermedienabgabe keine Verkehrssteuer ist, die jeden Hersteller und Händler gleichermaßen trifft, sondern eine Vergütung für die Verwertung geschützter Werke, die allein aus zahlungstechnischen Gründen im Vorfeld der eigentlichen Verwertung eingezogen wird.<sup>594</sup> Um praktikabel zu bleiben, muss sie jedoch weiterhin pauschalisieren. Daher bestimmt sich die Vergütungshöhe nicht nach der konkreten Nutzung einzelner Geräte oder Speichermedien, sondern nach der tatsächlichen Nutzung des Gerätetyps. Um festzustellen, in welchem Maß ein Gerät oder Speichermedium typischerweise für gesetzlich

erlaubte Vervielfältigungen genutzt wird, können empirische Untersuchungen durchgeführt werden, etwa repräsentative Umfragen bei Gerätenutzern.<sup>595</sup> Scheitern die Gesamtvertragsverhandlungen zwischen der Verwertungsgesellschaft und den betroffenen Herstellerverbänden (§ 13a Abs. 1 S. 2 WahrnG), kann die Verwertungsgesellschaft die Tarife erst einseitig aufstellen, nachdem die Schiedsstelle empirische Untersuchungen durchgeführt hat (§ 13a Abs. 1 S. 3 und § 14 Abs. 5a WahrnG). Drei Gesichtspunkte verdienen, besonders hervorgehoben zu werden.

#### b. Keine Vergütung für illegale Vervielfältigungen

Da § 54 UrhG dem Urheber einen Vergütungsanspruch nur für Vervielfältigungen gewährt, die gemäß § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG gesetzlich erlaubt sind, darf man bei der Berechnung der Vergütungshöhe nicht berücksichtigen, dass mit dem Gerät oder Speichermedium gegebenenfalls auch unerlaubt vervielfältigt wird.<sup>596</sup> Vervielfältigungen, die nicht von der gesetzlichen Lizenz gedeckt sind, kann der Rechtsinhaber mit Hilfe des Unterlassungsanspruchs (§ 97 Abs. 1 UrhG) untersagen. Er hat ein Verbotungsrecht, ist also nicht auf den Vergütungsanspruch beschränkt, darf andererseits aber auch nicht „dulden und liquidieren“. Beispielsweise erhöht sich der Vergütungsanspruch gegen Hersteller, Importeure und Händler von PCs nicht dadurch, dass mit Hilfe von Computern typischerweise Musik- und Videodateien illegal über Sharehoster oder P2P-Netzwerke verbreitet werden. Der Urheber muss seine Verbotungsrechte gegen die einzelnen Vervielfältiger (unmittelbare Verletzer) geltend machen oder sich mit Hilfe des allgemeinen Vorfeldschutzes gegen die Plattformbetreiber wenden. Zusätzlichen besonderen Vorfeldschutz gegen den Vertrieb erforderlicher Geräte kann er nicht in Anspruch nehmen.

Der „Zweite Korb“ hat sich negativ auf die Vergütungshöhe ausgewirkt, indem er Vervielfältigungen von offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen aus der gesetzlichen Lizenz ausgenommen hat (§ 53 Abs. 1 S. 1 UrhG). Oft stellt jemand eine digitale Vorlage rechtmäßig, nämlich zum privaten Gebrauch her (§ 53 Abs. 1 S. 1 UrhG), beispielsweise indem er ein Musikwerk von einer gekauften CD auf die Festplatte seines Computers kopiert. Später macht er die Vorlage

aber rechtswidrig öffentlich zugänglich (§ 19a UrhG), indem er sie bei einem Sharehoster hochlädt, oder in einem P2P-Netzwerk freischaltet. Wer die Datei wieder herunterlädt und dadurch vervielfältigt, bewegte sich vor dem 1. Januar 2008 innerhalb der Grenzen seiner gesetzlichen Lizenz, handelt seitdem jedoch rechtswidrig. Vervielfältigungen im Rahmen von Musiktäuschbörsen erhöhen seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr die Vergütung für die erforderlichen Geräte.

### c. Keine Vergütung bei Einwilligung des Rechtsinhabers

#### aa. Verhältnis zwischen gesetzlicher Lizenz und rechtsgeschäftlicher Gestattung

Umstritten ist, inwiefern der Vergütungsanspruch für Vervielfältigungen entfällt, die der Urheber gestattet hat. Mit Gestattung ist jede Erlaubnis gemeint, die zur Rechtmäßigkeit der Eingriffshandlung führt,<sup>597</sup> beispielsweise im Rahmen eines Verfügungsgeschäfts oder Schuldvertrags. Zunächst stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen den gesetzlichen Lizenzen gemäß § 53 UrhG und Rechtsgeschäften über die entsprechenden Verwertungsbefugnisse. Nach bislang herrschender Meinung genoss die rechtsgeschäftliche Gestattung Vorrang vor der gesetzlichen Erlaubnis. Erklärte sich der Berechtigte mit der entsprechenden Verwertung des Werks einverstanden, kam die gesetzliche Lizenz gemäß § 53 UrhG nicht zum Zuge mit der Folge, dass die pauschale gesetzliche Vergütung gemäß § 54 UrhG entfiel.<sup>598</sup> Stattdessen konnte der Berechtigte eine individuelle vertragliche Vergütung (§ 32 UrhG) vereinbaren. In seinen Vorlagebeschlüssen vom 21. Juli 2011 in den Verfahren „Drucker und Plotter“ sowie „PC“ vertrat der BGH dagegen die Auffassung, die gesetzlichen Lizenzen seien gegenüber einer ausdrücklichen oder konkludenten Genehmigung vorrangig: „Soweit solche Einschränkungen des Vervielfältigungsrechts reichen, nehmen sie dem Rechtsinhaber die Möglichkeit, Vervielfältigungen zu verbieten oder zu gestatten. Eine Genehmigung der bereits aufgrund der Einschränkungen des Vervielfältigungsrechts zulässigen Vervielfältigungen durch den Rechtsinhaber geht ins Leere und lässt die Bedingung oder die Möglichkeit eines gerechten Ausgleichs

unberührt. Soweit der Senat in den Entscheidungen ‚Drucker und Plotter I‘ und ‚PC I‘ bei seinen Überlegungen zu einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 54a Abs. 1 UrhG a.F. einen anderen Standpunkt vertreten hat [...], hält er daran nicht mehr fest.“<sup>599</sup> Ähnlich argumentieren S. Müller<sup>600</sup> und T. Dreier<sup>601</sup>: Eine Einwilligung schließe allein die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs aus, setze daher einen tatbestandsmäßigen Eingriff in Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers voraus. § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG beschränkten die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers jedoch schon tatbestandlich; für eine Einwilligung bleibe kein Raum.

Gegen den Vorrang der gesetzlichen Lizenz spricht Erwägungsgrund 35 zur Info-RL, der vertragliche Lizenzgebühren für gesetzlich erlaubte Verwertungen für möglich hält. Vertragliche Lizenzgebühren (§ 32 UrhG) sind jedoch nur als Gegenleistung für die vertragliche Einräumung von Verwertungsrechten (§ 31 UrhG) denkbar. Der EuGH betonte in seiner Entscheidung „Padawan“, durch den „gerechten Ausgleich“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL solle den Urhebern die *ohne ihre Genehmigung* erfolgte Nutzung ihres geschützten Werkes angemessen vergütet werden.<sup>602</sup> Man kann den Gegenschluss ziehen, dass dem Urheber keine Vergütung zustehen soll, wenn er in die gesetzlich erlaubte Verwertung zusätzlich (= vorrangig) rechtsgeschäftlich einwilligt.<sup>603</sup> Sicherheit werden erst die Vorabentscheidungen des EuGH in Sachen „Drucker und Plotter“ sowie „PC“ bringen.

#### bb. Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen Gestattung

Folgt man der bislang herrschenden Meinung, stellt sich zweitens die Frage, welche tatsächlichen Umstände für eine Gestattung durch den Berechtigten sprechen. Neben einem gegenseitigen Lizenzvertrag ist eine einseitige „schlichte“ Einwilligung denkbar.<sup>604</sup> Die schlichte Einwilligung in die Urheberrechtsverletzung unterscheidet sich in ihren Rechtswirkungen von der (dinglichen) Übertragung von Nutzungsrechten und der schuldrechtlichen Gestattung dadurch, dass sie zwar als Erlaubnis zur Rechtmäßigkeit der Handlung führt, der Einwilligungsempfänger aber weder ein dingliches Recht noch einen schuldrechtlichen Anspruch oder ein sonstiges gegen den Willen des Rechtsinhabers durchsetzbares Recht erwirbt.<sup>605</sup> Nach herrschender Meinung handelt es sich bei der schlichten

Einwilligung um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, für die die Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend gelten.<sup>606</sup> Voraussetzung ist, dass der Berechtigte (in der Regel durch schlüssiges Verhalten) erklärt, er sei mit der Nutzungshandlung einverstanden.

Praktische Bedeutung hat die schlichte Einwilligung im Bereich digitaler Vervielfältigungen. Einem Tonkünstler mag daran gelegen sein, einzelne Stücke im Internet kostenlos zu verbreiten, um dadurch Interesse an seinem Gesamtwerk zu wecken. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass der Urheber, der seine Wortbeiträge oder Bilder im Internet frei zugänglich macht, regelmäßig (konkludent) in deren Vervielfältigung einwilligt.<sup>607</sup> Er müsse „zumindest damit rechnen, dass diese Inhalte heruntergeladen oder ausgedruckt werden“.<sup>608</sup> Seinen entgegenstehenden Willen könne der Berechtigte dadurch zum Ausdruck bringen, dass er seine Werke mit technischen Maßnahmen (§ 95a UrhG) schütze. Im Fall „Vorschaubilder“ entschied der BGH zudem, dass derjenige, der Bilder in eine Internetseite einbinde, ohne sie technisch vor dem Zugriff von Bildersuchmaschinen zu schützen, damit einverstanden sei, dass die Suchmaschine Vorschaubilder („Thumbnails“) im Rahmen der Suchergebnisse öffentlich zugänglich mache (§ 19a UrhG).<sup>609</sup>

Die Ansicht des Bundesgerichtshofs hat in der Literatur teilweise Kritik erfahren. *J. v. Ungern-Sternberg* tritt dafür ein, vor dem Hintergrund der Zweckübertragungslehre (§ 31 Abs. 5 UrhG) die schlichte Einwilligung in Internetkonstellationen auf diejenigen Nutzungshandlungen zu beschränken, „die mit der Nutzung des Internets wesensmäßig verbunden sind“, und denkt dabei vorrangig an vorübergehende Vervielfältigungen im Arbeitsspeicher oder Nutzungen durch Suchmaschinen.<sup>610</sup> Er warnt davor, vom Schweigen des Berechtigten oder von dem Verzicht auf technischen Schutz auf die schlichte Einwilligung zu schließen.<sup>611</sup> *G. Spindler* bezeichnet die Einwilligungskonstruktion des Bundesgerichtshofs als „Allzweckwaffe“ und „Kunstgriff“, mit dem zu Gunsten der Einzelfallgerechtigkeit das System der Schranken des Urheberrechts unterlaufen werde.<sup>612</sup>

Tatsächlich zieht der BGH die Voraussetzungen einer schlichten Einwilligung zu weit. Verallgemeinert man die Argumentation des Gerichtshofs, ist die Vergütungshöhe für Geräte und Speichermedien, die

zu digitalen Vervielfältigungen eingesetzt werden, beispielsweise PCs, denkbar niedrig anzusetzen. Entweder wird die digitale Vorlage ohne den Willen des Urhebers zugänglich gemacht. Vervielfältigungen sind dann illegal und bleiben für den Vergütungsanspruch gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 UrhG außer Betracht. Oder die digitale Vorlage wird mit dem Willen des Urhebers zugänglich gemacht. Vervielfältigungen sind dann von einer konkludenten Einwilligung gedeckt und können ebenso wenig für den gesetzlichen Vergütungsanspruch berücksichtigt werden.

Die Einwilligung ist „als Disposition über ein Rechtsgut auf zwischenmenschliche Kommunikation angelegt und bedarf daher eines Erklärungsaktes“.<sup>613</sup> Zwar kann die Einwilligung konkludent erklärt werden, aus dem Verhalten muss man dazu aber auf den tatsächlichen Willen des Betroffenen schließen können. Es reicht nicht, dass die Einwilligung in einer Situation objektiv geboten oder naheliegend erscheint.<sup>614</sup> Wer eine Webseite betreibt, kann ohne großen Aufwand darauf hinweisen, mit welchen Nutzungen seiner Inhalte er einverstanden ist.<sup>615</sup> Unterbleibt ein solcher Hinweis, kann das ein Anhaltspunkt dafür sein, dass er gerade keine Vervielfältigungen gestatten möchte. Das „Wissen“ darüber, dass Internetnutzer die Inhalte ohne weiteres vervielfältigen können, ist nicht mit einem entsprechenden „Wollen“ gleichzusetzen.

Indem der BGH den Urheber auf die Möglichkeit verweist, technische Schutzmaßnahmen zu ergreifen, provoziert er Wertungswidersprüche zu anderen Normen des Urheberrechts. § 95a UrhG gewährt flankierenden *rechtlichen* Schutz für denjenigen, der seine Rechte selbst *technisch* schützt. Die Vorschrift verfolgt jedoch nicht den Zweck, als Kehrseite den rechtlichen Schutz für denjenigen abzuschwächen, der auf technische Schutzmaßnahmen verzichtet. Niemand ist verpflichtet, technische Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Der BGH formuliert aber zumindest eine entsprechende Obliegenheit, indem er demjenigen, der auf technischen Schutz verzichtet, eine Einwilligung in die Verwertung seines Werks unterstellt. Für den Verzicht sind unterschiedliche Motive denkbar. Technische Schutzmaßnahmen sind oft kostspielig. Auch können sie zu technischen Schwierigkeiten bei der legalen, etwa vertraglich gestatteten Nutzung führen. Der Verzicht kann dem Marketing dienen. „DRM-Free“

gilt in der Musikindustrie als zugkräftiger Werbeslogan. Die Vielfalt denkbarer Beweggründe spricht dagegen, den Verzicht auf technischen Schutz stets als Anhaltspunkt für eine konkludente Einwilligung zu werten.

Schließlich drohen Wertungswidersprüche zu § 54 Abs. 1 S. 2 UrhG, wonach für die Vergütungshöhe zu berücksichtigen ist, inwieweit technische Schutzmaßnahmen nach § 95a UrhG auf die betreffenden Werke angewendet werden. Die Vergütungshöhe vermindert sich nach § 54 Abs. 1 S. 2 UrhG nur für Vervielfältigungen, die der Urheber tatsächlich mit Hilfe technischer Maßnahmen kontrolliert, nicht schon für Vervielfältigungen, die er mit Hilfe technischer Maßnahmen verhindern könnte.<sup>616</sup> § 54 Abs. 1 S. 2 UrhG lässt dem Urheber also eine Wahl: Entweder er verzichtet auf technische Schutzmaßnahmen und kassiert die gesetzliche Vergütung, oder er sichert sich mit Hilfe technischer Maßnahmen eine vertragliche Einzelvergütung, verliert dafür aber den gesetzlichen Anspruch auf pauschale Vergütung. Der Bundesgerichtshof nimmt ihm das Wahlrecht in weiten Bereichen, indem er die gesetzliche Vergütung wegen Einwilligung auch versagt, wenn der Urheber mögliche Schutzmaßnahmen nicht ergreift.

#### cc. Folgen der rechtsgeschäftlichen Gestattung

Bis zu seinen Beschlüssen vom 21. Juli 2011 „Drucker und Plotter II“ sowie „PC II“ vertrat der BGH die Ansicht, wer die Vervielfältigung seines Werks gestatte, verliere den korrespondierenden gesetzlichen Vergütungsanspruch gemäß § 54 Abs. 1 UrhG.<sup>617</sup> Das Bundesverfassungsgericht äußerte in seinen Beschlüssen „Drucker und Plotter“<sup>618</sup> sowie „PC“<sup>619</sup> Zweifel daran, dass derjenige, der sich mit Privatkopien einverstanden erkläre, stets auch auf die gesetzliche Vergütung verzichten wolle. Ebenso trennt *S. Müller* zwischen der Einwilligung in die Nutzung des Werks und dem Verzicht auf jegliche Vergütung, der einen unmissverständlichen Willen des Rechtsinhabers voraussetze.<sup>620</sup> Der Bundesgerichtshof deutete in seinen Vorlagebeschlüssen „Drucker und Plotter II“ sowie „PC II“ eine Unterscheidung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Genehmigung an: „Selbst wenn Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das

Vervielfältigungsrecht gegenüber einer Genehmigung des Rechtsinhabers nicht als vorrangig anzusehen wären, ist die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache ‚Padawan‘ nach Ansicht des Senats jedenfalls nicht dahin zu verstehen, dass eine Genehmigung der Vervielfältigung durch den Rechtsinhaber – ohne gleichzeitige Vergütungsabrede – einen gerechten Ausgleich nach der Richtlinie ausschliesse [...].“<sup>621</sup> Nach dieser Ansicht bewirkt die schlichte Einwilligung, die schon auf Grund ihrer einseitigen Natur keine Vergütungsabrede beinhaltet, nicht den Wegfall der gesetzlichen Vergütung.

Die von einem Teil der Literatur und Rechtsprechung vorgeschlagene Differenzierung auf Rechtsfolgenseite ist mit der Systematik der §§ 53 ff. UrhG nicht in Einklang zu bringen. Der Vergütungsanspruch gemäß § 54 Abs. 1 UrhG ist an die gesetzliche Lizenz geknüpft, setzt also voraus, dass die Vervielfältigung gerade auf Grund der gesetzlichen Schrankenbestimmung in § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG und nicht auf Grund einer vorrangigen rechtsgeschäftlichen Gestattung erlaubt ist. Die rechtsgeschäftliche Gestattung begründet eine gegenüber dem § 53 UrhG selbstständige (vorrangige) Verwertungsbefugnis und eröffnet im Gegenzug die Möglichkeit der vertraglichen Vergütungsabrede. Als Kehrseite sperrt sie den gesetzlichen Vergütungsanspruch. Wer sich rechtsgeschäftlich mit privaten Vervielfältigungen seines Werks einverstanden erklärt, muss seine Vergütung vertraglich absichern oder ganz verzichten. Eine Aufspaltung der Gestattung hinsichtlich der Wirkungen des § 53 UrhG einerseits und derjenigen des § 54 UrhG andererseits ist nicht möglich. Will man die gesetzliche Vergütung nicht unangemessen beschneiden, muss man entweder der gesetzlichen Lizenz Vorrang vor der rechtsgeschäftlichen Gestattung einräumen oder – richtigerweise – am Einwilligungstatbestand ansetzen. Nur wenn aus dem Verhalten des Berechtigten zweifelsfrei der Wille spricht, die Vervielfältigung unabhängig von den Regelungen in § 53 UrhG zu gestatten, geht die gesetzliche Lizenz ins Leere und entfällt der gesetzliche Vergütungsanspruch. Wer dagegen lediglich vor der gesetzlichen Lizenz „kapituliert“, das heißt sich mit dem Verlust seines Verbotensrechtes abfindet und die Situation im Hinblick auf die gesetzliche Vergütung auch billigt, erteilt keine rechtsgeschäftliche Einwilligung.

Man kann zusammenfassen: Die rechtsgeschäftliche Einwilligung geht der gesetzlichen Lizenz gemäß § 53 UrhG vor und bewirkt den Wegfall des gesetzlichen Vergütungsanspruchs gemäß § 54 UrhG. Allerdings ist der Wille des Berechtigten im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. Nicht ausreichend ist das Wissen des Berechtigten darüber, dass seine Werke vervielfältigt werden können oder der Verzicht auf technische Schutzmaßnahmen. Die pauschale Herabsetzung der Vergütung für Geräte, die hauptsächlich Vervielfältigungen von digitaler Vorlage ermöglichen (PC, Drucker), steht vor diesem Hintergrund nicht im Einklang mit dem Gesetz.

#### d. Keine Vergütung bei technischen Schutzmaßnahmen

Wie soeben ausgeführt, wirkt sich gemäß § 54 Abs. 1 S. 2 UrhG auf die Vergütungshöhe aus, inwieweit technische Schutzmaßnahmen nach § 95a UrhG auf die betreffenden Werke angewendet werden. Mit Hilfe von Kopierschutz oder umfangreichen Digital Rights Management (DRM) Systemen kann der Urheber kontrollieren, wer sein Werk auf welche Weise verwertet und gegebenenfalls eine entsprechende Einzelvergütung durchsetzen. Damit fällt sein besonderes Schutzbedürfnis weg, das den Gesetzgeber seit 1965 dazu bewegt, pauschale Vergütungsansprüche im Vorfeld der unmittelbaren Werkverwertung zu gewähren. § 54 Abs. 1 S. 2 UrhG soll eine Doppelvergütung verhindern:<sup>622</sup> Wer mit Hilfe technischer Maßnahmen eine Vergütung direkt beim Vervielfältiger einzieht, soll nicht zusätzlich von den Lieferanten der erforderlichen Vervielfältigungstechnologie vergütet werden. Nach Prognose des Gesetzgebers wird sich § 54 Abs. 1 S. 2 UrhG mindernd insbesondere auf die Vergütung für CD- und DVD-Brenner, MP3-Player und PCs auswirken.<sup>623</sup>

Der Einsatz technischer Schutzmaßnahmen wirkt sich nicht nur auf die Vergütungshöhe aus, sondern auch auf die Verteilung der Vergütung an die Berechtigten. Gemäß § 54h Abs. 1 UrhG können die Vergütungsansprüche nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden. Jedem Berechtigten (Urhebern und Leistungsschutzberechtigten) steht ein angemessener Anteil an den gezahlten Vergütungen zu (§ 54h Abs. 2 S. 1 UrhG). Allerdings werden

Werke, die mit technischen Maßnahmen geschützt sind, nicht bei der Verteilung der Einnahmen berücksichtigt (§ 54h Abs. 2 S. 2 UrhG).

## 6. Zusammenfassung

Der gesetzliche Vergütungsanspruch ist ein spezifisches Instrument des Vorfeldschutzes im Urheberrecht. Anders als der Inhaber gewerblicher Schutzrechte will der Urheber die Benutzung seines geistigen Guts nicht untersagen, sondern lediglich vergütet werden. Da Vergütungsansprüche für Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gegen den unmittelbaren Verwerter kaum realisierbar sind, gestattet § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG die Vervielfältigungen. Zum Ausgleich erhält der Urheber pauschale Vergütungsansprüche im Vorfeld der Verwertung. Taugliche Tatobjekte sind Geräte und Speichermedien, die tatsächlich für Vervielfältigungen gemäß § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG benutzt werden, auch wenn sie überwiegend zu anderen Zwecken eingesetzt werden. Passivlegitimiert sind der Hersteller, Importeur und Händler sowie bestimmte Großbetreiber von Ablichtungsgeräten. Haftungsbeschränkend wirken die Leitlinien zur Vergütungshöhe in § 54a UrhG (Rechtsfolgenlösung). Ausgangspunkt ist das Maß tatsächlicher Nutzung gemäß § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG. Außer Acht bleiben insbesondere illegale Vervielfältigungen sowie Vervielfältigungen, in die der Urheber eingewilligt hat. Kann der Urheber mit Hilfe technischer Schutzmaßnahmen eine vertragliche Einzelvergütung durchsetzen, entfällt der pauschale gesetzliche Vergütungsanspruch (§ 54a Abs. 1 S. 2 UrhG). Innerhalb einer Funktionseinheit ist zwar jedes Gerät dem Grunde nach vergütungspflichtig. Die Funktion innerhalb der Einheit wirkt sich aber auf die Vergütungshöhe aus (§ 54a Abs. 2 UrhG).

### *III. Vorfeldschutz gemäß § 95a UrhG*

In der Informationsgesellschaft, die sich digitaler Technologien bedient, verlässt sich der Inhaber von Immaterialgüterrechten nicht mehr ausschließlich auf *rechtlichen* Schutz, zu dessen Durchsetzung er notfalls auf die Gerichte angewiesen ist. Ergänzend ergreift er *technische* Schutzmaßnahmen, die ihre Wirkung zunächst von selbst entfalten.

Digitale Technologien bringen nicht nur neue Gefahren für geistige Güter mit sich, sie liefern den Rechtsinhabern auch neue Instrumente, sich gegen Eingriffe zu schützen.<sup>624</sup> Technische Schutzmaßnahmen reichen von Verschlüsselungsverfahren und digitalen Wasserzeichen über Kopiersperren bei Audio-CDs und DVDs bis hin zu umfassenden DRM-Systemen, die typischerweise eine Zugangs- und Nutzungskontrolle mit einem Lizenzierungs- und Abrechnungssystem kombinieren.<sup>625</sup> Während sich die DRM-Technik in der Musikindustrie nicht durchsetzen konnte, ist sie in der Film- und Videoindustrie auf dem Vormarsch.

Der Gesetzgeber respektiert die Entscheidung vieler Rechtsinhaber, den rechtlichen Schutz durch technische Maßnahmen zu ergänzen oder gar zu ersetzen, und unterstützt sie bei diesem Vorhaben. Keine technische Schutzmaßnahme ist gegen ihre Umgehung immun. Die §§ 95a ff. UrhG flankieren den technischen Schutz, indem sie seine Umgehung verbieten, und setzen damit Art. 6 Info-RL um. Im modernen Urheberrecht sind rechtlicher und tatsächlicher Schutz mehrschichtig miteinander verzahnt: Technische Maßnahmen ergänzen den rechtlichen Schutz des Urheberrechts und werden ihrerseits durch rechtlichen Schutz gemäß § 95a UrhG ergänzt. § 95a UrhG greift weit in das Vorfeld tatsächlicher Urheberrechtsverletzungen. Man kann zwei Ebenen unterscheiden.

§ 95a Abs. 1 UrhG verbietet die Umgehung der technischen Maßnahme. Wer einen Kopierschutz umgeht, verwertet das geschützte Werk nicht, sondern bereitet seine Verwertung – beispielsweise seine Vervielfältigung (§ 16 UrhG) oder öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) – lediglich vor. Bereits § 95a Abs. 1 UrhG vermittelt daher Vorfeldschutz. Die zweite Ebene erschließt § 95a Abs. 3 UrhG, der den Vertrieb von Mitteln verbietet, mit deren Hilfe technische Maßnahmen umgangen werden können. Indem § 95a Abs. 3 UrhG Vorfeldschutz gegen gefährliche Produkte gewährt, ist die Vorschrift strukturell mit § 10 Abs. 2 PatG und § 14 Abs. 4 MarkenG verwandt.

## 1. Erste Ebene: Umgehungsverbot gemäß § 95a Abs. 1 UrhG

### a. Zur Rechtsnatur der Vorschrift

§ 95a Abs. 1 UrhG vermittelt insoweit einstufigen Vorfeldschutz, als er die Umgehung der technischen Maßnahme als solche verbietet, also unabhängig davon, ob ein unmittelbarer Eingriff in das Urheberrechts nachfolgt.<sup>626</sup> Er ist ein Gefährdungsdelikt, das nicht die Verletzung des Urheberrechts untersagt, sondern Tätigkeiten, die typischerweise eine Verletzung vorbereiten. Allerdings muss dem Handelnden zumindest den Umständen nach bekannt sein, dass die Umgehung erfolgt, um den Zugang zu einem geschützten Werk oder dessen Nutzung zu ermöglichen. Ähnlich wie bei § 10 Abs. 1 PatG ist der subjektive Tatbestand zweistufig ausgestaltet (S. 60). § 95a Abs. 1 UrhG ist daher kein rein abstraktes Gefährdungsdelikt, sondern ein „abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt“ oder ein „Eignungsdelikt“.

## b. Objektiver Tatbestand

### aa. Tatobjekte

Tatobjekte des § 95a Abs. 1 UrhG sind wirksame technische Maßnahmen im Sinne von § 95a Abs. 2 UrhG. § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG nennt Technologien, Vorrichtungen und Bestandteile unabhängig von der Art ihrer technischen Lösung. Sowohl Hardware- als auch Softwarelösungen genießen flankierenden rechtlichen Schutz.<sup>627</sup> Da § 95a Abs. 1 UrhG als Instrument des Vorfeldschutzes mittelbar dem Schutz des Urheberrechts dient, sollte er technische Maßnahmen aber nur insoweit durch rechtlichen Schutz flankieren, als die Maßnahmen ihrerseits das Urheberrecht tatsächlich schützen. Der rechtliche Schutz, den das Urheberrechtsgesetz vermittelt, und der tatsächliche Schutz, den eine technische Maßnahme bietet, decken sich jedoch selten. Eine technische Schutzmaßnahme ist geeignet, jede Art von Informationen und Daten vor jeder Art der Benutzung zu schützen.<sup>628</sup> Das Urheberrecht schützt dagegen nur bestimmte geistige Güter vor bestimmten Verwertungshandlungen. Oft schießt der tatsächliche Schutz über den rechtlichen hinaus.<sup>629</sup> Grundsätzlich widerspräche es dem Sinn und Zweck von § 95a Abs. 1 UrhG (mittelbarer Schutz des Urheberrechts), technische Maßnahmen in diesem überschießenden Bereich rechtlich zu flankieren. Angesichts begrenzter technischer Möglichkeiten und aus Gründen der

Rechtssicherheit konnte der Gesetzgeber den rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen aber nicht vollständig an das Ausschließlichkeitsrecht koppeln. § 95a Abs. 1 UrhG gewährt überschießenden Vorfeldschutz. Man kann drei Fallgruppen unterscheiden.

### (1) Technischer Schutz gemeinfreier Werke

Technische Maßnahmen lassen sich auch zum Schutz gemeinfreier Werke einsetzen. Zu gemeinfreien Werken gehören Werke, die mangels persönlicher geistiger Schöpfung rechtlich nicht schutzfähig sind (§ 2 Abs. 2 UrhG) oder deren Schutzfrist abgelaufen ist (§ 64 UrhG).<sup>630</sup> An verschiedenen Stellen des Gesetzeswortlauts wird deutlich, dass § 95a UrhG flankierenden rechtlichen Schutz hinsichtlich gemeinfreier Werke versagt.<sup>631</sup> § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG verlangt, dass die technischen Maßnahmen *geschützte Werke* oder andere *nach diesem Gesetz geschützte Schutzgegenstände* betreffende Handlungen verhindern oder beschränken. § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG verweist erneut auf die Schutzgegenstände des Urheberrechts, ebenso der Tatbestand des Umgehungsverbots (§ 95a Abs. 1 UrhG). Daneben fordert § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG, dass die technischen Maßnahmen Handlungen verhindern, die vom Rechtsinhaber *nicht genehmigt* sind. Die Nutzung gemeinfreier Werke ist nicht genehmigungsbedürftig. Man kann festhalten: Schützt eine technische Maßnahme ausschließlich gemeinfreie Werke, erfüllt sie nicht die Voraussetzungen von § 95a Abs. 2 UrhG und ist kein taugliches Tatobjekt gemäß § 95a Abs. 1 UrhG. Jeder darf sie umgehen.

Oft beschränkt eine technische Maßnahme neben der Nutzung gemeinfreier auch die Nutzung geschützter Werke. Man denke sich eine kopiergeschützte Audio-CD, die neben modernen Stücken klassische Musik enthält, deren Schutzfrist abgelaufen ist. Die herrschende Meinung vertritt, im Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel umfassenden Schutzes genügen technische Maßnahmen auch in Konstellationen „partiellen Schutzes“ den Anforderungen von § 95a Abs. 2 UrhG, soweit der Anbieter freie und geschützte Inhalte nicht rechtsmissbräuchlich koppelt.<sup>632</sup> Daraus folge zwar eine „Quasischutzerweiterung“<sup>633</sup> des Urheberrechts in die *domaine publique*. Da technische Maßnahmen aber nicht in dem Sinne teilbar seien, dass man sie hinsichtlich der freien Inhalte umgehen könnte,

ohne gleichzeitig Zugang zu den geschützten Inhalten zu erhalten, müsse man – vor die Wahl zwischen „ganz“ oder „gar nicht“ gestellt – diese Erweiterung hinnehmen.

Von der Frage, ob technische Maßnahmen bei „partielltem Schutz“ taugliche Tatobjekte gemäß § 95a Abs. 2 UrhG sind, ist im subjektiven Tatbestand die Frage zu trennen, ob derjenige gegen § 95a Abs. 1 UrhG verstößt, der die technische Maßnahme ausschließlich umgeht, um auf die freien Inhalte zuzugreifen, die geschützten Inhalte dagegen nicht benutzen möchte (S. 140).

## (2) Technischer Schutz und Schranken des Urheberrechts

Ein Kopierschutzmechanismus erkennt nicht, zu welchem Zweck jemand das geschützte Werk vervielfältigen will. Indem er sämtliche Vervielfältigungen verhindert, schließt er auch solche Vervielfältigungen aus, die gemäß den Schrankenbestimmungen in §§ 44a ff. UrhG zulässig sind. Eine Audio-CD, die mit Kopierschutz ausgestattet ist, kann ohne Umgehungssoftware nicht zum privaten Gebrauch vervielfältigt werden, obwohl dies gesetzlich erlaubt wäre (§ 53 Abs. 1 UrhG). Flankiert § 95a Abs. 1 UrhG den überschießenden tatsächlichen Schutz rechtlich? Der Wortlaut von § 95a Abs. 2 UrhG lässt keinen eindeutigen Schluss zu, indem er fordert, dass die technische Maßnahme vor Handlungen schützt, die das Urheberrecht „betreffen“. Auch ausnahmsweise zulässige Verwertungen „betreffen“ das Urheberrecht, da sie grundsätzlich in seinen Schutzbereich fallen. Allerdings muss man § 95a Abs. 1 UrhG im Zusammenhang mit den nachfolgenden Bestimmungen lesen.

§ 95b UrhG widmet sich der „Durchsetzung von Schrankenbestimmungen“. Die Vorschrift gestattet demjenigen, der von einer Schrankenbestimmung begünstigt ist, nicht, die technische Maßnahme zu umgehen. Sie räumt ihm kein Selbsthilferecht („Right to hack“) ein. Stattdessen verpflichtet sie die Rechtsinhaber, den Begünstigten einiger Schrankenregelungen („Schranken erster Klasse“<sup>634</sup>) Mittel zur Verfügung zu stellen, um von der Schrankenbestimmung Gebrauch zu machen (relativer Vorrang der technischen Maßnahmen vor den Schranken des Urheberrechts<sup>635</sup>). Auf § 53 Abs. 1 UrhG verweist §

95b Abs. 1 S. 1 Nr. 6a UrhG nur hinsichtlich analoger Vervielfältigungen. Um private Sicherungskopien zu erstellen, darf man die kopiergeschützte Audio-CD weder „rippen“, noch kann man vom Rechtsinhaber verlangen, Mittel zur Deaktivierung des Kopierschutzes bereitzustellen. Der Gesetzgeber hat sich gegen ein „Recht auf digitale Privatkopie“ entschieden, obwohl Art. 6 Abs. 4 S. 2 Info-RL einen entsprechenden Spielraum eröffnet.<sup>636</sup> E contrario kann man festhalten: Technische Vorkehrungen sind auch insoweit taugliche Tatobjekte gemäß § 95a Abs. 2 UrhG, als sie Handlungen erschweren, die ausnahmsweise gemäß §§ 44a ff. UrhG zulässig sind.

Der Verstoß gegen das Umgehungsverbot zu privaten Zwecken ist aber weder straf- noch bußgeldbewehrt (§ 108a Abs. 1 a.E. UrhG). Den Handelnden treffen allein zivilrechtliche Abwehr- und Schadensersatzansprüche. Zudem berücksichtigt § 95d Abs. 1 UrhG die Interessen privater Verwerter, indem er dazu verpflichtet, geschützte Produkte mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahme zu kennzeichnen. So kann der Kulturverbraucher eine informierte Entscheidung über den Erwerb geschützter Werke treffen. Ob sich technische Schutzmaßnahmen langfristig durchsetzen, wird der Markt entscheiden.<sup>637</sup> Die aktuelle Entwicklung lässt sich derart beschreiben, dass die Filmindustrie nach wie vor Kopierschutzmaßnahmen einsetzt, während die Musikindustrie schrittweise darauf verzichtet, sowohl beim Vertrieb von „Hardcopies“ als auch im Online-Vertrieb.<sup>638</sup>

### (3) Technischer Schutz vor tatbestandslosen Handlungen

Von Handlungen, die ausnahmsweise auf Grund einer Schrankenregelung zulässig sind, kann man Handlungen unterscheiden, die von vornherein nicht dem Urheber vorbehalten sind. Dazu zählen der reine Werkgenuss (S. 104), die Verbreitung eines Werkstücks nach Erschöpfung des Urheberrechts (§ 17 Abs. 2 UrhG),<sup>639</sup> der Import eines Werkstücks zu privaten Zwecken oder der Empfang einer Funksendung, die geschützte Werke beinhaltet.<sup>640</sup> Technische Maßnahmen können auch solche Handlungen verhindern oder erschweren. Inwiefern § 95a Abs. 1 UrhG den überschießenden tatsächlichen Schutz rechtlich flankiert, soll am Beispiel der DVD-Ländercodes erläutert werden.

### a. Beispiel: Regionen-Management bei DVD-Videos

Filmindustrie und Gerätehersteller haben eine Verbreitungskontrolle etabliert, wonach die Welt in sechs Regionen unterteilt ist, denen bestimmte Regionalcodes zugewiesen sind (1- 6). Daneben gibt es den Regionalcode 7, der für zukünftige Nutzung freigehalten wird, und Regionalcode 8 für internationales Territorium, beispielsweise Flugzeuge oder Schiffe. Umgangssprachlich bezeichnet schließlich der Regionalcode 0 Geräte oder DVDs, die für mehrere oder alle Regionalcodes freigeschaltet sind. Technisch bewirkt das Regionen-Management, dass DVD-Videos mit eindeutigem Regionalcode nur von DVD-Playern gelesen werden können, die auf diesen Code eingestellt sind. Beispielsweise kann man eine amerikanische DVD nicht auf europäischen Geräten abspielen.

Die Vertriebskontrolle, die das Regionen-Management ermöglicht, verfolgt mehrere Ziele.<sup>641</sup> Hauptbeweggrund war nach Angaben der Filmindustrie zunächst, die Einführung neuer DVD-Videos zeitlich versetzt an die Kinoverwertung des Films in den einzelnen Regionen zu koppeln. Die Kinopremiere erfolgt häufig zunächst in den USA und erst später in anderen Regionen, da die Vervielfältigung der Filmrollen und gegebenenfalls die Synchronisation der Filme Zeit in Anspruch nimmt. Das Regionen-Management verhindert, dass amerikanische DVDs in Ländern abgespielt werden können, in denen die Kinoverwertung noch nicht abgeschlossen ist oder noch gar nicht angefangen hat. Keine Rechtfertigung liefert diese Argumentation allerdings bei Filmen, die weltweit gleichzeitig in den Kinos anlaufen, bei alten Filmen, deren Kinoverwertung längst beendet ist, oder bei Filmen, die gar nicht im Kino gezeigt werden.

Des Weiteren ermöglicht das Regionen-Management, DVDs in verschiedenen Regionen mit verschiedenen Versionen und Inhalten zu vertreiben. Der Filmschnitt kann den jeweiligen Jugendschutzvorschriften und Altersfreigabegrenzen angepasst werden, es kann unterschiedliches Bonus-Material aufgenommen werden. Schließlich soll mit Hilfe der Regionalcodes die Verbreitung von Raubkopien auf die jeweilige Region beschränkt werden. Unausgesprochenes Hauptmotiv der Vertriebskontrolle ist die Möglichkeit der Preisdifferenzierung.<sup>642</sup> Unter Preisdifferenzierung

versteht man eine Preispolitik, die versucht, durch unterschiedliche Preisgestaltung die maximale Zahlungsbereitschaft der Nachfrager auszuschöpfen. Eine räumliche Preisdifferenzierung trägt der unterschiedlichen Zahlungsbereitschaft in den verschiedenen Regionen der Welt Rechnung. Sie funktioniert jedoch nur, solange der Weiterverkauf zwischen den Regionen unterbunden wird. Bei DVD-Videos soll das Regionen-Management der Arbitrage entgegensteuern. Es hilft beispielsweise dabei, DVD-Preise in Europa höher zu halten als in den USA.

Welche urheberrechtlichen Verwertungsrechte berührt das Regionen-Management? Zunächst erschweren die Ländercodes die überregionale kommerzielle Verbreitung von DVDs. Händler amerikanischer DVDs werden in Europa wenige Abnehmer finden, da die Abnehmer daran interessiert sind, DVDs auf ihren europäischen Geräten abzuspielen. Gemäß § 17 Abs. 1 UrhG ist die Verbreitung des Werks dem Urheber vorbehalten. Zwar soll der Urheber nur die Erstverbreitung eines Werkstücks kontrollieren, nicht dagegen die Weiterverbreitung. Das Verbreitungsrecht ist mit Inverkehrbringen des Werkstücks erschöpft.<sup>643</sup> Hat der Urheber sein Verbreitungsrecht aber räumlich beschränkt eingeräumt, tritt auch nur räumlich beschränkte Erschöpfung ein.<sup>644</sup> Wer in Europa eine DVD verkauft, deren Vertrieb der Urheber nur in den USA genehmigt hat, verletzt das Verbreitungsrecht. Die Ländercodes schützen den Urheber insoweit vor Rechtsverletzungen. Tatsächlicher und rechtlicher Schutz stimmen überein.

Das Regionen-Management erschwert nicht nur die kommerzielle Verbreitung, sondern auch den privaten Import. Ein europäischer USA-Tourist wird davon Abstand nehmen, DVDs aus dem Urlaub mitzubringen, wenn er sie zu Hause nicht abspielen kann. Urheberrechtlich ist die Einfuhr zu privaten Zwecken irrelevant, sie ist von keinem Verwertungsrecht umfasst. Mit dem privaten Import kontrolliert das Regionen-Management eine tatbestandslose Nutzungshandlung. Sein tatsächlicher Schutz geht insoweit über den rechtlichen Schutz des Urhebers hinaus.

Drittens beschränken die Ländercodes den rezeptiven Werkgenuss. Wer die DVD nicht abspielen vermag, kann den Film nicht genießen. Ebenso

wie der Privatimport ist der Werkgenuss frei (S. 104). Allerdings werden beim Abspielen einer DVD in der Regel Teile des Werks vorübergehend im Arbeitsspeicher des Abspielgeräts und auf dem Bildschirm vervielfältigt, <sup>645</sup> Vorübergehende Vervielfältigungen sind zwar grundsätzlich vom Vervielfältigungsrecht des Urhebers umfasst (§ 16 Abs. 1 UrhG, Art. 2 Info-RL), aber ausnahmsweise zulässig gemäß § 44a UrhG. Eine Mindermeinung versteht § 44a UrhG als Tatbestandsausschluss.<sup>646</sup> Vorübergehende Vervielfältigungen sind danach ebenso tatbestandslos wie der Werkgenuss. Die herrschende Meinung zählt § 44a UrhG zu den Schrankenbestimmungen.<sup>647</sup>

Als Zwischenergebnis kann man festhalten: DVD-Ländercodes schützen den Urheber sowohl vor Rechtsverletzungen (Verbreitungsrecht, § 17 Abs. 1 UrhG), als auch vor ausnahmsweise zulässiger Verwertung (vorübergehende Vervielfältigungen, § 44a UrhG) und tatbestandslosen Handlungen (privater Import, Werkgenuss). Sind sie technische Maßnahmen im Sinne von § 95a Abs. 2 UrhG?

#### b. Wortlaut von § 95a Abs. 2 UrhG

Ob § 95a UrhG den technischen Schutz vor tatbestandslosen Handlungen rechtlich flankiert, lässt sich seinem Wortlaut nicht eindeutig entnehmen. § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG verlangt, dass die technische Maßnahme dazu bestimmt ist, Handlungen zu verhindern oder zu beschränken, die die Schutzgegenstände des Urheberrechtsgesetzes *betreffen*. In wörtlicher Übernahme von Art. 6 Abs. 3 S. 1 Info-RL formuliert er sehr weit (englische Fassung: „acts, in respect of works or other subject-matter“).<sup>648</sup> Auch Werkgenuss und private Einfuhr „betreffen“ das Werk. Enger formuliert § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG: „Technische Maßnahmen sind wirksam, soweit durch sie die *Nutzung* eines geschützten Werkes oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstandes von dem Rechtsinhaber [...] unter Kontrolle gehalten wird“. Die „Nutzung“ eines Werkes wird regelmäßig mit den Verwertungsrechten (§§ 15 ff. UrhG) in Verbindung gebracht und von der „Benutzung“ (dem rezeptiven Genuss) abgegrenzt (S. 104). Auch der deutsche Gesetzgeber versteht „Werkverwertung“ als Synonym für „Nutzung im urheberrechtlichen Sinne“.<sup>649</sup> Der Beispielkatalog technischer Maßnahmen in § 95a Abs. 2 S.

2 UrhG wiederum nennt an erster Stelle die *Zugangskontrolle*. Der Zugang zum Werk ist urheberrechtlich irrelevant und nicht dem Urheber vorbehalten.<sup>650</sup>

Schließlich fordert § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG, dass die technische Maßnahme vor Handlungen schützt, *die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind*. Die fehlende Genehmigung legt als negatives Tatbestandsmerkmal nahe, dass nur genehmigungsbedürftige Handlungen das Umgehungsverbot auslösen.<sup>651</sup> Tatbestandslose Nutzungshandlungen wie der Werkgenuss und die private Einfuhr von Werkstücken hängen nicht von einer Genehmigung des Urhebers ab. Man kann zusammenfassen: § 95a Abs. 2 UrhG liefert sowohl Anhaltspunkte dafür, dass der technische Schutz tatbestandsloser Handlungen rechtlich flankiert wird („betreffen“, „Zugangskontrolle“), als auch dagegen („Nutzung“, „nicht genehmigt“).

#### c. Richtlinienkonforme Auslegung von § 95a Abs. 2 UrhG

Mit § 95a UrhG setzte der deutsche Gesetzgeber Art. 6 Info-RL fast wortgetreu um: „Bei der Formulierung der einzelnen Absätze ist bewusst darauf verzichtet worden, die Regelung – wie vereinzelt vorgeschlagen – ‚sprachlich zu verdichten‘ oder zusätzliche Elemente aufzunehmen. Die möglichst präzise Übernahme der Richtlinie ist optimaler Ausgangspunkt für eine in diesem Bereich besonders wichtige einheitliche Anwendung und Auslegung in allen Mitgliedstaaten.“<sup>652</sup> Der richtlinienkonformen Auslegung kommt also besondere Bedeutung zu. Um den ambivalenten Wortlaut von § 95a Abs. 2 UrhG zu deuten, kann man unmittelbar auf die Vorarbeiten zur Richtlinie zurückgreifen. Art. 6 Info-RL ist das Ergebnis langwieriger und verworrener Diskussionen. Sein Wortlaut wurde mehrfach geändert.<sup>653</sup>

#### i. Erster Richtlinienentwurf der Kommission

Im Vorschlag der Kommission vom 10. Dezember 1997<sup>654</sup> bestimmte Art. 6 Abs. 2:

„Im Sinne dieses Artikels bezeichnet der Ausdruck ‚technologische Maßnahmen‘ alle Vorrichtungen, Produkte oder Komponenten, die mit

Verfahrensabläufen, Vorrichtungen oder Produkten verbunden sind, die dazu bestimmt sind, eine **Verletzung** von gesetzlich geschützten Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten oder des in Kapitel III der Richtlinie 96/9/EG vorgesehenen Rechts sui generis zu verhindern oder zu unterbinden.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

In ihrem ersten Entwurf sprach sich die Kommission also dafür aus, den rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen vollständig an das Ausschließlichkeitsrecht zu koppeln. Technischer Schutz sollte nur insoweit rechtlich flankiert werden, als er seinerseits bestimmt war, den Urheber vor *Rechtsverletzungen* zu schützen. Das hatte zwei Konsequenzen: Einmal sollte man technische Maßnahmen umgehen dürfen, die vor tatbestandslosen Handlungen schützten.<sup>655</sup> Zweitens wollte die Kommission auch den Schrankenbestimmungen (Art. 5 Info-RL, §§ 44a ff. UrhG) Vorrang vor dem Schutz technischer Maßnahmen einräumen.

## ii. Änderungsvorschläge des Parlaments

In seiner Stellungnahme zum Richtlinienentwurf vom 10. Februar 1999<sup>656</sup> schlug das Europäische Parlament vor, den Begriff der „Verletzung“ aus der Definition der technischen Maßnahmen zu streichen und stattdessen in einem neuen Art. 6 Abs. 2a offener zu formulieren (Änderung 54):

„Im Sinne dieses Artikels bezeichnet der Ausdruck ‚wirksame technologische Maßnahmen‘ alle Technologien, Vorrichtungen oder Komponenten, **die bei normalem Funktionieren dazu bestimmt sind, die Urheberrechte oder verwandten Schutzrechte zu schützen**, die gesetzlich oder nach dem in Kapitel III der Richtlinie 96/9/EG verankerten Recht sui generis vorgesehen sind.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

Hintergrund des Vorschlags war die Auffassung des Parlaments über das Verhältnis zwischen technischen Maßnahmen und Schrankenbestimmungen. Während die Kommission den Schranken absoluten Vorrang gegenüber den technischen Maßnahmen einräumen wollte, setzte sich das Parlament für den absoluten Vorrang der technischen Maßnahmen ein. In der Änderung 47 schlug es folgenden Art. 5 Abs. 4 S. 2 vor:

„Diese Ausnahmen und Schranken dürfen den Einsatz technischer Mittel zum Schutz der Werke im Hinblick auf die Wahrung der Interessen der Rechtsinhaber nicht behindern und den Schutz dieser Maßnahmen gemäß Artikel 6 nicht beeinträchtigen.“

Um den Vorrang der technischen Maßnahmen auch in Art. 6 Info-RL zum Ausdruck zu bringen, musste das Parlament den Begriff der „Verletzung“ streichen, denn eine technische Maßnahme, die vor einer ausnahmsweise erlaubten Verwertung schützt, ist nicht dazu bestimmt, Rechtsverletzungen zu verhindern. E contrario kann man folgern, dass das Parlament den Begriff der „Verletzung“ nicht streichen wollte, um den technischen Schutz vor tatbestandslosen Handlungen rechtlich zu flankieren.

### iii. Geänderter Richtlinienentwurf der Kommission

Die Kommission einigte sich am 21. Mai 1999 auf einen geänderten Richtlinienentwurf<sup>657</sup>, der die Vorschläge des Parlaments nur teilweise berücksichtigte. Insbesondere beharrte die Kommission auf dem absoluten Vorrang der Schrankenbestimmungen vor dem Schutz technischer Maßnahmen. Art. 6 Abs. 2 S. 1 des geänderten Entwurfs bestimmte:

„Im Sinne dieses Artikels bezeichnet der Ausdruck ‚technische Maßnahmen‘ alle Technologien, Vorrichtungen oder Komponenten, die bei normalem Funktionieren dazu bestimmt sind, einer **Verletzung** der Urheberrechte oder verwandten Schutzrechte, die gesetzlich oder nach dem in Kapitel III der Richtlinie 96/9/EG verankerten Recht sui generis vorgesehen sind, vorzubeugen oder eine solche **Verletzung** zu verhindern.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Damit koppelte die Kommission den rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen wieder vollständig an die Grenzen des Ausschließlichkeitsrechts.

### iv. Gemeinsamer Standpunkt des Rates

Seine endgültige Fassung erhielt Art. 6 Info-RL im Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 28. September 2000<sup>658</sup>. Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen dem Schutz technischer Maßnahmen und den

Schranken des Urheberrechts verstand der Rat seine Lösung als Kompromiss zwischen den Auffassungen des Parlaments und der Kommission<sup>659</sup>. Er räumte weder den technischen Maßnahmen noch den Schranken absoluten Vorrang ein. Stattdessen gewährte er den technischen Maßnahmen relativen Vorrang gegenüber den Schrankenbestimmungen. Der Begünstigte einer Schranke darf die Maßnahme nicht im Wege der Selbsthilfe umgehen, hat in bestimmten Fällen aber einen Anspruch auf Mittel, mit denen er das Werk im Rahmen der Schrankbestimmung nutzen kann (Art. 6 Abs. 4 Info-RL, § 95b UrhG).

Um den relativen Vorrang der technischen Maßnahmen zu gewährleisten, musste der Rat den Begriff der „Verletzung“ aus dem Richtlinienentwurf der Kommission durch die allgemeinere Formulierung „Werke oder sonstige Schutzgegenstände *betreffende* Handlungen“ ersetzen. In der Begründung seines Standpunktes erläuterte der Rat:<sup>660</sup>

„Er [der Rat] hat in Artikel 6 Absatz 3 erster Satz seines gemeinsamen Standpunkts eine Definition der schutzfähigen technischen Maßnahmen aufgenommen, die **umfassender** ist als die Definition im geänderten Kommissionsvorschlag oder die in der Änderung 54 des Europäischen Parlaments. Der Passus ‚... dazu bestimmt sind, Werke oder sonstige Schutzgegenstände betreffende Handlungen zu verhindern oder einzuschränken, die nicht von der Person genehmigt worden sind, die Inhaber der Urheberrechte ... ist‘ in der Definition des Rates macht deutlich, dass Artikel 6 Absatz 1 vor der Umgehung aller technischen Maßnahmen schützt, die dazu bestimmt sind, vom Rechtsinhaber nicht genehmigte Handlungen zu verhindern oder einzuschränken, und zwar **unabhängig davon, ob die Person, die für die Umgehung verantwortlich ist, ein Begünstigter einer der Ausnahmen** im Sinne des Artikels 5 ist.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Der Rat wählte also nur im Hinblick auf die Schranken des Urheberrechts eine „umfassendere Definition“, nicht aber im Hinblick auf tatbestandslose Handlungen. Bestätigt wird dieser Befund durch einen weiteren Änderungsvorschlag des Gemeinsamen Standpunkts. In ihrem zweiten Richtlinienentwurf erfasste die Kommission noch Maßnahmen, die den „Zugang zu einem Werk oder einem Schutzgegenstand oder deren Nutzung“ kontrollierten. Der Rat strich die Variante des „Zugangs“ mit

der Begründung, Fragen betreffend den Zugang zu Werken oder sonstigen Schutzgegenständen lägen „außerhalb des Bereichs des Urheberrechts“.<sup>661</sup>

#### v. Stellungnahme und Zwischenergebnis

Ursprünglich plante der europäische Gesetzgeber, den Schutz technischer Maßnahmen vollständig an das Ausschließlichkeitsrecht zu koppeln. Damit wollte er die gemeinsame Schutzrichtung von Urheberrecht und Umgehungsverbot zum Ausdruck bringen. Rechtlichen Schutz sollten nur Maßnahmen genießen, die auf technischer Ebene urheberrechtliche Befugnisse abbilden (Metaschutz).<sup>662</sup> Die anschließenden Änderungsvorschläge waren ausschließlich dem Streit über das Verhältnis zwischen technischen Maßnahmen und Schrankenbestimmungen geschuldet.<sup>663</sup> Indem das Parlament und später der Rat die Definition der technischen Maßnahmen ausweiteten, wollten sie den Metaschutz nicht auf tatbestandslose Handlungen erstrecken. Vielmehr erläuterte der Rat ausdrücklich, dass dem Rechtsinhaber kein flankierender Schutz vor Handlungen gewährt werden solle, die „außerhalb des Bereichs des Urheberrechts“ lägen.

Unklar bleibt, warum der Rat die Zugangskontrollen im Beispielskatalog technischer Maßnahmen beließ, obwohl er den Zugang zum Werk für urheberrechtlich irrelevant hielt (Art. 6 Abs. 3 S. 2 Info-RL, § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG).<sup>664</sup> Teile der Literatur mutmaßen, dass der europäische Gesetzgeber vorübergehende Vervielfältigungen, etwa im Arbeitsspeicher eines Geräts, die oft beim digitalen Öffnen oder Abspielen geschützter Werke entstehen, im Auge hatte. Auch Zugangskontrollen könnten in solchen Fällen urheberrechtlich relevante Nutzungen (Vervielfältigungen) erschweren.<sup>665</sup> Andere Autoren betonen, dass mit der Kontrolle des Zugangs auch stets die Kontrolle der nachfolgenden Nutzung einhergehe.<sup>666</sup>

Die Trennung von Zugangs- und Nutzungskontrolle entstammt dem amerikanischen Recht, genauer: dem Digital Millennium Copyright Act (DMCA).<sup>667</sup> Während im Hinblick auf technische Zugangskontrollen sowohl ein Umgehungsverbot als auch ein Verbot vorbereitender

Maßnahmen gilt, regelt der DMCA im Hinblick auf technische Nutzungskontrollen nur ein Verbot vorbereitender Maßnahmen. Die tatsächliche Umgehung könne man bereits über die unmittelbaren Verwertungsrechte erfassen.<sup>668</sup> Damit beruht der Schutz technischer Maßnahmen im amerikanischen Recht auf einer grundlegend anderen Systematik als im europäischen Recht. Seine Begriffe fügen sich nicht in das Konzept der Info-Richtlinie ein. Der europäische Gesetzgeber hätte sie nicht übernehmen sollen. Legt man Art. 6 Abs. 3 Info-RL teleologisch aus (Schutz technischer Maßnahmen als Metaschutz des Urheberrechts), genügen reine Zugangskontrollen nicht den Anforderungen an technische Maßnahmen.

Bei richtlinienkonformer Auslegung von § 95a Abs. 2 UrhG gilt: Technische Maßnahmen, die ausschließlich vor tatbestandslosen Handlungen schützen, erfüllen nicht die Voraussetzungen der Definition.<sup>669</sup> Das Regionen-Management bei DVD-Videos schützt den Urheber jedoch nicht nur vor tatbestandslosen Handlungen (private Einfuhr, Werkgenuss), sondern auch vor tatsächlichen Rechtsverletzungen (überregionale Verbreitung). In dieser Eigenschaft ähnelt es Maßnahmen, die sowohl die Vervielfältigung freier als auch geschützter Inhalte erschweren (S. 128). Die rechtlichen Schlussfolgerungen lassen sich übertragen. Solange der Urheber den technischen Schutz vor tatbestandsmäßigen Handlungen nicht rechtsmissbräuchlich mit technischem Schutz vor tatbestandslosen Handlungen koppelt, sind die Maßnahmen von § 95a Abs. 2 UrhG erfasst. Damit ist das Regionen-Management ein taugliches Tatobjekt gemäß § 95a Abs. 1 UrhG.<sup>670</sup> Die „Quasischutzweiterung“ in den tatbestandslosen Bereich ist hinzunehmen, da man ansonsten viele technische Maßnahmen rechtlich schutzlos stellen würde. Die DVD-Ländercodes können die überregionale Verbreitung nur dadurch verhindern, dass sie das Abspielen der DVDs in anderen Regionen erschweren. Eine technische Maßnahme, die zwar die Verbreitung, nicht aber den privaten Import oder den Werkgenuss verhindert, ist nicht denkbar. Von den objektiven Anforderungen an das Tatobjekt ist im subjektiven Tatbestand die Frage zu unterscheiden, ob derjenige gegen das Umgehungsverbot verstößt, der das Regionen-Management ausschließlich umgeht, um mit dem Werk in tatbestandsloser Weise zu verfahren (S. 140).

#### d. Rechtsvergleichender Hinweis

Im Vereinigten Königreich ist die Info-Richtlinie mit den Copyright and Related Rights Regulations von 2003 umgesetzt worden.<sup>671</sup> Der Schutz technischer Maßnahmen (technological measures) ist heute in den ss 296ZA-296ZF des Copyright, Designs and Patents Act von 1988 geregelt. Section 296ZF definiert:

„(1) In sections 296ZA to 296ZE, ‘technological measures’ are any technology, device or component which is designed, in the normal course of its operation, to protect a copyright work other than a computer program.

(2) Such measures are ‘effective’ if the use of the work is controlled by the copyright owner through –

(a) an access control or protection process such as encryption, scrambling or other transformation of the work, or

(b) a copy control mechanism,

which achieves the intended protection.

(3) In this section, the reference to –

(a) protection of a work is to the prevention or restriction of acts that are not authorised by the copyright owner of that work and are **restricted by copyright**; and

(b) use of a work does not extend to any use of the work that is outside the scope of the acts restricted by copyright.” (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Deutlicher als § 95a Abs. 2 UrhG bringt die britische Vorschrift durch ihre zusätzlichen Definitionen im dritten Absatz zum Ausdruck, dass technische Maßnahmen nur flankierenden rechtlichen Schutz genießen, soweit sie urheberrechtlich relevante Handlungen kontrollieren.

#### (4) Bestimmung der technischen Maßnahme

Die Bestimmung des Tatobjekts spielt für viele Instrumente des

Vorfeldschutzes eine Rolle. Gemäß § 10 Abs. 1 PatG müssen die Mittel zur patentgemäßen Verwendung bestimmt sein. Nach § 54 Abs. 1 UrhG a.F. waren nur Geräte vergütungspflichtig, die zu Vervielfältigungen für den eigenen Gebrauch bestimmt waren. § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG unterscheidet sich jedoch durch seine Stoßrichtung. Die Tatobjekte (technische Maßnahmen) müssen nicht zur Verletzung des Urhebers, sondern zu seinem Schutz bestimmt sein. Nach herrschender Meinung ist die typische objektive Zweckbestimmung maßgeblich, nicht dagegen die subjektive Bestimmung durch den konkreten Anwender der Maßnahme.<sup>672</sup>

#### (5) Wirksamkeit der technischen Maßnahme

§ 95a Abs. 1 UrhG verbietet nur die Umgehung wirksamer Maßnahmen. In der Begründung ihres Gesetzesentwurfs (Erster Korb) erläuterte die Bundesregierung: „Der Regelung ist immanent, dass technische Maßnahmen grundsätzlich auch dann wirksam sein können, wenn ihre Umgehung möglich ist. Andernfalls würde das Umgehungsverbot jeweils mit der Umgehung technischer Maßnahmen infolge der dadurch erwiesenen Unwirksamkeit obsolet.“<sup>673</sup> Nicht wirksam sind allein Maßnahmen, die zwar mit dem Ziel einer Nutzungsbegrenzung eingesetzt werden, jedoch keinen nennenswerten wirksamen Schutz erzielen, die also derart leicht auszuschalten sind, dass sie lediglich auf ein Verbot des Rechtsinhabers hinauslaufen.<sup>674</sup> Mangels Wirksamkeit der technischen Maßnahmen verweigerte das LG Frankfurt in einem Urteil von 2006<sup>675</sup> flankierenden Schutz gemäß § 95a UrhG. Das DRM-System der Antragsteller verhinderte, dass Musikdateien nach Ablauf des Abonnements abgespielt werden konnten. Allerdings konnte man das analoge Signal der Musikdateien vervielfältigen und anschließend redigitalisieren („analoges Loch“). Dadurch erhielt man DRM-freie Musikdateien, die man unbegrenzt abspielen konnte. Nach Auffassung des Gerichts war das DRM-System im Hinblick auf das analoge Loch nicht „wirksam“, so dass die Vervielfältigung der analogen Signale nicht gegen § 95a Abs. 1 UrhG verstieß.

#### bb. Tathandlung

Tathandlung ist das Umgehen der technischen Maßnahme. Darunter fällt jede Handlung, die die Wirkung einer wirksamen technischen Maßnahme außer Kraft setzt oder abschwächt.<sup>676</sup>

### c. Subjektiver Tatbestand

Auf subjektiver Seite fordert § 95a Abs. 1 UrhG, dass dem Handelnden bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass die Umgehung erfolgt, um den Zugang zu einem geschützten Werk oder Schutzgegenstand oder deren Nutzung zu ermöglichen. Der Wortlaut gibt einige Rätsel auf.<sup>677</sup> Er enthält Elemente des direkten Vorsatzes („soweit dem Handelnden bekannt ist“), der Absicht („um den Zugang oder die Nutzung zu ermöglichen“) und der Fahrlässigkeit („oder den Umständen nach bekannt sein muss“). Kenntnis und fahrlässige Unkenntnis beziehen sich bei streng grammatikalischer Auslegung auf die Absicht. Nimmt man den Wortlaut ernst, muss der Handelnde beabsichtigen, den Zugang zum Werk oder dessen Nutzung zu ermöglichen, und dabei wissen oder fahrlässig nicht wissen, dass er diese Absicht hat. Wie kann jemand eine Absicht haben, aber nicht wissen, dass er diese Absicht hat?

Durch das Merkmal der Absicht weicht § 95a Abs. 1 UrhG von den Vorgaben der Info-RL ab.<sup>678</sup> Art. 6 Abs. 1 Info-RL bestimmt: „Die Mitgliedstaaten sehen einen angemessenen Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen durch eine Person vor, die bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass sie dieses Ziel verfolgt.“ Danach muss sich die Absicht auf die Umgehungshandlung beziehen.<sup>679</sup> Gemäß § 95a Abs. 1 UrhG muss sich die Absicht dagegen darauf beziehen, den Zugang zum geschützten Werk oder dessen Nutzung zu ermöglichen (Umgehungserfolg). Der Unterschied zwischen § 95a Abs. 1 UrhG und Art. 6 Abs. 1 Info-RL steht im Gegensatz zum erklärten Willen des Gesetzgebers, die Richtlinie „möglichst präzise“ zu übernehmen und keine zusätzlichen Elemente aufzunehmen.<sup>680</sup>

In Konstellationen „partiellen Schutzes“ (S. 128, 137) wirken sich die Unterschiede zwischen nationaler und europäischer Regelung auf das Ergebnis aus. Als Beispiel diene einerseits, wer den Kopierschutz einer Audio-CD ausschließlich überwindet, um die gemeinfreien Inhalte zu

vervielfältigen, andererseits, wer den Ländercode seines DVD-Players ausschließlich manipuliert, um in den tatbestandslosen Genuss des Films zu gelangen. Der Tatbestand von Art. 6 Abs. 1 Info-RL, der die subjektiven Elemente auf die Umgehungs*handlung* bezieht, ist in beiden Fällen erfüllt. Auch derjenige, dem es allein auf die freien Inhalte oder auf die tatbestandslose Nutzung des Werks ankommt, weiß und beabsichtigt, dass er eine wirksame technische Maßnahme umgeht.

Ein anderes Ergebnis lässt der Wortlaut der deutschen Vorschrift zu. Nach § 95a Abs. 1 UrhG muss sich die Absicht auf den Umgehungs*erfolg* beziehen. Nach Auffassung des Gesetzgebers setzt § 95a Abs. 1 UrhG „eine auf Werkzugang oder Werkverwertung (Nutzung im urheberrechtlichen Sinne) gerichtete Umgehungsabsicht voraus“.<sup>681</sup> Danach würde derjenige, dem es allein auf den tatbestandslosen Genuss der geschützten Inhalte ankommt (Beispiel: DVD-Ländercodes), den subjektiven Tatbestand von § 95a Abs. 1 UrhG erfüllen, da er sich Zugang zum Werk verschaffen möchte.<sup>682</sup> Abweichend von den Vorgaben der Richtlinie würde dagegen derjenige, der ausschließlich an den freien Inhalten interessiert ist (Beispiel: gemischte CD), nicht gegen das Umgehungsverbot verstoßen, da er nicht beabsichtigt, sich den Zugang zu den geschützten Inhalten zu eröffnen. Nach dieser Auslegung bliebe der Schutz technischer Maßnahmen gemäß deutschem Recht hinter dem durch die EG-Richtlinie vorgegebenen Standard zurück. Hierin läge ein Verstoß gegen Europarecht, denn Art. 6 Abs. 1 Info-RL formuliert hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen einen zwingenden Mindeststandard und lässt dem nationalen Gesetzgeber nur hinsichtlich der genauen Ausgestaltung des „angemessenen Rechtsschutzes“ einen Spielraum.<sup>683</sup>

Um Widersprüche zwischen nationalen und europäischen Normen zu überwinden, bieten sich verschiedene Methoden an. Vorrangig sind die nationalen Gesetze richtlinienkonform auszulegen. *T. Boddien* vertritt beispielsweise, schon nach dem Wortlaut von § 95a Abs. 1 UrhG müsse sich die Absicht nicht auf Zugang oder Nutzung, sondern auf die Zugang- oder Nutzung*sermöglichung* beziehen. Daher sei die Umgehungsabsicht ebenso wenig teilbar wie die objektive Umgehungs*handlung*.<sup>684</sup> Wer ausschließlich an gemeinfreien Inhalten interessiert sei, wisse und beabsichtige dennoch, dass er durch Umgehung der technischen

Maßnahme die Möglichkeit erhalte, geschützte Inhalte zu nutzen.

Auch wenn man *T. Boddien's* Deutung des Wortlautes nicht nachvollziehen möchte, muss sich im Ergebnis die Wertung der Richtlinie durchsetzen. Zwar genießt die Richtlinie keinen Anwendungsvorrang vor § 95a Abs. 1 UrhG, da Richtlinien auch nach fehlerhafter Umsetzung nicht unmittelbar zwischen Privaten gelten.<sup>685</sup> Hat der Gesetzgeber aber ausdrücklich seine Absicht bekundet, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen und ist ihm das nicht gelungen, kann man das nationale Privatrecht richtlinienkonform fortbilden.<sup>686</sup> § 95a Abs. 1 UrhG versagt flankierenden rechtlichen Schutz in Fällen, in denen Art. 6 Abs. 1 Info-RL ihn gewährt, nämlich bei partiellem technischem Schutz gemeinfreier Werke, obwohl der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie „möglichst präzise“ umsetzen wollte. Um die Schutzlücke zu schließen, ist eine richtlinienkonforme Analogie zulässig. Auch wer nur an gemeinfreien Inhalten interessiert ist, darf den Kopierschutz der gemischten CD nicht überwinden.

Die Bedeutung des Absichtselements erschließt sich aus seinem Sinn und Zweck. Sowohl der europäische als auch der nationale Gesetzgeber wollten Sachverhalte aus dem Umgehungsverbot ausnehmen, in denen der Handelnde keinerlei Interesse an den geschützten geistigen Gütern hat. Gemeint sind Forschungsarbeiten im Bereich der Verschlüsselungstechniken (Erwägungsgrund 48 der Info-RL).<sup>687</sup> Kryptographen, die technische Maßnahmen im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit umgehen, beabsichtigen nicht, sich die Nutzung des geschützten Gegenstandes zu ermöglichen. Zugang und Nutzungsmöglichkeit sind unbeabsichtigte Nebenfolgen ihrer Arbeit.

Der subjektive Tatbestand ist danach in zwei Konstellationen nicht erfüllt: Gegen § 95a Abs. 1 UrhG verstößt nicht, wer die technische Maßnahme gutgläubig umgeht, wer beispielsweise nicht erkennt und nicht erkennen muss, dass das verwendete Kopierprogramm Kopierschutzmechanismen außer Kraft setzt.<sup>688</sup> Zweitens verstößt nicht gegen § 95a Abs. 1 UrhG, wer zwar weiß, dass er eine wirksame technische Maßnahme umgeht, aber nicht beabsichtigt, sich den Zugang zum Werk oder dessen Nutzung zu ermöglichen; beispielsweise wem es als Kryptograph nur darum geht, die Arbeitsweise des Kopierschutzes zu verstehen. Da die subjektiven Anforderungen nicht Teil einer bestimmten Anspruchsnorm, sondern

bereits Teil des Verletzungstatbestands sind, gelten sie für jeden Anspruch. Gegen denjenigen, der die Maßnahme gutgläubig umgeht, bestehen weder Schadensersatz- noch (verschuldensunabhängige) Unterlassungsansprüche.<sup>689</sup>

Hinsichtlich der DVD-Ländercodes sei ergänzt: Nicht gegen § 95a UrhG verstößt, wer sich einen DVD-Spieler beschafft, der von vornherein auf eine andere Region codiert ist, und hierauf entsprechende DVDs abspielt (Beispiel: deutscher Verbraucher erwirbt amerikanisches Abspielgerät im Versandhandel). Der Ländercode verhindert technisch das Abspielen fremder DVDs, nicht jedoch den Transport des Abspielgeräts in eine andere Region. Wer das Abspielgerät in eine andere Region verbringt und dort nutzt, durchbricht nicht den technischen Schutz des Ländercodes.

#### d. Rechtsfolgen

In der Literatur sind die zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen § 95a Abs. 1 und 3 UrhG heftig umstritten. Eine Mindermeinung vertritt, der Verstoß gegen § 95a UrhG werde lediglich straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlich (§§ 108b, 111a UrhG) sanktioniert, zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche bestünden weder nach § 97 UrhG noch nach § 823 Abs. 2 BGB.<sup>690</sup> Viele Autoren befürworten Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gemäß §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB, versagen aber Ansprüche nach dem Urheberrechtsgesetz (§§ 97 ff. UrhG). Gemäß § 97 Abs. 1 UrhG sei nur passivlegitimiert, „wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt“. § 95a UrhG sei zwar ein Schutzgesetz zu Gunsten des Urhebers oder sonstigen Rechtsinhabers im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, räume aber keine absoluten Rechte ein, deren Verletzung § 97 UrhG sanktioniere.<sup>691</sup> Die herrschende Lehre bewilligt dagegen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche auch nach § 97 UrhG.<sup>692</sup> Während die Instanzgerichte sich bislang der herrschenden Lehre anschlossen,<sup>693</sup> gewährte der BGH im Fall „Clone-CD“ von 2008 Ansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB und ließ die Anwendbarkeit von § 97 UrhG offen.<sup>694</sup> Ebenso wenig musste der BGH im Fall „AnyDVD“<sup>695</sup> (S. 24) den Streit über die Anspruchsgrundlage entscheiden, da nach seiner Ansicht jegliche Ansprüche vor dem Hintergrund der Pressefreiheit

ausgeschlossen waren.

Gegen die Auffassung, die zivilrechtlichen Schutz ganz versagen möchte, spricht der erkennbare Wille des Gesetzgebers. In der Begründung ihres Gesetzesentwurfs rechtfertigte die Bundesregierung Lücken im strafrechtlichen Schutz: „Da zivilrechtliche Ansprüche – etwa auf Schadenersatz oder auf Unterlassung – davon unabhängig sind und unberührt bleiben, führt das auch für diesen begrenzten Bereich nicht zu einem folgen- oder sanktionslosen Zustand.“<sup>696</sup> Ob man den zivilrechtlichen Schutz auf das allgemeine Deliktsrecht oder das besondere Urheberrecht stützt, spielt für den Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch keine Rolle, da sich die Voraussetzungen entsprechen. Relevant bleibt die Streitfrage für Ansprüche, die im Urheberrecht besonders ausgestaltet sind, etwa für den Vernichtungsanspruch gemäß §§ 98, 99 UrhG oder den Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten gemäß § 97a UrhG. Beispielsweise begrenzt § 97a Abs. 2 UrhG die ersatzfähigen Abmahnkosten im Gegensatz zu den allgemeinen Regeln auf EUR 100. Da § 95a UrhG mittelbar dem Urheberrechtsschutz dient (Metaschutz), sollte man die Rechtsfolgen seiner Verletzung auch dem Urheberrecht als sachnäherer Materie entnehmen. Zwar räumt die Vorschrift dem Urheber kein zusätzliches absolutes Recht ein. Andererseits ist anerkannt, dass § 97 UrhG bei Verstößen gegen § 96 UrhG, der systematisch ebenso wie § 95a UrhG zum Abschnitt „Ergänzende Schutzbestimmungen“ gehört, Ansprüche gewährt.<sup>697</sup> Auch bei der verbotenen Umgehung wirksamer technischer Schutzmaßnahmen sollte man § 97 UrhG zumindest entsprechend anwenden.

## 2. Zweite Ebene: Verbot vorbereitender Maßnahmen gemäß § 95a Abs. 3 UrhG

§ 95a Abs. 3 UrhG gewährt Vorfeldschutz gegen gefährliche Produkte, namentlich gegen Mittel, mit denen wirksame technische Maßnahmen umgangen werden können (Umgebungsmittel). Funktionell ist § 95a Abs. 3 UrhG daher mit § 10 Abs. 1 PatG und § 14 Abs. 4 MarkenG verwandt. Zusätzlich gewährt § 95a Abs. 3 UrhG Vorfeldschutz gegen gefährliche Dienstleistungen.

### a. Zur Rechtsnatur

§ 95a Abs. 3 UrhG setzt nicht voraus, dass der Vorbereitungshandlung tatsächlich eine Urheberrechtsverletzung nachfolgt. Das Verbot gilt sogar unabhängig davon, ob die Mittel oder Dienstleistungen überhaupt zur Umgehung technischer Maßnahmen genutzt werden. § 95a Abs. 3 UrhG regelt daher abstrakte Gefährungsdelikte.<sup>698</sup> Einzelne Autoren ordnen § 95a Abs. 3 UrhG zudem als Tatbestand der Gefährungshaftung ein.<sup>699</sup> Anders als § 95a Abs. 1 UrhG enthalte § 95a Abs. 3 UrhG keine subjektiven Merkmale. Dabei verkennen sie, dass der Begriff der Gefährungshaftung verschuldensunabhängige Schadensersatzpflichten bezeichnet (S. 61). Schadensersatzansprüche wegen Verstoßes gegen § 95a Abs. 3 UrhG richten sich nach § 97 Abs. 2 UrhG oder § 823 Abs. 2 BGB (S. 142). Beide Anspruchsnormen setzen Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. § 95a Abs. 3 UrhG unterscheidet sich von § 95a Abs. 1 UrhG allein dadurch, dass er im Verletzungstatbestand keine eigenständigen, anspruchübergreifenden subjektiven Anforderungen formuliert.

### b. Tatobjekte

Taugliche Tatobjekte gemäß § 95a Abs. 3 UrhG sind Vorrichtungen, Erzeugnisse, Bestandteile oder Dienstleistungen. Konkretisiert werden die Tatobjekte in einem Relativsatz, der drei alternative Einschränkungstatbestände enthält. Rein grammatikalisch ist unklar, worauf sich der Relativsatz bezieht. Er könnte sich einmal auf die Tathandlungen (Herstellung, Einfuhr, Verbreitung etc.) beziehen.<sup>700</sup> Ebenso könnte er allein die Dienstleistungen kennzeichnen.<sup>701</sup> Inhaltlich liest man ihn am sinnvollsten als Eingrenzung sämtlicher Tatobjekte, das heißt nicht nur der Dienstleistungen, sondern auch der Vorrichtungen, Erzeugnisse und Bestandteile. Insbesondere Einschränkung Nr. 3 passt mit ihren Varianten „entworfen, hergestellt, angepasst“ (Gegenstände) „oder erbracht werden“ (Dienstleistungen) weder zu den Tathandlungen noch allein zu den Dienstleistungen. Auch bei dieser Lesart bleiben überflüssige Kombinationen. Verboten ist beispielsweise die „Werbung im Hinblick auf den Verkauf von Vorrichtungen, die Gegenstand einer Werbung mit dem Ziel der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen sind“; oder die „Herstellung von Bestandteilen, die hauptsächlich hergestellt werden,

um die Umgehung technischer Maßnahmen zu fördern“. Die sprachlich missglückte Normstruktur lässt sich wohl mit dem Bestreben des Gesetzgebers erklären, möglichst viele Handlungsszenarien zu erfassen.<sup>702</sup>

Sämtliche Einschränkungstatbestände fordern aus unterschiedlichen Stoßrichtungen einen inneren Bezug zwischen dem Gegenstand oder der Dienstleistung und der Umgehung technischer Maßnahmen.<sup>703</sup> § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG stellt die objektiven Funktionen des Tatobjekts in den Vordergrund.<sup>704</sup> Abgesehen von der Umgehung technischer Maßnahmen darf der Gegenstand oder die Dienstleistung nur einen beschränkten wirtschaftlichen Nutzen haben. Viele Gegenstände mit doppeltem Verwendungszweck dürfen also vertrieben und beworben werden.

§ 95a Abs. 3 Nr. 3 UrhG begrenzt den Kreis tauglicher Tatobjekte durch ein subjektives Kriterium.<sup>705</sup> Der Gegenstand muss hauptsächlich entworfen, hergestellt oder angepasst und die Dienstleistung muss hauptsächlich erbracht werden, um die Umgehung technischer Maßnahmen zu ermöglichen. Wichtig: Die subjektiven Voraussetzungen müssen nicht in der Person des Anspruchsgegners erfüllt sein. Verboten ist beispielsweise auch der (gutgläubige) Verkauf eines Computerprogramms, das ein Dritter zur Umgehung von Kopierschutzmechanismen entwickelt hat.

§ 95a Abs. 3 Nr. 1 UrhG blickt schließlich auf die Werbung für den Gegenstand oder die Dienstleistung und greift hierdurch einen aus dem Patent- und Urheberrecht bekannten Grundsatz auf: Wer mit der illegalen Verwendbarkeit seines Produktes wirbt, haftet, selbst wenn das Produkt auch legal verwendbar ist (S. 71 und 114). Der Einschränkungstatbestand in § 95a Abs. 3 Nr. 1 UrhG muss jedoch nicht vom Anspruchsgegner selbst erfüllt werden.<sup>706</sup> Auch der (gutgläubige) Einzelhändler darf kein Programm verkaufen, das von seinem Hersteller als Umgehungssoftware beworben wird.

### c. Tathandlungen

Als Tathandlungen in Bezug auf Gegenstände nennt § 95a Abs. 3 UrhG die Herstellung, Einfuhr und Verbreitung, den Verkauf, die Vermietung, die Werbung im Hinblick auf Verkauf oder Vermietung sowie den Besitz

zu gewerblichen Zwecken. Daneben ist die Erbringung von Dienstleistungen verboten. Zwei Probleme warf der Rechtsstreit „Clone-CD“ auf.<sup>707</sup> Der auf negative Feststellung klagende Rentner hatte das Umgehungsprogramm „Clone-CD“ über eBay zum Kauf angeboten. Noch bevor er von verschiedenen Unternehmen der Musikindustrie formell abgemahnt wurde, hatte er die Versteigerung vorzeitig beendet. Gegen die Forderungen der beklagten Unternehmen verteidigte sich der Kläger zunächst mit dem allgemeinen Einwand, § 95a Abs. 3 UrhG untersage keine Handlungen zu privaten Zwecken. Hilfsweise vertrat er die Auffassung, er habe keine der besonderen Handlungsvarianten erfüllt, da er die Versteigerung vorzeitig abgebrochen habe.

Hinter dem Einwand privaten Handelns steht der Gedanke, dass die hauptsächliche Gefahr der Verletzung des Umgehungsverbots von vorbereitenden Handlungen ausgehe, die von kommerziellen Unternehmen vorgenommen würden, und nicht von den Umgehungshandlungen Privater. Diese verfügten nämlich meist nicht über die Fähigkeit, technische Maßnahmen selbst zu überwinden, und bedienten sich deshalb der „Umgehungsmittel“, die kommerziell hergestellt und vertrieben würden.<sup>708</sup> Man wolle das Übel an der Wurzel packen<sup>709</sup> – ein Grundgedanke des Vorfeldschutzes. Das vermeintliche gesetzgeberische Motiv schlägt sich jedoch weder im Wortlaut von Art. 6 Info-RL noch in § 95a UrhG nieder. Im Gegenteil: allein die Handlungsvariante des Besitzes setzt gewerbliche Zwecke voraus (qualifizierter Besitz). E contrario erfassen die übrigen Varianten auch Handlungen zu privaten Zwecken. Die Straf- und Bußgeldtatbestände legen einen ähnlichen Umkehrschluss nahe: § 108b Abs. 2 UrhG begrenzt die Strafbarkeit auf Produktion, Import, Verbreitung, Verkauf und Vermietung „zu gewerblichen Zwecken“. § 111a Abs. 1 Nr. 1 UrhG unterscheidet in den Varianten a) und b) Ordnungswidrigkeiten, die ein Handeln zu gewerblichen Zwecken erfordern (Besitz, Werbung, Dienstleistung gemäß § 111a Nr. 1 lit. b UrhG), und solchen, die auch bei Handeln zu privaten Zwecken erfüllt sein können (Verkauf, Vermietung, Verbreitung gemäß § 111a Nr. 1 lit. b UrhG). Der Gesetzgeber hat ein abgestuftes Sanktionssystem entworfen, wonach sich nur der gewerblich Handelnde strafbar macht, mit Bußgeld dagegen schon verschiedene private Tätigkeiten belegt sind, zivilrechtlich schließlich allein der Besitzer mangelnde Gewerblichkeit einwenden

kann.<sup>710</sup>

War die vorzeitig abgebrochene Auktion bei eBay also eine tatbestandmäßige Vorfeldhandlung? Die Varianten des Verkaufs und der Verbreitung waren nicht erfüllt, da weder ein schuldrechtlicher Vertrag abgeschlossen, noch die Software tatsächlich weitergegeben wurde. Das LG Köln wies im Berufungsurteil darauf hin, dass der Begriff des Verbreitens in § 95a Abs. 3 UrhG nicht demjenigen in § 17 UrhG entspreche. Dort sei die Verbreitung auf körperliche Werkstücke begrenzt, erfasse andererseits aber schon das fruchtlose Angebot. § 95a Abs. 3 UrhG übernehme den Wortlaut der Info-RL und sei im Sinne jeder vorübergehenden oder dauernden Weitergabe von Umgehungsmitteln zu verstehen.<sup>711</sup> Allerdings verstieß der Rentner gegen das Werbeverbot. Anderer Ansicht war zwar in erster Instanz das AG Köln, das argumentierte, der Rentner habe mit seinem Angebot nicht auf den Entscheidungsprozess potentieller Kunden eingewirkt.<sup>712</sup> Dagegen definierten das LG Köln und der BGH Werbung als jede Maßnahme, die den Absatz eines Gegenstandes fördern soll, und subsumierten hierunter das an eine unbegrenzte Öffentlichkeit adressierte Internetangebot.<sup>713</sup>

#### d. Subjektiver Tatbestand?

Umstritten in Literatur und Rechtsprechung ist, ob § 95a Abs. 3 UrhG einen subjektiven Tatbestand enthält. Zunächst muss man unterscheiden: Die Tatbestandseinschränkungen des § 95a Abs. 3 Nr. 1 und 3 UrhG enthalten Elemente der Absicht („Gegenstand einer Werbung *mit dem Ziel* der Umgehung“; „entworfen, hergestellt, angepasst oder erbracht, *um* die Umgehung zu ermöglichen“). Allerdings setzt § 95a Abs. 3 UrhG nicht voraus, dass derjenige, der die Tathandlung vornimmt, also der Anspruchsgegner, selbst entsprechende Absichten gefasst hat. Verboten ist auch der Verkauf einer Vorrichtung, die ein Dritter als Umgehungsmittel bewirbt oder als Umgehungsmittel entworfen hat (S. 144). So im Fall „Clone-CD“ (S. 145): Die Firma Slysoft hatte das Programm „Clone-CD“ zur Umgehung technischer Maßnahmen hergestellt und entsprechend beworben.<sup>714</sup> Ob dem klagenden Rentner, der das Programm über eBay weiterverkaufen wollte, das illegale Potential der Software überhaupt bewusst war, spielte für den Unterlassungsanspruch dagegen keine Rolle.

Über den Wortlaut von § 95a Abs. 3 UrhG hinaus fordern Teile der Literatur<sup>715</sup> und Rechtsprechung<sup>716</sup> zumindest Fahrlässigkeit des Anspruchsgegners. Nach Ansicht des LG Köln erfüllte der Rentner im Fall „Clone-CD“ den Tatbestand von § 95a Abs. 3 UrhG nur, weil er den Warnhinweisen von eBay und der Berichterstattung in der Presse über das Umgehungsverbot nicht nachgegangen sei und dadurch fahrlässig gehandelt habe.<sup>717</sup> Das gebiete die verfassungskonforme Auslegung von § 95a Abs. 3 UrhG. Sowohl die Musikindustrie als auch der Rentner als Eigentümer des Programms „Clone-CD“ könnten sich auf Art. 14 Abs. 1 GG berufen. Zwischen den beiden Rechtspositionen müsse auf subjektiver Ebene praktische Konkordanz hergestellt werden. Verzichte man auf jedes Verschulden, würde § 95a Abs. 3 UrhG als nicht hinreichend bestimmte Eingriffsnorm gegen Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG verstoßen.<sup>718</sup>

Die Sorge, § 95a Abs. 3 UrhG werde ohne korrigierende Auslegung zu einem unverhältnismäßigen Tatbestand der Gefährdungshaftung, ist unbegründet. Schadensersatzansprüche gemäß § 97 Abs. 2 UrhG oder § 823 Abs. 2 BGB setzen ohnehin Verschulden voraus. Verschuldensunabhängig ist nach dem Wortlaut von § 95a Abs. 3 UrhG allein der Unterlassungsanspruch. Hierin unterscheidet sich § 95a Abs. 3 UrhG vom Umgehungsverbot in § 95a Abs. 1 UrhG, das einen anspruchübergreifenden subjektiven Tatbestand enthält. Zu Recht wies der BGH darauf hin, dass Unterlassungsansprüche in der Regel verschuldensunabhängig ausgestaltet seien, was im Hinblick auf ihre geringere Eingriffsintensität zumindest verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.<sup>719</sup>

Man kann zusammenfassen: § 95a Abs. 3 UrhG enthält zwar in seinen Einschränkungstatbeständen subjektive Elemente. Gegen das Verbot vorbereitender Maßnahmen kann aber auch verstoßen, wer selbst weder vorsätzlich noch fahrlässig handelt. Gegen ihn bestehen Unterlassungsansprüche. Er muss bereits die Kosten der ersten Abmahnung ersetzen (§ 97a Abs. 1 S. 2 UrhG). Schadensersatzansprüche setzen dagegen Fahrlässigkeit voraus (§ 97 Abs. 2 UrhG).

## D. Zusammenfassung – besonderer Vorfeldschutz

Marken-, Patent- und Urheberrecht enthalten besondere Gefährdungsdelikte, die das Vorfeldverhalten unabhängig davon verbieten, ob die Gefahr später tatsächlich in eine Verletzung umschlägt. Mit Hilfe von objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen trennt der Gesetzgeber gefährliche von neutralen Vorfeldhandlungen. Die Vorfeldhaftung ist grundsätzlich einstufig ausgestaltet. Allerdings nehmen einige Gefährdungstatbestände im subjektiven Tatbestand Bezug auf den zweiten Akt, das heißt auf die unmittelbare Verletzung. Beispielsweise setzt § 10 Abs. 1 PatG voraus, dass der Lieferant weiß oder es für ihn offensichtlich ist, dass die Mittel zur Patentverletzung geeignet und bestimmt sind. Wer technische Maßnahmen umgeht, erfüllt nur den Tatbestand des § 95a Abs. 1 UrhG, wenn ihm bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass die Umgehung erfolgt, um den Zugang zu einem geschützten Werk oder dessen Nutzung zu ermöglichen („unvollkommen zweistufige“ Tatbestände). Je nachdem wie stark die akzessorischen Elemente ausgeprägt sind, gewähren die besonderen Gefährdungstatbestände abgestuften überschießenden Schutz am Rand schutzrechtsfreier Räume. Drei Stufen lassen sich unterscheiden: Streng abstrakte Gefährdungsdelikte gewähren Vorfeldschutz auch in Fällen, in denen die unmittelbare Benutzung des geistigen Gutes erst im *Ausland* oder im *privaten Bereich* erfolgt. Als Beispiel diene einerseits das Kennzeichnungsverbot gemäß § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG („King Edward“<sup>720</sup>, S. 37), andererseits der inzwischen überwundene weite Herstellungsbegriff der älteren patentrechtlichen Rechtsprechung („Trockenapparat“<sup>721</sup>, „Dia-Rähmchen V“<sup>722</sup>, S. 48 ff.). Überschießenden Vorfeldschutz nur im Hinblick auf den privaten Bereich gewährt § 10 Abs. 1 PatG, denn § 10 Abs. 3 PatG erklärt die Schrankenregelung des § 11 Nr. 1 PatG im Hinblick auf die Patentgefährdung für nicht anwendbar („Kaffee-Filterpads“<sup>723</sup>, „WC-Körbchen II“<sup>724</sup>, S. 62). Gegen den Export patentgefährdender Mittel schützt die Vorschrift nicht (doppelter

Inlandsbezug). Keinerlei überschießenden Vorfeldschutz gewährt schließlich § 14 Abs. 4 MarkenG als konkretes Gefährdungsdelikt. Die Vorschrift setzt voraus, dass die Markenbenutzung im geschäftlichen Verkehr und im Inland droht. Nicht erfüllt wären die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 MarkenG beispielsweise in den Fällen „Opel-Logo“<sup>725</sup> (Vertrieb an Endverbraucher) und „Singer“<sup>726</sup> (Export, S. 43 ff.).

Die besonderen Gefährdungsdelikte werden mit ihren starren Voraussetzungen der Interessenlage beim Vertrieb ambivalenter Produkte teilweise nicht gerecht. Weder sollte die legale Nutzung des Produkts einem voreiligen Totalverbot zum Opfer fallen, noch sollte der Rechtsinhaber die illegale Nutzung übermäßig dulden müssen. Um im Einzelfall zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen, bedient sich die patentrechtliche Rechtsprechung der allgemeinen Kategorie der Verkehrspflichten. Trifft der Lieferant ambivalenter Mittel hinreichende Sicherungsvorkehrungen, die dem patentverletzenden Missbrauch durch seine Abnehmer entgegensteuern, darf er den Vertrieb fortsetzen. Die Rechtsprechung stellt auf diese Weise eine Verbindung zum allgemeinen Deliktsrecht und zu den allgemeinen Unrechtslehren her, wonach bei mittelbaren Rechtsverletzungen nicht der Verletzungserfolg für sich, sondern erst der Verstoß gegen ein besonderes Verhaltensgebot das Unrechtsurteil trägt (Lehre vom Verhaltensunrecht).

Neben den besonderen Gefährdungstatbeständen finden sich im Patent- und Urheberrecht spezifische Instrumente des Vorfeldschutzes. Der Schutz von Erfindungen aus dem Bereich ärztlicher Heilverfahren konzentriert sich schon wegen des Patentverbots in § 2a Abs. 1 Nr. 2 S. 1 PatG auf das Vorfeld. Um dem Patent die gewünschten Schutzwirkungen zu verleihen, setzen Gesetzgebung und Rechtsprechung auf der Ebene der Schutzfähigkeit und bei der Patentkategorie an. Ziel der teils kreativen Ansätze ist es, den Schutzbereich des Patents auf die gewerbliche Produktion und den Vertrieb des Arzneimittels zu erstrecken: § 3 Abs. 3 und 4 PatG enthalten Neuheitsfiktionen und ermöglichen zweckgebundenen Erzeugnisschutz für Erfindungen, die an sich ein Verfahren betreffen. Die Rechtsprechung hat mit dem Verwendungspatent eine Zwitterkategorie geschaffen, deren Schutzbereich auch das sinnfällige Herrichten eines Arzneimittels erfassen soll. Das EPA verlagert mit Hilfe

des „Swiss type claim“ den Schutz des Arzneimittels ganz auf das Herstellungsverfahren. Da infolge der Modifikation der Patentkategorien bereits die unmittelbaren Wirkungen des Patents (§ 9 PatG) in das Vorfeld ärztlicher Heilverfahren reichen, kommt § 10 PatG im Arzneimittelbereich nur geringe praktische Bedeutung zu. Immerhin kann die Vorschrift Schutzlücken schließen, nach hier vertretener Ansicht zum Beispiel in dem Fall, dass ein nicht hergerichtetes Medikament unmittelbar an den Anwender geliefert wird (S. 98 ff.).

Die urheberrechtlichen Vergütungsansprüche gemäß § 54 ff. UrhG gewähren Vorfeldschutz, denn sie richten sich gegen Hersteller und Händler gefährlicher Vervielfältigungstechnologie. Das System aus gesetzlichen Lizenzen und Vergütungsansprüchen ist der besonderen Interessenlage im Urheberrecht geschuldet: Regelmäßig ist dem Urheber wenig an Verbotsrechten gelegen, solange er eine angemessene Gegenleistung für die Nutzung seiner Werke erhält.

## Dritter Teil: Allgemeiner Vorfeldschutz

### A. Überblick

Traditionell zerfällt der allgemeine Vorfeldschutz in zwei Haftungskonzepte, die nebeneinander anwendbar sein sollen, ohne sich gegenseitig auszuschließen. Auf der einen Seite steht die so genannte Störerhaftung, begrifflich und historisch aus der negatorischen Haftung gemäß § 1004 BGB hergeleitet, auf der anderen Seite die Haftung nach den Grundsätzen über Täterschaft und Teilnahme, als deren gesetzliche Grundlage die herrschende Meinung § 830 BGB heranzieht. Die beiden Haftungskonzepte grenzen das relevante Gefährdungsstadium aus entgegengesetzten Richtungen ein. Die Störerhaftung erfasst in einem ersten Schritt jeden, der einen kausalen Beitrag zur unmittelbaren Rechtsverletzung leistet. Erst in einem zweiten Schritt wird die Störerhaftung durch das Merkmal der Verletzung von Prüfungspflichten beschränkt. Dagegen ist nach der Täter- und Teilnehmerhaftung nur derjenige (unmittelbarer) Täter der Schutzrechtsverletzung, der eine dem Rechtsinhaber vorbehaltene Benutzungs- oder Verwertungshandlung eigenhändig ausführt. Auf das Vorfeld der Rechtsverletzung wird die Haftung allein unter den Voraussetzungen der Mittäterschaft, mittelbaren Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe erweitert.

Beide Haftungskonzepte zeichnen sich durch ihre akzessorische Struktur aus, das heißt sind auf die unmittelbare Verletzung ausgerichtet. Sie unterscheiden sich in der Frage, nach welchen Gesichtspunkten die unmittelbare Verletzung dem Hintermann oder Intermediär *zugerechnet* wird. Während die Störerhaftung eher objektive Kriterien in den Mittelpunkt stellt (Verletzung von Prüfungspflichten), ist die Täter- und Teilnehmerhaftung subjektiv geprägt, denn sie orientiert sich an den Erkenntnissen der Strafrechtswissenschaft. Stark vereinfacht kann man

sagen, der Störer hafte für objektiv fahrlässige Beiträge zur Rechtsverletzung, Täter und Teilnehmer dagegen nur für die vorsätzliche Mitwirkung. Die herrschende Meinung differenziert zudem auf Rechtsfolgenseite: Während Täter und Teilnehmer auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz hafteten, sei der bloße Störer ausschließlich Abwehransprüchen ausgesetzt.<sup>727</sup>

Inspiziert durch die wettbewerbsrechtliche Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay“<sup>728</sup> sind Literatur und Rechtsprechung seit einigen Jahren bemüht, den allgemeinen Vorfeldschutz dogmatisch weiterzuentwickeln. Zwei Tendenzen sind zu erkennen: Einerseits wird nach einem einheitlichen, mit dem allgemeinen Deliktsrecht abgestimmten Haftungsrahmen gesucht. Innerhalb dieses einheitlichen Haftungsrahmens soll den Verkehrspflichten eine zentrale Rolle zukommen. Kleinster gemeinsamer Nenner aller Ansichten ist der Grundsatz, dass derjenige, der eine Gefahr für fremde Schutzrechte begründet, durch angemessene Sicherheitsvorkehrungen verhindern soll, dass die Gefahr in eine Rechtsverletzung umschlägt. Im Gegenzug hafte er für nachfolgende Rechtsverletzungen nur, soweit er seinen Sicherungspflichten im Vorfeld nicht nachkomme. Über die nähere Ausgestaltung des Haftungsrahmens herrscht jedoch Uneinigkeit. Andererseits entwickelt die Rechtsprechung fortlaufend bereichsspezifische Zurechnungsmodelle, die eigenständig neben den herkömmlichen Haftungskonzepten Anwendung finden sollen. Zu nennen sind die Haftung für „zu Eigen gemachte“ Inhalte („marionskochbuch.de“<sup>729</sup>), die „deliktische Rechtsscheinhaftung“ des Accountinhabers („Halzband“<sup>730</sup>) oder die patentrechtliche Haftung des „fahrlässigen Nebentäters“ („MP3-Player-Import“<sup>731</sup>).

Die nachfolgende Untersuchung soll an den herkömmlichen Haftungskonzepten der Störerhaftung und der Täter- und Teilnehmerhaftung ansetzen und sich insbesondere dem Verhältnis der beiden Modelle zueinander widmen. Der Abgleich mit den allgemeinen Unrechtslehren sowie mit dem herrschenden Täterbegriff im allgemeinen Deliktsrecht wird offenbaren, dass die Täter- und Teilnehmerhaftung nicht mit der allgemeinen deliktsrechtlichen Dogmatik in Einklang steht und auch nicht durch Besonderheiten des Immaterialgüterrechts zu

rechtfertigen ist. Hieran anknüpfend soll ein einheitlicher akzessorischer Rahmen für den allgemeinen Vorfeldschutz im Immaterialgüterrecht vorgeschlagen werden, der sich an Grundsätzen des allgemeinen Deliktsrechts orientiert und in gleicher Weise für Abwehr- und Schadensersatzansprüche gilt. An geeigneter Stelle sollen die von der jüngeren Rechtsprechung vorgeschlagenen bereichsspezifischen Zurechnungsmodelle untersucht und in den allgemeinen Haftungsrahmen integriert werden.

## B. Störerhaftung

### I. Störerbegriff

Als Störer wird der Schuldner von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen bezeichnet.<sup>732</sup> Das Gesetz verwendet den Begriff des Störers allein für die besitz- und eigentumsrechtlichen Abwehransprüche in den §§ 862 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB. Die entsprechenden Anspruchsnormen des Immaterialgüterrechts (§ 139 Abs. 1 PatG, § 14 Abs. 5 MarkenG, § 97 Abs. 1 UrhG) und des Wettbewerbsrechts (§ 8 Abs. 1 UWG) nennen ihn nicht. Der abweichende Wortlaut ist jedoch keinem inhaltlichen, sondern lediglich einem grammatikalischen Unterschied geschuldet: Während die §§ 862 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB den Anspruchsgegner mit einem Substantiv bezeichnen („Der Besitzer/Eigentümer kann *vom Störer* Beseitigung/Unterlassung verlangen“), enthalten die immaterialgüterrechtlichen Anspruchsgrundlagen Verb-Konstruktionen („*Wer verletzt*, kann vom Verletzten auf Beseitigung/Unterlassung in Anspruch genommen werden“). Trotz unterschiedlichem Wortlaut der Anspruchsgrundlagen kann der Störer als Oberbegriff für den Gegner von Abwehransprüchen aus allen Rechtsgebieten dienen.

Die immaterialgüterrechtliche Rechtsprechung definiert den Störer mit der Formel: „Als Störer haftet derjenige auf Unterlassung, der – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Gutes beiträgt.“<sup>733</sup> Zunächst bringt die Formel zum Ausdruck, dass die Störerhaftung unabhängig von den Voraussetzungen der Täterschaft und Teilnahme eingreift. Zweitens beschränkt die Formel die Störerhaftung auf Abwehransprüche im Gegensatz zu Schadensersatzansprüchen. Dahinter steht die Vorstellung, bei der Störerhaftung handle es sich um eine spezifische Erscheinungsform der negatorischen Rechtsbehelfe, die von der deliktsrechtlichen Täter- und

Teilnehmerhaftung gemäß § 830 BGB zu unterscheiden sei.<sup>734</sup> Neben der negativen Abgrenzung enthält die Definition zwei positive Anforderungen an den Störer: den Störerwillen und die adäquate Kausalität der Störerhandlung für die unmittelbare Verletzung. Aus dem Merkmal der Kausalität ergibt sich schließlich die akzessorische Struktur des Haftungsmodells: ohne unmittelbare Verletzung keine Störerhaftung.

## 1. Störerwille

Es überrascht, wenn die herrschende Meinung die Störerhaftung von einem willentlichen Beitrag zum Eingriff in das Schutzrecht abhängig macht. Zeichnen sich Abwehransprüche nicht durch ihre Verschuldensunabhängigkeit aus? Das Merkmal des Störerwillens lässt sich zunächst historisch erklären. In den Motiven zu § 1004 BGB heißt es: „Der Anspruch hat [...] seine Richtung gegen die Person desjenigen, durch dessen Willen der mit dem Inhalte des Eigenthumes in Widerspruch stehende Zustand aufrecht erhalten wird.“<sup>735</sup> Die ältere Rechtsprechung zu § 1004 BGB übernahm die Formulierung in leichten Variationen.<sup>736</sup> Fraglich ist, worauf sich der Störerwille beziehen soll.

Einerseits könnte sich der Störerwille auf den Verletzungserfolg beziehen. Der Störer müsste die unmittelbare Verletzung für möglich halten; es gäbe nur vorsätzliche Störer. Im Rechtsstreit zwischen der Rolex S.A. und dem Internetauktionenhaus Ricardo, der später in den Entscheidungen des BGH „Internetversteigerung I und III“<sup>737</sup> gipfelte, forderte das OLG Köln als Berufungsgericht einen derartigen Störerwillen: „Die für eine Haftung als Störer zu fordernde willentliche Mitwirkung an der Herbeiführung eines rechtsverletzenden Zustands setzt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände voraus, aus denen sich die rechtswidrige Beeinträchtigung eines Dritten ergibt. Eine bloß – adäquat – kausale Mitwirkung reicht für die Störerhaftung hingegen nicht aus.“<sup>738</sup> Da die Betreiber der Internetplattform von den Inhalten der Versteigerungsangebote keine Kenntnis erlangten (automatisierte Freischaltung), hafteten sie nicht als Störer. Ähnlich bezog das LG München I im Fall „Heise online“ (S. 24) den erforderlichen Störerwillen auf den Verletzungserfolg. Nur weil der Heise Verlag gewusst habe, dass die verlinkte Homepage rechtswidrigem Handeln diene, habe er den Verstoß gegen § 95a Abs. 3 UrhG willentlich

verursacht und hafte als Störer auf Unterlassung.<sup>739</sup> Die Entscheidungen blieben Einzelfälle. Beide Gerichte unterlagen einem Missverständnis. Verschuldensunabhängige Abwehransprüche richten sich nicht nur gegen denjenigen, der vorsätzlich eine Rechtsverletzung verursacht. Eine derartige Störerdefinition würde im Widerspruch zu den übrigen Merkmalen der einschlägigen Anspruchsgrundlage stehen.<sup>740</sup>

Andererseits könnte sich der Störerwille auf die Verletzungshandlung beziehen.<sup>741</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits nach allgemeinen Grundsätzen als Handlung im Rechtssinne nur ein menschliches Verhalten gilt, das vom Willen beherrscht werden kann.<sup>742</sup> Die Rechtsprechung zu § 1004 BGB argumentiert im Bereich der so genannten Zustandshaftung mit dem Störerwillen. Die engere Zustandshaftung soll im Gegensatz zur weiteren Handlungshaftung dort gelten, wo sich die Eigentumsbeeinträchtigung allein aus der Beschaffenheit oder räumlichen Lage einer Sache ergibt. Ein eigenständiger Anwendungsbereich der Zustandshaftung soll bestehen, wenn der störende Zustand von einem Rechtsvorgänger des gegenwärtigen Eigentümers<sup>743</sup> oder einem unbefugten Dritten<sup>744</sup> herbeigeführt worden ist, sowie bei Naturereignissen.<sup>745</sup> Der Eigentümer der gefährlichen Sache soll nicht allein kraft seines Eigentumsrechts haften, sondern nur, wenn die Beeinträchtigung wenigstens mittelbar auf seinen Willen zurückgeht.<sup>746</sup> So lehnte der BGH die Haftung eines Grundstückseigentümers ab, als durch einen ungewöhnlich heftigen Sturm Bäume von seinem Grundstück auf Nachbargrundstücke gestürzt waren. Das bloße Anpflanzen und Aufziehen von widerstandsfähigen Bäumen habe keine Gefahrenlage begründet. Abweichend wäre zu entscheiden gewesen, wenn die Bäume infolge Krankheit oder Überalterung ihre Widerstandskraft eingebüßt hätten.<sup>747</sup> Anders bei einer Eigentumsbeeinträchtigung durch Froschlärm: Mit der auf ihrem freien Willen beruhenden Anlage und Unterhaltung des Gartenteichs habe die Beklagte die Bedingung dafür geschaffen, dass sich dort Frösche ansiedeln könnten und nunmehr die entsprechende Lärmbeeinträchtigung hervorriefen.<sup>748</sup> Die Literatur kritisiert vielfach die Trennung von Handlungs- und Zustandshaftung.<sup>749</sup> In der Regel lasse sich die die Zustandshaftung auch als Handlungshaftung formulieren, etwa als Haftung für pflichtwidriges Unterlassen.<sup>750</sup>

Störer im Immaterialgüterrecht verantworten sich stets für ihre Handlungen, nicht für Naturereignisse. Sie vertreiben gefährliche Produkte, betreiben gefährliche Plattformen oder organisieren gefährliche Veranstaltungen. Fehlt es ihnen am Handlungswillen, ist ihre Haftung nach allgemeinen Regeln ausgeschlossen, die unabhängig vom Störerbegriff gelten (Handlungsbegriff).<sup>751</sup> Auf eine Zustandshaftung, die Rechtsverletzungen über einen besonderen Störerwillen zurechnet, braucht man im Immaterialgüterrecht nicht zurückzugreifen. Das Merkmal des Störerwillens ist im Immaterialgüterrecht entbehrlich. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte es aus der gängigen Definition gestrichen werden.

## 2. Kausalität der Störerhandlung

Verzichtet man auf einen besonderen Störerwillen, erschöpft sich die Störerhaftung zunächst in der Haftung für die adäquate Verursachung einer Rechtsverletzung. So interpretierte sie der BGH in seiner markenrechtlichen Entscheidung „Pertussin II“ von 1957. Die Rechtsinhaber nahmen einen Spediteur auf Unterlassung in Anspruch, der beim Transport der gekennzeichneten Ware mitgewirkt hatte und so im Vorfeld des Vertriebs tätig geworden war. Der Gerichtshof gestand den Unterlassungsanspruch zu: „Wer eine – adäquate – Ursache für die Beeinträchtigung setzt oder setzen will, ist Störer, gleichviel, ob der Störer sonst nach der Art seines Tatbeitrages als Täter oder Gehilfe anzusehen wäre.“<sup>752</sup> Und weiter: „Auch wenn es sich nur um sogenannte Gehilfentätigkeit handelt, sind in subjektiver Sicht keine besonderen Anforderungen zu stellen.“<sup>753</sup>

Indem der BGH die immaterialgüterrechtliche Störerhaftung im Ausgangspunkt an die adäquate Verursachung einer Rechtsverletzung knüpft, folgt er der im Bürgerlichen Recht herrschenden Kausalitätstheorie, wonach derjenige (Handlungs-)Störer ist, der die Beeinträchtigung durch sein Verhalten adäquat verursacht hat.<sup>754</sup> Die Kausalitätstheorie hat im Bürgerlichen Recht jedoch breite Kritik erfahren, insbesondere durch die Vertreter der so genannten Usurpationstheorie. Dem Meinungsstreit liegt ein unterschiedliches Verständnis von dem Verhältnis zwischen negatorischer Haftung (§ 1004 BGB) und deliktischer

Haftung (§§ 823 ff. BGB) zu Grunde. Der bürgerlich-rechtliche Exkurs lohnt, denn auch der BGH trennt im Immaterialgüterrecht die negatorische Störerhaftung von der deliktischen Täter- und Teilnehmerhaftung.<sup>755</sup>

#### a. Kausalitätstheorie

Die herrschende Meinung versteht die §§ 823 ff. BGB und § 1004 BGB als Teile eines strukturell einheitlichen Haftungssystems.<sup>756</sup> Danach unterscheidet sich der Abwehranspruch vom Schadensersatzanspruch auf Tatbestandsseite allein durch seine Verschuldensunabhängigkeit („ein um das Verschulden kupierter Tatbestand“<sup>757</sup>). Entsprechend weit ist der Begriff der „Beeinträchtigung“ in § 1004 BGB auszulegen: Gemeint ist jeder fortdauernde körperliche Zustand, der der Eigentumsordnung (§ 903 BGB) widerspricht.<sup>758</sup> (Handlungs-)Störer ist jeder adäquate Verursacher der Beeinträchtigung.<sup>759</sup> Den Gleichlauf deliktischer und negatorischer Haftung brachte der BGH besonders deutlich in einer Entscheidung von 2005<sup>760</sup> zum Ausdruck: Der Grundstückseigentümer hafte für die Verunreinigung des Nachbargrundstücks nicht deliktsrechtlich als Täter (§ 823 Abs. 1 BGB), da der Nachbar keine kausale Verletzungshandlung nachgewiesen habe. Aus demselben Grund hafte er auch nicht negatorisch als Störer (§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB).<sup>761</sup>

In der immaterialgüterrechtlichen Rechtsprechung des BGH wird ein erster Bruch erkennbar: Einerseits folgt der Bundesgerichtshof der Kausalitätstheorie, die negatorische und deliktische Haftung als Teile eines einheitlichen Haftungssystems begreift. Andererseits trennt er die vermeintlich negatorische Störerhaftung von der deliktischen Haftung des Täters und Teilnehmers, an die allein er neben Unterlassungs- auch Schadensersatzansprüche knüpft.

#### b. Usurpationstheorie

##### aa. Beeinträchtigung als Rechtsusurpation

Diese in der Literatur vertretene, insbesondere von *E. Picker*<sup>762</sup> propagierte Ansicht geht von einem prinzipiellen Unterschied zwischen

negatorischer und deliktischer Haftung aus. § 1004 BGB enthalte dingliche Ansprüche, die eng mit § 985 BGB verwandt seien und damit in ein grundlegend anderes Haftungssystem fielen als die deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüche nach § 823 BGB. Während die Schadensersatzhaftung durch Naturalrestitution die Einschränkung der *tatsächlichen* Gebrauchsfähigkeit einer Sache beheben solle, sei die negatorische Haftung historisch und systematisch dazu bestimmt, eine *rechtliche* Beschränkung der Eigentümerbefugnisse zu verhindern.<sup>763</sup> Konsequenz dieser Unterscheidung ist eine restriktive Auslegung des Begriffs der Eigentumsbeeinträchtigung. Eigentum sei nur solange beeinträchtigt, wie jemand fremde Eigentümerbefugnisse usurpiere (sich anmaße). Kern der Beeinträchtigung sei die Überlagerung von Rechts wegen gegeneinander abgegrenzter Rechtskreise.<sup>764</sup> Der Abwehrensanspruch entfalle, sobald die Beeinträchtigungshandlung abgestellt werde, auch wenn anschließend ein störender Zustand fort dauere.<sup>765</sup> In ihren Ergebnissen zielt die Usurpationstheorie darauf ab, den verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch vom verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruch abzugrenzen. Mit Hilfe des Beseitigungsanspruchs dürfe nicht etwas zugesprochen werden, was der Schadensersatzanspruch nur bei Verschulden gewähre.<sup>766</sup> Die Definition der Beeinträchtigung als Rechtsanmaßung soll jedoch auch für den Unterlassungsanspruch gelten, der verhindern solle, dass in Zukunft jemand eine Position einnehme, die ihm nach der Eigentumsordnung nicht zukomme.<sup>767</sup>

Eine Anwendung der Usurpationstheorie im Immaterialgüterrecht versuchen S. Neuhaus<sup>768</sup> und C. Kotz<sup>769</sup>. S. Neuhaus schließt sich im Rahmen seiner Analyse des § 1004 BGB der Usurpationstheorie an<sup>770</sup> und spricht sich für eine analoge Anwendung im Immaterialgüterrecht aus.<sup>771</sup> Danach hafte der mittelbar Handelnde, wenn sich die vom Dritten begangene unmittelbare Schutzrechtsverletzung bei wertender Betrachtung gleichzeitig als Rechtsusurpation des Hintermanns darstelle.<sup>772</sup> Dies setze in der Regel eine vertragliche Beziehung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Verletzer voraus, in der der unmittelbare Verletzer nach den Weisungen des Hintermanns handle (Arbeits- und Auftragsverhältnisse) oder in der Rechtsverletzungen notwendig aus der

Erfüllung der gegenseitigen vertraglichen Pflichten folgten. Der Störerhaftung verbleibt nach dieser Ansicht im Immaterialgüterrecht ein geringer Anwendungsbereich. Gefährliche Produkte und gefährliche Plattformen sind in den praktisch relevanten Fällen sowohl legal als auch illegal verwendbar (S. 33). Kaufverträge zwischen Lieferant und Abnehmer und Nutzungsverträge zwischen Plattformbetreiber und Plattformnutzer führen daher nicht notwendig zu einer Rechtsverletzung, insbesondere wenn der Anbieter in seinen Nutzungsbestimmungen rechtsverletzende Nutzungen untersagt. *S. Neuhaus* sieht eine Ausnahme in Fällen, in denen der Anbieter unverhohlen mit den illegalen Anwendungsmöglichkeiten seines Produktes oder Dienstes wirbt. Hierin liege eine verdeckte „Weisung“ des mittelbaren Verletzers an den unmittelbaren Verletzer, die die Störerhaftung auf Grundlage der Usurpationstheorie auslösen könne.<sup>773</sup>

*C. Kotz* fragt, ob es möglich sei, Immaterialgüterrechte zu usurpieren. Als Ausgangspunkt wählt er den Gedanken *E. Pickers*, die Beeinträchtigung lasse sich stets als faktische Anmaßung eines Nutzungsrechts deuten.<sup>774</sup> Jemand, der täglich unbefugt das Grundstück des Nachbarn überquert, maßt sich faktisch ein Wegerecht gemäß § 1018 BGB an. Entsprechend untersucht *C. Kotz*, ob sich von Immaterialgüterrechten theoretisch einzelne Nutzungsrechte abspalten lassen, deren faktische Anmaßung Abwehransprüche im Sinne der Usurpationstheorie auslösen könnte. Probleme erkennt er überall dort, wo Immaterialgüterrechte einen starken Bezug zur Persönlichkeit ihres Rechtsträgers aufweisen. Hier bestünden teilweise Veräußerungssperren, die auch einer faktischen Anmaßung entgegenstehen könnten. Damit leitet *C. Kotz* zum Problem der Kommerzialisierung persönlichkeitsnaher Rechtspositionen über.<sup>775</sup> Obwohl er einen übergreifenden Ansatz beansprucht,<sup>776</sup> sind seine Ausführungen auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zugeschnitten. Zu den gewerblichen Schutzrechten nimmt er keine Stellung und ignoriert die Anspruchsnormen aus den immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen (§ 97 Abs. 1 UrhG, § 139 Abs. 1 PatG, § 14 Abs. 5 MarkenG).

Gerade die besonderen Anspruchsnormen wecken jedoch Zweifel, ob die Usurpationstheorie auf das Immaterialgüterrecht übertragen werden kann. *E. Picker* entfaltet sein Konzept, indem er das „normative

Tatbestandsmerkmal“ der Beeinträchtigung historisch und systematisch auslegt.<sup>777</sup> § 139 Abs. 1 PatG knüpft Abwehransprüche aber nicht an die *Beeinträchtigung* der Erfindung, sondern an ihre *Benutzung* entgegen den §§ 9-13 PatG; ähnlich § 14 Abs. 5 MarkenG. Die Handlungen, die der Rechtsinhaber Dritten untersagen kann, sind im Gesetz abschließend aufgezählt. Hierdurch unterscheiden sich die absoluten Immaterialgüterrechte vom Eigentumsrecht, dessen Inhalt § 903 BGB sehr abstrakt und offen umreißt. Anders als die §§ 823, 1004 BGB trennt etwa § 139 Abs. 1 und 2 PatG den Tatbestand der Abwehransprüche nicht vom Tatbestand des Schadensersatzanspruchs. Zwar sind die Anspruchsnormen seit dem 1. September 2008 auf verschiedene Absätze verteilt, § 139 Abs. 2 PatG integriert aber durch die Formulierung „Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt [...]“ die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs in den Schadensersatzanspruch. Sein Wortlaut bringt besonders deutlich zum Ausdruck, dass sich der Schadensersatzanspruch von den Abwehransprüchen nur durch seine Verschuldensabhängigkeit unterscheidet. § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG verwendet zwar den Begriff der Beeinträchtigung, um zu beschreiben, was der Schuldner eines Beseitigungsanspruchs zu beseitigen hat. Tatbestand und Inhalt des Unterlassungsanspruchs beziehen sich jedoch auf die *Verletzung* des Urheberrechts. Insgesamt spricht der Wortlaut der immaterialgüterrechtlichen Anspruchsgrundlagen eher für die Kausalitätstheorie, die den Tatbestand der Abwehransprüche gegenüber dem Tatbestand des Schadensersatzanspruchs als einen um das Verschulden kupierten Tatbestand versteht.

Allerdings könnte man argumentieren, dass jeder, der ein geistiges Gut unbefugt benutzt (patentierte Erzeugnisse herstellt oder gebraucht, geschützte Werke vervielfältigt) sich faktisch fremde Nutzungsrechte anmaßt. Die einzelnen Nutzungsrechte lassen sich mit Hilfe einer Lizenz abspalten. So könnte man die immaterialgüterrechtlichen Abwehransprüche im Sinne der Usurpationstheorie deuten. Auf Ebene der Beeinträchtigung ergäben sich keine Unterschiede zur herrschenden Gesetzesauslegung.

#### bb. Störer als Rechtsusurpator

Welche Konsequenzen aber hätte die Usurpationstheorie für den Störerbegriff und damit den Vorfeldschutz im Immaterialgüterrecht? Nach *E. Picker* „fixiert die Definition der ‚Beeinträchtigung‘ als Zustand faktischer Rechtsanmaßung zugleich den beseitigungspflichtigen ‚Störer‘“. <sup>778</sup> Störer sei der Usurpator, also derjenige, der sich faktisch fremde Nutzungsrechte anmaße. Wer die Beeinträchtigung verursacht hat, ist für die Usurpationstheorie irrelevant. Kausalität als Zurechnungskriterium ist ihr fremd. Störer sei zunächst, wer durch sein Handeln auf das fremde Eigentum einwirke, aber nur so lange, wie der Eingriff als Akt andauere. Ebenso seien Eigentümer und Besitzer von störenden Sachen und entsprechende Pfandgläubiger Störer. <sup>779</sup> Die Störereigenschaft entfalle mit dem Eigentum, also beispielsweise durch Dereliktion. Zur negatorischen Haftung für Eigentumsbeeinträchtigungen durch Dritte, also zu mittelbaren Störungen, stellt *E. Picker* keine allgemeinen Grundsätze auf, sondern beschränkt sich darauf, einzelne Fälle zu untersuchen. <sup>780</sup>

Ausführlich behandelt *E. Picker* die Frage, ob der Vermieter für Übergriffe des Mieters negatorisch haftet. <sup>781</sup> Der Vermieter sei nur Störer, wenn er selbst die Grenzen seines Rechtskreises überschreite, wenn er selbst fremde Eigentümerbefugnisse usurpiere. Das sei der Fall, wenn er den Mieter im Mietvertrag zu einer Nutzung berechtigt habe, die fremdes Eigentum beeinträchtige. Dann lasse er ein Gebrauchsrecht ausüben, das dem Umfang seiner eigenen Berechtigung nicht entspreche und deshalb die Inanspruchnahme fremden Rechts einschließe. Er usurpiere nur in äußerlich anderer Form als bei eigenhändiger Einwirkung die Befugnisse des Berechtigten. <sup>782</sup> Ähnlich lässt *E. Picker* den Unternehmer für die Beeinträchtigung Dritter durch Angehörige oder Benutzer seines Betriebs haften, wenn deren Verhalten zu dem Betrieb des Unternehmens gehöre. Nicht nur für betriebsmäßiges Verhalten, sondern auch für betriebstypisches Fehlverhalten müsse der Unternehmer einstehen. <sup>783</sup> Als Beispiele nennt *E. Picker* die negatorische Haftung des Gastwirts, des Betreibers einer Tennisanlage oder des Inhabers einer Diskothek für Ruhestörungen. Andere Vertreter der Usurpationstheorie grenzen danach ab, ob das störende Verhalten von Kunden, Benutzern oder Mitarbeitern nach wertender Betrachtung noch zu dem Betrieb gehört, gleichsam eine Ausstrahlung der Betriebstätigkeit darstellt. <sup>784</sup>

Die von *E. Picker* behandelten Beispiele lassen sich in vieler Hinsicht mit Veranstalterfällen nach Art des Gastwirt-Falls<sup>785</sup> (S. 21) vergleichen. Ob der Gastwirt dafür haftet, dass die engagierte Kapelle zu laut spielt und die Nachtruhe der Nachbarn stört, oder dafür, dass die Kapelle urheberrechtlich geschützte Werke ohne Genehmigung aufführt, kann rechtlich nicht wesentlich unterschiedlich beurteilt werden. Der Auftritt der Kapelle gehört zum Gaststättenbetrieb. Sowohl Lärmbelästigungen als auch Urheberrechtsverletzung sind Folge betriebstypischen Fehlverhaltens. Indem der Gastwirt die Kapelle aufspielen lässt, usurpiert er selbst fremde Rechte, seien es Eigentums-, seien es Urheberrechte. Es spricht daher viel dafür, dass der Veranstalter nach der Usurpationstheorie Störer wäre.

Der Betrieb gefährlicher Plattformen lässt sich mit den Vermieter-Fällen vergleichen. Auch der Vermieter stellt dem Mieter mit seinem Grundstück, seiner Wohnung oder anderen Sache eine Plattform zur Verfügung, auf der der Mieter sich entfalten kann. Der Mieter kann die Mietsache im Rahmen des ihm von der Rechtsordnung zugesprochenen Rechtskreises nutzen, er kann sie aber auch derart nutzen, dass sein Rechtskreis den anderer überlagert. Die Mietsache hat einen doppelten Verwendungszweck (multifunktional). Überträgt man die Kriterien *E. Pickers*, müsste man fragen, ob die Betreiber von eBay oder Rapidshare selbst fremde Rechte usurpieren. Das wäre der Fall, wenn sie den Nutzern der Plattform in den entsprechenden Nutzungsvereinbarungen den störenden Gebrauch gestatten würden. Da die AGB der beiden Dienste wie auch die vergleichbarer Anbieter ausdrücklich rechtsverletzende Angebote oder Uploads verbieten, müsste man die Störereigenschaft der Plattformbetreiber nach der Usurpationstheorie ablehnen. Nach *E. Picker* müsste man sinngemäß formulieren: Den Betreiber geht das Tun und Treiben seiner Nutzer grundsätzlich nichts an.<sup>786</sup> Höchstens könnte man überlegen, den Gedanken betriebstypischen Fehlverhaltens zu übertragen. Anders als Grundstücke oder andere Mietobjekte sind Internetplattformen in besonderem Maße für die Usurpation fremder Rechte geeignet. In rechtsverletzenden Angeboten oder Uploads verwirklicht sich die betriebstypische Gefahr der Plattformen.

Zweifelhaft ist, ob der Lieferant gefährlicher Produkte Störer nach der Usurpationstheorie wäre. Die von *E. Picker* erläuterten Konstellationen

mittelbarer Störungen (Vermieter, Unternehmer) zeichnen sich dadurch aus, dass der Hintermann fortlaufend einen gewissen Einfluss auf die unmittelbaren Störer ausübt. Der Mietvertrag ist Dauerschuldverhältnis und auch die Unternehmensführung ist eine andauernde Tätigkeit. Mieter, Betriebsangehörige oder Betriebsnutzer sind während der Dauer ihres störenden Verhaltens in die Organisationssphäre des Hintermanns eingebunden. Aus diesem Grund kann *E. Picker* beispielsweise argumentieren, der Vermieter usurpiere selbst fremde Rechte, er setze den Mieter wie einen verlängerten Arm ein. Die Tätigkeit des Lieferanten ist dagegen eine punktuelle. Mit Veräußerung der Ware verliert er jeglichen Einfluss darauf, wie sie verwendet wird. Man müsste seine Störereigenschaft schon nach *E. Pickers* allgemeiner Regel ablehnen, wonach der Handelnde nur so lange Störer ist, wie der Eingriff als Akt andauert.<sup>787</sup> Zum Zeitpunkt der unmittelbaren Rechtsverletzung ist der Beitrag des Lieferanten längst beendet.

### c. Stellungnahme

Es ist konstruktiv möglich, die Usurpationstheorie im Immaterialgüterrecht anzuwenden. Für die Zurechnung mittelbarer Rechtsverletzungen stellt sie jedoch nur vage Kriterien bereit. Ihr Hauptanliegen ist es, den verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch vom verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch abzugrenzen. Nach der Usurpationstheorie kann der Rechtsinhaber mit Hilfe negatorischer Ansprüche nicht die Beseitigung eines fortdauernden Störungszustandes verlangen, nachdem die beeinträchtigende Tätigkeit eingestellt wurde. Das spezifisch sacheigentumsrechtliche Abgrenzungsproblem findet im Immaterialgüterrecht kein Pendant. Beseitigungsansprüche werden hier meist als besonders geregelte Vernichtungsansprüche (§ 98 UrhG, § 18 MarkenG, § 142b PatG) relevant. Selten kommt es bei unkörperlichen Gütern dazu, dass nach Abbruch der beeinträchtigenden Handlung ein beeinträchtigender Zustand fort dauert, der nach der Kausalitätstheorie, nicht aber nach der Usurpationstheorie beseitigt werden müsste. Im Ergebnis wäre der immaterialgüterrechtliche Vorfeldschutz unter Anwendung der Usurpationstheorie zu eng gezogen. Der Vorfeldakteur würde nur haften, wenn er im Zeitpunkt der unmittelbaren Verletzung noch Einfluss auf das Geschehen hat und dadurch das fremde Recht

fortlaufend usurpiert. Vorfeldschutz gegen den Vertrieb gefährlicher Produkte, die der Lieferant mit Veräußerung endgültig aus der Hand gibt, ließe sich nach der Usurpationstheorie kaum begründen.

Allerdings kritisieren die Vertreter der Usurpationstheorie zu Recht, eine Kausalhaftung im Sinne reiner Erfolgshaftung lasse keinen Raum für Wertungen und widerspreche den Grundprinzipien des deutschen Haftungsrechts, beispielsweise dem Verschuldensprinzip.<sup>788</sup> Kausalität ist notwendige, niemals jedoch hinreichende Bedingung der Haftung.<sup>789</sup> Die Kausalitätstheorie bildet nur den Ausgangspunkt und Rahmen der Vorfeldhaftung. Aufgabe des Rechtsanwenders ist es, haftungsbeschränkende Kriterien zur Ausfüllung dieses Rahmens zu finden. Das gilt in gleicher Weise für das Immaterialgüterrecht wie für die negatorische Haftung gemäß § 1004 BGB. Während Rechtsprechung und Literatur zunächst getrennte Einschränkungsmodelle für das jeweilige Rechtsgebiet entwickelt haben, findet inzwischen ein reger wechselseitiger Austausch zwischen Spezialisten des Bürgerlichen Rechts und des Immaterialgüterrechts statt.<sup>790</sup>

## *II. Einschränkungsmodelle*

In seiner zeichenrechtlichen Entscheidung „Pertussin II“<sup>791</sup> beschränkte der Bundesgerichtshof die Störerhaftung nicht. Er interpretierte sie als reine Kausalhaftung. Der Spediteur musste seine Transporttätigkeit für die Zukunft einstellen. Im Interesse effektiven Rechtsschutzes müsse dem Rechtsinhaber die Möglichkeit offenstehen, auch bloße Hilfspersonen wie den Spediteur in Anspruch zu nehmen. Haftungsbeschränkende Kriterien entwickelte der BGH zuerst im Urheberrecht. Angefangen mit der Entscheidung „Grundig-Reporter“ von 1955<sup>792</sup> entfaltete er die urheberrechtliche Störerhaftung, um Vorfeldschutz gegen gefährliche Vervielfältigungstechnologie (Magnettonbandgeräte, Fotokopierer) zu gewähren. Er zog dabei nie in Betracht, den Vertrieb der Geräte ganz zu untersagen, da die Geräte auch legal verwendbar (multifunktional) seien.<sup>793</sup> Die Beteiligten stritten vielmehr von vornherein darum, welche Sicherungspflichten dem mittelbaren Verletzer auferlegt werden können.

## 1. Rechtsfolgenlösung

In seinen Entscheidungen zu Magnettonbandgeräten und Fotokopierern bediente sich der BGH der im Patentrecht entwickelten Rechtsfolgenlösung (S. 75).<sup>794</sup> Jeweils begehre der Rechtsinhaber Vorfeldschutz gegen gefährliche Produkte. Da der Urheber jedoch lediglich seine Vergütungsansprüche durchsetzen und nicht wie der Patentinhaber anderen den Zugang zu seinem geistigen Gut ganz verweigern wolle, müsse der mittelbare Urheberrechtsverletzer geringere Sicherungsvorkehrungen treffen.<sup>795</sup> So konnten sich Hersteller von Tonbandgeräten und Tonbändern, entsprechende Einzelhändler sowie Betreiber von Kopierläden ihrer Unterlassungshaftung dadurch entziehen, dass sie in ihrer Werbung, bei Verkaufsverhandlungen oder in Aushängen im Geschäftslokal auf die Schutzrechtslage hinwiesen (im Fall von Musikwerken: GEMA-Hinweis).<sup>796</sup>

## 2. Tatbestandslösung

Die Abkehr von der Rechtsfolgenlösung begann im Wettbewerbsrecht und mündete in folgende Formel: „Weil die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers die Verletzung von Prüfungspflichten voraus. Deren Umfang richtet sich danach, ob und inwieweit dem als Störer Inanspruchgenommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.“<sup>797</sup> Verkürzt und in die Störerdefinition integriert: „Als Störer kann in Anspruch genommen werden, wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung einer rechtswidrigen Beeinträchtigung eines anderen mitgewirkt und darüber hinaus ihm zumutbare Prüfungspflichten verletzt hat.“<sup>798</sup> Anstatt auf Tatbestandsseite adäquate Kausalität genügen zu lassen und lediglich die Rechtsfolgen des Unterlassungsanspruchs zu beschränken, macht die aktuelle Rechtsprechung den Tatbestand der Störerhaftung von der Verletzung bestimmter Prüfungspflichten abhängig.

### a. Entwicklung der Prüfungspflichten in der Rechtsprechung

## aa. Presserecht

Die Idee der Prüfungspflichten stammt aus dem Presserecht. In seiner Leitentscheidung „Geschäftsaufgabe“ von 1972<sup>799</sup> entschied der BGH über die Schadensersatzhaftung eines Zeitungsverlags für den Inhalt einer Anzeige gemäß §§ 823, 824, 31 BGB. Umstritten war insbesondere die Frage, ob der Verlag und seine Angestellten fahrlässig gehandelt hatten, weil sie die Richtigkeit der Anzeige vor ihrem Druck nicht näher überprüft hatten. Die zivilrechtliche Haftung des Verlags aus unerlaubter Handlung erstreckte sich grundsätzlich auf den Anzeigenteil, allerdings könne man nicht die gleiche Prüfung und Abwägung wie im redaktionellen Teil fordern. Im Hinblick auf die Eigenheiten im Anzeigengeschäft müsse der Verlag nur bei besonderem Anlass durch telefonische Rückfrage überprüfen, ob die Anzeige vom angegebenen Besteller herrühre und inhaltlich zutreffe.<sup>800</sup> Der BGH entwickelte die Prüfungspflichten also ursprünglich, um die Anforderungen an das Verschulden zu konkretisieren. Ihre haftungsbeschränkende Wirkung rechtfertigte sich durch die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG), deren Schutzbereich den Anzeigenteil umfasst.<sup>801</sup> In späteren Entscheidungen zur wettbewerbsrechtlichen Pressehaftung machte der Gerichtshof die Verletzung von Prüfungspflichten auch zur Tatbestandsvoraussetzung des verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruchs.<sup>802</sup> Er zog die Prüfungspflichten vom Verschuldens- in den Unrechtstatbestand.<sup>803</sup> Im Anzeigenteil erstreckte sich die Prüfungspflicht nur auf grobe, unschwer zu erkennende Verstöße.<sup>804</sup>

Die zweite presserechtliche Fallgruppe, in der der BGH die Prüfungspflichten in ihrer haftungsbeschränkenden Funktion einsetzte, war die Haftung des Informanten für redaktionell getarnte Werbung. Nur bei besonderem Anlass sei der Informant, meist das Unternehmen, das durch die getarnte Werbung begünstigt wurde, dazu verpflichtet, sich die Prüfung des Artikels vor Erscheinen vorzubehalten. Einer strengeren Haftung des Informanten stehe die Eigenverantwortung der Presse für den Inhalt ihrer Erzeugnisse entgegen.<sup>805</sup>

## bb. Wettbewerbsrecht

Nachdem die Prüfungspflichten zunächst innerhalb der Pressehaftung als Maßstab des Verschuldens, später als Voraussetzung des Unrechtstatbestands entwickelt worden waren, ging der BGH in seiner Entscheidung „Architektenwettbewerb“ von 1996<sup>806</sup> einen weiteren Schritt in Richtung Tatbestandslösung. Ein Fensterbau-Unternehmen hatte verschiedene Architekten darum gebeten, Entwürfe für die Erweiterung seines Verwaltungsgebäudes zu erstellen. Das angebotene Entgelt lag dabei unter den Vorgaben der HOAI. Weil das Fensterbau-Unternehmen nicht selbst Adressat der Verhaltensregeln aus der HOAI war, konnte es höchstens als mittelbarer Störer haften, denn sein Angebot war eine adäquate Ursache für Wettbewerbsverstöße der angeschriebenen Architekten. Im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung ging der BGH davon aus, dass eine Störerhaftung auch dort in Betracht komme, wo der Störer selbst dem fraglichen Verbot nicht unterworfen sei. Aber: „Hierbei ist jedoch zu beachten, daß mit Hilfe der Störerhaftung die einen Normadressaten treffende Pflicht nicht über Gebühr auf unbeteiligte Dritte erstreckt werden darf. Denn bei der Bejahung der Störerhaftung werden notgedrungen Prüfungspflichten vorausgesetzt, deren Einhaltung zur Vermeidung erneuter Inanspruchnahme geboten ist. Dem als Störer Inanspruchgenommenen muß daher ausnahmsweise der Einwand offenstehen, daß ihm im konkreten Fall eine Prüfungspflicht – etwa weil der Störungszustand für ihn nicht ohne weiteres erkennbar war – entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nur eingeschränkt zuzumuten sei.“<sup>807</sup> Im Streitfall habe das Fensterbau-Unternehmen die unklare Rechtslage nicht überblicken können. Es habe darauf vertrauen dürfen, dass die angeschriebenen Architekten selbstständig prüfen würden, ob das Angebot im Einklang mit der HOAI stehe.

Der BGH verstand seine Entscheidung „Architektenwettbewerb“ als Fortentwicklung seiner presserechtlichen Rechtsprechung.<sup>808</sup> Er löste die Prüfungspflichten allerdings aus ihrem presserechtlichen Kontext. Weder die Pressefreiheit noch die Eigenverantwortung der Presse konnte die Haftungsbeschränkung begründen. Motivation für die Begrenzung der Haftung im Fall „Architektenwettbewerb“ war es, berufsspezifische Verhaltenspflichten nicht über Gebühr auf unbeteiligte Dritte zu erstrecken. Die Prüfungspflichten standen so im Zusammenhang mit einem spezifisch wettbewerbsrechtlichen Problem, das im

Immaterialgüterrecht keine Entsprechung findet. Absolute Rechte sind gegenüber jedermann geschützt. Das Verbot, in ihren Schutzbereich einzugreifen, ist nicht an bestimmte Personengruppen gerichtet.

#### cc. Urheber- und Markenrecht

In seinem Urteil „Möbelklassiker“ von 1998<sup>809</sup> beschränkte der BGH erstmals die urheberrechtliche Störerhaftung auf der Tatbestandsseite. In der Tageszeitung der beklagten Verlegerin waren wiederholt Anzeigen für Möbel eines italienischen Unternehmens erschienen, bei denen es sich unter Umständen um Le Corbusier-Plagiate handelte. Obwohl der Gerichtshof über die Haftung eines Presseunternehmens für rechtsverletzende Anzeigen zu entscheiden hatte, begründete er die Haftungsbeschränkung nicht mit der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG: „Ebenso wie die wettbewerbsrechtliche Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte, die dem fraglichen Verbot nicht selbst unterworfen sind, erstreckt werden darf [...], dürfen auch in die – nicht von einem Verschulden abhängige – Störerhaftung nach § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht über Gebühr Personen, die nicht selbst die rechtswidrige Nutzungshandlung vorgenommen haben, einbezogen werden.“<sup>810</sup> Die Verlegerin habe mangels grober, unschwer zu erkennender Verstöße nicht gegen ihre Prüfungspflichten verstoßen. Der Gerichtshof löste die Prüfungspflichten aus ihrem wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang und erhob sie zum allgemeinen Haftungsmaßstab für mittelbare Rechtsverletzungen. Seine Argumentation litt im konkreten Fall daran, dass die Zeitungsverlegerin durch den Abdruck von Bildern der Le Corbusier-Plagiate eigentlich unmittelbar in fremde Urheberrechte eingriff. Dreidimensionale Objekte wie Möbelstücke können durch zweidimensionale Abbildung (Fotografie oder Zeichnung) im Sinne von § 16 UrhG vervielfältigt werden.<sup>811</sup>

Im Markenrecht führte der BGH die Tatbestandslösung mit der Entscheidung „ambiente.de“ von 2001<sup>812</sup> ein. Anlass war die Registrierungspraxis der Deutschen Network Information Center eG (DENIC), die Domains unterhalb der Top-Level-Domain „.de“ vergibt. Die Genossenschaft registriert den Domain-Namen für den Anmelder, wenn er nicht bereits für einen anderen eingetragen ist. Dabei prüft sie

nicht, ob an der angemeldeten Bezeichnung Rechte Dritter bestehen. Ein Anmelder ließ die Domain „ambiente.de“ für sich registrieren. Daraufhin verlangte die Veranstalterin der Messe für Tischkultur, Küche, Wohn- und Lichtkonzepte sowie Geschenkideen „Ambiente“ von der DENIC, die Registrierung aufzuheben, weil sie ihre Markenrechte verletzt sah. Der Gerichtshof ging davon aus, dass die DENIC mit der Registrierung die Marke nicht selbst im Sinne von § 14 Abs. 2 und 3 MarkenG benutze, sondern höchstens die Markenbenutzung durch den Anmelder ermögliche, also im Vorfeld von Markenverletzungen tätig werde. Als Störer hafte sie nur, wenn sie Registrierungen trotz offenkundiger, aus ihrer Sicht eindeutiger Rechtsverstöße nicht aufhebe.<sup>813</sup> Bei ihrer gesellschaftlich unentbehrlichen Tätigkeit, der ansonsten staatliche Stellen nachgehen müssten, träfen sie nur rudimentäre Prüfungspflichten.<sup>814</sup> Die Tatbestandslösung etablierte sich in der Folgezeit als ständige Rechtsprechung.

#### b. Dogmatische Grundlagen der Prüfungspflichten

Die Rechtsprechung erläuterte die dogmatischen Grundlagen der Prüfungspflichten zunächst kaum. Sicher ist, dass die Verletzung von Prüfungspflichten Tatbestandsvoraussetzung der Störerhaftung ist. Zweitens müssen die Prüfungspflichten Teil des Unrechtstatbestands und nicht erst des Verschuldens sein, da sie ansonsten auf den Unterlassungsanspruch keine Auswirkungen hätten.<sup>815</sup> W. Lindacher plädierte dafür „die Kontrollpflichtfrage auf der Ebene der Rechtswidrigkeit festzumachen“<sup>816</sup>. C. v. Gierke wollte Prüfungspflichten im Rahmen einer „nachgeschalteten, umfassenden und einzelfallbezogenen Interessenabwägung“ berücksichtigen.<sup>817</sup>

#### aa. Prüfungspflichten und allgemeine Unrechtslehren

Inzwischen hat die herrschende Lehre erkannt, dass es sich bei den Prüfungspflichten um deliktsrechtliche Verkehrspflichten handelt.<sup>818</sup> Die immaterialgüterrechtliche Störerhaftung fügt sich auf diese Weise in die herrschenden Unrechtslehren des allgemeinen Deliktsrechts ein. Hier gilt grundsätzlich die Lehre vom Erfolgsunrecht.<sup>819</sup> Danach kann sich die

Rechtswidrigkeit eines Verhaltens schon daraus ergeben, dass es ursächlich für den Eingriff in ein Recht oder Rechtsgut geworden ist. Ihm wohnt dann ein Erfolgsunwert inne. Der Eingriff in das Recht indiziert die Rechtswidrigkeit der Eingriffshandlung (Indikationsmodell). Die Rechtswidrigkeit muss nicht in jedem Fall positiv geprüft werden, es reicht negativ die Feststellung, dass keine besonderen Rechtfertigungsgründe eingreifen. Eine Ausnahme ist bei Rechts(guts)verletzungen durch Unterlassen und bei mittelbaren Verletzungen anerkannt.<sup>820</sup> Hier gilt die Lehre vom Verhaltensunrecht, nach der nicht allein vom verursachten Erfolg auf die Rechtswidrigkeit des ursächlichen Verhaltens geschlossen werden kann. Grundlage des Unrechtsurteils bildet vielmehr der Verstoß gegen ein Verhaltensgebot, der den Verhaltensunwert der Handlung begründet. Neben geschriebenen Verhaltensgeboten gibt es ungeschriebene Verkehrspflichten. Grund für die Haftungsbeschränkung bei mittelbaren Verletzungen ist, dass das Verhalten des mittelbaren Verletzers für sich betrachtet sozialadäquat erscheint. *C.-W. Canaris* formuliert, es sei „angesichts der Erlaubtheit dieses Verhaltens in der Tat sinnwidrig, es allein im Hinblick auf die bloße Möglichkeit einer mit ihm nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehenden späteren (!) Rechtsgutsbeeinträchtigung ex post, also gewissermaßen rückwirkend als Unrecht zu qualifizieren“.<sup>821</sup>

Umstritten ist der systematische Standort der Verkehrspflichten im Deliktsaufbau. Eine Ansicht siedelt sie in § 823 Abs. 2 BGB an und versteht sie als ungeschriebene Schutzgesetze.<sup>822</sup> Mit der herrschenden Lehre sieht der BGH in den Verkehrspflichten „durch die Schutzgüter des § 823 Abs. 1 BGB festgelegte, auf den sozialen Umgang bezogene Verhaltenspflichten“.<sup>823</sup> Innerhalb des Deliktsaufbaus von § 823 Abs. 1 BGB wird die Verkehrspflichtverletzung teilweise als Aspekt der Rechtswidrigkeit<sup>824</sup>, teilweise als Voraussetzung der Rechtsgutsverletzung<sup>825</sup> geprüft. Nach letztgenannter Ansicht ließe sich das Indikationsmodell, wonach die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens indiziert, auch für mittelbare Rechtsverletzungen beibehalten, denn die Verkehrspflichtverletzung wäre Teil des Tatbestands.<sup>826</sup> Ein Streitentscheid soll an dieser Stelle unterbleiben, denn die Auswirkungen der unterschiedlichen Ansichten sind gering. Eine Rechtsfolgenlösung, wie sie die ältere urheberrechtliche

Rechtsprechung (S. 162) sowie bis heute die patentrechtliche Rechtsprechung (S. 75 ff.) vertritt, findet in der Literatur zum allgemeinen Deliktsrecht keine Befürworter.

Die immaterialgüterrechtliche Rechtsprechung folgt hinsichtlich mittelbarer Verletzungen der Lehre vom Verhaltensunrecht, indem sie die Verletzung von Prüfungspflichten fordert. Missverständlich sind die Ausführungen des Bundesgerichtshofs, wonach sich das Wettbewerbsrecht als Fall des Verhaltensunrechts strukturell vom Immaterialgüterrecht als Fall des Erfolgsunrechts unterscheidet.<sup>827</sup> Der Bundesgerichtshof will durch die Abgrenzung zum Ausdruck bringen, dass das Immaterialgüterrecht absolute Rechte schützt, während das Wettbewerbsrecht einzelne Marktverhaltensregeln zum Gegenstand hat. Das Wettbewerbsrecht enthält handlungsbezogene, das Immaterialgüterrecht erfolgsbezogene Tatbestände (näher S. 246 ff.). Absolute Rechte schließen jedoch nicht die Anwendung der Lehre vom Verhaltensunrecht aus. Gerade hier stellt sich die Frage, ob der Eingriff in das absolute Recht per se oder nur bei gleichzeitiger Verletzung von Verkehrspflichten rechtswidrig ist.

Nach Übernahme der allgemeinen Unrechtslehren erscheint die von der immaterialgüterrechtlichen Rechtsprechung propagierte Trennung von negatorischer Störerhaftung (Abwehransprüche) und deliktischer Täter- und Teilnehmerhaftung (Schadensersatzanspruch) in besonderem Maße widersprüchlich (vgl. bereits S. 156). Die Lehren vom Erfolgs- und Verhaltensunrecht wurden für den Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB entwickelt. Ihre Anwendung auf immaterialgüterrechtliche Abwehransprüche zeigt entgegen dem Grundverständnis der Rechtsprechung, dass die negatorische Haftung Teil eines einheitlichen deliktsrechtlichen Haftungssystems ist.<sup>828</sup>

#### bb. Prüfungspflichten beim Unterlassungsanspruch

##### (1) Bedeutung der Prüfungspflichten für den Unterlassungsanspruch

Nach herrschender Meinung gilt für den Unterlassungsanspruch derselbe Rechtswidrigkeitsbegriff wie für den Schadensersatzanspruch. Nur

rechtswidriges Verhalten kann untersagt werden.<sup>829</sup> Unterschiede zum Schadensersatzanspruch bestehen allein im zeitlichen Bezugspunkt der Rechtswidrigkeit. Der Schadensersatzanspruch knüpft an ein rechtswidriges Verhalten in der Vergangenheit an. Wegen mittelbarer Rechtsverletzungen haftet, wer in der Vergangenheit gegen Verkehrspflichten verstoßen und dadurch eine unmittelbare Rechtsverletzung adäquat verursacht hat. Der Unterlassungsanspruch richtet sich gegen ein zukünftiges Verhalten, das, „als geschehen gedacht“, rechtswidrig sein muss.<sup>830</sup> Mittelbare Rechtsverletzungen können mit dem Unterlassungsanspruch untersagt werden, wenn in Zukunft die Verletzung einer Verkehrspflicht zu befürchten ist. Die Ausrichtung des Unterlassungsanspruchs auf die Zukunft ermöglicht es, den Gegner mit einer Abmahnung über alle relevanten Umstände zu informieren: die „Einschränkung seines Gesichtskreises [ist] noch zu beheben“.<sup>831</sup> Denjenigen, der umfassende Kenntnis hat, beispielsweise von bereits eingetretenen Rechtsverletzungen weiß, treffen erhöhte Verkehrspflichten. Er kann sein Verhalten kaum anders als pflichtwidrig fortsetzen.

Man könnte argumentieren, aus diesem Grund komme den Verkehrspflichten, allgemeiner: dem Verhaltensunrecht für den Unterlassungsanspruch keine eigenständige Bedeutung zu. Ab der ersten Abmahnung sei das zukünftige Verhalten, als geschehen gedacht, stets rechtswidrig.<sup>832</sup> Damit würde man aber die Bedeutung vergangenen rechtswidrigen Verhaltens für den Nachweis der Begehungsgefahr verkennen. Nur wer in der Vergangenheit gegen Verkehrspflichten verstoßen hat, löst die Vermutung aus, auch in Zukunft gegen seine Verkehrspflichten zu verstoßen (Wiederholungsgefahr). Für die Vergangenheit kann die Abmahnung den Kenntnisstand jedoch nicht erweitern. Der Nachweis von Erstbegehungsgefahr ist deutlich schwieriger zu führen. In der Regel wird der Abgemahnte in Zukunft sein Verhalten an seinen Verkehrspflichten ausrichten.

## (2) Selbstständig einklagbare Prüfungspflichten?

C.v. Bar wirft in seinem Beitrag „Vorbeugender Rechtsschutz vor Verkehrspflichtverletzungen“<sup>833</sup> die Frage auf, ob die Einhaltung von Verkehrspflichten selbstständig eingeklagt werden kann. Kann

beispielsweise der Grundstückseigentümer von seinem Nachbarn verlangen, den morschen Grenzbaum regelmäßig auf seine Standsicherheit zu überprüfen oder gar abzustützen, um zu verhindern, dass er irgendwann umstürzt? Auf das Immaterialgüterrecht übertragen: Kann der Inhaber einer gängigen Marke von den Betreibern eines Internetauktionshauses verlangen, ihre Plattform regelmäßig nach verletzenden Angeboten zu durchsuchen? Wie bereits die Analyse der Rechtsfolgenlösung gezeigt hat (S. 75), hat der Unterlassungsgläubiger keinen nach §§ 887 ff. ZPO vollstreckbaren Anspruch darauf, dass sein Schuldner bestimmte Sicherungsvorkehrungen trifft.

Allerdings kann der Rechtsinhaber mit Hilfe des Unterlassungsanspruchs mittelbar auf die Einhaltung der Verkehrspflichten hinwirken. Der Grundstückseigentümer kann vom Nachbarn gemäß § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen, dass er sein Grundeigentum nicht dadurch beeinträchtigt, dass er den morschen Grenzbaum verkehrspflichtwidrig umstürzen lässt. Der Markeninhaber kann verlangen, dass die Plattformbetreiber es unterlassen, mittelbar sein Markenrecht zu verletzen, indem sie Angebote von Plagiaten verkehrspflichtwidrig ermöglichen. Die Verkehrspflichten bleiben jedoch unselbstständig in dem Sinne, dass sie lediglich Bestandteil der rechtswidrigen mittelbaren Rechtsverletzung sind. Selbstständig einklagbar sind sie schon deswegen nicht, weil der Anspruchsgegner die Wahl hat, mit welchen Maßnahmen er die Rechtsverletzung verhindert. Der Markeninhaber kann von eBay keine bestimmten Prüfungsmaßnahmen verlangen, da eBay theoretisch stets die Möglichkeit hat, den Dienst völlig einzustellen. Ähnlich hat der Nachbar die Möglichkeit, den Grenzbaum regelmäßig zu kontrollieren und gegebenenfalls abzustützen, oder er kann ihn fällen.

### (3) Prüfungspflichten und Verschuldensunabhängigkeit

Unterlassungsansprüche sind verschuldensunabhängig. Trotzdem sind sowohl nach allgemeiner Unrechtslehre als auch nach der „Tatbestandslösung“ im Immaterialgüterrecht Unterlassungsansprüche gegen den mittelbaren Verletzer nur bei Verkehrspflichtverletzung begründet. § 276 Abs. 2 BGB definiert Fahrlässigkeit als Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Verkehrspflichtverletzung und

Fahrlässigkeit überschneiden sich.<sup>834</sup> Mit den Verkehrspflichten wird ein Verschuldenselement in den Unterlassungsanspruch getragen.<sup>835</sup> Die herrschende Meinung betont, dass die Verkehrspflichten die Anforderungen an die äußere Sorgfalt festlegen. Schuldhaft handele aber nur derjenige, der zusätzlich die innere Sorgfalt außer Acht lasse, also die objektiven Verhaltensregeln verkenne, obwohl er sie subjektiv hätte erkennen können.<sup>836</sup> In der Praxis wird man äußere und innere Sorgfalt selten trennen können. Der BGH arbeitet gar mit einer Beweiserleichterung: „Die Verletzung der äußeren Sorgfalt indiziert entweder die der inneren Sorgfalt oder es spricht ein Anscheinsbeweis für die Verletzung der inneren Sorgfalt.“<sup>837</sup> In einer Entscheidung zur markenrechtlichen Haftung des Admin-C (S. 19) verwendete das LG Berlin die Begriffe „verkehrspflichtwidrig“ und „fahrlässig“ weitgehend synonym.<sup>838</sup> Trotzdem nimmt die Tatbestandslösung dem Unterlassungsanspruch nicht den verschuldensunabhängigen Charakter. Sie ist vielmehr der Erkenntnis geschuldet, dass Vorfeldmaßnahmen nicht per se, sondern erst bei gleichzeitigem Verstoß gegen Verhaltensregeln rechtswidrig sind.

## cc. Prüfungspflichten und Vorsatz

### (1) Vorsätzliche Erfolgsverursachung und allgemeine Unrechtslehren

Sowohl im Immaterialgüterrecht als auch im allgemeinen Deliktsrecht wird verbreitet vertreten, dass derjenige, der vorsätzlich fremde Rechte verletze, ohne weiteres verkehrspflichtwidrig handele. Mit anderen Worten: Bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen brauche die Verkehrspflichtverletzung nicht eigenständig geprüft zu werden. In diesem Sinne argumentierten im Fall „Heise online“ (S. 24) das OLG München (vorläufiger Rechtsschutz) und das Landgericht München I (Hauptsache). Der Heise Verlag habe beim Setzen des Links positive Kenntnis davon gehabt, dass die verlinkte Webpage rechtswidrigem Handeln diene. „Bei dieser Lage kommt es im Streitfall auf Prüfungspflichten bezüglich der Rechtslage und deren Zumutbarkeit nicht an.“<sup>839</sup> Eine Störerhaftung komme „schon deswegen in Betracht, weil – unabhängig von der Frage der Zumutbarkeit von Prüfungspflichten – eine Kenntnis der Beklagten bereits

beim Setzen des Hyperlinks sowie auch bei dessen Aufrechterhalten nach Abmahnung tatsächlich vorlag“.<sup>840</sup>

Dem entspricht im allgemeinen Deliktsrecht eine Ansicht, die im Unrechtstatbestand nicht (nur) zwischen unmittelbaren und mittelbaren, sondern zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Verletzungen unterscheidet.<sup>841</sup> Während jede vorsätzliche Rechtsverletzung per se rechtswidrig sei (Lehre vom Erfolgsunrecht, Indikationsmodell), rechtfertige bei fahrlässigen Verletzungen erst der Verstoß gegen eine Verhaltenspflicht das Unrechtsurteil (Lehre vom Verhaltensunrecht). G. Brüggemeier formuliert: „Jede vorsätzliche Verletzung eines anderen ist per se rechtswidrig.“<sup>842</sup> Ähnlich E. v. Caemmerer: „Daß vorsätzliche Verletzungen eines Menschen oder fremder Rechte rechtswidrig sind, erscheint überall als selbstverständlich.“<sup>843</sup>

Gegen eine Sonderrolle der Vorsatzdelikte spricht sich insbesondere G. Wagner aus:<sup>844</sup> „Die Vorstellung, beim Vorsatzdelikt sei die bloße Erfolgsverursachung ohne weiteres rechtswidrig, ist zwar populär, aber falsch.“<sup>845</sup> Vorsätzliche Verletzungshandlungen, die in der Kausalkette sehr weit vom Verletzungserfolg entfernt seien, könnten sich im Rahmen des erlaubten Risikos bewegen. G. Wagner nennt Automobilhersteller, die wegen bekannter Unfallstatistiken den Tod vieler Menschen in Kauf nähmen, aber trotzdem nicht wegen vorsätzlicher Tötung haften dürften.<sup>846</sup> Aus dem Immaterialgüterrecht sei auf ein Beispiel R. Teschemachers verwiesen, in dem ein Bergwerk Kohlen an ein Stahlwerk liefert, obwohl es weiß, dass dort mit einem patentverletzenden Verfahren Stahl erzeugt wird, und dies auch in Kauf nimmt.<sup>847</sup>

Wer bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen darauf verzichtet, die Rechtswidrigkeit positiv zu prüfen, muss für Grenzfälle Rechtfertigungsgründe wie „Sozialadäquanz“, „erlaubtes Risiko“ oder „verkehrsrichtiges Verhalten“ erfinden. Derartige Kunstgriffe kann man vermeiden, wenn man den Vorsatz des Verletzers im Rahmen der Abwägung, das heißt bei der Entscheidung, welche Sicherungsvorkehrungen ihm zumutbar sind, berücksichtigt, vom Vorsatz des Verletzers aber nicht ohne weiteres auf die Pflichtwidrigkeit schließt. Im Einzelfall mag der Vorsatz des Verletzers durch überwiegende Belange

zu seinen Gunsten kompensiert sein mit der Folge, dass sich auch die vorsätzliche Rechtsverletzung als rechtmäßig erweist. Als Beispiel diene erneut der Fall „Heise online“. Zu Recht entschied der BGH, die Pressefreiheit des Heise Verlags und das hohe Informationsinteresse der Allgemeinheit rechtfertigten den Bericht über Slysoft und die Hyperlinks auf die Homepage, obwohl der Heise Verlag Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der verlinkten Inhalte gehabt habe: „[Die Interessenabwägung] ist darüber hinaus aus Rechtsgründen zu beanstanden, weil das Berufungsgericht dem Umstand, dass der Beklagte Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Angebots der SlySoft hatte, ein zu großes Gewicht beigemessen hat.“<sup>848</sup> Heise online habe hinreichend objektiv und distanziert berichtet. Damit dürfte für das Immaterialgüterrecht höchstrichterlich geklärt sein, dass der Vorsatz des Verletzers einer Abwägung im Einzelfall nicht entgegensteht und dass der vorsätzliche Verletzer nicht per se gegen seine Verkehrspflichten verstößt.

## (2) Prüfungspflichten und Kenntnis von Rechtsverletzungen

Art und Ausmaß der Verkehrspflichten werden durch den Kenntnisstand des Verpflichteten beeinflusst. Wer weiß, dass sein Verhalten in der Vergangenheit zu Rechtsverletzungen geführt hat, hat Anlass, die näheren Umstände zu erforschen und für die Zukunft sein Verhalten zu überdenken und zu ändern.<sup>849</sup> Ihn treffen strengere Verkehrspflichten als den Ahnungslosen. Mit Blick auf den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch hat der Gefährdete die Möglichkeit, den Wissensstand des mittelbaren Verletzers zu erweitern, indem er ihn über (drohende) unmittelbare Verletzungen informiert, sei es durch formlose Mitteilung, sei es durch förmliche Abmahnung (vgl. § 97a UrhG, § 12 UWG).

### a. Rechtsprechungsüberblick

Der BGH entwickelte in seinen Entscheidungen „Internetversteigerung I-III“ (S. 13) die Kenntnis von konkreten Rechtsverletzungen zum maßgeblichen pflichtenauslösenden Moment für den Vorfeldschutz gegen gefährliche Plattformen.<sup>850</sup> Die Betreiber von eBay oder Ricardo müssten nicht jedes Angebot vor Veröffentlichung auf Rechtsverletzungen hin

untersuchen. „Eine solche Obliegenheit würde das gesamte Geschäftsmodell in Frage stellen“.<sup>851</sup> Ebenso wenig bräuchten sie den gesamten veröffentlichten Inhalt ihrer Plattformen unabhängig von konkreten Hinweisen zu überprüfen (keine anlassunabhängige proaktive Kontrollpflicht). Allerdings müssten sie, wenn sie auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen worden seien, nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren, sondern auch Vorsorge treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren derartigen Rechtsverletzungen komme.<sup>852</sup> Ab Kenntnis von einer konkreten Rechtsverletzung ist der Plattformbetreiber also nicht nur verpflichtet, gegenwärtige rechtswidrige Inhalte zu entfernen und dafür Sorge zu tragen, dass in Zukunft keine identischen Inhalte in seine Plattform eingestellt werden, seine Prüfungspflicht bezieht sich auch auf gleichartige Inhalte. Die Reichweite der Prüfungspflicht kann man mit Hilfe der „Kerntheorie“ bestimmen. Danach erstreckt sich der Unterlassungsanspruch und der entsprechende Unterlassungstitel nicht nur auf die im Tenor bezeichnete konkrete Verletzungsform, sondern auch auf alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen, das heißt auf alle Verletzungen, in denen sich das Charakteristische der angegriffenen Verletzungsform wiederfindet.<sup>853</sup>

Für Internetauktionen hat der BGH in seiner wettbewerbsrechtlichen Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“ von 2007<sup>854</sup> näher erläutert, welche Angebote der angegriffenen Verletzungsform im Kern gleichen. Ein Interessenverband des Videofachhandels hatte gegen die Betreiber von eBay wegen Tonträgern, DVDs und Computerspielen, die in der Liste jugendgefährdender Medien (§ 18 JuSchG) geführt wurden oder auf Grund ihres volksverhetzenden oder gewaltverherrlichenden Inhalts gegen Strafgesetze verstießen (§§ 130 Abs. 2, 131 StGB), auf Unterlassung geklagt. Unmittelbare Anbieter von jugendgefährdenden Medien erfüllten den Rechtsbruchtatbestand (§ 4 Nr. 11 UWG). Der Gerichtshof beschränkte die Haftung des Providers nicht auf identische Angebote, das heißt auf Fälle, in denen derselbe Anbieter den gleichen Artikel erneut anbietet. Vielmehr hafte eBay ebenso, wenn andere Nutzer den Artikel anbieten würden. Darüber hinaus müsse eBay verhindern, dass „derselbe Versteigerer auf demselben Trägermedium (z.B. Bildträger, Tonträger, Printmedium, Computerspiel) Inhalte derselben jugendgefährdenden Kategorie (z.B. Verherrlichung der NS-Ideologie,

Anreize zur Gewalttätigkeit, Pornografie) anbietet“.<sup>855</sup> Zur Eingrenzung kerngleicher Inhalte kann man zusätzlich an den Fund- und Speicherort der angezeigten Verletzungsform, die Person des Verletzers, die Art und Weise der Verletzungshandlung oder das bedrohte Rechtsgut anknüpfen.<sup>856</sup>

Abweichend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs plädierte das Landgericht Hamburg in einer Serie von Entscheidungen<sup>857</sup> für eine strengere Störerhaftung. Aufsehen erregte es 2005 mit einem Urteil gegen den Heise Verlag<sup>858</sup>, der in Heise online kritisch über ein Computerprogramm berichtet hatte. Im Meinungsforum, das Heise zu diesem Artikel eröffnet hatte, riefen mehrere Diskussionsteilnehmer zum Boykott der kritisierten Software auf. Der Anbieter der Software erwirkte eine einstweilige Verfügung gegen Heise online wegen Eingriffs in sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB). Das Landgericht bestätigte die Verfügung, da der Heise Verlag wegen Verletzung seiner Prüfungspflichten als Störer hafter. Um Rechtsverletzungen zu verhindern, müsse er notfalls jeden einzelnen Eintrag vor Freischaltung überprüfen. Eine umfassende präventive Kontrolle sei zumutbar: „Wenn die Zahl der Foren und die Zahl der Einträge so groß ist, dass die Antragsgegnerin nicht über genügend Personal oder genügend technische Mittel verfügt, um diese Einträge vor ihrer Freischaltung einer Prüfung auf ihre Rechtmäßigkeit zu unterziehen, dann muss sie entweder ihre Mittel vergrößern oder den Umfang ihres Betriebs – etwa durch Verkleinerung der Zahl der Foren oder Limitierung der Zahl der Einträge – beschränken.“<sup>859</sup> Damit verschärfte das Landgericht den Haftungsmaßstab des BGH in zweifacher Hinsicht: Einmal beschränkte es die proaktiven Kontrollpflichten nicht auf den Bereich bekannter und gleichartiger Rechtsverletzungen. Zweitens verlegte es die Kontrollpflichten vor die Freischaltung einzelner Inhalte. Obwohl es vom Hanseatischen Oberlandesgericht im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung korrigiert wurde,<sup>860</sup> bestätigte es seine Ansicht in einer weiteren Entscheidung von 2007 gegen ein Meinungsforum, das mit einer Feststellungsklage Unterlassungsansprüche wegen Verletzung des Unternehmenspersönlichkeitsrechts (§§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) abwehren wollte.<sup>861</sup>

Ebenfalls 2007 übertrug das Landgericht Hamburg mit der Entscheidung „Mettenden“<sup>862</sup> die strengen Prüfungspflichten auf die urheberrechtliche Störerhaftung. In ein Internetforum (webkoch.de) war ein geschütztes Foto eingestellt worden. Nach Abmahnung löschten die Plattformbetreiber das Foto und verhinderten durch technische Maßnahmen, dass zukünftig überhaupt Bilder in das Forum hochgeladen werden können. Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung gaben sie nicht ab. Nach Ansicht des Landgerichts hatten die Betreiber bereits vor der Abmahnung ihre Prüfungspflichten verletzt, da sie ihr Forum nicht anlassunabhängig kontrolliert hatten: „Die vorherige Kenntniserlangung von einer Rechtsverletzung setzt der Unterlassungsanspruch [...] nicht voraus.“<sup>863</sup> Mangels strafbewehrter Unterlassungserklärung bestehe Wiederholungsgefahr. Nach den Grundsätzen des BGH hätte erst die Abmahnung Prüfungspflichten ausgelöst, denen die Betreiber mit ihren Sicherungsvorkehrungen nachgekommen wären. Angesichts der Bemühungen der Betreiber hätte der Rechtsinhaber (Fotograf) auch keine Erstbegehungsgefahr nachweisen können. Mit ähnlichen Argumenten gab das OLG Hamburg der Berufung des Betreibers von webkoch.de statt.<sup>864</sup>

Einen Mittelweg zwischen der Ansicht des BGH und der Rechtsprechung des LG Hamburg beschritt das Hanseatische Oberlandesgericht in seinem Berufungsurteil „Kinderstühle“<sup>865</sup>, das später teilweise durch die Entscheidung des BGH „Kinderhochstühle im Internet“<sup>866</sup> wieder aufgehoben wurde. Gegenstand des Rechtsstreits waren Angebote von Kinderhochstühlen bei eBay, durch die die Marke „TRIPP TRAPP“ des norwegischen Möbelherstellers Stokke verletzt wurde. Eine anlassunabhängige Überwachungspflicht sei den Betreibern von eBay nicht zuzumuten. Würden sie abgemahnt, seien sie jedoch verpflichtet, identische und gleichartige Angebote vor Veröffentlichung auszusondern. Hierzu sei ein Softwarefilter erforderlich, der bei Eingabe des Angebots im Wege einer Früherkennung nach bestimmten Schlagwörtern suche. Die Suchergebnisse seien anschließend manuell nachzukontrollieren, um zu verhindern, dass rechtmäßige Angebote irrtümlich gesperrt würden.<sup>867</sup>

Weniger strenge Prüfungspflichten formulierte das Hanseatische Oberlandesgericht in seiner Entscheidung „Long Island Ice Tea“<sup>868</sup> von 2009 zu einem Internetforum, in das ein Nutzer ein urheberrechtlich

geschütztes Foto unbefugt hochgeladen hatte. Das Oberlandesgericht hielt es für ausreichend, dass der Plattformbetreiber das Foto nach Abmahnung entfernt sowie einen Filter installiert hatte, womit jeder Link zur Internetseite des Klägers (<http://www.marions-kochbuch.de/>) automatisch unkenntlich gemacht wurde. Der Betreiber sei nicht verpflichtet, anlässlich einer vereinzelt Rechtsverletzung Bildveröffentlichungen generell zu unterbinden. Ausschlaggebend für die mildereren Prüfungspflichten war wohl, dass sich das Forum den Themen Sport und Fußball widmete, während sich der Kläger auf die Fotografie von Nahrungsmitteln und Getränken spezialisiert hatte. Im Hinblick auf die konkreten Schutzrechte gehe von dem Forum keine erhöhte Gefahr aus.

#### b. Haftungsbeschränkungen des Telemedienrechts

Bei erheblichen Differenzen im Detail ist sich die Rechtsprechung also darin einig, dass den Betreiber einer gefährlichen Plattform zwar keine umfassende und anlassunabhängige proaktive Prüfungspflicht trifft. Andererseits darf sich der Betreiber auch nicht rein reaktiv verhalten, sondern muss in den Grenzen der Kerntheorie seine Plattform auf gleichartige Verletzungen überwachen (bereichsspezifische proaktive Kontrollpflicht). Umstritten ist, ob einer derartigen Kontrollpflicht im Anwendungsbereich des Telemedienrechts die Haftungsbeschränkungen der §§ 7-10 TMG entgegenstehen.

Zum Hintergrund: §§ 7 ff. TMG regeln die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern, das heißt von Personen, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithalten oder den Zugang zur Nutzung vermitteln (§ 2 S. 1 Nr. 1 TMG). Nationale Vorgängerregelungen waren bis zum 1. März 2007 die wortgleichen §§ 8 ff. des Teledienstegesetzes<sup>869</sup> (TDG) in der Fassung des Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetzes<sup>870</sup> (EGG) von 2001. Mit den Vorschriften sollte die „E-Commerce-Richtlinie“ (ECRL) der Europäischen Gemeinschaft<sup>871</sup> umgesetzt werden. Vor Umsetzung der Richtlinie regelte § 5 TDG a.F. die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern.<sup>872</sup> Sinn der §§ 7 ff. TMG ist es, größere Rechtssicherheit für Diensteanbieter zu schaffen, als es bei der Anwendung allgemeiner Haftungsregeln möglich wäre. Die Begrenzung der Providerhaftung soll einerseits Deutschland als Standort für

Internetdienstleister wettbewerbsfähig halten.<sup>873</sup> Sie ist andererseits der Erkenntnis geschuldet, dass Diensteanbieter als Host- oder Accessprovider lediglich den Zugang zu fremden Informationen vermitteln, nicht aber selbst Urheber dieser Informationen sind.<sup>874</sup>

Die §§ 8-10 TMG sehen Haftungsbeschränkungen für bestimmte Diensteanbieter vor. Zur Funktion der wortgleichen §§ 9-11 TDG führte die Bundesregierung in der Begründung ihres Gesetzesentwurfes aus: „Wie bei den bisherigen verantwortlichkeitseinschränkenden Regelungen lässt sich die Wirkungsweise der §§ 9 bis 11 untechnisch mit der eines Filters vergleichen. Die Vorschriften können eine Verantwortlichkeit im zivil- oder strafrechtlichen Bereich nicht begründen oder erweitern. Vielmehr muss sich eine solche aus den allgemeinen Vorschriften ergeben. Bevor ein Diensteanbieter auf deren Grundlage zur Verantwortung gezogen werden kann, muss allerdings geprüft werden, ob die aus den allgemeinen Vorschriften folgende Verantwortlichkeit nicht durch die §§ 9 bis 11 ausgeschlossen ist. Sind daher im Einzelfall die Voraussetzungen der allgemeinen Vorschriften für eine Haftung erfüllt, so ist der Diensteanbieter für die Rechtsgutsverletzung gleichwohl nicht verantwortlich, wenn er sich auf das Eingreifen der §§ 9, 10 oder 11 berufen kann.“<sup>875</sup> Die Literatur ordnet die §§ 8-10 TMG dogmatisch überwiegend als Haftungsfilter auf Tatbestandsebene ein, der in die haftungsbegründende Norm „hineingelesen“ werden muss.<sup>876</sup> Da die §§ 8 ff. TMG gebündelt einheitliche Beschränkungen für die Haftung gemäß diversen zivil- und strafrechtlichen Normen bereithalten, spricht die Literatur von einer „horizontalen Regelung“.<sup>877</sup>

Nach herrschender Meinung beschränken die §§ 8-10 TMG nicht die allgemeine Haftung des Störers. Die §§ 8-10 TMG seien nur auf Schadensersatzansprüche anwendbar,<sup>878</sup> dagegen schulde der Störer lediglich Beseitigung und Unterlassung. Bei der Ausgestaltung seiner Haftung seien allein die allgemeinen Vorgaben in § 7 TMG zu beachten. Der Bundesgerichtshof begründete seine Ansicht unter Geltung des § 11 TDG (= § 10 TMG) wie folgt:<sup>879</sup> Erstens meine der Begriff „Verantwortlichkeit“ nur die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung. § 11 TDG besage „indessen nichts darüber, ob ein Diensteanbieter nach den allgemeinen deliktsrechtlichen

Maßstäben oder als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wenn eine Veröffentlichung in dem von ihm betriebenen Dienst die (Marken-)Rechte eines Dritten verletzt“.<sup>880</sup> Zweitens seien auch privilegierte Provider gemäß § 8 Abs. 2 S. 2 TDG (§ 7 Abs. 2 S. 2 TMG) zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen verpflichtet. Im Einklang mit der E-Commerce-Richtlinie nehme das TMG Abwehransprüche (Unterlassung und Beseitigung) also von den Privilegierungen in den §§ 9-11 TDG (§§ 8-10 TMG) aus. Erstreckte man § 11 TDG (§ 10 TMG) auf Unterlassungsansprüche, entstünde drittens ein Wertungswiderspruch: Während Schadenersatz schon bei grober Fahrlässigkeit geleistet werden müsste, wären Unterlassungsansprüche, für die die Variante der Offensichtlichkeit nach dem Wortlaut des § 11 TDG (§10 TMG) nicht gälte, erst bei positiver Kenntnis begründet. Nach allgemeinen Regeln sei aber der Unterlassungsanspruch stets an weniger strenge Voraussetzungen geknüpft als der Schadensersatzanspruch. Viertens sei schon zu § 5 TDG a.F. anerkannt gewesen, dass die Privilegierungen in den Abs. 1-3 gemäß Abs. 4 nicht für Unterlassungsansprüche galten.

Fraglich ist, ob die Pflicht des Betreibers, die Inhalte seiner Plattform in den Grenzen der Kerntheorie proaktiv zu überwachen (S. 172 ff.), im Einklang mit § 7 TMG steht. Gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 TMG sind Diensteanbieter nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.<sup>881</sup> Allein in seiner wettbewerbsrechtlichen Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“ nahm der Bundesgerichtshof Stellung dazu, inwiefern sich die Kontrollpflicht des Plattformbetreibers mit § 7 Abs. 2 S. 1 TMG vertrage. Zunächst berief er sich auf Erwägungsgrund 48 der E-Commerce-Richtlinie.<sup>882</sup> Danach können die Mitgliedstaaten verlangen, dass Diensteanbieter, die von Nutzern ihres Dienstes bereitgestellte Informationen speichern, die nach vernünftigem Ermessen von ihnen zu erwartende und in innerstaatlichen Rechtsvorschriften niedergelegte Sorgfaltspflicht anwenden, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern. Proaktive Kontrollpflichten ließen sich als derartige Sorgfaltspflichten verstehen.

Mit Erwägungsgrund 48 überlässt es die Richtlinie den Mitgliedstaaten, eine Ausnahme von Art. 15 Abs. 1 ECRL (= § 7 Abs. 2 S. 1 TMG) zu regeln. Die Option ist jedoch nicht an die nationalen Gerichte, sondern an den nationalen Gesetzgeber adressiert. Will ein Mitgliedstaat von der Option Gebrauch machen, muss er eine entsprechende gesetzliche Basis schaffen. Im Telemediengesetz hat Erwägungsgrund 48 keinen Niederschlag gefunden. Er kann daher von den Gerichten nicht zur Auslegung von § 7 Abs. 2 TMG herangezogen werden.<sup>883</sup>

Zweitens deutete der BGH an, § 7 Abs. 2 S. 1 TMG nur als Abwägungsgesichtspunkt zu verstehen. Dagegen stehe das berechtigte Interesse der Verletzten an Vorfeldschutz, das in der Öffnungsklausel des § 7 Abs. 2 S. 2 TMG seinen Ausdruck finde. § 7 Abs. 2 TMG solle „die effektive Durchsetzung von Löschungs- und Sperrungsansprüchen gewährleisten“.<sup>884</sup> Nach Abwägung der beiden Gesichtspunkte sei der Diensteanbieter zwar nicht zur anlassunabhängigen Kontrolle seiner Plattform verpflichtet. Bei konkreten Hinweisen müsse er aber auch gleichartigen Verletzungen vorbeugen.

Tatsächlich steht § 7 Abs. 2 S. 1 TMG potentiell mit § 7 Abs. 2 S. 2 TMG in Konflikt.<sup>885</sup> Unterlassungs- und Beseitigungspflichten, die das TMG unberührt lassen möchte (Satz 2), gehen oft mit Überwachungspflichten einher, von denen das TMG die Provider andererseits befreien will (Satz 1). Der Gesetzgeber hat jedoch selbst einen Hinweis gegeben, wie man § 7 Abs. 2 TMG widerspruchsfrei auslegen könnte. Zum wortgleichen § 8 Abs. 2 TDG führte die Bundesregierung in der Begründung ihres Gesetzesentwurfes aus: „Dementsprechend ordnet § 8 Abs. 2 Satz 2 an, dass Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung rechtswidriger Informationen nach den allgemeinen Gesetzen auch bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 9 bis 11 unberührt bleiben, *wenn der Diensteanbieter von solchen Informationen Kenntnis erlangt*“ (Hervorhebung durch den Verfasser).<sup>886</sup> Sie wollte damit an § 5 Abs. 4 TDG a.F. anknüpfen, der Sperrungsverpflichtungen ebenfalls nur bei Kenntnis zuließ. Im Hinblick auf § 10 TMG sollte man heute korrigieren: Es reicht die Kenntnis von Umständen, aus denen die rechtswidrige Information offensichtlich wird.<sup>887</sup> Ansonsten wäre der Unterlassungsanspruch von strengeren Voraussetzungen abhängig als der

Schadensersatzanspruch. Mit dieser Auslegung ließe man einerseits Abwehransprüche zu (§ 7 Abs. 2 S. 2 TMG), würde durch ihre Beschränkung jedoch verhindern, dass sie allgemeine Überwachungspflichten mit sich bringen. § 7 Abs. 2 S. 1 TMG genösse gegenüber § 7 Abs. 2 S. 2 TMG relativen Vorrang. Der Bundesgerichtshof räumt dagegen der Öffnungsklausel für Abwehransprüche im Einzelfall Vorrang vor dem Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten ein. Aus europarechtlicher Sicht spricht hiergegen, dass Art. 15 Abs. 1 ECRL eine zwingend umzusetzende allgemeine Regel enthält, während Art. 14 Abs. 3 ECRL dem nationalen Gesetzgeber lediglich eine Option eröffnet.<sup>888</sup>

Schließlich ging der Bundesgerichtshof davon aus, dass die Pflicht des Betreibers, seine Plattform bei Anlass nach gleichartigen Inhalten zu durchsuchen, keine allgemeine Überwachungspflicht im Sinne von § 7 Abs. 2 S. 1 TMG sei.<sup>889</sup> Die genaue Abgrenzung zwischen allgemeinen und spezifischen Überwachungspflichten ist in der Literatur umstritten. Eine Ansicht vertritt, § 7 Abs. 2 S. 1 TMG sei Ausdruck des Gebots der Zumutbarkeit. Ausgeschlossen seien nur anlassunabhängige Überwachungspflichten. Dagegen sei es dem Plattformbetreiber zuzumuten, mit Hilfe von Softwarefiltern und korrigierend eingreifendem Personal nicht nur mit der angegriffenen Verletzungsform identische, sondern auch kerngleiche Angebote zu finden und zu löschen.<sup>890</sup> Die Ansicht unterschätzt jedoch den Aufwand, den die Suche nach gleichartigen Angeboten mit sich bringt. Geht man beispielsweise davon aus, dass eBay Abmahnungen von den meisten Inhabern begehrter Marken erhält, wäre der Betreiber nach kurzer Zeit zur proaktiven Kontrolle eines Großteils seiner Plattform verpflichtet. Er müsste wahrscheinlich sämtliche Angebote in den Bereichen Uhren, Schmuck, Handtaschen, Schuhe, Kleidung aller Art oder Parfums überwachen.<sup>891</sup> Die Europäische Kommission verstand in ihrem Richtlinienvorschlag von 1998 spezifische Überwachungspflichten als Pflichten, „eine gewisse Zeitlang bestimmte Netzseiten zu überwachen, um eine bestimmte unerlaubte Tätigkeit zu verhüten oder zu bekämpfen“.<sup>892</sup> Die Pflicht, in Zukunft gleichartige (mittelbare) Rechtsverletzungen zu unterlassen, ist weder auf einen bestimmten Zeitraum noch auf eine bestimmte unerlaubte Tätigkeit beschränkt. Auch wenn sie aus einem konkreten Anlass (der Abmahnung) entspringt, wird sie im Ergebnis zur allgemeinen Überwachungspflicht.<sup>893</sup>

Als eine Art Rettungsanker versteht die Rechtsprechung das Vollstreckungsverfahren.<sup>894</sup> Die Vollstreckung eines Unterlassungstitels richtet sich nach § 890 ZPO. Handelt der Schuldner seiner Verpflichtung zuwider, können Ordnungsmittel gegen ihn verhängt werden. Da die Ordnungsmittel nicht nur Maßnahmen zur Beugung des Willens sind, sondern auch strafrechtliche (repressive) Elemente enthalten, können sie nach allgemeiner Meinung nur bei Verschulden verhängt werden.<sup>895</sup> Der Betreiber einer Internetplattform kann im Ordnungsmittelverfahren nur belangt werden, wenn er die erneute (gleichartige) Rechtsverletzung bei Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) hätte verhindern können. Das Vollstreckungsverfahren eröffnet so die Möglichkeit, im Einzelfall zu entscheiden, welche Überwachungsmaßnahmen der Provider zumutbarer Weise hätte treffen müssen. Nach Auffassung der Rechtsprechung ist es unschädlich, den Unterlassungstenor relativ weit und unbestimmt zu fassen, wenn später ohnehin eine Einzelfallkontrolle erfolgt. Das Konzept des BGH birgt jedoch die Gefahr, dass schwierige materiellrechtliche Fragen aus dem Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden.<sup>896</sup>

Insgesamt mögen die besseren Gründe dafür sprechen, die Störerhaftung nicht durch Anwendung der Kerntheorie auf gleichartige Verletzungen zu erstrecken. Für die Praxis ist die Diskussion jedoch im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beendet. Der Gesetzgeber scheint diese Rechtsprechung zu billigen. In der Begründung ihres Entwurfs des Telemediengesetzes nahm die Bundesregierung Stellung, warum sie die §§ 8-11 TDG wortgleich ins Telemediengesetz übernehmen wolle: „Dabei wird nicht verkannt, dass bei den Regelungen zur Verantwortlichkeit bei Teilen der Internetwirtschaft Befürchtungen bestehen, diese Regelungen würden dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit nicht mehr gerecht. Hier hat besonders ein Urteil des Bundesgerichtshofs zur Haftung bei Internetversteigerungen (Rolex-Ricardo-Urteil) aus dem Jahre 2004 Besorgnis ausgelöst, dass damit eine Rechtsprechungsentwicklung eingeleitet werden könnte, die möglicherweise die Zielrichtung der Verantwortlichkeitsregeln der E-Commerce-Richtlinie beeinträchtigt [...]. Änderungsüberlegungen im Bereich der Verantwortlichkeit bedürfen sorgfältiger Prüfung, besonders wenn die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber und der Diensteanbieter abgewogen werden müssen. Hier

sind vorrangig gemeinsame Regeln auf europäischer Ebene anzustreben.“<sup>897</sup> Die Auffassung des BGH soll auch in dieser Arbeit zu Grunde gelegt werden.

### c. Einzelne Verkehrspflichten

Da die Tatbestandslösung die Unrechtslehren des allgemeinen Deliktsrechts auf das Immaterialgüterrecht überträgt, sollte man den Begriff der Prüfungspflichten gegen den allgemeinen Begriff der Verkehrspflichten austauschen. Den mittelbaren Verletzer trifft nicht nur die Pflicht, die eröffnete Gefahrenquelle regelmäßig zu überprüfen. Der allgemeine Begriff der Verkehrspflichten umfasst beispielsweise auch Sicherungsvorkehrungen, wie sie die patent- und urheberrechtliche Rechtsprechung im Rahmen der „Rechtsfolgenlösung“ fordert (S. 75). In den folgenden Abschnitten soll ein Überblick über gängige Verkehrspflichten gegeben und Stellung zu ausgesuchten Streitfragen genommen werden.

#### aa. Hinweispflichten

Offenkundige Gefahren bedürfen keiner Sicherung.<sup>898</sup> Anstatt auf den Gefahrenherd selbst einzuwirken, mag es im Einzelfall ausreichen, potentiell Bedrohte auf den Gefahrenherd aufmerksam zu machen und ihnen so zu ermöglichen, der Gefahr eigenverantwortlich auszuweichen.<sup>899</sup> Warn- und Instruktionspflichten gehören zu den üblichen Verkehrspflichten im Bereich der bürgerlich-rechtlichen Produkthaftung (§ 823 Abs. 1 BGB).<sup>900</sup> Der Käufer wird einen Warnhinweis eher befolgen, wenn seine eigenen Rechte und Rechtsgüter gefährdet sind. Beispielsweise wird sich der Heimwerker an die Gebrauchsanleitung der Kreissäge halten, weil er sich nicht selbst verletzen will.

Im Immaterialgüterrecht sollen Warnhinweise dagegen verhindern, dass der Nutzer eines gefährlichen Produkts oder einer gefährlichen Plattform in *fremde* Rechte eingreift. *Eigene* geistige Güter kann der Nutzer nicht beeinträchtigen. Warnungen werden eher missachtet, wenn der eigene Rechtskreis nicht bedroht ist. Berücksichtigt man des Weiteren, dass die Bevölkerung hinsichtlich der Verletzung geistiger Güter geringes

Unrechtsbewusstsein zeigt, mag man an der Effektivität von Warnhinweisen zweifeln. Es wurde aber bereits erläutert, dass die patentrechtliche Rechtsprechung Warnhinweise überwiegend als hinreichende Sicherungsvorkehrung akzeptiert (S. 76). Auch die ältere Rechtsprechung zur urheberrechtlichen Störerhaftung vertraute auf die Rechtstreue der Nutzer. Hersteller von Magnettonbandgeräten und Tonbändern konnten sich ihrer urheberrechtlichen Haftung durch den GEMA-Hinweis entziehen.<sup>901</sup> Entsprechendes galt für Kopierläden-Betreiber.<sup>902</sup>

Die neuere Rechtsprechung zur Störerhaftung von Plattformbetreibern hat dagegen erkannt, dass Warnhinweise im Immaterialgüterrecht kaum Wirkung entfalten und daher höchstens als ergänzende Sicherungsmaßnahme in Betracht kommen. In einer Entscheidung zur urheberrechtlichen Störerhaftung des Sharehosters „Rapidshare“ von 2008 befand das Hanseatische Oberlandesgericht: „Der Hinweis der Antragsgegner in ihren Nutzungsbedingungen, dass sie den Upload rechtsverletzender Inhalte und die Verteilung der hierauf bezogenen Links ausdrücklich missbilligen, ist eine notwendige, nicht jedoch eine hinreichende Maßnahme, um ihren Verpflichtungen gerecht zu werden. Denn es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass sich Rechtsverletzer hiervon nicht abhalten lassen werden, wenn der Dienst ihnen andererseits hervorragende Rahmenbedingungen für ihr beabsichtigtes Verhalten bietet und darüber hinaus wegen der bestehenden Anonymität die Gefahr, auf Sanktionen in Anspruch genommen zu werden, gering ist.“<sup>903</sup> Entsprechend wird man die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay bewerten müssen, wonach den Plattformnutzern rechtsverletzende Angebote untersagt sind.<sup>904</sup>

Ein weiteres Problem illustrieren die Entscheidungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts und des BGH im Rechtsstreit „Cybersky“.<sup>905</sup> Die Betreiber des Pay-TV-Senders „Premiere“ klagten gegen den Entwickler der Software „Cybersky TV“, die den Aufbau eines P2P-Netzwerkes ermöglichte, über das Fernsehprogramme nahezu ohne zeitliche Verzögerung gesendet und empfangen werden konnten. Premiere-Kunden hätten Fernsehsendungen einspeisen und auf diese Weise den anderen Netzwerknutzern ermöglichen können, kostenloses Pay-TV zu empfangen.

Die Klägerin befürchtete Verletzungen ihres Leistungsschutzrechts gemäß § 87 Abs. 1 UrhG. Der Beklagte berief sich unter anderem auf einen „Disclaimer“, in dem er darauf hingewiesen hatte, dass Bezahlfernsehen nur mit Zustimmung der Urheber in das Netzwerk eingespeist werden dürfe. Derartige Hinweise eignen sich jedoch nur, wenn der Rechtsinhaber theoretisch bereit ist, die unmittelbare Nutzung (gegen Entgelt) zu gestatten. Am Beispiel des alten GEMA-Hinweises: Bis zum Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes von 1965 und seinem System aus gesetzlichen Lizenzen und Geräteabgaben bot die GEMA den Besitzern von Magnettonbandgeräten Privatlizenzen für 10 DM pro Jahr an. Hierauf nahm der GEMA-Hinweis in zulässiger Weise Bezug. Dagegen erteilen Anbieter von Pay-TV keine individuellen Genehmigungen zur Übertragung ihrer Programme in P2P-Netze. Der „Disclaimer“ der Entwickler von „Cybersky“ ging daher ins Leere und vermochte nicht, die Gefahr der Verletzung von Senderechten (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 2 UrhG) auszuräumen.<sup>906</sup>

Im schlimmsten Fall sind Warnhinweise nicht nur wirkungslos, sondern schädlich. Durch den Hinweis erfahren viele Nutzer erst von den verlockenden unerlaubten Verwendungsmöglichkeiten des Produkts oder der Plattform. Dem böswilligen Betreiber kann der Warnhinweis als Werbung dienen. Im Fall „Cybersky“ argumentierten das Hanseatische Oberlandesgericht und der BGH: „Entsprechende Hinweise sind jedoch gleichermaßen ungeeignet. Sie werden – im Gegenteil – nach Sachlage sogar als verdeckte Aufforderung zur Urheberrechtsverletzung verstanden.“<sup>907</sup> Sind die interessierten Verkehrskreise einmal über die illegalen Verwendungsmöglichkeiten eines Produkts informiert, wird es dem Anbieter schwerfallen, die Begehungsgefahr wieder auszuräumen. Er genügt seinen Verkehrspflichten nicht allein dadurch, dass er in Zukunft entsprechende Hinweise unterlässt. Vielmehr müsste er die Kenntnis vom illegalen Potential seines Produkts aus dem Gedächtnis seiner Kunden tilgen – eine in der Regel unmögliche Aufgabe. Wer also in vorwerfbarer Weise bei den Nutzern die Erwartung illegaler Verwendungsmöglichkeiten geschürt hat (sei es durch explizite Werbung, sei es durch zweideutige „Warnhinweise“), darf sich nicht darauf beschränken, über den Gefahrenherd zu informieren, um sein Produkt in Zukunft weitervertreiben zu dürfen. Er muss vielmehr auf den

Gefahrenherd selbst einwirken.<sup>908</sup>

Die Fälle aus der aktuellen Rechtsprechung zeigen, dass der Warnhinweis im Urheber- und Markenrecht, insbesondere im Zusammenhang mit gefährlichen Plattformen noch weniger Schutz vor unmittelbaren Verletzungen bietet als im Patentrecht. Potentielle unmittelbare Verletzer entstammen einer anonymen Masse, ihre Identifikation ist schwierig bis unmöglich. Auch mag gerade dem Urheberrecht im Unrechtsbewusstsein der Bevölkerung ein niedrigerer Stellenwert zukommen als dem Patentrecht. Eine differenzierende Betrachtung wie im Patentrecht wäre daher verfehlt. Wer eine Plattform betreibt, oder Produkte liefert, die massenweise Marken- und Urheberrechte gefährden, genügt seinen Verkehrspflichten nicht durch einen Warnhinweis.

## bb. Einwirkung auf den Gefahrenherd

### (1) Gefahrkontrollpflichten

Wirksamer als ein Hinweis auf die Gefahr ist es, den Gefahrenherd unmittelbar zu entschärfen. Am Beispiel von Internetplattformen: Rechtswidrige Inhalte unverzüglich zu entfernen oder gar nicht erst freizuschalten. Der Schwerpunkt dieser Verkehrspflichten liegt weniger in der Einwirkungshandlung selbst als in der Kontrolle des Gefahrenherds (Gefahrkontrollpflicht).<sup>909</sup> Für den Plattformbetreiber ist es offensichtlich, dass er rechtswidrige Inhalte entfernen muss. Der Löschvorgang selbst erfordert wenig Aufwand. Schwerer fällt es dem Betreiber, die rechtswidrigen Inhalte seiner Plattform zu finden. Obwohl die Überwachungspflicht eine vorgelagerte Pflicht ist (allein die Überwachung ohne nachfolgende Beseitigung hilft dem Rechteinhaber wenig), bildet sie den Kern der Verkehrspflichten des Plattformbetreibers.

Insbesondere im Bereich des Internets ist umstritten, welche Kontrollmaßnahmen technisch möglich und zumutbar sind. Internetauktionen Häuser müssen nach Ansicht des BGH eine geeignete Filtersoftware entwickeln, die den Inhalt der Plattform nach bestimmten Schlagwörtern durchsucht. Die Suchergebnisse sollen manuell nachkontrolliert werden.<sup>910</sup> In seiner Entscheidung „Kinderhochstühle im

Internet“ ging der BGH dagegen davon aus, dass derzeit keine Bildererkennungssoftware zur Verfügung stehe, mit der abgeglichen werden könne, welche Produkte unter den angegriffenen Schlagwörtern angeboten würden. Eine manuelle Nachkontrolle sei unzumutbar, wenn der Schlagwortfilter innerhalb von zwei Wochen 6431 Angebote herausfiltere, von denen nur 0,5 % rechtswidrig seien.<sup>911</sup> Sharehoster, die selbst keine Inhaltsverzeichnisse oder Suchfunktionen anbieten, sind nach Ansicht des Landgerichts Hamburg verpflichtet, externe Linksammlungen automatisiert oder manuell nach Hinweisen auf rechtsverletzende Inhalte ihrer Server zu durchsuchen.<sup>912</sup>

Die Überwachung der eigenen Plattform fällt leichter, wenn dem Betreiber die Identität seiner Nutzer bekannt ist. Der Betreiber kann in diesem Fall „Wiederholungstäter“ intensiver beobachten und gegebenenfalls vollständig sperren.<sup>913</sup> Hierdurch kommt er seiner Pflicht nach, künftige gleichartige Verletzungen zu verhindern (S. 172). Fraglich ist, ob den Plattformbetreiber eine Verkehrspflicht trifft, die Identität aller Plattformnutzer zu dokumentieren. Eine derartige Dokumentation wäre nicht nur im Hinblick auf die eigenhändige Überwachung der Plattform hilfreich, sondern auch im Hinblick auf Auskünfte gegenüber Rechtsinhabern, die gegen den unmittelbaren Verletzer vorgehen wollen („Hilfe zur Selbsthilfe“; zu Auskunftspflichten vgl. unten S. 189). Andererseits entsteht ein Spannungsverhältnis zu § 13 Abs. 6 TMG, wonach der Diensteanbieter die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen hat, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Des Weiteren sind datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten. Der EuGH hat in einer Vorabentscheidung vom 12. Juli 2011 im Hinblick auf eBay den Konflikt tendenziell zu Gunsten der Inhaber bedrohter Immaterialgüterrechte gelöst: „Um darüber hinaus das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegenüber denjenigen zu gewährleisten, die einen Onlinedienst zwecks Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums benutzt haben, kann dem Betreiber eines Online-Marktplatzes aufgegeben werden, Maßnahmen zu ergreifen, die die Identifizierung seiner als Verkäufer auftretenden Kunden erleichtern“. Zwar sei es „erforderlich, den Schutz der personenbezogenen Daten zu beachten, doch muss der Urheber der Verletzung, sofern er im geschäftlichen Verkehr und nicht als Privatmann tätig wird, gleichwohl

klar identifizierbar sein“.<sup>914</sup>

In der Praxis lassen sich zwei Geschäftsmodelle unterscheiden.<sup>915</sup> Auf der einen Seite steht das Geschäftsmodell von Internetauktionshäusern wie eBay. Wer bei eBay kaufen oder verkaufen möchte, muss sich registrieren lassen und dabei diverse persönliche Angaben machen (Postanschrift, Email-Adresse etc.). Mit Hilfe des Mitgliedskontos kann eBay die Quelle illegaler Angebote identifizieren und beispielsweise überprüfen, ob derselbe Anbieter weitere rechtswidrige Inhalte eingestellt hat. Dagegen steht das Geschäftsmodell von „One-Click Hostern“ wie Megaupload, Netload oder früher auch Rapidshare,<sup>916</sup> die ihren Nutzern weitgehende Anonymität bieten. Nutzer können Dateien durch einen Mausklick hochladen, ohne sich in irgendeiner Form zu registrieren.

Die Rechtsprechung erkennt den Konflikt zwischen den Interessen der Rechtsinhaber und dem Interesse der Plattformnutzer am Schutz ihrer persönlichen Daten. Beispielsweise kritisierte das Hanseatische Oberlandesgericht in seinen Entscheidungen zur urheberrechtlichen Störerhaftung von Rapidshare, der Sharehoster erschwere die Überwachung seiner Plattform, indem er seinen Nutzern vollständige Anonymität garantiere. Andererseits gestand das Gericht zu: „Gerade der Erfolg des Internets beruht zu einem ganz erheblichen Teil – zulässigerweise – auf dem Grundsatz der Anonymität, lässt man die ‚Spuren‘ außer Betracht, die jeder Nutzer zwangsläufig im Internet hinterlässt. Auch Dienste wie diejenige, die die Antragsgegner betreiben, müssen sich hierauf zulässigerweise einstellen dürfen, ohne dass ihnen der Vorwurf gemacht werden kann, schon deshalb sehenden Auges täterschaftlich und schuldhaft Rechtsverletzungen Vorschub zu leisten.“<sup>917</sup>

Als Mindestdokumentationspflicht formulierte das Hanseatische Oberlandesgericht, der Sharehoster müsse zumindest die IP-Adressen aller Nutzer speichern.<sup>918</sup> Internetprotokoll-Adressen werden verwendet, um Daten von ihrem Absender zum vorgesehenen Empfänger zu transportieren. In der Regel weisen Access-Provider als Local Internet Registry (LIR) ihren Kunden IP-Adressen zu. Den Access-Providern werden IP-Adressen von der zuständigen Regional Internet Registry (RIR) zugeteilt, die sie ihrerseits von der Internet Assigned Numbers Authority (IANA), einer Unterabteilung der US-amerikanischen Non-Profit-

Organisation Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), erhält. Mit der IP-Adresse würde der Sharehoster zwar nicht die Identität der natürlichen Person kennen, die seinen Dienst nutzt. Der Diensteanbieter könnte aber immerhin die Quelle identifizieren, mit der er kommuniziert. Hinweise auf rechtswidrige Dateien könnte er zum Anlass nehmen, künftige Uploads von derselben IP-Adresse zu überwachen. Bei wiederholten Rechtsverletzungen könnte er Dateien von der entsprechenden IP-Adresse stets zurückweisen.

Problematisch bleibt die Kontrolle bei Proxy-Servern oder dynamischen IP-Adressen. Proxy-Server funktionieren als Vermittler zwischen zwei Kommunikationspartnern. Ist ein Proxy-Server zwischengeschaltet, kennt der Sharehoster zwar die IP-Adresse des Servers, nicht aber die der Nutzer, an die der Server Informationen weiterleitet. IP-Adressen werden zudem vielfach nicht statisch vergeben. Stattdessen wird einem Nutzer bei jeder neuen Verbindung mit einem Netz eine neue IP-Adresse zugewiesen (dynamische Adressierung). Auf die Quelle einer Rechtsverletzung kann nur solange geschlossen werden, wie die Verbindung andauert. Künftige Uploads von derselben Adresse stammen mit größter Wahrscheinlichkeit von einer anderen natürlichen Person. Weder die Überwachung dynamischer IP-Adressen noch die Überwachung der IP-Adresse eines Proxy-Servers hilft daher bei der Verfolgung von Rechtsverletzungen. Nach Auffassung des Hanseatischen Oberlandesgerichts muss der Sharehoster Dateien von Proxy-Servern und dynamischen IP-Adressen entweder generell abweisen, oder er muss entsprechende Nutzer einem Registrierungsverfahren unterwerfen und dadurch ihre Identität im Verletzungsfall feststellbar machen.<sup>919</sup>

Die Entscheidungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts werfen einige datenschutzrechtliche Fragen auf.<sup>920</sup> Den Sharehoster kann nur eine Verkehrspflicht zur Speicherung von IP-Adressen treffen, wenn die Speicherung rechtlich zulässig ist. Ansonsten würde man rechtlich Unmögliches verlangen (§ 275 Abs. 1 BGB). Für Diensteanbieter im Sinne von § 2 S. 1 Nr. 1 TMG gelten die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der §§ 11 ff. TMG, die die Vorgängerregelungen des Teledienstedatenschutzgesetzes (TDDSG)<sup>921</sup> und des Mediendienstestaatsvertrages (MDStV) mit einzelnen Änderungen

zusammenführen.<sup>922</sup> § 12 TMG regelt ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, personenbezogene Daten zur Bereitstellung von Telemedien zu erheben und zu verwenden.<sup>923</sup> Die §§ 14, 15 TMG enthalten Erlaubnissätze für Bestands- und Nutzungsdaten. Fiele die IP-Adresse in den Anwendungsbereich der §§ 11 ff. TMG, dürfte der Sharehoster sie nicht speichern. § 14 TMG erlaubt die Erhebung von Bestandsdaten nur, soweit sie für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer über die Nutzung von Telemedien erforderlich sind. Ähnlich darf der Diensteanbieter Nutzungsdaten (§ 15 Abs. 1 S. 2 TMG) nur erheben, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen. Wie die gegenwärtige Praxis zeigt, lassen sich die Dienste von Sharehostern in Anspruch nehmen, ohne dass die IP-Adresse gespeichert wird. Außerhalb kostenpflichtiger Premium-Dienste bedarf es auch keiner Abrechnung.<sup>924</sup> Damit der Anwendungsbereich der §§ 11 ff. TMG eröffnet ist, müssten IP-Adressen jedoch personenbezogene Daten sein.<sup>925</sup>

Gemäß § 3 Abs. 1 BDSG sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener). Angaben über persönliche Verhältnisse sind Angaben über den Betroffenen selbst, seine Identität und seinen Charakter, beispielsweise Name, Anschrift, Familienstand, Geburtstag, Aussehen, Eigenschaften oder Überzeugungen.<sup>926</sup> Die IP-Adresse selbst enthält keine entsprechenden Angaben. Sie wäre aber ein personenbezogenes Datum, wenn man aus ihr schließen könnte, dass eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person zu einer bestimmten Zeit den Dienst des Sharehosters genutzt hat. Bestimmbar ist eine Person, wenn die speichernde Stelle mit den ihr normalerweise zur Verfügung stehenden Hilfsmitteln und ohne unverhältnismäßigen Aufwand den Bezug zwischen Datum und Person herstellen kann.<sup>927</sup> Access-Provider<sup>928</sup> etwa speichern IP-Adressen in ihrem Log und kennen gleichzeitig die Kunden, deren Anschluss sie die Adressen zugewiesen haben. Sie sind in Besitz der „Schlüsseldaten“.<sup>929</sup> Sharehoster als Host-Provider haben dagegen keinen eigenen Zugriff auf die Schlüsseldaten.

Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung ist umstritten, ob

der Begriff des Personenbezugs objektiv oder relativ auszulegen ist. Eine Ansicht kommt zu dem Ergebnis, dass bei der Entscheidung, ob eine Person bestimmbar ist, auch Mittel berücksichtigt werden müssen, die von einem Dritten eingesetzt werden können.<sup>930</sup> Der Betreiber einer Website könne mit Hilfe des Access-Providers ohne großen Aufwand Internetnutzer anhand ihrer IP-Adresse identifizieren. Ob die Zusammenführung der Dateien legal erfolge, spiele keine Rolle, da das Datenschutzrecht gerade vor Missbrauch schützen solle. Die herrschende Gegenansicht prüft die Bestimmbarkeit einer Person allein aus Sicht der speichernden Stelle.<sup>931</sup> Ein Datum kann danach für eine Stelle personenbezogen sein, für eine andere dagegen nicht. Da der Host-Provider nicht in Besitz der Schlüsseldaten sei und diese auch nicht ohne erheblichen Aufwand beschaffen könne, seien für ihn, anders als für den Access-Provider, IP-Adressen keine personenbezogenen Daten.

Unergiebig ist bislang die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In einer telekommunikationsrechtlichen Entscheidung von 2011<sup>932</sup> führte er aus, die Speicherung dynamischer IP-Adressen durch einen Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen stelle einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Dieser sei jedoch nicht schwerwiegend, da die Identität des Nutzers erst nach Zusammenführung mit weiteren Angaben ermittelt werden könne.<sup>933</sup> *M. Karg* folgert in seiner Anmerkung zu dem Urteil, der BGH gehe von einem Personenbezug der dynamischen IP-Adresse aus, da ansonsten der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht eröffnet sei.<sup>934</sup> Den Gegenschluss ziehen *S. Krüger* und *S. Maucher*: Wenn der BGH die dynamische IP-Adresse als personenbezogenes Datum eingeordnet hätte, hätte er den Eingriff in das Grundrecht als schwerwiegend eingestuft.<sup>935</sup> Im Urteil „Sommer unseres Lebens“ entschied der BGH, dass die Staatsanwaltschaft eine Auskunft über die IP-Adresse des Beklagten bei der Deutschen Telekom AG rechtmäßig auf Grundlage allgemeiner strafprozessualer Befugnisse (§§ 161, 163 StPO) eingeholt habe. Bei IP-Adressen handle es sich nicht um Verkehrsdaten, die gemäß §§ 100g Abs. 2, 100b Abs. 1 StPO nur auf richterliche Anordnung erhoben werden dürften.<sup>936</sup> Teile der Literatur folgern, dass der BGH IP-Adressen konsequent auch als personenbezogene Daten behandeln müsse.<sup>937</sup>

Vorzugswürdig erscheint es, aus den telekommunikationsrechtlichen Ausführungen des BGH keine übereilten Schlüsse für das Telemedienrecht oder gar die immaterialgüterrechtliche Störerhaftung zu ziehen. Der BGH hat zur Frage des Personenbezugs von IP-Adressen bislang nicht ausdrücklich Stellung genommen. Die Abgrenzung von Verkehrs- und Bestandsdaten betrifft einen anderen Problemkreis. Die grundrechtlichen Überlegungen in der Entscheidung von 2011<sup>938</sup> bleiben schließlich zu vage, um hieraus handfeste Argumente für oder gegen den Personenbezug von IP-Adressen zu gewinnen.

Für die relative Betrachtung spricht, dass der Access-Provider die Schlüsseldaten nicht an andere Betreiber von Webseiten oder Diensteanbieter übermitteln darf. § 4 Abs. 1 BDSG enthält ein allgemeines Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, personenbezogene Daten zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen; ebenso § 12 Abs. 1 TMG. Für die Weitergabe von Schlüsseldaten an andere Diensteanbieter existiert kein Erlaubnissatz. Als Verkehrsdaten im Sinne von § 3 Nr. 30 TKG müssen die Schlüsseldaten vom Access-Provider vielmehr gemäß § 96 Abs. 2 S. 2 TKG nach Beendigung der Verbindung grundsätzlich gelöscht werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet die Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung nach § 113a TKG<sup>939</sup>, mit dem zum 1. Januar 2008 die Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung<sup>940</sup> umgesetzt wurde. Die auf Vorrat gespeicherten Daten dürfen allerdings nur nach Maßgabe von § 113b TKG verwendet werden, der die Weitergabe an andere Diensteanbieter zur Überwachung ihrer Dienste nicht nennt. Illegale und ordnungswidrige (§ 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG) Methoden können nicht als Hilfsmittel zur Bestimmung der natürlichen Person berücksichtigt werden. Die relative Auslegung von § 3 Abs. 1 BDSG widerspricht auch nicht der EG-Datenschutzrichtlinie<sup>941</sup>. In Erwägungsgrund 26 heißt es zwar, bei der Entscheidung, ob eine Person bestimmbar ist, sollten alle Mittel berücksichtigt werden, die vernünftigerweise vom Verantwortlichen für die Verarbeitung oder von einem Dritten eingesetzt werden können. „Vernünftigerweise“ kann man aber nur rechtmäßige Methoden anwenden.<sup>942</sup> Für Sharehoster sind die IP-Adressen seiner Nutzer also keine personenbezogenen Daten. Einer Pflicht, die Adressen zu speichern, steht das Datenschutzrecht nicht entgegen.

Die Pflicht, Nutzern, die sich eines Proxy-Servers oder einer dynamischen IP-Adresse bedienen, Zugang zum Dienst nur gegen Registrierung zu gewähren, könnte gegen § 13 Abs. 6 TMG verstoßen. Danach hat der Diensteanbieter die Nutzung von Telemedien anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Die gegenwärtige Praxis beweist die technische Möglichkeit. Das Hanseatische Oberlandesgericht argumentierte, es fehle an der Zumutbarkeit, wenn die anonyme Nutzung zu massenhaften Rechtsverletzungen führe.<sup>943</sup> Dabei verkannte es den Bezugspunkt der Zumutbarkeit. § 13 Abs. 6 TMG konkretisiert das allgemeine Gebot der Datensparsamkeit aus § 3a BDSG.<sup>944</sup> Danach ist von den Möglichkeiten der Anonymisierung und Pseudonymisierung Gebrauch zu machen, soweit dies möglich ist und der Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Schutzzweck steht. Gemeint ist der Aufwand für den Diensteanbieter, der in angemessenem Verhältnis zum Interesse seiner Kunden stehen muss, unerkannt zu bleiben. Das Interesse der gefährdeten Rechtsinhaber wirkt sich nicht auf die Zumutbarkeit aus. Wie die Übung gängiger Sharehoster zeigt, ist der Aufwand für die Anonymisierung nicht unverhältnismäßig hoch. Man kann zusammenfassen: Zur effektiven Überwachung ihrer Plattform dürfen und müssen Sharehoster die IP-Adressen aller Nutzer speichern. Sie dürfen den Zugang zu ihrem Speicherplatz auch für Nutzer von Proxy-Servern und dynamischen IP-Adressen jedoch nicht von einer Registrierung abhängig machen.

## (2) Konstruktionspflichten

Im Bereich der bürgerlich-rechtlichen Produkthaftung (§ 823 Abs. 1 BGB) gehört zu den zentralen Verkehrspflichten des Herstellers, das Produkt so zu konstruieren, dass es das erforderliche Sicherheitsniveau aufweist.<sup>945</sup> Die patentrechtliche Rechtsprechung stellt dem Lieferanten im Einzelfall anheim, sein Produkt derart zu modifizieren, dass es nicht mehr patentverletzend verwendbar ist, um damit die Haftung gemäß § 10 Abs. 1 PatG zu vermeiden (S. 77). An dieser Rechtsprechung wurde bereits kritisiert, dass sie unter dem Deckmantel eines eingeschränkten Unterlassungstenors letztlich ein Totalvertriebsverbot ausspricht. Auch im Rahmen des allgemeinen Vorfeldschutzes hält die Rechtsprechung Konstruktionspflichten für zumutbar. Als Beispiel diene erneut der Fall

„Cybersky“. Zur Erinnerung: Mit Hilfe der Software „Cybersky“ sollte ein P2P-Netzwerk aufgebaut werden, in das unter anderem Fernsehsendungen des Bezahlsenders Premiere eingespeist werden konnten. Bundesgerichtshof und Hanseatisches Oberlandesgericht kamen zu dem Ergebnis, dass angesichts der unverhohlenen Werbung der Softwareentwickler („When is the Premiere?“) jegliche Warnhinweise oder Disclaimer ins Leere gehen würden (S. 181). Seiner Störerhaftung könne das Unternehmen nur durch technische Umgestaltung seiner Software entgehen: „Dementsprechend können wirksame Schutzmechanismen nur so ausgestaltet sein, dass der Antragsgegner – will er ein vollständiges Verbot seiner Software verhindern – diese so auszurüsten hat, dass ein urheberrechtsverletzendes Einspeisen beziehungsweise ein Transport der Programme der Antragsstellerin ausgeschlossen wird.“<sup>946</sup> Hierzu sei ein Filter erforderlich, der die Programmsignale von Premiere erkenne und blockiere.<sup>947</sup> Entgegen ihren eigenen Beteuerungen<sup>948</sup> haben die Gerichte damit ein uneingeschränktes Vertriebsverbot ausgesprochen („getarntes Totalverbot“, vgl. schon S. 78). Das mit einem blockierenden Filter ausgestattete Programm würde gegenüber der ursprünglichen Cybersky-Software ein aliud darstellen. Als ungefährliches Produkt, das keine Ursache für (drohende) Rechtsverletzungen setzen könnte, unterfiele es schon tatbestandlich nicht der Störerhaftung (Kausalitätstheorie). Wie im besonderen Patentrecht sollte auch im Bereich des allgemeinen Vorfeldschutzes das Totalverbot die Ausnahme bleiben, denn nach allgemeinen Regeln trifft den mittelbaren Verletzer keine Erfolgs-, sondern lediglich eine Gefahrvermeidungspflicht, der er durch begleitende Sicherheitsvorkehrungen nachkommt. Im Fall „Cybersky“ war die Ausnahme gerechtfertigt, da die Entwickler unverhohlen mit dem illegalen Potential ihres Produktes geworben und ihr Geschäftsmodell ersichtlich auf die Verletzung fremder Rechte ausgerichtet hatten.

cc. Auskunftspflichten: „Hilfe zur Selbsthilfe“

Zur Überprüfung der von ihm geschaffenen Gefahrenquelle kann den Vorfeldakteur die Pflicht treffen, die Nutzer seiner Produkte oder Dienste identifizierbar zu machen (S. 183).<sup>949</sup> Hieran anknüpfend könnte man dem

Vorfeldakteur aufgeben, den Rechtsinhabern Auskunft über die Identität unmittelbarer Verletzer zu geben. Dem Rechtsinhaber wäre doppelt geholfen: Einmal könnte er sich direkt gegen den (ihm nunmehr bekannten) unmittelbaren Verletzer zur Wehr setzen. Zum anderen könnte der Rechtsinhaber auch den mittelbaren Verletzer effektiver in Anspruch nehmen. Spätestens im Ordnungsmittelverfahren muss der Rechtsinhaber nämlich darlegen und beweisen, dass es zu einer weiteren gleichartigen Verletzung gekommen ist, beispielsweise zu einer Verletzung aus gleicher Quelle. Der Nachweis wiederholter Verletzungen aus gleicher Quelle kann nur gelingen, wenn der Rechtsinhaber die Quelle der jeweiligen Verletzung kennt.

## (1) „Personalausweise“ vs. „Rapidshare“

Die Diskussion über mögliche Auskunftspflichten ist so alt wie die Störerhaftung selbst. Nach den ersten Entscheidungen des BGH zu Magnettonbandgeräten in den 1950er und 1960er Jahren stellte sich bald heraus, dass der GEMA-Hinweis die wenigsten Nutzer dazu motivieren konnte, die Einwilligung der GEMA zu privaten Vervielfältigungen gegen eine jährliche Gebühr einzuholen. Die Verwertungsgesellschaft verlangte von den Geräteherstellern daraufhin, bei einem Reverssystem zu kooperieren, mit dem Name, Anschrift und Personalausweisnummer der Letztabnehmer erfasst und an die Verwertungsgesellschaft weitergeleitet werden sollten. Die Daten sollten es der GEMA ermöglichen, Gerätenutzer zu kontrollieren und gegen Rechtsverletzungen effektiv einzuschreiten. Der Bundesgerichtshof weigerte sich, den Geräteherstellern eine derartige Auskunftspflicht aufzubürden: „Soll die Namensübermittlung für die Klägerin überhaupt einen durchgreifenden Sinn haben, so kann dies nur der sein, daß die Klägerin auf Grund ihrer Kenntnis von Namen und Anschriften der Geräteerwerber in deren persönlicher häuslicher Sphäre Kontrollmaßnahmen durchführen und auf diese Weise etwaige Rechtsverletzungen ahnden will. Da die Art der Verwendung der Geräte nur an Ort und Stelle festgestellt werden könnte und die Klägerin bereits die Möglichkeit angekündigt hat, die erforderlichen Feststellungen auf Mitteilungen von Wohnungsnachbarn, Portiers usw. hin zu veranlassen, würde hierdurch die Gefahr unangemessener Eingriffe in die Unverletzlichkeit des häuslichen Bereichs heraufbeschworen (Art. 13 GG).“<sup>950</sup> Im Übrigen würde der geschäftlich Ruf der Gerätehersteller infolge der Datenerhebung empfindlich geschädigt.

Anders entschied das Hanseatische Oberlandesgericht im Fall „Rapidshare“. Den Sharehoster treffe die Verkehrspflicht, Rechtsinhabern, die auf eindeutige Rechtsverletzungen hingewiesen hätten, mitzuteilen, von welchen IP-Adressen die rechtswidrigen Dateien hochgeladen worden seien.<sup>951</sup> Auf den ersten Blick mag die Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts von der Rechtsprechung des BGH abweichen, denn auch der Internetnutzer kann sich auf gewichtige Grundrechte berufen: Zwar ist nicht die Unverletzlichkeit seiner Wohnung (Art. 13 GG)

gefährdet, jedoch droht der Eingriff in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG) und in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG). In einem Punkt unterschieden sich jedoch die Auskunftspflichten, die die GEMA im Fall „Personalausweise“ befürwortete, von denen, die das Hanseatische Oberlandesgericht dem Sharehoster „Rapidshare“ aufbürdete: Sharehoster sind nach Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts nur verpflichtet, die Herkunft *illegal* zugänglicher Dateifreigelegungen zu offenbaren. Dagegen forderte die GEMA im Fall „Personalausweise“ die persönlichen Daten sämtlicher Nutzer, das heißt auch derjenigen Abnehmer, die die Magnettonbandgeräte ausschließlich *legal* verwenden wollten. Dies hätte einen schwerwiegenderen Eingriff in die Rechte der Kunden nach sich gezogen. Vor diesem Hintergrund bricht das OLG Hamburg nicht mit den Grundsätzen aus dem „Personalausweise“-Urteil des BGH.

Rechtspolitisch sei auf eine weitere Parallele zwischen den Fällen „Personalausweise“ und „Rapidshare“ hingewiesen. Der Bundesgerichtshof beließ es der GEMA 1964, den Vertrieb von Tonbandgeräten nur gegen ein angemessenes Pauschalentgelt zu gestatten,<sup>952</sup> und machte hierdurch den Weg für die Geräteabgabe frei (heute: §§ 54 ff. UrhG, S. 106 ff.). Ähnlich fordern Interessenverbände, politische Vereinigungen und Teile der juristischen Literatur die Einführung einer „Kultur-Flatrate“ für die Online-Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke.<sup>953</sup> Mit Hilfe einer neuen Schrankenregelung solle die Vervielfältigung und Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke über Tauschbörsen, Sharehoster etc. gesetzlich zugelassen werden (gesetzliche Lizenz). Im Gegenzug solle eine Pauschalgebühr beispielsweise bei den Access-Providern erhoben werden, mit der das Vergütungsinteresse der Rechtsinhaber befriedigt werden könne. Bislang stoßen die Vorschläge jedoch auf den Widerstand der Bundesregierung (näher S. 298 ff.).

## (2) Ungeschriebene und geschriebene Auskunftspflichten

Unabhängig von der Diskussion über eine „Kultur-Flatrate“ wecken die auf Grundlage der Störerhaftung auferlegten Auskunftspflichten systematische Bedenken. Anders als zur Zeit der Magnettonbandgeräte gewähren heute das Patent-, Marken- und Urheberrechtsgesetz dem

Rechtsinhaber weitgehend ähnlich strukturierte Auskunftsansprüche (§ 140b PatG, § 19 MarkenG, § 101 UrhG). Ihre endgültige Gestalt haben die Ansprüche durch das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums<sup>954</sup> (in Kraft seit dem 1. September 2008), mit dem die EG-Durchsetzungsrichtlinie<sup>955</sup> umgesetzt wurde, erhalten. Ergänzend bleibt dem Rechtsinhaber weiterhin der allgemeine aus § 242 BGB abgeleitete akzessorische Auskunftsanspruch zur Durchsetzung eines Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Bereicherungsanspruchs.<sup>956</sup> Neben den besonderen Auskunftsansprüchen kann der allgemeine Auskunftsanspruch Schutzlücken schließen, etwa wenn der Verletzer nicht in gewerblichem Ausmaß handelt.<sup>957</sup> Um Widersprüche zum geschriebenen Recht zu vermeiden, dürfen ungeschriebene, aus den allgemeinen Verkehrspflichten hergeleitete Auskunftspflichten nicht über die gesetzlichen Auskunftsansprüche hinausgehen.

§ 101 UrhG unterscheidet zwischen Auskunftsansprüchen gegen Verletzer (Abs. 1) und Auskunftsansprüchen gegen Nichtverletzer (Abs. 2). Für Ansprüche gegen Nichtverletzer gelten strengere Voraussetzungen: Sie setzen offensichtliche Rechtsverstöße voraus. Für die Verwendung von Verkehrsdaten gilt ein Richtervorbehalt (Abs. 9). Schließlich hat der Verletzer keinen Anspruch auf Kostenerstattung (Abs. 2, S. 3). Der Begriff des „Verletzers“ umfasst nach Auffassung des Gesetzgebers auch den Störer.<sup>958</sup> Sharehoster sind als Störer potentieller Gegner von Ansprüchen nach § 101 Abs. 1 UrhG. Zwar lässt sich der Host-Provider unter § 101 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 UrhG subsumieren, da er Dienstleistungen erbringt, die zu rechtsverletzenden Tätigkeiten genutzt werden. § 101 Abs. 2 UrhG gilt jedoch „unbeschadet von Absatz 1“, wodurch zum Ausdruck gebracht werden soll, „dass die in Absatz 2 genannten Personen auch gemäß Absatz 1 in Anspruch genommen werden können, wenn sie Störer sind“.<sup>959</sup> Da Sharehoster Urheberrechte (mittelbar) in gewerblichem Ausmaß verletzen,<sup>960</sup> sind sie verpflichtet, Angaben über die Identität der Nutzer ihrer Dienste zu machen. § 101 Abs. 3 Nr. 1 UrhG zählt zwar nur Name und Anschrift auf, die IP-Adresse sollte als „Minus“ jedoch mit umfasst sein. Einer richterlichen Anordnung (§ 101 Abs. 9 UrhG) bedarf es für Auskünfte nach § 101 Abs. 1 UrhG nicht. Anders bei Access-Providern: Nach herrschender Meinung trifft den Access-Provider keine Verkehrspflicht, die Inhalte, zu denen er den Zugang vermittelt, zu

überprüfen.<sup>961</sup> Da er kein Störer ist, muss er nur nach Maßgabe von § 101 Abs. 2 UrhG Auskunft erteilen. Als Verkehrsdaten darf er IP-Adressen und zugehörige „Schlüsseldaten“ nur nach richterlicher Anordnung weitergeben.

Die Verkehrspflichten, die das Hanseatische Oberlandesgericht für Sharehoster formulierte, gehen also nicht über die Pflichten hinaus, die den Sharehoster als Gegner von Ansprüchen nach § 101 Abs. 1 UrhG ohnehin treffen. Die systematischen Bedenken sind damit nicht ausgeräumt. § 101 UrhG gewährt eigenständige Auskunftsansprüche, die der Rechtsinhaber neben Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen geltend machen kann. Ordnet man die Auskunftspflicht als allgemeine Verkehrspflicht ein, macht man sie dagegen indirekt zum Inhalt des Unterlassungsanspruchs. Die Grenzen zwischen den einzelnen Rechtsbehelfen würden verschwimmen. Bei der Subsumtion unter § 101 Abs. 1 UrhG entstünden sinnlose Wiederholungen: Störer und damit auskunftspflichtig wäre, wer seine Verkehrspflichten verletzt. Da zu den Verkehrspflichten die Auskunftspflicht gehörte, wäre derjenige passivlegitimiert, der gegen seine Auskunftspflicht verstieße. Zusammengefasst: Derjenige, der keine Auskunft erteilte, wäre zur Auskunft verpflichtet. Man sollte stattdessen das Anspruchsziel beim zugehörigen Anspruch belassen. Unterlassungsansprüche sollten nicht davon abhängig gemacht werden, dass der mittelbare Verletzer Informationen zurückhält. Kann der Rechtsinhaber die Wiederholungsgefahr nur mit Hilfe bestimmter Daten nachweisen, muss er getrennt einen Auskunftsanspruch nach § 101 Abs. 1 UrhG geltend machen.<sup>962</sup>

Verkehrspflichten in Form von Auskunftspflichten sind auch nicht von § 14 Abs. 2 TMG gedeckt. Danach darf der Diensteanbieter auf Anordnung der zuständigen Stelle im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum erforderlich ist. Die Vorschrift dient wie § 101 Abs. 1 UrhG der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie.<sup>963</sup> Sie regelt keine eigenständige Auskunftspflicht der Diensteanbieter, sondern bestimmt, dass ein Diensteanbieter bestehende Auskunftsansprüche, beispielsweise gemäß § 101 Abs. 1 UrhG, nicht aus datenschutzrechtlichen Erwägungen zurückweisen darf.<sup>964</sup> Sie flankiert die besonderen Auskunftsansprüche

aus datenschutzrechtlicher Perspektive.

### (3) Subsidiarität der Störerhaftung?

An die Frage nach den Auskunftspflichten des Vorfeldakteurs knüpft eine allgemeine Überlegung: Vorfeldschutz rechtfertigt sich dadurch, dass sich der Rechtsinhaber gegen den unmittelbaren Verletzer nicht effektiv wehren kann (S. 27). Müsste die Vorfeldhaftung nach ihrem Sinn und Zweck nicht dann in den Hintergrund treten, wenn die Inanspruchnahme des unmittelbaren Verletzers möglich und zumutbar ist? Müsste sich der Hintermann seiner Vorfeldhaftung nicht dadurch entziehen können, dass er den Berechtigten bei der Verfolgung des unmittelbaren Verletzers unterstützt? Wäre Vorfeldschutz subsidiär ausgestaltet, hätten Betreiber von Internetplattformen die Wahl: Entweder schützen sie die Daten ihrer Nutzer auch im Fall von Rechtsverletzungen und setzen sich dafür der Störerhaftung aus, oder sie offenbaren die Identität rechtsuntreuer Nutzer, um der eigenen Störerhaftung zu entgehen. Je nach Art des Geschäftsmodells mag der Betreiber die wirtschaftlichen Nachteile der Störerhaftung in Kauf nehmen, um die Attraktivität seiner Plattform für Nutzer, die auf ihre Anonymität bedacht sind, zu wahren.

Für eine generelle Subsidiarität der Störerhaftung von Internet Providern spricht sich beispielsweise *G. Spindler*<sup>965</sup> aus. Erst wenn erfolglos versucht worden sei, den eigentlichen Rechtsverletzer in Anspruch zu nehmen, sollte der Provider in die Pflicht genommen werden können. Es sei nicht ersichtlich, warum der Verletzte sich gleichzeitig an alle Beteiligte halten könne, die an der „Vertriebs“-Kette des Verletzers beteiligt seien. Der Erfolg der Inanspruchnahme des eigentlichen Rechtsverletzers hänge von der Reichweite der Auskunftsansprüche gegen den Provider ab. *G. Spindler* räumt ein, bei der Ausgestaltung der Auskunftsansprüche müsse das Recht des Internetnutzers auf informationelle Selbstbestimmung berücksichtigt werden.<sup>966</sup>

Ähnlich schlug die FDP-Fraktion in einem Entwurf zur Änderung des Telemediengesetzes von 2008 (TMG-E)<sup>967</sup> die Subsidiarität des Vorfeldschutzes gegen Internetprovider vor. § 7 Abs. 2 TMG sollte danach wie folgt geändert werden:

„Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10a sind nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten, gespeicherten oder vermittelten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung vorhandener Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10a unberührt, wenn sich Maßnahmen gegenüber dem verantwortlichen Nutzer als nicht durchführbar oder Erfolg versprechend erweisen und die Entfernung oder Sperrung technisch möglich und zumutbar ist. Das Fernmeldegeheimnis nach § 88 des Telekommunikationsgesetzes ist zu wahren.“

Andererseits sollte der Rechteinhaber gemäß § 7 Abs. 3 des geänderten Telemediengesetzes vor Inanspruchnahme des mittelbaren Verletzers einen Titel gegen den unmittelbaren Verletzer erwirken:

„Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10a sind zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung vorhandener Informationen nur nach Vorlage eines dahin gehenden, vollstreckbaren Titels verpflichtet, der gegen den Anbieter der Informationen nach Absatz 1 gerichtet ist.“

Dem Rechtsinhaber hätte ein Dilemma gedroht: Ist er in Besitz eines Titels gegen den unmittelbaren Verletzer, fehlt in der Regel das Bedürfnis nach Vorfeldschutz. Die Inanspruchnahme des mittelbaren Verletzers ist gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 TMG-E ausgeschlossen. Kennt der Rechtsinhaber die Identität des unmittelbaren Verletzers nicht, ist er auf Ansprüche gegen den mittelbaren Verletzer angewiesen. Da er keinen „Titel gegen unbekannt“ erstreiten kann (vgl. § 750 Abs. 1 ZPO), sind jedoch die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 TMG-E nicht erfüllt. Der Deutsche Bundestag lehnte den Gesetzesentwurf der FDP-Fraktion im Juni 2009 ab.<sup>968</sup>

Gegen die Subsidiarität des Vorfeldschutzes sprach sich das Hanseatische Oberlandesgericht aus. In seiner Entscheidung „Rapidshare II“ setzte es sich mit den Auswirkungen eines „Lösch-Interface“ auf die Verkehrspflichten des Sharehosters auseinander. In einem „Lösch-Interface“ können Rechtsinhaber Verstöße melden mit der Folge, dass der Sharehoster die rechtswidrigen Inhalte von seinen Servern entfernt. Das

„Lösch-Interface“ bietet damit ähnlich wie die Auskunft über den unmittelbaren Verletzer „Hilfe zur Selbsthilfe“. Nach Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts verringert die Einrichtung eines „Lösch-Interfaces“ die sonstigen Verkehrspflichten des Sharehosters jedoch nicht in entscheidendem Ausmaß. Die Verhinderung urheberrechtsverletzender Nutzungen obliege in erster Linie dem Sharehoster, dieser habe Rechtsverstöße in eigener Verantwortung zu unterbinden. Die Rechtsinhaber seien nicht verpflichtet, durch Eigenvorsorge den Sharehoster von der Erfüllung der notwendigen Prüfungspflichten und Zugangsbeschränkungen zu entlasten.<sup>969</sup>

Vorzugswürdig erscheint eine vermittelnde Lösung. Eine strenge Subsidiarität der allgemeinen Vorfeldhaftung birgt die Gefahr schematischer Entscheidungen, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht werden. Gerade in Grenzbereichen, in denen die Inanspruchnahme des unmittelbaren Verletzers zwar technisch und wirtschaftlich möglich, aber sehr aufwändig wäre, würde die Subsidiarität des Vorfeldschutzes unbillige Härten für den Verletzten mit sich bringen. Andererseits sollten die Bemühungen des Vorfeldakteurs, den Rechtsinhaber in seinem Vorgehen gegen die unmittelbaren Verletzer zu unterstützen, honoriert werden. Wer den Rechtsinhaber über die Identität unmittelbarer Verletzer informiert oder sonstige „Hilfe zur Selbsthilfe“ bietet, sollte weniger streng haften als der Vorfeldakteur, der sich schützend vor den Rechtsverletzer stellt. Raum für derartige Abwägung bieten die Verkehrspflichten, die entsprechend der Gefährlichkeit des Vorfeldverhaltens weiter oder enger zu ziehen sind. Je stärker der mittelbare Verletzer mit dem Rechtsinhaber kooperiert, desto weniger eigenständige Sicherungsvorkehrungen muss er treffen.

dd. Der Topos des „von der Rechtsordnung gebilligten Geschäftsmodells“

Fast schematisch taucht in der Rechtsprechung das Argument auf, Prüfungspflichten und sonstige Sicherungsvorkehrungen dürften nicht ein von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell in Frage stellen.<sup>970</sup> Internetauktionshäusern, Meinungs- und sonstigen Internetforen soll regelmäßig ein von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell zu Grunde liegen. Nicht von der Rechtsordnung gebilligt sei dagegen die

Software „Cybersky“.<sup>971</sup> Ob Sharehoster von der Rechtsordnung gebilligt sind, ist in der Rechtsprechung umstritten.<sup>972</sup> Bundesjustizministerin S. *Leutheusser-Schnarrenberger* hegte in ihrer Berliner Rede zum Urheberrecht vom 14. Juni 2010 besonderes Misstrauen gegenüber One-Click-Sharehostern: „Mich besorgt beispielsweise die wachsende Zahl sogenannter One-Click-Sharehoster. Einige dieser Angebote dienen schon auf den ersten Blick fast ausschließlich dem Austausch geschützter Musik- und Filmdateien. Das sind ganz sicher nicht die kreativen und innovativen Geschäftsmodelle, die wir uns für das Internet wünschen.“<sup>973</sup>

### (1) Funktion der Vorfeldmaßnahme

Unter welchen Voraussetzungen ein Geschäftsmodell von der Rechtsordnung gebilligt ist, geht aus den zitierten Entscheidungen nicht immer hervor. Man kann drei Ansätze unterscheiden. Eine Ansicht schaut auf die Funktion und den gesellschaftlichen Nutzen des Produkts oder der Plattform. Beispielsweise weist *M. Schröder* darauf hin, dass Sharehoster wie Rapidshare eine Erscheinungsform des stetig an Bedeutung gewinnenden „Cloud-Computing“ seien.<sup>974</sup> Cloud-Computing bezeichnet die Auslagerung von Daten und Rechenvorgängen auf externe Server („Datenwolke“) zur Einsparung lokaler Ressourcen. Als Wegbereiter dieser innovativen Entwicklung dürften Sharehoster nicht durch eine überspannte Störerhaftung blockiert werden. Ähnlich schwärmt *M. Haedicke* vom „innovative[n] und zukunftssträchtige[n] Geschäftsmodell der Sharehoster“<sup>975</sup>: „Filesharing dient dazu, große Dateien zugänglich zu machen, die nicht ohne weiteres per Email verschickt werden können [...]. Dies stellt einen bedeutenden technischen Fortschritt dar, da Kapazitätsprobleme von Email-Konten keine Rolle mehr spielen. Die Zukunft wird zeigen, welche weiteren legalen Einsatzmöglichkeiten sich für diese Technologie ergeben. Vor diesem Hintergrund kann und darf Filesharing nicht einfach deswegen unterbunden werden, weil Filesharing-Dienste weit überwiegend zum Tausch urheberrechtsverletzender Dateien verwendet werden.“<sup>976</sup> In seiner Entscheidung zur Störerhaftung der Domainvergabestelle DENIC argumentierte der BGH, die DENIC erfülle eine gesellschaftlich wichtige, auch im öffentlichen Interesse stehende Aufgabe. Daher hafte sie nur bei offenkundigen und ohne weiteres

feststellbaren Rechtsverletzungen<sup>977</sup>. Das OLG Hamburg bezeichnete den Betrieb von Internethandelsplattform als „gegebenenfalls volkswirtschaftlich sogar erwünscht [...]“.<sup>978</sup>

## (2) Quantitative Abgrenzung

Eine zweite Ansicht grenzt quantitativ ab.<sup>979</sup> Nicht von der Rechtsordnung gebilligt sei ein Geschäftsmodell, wenn die rechtsverletzende im Verhältnis zur legalen Nutzung eine gewisse Häufigkeit erreiche. Problem dieser Abgrenzungsmethode ist, dass sie belastbare Zahlen über die Nutzung eines Produkts oder einer Plattform voraussetzt. Hieran fehlt es in den umstrittenen Fällen. Am Beispiel des Sharehosters Rapidshare: Vor dem Hanseatischen Oberlandesgericht stritten die Parteien darüber, ob der Dienst des beklagten Sharehosters „fast ausschließlich“ zur Verbreitung illegaler Inhalte genutzt werde oder ob die Anzahl der Raubkopien im „niedrigen einstelligen Prozentbereich“ liege. Während das OLG Düsseldorf davon ausging, „dass die weit überwiegende Zahl von Nutzern die Speicherdienste zu legalen Zwecke einsetzen und die Zahl der missbräuchlichen Nutzer in der absoluten Minderheit ist“<sup>980</sup>, folgerte das Hanseatische Oberlandesgericht, über den Dienst der Beklagten würden „in ganz erheblichem Umfang rechtsverletzende Dateien eingestellt“.<sup>981</sup> Weder das Düsseldorfer noch das Hamburgische Gericht konnte sich auf methodisch einwandfrei gewonnenes Zahlenmaterial stützen. Rechtsinhaber stehen vor einem möglicherweise unüberwindbaren Beweisproblem. Da der Sharehoster die auf seinen Servern gespeicherten Inhalte in keiner Weise sortiert oder katalogisiert oder Inhaltverzeichnisse oder Suchfunktionen bereitstellt, sind einzelne Dateien nur über komplexe, intuitiv kaum zu ermittelnde Links aufzufinden. Allein der Nutzer, der die Datei hochgeladen hat, entscheidet darüber, wem er den Link mitteilt. Weder der Plattformbetreiber noch sonstige Außenstehende können die gespeicherten Inhalte unter diesen Rahmenbedingungen statistisch erfassen.<sup>982</sup> Eine Bewertung des Geschäftsmodells nach quantitativen Kriterien muss scheitern.

Alternativ könnte man fragen, ob das gefährliche Produkt oder die gefährliche Plattform qualitativ bedeutsame, das heißt nützliche oder sinnvolle Funktionen bietet. Es liegt dann der Schluss nahe, dass derart

sinnvolle Funktionen auch in nicht unerheblichem Ausmaß tatsächlich genutzt werden. Ähnlich argumentierten das OLG Köln und das OLG Düsseldorf in ihren Entscheidungen zur Störerhaftung von Rapidshare, indem sie betonten, legale Nutzungsmöglichkeiten des Dienstes, für die ein beträchtliches technisches und wirtschaftliches Bedürfnis bestehe, seien in großer Zahl vorhanden und üblich.<sup>983</sup> Der Schluss von qualitativ bedeutenden Funktionen auf die quantitativ bedeutsame legale Nutzung eines Dienstes ist jedoch statistisch nicht gesichert, sondern eine reine Erwägung der Plausibilität.

### (3) Subjektive Abgrenzung

Eine dritte Ansicht grenzt subjektiv ab. Nicht von der Rechtsordnung gebilligt sei ein Geschäftsmodell, das der massenhaften Begehung von Rechtsverletzungen „wissentlich Vorschub“ leiste.<sup>984</sup> Hierunter sollen Dienste fallen, die gezielt auf die rechtsverletzende Nutzung ausgerichtet seien und von ihren illegalen Verwendungsmöglichkeiten bewusst profitierten. Insbesondere hafte, wer sein Produkt oder seine Plattform gezielt damit bewerbe, dass diese für rechtswidrige Zwecke genutzt werden könnten.<sup>985</sup> Beispiele aus der Rechtsprechung sind die Software „Cybersky“<sup>986</sup>, der Usenet-Provider „Alphaload“<sup>987</sup> und nach Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts Sharehoster nach Art von Rapidshare.<sup>988</sup> Als weiteres Beispiel lässt sich der Sharehoster „Megaupload“ nennen, zumindest wenn man dem Vortrag des Klägers „Perfect 10“ im amerikanischen Rechtsstreit gegen „Megaupload“ folgt. Danach schaffen die Plattformbetreiber gewichtige Anreize für illegales Filesharing, indem sie den Upload attraktiver Dateien belohnen und spezialisierte Suchdienste fördern (S. 15).

### (4) Stellungnahme

Ob ein Geschäftsmodell von der Rechtsordnung gebilligt wird, ist keine Tatsachenfrage, die der rechtlichen Subsumtion vorangestellt werden kann, sondern Ergebnis einer rechtlichen Würdigung. Erst nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls lässt sich beantworten, wie die Rechtsordnung zu einem bestimmten Geschäftsmodell steht.<sup>989</sup> Teile der

Rechtsprechung und Literatur vertauschen Ursache und Wirkung, wenn sie die Feststellung, ein Geschäftsmodell sei von der Rechtsordnung gebilligt, an den Anfang ihrer Abwägung stellen. Der Umfang der Verkehrspflichten hängt nicht von der Integrität des Rechtsmodells ab, sondern die Integrität des Geschäftsmodells beurteilt sich danach, welche Sicherungsvorkehrungen getroffen sind. Zu Recht kritisierte das OLG Hamburg in seiner Entscheidung „Kinderstühle“: „Es scheint vielmehr eine *petitio principii* zu sein, wenn als ein Abwägungsgesichtspunkt im Rahmen der Zumutbarkeit zu berücksichtigen sei, dass der Bekl. ‚keine Anforderungen auferlegt werden (dürfen), die ihr von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell gefährden oder ihre Tätigkeit unverhältnismäßig erschweren‘ [...]. Denn es liegt auf der Hand, dass im Prinzip in Verfahren wie dem vorliegenden gerade geprüft wird, ob das Geschäftsmodell der Beklagten von der Rechtsordnung gebilligt wird [...]. Mit anderen Worten: Ein Geschäftsmodell kann nur dann von der Rechtsordnung gebilligt sein, wenn der Betreiber alles ihm im Einzelfall Mögliche und Zumutbare tut, um Rechtsverletzungen Dritter zu verhindern.“<sup>990</sup> Auch *G. Spindler* konstatiert: „Einer der Ausgangspunkte der Rechtsprechung ist stets, dass von der Rechtsordnung gebilligte Geschäftsmodelle nicht gefährdet werden sollten. Indes trägt dieser Terminus Züge einer Tautologie: Denn unter welchen Bedingungen wird ein Geschäftsmodell von der Rechtsordnung gebilligt? Darüber entscheiden nicht zuletzt auch Zumutbarkeitserwägungen, die gerade im Rahmen der Prüfungspflichten erfolgen.“<sup>991</sup>

Zudem ist nicht ersichtlich, warum Marken-, Patent- und Urheberrechte stets gegenüber besonders innovativen Geschäftsmodellen zurückstehen müssten, gerade wenn die Innovation zunächst in der Möglichkeit besteht, massenhaft geistiges Eigentum zu verletzen. Die „Billigung durch die Rechtsordnung“ sollte daher nicht als eigenständiger Abwägungsfaktor behandelt werden. Unter dem Topos des „von der Rechtsordnung gebilligten Geschäftsmodells“ werden vielmehr einige zentrale Abwägungsgesichtspunkte gebündelt: die Funktion eines Produkts oder einer Plattform, die quantitative und qualitative Bedeutung legaler Nutzungsmöglichkeiten, die subjektiven Zielsetzungen des Lieferanten oder Betreibers. In diesem Sinne mag es durchaus hilfreich sein, einige typische Geschäftsmodelle abstrakt zu bewerten. Dabei ist aber stets zu

berücksichtigen, dass nicht das Geschäftsmodell den Umfang der Verkehrspflichten bestimmt, sondern im Gegenteil der Umfang und die Effektivität der vorhandenen Sicherheitsvorkehrungen den Charakter des Geschäftsmodells ausmachen.

#### d. Exkurs 1: Accounthaftung

Entgegen den Bemühungen im Schrifttum, die allgemeine Vorfeldhaftung auf eine einheitliche dogmatische Grundlage zu stellen, entwickelte der Bundesgerichtshof auch in jüngster Zeit wiederholt eigenständige bereichsspezifische Zurechnungskonzepte, beispielsweise die an Rechtsscheingrundsätzen orientierte „Accounthaftung“. Es fragt sich, ob für derartige bereichsspezifische Konzepte ein Bedürfnis besteht, oder ob es sich nicht in Wahrheit um Unterfälle der allgemeinen Störerhaftung handelt.

##### aa. „Halzband“

Der Entscheidung von 2009<sup>992</sup> lag ein Rechtsstreit der Inhaberin der Marke „Cartier“ gegen den Inhaber eines eBay-Accounts zu Grunde. Der Beklagte verwahrte die Zugangsdaten zur seinem Account in der Schreibtischschublade. Hier fand sie seine Ehefrau, die über seinen Account gefälschte Cartier-Halsbänder („SSSuper ... Tolle ... Halzband (Cartier Art)“) anbot. Nach Ansicht des BGH kam „eine Haftung des Bekl. als Täter einer Urheberrechts- und/oder Markenrechtsverletzung sowie eines Wettbewerbsverstoßes in Betracht, weil dieser, auch wenn er die Verwendung der Zugangsdaten zu seinem Mitgliedskonto bei eBay durch seine Ehefrau weder veranlasst noch geduldet hat, nicht hinreichend dafür gesorgt hat, dass seine Ehefrau keinen Zugriff auf die Kontrolldaten und das Kennwort dieses Mitgliedskontos erlangte.“<sup>993</sup> Zur dogmatischen Einordnung dieser Haftung fuhr der BGH fort: „Eine insoweit bei der Verwahrung der Zugangsdaten für das Mitgliedskonto gegebene Pflichtverletzung stellt einen eigenen, gegenüber den eingeführten Grundsätzen der Störerhaftung [...] und den nach der neueren Senatsrechtsprechung gegebenenfalls bestehenden Verkehrspflichten im Bereich des Wettbewerbsrechts [...] selbstständigen Zurechnungsgrund dar.“ In der Sache rechtfertigte sich die Haftung des Kontoinhabers

dadurch, dass die Zugangsdaten ein besonderes Identifikationsmittel seien. Wer sie nicht unter Verschluss halte, schaffe die Gefahr, dass für den Verkehr Unklarheiten darüber entstehen, welche Person unter dem betreffenden Mitgliedskonto bei eBay gehandelt habe, und beeinträchtige dadurch die Möglichkeit, den Handelnden zu identifizieren und gegebenenfalls (rechtsgeschäftlich oder deliktisch) in Anspruch zu nehmen.<sup>994</sup> Dagegen erhöhe der Kontoinhaber nicht notwendig die Gefahr von Urheberrechts- und Markenrechtsverletzungen. Seine Haftung setze, soweit es um den Unterlassungsanspruch gehe, hier – anders als die Störerhaftung – keinen Verstoß gegen weitere Prüfungspflichten voraus. Beispielsweise hafte der Kontoinhaber nicht erst, nachdem er Kenntnis von einem Missbrauch seines Kontos erlangt habe. Die Zugangsdaten seien anlassunabhängig sorgfältig unter Verschluss zu halten.<sup>995</sup> Für die markenrechtliche Haftung des Kontoinhabers genüge es, wenn der unmittelbare Verletzer (im Fall: die Ehefrau) im geschäftlichen Verkehr handle. Das Verhalten des unmittelbaren Verletzers werde dem Kontoinhaber vollständig zugerechnet.<sup>996</sup>

#### bb. Stellungnahme

Der Bundesgerichtshof versteht die Accounthaftung als eigenständiges Haftungskonzept, das sich von der Störerhaftung und anderen Instrumenten des allgemeinen Vorfeldschutzes unterscheide. Wer seine Zugangsdaten nicht sorgfältig aufbewahre, hafte nicht als Störer, sondern als Täter einer Rechtsverletzung. Allerdings weisen die besondere Accounthaftung und die allgemeine Störerhaftung zahlreiche Gemeinsamkeiten auf: jeweils haftet der Hintermann akzessorisch, das heißt nur in dem Fall, dass sich die von ihm geschaffene Gefahr tatsächlich in einer Rechtsverletzung realisiert. Jeweils ist erforderlich, dass der Vordermann alle Merkmale der unmittelbaren Rechtsverletzung in eigener Person erfüllt, beispielsweise im geschäftlichen Verkehr handelt. Inhaltlich rechtfertigt sich die Haftung jeweils durch das Ausbleiben bestimmter Sicherungsvorkehrungen. Daher liegt es nahe, die Accounthaftung als Unterfall der Störerhaftung zu behandeln oder sie vollständig zu integrieren. Die Pflicht, Zugangsdaten zu einem eBay-Account unter Verschluss zu halten, wäre danach nichts weiter als eine Verkehrspflicht, deren Verletzung die Störerhaftung auslösen kann.

Die Integration der Accounthaftung in die allgemeine Störerhaftung bietet sich zudem an, da die inhaltliche Abgrenzung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich des Zurechnungsgrundes nicht überzeugt. Der BGH betont die Identitätsverwirrung im Gegensatz zur Gefahr zusätzlicher Rechtsverletzungen und etabliert dadurch eine Art deliktische Rechtsscheinhaftung.<sup>997</sup> Dabei verkennt er, dass Schutzzweck der von ihm herangezogenen immaterialgüterrechtlichen Anspruchsgrundlagen (§ 97 Abs. 1 UrhG, § 14 Abs. 5 MarkenG) allein die Vermeidung (weiterer) Eingriffe in die jeweils geschützten absoluten Rechte ist. Unterlassungsansprüche nach Urheber- oder Markenrecht setzen voraus, dass die Verletzung des immateriellen Rechts droht (Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr). Es genügt nicht, dass Unsicherheiten über die Identität des Verantwortlichen zu befürchten sind. Indem der BGH ausführt, die ungesicherte Verwahrung von Zugangsdaten erhöhe nicht die Gefahr von Urheber- oder Markenrechtsverletzungen, verneint er an sich die Tatbestandsvoraussetzungen der entsprechenden Unterlassungsansprüche.

Im Übrigen enthält das Konzept der deliktischen Rechtsscheinhaftung Widersprüche.<sup>998</sup> Abweichend von allgemeinen Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung soll es nämlich nicht darauf ankommen, dass der Kontoinhaber den Missbrauch seiner Zugangsdaten duldet oder grob fahrlässig nicht dagegen einschritt, oder etwa darauf, dass der Rechtsinhaber auf den Rechtsschein vertraut hat. Die Pflicht zur sicheren Verwahrung der Zugangsdaten bestehe vielmehr anlassunabhängig. In einem Urteil zur vertraglichen Accounthaftung von 2011<sup>999</sup> grenzte der BGH bezeichnenderweise ab. Die vertragliche Haftung des Kontoinhabers richte sich nach den allgemeinen Regeln über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht. Nicht übertragbar seien die strengeren deliktsrechtlichen Grundsätze aus der „Halzband“-Entscheidung: „Diese für den Bereich der deliktischen Haftung entwickelten Grundsätze lassen sich jedoch nicht auf die Zurechnung einer unter unbefugter Nutzung eines Mitgliedskontos von einem Dritten abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärung übertragen. Denn während im Deliktsrecht der Schutz absoluter Rechte Vorrang vor den Interessen des Schädigers genießt, ist bei der Abgabe von auf den Abschluss eines Vertrags gerichteten Erklärungen

eine Einstandspflicht desjenigen, der eine unberechtigte Nutzung seines passwortgeschützten Mitgliedskontos ermöglicht hat, nur dann gerechtfertigt, wenn die berechtigten Interessen des Geschäftspartners schutzwürdiger sind als seine eigenen Belange [...]“.<sup>1000</sup>

Bedenken gegen die Einordnung der Accounthaftung als Unterfall der allgemeinen Störerhaftung bestehen allein auf Rechtsfolgenrechte. Nach Ansicht des BGH haftet der Kontoinhaber im Fall fahrlässigen oder vorsätzlichen Handelns auch auf Schadensersatz, während der Störer nur Abwehransprüchen ausgesetzt sei.<sup>1001</sup> Das ist Konsequenz der vom Gerichtshof befürworteten *täterschaftlichen* Haftung des Kontoinhabers. Störerhaftung und Accounthaftung widersprechen sich jedoch nur auf Grundlage der herrschenden Meinung, die die „sachenrechtliche“ Störerhaftung von der deliktischen Täter- und Teilnehmerhaftung unterscheidet.<sup>1002</sup> Gerade diese Unterscheidung soll im Rahmen dieser Arbeit mit ausführlicher Begründung widerlegt werden (S. 254 ff.). Es spricht nichts dagegen, dass derjenige, der pflichtwidrig eine Rechtsverletzung verursacht (= Störer), bei Verschulden auch auf Schadensersatz haftet. Auf Grundlage der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht lässt sich die Accounthaftung also auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen in den allgemeinen Vorfeldschutz einbeziehen.

#### e. Exkurs 2: Veranstalterhaftung

Ein weiteres bereichsspezifisches Zurechnungskonzept pflegt die Rechtsprechung seit der Entscheidung des Reichsgerichts von 1896 „Gastwirt I“.<sup>1003</sup> Vorfeldschutz gegen gefährliche Veranstaltungen setzt danach maßgeblich bei der Auslegung des Veranstalterbegriffs an. Während die ältere Rechtsprechung den Veranstalterbegriff mit Hilfe von strafrechtlichen Kriterien (Mittäterschaft, Teilnahme) konkretisierte, ist in der jüngeren Rechtsprechung der Gedanke der Verkehrspflichtverletzung zu erkennen. Der Sonderweg lässt sich nur historisch erklären. Die Veranstalterhaftung kann heute ohne weiteres in die allgemeine Störerhaftung integriert werden.

#### aa. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Im Fall „Gastwirt I“ stritten die Parteien über die Entschädigungspflicht des Gastwirts gemäß § 54 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes von 1870.<sup>1004</sup> Danach haftete und machte sich strafbar, „wer vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit ein dramatisches, musikalisches oder dramatisch-musikalisches Werk vollständig oder mit unwesentlichen Änderungen unbefugter Weise öffentlich aufführt“. Anspruchsgegner war der „Aufführende“, in der Terminologie von § 55 Abs. 4 des Gesetzes: der „Veranstalter“ der Aufführung. Als Veranstalter galten nicht nur Personen, die ein Werk unmittelbar aufführten (Musiker, Schauspieler), sondern auch Personen, die organisatorisch tätig wurden. Täter einer Aufführung sei, wer maßgeblichen Einfluss auf die Programmgestaltung ausübe. Im Fall „Gastwirt I“ verneinte das Gericht die „Thäterschaft [des Gastwirts] auf Grund des Umstandes [...], daß die Auswahl der Musikstücke überhaupt nicht seiner Anordnung und Bestimmung unterlag“<sup>1005</sup>, sondern allein der des Kapellmeisters.

Da sich der unbefugte Veranstalter nicht nur entschädigungspflichtig, sondern auch strafbar machte (§ 54 Abs. 1 UrhG 1870), entwickelten Straf- und Zivilgerichte den Veranstalterbegriff gemeinsam weiter und nahmen in ihren Entscheidungen aufeinander Bezug.<sup>1006</sup> Die strafrechtliche Seite gefährlicher Veranstaltungen illustriert eine Entscheidung des Reichsgerichts von 1908.<sup>1007</sup> Wie im Fall „Gastwirt I“ entschied der Kapellmeister, welche konkreten Stücke aufgeführt werden sollten, allerdings gab der angeklagte Veranstalter allgemeine Vorgaben zum Programm wie „Wagner-Abend“ oder „Operetten-Abend“. Sein arbeitsteiliger Einfluss auf die Programmgestaltung mache den Angeklagten zum Mittäter der Aufführung. Die subjektiven Voraussetzungen der Mittäterschaft seien erfüllt, da der Angeklagte mit der Aufführung geschützter Werke rechnen müsse, wenn er aktuelle Musik wünsche.<sup>1008</sup>

Keinen Einfluss auf die Programmgestaltung übte der Gastwirt im Fall „Gastwirt II“ von 1911<sup>1009</sup> aus. Nachdem die Rechtsinhaberin ihm weitere Aufführungen untersagt hatte, erhob er negative Feststellungsklage mit der Begründung, er sei zumindest nicht richtiger Adressat des Verbots. Die Parteien stritten also über einen Unterlassungsanspruch. Auch unter Geltung des LUG<sup>1010</sup> zog das Reichsgericht zur Auslegung des

Veranstalterbegriffs die „durch das Strafgesetzbuch erfolgte Regelung der Grundsätze über die Täterschaft und Teilnahme“ heran, ordnete den Gastwirt jedoch anders als in der älteren Entscheidung als „Mittäter hinsichtlich der unbefugten Aufführung“ ein.<sup>1011</sup> Vertragliche Regelungen oder Verkehrssitten, wonach die genaue Auswahl der Musikstücke allein beim Kapellmeister liege, seien unbeachtlich, da sittenwidrig und nichtig. Vielmehr habe der Wirt Sorge zu tragen, dass durch die in seinem gewerblichen Interesse veranstalteten öffentlichen Aufführungen in seinem Etablissement nicht die Rechte Dritter verletzt würden.<sup>1012</sup> Damit löste sich das Reichsgericht von strafrechtlichen Vorgaben. Mittäterschaft setzt voraus, dass die Beteiligten bewusst und gewollt zusammenwirken (S. 210). Wer nicht weiß, welche Stücke gespielt werden, kann nicht bewusst an einer unbefugten Aufführung mitwirken. Das Gericht warf dem Gastwirt weniger die vorsätzliche Beteiligung an Urheberrechtverletzungen als vielmehr eine Kontrollpflichtverletzung vor. Er habe versäumt, den Kapellmeister hinreichend zu überwachen.

#### bb. Neuere Rechtsprechung

Unter Geltung des LUG führte der BGH die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Veranstalterhaftung fort und entwickelte folgende Definition: „Veranstalter der Aufführung ist derjenige, der sie angeordnet hat und durch dessen Tätigkeit sie ins Werk gesetzt ist [...]. Es ist dies insbesondere derjenige, der für die Aufführung in organisatorischer und finanzieller Hinsicht verantwortlich ist.“<sup>1013</sup> Beispielsweise seien Tanzlehrer neben den Tanzschülern Veranstalter von Tanzkursen und Abschlussbällen, auf denen geschützte Musik gespielt würde. Sie seien „jedenfalls aus dem Gesichtspunkt der Mittäterschaft und Beihilfe sowohl in Ansehung des Schadensersatzes wie auch des Unterlassungsanspruchs passivlegitimiert“<sup>1014</sup>. Ähnlich leitete das Kammergericht seine Ausführungen zur Passivlegitimation im Fall „Musikbox-Aufsteller“ von 1958<sup>1015</sup> (von OLG Hamburg und LG Düsseldorf später mehrfach fälschlich als BGH-Entscheidung zitiert<sup>1016</sup>) ein: „Die Entscheidung der Frage, wer als ‚Aufführender‘ im Sinne der Vorschrift des § 37 LUG anzusehen ist, ist nach den Grundsätzen über Täterschaft und Teilnahme zu beurteilen.“

Neue Akzente setzte der BGH unter Geltung des UrhG, etwa in der Entscheidung „Konzertveranstalter“ von 1971:<sup>1017</sup> Die beklagte Konzertdirektion leitete eine Konzertreise des Staatlichen Symphonieorchesters der UdSSR durch die Bundesrepublik Deutschland. Das Orchester spielte dabei unter Umständen von rechtswidrig in der UdSSR hergestellten Noten. Hierfür verlangte die Klägerin, ein deutscher Musikverlag, aus abgetretenem Recht Schadensersatz. Der Gerichtshof knüpfte zunächst an seine Rechtsprechung zum LUG an: (Mittelbarer) Verletzer im Sinne von § 97 Abs. 1 UrhG sei auch der Veranstalter entsprechend der hergebrachten Definition, deren Voraussetzungen die Konzertdirektion möglicherweise erfülle. Aber: „Angesichts dieser in tatsächlicher und in rechtlicher Beziehung bestehenden Schwierigkeiten der rechtlichen Beurteilung, ob die im Besitz der Musiker befindlichen Noten rechtswidrig hergestellt worden sind, kann dem Veranstalter rechtlich die Verantwortung für diese Prüfung regelmäßig nicht aufgebürdet werden.“<sup>1018</sup> Mit dieser Einschränkung knüpfte der BGH die Veranstalterhaftung erstmals ausdrücklich an die Verletzung von Prüfungspflichten.

Für eine Ausweitung der Veranstalterhaftung sprach sich dagegen das OLG Hamburg in seiner Entscheidung „Tourneeveranstalter“ von 2000<sup>1019</sup> aus. Auch jemand, der keinen Einfluss auf die Programmgestaltung habe, dafür aber sonstige entscheidende Funktionen bei der Organisation der Aufführung erfülle, könne Schuldner eines Anspruchs gemäß § 97 Abs. 1 UrhG sein. Heutzutage sei „in vielen Bereichen des täglichen Lebens – auch im Zusammenhang mit der Durchführung von Konzerten – eine stark ausgeprägte Arbeitsteilung bei der Aufgabenerfüllung anzutreffen“. Die „starke Aufgabenzergliederung auf Veranstalterseite“ dürfe „nicht zu Lasten der finanziellen Interessen der [...] Urheber gehen“.<sup>1020</sup> Das LG Köln beschränkte in einer Entscheidung von 2010 die Haftung des Mitveranstalters eines Straßenfestes mit Musikbühne nicht auf die Verletzung von Prüfungspflichten. Der Beklagte sei durch die Organisation des Festes und als Inhaber der entsprechenden Sondernutzungsgenehmigung zumindest Mitveranstalter, da er die Veranstaltung organisiert, koordiniert und finanziert habe.<sup>1021</sup>

Die Rechtsprechung gewährt Vorfeldschutz gegen gefährliche Veranstaltungen traditionell über den Veranstalterbegriff, den sie auf Personen erstreckt, die im Vorfeld der eigentlichen Aufführung tätig werden. Allerdings verwendet das Urheberrechtsgesetz seit seinem Inkrafttreten 1965 den Begriff des Veranstalters nicht mehr. Passivlegitimiert ist der „Verletzer“. Lediglich § 13b WahrnG regelt die Pflichten des Veranstalters gegenüber Verwertungsgesellschaften. Allein historisch lassen sich auch die Anleihen aus dem Strafrecht (Täterschaft und Teilnahme) erklären. Die Urheberrechtsgesetze von 1870 und 1876 knüpften strafrechtliche und zivilrechtliche Verantwortlichkeit an dieselben Tatbestände. § 18 UrhG 1870 bestimmte beispielsweise: „Wer vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit einen Nachdruck (§§ 4 ff.) in der Absicht, denselben innerhalb oder außerhalb des Norddeutschen Bundes zu verbreiten, veranstaltet, ist dem Urheber oder dessen Rechtsnachfolger zu entschädigen verpflichtet und wird außerdem mit einer Geldstrafe bis zu Eintausend Thalern bestraft.“ Da Zivil- und Strafgerichte dieselbe Norm anwendeten, bot es sich an, den Veranstalterbegriff gemeinsam, also einheitlich zu entwickeln. Mangels kodifizierten allgemeinen Deliktsrechts griff man auf allgemeine strafrechtliche Zurechnungsgrundsätze zurück.

Andererseits war die Veranstalterhaftung schon zu Zeiten des Reichsgerichts von dem Gedanken geprägt, dass derjenige, der organisatorisch und finanziell für eine Veranstaltung verantwortlich sei, den Ablauf der Veranstaltung auch in urheberrechtlicher Hinsicht überwachen müsse, soweit ihm das möglich und zumutbar sei. Es spricht daher nichts dagegen, die Veranstalterhaftung heute in die allgemeine Störerhaftung zu integrieren. Den Veranstalter treffen Verkehrspflichten in Form von Kontrollpflichten. Je intensiver er auf den Programmablauf einwirkt und je deutlicher er wirtschaftlich von der Veranstaltung profitiert, desto strenger muss er die Veranstaltung auch im Hinblick auf die Wahrung von Immaterialgüterrechten überwachen. Ähnlich wie im Patentrecht bietet sich in Veranstalterfällen als Sicherungsvorkehrung zudem eine vertragliche Regelung an, wonach sich das Orchester oder die Musikgruppe gegenüber dem Veranstalter verpflichtet, im Rahmen ihres selbst zusammengestellten Programms fremde Schutzrechte zu beachten und gegebenenfalls die Einwilligung der zuständigen Verwertungsgesellschaft einzuholen. Der Veranstalter könnte zum eigenen

Schutz eine Klausel aufnehmen, wonach ihn die Musikgruppe von Ansprüchen Dritter freizustellen hat.

### *III. Zusammenfassung*

Störer ist jeder, der eine Rechtsverletzung objektiv pflichtwidrig verursacht. Diese Definition bringt zum Ausdruck, dass die Störerhaftung im Ausgangspunkt eine Kausalhaftung ist (Kausalitätstheorie), die jedoch schon auf Tatbestandsseite durch das Erfordernis einer Verkehrspflichtverletzung beschränkt wird (Tatbestandslösung). Gesetzliche Grundlage der Störerhaftung sind die Anspruchsgrundlagen in den besonderen immaterialgüterrechtlichen Gesetzen. Einer analogen Anwendung von § 1004 BGB, der historischen und terminologischen Wurzel der Störerhaftung, bedarf es nicht. Handelt der Störer vorsätzlich, verstößt er nicht per se gegen seine Verkehrspflichten. Ab Kenntnis treffen ihn aber erhöhte Prüfungspflichten. Zu den typischen Verkehrspflichten zählen Hinweis- und Gefahrkontrollpflichten. Der Plattformbetreiber ist verpflichtet, die Identität seiner Nutzer in hinreichendem Ausmaß zu dokumentieren. Mindestens muss er die IP-Adresse speichern. Die Rechtsprechung des Hanseatischen Oberlandesgerichts<sup>1022</sup> wird durch das Urteil des EuGH „L’Oréal/eBay“<sup>1023</sup> gestützt, in dem der EuGH eine Pflicht zur Identifizierung des Plattformnutzers aus Art. 11 S. 3 der DurchsetzungsRL herleitet. Über die genaue Reichweite dieser Pflicht und ihr Verhältnis zum Datenschutzrecht schweigt der EuGH. Streit über die Auswertung des Urteils ist zu erwarten, denn umfangreiche Dokumentationspflichten hätten empfindliche Auswirkungen auf verschiedene Geschäftsmodelle des Web 2.0. Als Konstruktionspflichten „getarnte“ Totalverbote sollten im Immaterialgüterrecht die Ausnahme bleiben. Auskunft schuldet der Störer nach hier vertretener Ansicht nur nach Maßgabe der besonderen Auskunftsansprüche. Eine generelle Subsidiarität der Störerhaftung gegenüber der Inanspruchnahme des unmittelbaren Verletzers ist abzulehnen. Kein eigenständiges Abwägungskriterium ist die „Billigung des Geschäftsmodells durch die Rechtsordnung“.

## C. Täter- und Teilnehmerhaftung

### *I. Überblick*

Die Täter- und Teilnehmerhaftung ist nach herrschender Meinung ein eigenständiges Haftungsmodell, das selbstständig neben der Störerhaftung Anwendung finden kann. Störerhaftung und die Haftung nach den Grundsätzen über Täterschaft und Teilnahme sollen sich nicht gegenseitig ausschließen. Allerdings erübrige sich der Rückgriff auf die Störerhaftung, wenn bereits die Voraussetzungen von Täterschaft und Teilnahme erfüllt seien. Auf Tatbestandsseite ist die Täter- und Teilnehmerhaftung enger als die Störerhaftung, da sie höhere subjektive Anforderungen stellt (Wille zur Tatherrschaft, doppelter Anstifter- oder Gehilfenvorsatz). Das gilt in gleicher Weise für Schadensersatzansprüche wie für die (an sich verschuldensunabhängigen) Abwehransprüche. Beispielsweise haftet der Gehilfe nach herrschender Meinung nur auf Unterlassung, wenn er vorsätzlich hinsichtlich seines Tatbeitrages sowie hinsichtlich der Haupttat handelt (doppelter Gehilfenvorsatz). Auf Rechtsfolgenseite erweist sich die Täter- und Teilnehmerhaftung dagegen weiter, denn sie gewährt nicht nur Abwehr-, sondern auch Schadensersatzansprüche.<sup>1024</sup>

Die Täter- und Teilnehmerhaftung beruht auf der Annahme, nur derjenige sei unmittelbarer Täter einer Immaterialgüterrechtsverletzung, der die im gesetzlichen Tatbestand (zum Beispiel in § 9 PatG, § 14 MarkenG, §§ 16 ff. UrhG) beschriebene Benutzungshandlung eigenhändig vornehme. Sonstige Beteiligte könnten nur mit Hilfe der (haftungserweiternden) Regeln über die Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe zur Verantwortung gezogen werden. Gesetzliche Grundlage der Täter- und Teilnehmerhaftung seien § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB sowie die zum Strafrecht (§ 25 ff. StGB) entwickelten Grundsätze. Damit unterscheidet sich die Täter- und Teilnehmerhaftung nach herrschender Auffassung grundlegend von der Störerhaftung, die zunächst jeden

Verursacher erfasst (Kausalitätstheorie) und erst in einem zweiten Schritt die Haftung durch das Merkmal der Verkehrspflichtverletzung beschränkt. Wie die Störerhaftung ist jedoch auch die Täter- und Teilnehmerhaftung akzessorisch, das heißt hängt von einer unmittelbaren Rechtsverletzung ab.

## *I. Unmittelbare Täterschaft: „zu Eigen gemachte“ Inhalte*

### 1. Aktuelle Rechtsprechung

Auf den ersten Blick erscheint es widersprüchlich, in einer Arbeit zum Vorfeldschutz über Konstellationen der unmittelbaren Täterschaft zu diskutieren. Soll die Vorfeldhaftung nicht Personen erfassen, die nur mittelbar zu einer Rechtsverletzung beitragen? Allerdings hat die Rechtsprechung ein Haftungskonzept entwickelt, wonach typische Vermittler, insbesondere Betreiber von Internetplattformen ausnahmsweise wie unmittelbare Verletzer haften, wenn sie sich die von ihren Nutzern eingestellten Inhalte *zu Eigen machen*.<sup>1025</sup> Wenn sich ein Plattformbetreiber ersichtlich mit den Inhalten seiner Plattform identifiziere und sie in selbst gestaltete Beiträge integriere, solle er nicht in den Genuss der bloßen Störer- oder Teilnehmerhaftung kommen, nur weil die rechtswidrigen Inhalte technisch von einem Dritten hochgeladen worden seien. Ob sich der Plattformbetreiber oder sonstige Vorfeldakteur die rechtswidrigen Inhalte *zu Eigen mache*, bestimme sich aus objektiver Sicht auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände.<sup>1026</sup> Entscheidend sei die Art der Datenübernahme, ihr Zweck und die konkrete Präsentation der fremden Daten durch den Übernehmenden.<sup>1027</sup>

Im Fall der Plattform „chefkoch.de“ hielt es der BGH für ausschlaggebend, dass die von den Nutzern hochgeladenen Fotos und Rezepte vor Veröffentlichung einer redaktionellen Kontrolle unterzogen und anschließend mit dem „Chefkoch“-Kochmützenemblem versehen wurden, dass die Rezepte den redaktionellen Kerngehalt der Plattform bildeten und dass der Plattformbetreiber die Einwilligung der Nutzer in die Vervielfältigung und Weitergabe der Rezepte einholte. Dadurch erwecke er den zurechenbaren Anschein, sich mit den fremden Inhalten zu

identifizieren und falle aus der Rolle des rein technischen Vermittlers heraus.<sup>1028</sup> Ähnlich argumentierte das LG Köln im Fall eines „Online-Rotlichtführers“, einem Portal, in dem Nutzer Profile anlegen und hierüber Escort-Services und sonstige sexuelle Dienstleistungen anbieten konnten. Der Portalbetreiber habe sich die von den Nutzern eingestellten Lichtbilder zu Eigen gemacht, denn er habe sich uneingeschränkte und unwiderrufliche Nutzungsrechte einräumen lassen, was zum Betrieb eines bloßen Anzeigenportals nicht erforderlich gewesen wäre.<sup>1029</sup> In einer vielbeachteten Entscheidung zur urheberrechtlichen Haftung des Videoportals „YouTube“ legte das LG Hamburg dem Betreiber zur Last, er versee die von Nutzern eingestellten Videos mit seinem Logo, strukturiere seine Plattform nach Themenkategorien, blende in die Videos Werbung ein und lasse sich Nutzungsrechte an den Videos einräumen.<sup>1030</sup> Im Fall des Fotoportals „Pixum“ betonte das OLG Hamburg zudem das wirtschaftliche Interesse des Plattformbetreibers, der die von Nutzern eingestellten Fotos gegen Entgelt anderen Nutzern zum Download oder zur Entwicklung anbot.<sup>1031</sup>

## 2. Stellungnahme

Mit der Figur des „zu-Eigen-Machens“ knüpft die aktuelle Rechtsprechung an ältere unter Geltung des § 5 TDG a.F. entwickelte Abgrenzungsmethoden an. § 5 TDG a.F. regelte als Vorgängernorm zu den §§ 8 ff. TDG und §§ 7 ff. TMG die Verantwortlichkeit von Telediensteanbietern und unterschied hierzu zwischen eigenen Inhalten (Abs. 1) und fremden Inhalten (Abs. 2). Im Anschluss an die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG)<sup>1032</sup> fasste die Rechtsprechung unter „eigene Inhalte“ auch fremd erstellte Inhalte, die der Diensteanbieter sich zu Eigen machte.<sup>1033</sup> Zur Abgrenzung griff die herrschende Lehre auf die presserechtliche Rechtsprechung zur erforderlichen Distanzierung von Presseorganen gegenüber übernommenen Zitaten oder Informationen zurück. Danach war eine „ernsthafte Distanzierung des Erklärenden“ von den Äußerungen eines Dritten erforderlich, wenn er diese verbreitete.<sup>1034</sup>

Ob die zu § 5 TDG a.F. entwickelte Abgrenzung zwischen eigenen und fremden Inhalten auf die §§ 7 ff. TMG übertragen werden kann, ist umstritten.<sup>1035</sup> § 7 Abs. 1 TMG verwendet zwar ähnlich wie seine Vorgängernormen den Begriff „eigene Informationen“, dient aber gleichzeitig der Umsetzung von Art. 12 ff. der „E-Commerce-Richtlinie“ (ECRL) der Europäischen Gemeinschaft.<sup>1036</sup> Anstelle des Begriffs „eigene Informationen“ spricht die Richtlinie von „von einem Nutzer eingegebenen Informationen“ (Art. 12 Abs. 1 ECRL) und legt damit eine formal-technische im Gegensatz zu einer materiell-wertenden Abgrenzung nahe. Andererseits hat der EuGH in seinem Urteil zur markenrechtlichen Haftung von eBay entschieden, dass sich der Betreiber einer Internetplattform nur auf die Haftungsbeschränkung in Art. 14 ECRL (≈ 10 TMG) berufen kann, wenn er sich darauf beschränkt, die von seinen Kunden eingegebenen Daten rein technisch und automatisch zu verarbeiten. Sobald er eine aktive Rolle übernehme, beispielsweise den Nutzern dabei helfe, ihre Angebote zu optimieren und zu bewerben, hafte er nach den allgemeinen Regeln des anwendbaren nationalen Rechts.<sup>1037</sup> Die Abgrenzung zwischen „neutralen“ und „aktiven“ Providern mutet eher wertend als formal-technisch an.<sup>1038</sup>

Letztlich soll der rein telemedienrechtliche Streit im Rahmen dieser Arbeit nicht entschieden werden. Die aktuelle Rechtsprechung, wonach derjenige als unmittelbarer Täter einer Urheberrechtsverletzung haftet, der sich fremde urheberrechtsverletzende Inhalte zu Eigen macht, betrifft nämlich nur in zweiter Linie die telemedienrechtliche Abgrenzung zwischen § 7 TMG (eigene Informationen) und den §§ 8-10 TMG (fremde Informationen). Durch den Rückgriff auf telemedienrechtliche Kriterien vermischt die Rechtsprechung die Ebene der Haftungsbegründung mit der Ebene der Haftungsbeschränkung.<sup>1039</sup> Die §§ 8-10 TMG sehen Haftungsbeschränkungen für bestimmte Diensteanbieter vor (S. 175). Sie sind nur anwendbar, wenn die Haftung nach den allgemeinen Vorschriften, auf die § 7 Abs. 1 TMG verweist, grundsätzlich begründet ist. Die aktuelle Rechtsprechung verkennt das Zusammenspiel zwischen allgemeinen Haftungsnormen und telemedienrechtlichen Haftungsbeschränkungen, wenn sie von der Unanwendbarkeit der §§ 8-10 TMG bei zu Eigen gemachten Inhalten ohne weiteres auf die unmittelbare Täterschaft des Providers schließt.<sup>1040</sup> Sie verwandelt die Verweisungsnorm des § 7 Abs.

1 TMG in eine Zurechnungsnorm, obwohl ansonsten anerkannt ist, dass die telemedienrechtlichen Sondervorschriften nicht von der Subsumtion unter die allgemeine Haftungsnorm entbinden.<sup>1041</sup> Stattdessen müsste die Rechtsprechung die unmittelbare Täterschaft des Plattformbetreibers zunächst nach allgemeinen Vorschriften, beispielsweise nach der Tatherrschaftslehre, begründen und in einem zweiten Schritt fragen, ob die Haftung gemäß §§ 8-10 TMG zu beschränken sei. In diesem zweiten Schritt wäre zwischen fremden und eigenen/zu Eigen gemachten Inhalten abzugrenzen. Auch die Ausführung des EuGH in seinem Urteil „L’Oréal/eBay“ vom 12. Juli 2011 zur Unterscheidung zwischen „neutralen“ und „aktiven“ Vermittlern<sup>1042</sup> betrifft allein die Ebene der telemedienrechtlichen Haftungsbeschränkung, denn allein hierauf beziehen sich die Vorgaben in Art. 12-15 ECRL. Allerdings mag es Überschneidungen geben. Die Kriterien, die die Rechtsprechung zur telemedienrechtlichen Abgrenzung zwischen fremden und eigenen Inhalten entwickelt hat, mögen im Einzelfall auch nach allgemeinen Regeln die unmittelbare Täterschaft des Plattformbetreibers begründen. Ein Automatismus besteht nicht. Beispielsweise ist nicht ersichtlich, inwiefern die graphische Integration fremder Inhalte in die eigene Benutzeroberfläche mit Logos, Werbung etc. die Tatherrschaft über die durch die Inhalte verursachte Urheberrechtsverletzung begründen soll. Die klare Trennung der haftungsbegründenden und haftungsbeschränkenden Ebene würde hingegen inhaltlich dazu zwingen, eigenständige Kriterien zu entwickeln und sich von der rein telemedienrechtlichen Abgrenzung zu emanzipieren.

Der Rechtsprechung ist zudem vorzuwerfen, dass sie mit der Figur des „zu-Eigen-Machens“ neben der Störerhaftung und der herkömmlichen Täter- und Teilnehmerhaftung ein weiteres Haftungskonzept anwendet. Der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist damit kein Dienst getan. Gegenüber den Versuchen von Rechtsprechung und Literatur, einheitliche Kriterien für die immaterialgüterrechtliche Vorfeldhaftung in Form von Verkehrspflichten zu etablieren, stellt sich der Sonderweg einer täterschaftlichen Haftung für zu Eigen gemachte Inhalte als kontraproduktiv dar. Dabei lässt sich dieser Sonderweg ohne weiteres in die herkömmlichen Haftungskonzepte integrieren. Je intensiver sich der Plattformbetreiber mit den Inhalten seiner Plattform identifiziert, desto

umfangreichere Verkehrspflichten treffen ihn. Wer sich beispielsweise Nutzungsrechte an fremden Inhalten einräumt lässt und diese entgeltlich verwertet, muss die Inhalte besonders streng überwachen. Die von der Rechtsprechung entwickelten telemedienrechtlichen Abgrenzungskriterien mögen sich hilfreich bei der Eingrenzung zumutbarer Sicherungsvorkehrungen erweisen.

Bedenken erweckt hingegen die Argumentation des Bundesgerichtshofs im Fall „marionskochbuch.de“, das beklagte Portal „chefkoch.de“ hafte als unmittelbarer Täter, weil es jeden Beitrag vor Freigabe einer redaktionellen Kontrolle unterziehe.<sup>1043</sup> Zum einen droht eine Privilegierung solcher Plattformen, die ihre Augen vor den Inhalten und damit auch vor möglichen Rechtsverletzungen systematisch verschließen.<sup>1044</sup> Zum anderen gerät der Plattformbetreiber in ein Dilemma: Nach herrschender Meinung kann er sich seiner allgemeinen Störerhaftung dadurch entziehen, dass er die Inhalte seiner Plattform hinreichend überwacht (Prüfungspflichten, S. 182). Kontrolliert er seine Plattform zu gewissenhaft, droht ihm jedoch der Vorwurf, sich ihre Inhalte zu Eigen zu machen, mit der Folge der täterschaftlichen Haftung. Man sollte differenzieren: Die Kontrolle allein kann keine Haftung auslösen, sie dient vielmehr der Erfüllung der Verkehrspflichten. Wer dagegen anlässlich der Kontrolle nach außen erkennbar bestimmte Inhalte gutheißt und für Zwecke einsetzt, die über die Funktion des technischen Vermittelns hinausgehen, mag einer strengeren Haftung unterliegen.

## *II. Strafrechtsakzessorische Zurechnung*

Die herrschende Meinung im Immaterialgüterrecht bestimmt die Haftung von Mittätern, mittelbaren Tätern, Anstiftern und Gehilfen nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen.<sup>1045</sup> Dem entspricht die herrschende strafrechtsakzessorische Auslegung der Begriffe des Mittäters, Anstifters und Gehilfen in § 30 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB.<sup>1046</sup>

### 1. Mittäterschaft

Mittäter ist, wer bewusst und gewollt mit anderen gemeinschaftlich zusammenwirkt, um einen Verletzungserfolg herbeizuführen.<sup>1047</sup> Mittäterschaft erfordert den Entschluss zur gemeinsamen Tatbegehung sowie einen maßgeblichen Beitrag zur Durchführung dieses Tatplans, der sich auch in gewichtigen Vorbereitungshandlungen erschöpfen kann.<sup>1048</sup> In den typischen Konstellationen gefährlicher Produkte oder gefährlicher Plattformen sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt.<sup>1049</sup> Eine ausdrückliche Abrede zur gemeinsamen Verletzung von Immaterialgüterrechten treffen weder Lieferant und Abnehmer noch Plattformbetreiber und Plattformnutzer. In der Regel ist es dem Anbieter gleichgültig, wie der Kunde seine Produkte oder Dienste nutzt. Allerdings kann der Entschluss zur Tatbegehung auch stillschweigend gefasst werden. Es genügt, wenn die Beteiligten oder ein Teil von ihnen einander nicht persönlich kennen, sofern sich nur jeder darüber im Klaren ist, dass neben ihm noch andere mitwirken und diese von dem gleichen kommunikativen Mit-Bewusstsein erfüllt sind, das heißt sofern sie alle in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken handeln.<sup>1050</sup> Einen derart stillschweigenden Tatplan könnte man Geschäftsmodellen wie „Cybersky“, einzelnen Usenet-Providern oder Sharehostern vorwerfen, die unverhohlen mit den rechtswidrigen Nutzungsmöglichkeiten ihrer Produkte und Dienste werben (vgl. S. 196). Entsprechende Anbieter sind sich bewusst, dass sich der Erfolg ihrer Dienste darauf gründet, Kunden den Eingriff in fremde Rechte zu ermöglichen und dass sie daher indirekt von der Rechtsverletzung profitieren. Hierin könnte man ein stillschweigendes Einverständnis zwischen Anbieter und Kunde erblicken, arbeitsteilig zum beiderseitigen Vorteil gegen Patent-, Marken- und Urheberrecht zu verstoßen.

Fraglich ist auch in diesen Fällen, ob der Vorfeldakteur einen hinreichenden Beitrag zur Durchführung der Tat leistet. An dieser Voraussetzung der Mittäterschaft dürfte es in den meisten Konstellationen gefährlicher Produkte fehlen, denn der Hersteller oder Lieferant gibt das Produkt aus der Hand, ohne Einfluss auf die weitere Verwendung durch den Abnehmer auszuüben. Auch der Plattformbetreiber, der sich auf eine technische Vermittlerfunktion beschränkt, übt nicht die erforderliche Tatherrschaft aus. Etwas anderes gilt höchstens, wenn der Betreiber Einfluss auf die Inhalte seiner Plattform nimmt, beispielsweise eine Vorauswahl trifft oder bestimmte Inhalte gezielt anpreist. Die

Voraussetzungen der Mittäterschaft dürften nur in Ausnahmefällen erfüllt sein.

## 2. Mittelbare Täterschaft

### a. Vorsatzloses Werkzeug

Der mittelbare Täter ist in § 830 BGB nicht genannt. Trotzdem ist er im Immaterialgüterrecht als Zurechnungsfigur anerkannt.<sup>1051</sup> Im Strafrecht gilt als mittelbarer Täter gemäß § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, wer die Tat durch einen anderen begeht, also einen Tatmittler wie ein menschliches Werkzeug zum Eingriff in das Rechtsgut einsetzt.<sup>1052</sup> Charakteristisch für die mittelbare Täterschaft ist ein strafrechtlich relevanter Defekt beim Vordermann, etwa fehlender Vorsatz oder fehlende Schuld, der sich in einer „Willens- oder Wissensherrschaft“ des Hintermanns widerspiegelt. Das Reichsgericht hielt mittelbare Täterschaft in patentrechtlichen Fällen für möglich, in denen der Lieferant von Einzelteilen bei seinen Abnehmern den irrigen Glauben erweckte, mit dem Erzeugnis die Erlaubnis zu ihrer patentierten Verwendung zu erwerben.<sup>1053</sup> In einem vergleichbaren urheberrechtlichen Fall spiegelte der Notenlieferant seinen Abnehmern vor, die in den Noten enthaltenen Stücke seien „tantiemefrei“, könnten also ohne Genehmigung der zuständigen Verwertungsgesellschaft in Tanzlokalen aufgeführt werden.<sup>1054</sup> Das OLG Jena warf in seiner Entscheidung „Prolac“ von 2008 einem Unternehmen mittelbare Täterschaft vor, das sich zur Anmeldung der verwechslungsfähigen Marke einer (gutgläubigen?) branchenfremden Gesellschaft bedient hatte.<sup>1055</sup>

In seiner Entscheidung „Kinderstühle“ von 2008 ordnete das OLG Hamburg die Betreiber von eBay als mittelbare Täter ein, soweit sich die unmittelbaren Anbieter gefälschter Ware der Rechtswidrigkeit ihres Handelns nicht bewusst waren.<sup>1056</sup> Allerdings fehlen nähere Ausführungen zur Tatherrschaft von eBay. Der „Defekt“ beim Vordermann begründet nicht für sich die Verantwortlichkeit des Hintermanns.<sup>1057</sup> Der Hintermann kann das Geschehen beherrschen, indem er den Irrtum des Vordermanns aktiv hervorruft, etwa durch Täuschung, oder indem er den Irrtum des Vordermanns bewusst ausnutzt.<sup>1058</sup> Beides trifft auf die Betreiber von

eBay nicht zu, die keinen Einblick in den Wissensstand einzelner Anbieter haben, geschweige denn subjektive „Defekte“ ihrer Anbieter bewusst ausnutzen.

#### b. Qualifikationsloses Werkzeug

Die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft sind nach einer Ansicht im Strafrecht auch erfüllt in Fällen „normativer Tatherrschaft“, das heißt in Fällen, in denen dem Vordermann ein bestimmtes täterqualifizierendes Merkmal fehlt.<sup>1059</sup> Zwei Varianten sind zu unterscheiden: die Tatausführung durch ein absichtsloses und durch ein qualifikationsloses Werkzeug. Dem absichtslosen Werkzeug mangelt es an einer bestimmten Absicht, die der subjektive Tatbestand meist in überschießender Weise voraussetzt, etwa an der Zueignungsabsicht beim Diebstahl.<sup>1060</sup> Dem qualifikationslosen Werkzeug fehlt eine vom Tatbestand geforderte Sondereigenschaft, es wird also stets im Zusammenhang mit Sonderdelikten relevant.<sup>1061</sup> Typische Beispiele sind die Amtsträgereigenschaft bei Amtsdelikten oder die Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue.

Das OLG Hamburg wendete die Lehre von der normativen Tatherrschaft auf die Plattform eBay an. Viele Anbieter handelten nicht im geschäftlichen Verkehr, sondern ausschließlich zu privaten Zwecken und begingen daher keine unmittelbare Markenverletzung (vgl. § 14 Abs. 2 MarkenG). „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ sei jedoch ein täterqualifizierendes Merkmal. Fehle es beim Vordermann, übe der Hintermann normative Tatherrschaft aus und hafte als mittelbarer Täter.<sup>1062</sup> Mit dieser Konstruktion trat das Hanseatische Oberlandesgericht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof entgegen, der in seinen Entscheidungen „Internetversteigerung I-III“ wiederholt betont hatte, der Plattformbetreiber hafte nur, wenn die Anbieter selbst im geschäftlichen Verkehr handelten.<sup>1063</sup> Die Ansicht des BGH folgt aus der akzessorischen Störerhaftung, die voraussetzt, dass der unmittelbare Verletzer alle Voraussetzungen der Markenverletzung in eigener Person erfüllt, also auch selbst im geschäftlichen Verkehr handelt. Der Rechtsinhaber sei insoweit darlegungs- und beweispflichtig. Er müsse konkrete Angebote benennen und erläutern, welche Merkmale dieser Angebote auf ein

Handeln im geschäftlichen Verkehr hindeuteten.<sup>1064</sup> Gerade von dieser Beweislast wollte das OLG Hamburg den Rechtsinhaber befreien.

Die Lösung des Hanseatischen Oberlandesgerichts ist zweifacher Kritik ausgesetzt. „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ ist kein taterqualifizierendes Merkmal. Weder kennzeichnet es eine besondere Absicht (absichtsloses Werkzeug) noch beschreibt es eine Sondereigenschaft des Täters (qualifikationsloses Werkzeug). Handeln im geschäftlichen Verkehr begründet keinen sozialen Status einer Person und keine bestimmte Position, mit der spezifische Pflichten einhergehen.<sup>1065</sup> Es charakterisiert nicht die Person des Täters, sondern betrifft den Zweck der Tathandlung, mit der ein beliebiger fremder oder eigener Geschäftszweck gefördert werden muss.<sup>1066</sup> Handeln im geschäftlichen Verkehr ist nicht auf einen besonderen Personenkreis beschränkt. Jeder handelt im geschäftlichen Verkehr, sobald er den rein privaten Bereich verlässt. Bei Internetauktionen ist das beispielsweise derjenige, der häufig als Versteigerer auftritt<sup>1067</sup> oder der Waren erwirbt, um sie später mit Gewinn weiterzuverkaufen.<sup>1068</sup> Die Markenverletzung ist kein Sonderdelikt. Tauglicher Täter ist jedermann.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Benutzung der Marke zu privaten Zwecken einen relevanten Defekt beim Vordermann auslöst, bleiben Bedenken hinsichtlich der Tatherrschaft der Plattformbetreiber. Im Strafrecht wird teilweise gefordert, dass der Hintermann psychologisch auf den (qualifikationslosen) Vordermann Einfluss nimmt (normativpsychologische Tatherrschaft).<sup>1069</sup> Danach wären die Betreiber von eBay nicht mittelbare Täter einer Markenverletzung, da sie die Nutzer nicht zu Angeboten gefälschter Markenware animieren. Im Anschluss an *C. Roxin*<sup>1070</sup> geht die Lehre von den Pflichtdelikten davon aus, dass sich die Täterschaft des Hintermanns allein aus seiner Sondereigenschaft ergebe, genauer: aus der Verletzung von Pflichten, die ihn auf Grund seiner besonderen Eigenschaft träfen. Die Betreiber von eBay sind jedoch nicht besonders verpflichtet, weil sie im geschäftlichen Verkehr handeln. Ihre besonderen Verkehrspflichten rühren daher, dass sie mit dem Betrieb von eBay eine Gefahrenquelle eröffnet haben. Diese Gefahrenquelle korrespondiert aber nicht mit dem angeblichen Defekt der Plattformnutzer.

Der Argumentation des OLG Hamburg ähnelt ein Konzept aus der älteren

Literatur: C. Schramm leitet die Haftung für mittelbare Rechtsverletzungen aus den strafrechtlichen Grundsätzen über die mittelbare Täterschaft ab und interpretiert sämtliche Vorschriften, die den Gebrauch eines geistigen Guts zu privaten Zwecken gestatten, nach Art persönlicher Strafausschließungsgründe, die nur den Beteiligten begünstigen, in dessen Person sie verwirklicht seien.<sup>1071</sup> Man kann einwenden: Strafausschließungsgründe umschreiben einen Sachverhalt, bei dem trotz Vorliegens einer rechtswidrigen und schuldhaften Tat die Strafbarkeit entfällt.<sup>1072</sup> Persönliche Strafausschließungsgründe knüpfen an bestimmte persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse an.<sup>1073</sup> Ebenso wenig wie „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ ein täterqualifizierendes Merkmal ist, kann man „Handeln zu privaten Zwecken“ als persönlichen Haftungsausschließungsgrund einordnen. Es beschreibt allein die Tathandlung und grenzt keinen bestimmten Personenkreis ab, der aus der Haftung herausfallen soll.

#### c. Exkurs: § 28 Abs. 2 StGB analog?

Wegen seiner gedanklichen Nähe zur Lösung des OLG Hamburg sei bereits an dieser Stelle auf einen Vorschlag hingewiesen, der bei der Gehilfenhaftung des Plattformbetreibers ansetzt.<sup>1074</sup> C. Lehment ordnet „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ als besonderes persönliches Merkmal ein und plädiert für eine analoge Anwendung von § 28 Abs. 2 StGB. Danach wirken sich besondere persönliche Merkmale, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, nur bei dem Beteiligten aus, der sie selbst erfüllt. Es genüge, wenn die Betreiber der Internetauktionsplattform selbst im geschäftlichen Verkehr handelten. Die analoge Anwendung von § 28 Abs. 2 StGB scheitert an zwei Voraussetzungen. In Abgrenzung zu § 28 Abs. 1 StGB erfasst § 28 Abs. 2 StGB keine strafbarkeitsbegründenden, sondern nur strafbarkeitsmodifizierende Merkmale.<sup>1075</sup> Dadurch, dass jemand in geschäftlichem Verkehr handelt, verschärft sich aber nicht eine ohnehin bestehende markenrechtliche Haftung; „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ ist haftungsbegründendes Merkmal. Zweitens gilt § 28 StGB nach herrschender Meinung nur für täterbezogene, nicht dagegen für tatbezogene Merkmale.<sup>1076</sup> „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ charakterisiert aber nicht die Person des Verletzers, sondern

beschreibt den Zweck der Verletzungshandlung.

### 3. Anstiftung

Als Anstifter haftet, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt (§ 830 Abs. 2 BGB, § 26 StGB). In objektiver Hinsicht muss der Anstifter einen anderen ausdrücklich oder konkludent zur Rechtsverletzung auffordern.<sup>1077</sup> Das Schweizerische Bundesgericht hat in einer patentrechtlichen Entscheidung ausgeführt, Anstifter einer Patentverletzung sei zum Beispiel derjenige, der patentfreie Erzeugnisse ausdrücklich zur Verwendung für den patentierten Zweck anpreise.<sup>1078</sup> Der Gedanke lässt sich auf sonstige Anbieter übertragen, die unverhohlen damit werben, ihr Produkt oder ihre Plattform ermögliche den Eingriff in fremde Rechte, beispielsweise die Entwickler von „Cybersky“, den Usenet-Provider „Alphaload“ oder einzelne Sharehoster. Eine Haftung als Anstifter liegt zudem nahe, wenn der Plattformbetreiber besondere Anreize zum illegalen Filesharing setzt. Der Erotikanbieter „Perfect 10“ wirft dem Sharehoster „Megaupload“ in einem amerikanischen Rechtsstreit<sup>1079</sup> vor, diejenigen Nutzer durch ein Bonussystem zu belohnen, die besonders attraktive Dateien auf die Server des Sharehosters laden. Die Attraktivität einer Datei werde an der Anzahl ihrer Downloads gemessen. Beliebte Musik- und Filmdateien würden häufiger heruntergeladen als Urlaubsfotos oder Textdokumente. Das Bonussystem von Megaupload setze vor diesem Hintergrund unverhohlen Anreize zur Verbreitung von Raubkopien.

Die Voraussetzungen der Anstiftung sind jedoch nicht erfüllt, wenn der unmittelbare Verletzer ohnehin zur Tat entschlossen ist (*omnimodo facturus*).<sup>1080</sup> Viele Raubkopierer dürften ohnehin die Absicht haben, geschützte Werke illegal zu vervielfältigen oder öffentlich zugänglich zu machen. Nicht erst das konkrete Angebot eines Plattformbetreibers bringt sie auf diese Idee. Hier fehlt es an den objektiven Voraussetzungen der Anstiftung.

Subjektiv erfordert Anstiftung einen doppelten Anstiftervorsatz, der sich sowohl auf den Tatentschluss des Haupttäters als auch auf die Haupttat selbst beziehen muss.<sup>1081</sup> Der Vorsatz muss auf eine bestimmte Tat und

einen bestimmten Täter gerichtet sein.<sup>1082</sup> Zwar kann sich die Aufforderung an einen abgrenzbaren Personenkreis richten, nicht jedoch an die unbestimmte Öffentlichkeit. Zweifel am Anstiftervorsatz bestehen, wenn sich das Angebot an die anonyme Masse der Endverbraucher oder der Internetnutzer richtet. Insbesondere der Betreiber einer Internetplattform, deren Inhalte in einem automatisierten Verfahren eingestellt werden, ohne dass eine Vorabkontrolle stattfindet, hat keine Kenntnis von konkreten Nutzern oder konkreten Rechtsverletzungen. Da an die Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes grundsätzlich strengere Anforderungen als an die Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes gestellt werden,<sup>1083</sup> kann der Anstiftervorsatz für die Zukunft auch nicht dadurch hergestellt werden, dass der Rechtsinhaber den Lieferanten oder Plattformbetreiber durch formlose Mitteilung oder förmliche Abmahnung von vergangenen Rechtsverletzungen in Kenntnis setzt.

Eine spezialgesetzlich geregelte Variante der Anstiftung enthält § 10 Abs. 2 PatG, wonach Angebot und Lieferung handelsüblicher Erzeugnisse nur verboten ist, „wenn der Dritte den Belieferten bewusst veranlasst, in einer nach § 9 Satz 2 verbotenen Weise zu handeln“. Im Gegensatz zum Gefährdungstatbestand in § 10 Abs. 1 PatG regelt § 10 Abs. 2 PatG die akzessorische Haftung für den Vertrieb gefährlicher, aber handelsüblicher Erzeugnisse. Der Lieferant handelsüblicher Erzeugnisse wird zum Wohle des freien Warenverkehrs privilegiert, denn er haftet nur akzessorisch in Konstellationen der Anstiftung.

## 4. Beihilfe

### a. Objektiver Gehilfenbeitrag

Unter Beihilfe versteht man die vorsätzliche Förderung einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat (§ 830 Abs. 2 BGB, § 27 Abs. 1 StGB). In der strafrechtlichen Literatur ist umstritten, ob der Gehilfenbeitrag die unmittelbare Rechtsgutsverletzung verursacht haben muss.<sup>1084</sup> Der Vorfeldschutz im Immaterialgüterrecht hängt in den meisten Konstellationen nicht von dieser Streitfrage ab, da typischerweise erst die Vorfeldmaßnahme den unmittelbaren Eingriff ermöglicht. Der Plattformbetreiber schafft die erforderliche Infrastruktur, der Lieferant

übergibt die erforderlichen Erzeugnisse, ohne die der unmittelbare Verletzer nicht tätig werden könnte.

## b. Beihilfe durch Unterlassen

### aa. OLG Hamburg: „Kinderstühle“

In seiner Entscheidung zur markenrechtlichen Haftung der Plattform eBay („Kinderstühle“) knüpfte das Hanseatische Oberlandesgericht den Teilnahmevorwurf nicht an den aktiven Betrieb der Auktionsplattform, sondern an das Unterlassen geeigneter Kontrollmaßnahmen, legte eBay also Beihilfe durch Unterlassen zur Last: „Die Klägerin wirft der Beklagten vor, trotz der zahlreichen Hinweise auf Markenverletzungen und trotz der dadurch ausgelösten Prüfungspflicht keine hinreichenden Maßnahmen ergriffen zu haben, Verletzungen zu verhindern. Dies ist der Vorwurf eines Verstoßes gegen Handlungspflichten, mithin ein Unterlassungsvorwurf. Dagegen ist das aktive Erstellen und Betreiben einer Internethandelsplattform bei der gebotenen normativen Betrachtung der Beklagten nicht vorzuwerfen, es handelt sich dabei um ein gegebenenfalls volkswirtschaftlich sogar erwünschtes, jedenfalls aber grundsätzlich von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell.“<sup>1085</sup> Die Plattformbetreiber hätten es unterlassen, mit Hilfe von Suchfiltern und manueller Nachkontrolle Angebote zu identifizieren, die in die Rechte der Firma Stokke eingriffen. Das Unterlassen dieser Maßnahmen habe kausal die Verletzungen der Marken von Stokke herbeigeführt. Hätte eBay entsprechende Maßnahmen ergriffen, wäre es nicht zu unmittelbaren Eingriffen in das Markenrecht gekommen. Die manuelle Nachkontrolle gefilterter Angebote sei den Plattformbetreibern möglich und zumutbar. Ihre Garantenpflicht ergebe sich aus der Eröffnung einer Gefahrenquelle (Überwachergarant). Bei deutlicher Kritik im Übrigen beanstandete der BGH in seinem Revisionsurteil „Kinderhochstühle im Internet“ die vom Hanseatischen Oberlandesgericht vorgeschlagene Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen nicht.<sup>1086</sup>

### bb. Stellungnahme

Die Idee, Vorfeldschutz im Immaterialgüterrecht nicht gegen aktive Maßnahmen, sondern gegen das Unterlassen von Sicherungsvorkehrungen zu gewähren, ist nicht neu. *W. Klosterfelde* entwickelte sie 1965 in seiner Arbeit über Magnettonbandgeräte.<sup>1087</sup> Er versuchte, die Diskrepanz zwischen Anspruchsgrund und Anspruchsinhalt aufzulösen, die der BGH mit seiner Rechtsfolgenlösung (S. 75) herbeigeführt hatte. Zur Erinnerung: Die Rechtsfolgenlösung löste dadurch Verwirrung aus, dass als tatbestandliche Handlung die Lieferung der Tonbandgeräte galt (aktives Tun), diese Lieferung auf Rechtsfolgenseite aber überhaupt nicht untersagt werden sollte. Stattdessen wurden dem Lieferanten gewisse Sicherungsvorkehrungen (GEMA-Hinweis) aufgegeben. *W. Klosterfelde* dagegen knüpfte die Haftung von vornherein an das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen. Der Unterlassungsanspruch gegen dieses Unterlassen sei auf positive Vornahme der Sicherungsvorkehrungen gerichtet. Anspruchsgrund und Anspruchsinhalt entsprächen sich.<sup>1088</sup>

Die Schwierigkeit, im Vorfeld von Rechtsverletzungen zwischen aktivem Tun (Eröffnung der Gefahrenquelle) und Unterlassen (gefahrvermeidender Maßnahmen) zu unterscheiden, lässt sich dadurch erklären, dass mittelbare Rechtsverletzungen und Rechtsverletzungen durch Unterlassen vieles gemeinsam haben.<sup>1089</sup> Jeweils setzt die letzte, zur Verletzung führende Ursache nicht der Ersatzpflichtige selbst, sondern der Geschädigte, ein Dritter oder eine Naturgewalt. Unabhängig davon, ob man an den Betrieb der Plattform oder an das Unterlassen von Sicherungsvorkehrungen anknüpft, führt erst derjenige die Verletzung unmittelbar herbei, der die Plattform nutzt. Mittelbare Verletzungshandlungen und Unterlassungen schaffen jeweils lediglich eine Gefahrenlage, die jemand anderes für den unmittelbaren Eingriff ausnutzt. Sowohl der mittelbare Verletzer als auch derjenige, der durch Unterlassen verletzt, haften für unterbliebene Gefahrvermeidung. In der herrschenden Unrechtslehre werden die strukturellen Gemeinsamkeiten dadurch berücksichtigt, dass sowohl die Haftung für mittelbare Eingriffe als auch für Eingriffe durch Unterlassen die Verletzung von Verkehrspflichten erfordert.<sup>1090</sup>

Wie zwischen Tun und Unterlassen abgegrenzt werden soll, ist in Straf- und Zivilrecht umstritten.<sup>1091</sup> Das Hanseatische Oberlandesgericht orientierte sich an strafrechtlichen Abgrenzungstheorien, wenn es eine

„normative Betrachtungsweise“ zu Grunde legte und den „sozialen Handlungssinn“ berücksichtigte.<sup>1092</sup> Im Zivilrecht gilt die Gefahrerhöhung durch den Täter als maßgebliches Kriterium: Derjenige, der sich dem fremden Rechtsgut gefährlich nähert, handle; derjenige, der, ohne die Gefahr durch sein Tun zu erhöhen, die Gefahr nicht abwende, unterlasse.<sup>1093</sup> Danach müsste man im Fall von Internetplattformen eher an den aktiven Betrieb der Plattform anknüpfen, denn hierdurch schafft der Betreiber aktiv eine Gefahrenquelle. Die Sicherungsvorkehrungen dienen der Eindämmung der aktiv geschaffenen Gefahr. Unterbleiben sie, ist dem Betreiber kein Unterlassen vorzuwerfen, sondern eine aktive mittelbare Rechtsverletzung.

Die Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts wirft zudem erhebliche Folgeprobleme im Bereich der Kausalität auf. Der aktive Betrieb der Plattform ist ohne weiteres ursächlich für rechtsverletzende Angebote: ohne Plattform könnte der Internetnutzer seine gefälschte Ware nicht anbieten. Gilt entsprechendes auch für das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen? Die Stellungnahme sei mit einigen allgemeinen Bemerkungen zur Unterlassungskausalität eingeleitet. In der strafrechtlichen Literatur ist umstritten, ob ein Unterlassen überhaupt erfolgskausal sein kann.<sup>1094</sup> Deutet man Kausalität als mechanische Kraftentfaltung, als reales Wirken, muss man einen Kausalzusammenhang zwischen Unterlassen und Erfolg ablehnen.<sup>1095</sup> Als erfolgskausal kann man ein Unterlassen dagegen bezeichnen, wenn man Kausalität normativ versteht.<sup>1096</sup> Die Ansicht, nach der Unterlassen nie erfolgskausal sein kann, fordert objektive Zurechnung im Sinne hypothetischer Kausalität oder „Quasikausalität“.<sup>1097</sup> In den Worten des BGH: „Der Erfolgseintritt ist dem Täter zuzurechnen, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß der eingetretene Erfolg entfiel. Es muß eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, daß der Erfolg bei Vornahme der unterbliebenen Handlung nicht oder erheblich später oder in wesentlich geringerem Umfang eingetreten wäre.“<sup>1098</sup>

Den strengen Anforderungen an den hypothetischen Kausalverlauf tritt die so genannte Risikoverminderungslehre entgegen, die spiegelbildlich zur Risikoerhöhungslehre im Fahrlässigkeitsbereich den Erfolg bereits

zurechnen will, wenn bei Vornahme der unterbliebenen Handlung der Erfolg nur möglicherweise ausgeblieben, die Handlung das Risiko des Erfolgseintritts aber immerhin vermindert hätte.<sup>1099</sup> Auch wenn die herrschende Meinung die Risikoverminderungslehre im Grundsatz ablehnt, gelten speziell für die Beihilfe durch Unterlassen ähnliche Kriterien: Nach ständiger Rechtsprechung müssen bereits aktive Gehilfenbeiträge nicht den Erfolg selbst verursachen, sondern die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter lediglich fördern.<sup>1100</sup> Spiegelbildlich mache sich derjenige wegen Beihilfe durch Unterlassen strafbar, dessen „Tun die Vollendung oder Fortsetzung der strafbaren Handlung wenn auch nicht verhindert, so doch erschwert hätte“.<sup>1101</sup>

Überträgt man die strafrechtlichen Erkenntnisse auf das Immaterialgüterrecht, hängt die Unterlassungskausalität maßgeblich von der Effektivität der unterbliebenen Sicherungsmaßnahme ab. Nur Vorkehrungen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit jegliche rechtsverletzende Nutzung unterbinden würden, könnten die Gehilfenhaftung des Anbieters verhindern. Wenig effektive Sicherungsvorkehrungen wie der Warnhinweis scheiden von vornherein aus. Im Einzelfall mag zwar eine besonders effektive Sicherungsvorkehrung technisch möglich, für den Anbieter aber nicht zumutbar sein. Der Ansatz des Hanseatischen Oberlandesgerichts führt zu einer „Alles-oder-nichts“-Lösung. Entweder muss der Anbieter die an sich unzumutbare Sicherungsvorkehrung treffen oder er muss seinen Dienst vollständig einstellen. Er kann nicht auf weniger effektive, dafür zumutbare Maßnahmen verwiesen werden.

Anderer Ansicht ist anscheinend *W. Klosterfelde*, der ausführt, auch das Unterlassen des GEMA-Hinweises sei kausal für Urheberrechtsverletzungen, da er wahrscheinlich einige Geräte Käufer von illegalen Vervielfältigungen abgehalten hätte.<sup>1102</sup> Dem strengen Kausalitätsbegriff, den er selbst zuvor herleitet, genügt das nicht. Kausalität muss in Bezug auf einen konkreten Erfolg festgestellt werden. Angenommen, der Warnhinweis hätte fünf von hundert Käufern abgehalten, in Urheberrechte einzugreifen. Man könnte dann sagen: Er hätte mit Sicherheit einige Verletzungen verhindert. Betrachtete man einen konkreten Käufer, könnte man trotzdem nicht folgern, gerade dieser hätte

mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Warnhinweis befolgt. Im Gegenteil: Bezogen auf jeden einzelnen Gerätenutzer betrüge die Erfolgswahrscheinlichkeit nur fünf Prozent – nicht genügend, um im Unterlassen des Warnhinweises eine „Quasi-Ursache“ für konkrete Rechtsverletzungen zu sehen. Zu einem anderen Ergebnis käme man nur auf Basis der Risikoverminderungslehre: Der Warnhinweis hätte für jeden einzelnen Käufer das Verletzungsrisiko um fünf Prozent verringert.

### c. Gehilfenvorsatz

#### aa. Vorsatz in Bezug auf den eigenen Tatbeitrag

Der Vorsatz des Gehilfen muss sich sowohl auf den eigenen Tatbeitrag (die Vorfeldmaßnahme) als auch auf die Haupttat beziehen (doppelter Gehilfenvorsatz).<sup>1103</sup> Von seinem eigenen Tatbeitrag weiß der Gehilfe in der Regel. Ungeklärt ist, ob er sich auch der Rechtswidrigkeit seines Handelns bewusst sein muss. Als Beispiel diene erneut der Fall „Heise online“ (S. 24). Anders als später der BGH ging das OLG München in seinem Berufungsurteil nicht davon aus, dass der Hyperlink auf die Homepage der Firma Slysoft durch die Pressefreiheit gedeckt sei.<sup>1104</sup> Unerheblich sei, dass der Heise Verlag von der Rechtmäßigkeit seines Handelns überzeugt gewesen sei. Das Oberlandesgericht folgte der im Strafrecht herrschenden Schuldtheorie, wonach sich der Vorsatz nur auf die tatsächlichen Umstände beziehen muss, aus denen sich die Rechtswidrigkeit ergibt, nicht jedoch auf die Rechtswidrigkeit selbst.<sup>1105</sup> Dagegen steht die im Zivilrecht herrschende Vorsatztheorie, wonach nur vorsätzlich handelt, wer sich der Rechtswidrigkeit seines Handelns bewusst ist.<sup>1106</sup> Nach der Vorsatztheorie schließt die irrige Vorstellung, durch Erlaubnisnormen zu einem gefährlichen Verhalten berechtigt zu sein, den Vorsatz aus.

Ob für die Haftung des Teilnehmers gemäß § 830 Abs. 2 BGB die Schuld- oder die Vorsatztheorie gilt, ist umstritten, denn einerseits handelt es sich um zivilrechtliche Haftung, andererseits sind die Begriffe des Anstifters und Gehilfen dem Strafrecht entlehnt. In Literatur und Rechtsprechung weitgehend anerkannt ist, dass sich die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB wegen Verletzung strafrechtlicher Schutzgesetze auf subjektiver Seite

nach der Schuldtheorie richtet.<sup>1107</sup> *M. Löwisch* und *G. Caspers* übertragen diesen Ansatz auf § 830 BGB, der ebenfalls strafrechtsakzessorisch auszulegen sei.<sup>1108</sup> Dagegen spricht, dass § 830 BGB im Gegensatz zu § 823 Abs. 2 BGB nicht ausdrücklich auf andere Gesetze verweist, sondern lediglich terminologisch dem Strafrecht nahesteht. Auch besteht kein Bedürfnis, den Vorsatz auf Konstellationen des Rechtsirrtums zu erstrecken, denn im Fall des vermeidbaren Rechtsirrtums bleibt stets die zivilrechtliche Fahrlässigkeitshaftung. Das OLG München argumentiert im Übrigen widersprüchlich, denn im Hinblick auf die Haupttat, das heißt die unmittelbare Verletzung fordert es, dass sich der Gehilfe der Rechtswidrigkeit bewusst ist.<sup>1109</sup>

#### bb. Vorsatz in Bezug auf die Haupttat

Der Gehilfe muss den konkreten unmittelbaren Eingriff zumindest im Sinne bedingten Vorsatzes für möglich halten und billigend in Kauf nehmen.<sup>1110</sup> Umstritten sind die Anforderungen an den Gehilfenvorsatz in Konstellationen, in denen die Vorfeldmaßnahme an einen unüberschaubaren und anonymen Personenkreis gerichtet ist, beispielsweise beim Vertrieb gefährlicher Produkte an den Endverbraucher oder beim Betrieb von Plattformen, in die jeder Internetnutzer Inhalte einstellen kann, ohne dass der Plattformbetreiber diese Inhalte vorab kontrolliert oder überhaupt wahrnimmt. Internetplattformen droht ein Dilemma: Je weniger sich der Betreiber mit den Inhalten seiner Plattform beschäftigt, desto eher erfüllt er die Funktion eines rein technischen Vermittlers, für den die Privilegien der §§ 8-10 TMG gelten. Andererseits muss er mit dem Vorwurf rechnen, bewusst die Augen vor Rechtsverletzungen zu verschließen, in den Worten des Amtsgerichts Düsseldorf: sich hinter einer „Wand der Unkenntnis“ zu verstecken.<sup>1111</sup>

#### (1) Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes

Mit dem erforderlichen Gehilfenvorsatz handelt stets derjenige, dessen Produkt oder Plattform ausschließlich rechtsverletzend verwendbar ist (monofinal). Im ganz überwiegenden Teil der Fälle, bestehen jedoch auch legale Verwendungsmöglichkeiten (multifunktional, ambivalent). Solange

der Anbieter auf Vertraulichkeit setzt oder sich automatischer Verfahren bedient, kann er nicht die Rechtmäßigkeit jeder einzelnen Nutzungshandlung beurteilen. Andererseits bestreiten gerade die Betreiber großer Internetplattformen nicht, dass ihr Dienst teilweise illegal genutzt wird.<sup>1112</sup> Man könnte argumentieren: Wer sicher weiß, dass einige Teilnehmer den Dienst rechtsverletzend nutzen, muss bei jeder konkreten Nutzungshandlung eine Rechtsverletzung zumindest für möglich halten. Ob ein derart bedingter Vorsatz die Gehilfenhaftung auslösen kann, hängt zunächst davon ab, welche Anforderungen man an die Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes stellt.

#### a. Leitlinien im Strafrecht

Im Strafrecht ist anerkannt, dass sich der Vorsatz des Teilnehmers auf die Ausführung einer zwar nicht in allen Einzelheiten, wohl aber in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten Tat richten muss.<sup>1113</sup> Der Vorsatz des Gehilfen brauche sich nicht darauf zu erstrecken, wer, an wem, wann, wo und wie die Haupttat begangen werde, sondern nur darauf, dass eine und welche Haupttat begangen werde.<sup>1114</sup> Überträgt man diese Leitlinien auf Internetplattformen, kann sich der Hintermann nicht mit dem Hinweis entlasten, er wisse nicht genau, wann rechtsverletzende Angebote eingestellt würden (Tatzeit). Ebenso wenig muss er das Ausmaß und die Modalitäten jeder einzelnen Rechtsverletzung kennen, solange er weiß, welche Tatbestände die unmittelbaren Verletzer erfüllen. Schließlich ist es unerheblich, wessen Schutzrechte auf seiner Plattform verletzt werden (Tatopfer). Bedenken ergeben sich allein daraus, dass der Plattformbetreiber nicht einmal Identität und Anzahl der unmittelbaren Verletzer (Täter) kennt. In einer strafrechtlichen Entscheidung erklärte der Bundesgerichtshof, bei Vorbereitungshandlungen brauche die Person des Täters noch nicht festzustehen.<sup>1115</sup> Leitende Angestellte einer Firma hatten das Verkaufspersonal angewiesen, falsch datierte Kraftfahrzeugbestellungen entgegenzunehmen. Den Käufern ermöglichten sie auf diese Weise, staatliche Subventionen zu erlangen, die ihnen bei richtiger Datierung nicht gewährt worden wären. Beihilfe zum Betrug sei nicht dadurch ausgeschlossen, dass die leitenden Angestellten zum Zeitpunkt ihrer

Anweisung nicht gewusst hätten, wie viele und welche Käufer von den Bestellungen profitieren würden.

## b. Rechtsprechung im Immaterialgüterrecht

Die immaterialgüterrechtliche Rechtsprechung zur Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes ist bislang uneinheitlich. In seinen Entscheidungen zur markenrechtlichen Haftung der Internetauktionshäuser eBay und Ricardo stellt der Bundesgerichtshof hohe Anforderungen: „Entgegen der Ansicht der Revision reicht der Umstand, dass die Beklagten – wie sich aus ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihren allgemeinen Informationen für die Anbieter ergibt – mit gelegentlichen Markenverletzungen rechnen, für die Annahme eines Gehilfenvorsatzes nicht aus. Dieser muss sich vielmehr auf die konkret drohende Haupttat beziehen.“<sup>1116</sup> Ähnlich argumentierte der BGH in der Entscheidung „Halzband“ (S. 198): „Selbst wenn der Beklagte allgemein gewusst und gebilligt haben sollte, dass seine Ehefrau über sein Mitgliedskonto bei eBay Waren verkaufte, ergäbe sich daraus noch nicht, dass er von dem konkreten Angebot Kenntnis gehabt hat, das nach der Auffassung der Klägerin deren Rechte verletzte.“ Dagegen ergänzte er in der wettbewerbsrechtlichen Entscheidung „Kommunalversicherer“: „Es reicht aus, dass sich der Teilnehmer einer Kenntnisnahme von der Unlauterkeit des von ihm veranlassten oder geförderten Verhaltens entzieht“.<sup>1117</sup>

Das OLG Hamburg gab in seiner Entscheidung „Kinderstühle“ von 2008<sup>1118</sup> zu bedenken, die Anforderungen an den Gehilfenvorsatz, wie der BGH sie formuliere, seien möglicherweise zu eng gefasst. Schon nach strafrechtlichen Grundsätzen sei unschädlich, wenn der Gehilfe die Einzelheiten der Tat und die Person des Haupttäters nicht genau kenne.<sup>1119</sup> Mehrere Instanzgerichte überlegten im Fall von Rapidshare, ob man den Gehilfenvorsatz aus einem Generalverdacht gegen den Sharehoster herleiten könnte. Wessen Dienst fast ausschließlich illegal genutzt werde, der wisse hinreichend konkret von den Rechtsverletzungen durch seine Nutzer. Das OLG Köln sah im einstweiligen Rechtsschutzverfahren den Generalverdacht jedoch nicht hinreichend glaubhaft gemacht, da die Antragsgegner aufgezeigt hätten, dass für die legalen Nutzungsmöglichkeiten ihres Dienstes ein beträchtliches technisches und

wirtschaftliches Interesse bestehe.<sup>1120</sup> Ähnlich verwarf das AG Düsseldorf in einer weiteren Entscheidung zur Haftung von Rapidshare aus dem Jahr 2007<sup>1121</sup> – diesmal wegen urheberrechtsverletzender Fotos – die Behauptung des klagenden Fotografen, Rapidshare werde zu 90 % illegal genutzt; hierzu fehle weiterer Sachvortrag. Da nicht jede hochgeladene Datei zu einem rechtswidrigen Zustand führe, ließen sich vom Betrieb der Plattform, für sich genommen, keine Rückschlüsse auf die Kenntnis konkreter Zweckentfremdungen ziehen.<sup>1122</sup> Das OLG Düsseldorf ging in seiner Entscheidung „Rapidshare“ von 2010 ebenfalls davon aus, dass legale Nutzungsmöglichkeiten des Dienstes in großer Zahl vorhanden und üblich seien und folgerte: „Solange daher die illegalen Nutzungszwecke nicht überwiegen oder von der Antragsgegnerin beworben werden und sich insbesondere das Inkaufnehmen durch die Antragsgegnerin, wie hier, nicht nachweisen lässt, ist ein Gehilfenvorsatz nicht anzunehmen.“<sup>1123</sup>

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung deutet sich eine quantitative Abgrenzung an, wie sie auch zur Bestimmung des „von der Rechtsordnung gebilligten Geschäftsmodells“ vertreten wird (S. 196). Je deutlicher die rechtsverletzende Nutzung eines Dienstes überwiegt, desto eher hält der Anbieter eine Rechtsverletzung im konkreten Einzelfall für möglich. Bisher war die Rechtsprechung nicht dazu gezwungen, sich auf genaue Grenzwerte festzulegen, da die Parteien ohnehin keine belastbaren Zahlen vorlegen konnten. Gerade im Fall von Sharehostern dürfte die quantitative Abgrenzung nicht durchzuführen sein, denn die unüberschaubaren Inhalte ihrer Server lassen sich mangels innerer Strukturierung und mangels Suchfunktionen statistisch nicht erfassen (S. 196 f.).

## (2) Gehilfenvorsatz und „Alltagshandlungen“

Letztlich kann dahinstehen, unter welchen Bedingungen der Plattformbetreiber oder Lieferant mit bedingtem Vorsatz handelt, denn in den relevanten Fallgestaltungen wird der mittelbare Verletzer im Rahmen seines Gewerbes oder sonstigen Berufes tätig. Für den Gehilfenvorsatz gelten dann zusätzliche Anforderungen. Im Strafrecht wird eine rege Diskussion darüber geführt, inwiefern die Voraussetzungen der Beihilfe durch so genannte neutrale und berufstypische Handlungen erfüllt werden können. Unter solchen „Alltagshandlungen“ versteht man Handlungen, die

der Ausführende meist in Zusammenhang mit seinem Beruf gegenüber jedermann vornehmen würde, da er mit ihnen (auch) eigene, rechtlich als solche nicht missbilligte Zwecke verfolgt.<sup>1124</sup> Lehrbuchbeispiel ist der Einzelhändler, der einen Schraubenzieher verkauft, obwohl er es für möglich hält, dass der Käufer das Werkzeug bei einem Einbruch einsetzen wird.<sup>1125</sup> Das „Neutrale“ und „Alltägliche“ der Tätigkeit des Einzelhändlers liegt darin, dass sie äußerlich keinen sozialen Sinnzusammenhang mit Straftaten aufweist.<sup>1126</sup>

Während Teile der Literatur die Gehilfenstrafbarkeit bei berufstypischen Handlungen auf objektiver Seite einschränken wollen,<sup>1127</sup> grenzt die Rechtsprechung im Anschluss an *C. Roxin*<sup>1128</sup> auf subjektiver Ebene ab: „Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den ‚Alltagscharakter‘; es ist als ‚Solidarisierung‘ mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als ‚sozialadäquat‘ anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung ‚die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein‘ ließ“.<sup>1129</sup>

Zusammengefasst trennt die strafrechtliche Rechtsprechung zwischen direktem und bedingtem Vorsatz. Während nach allgemeinen Regeln schon derjenige die Voraussetzungen der Beihilfe erfüllt, der die Haupttat für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, macht sich derjenige, der „berufstypisch“ und „neutral“ handelt, erst bei direktem Vorsatz strafbar. Die immaterialgüterrechtliche Rechtsprechung hat die strafrechtliche Diskussion in einzelnen Entscheidungen aufgegriffen. Das Amtsgericht Düsseldorf argumentierte in einem Urteil zur urheberrechtlichen Haftung eines Sharehosters<sup>1130</sup> mit dem Vertrauensgrundsatz, wonach jedermann im Regelfall darauf vertrauen dürfe, dass andere keine vorsätzlichen Straftaten begingen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei nicht gerechtfertigt, solange beim Sharehoster auch unbedenkliche Dateien

hochgeladen würden. Das Hanseatische Oberlandesgericht forderte in seiner Entscheidung „Kinderstühle“ direkten Vorsatz (sicheres Wissen) der Plattformbetreiber, konnte diesen aber angesichts wiederholter Abmahnungen bejahen.<sup>1131</sup> Folgt man der strafrechtsakzessorischen Auslegung von § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB, ist es in der Tat konsequent, auch im Zivilrecht bei Alltagshandlungen strengere Anforderungen an den Gehilfenvorsatz zu stellen.<sup>1132</sup> Hierfür sprechen sich inzwischen auch Teile der immaterialgüterrechtlichen Literatur aus.<sup>1133</sup>

### (3) Auswirkungen einer Abmahnung

Im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht reagiert der Rechtsinhaber auf eine Rechtsverletzung in der Regel mit einer Abmahnung, in der er das beanstandete Verhalten beschreibt, Unterlassung verlangt und die Abgabe einer gegebenenfalls strafbewehrten Unterlassungserklärung fordert.<sup>1134</sup> In § 97a UrhG ist seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums<sup>1135</sup> am 1. September 2008 die Abmahnung ausdrücklich geregelt,<sup>1136</sup> ebenso bereits seit 2004 in § 12 UWG. Im Patent- und Markenrecht fehlen besondere Vorschriften, hier gelten allgemeine Grundsätze.<sup>1137</sup> Zweck der Abmahnung ist die außergerichtliche Einigung. Für den Abmahnenden ist sie von Vorteil, weil sie die Kostenfolge des § 93 ZPO vermeidet, wenn der Schuldner den Anspruch im gerichtlichen Verfahren sofort anerkennt.<sup>1138</sup> Da die Abmahnung den Wissensstand des Abgemahnten erweitert, wirkt sie sich auf den Gehilfenvorsatz aus. Man muss unterscheiden zwischen der Haftung für die konkret angegriffene Verletzungsform und der Haftung für gleichartige Verletzungen.

#### a. Haftung für die angegriffene Verletzungsform

Die Abmahnung beeinflusst den Wissensstand des Abgemahnten, da sie ihn von einer konkreten Rechtsverletzung (angegriffene Verletzungsform) in Kenntnis setzt. Zunächst weist sie in die Vergangenheit. Sie informiert den Abgemahnten nachträglich. Allerdings kann sie den Gehilfenvorsatz für *abgeschlossene Verletzungen* nicht herstellen. Es gilt das

Simultaneitätsprinzip, wonach Vorsatz zum Zeitpunkt der Tat vorliegen muss.<sup>1139</sup> Durch die Abmahnung wird die abgeschlossene Rechtsverletzung weder zum Anknüpfungspunkt für einen Schadensersatzanspruch, noch kann sie die für den Unterlassungsanspruch dienliche Wiederholungsgefahr auslösen.

Bei einer andauernden Verletzung informiert die Abmahnung den Abgemahnten zusätzlich über einen *gegenwärtigen Störungszustand*. Am Beispiel von eBay: Wird gefälschte Markenware angeboten, dauert die unmittelbare Markenverletzung nach § 14 Abs. 2, 3 Nr. 2 MarkenG solange an, wie das Angebot eingestellt bleibt. Von der ersten Abmahnung an wissen die Betreiber um die konkrete Verletzung. Damit haben sie für die Zukunft den erforderlichen Gehilfenvorsatz. Löschen sie den abgemahnten Inhalt nicht unverzüglich, machen sie sich als vorsätzliche Teilnehmer an fortdauernden Verletzungen gemäß § 14 Abs. 6 MarkenG schadensersatzpflichtig. Ebenso lösen sie Wiederholungsgefahr aus und werden Schuldner von Verletzungsunterlassungsansprüchen gemäß § 14 Abs. 5 S. 1 MarkenG. Indem sie den rechtswidrigen Inhalt entfernen, kommen sie gleichzeitig ihrer Beseitigungspflicht nach (§ 8 Abs. 1 S. 1 UWG, § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG; im Marken- und Patentrecht kann Beseitigung analog § 1004 BGB oder kraft Gewohnheitsrecht verlangt werden<sup>1140</sup>).

Die durch die Abmahnung begründete Pflicht, konkret angegriffene Inhalte zu löschen und dafür zu sorgen, dass identische Inhalte nicht erneut eingestellt werden, gilt auch für Diensteanbieter im Sinne des Telemediensrechts. Die §§ 8-10 TMG (vgl. hierzu bereits S. 175 ff.) stehen der Teilnehmerhaftung insoweit nicht entgegen. Zwar ist der Anwendungsbereich der §§ 8-10 TMG (für Host-Provider: § 10 TMG) eröffnet, denn anders als nach herrschender Meinung der Störer haftet der Teilnehmer auch auf Schadensersatz (hierzu bereits S. 176 f.). Die Privilegierung des § 10 TMG entfällt jedoch, sobald der Anbieter Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung und Information hat und nicht unverzüglich tätig geworden ist, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Indem die Abmahnung den Plattformbetreiber von einer konkreten Rechtsverletzung in Kenntnis setzt, begründet sie den Gehilfenvorsatz und bewirkt gleichzeitig den Wegfall der

telemedienrechtlichen Haftungsbeschränkung.

Solange sich die Unterlassungs- und Beseitigungspflicht des Gehilfen auf eine konkret abgemahnte Rechtsverletzung bezieht, gerät sie auch nicht in Konflikt mit § 7 Abs. 2 S. 1 TMG (Art. 15 Abs. 1 ECRL). Danach sind privilegierte Diensteanbieter nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Allerdings befreit § 7 Abs. 2 S. 1 TMG nur von *allgemeinen* im Gegensatz zu *spezifischen* Überwachungspflichten. Art. 15 Abs. 1 ECRL bringt das deutlicher zum Ausdruck als die nationale Regelung. In Erwägungsgrund 47 erläutert der europäische Richtliniengeber: „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.“ Ebenso die Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 2 S. 1 TDG (§ 7 Abs. 2 S. 1 TMG): „Nicht erfasst sind Überwachungspflichten in spezifischen Fällen“.<sup>1141</sup>

Große Internetplattformen sorgen in der Regel organisatorisch vor, um auf berechnete Abmahnungen unverzüglich reagieren zu können. Beispielsweise hat eBay ein „Verifiziertes Rechteinhaber-Programm“ (VeRI) entwickelt, das es Inhabern von Immaterialgüterrechten erleichtert, rechtsverletzende Angebote zu identifizieren und anzuzeigen, während eBay die Anzeigen überprüft und zu Recht beanstandete Angebote umgehend löscht.<sup>1142</sup> Rapidshare unterhält eine „Abuse-Abteilung“, die illegale Dateien bei entsprechenden Hinweisen entfernt.

#### b. Haftung für gleichartige Verletzungen

Die Abmahnung hat neben der Information über *vergangene Rechtsverletzungen* und *gegenwärtige Störungszustände* eine dritte Auswirkung: Sie weist den Plattformbetreiber auf eine *Schwachstelle* seines Dienstes hin. Erstens liegt es nahe, dass jemand, der die Plattform einmal mit rechtsverletzenden Inhalten füllt, dies wiederholen wird.<sup>1143</sup> Zweitens ist zu befürchten, dass eine Marke oder ein Urheberrecht, das

einmal verletzt wurde, gegenwärtig oder in Zukunft von anderen Nutzern erneut verletzt wird. Gerade bekannte Marken werden auf Internetauktionsplattformen vielfach verletzt, wie die einschlägige Rechtsprechung belegt: Die Entscheidungen des BGH „Internetversteigerung I-III“<sup>1144</sup> richteten sich gegen massenhafte Verletzungen der Uhrenmarke „Rolex“, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs „Kinderhochstühle im Internet“<sup>1145</sup> hatte zahlreiche Imitate des Designklassikers „Tripp Trapp“ der Firma Stokke zum Gegenstand. Zusammengefasst: Der Abgemahnte muss damit rechnen, dass es zu *gleichartigen* Rechtsverletzungen kommen wird.

Ob sich die Teilnehmerhaftung nach Abmahnung nicht nur auf die angegriffene Verletzungsform, sondern auch auf gleichartige Verletzungen erstreckt, hängt von zwei Gesichtspunkten ab. Erstens müsste der Gehilfenvorsatz hinsichtlich gleichartiger Verletzungen hinreichend bestimmt sein. Im Fall von Internetplattformen dürfte die Teilnehmerhaftung zweitens nicht durch die §§ 7 ff. TMG ausgeschlossen sein.

#### i. Vorsatz in Bezug auf gleichartige Verletzungen

Sowohl der BGH<sup>1146</sup> als auch verschiedene Instanzgerichte<sup>1147</sup> ignorierten die Auswirkungen einer Abmahnung auf den Gehilfenvorsatz. Dagegen betonte das Hanseatische Oberlandesgericht in seinem Urteil „Kinderstühle“, die Betreiber von eBay seien über Jahre auf eine Vielzahl von gleichartigen Verstößen hingewiesen worden. „Die Beklagte weiß also, dass auf ihrem Internetmarktplatz bereits seit Jahren ständig und vielfach Kinderhochstühle in markenverletzender Weise angeboten werden. Da die Beklagte weiter weiß, dass die von ihr ergriffenen Vorkehrungen entweder nur reaktiv wirken (VeRI-Programm) beziehungsweise durch den Einsatz eines Schlagwortfilters ohne manuelle Nachkontrolle mittels Bildabgleich nicht alle rechtsverletzenden Angebote herausgefiltert werden, muss sie vor dem Hintergrund der langjährigen und umfangreichen Beanstandungen durch die Klägerin sicher davon ausgehen, dass es auch in Zukunft ohne eine manuelle Nachkontrolle durch einen Bildabgleich zu weiteren Markenverletzungen kommen wird.“<sup>1148</sup>

Gehilfenhaftung setzt nicht voraus, dass der Plattformbetreiber die genaue Identität einzelner Anbieter oder den genauen Inhalt einzelner Angebote kennt. Die Abmahnung konkretisiert sein generelles Wissen um Rechtsverletzungen auf eine umgrenzte Schwachstelle seines Dienstes.<sup>1149</sup> Die Reichweite seines Gehilfenvorsatzes kann man mit Hilfe der „Kerntheorie“ bestimmen. Danach erstreckt sich der Unterlassungsanspruch nicht nur auf die im Unterlassungstitel bezeichnete konkrete Verletzungsform, sondern auch auf alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen, das heißt auf alle Verletzungen, in denen sich das Charakteristische der angegriffenen Verletzungsform wiederfindet.<sup>1150</sup> Die Gehilfenhaftung deckt sich insoweit mit der Störerhaftung, deren Reichweite ebenfalls durch die Kerntheorie bestimmt wird: Wer von einer konkreten Rechtsverletzung Kenntnis erlangt, den trifft in Zukunft die Verkehrspflicht, gleichartigen Rechtsverletzungen durch angemessene Sicherungsvorkehrungen vorzubeugen (S. 172). Wie bei der Störerhaftung kann man als Kriterien zur Abgrenzung gleichartiger Inhalte die Quelle der Rechtsverletzung, das verletzte Gut oder die Art und Weise der Verletzungshandlung heranziehen.

Zweifeln könnte man daran, dass der abgemahnte Plattformbetreiber mit dem bei Alltagshandlungen erforderlichen direkten Vorsatz hinsichtlich gleichartiger Rechtsverletzungen handelt (S. 223). *J. Witzmann* wendet ein, trotz aller Wahrscheinlichkeit seien gleichartige Rechtsverletzungen nicht zwingende Folge seines Handelns oder Unterlassens.<sup>1151</sup> Nach herrschender Meinung sind die intellektuellen Voraussetzungen des direkten Vorsatzes jedoch schon erfüllt, wenn der Täter den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit voraussieht.<sup>1152</sup> Höchste Grade der Wahrscheinlichkeit (99 %) sollen der Sicherheit gleichstehen, da man zukünftige Ereignisse nie mit absoluter Gewissheit vorhersagen könne.<sup>1153</sup> Wurde der Plattformbetreiber über Jahre regelmäßig wegen gleichartiger Rechtsverletzungen abgemahnt, wäre es ein denkbar unwahrscheinlicher Zufall, wenn weitere Rechtsverletzungen plötzlich ausblieben.

## ii. Haftungsbeschränkungen des Telemedienrechts

Um gleichartige Rechtsverletzungen zu verhindern, muss der Betreiber seine Plattform regelmäßig nach bestimmten Kriterien durchsuchen. Er

muss eine Kontrollinfrastruktur, etwa in Form einer Filtersoftware, bereithalten. Ihn trifft zwar keine allgemeine, aber immerhin eine bereichsspezifische, durch die Kerntheorie begrenzte proaktive Überwachungspflicht ähnlich wie im Fall der Störerhaftung (S. 172 ff.). Inwiefern derartige Überwachungspflichten mit dem Telemedienrecht in Einklang stehen ist umstritten. Da der Gehilfe – anders als nach herrschender Meinung der Störer – auch auf Schadensersatz haftet, sind nicht nur die allgemeinen Vorgaben des § 7 TMG, sondern auch die besonderen Regeln in § 10 TMG zu beachten (S. 176).

Schadensersatzansprüche gegen Host-Provider setzen gemäß § 10 S. 1 TMG voraus, dass der Provider Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information hatte oder zumindest Kenntnis von Tatsachen oder Umständen, aus denen die rechtswidrige Handlung oder Information offensichtlich wurde. Kenntnis meint positive Kenntnis im Sinne von direktem Vorsatz.<sup>1154</sup> Man könnte argumentieren, mit der Abmahnung habe der Plattformbetreiber Kenntnis von der angegriffenen Verletzungsform und allen im Kern gleichartigen Angeboten erlangt. Was für den Gehilfenvorsatz gelte, müsse auch für § 10 TMG maßgeblich sein. Jedoch stellt § 10 TMG strengere Anforderungen an die Bestimmtheit der Kenntnis als die allgemeinen Teilnahmeregeln an die Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes. § 10 TMG ist im Zusammenhang mit § 7 Abs. 2 S. 1 TMG zu lesen, wonach den privilegierten Provider keine allgemeine Überwachungspflicht trifft.<sup>1155</sup> Bezugspunkt der Kenntnis ist daher ein einzelner, konkreter Inhalt.<sup>1156</sup> Der Rechtsinhaber kann den Provider von dem Inhalt dadurch in Kenntnis setzen, dass er den Aufbau, Text- und Bildbestandteile beschreibt sowie den Dateinamen nennt. Mit Hilfe des Hinweises muss der Betreiber den Inhalt ohne unzumutbaren Aufwand finden können.<sup>1157</sup> Gleichartige Inhalte im Sinne der Kerntheorie kann der Abgemahnte nicht ohne weiteres finden und sperren. Er muss seine Plattform erst proaktiv durchsuchen. Die Abmahnung vermittelt dem Betreiber also nur hinreichend bestimmte Kenntnis von der konkret angegriffenen Verletzungsform, nicht jedoch von gleichartigen Verletzungen.

Ebenso wenig hilft dem Rechtsinhaber die Variante der Offensichtlichkeit. Zwar interpretiert die herrschende Meinung § 10 S. 1 TMG derart, dass

Schadensersatzansprüche bereits bei grober Fahrlässigkeit begründet sein können.<sup>1158</sup> Allerdings müssen die „Tatsachen oder Umstände“ auf ein konkretes Angebot hindeuten. Mit der Abmahnung sind dem Plattformbetreiber keine Indizien bekannt, nach denen sich jedes gleichartige Angebot geradezu aufdrängt. Da er gleichartige Angebote erst mit Hilfe einer Kontrollinfrastruktur auffinden kann, sind sie ihm nicht allein durch die Abmahnung offensichtlich. Als Zwischenergebnis kann man festhalten: Der gemäß § 10 TMG privilegierte Provider muss nur für die angegriffene Verletzungsform Schadensersatz leisten, nicht jedoch für gleichartigen Verletzungen.

Prüfungsmaßstab für Abwehransprüche ist allein § 7 Abs. 2 TMG. Es kann auf die Ausführungen zur Störerhaftung verwiesen werden (S. 175). Nach ständiger, wenn auch bedenklicher Rechtsprechung stellt die durch die Kerntheorie begrenzte proaktive Überwachungspflicht keine allgemeine Überwachungspflicht im Sinne von § 7 Abs. 2 S. 1 TMG dar und kann dem Diensteanbieter ohne Verstoß gegen das Telemedienrecht aufgebürdet werden.

## 5. Zusammenfassung

Vorfeldschutz nach den Grundsätzen über Täterschaft und Teilnahme bleibt bei strafrechtsakzessorischer Auslegung hinter der Störerhaftung zurück. Zentrales Zurechnungskriterium ist der Vorsatz des Hintermanns, objektiv pflichtwidriges Verhalten genügt nicht. Da sich die Vorfeldmaßnahme isoliert betrachtet in der Regel als berufstypisch, alltäglich oder neutral darstellt, ist nach richtiger Ansicht sogar direkter Vorsatz erforderlich. Hieran fehlt es, wenn die Vorfeldmaßnahme an einen großen und anonymen Personenkreis gerichtet ist, beispielsweise im Fall von Internetplattformen. Allerdings kann der Rechtsinhaber den Hintermann durch Abmahnung von konkreten Rechtsverletzungen in Kenntnis setzen. Die Haftung des Täters oder Teilnehmers deckt sich ab dieser Zäsur mit der Störerhaftung, denn der Vorsatz des Hintermanns dürfte sich in Folge der Abmahnung auch auf künftige gleichartige Verletzungen erstrecken. Auch die Auswirkungen des Telemedienrechts gelten entsprechend.

### *III. Eigenständige zivilrechtliche Zurechnung*

Bei strafrechtsakzessorischer Auslegung von § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB wird der Vorsatz des Hintermanns zum zentralen Zurechnungsgrund, er begründet die besondere Gefährlichkeit der Vorfeldmaßnahme. Haften soll, wer die unmittelbare Rechtsverletzung beabsichtigt oder sicher von ihr weiß. Der Vorsatz erweist sich oft als strenges Zurechnungskriterium, wonach Vorfeldschutz in vielen Fällen scheitert, obwohl ein gesteigertes Schutzbedürfnis besteht. Für das Strafrecht mag der Grundsatz, mittelbare Rechtsgutsverletzungen nur bei Vorsatz zuzurechnen, seine Berechtigung haben. Er entspricht dem Gedanken, dass in einem freiheitlich-demokratischen Gemeinwesen nicht jedes menschliche Fehlverhalten als strafwürdiges Handlungsunrecht gewertet werden darf; dass also Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Ausnahme bleiben muss und nur zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter eingesetzt werden sollte.<sup>1159</sup> Im auf Schadensausgleich ausgerichteten Zivilrecht setzt die Haftung dagegen regelmäßig bei fahrlässigem Handeln an (für das Immaterialgüterrecht: §

139 Abs. 2 PatG, § 14 Abs. 6 MarkenG, § 97 Abs. 2 UrhG). Der Unterlassungsanspruch ist sogar verschuldensunabhängig (§ 139 Abs. 1 PatG, § 14 Abs. 5 MarkenG, § 97 Abs. 1 UrhG). Damit birgt die strafrechtsakzessorische Auslegung von § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB die Gefahr von Wertungswidersprüchen.<sup>1160</sup> Teile der Literatur fordern daher eine eigenständige zivilrechtliche Begriffsbildung.<sup>1161</sup> Hauptanliegen dieser Ansichten ist es, die Teilnehmerhaftung in verschiedener Hinsicht auf fahrlässiges Handeln zu erstrecken.

### 1. Fahrlässige Mittäterschaft

Vielfach wird fahrlässige Mittäterschaft für möglich gehalten, wenn mehrere dieselbe Pflicht oder aufeinander ausgerichtete Pflichten verletzen („unvorsätzlichen Zusammenwirken“).<sup>1162</sup> Während nach einer älteren Ansicht das rein zufällige oder tatsächliche Zusammentreffen von Pflichtverletzungen für die Mittäterschaft ausreichen soll,<sup>1163</sup> wird neuerdings gefordert, dass sich die Handelnden der Korrelation ihrer Pflichten bewusst sind.<sup>1164</sup> Durch dieses Bewusstsein unterscheidet sich das gemeinschaftliche (fahrlässige) Handeln der Mittäter von den auch subjektiv völlig voneinander unabhängigen Tatbeiträgen mehrere Nebentäter.

In den relevanten Fällen des Immaterialgüterrechts treffen die Beteiligten aufeinander ausgerichtete Pflichten: Der unmittelbare Verletzer soll den Eingriff schlicht unterlassen (Erfolgsvermeidung), während der mittelbare Verletzer im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren dafür sorgen muss, dass sich die von ihm geschaffene Gefahrenlage nicht in einem unmittelbaren Eingriff verwirklicht (Gefahrvermeidung). Beide Pflichten sind auf den Schutz des Immaterialgüterrechts ausgerichtet.<sup>1165</sup> Als problematisch erweist sich die zusätzliche Bedingung der neueren Ansicht in Fällen, in denen die Vorfeldmaßnahme an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtet ist. Kennt der mittelbare Verletzer die unmittelbaren Verletzer nicht, ist er sich des (fahrlässigen) Zusammenwirkens nicht hinreichend konkret bewusst.

### 2. Beihilfe und Fahrlässigkeit

Für die Beihilfe ist zu differenzieren: Teile der Literatur und Rechtsprechung wollen auf den Vorsatz des Haupttäters verzichten, nicht aber auf den (doppelten) Gehilfenvorsatz. Fahrlässige Beihilfe im eigentlichen Sinne meint dagegen Fälle, in denen der Gehilfe hinsichtlich des eigenen Beitrags oder hinsichtlich des Taterfolgs lediglich fahrlässig handelt.

#### a. Verzicht auf den Vorsatz des unmittelbaren Verletzers

Das Problem der Teilnahme an einer objektiv rechtswidrigen Haupttat stellt sich nur, wenn nicht ohnehin die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft erfüllt sind. Wird der gutgläubige Vordermann von einem bösgläubigen Hintermann beherrscht, handelt es sich um die klassische Konstellation des „undolosen“ Werkzeugs.<sup>1166</sup> In diesem Sinne ordnete das OLG Hamburg in seiner Entscheidung „Kinderstühle“ die Betreiber von eBay als mittelbare Täter ein, soweit sich die unmittelbaren Anbieter gefälschter Ware der Rechtswidrigkeit ihres Handelns nicht bewusst waren.<sup>1167</sup> Praktisch dürfte es um Fälle gehen, in denen der Anbieter eines scheinbaren Originalprodukts fahrlässig nicht erkennt, dass es sich in Wahrheit um eine Fälschung handelt. An der Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts wurde bereits kritisiert, dass Ausführungen zur Tatherrschaft des Hintermanns fehlen, dass das Gericht stattdessen vom „Defekt“ des Vordermanns per se auf die Täterschaft des Hintermanns schloss (vgl. bereits S. 211). Ein Anwendungsbereich für vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässiger Haupttat bleibt also in Fällen, in denen der Hintermann den Irrtum des Vordermanns nicht aktiv hervorruft oder bewusst ausnutzt.

Im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht plädiert insbesondere *H. Köhler* dafür, den Unterlassungsanspruch wegen Beihilfe zu Rechtsverletzungen nicht davon abhängig zu machen, dass der unmittelbare Verletzer vorsätzlich handelt. Auf den Schadensersatzanspruch will er die strafrechtlichen Grundsätze weiterhin anwenden.<sup>1168</sup> Dem hat sich das OLG Brandenburg in einer Entscheidung zur wettbewerbsrechtlichen Verantwortlichkeit der Internetauktionsplattform eBay von 2006<sup>1169</sup> angeschlossen. Ausreichend sei „eine vorsätzliche Mitwirkung an der Verwirklichung des objektiven

Tatbestandes der Zuwiderhandlung durch einen anderen“.<sup>1170</sup>  
Entsprechende Ansichten zum allgemeinen Deliktsrecht unterscheiden nicht zwischen Schadensersatz- und Unterlassungshaftung.<sup>1171</sup>

#### b. Verzicht auf den Vorsatz des Gehilfen in Bezug auf die unmittelbare Verletzung

Nach einer Mindermeinung muss nicht einmal der Gehilfe vorsätzlich in Bezug auf die Haupttat handeln.<sup>1172</sup> Die reichsgerichtliche Rechtsprechung bediente sich vereinzelt der fahrlässigen Beihilfe als Instrument des Vorfeldschutzes gegen gefährliche Produkte, bevor sich die „besondere Beteiligungsform“ der mittelbaren Patentbenutzung etablierte.<sup>1173</sup> Im Fall „Aluminiumschweißung“ von 1920<sup>1174</sup> produzierte und lieferte der Beklagte ein Schweißpulver, mit dessen Hilfe seine Abnehmer ein patentiertes Verfahren zum autogenen Schweißen durchführen konnten. Der Gehilfe müsse den Verwendungszweck des gelieferten Mittels kennen, also vorsätzlich in Bezug auf die tatsächlichen Umstände liefern. Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit schränkte das Reichsgericht den subjektiven Tatbestand jedoch ein: „Um aber in subjektiver Hinsicht den Tatbestand der Beihilfe zur Patentverletzung zu erfüllen, muß noch hinzukommen, daß der Beklagte entweder wußte, daß das beabsichtigte Verfahren das Schutzrecht der Klägerin verletzte und ohne ihre Zustimmung geschah, oder daß er aus grober Fahrlässigkeit es unterließ, sich über diese Punkte Klarheit zu verschaffen.“<sup>1175</sup> In der Literatur erfuhr das Reichsgericht Kritik, da es sich von den gesetzlichen Vorgaben zur Beihilfe in § 49 StGB a.F., der eine wissentliche Hilfeleistung erfordere, entfernt habe.<sup>1176</sup> Die zivilrechtliche Modifikation der Gehilfenhaftung gab das Reichsgericht später zu Gunsten der besonderen Beteiligungsform der mittelbaren Patentbenutzung auf.<sup>1177</sup>

### 3. Stellungnahme

Die Stellungnahme zu den Vorschlägen, Täterschaft und Teilnahme im Zivilrecht auf verschiedene Konstellationen fahrlässigen Handelns zu erstrecken, muss an der Funktion des § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB ansetzen und greift den Ausführungen im folgenden Abschnitt vor (S. 238

ff.). Nach herrschender Meinung erstreckt § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB die deliktische Haftung auf Fälle nicht nachgewiesener Kausalität.<sup>1178</sup> Das Opfer mehrerer Schädiger befindet sich oft in einer Beweisnot, denn nach allgemeinen Regeln müsste es jedem Schädiger nachweisen, ob und inwieweit sein Tatbeitrag den Verletzungserfolg und den daraus folgenden Schaden verursacht hat. Aus dieser Beweisnot soll ihm § 830 BGB helfen. Mittäter, Anstifter und Gehilfen haften für „mögliche Kausalität“, der Entlastungsnachweis ist ihnen versperrt.<sup>1179</sup> § 830 BGB durchbricht auf diese Weise das Verursacherprinzip. Es liegt nahe, diese bedeutende Haftungserweiterung an strenge Voraussetzungen zu knüpfen. Der Verzicht auf Kausalität muss an anderer Stelle kompensiert werden. Daher beschränkt die herrschende Meinung § 830 BGB zu Recht auf Fälle der vorsätzlichen Beteiligung an vorsätzlichen Delikten. Kausalität wird durch erhöhtes Verschulden ersetzt.<sup>1180</sup> Gelingt dem Geschädigten der Kausalitätsnachweis, ist er ohnehin nicht auf § 830 BGB angewiesen, sondern kann gemäß § 823 Abs. 1 BGB oder sonstigen besonderen Deliktstatbeständen jeden in Anspruch nehmen, der zumindest fahrlässig zur Rechtsgutsverletzung beigetragen hat.

## D. Verhältnis zwischen Teilnehmer- und Störerhaftung

### I. Einführung

Die allgemeine Störerhaftung und die Haftung nach den Grundsätzen über Täterschaft und Teilnahme beruhen jeweils auf einem unterschiedlichen Verständnis von der Reichweite der immaterialgüterrechtlichen Tatbestände. Als Störer kommt jeder in Betracht, der die Rechtsverletzung *verursacht*, auch wenn er die dem Rechtsinhaber vorbehaltene Benutzungshandlung nicht eigenhändig vornimmt (Kausalitätstheorie). Erst in einem zweiten Schritt wird seine Haftung durch die Voraussetzung der Verkehrspflichtverletzung beschränkt (Verhaltensunrecht). Dagegen geht die Täter- und Teilnehmerhaftung davon aus, dass nur derjenige den Tatbestand einer Urheber-, Marken- oder Patentrechtsverletzung erfüllt, der die im Tatbestand beschriebene Benutzungshandlung *selbst durchführt*. Erst mit Hilfe der Regeln über Täterschaft und Teilnahme (§ 830 BGB) kann die Haftung auf im Vorfeld tätige Personen erweitert werden. Während die Täter- und Teilnehmerhaftung streng an die im Gesetz beschriebenen *Handlungen* anknüpft, genügt für die Störerhaftung im Ausgangspunkt jede Verursachung des *Verletzungserfolgs*.<sup>1181</sup> Zwar setzt auch die Störerhaftung im zweiten Schritt den Verstoß gegen ein Verhaltensverbot voraus, jedoch gehen die allgemeinen (meist ungeschriebenen) Verkehrspflichten weit über diejenigen Handlungen hinaus, die das besondere Immaterialgüterrecht dem Berechtigten vorbehält. Beispielsweise verbietet § 16 UrhG die Vervielfältigung eines geschützten Werkes. Dagegen enthält das Urheberrechtsgesetz keinen Verwertungstatbestand, der es dem Urheber vorbehalten würde, einen Sharehosting-Dienst zu betreiben, ohne die Inhalte seiner Plattform auf Rechtsverletzungen zu überwachen. Dieses Verbot folgt allein aus den ungeschriebenen Gefahrkontrollpflichten.

Da Störerhaftung und Täter- und Teilnehmerhaftung auf grundlegend verschiedener Tatbestandsauslegung beruhen, liegt es nahe, nach dem Verhältnis der beiden Haftungskonzepte zueinander zu fragen. Auf den ersten Blick schließen sich die erfolgsbezogene Interpretation der Störerhaftung und die handlungsbezogene Interpretation der Täter- und Teilnehmerhaftung gegenseitig aus. Trotzdem wendet die herrschende Meinung beide Haftungskonzepte nebeneinander an. Vorrangig prüft sie, ob der Vorfeldakteur nach den Grundsätzen über Täterschaft und Teilnahme haftet. In Betracht kommen dann Abwehr- und Schadensersatzansprüche. Sind die Voraussetzungen der Täter- und Teilnehmerhaftung nicht erfüllt, weil es etwa am hinreichend bestimmten Gehilfenvorsatz fehlt, greift sie auf die weitere Störerhaftung zurück, die immerhin Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche begründe. Die herrschende Meinung dürfte derart zu deuten sein, dass sie im Grundsatz eine handlungsbezogene Auslegung der immaterialgüterrechtlichen Tatbestände befürwortet und das Vorfeld nur über § 830 BGB einbeziehen möchte. Allein für die den mittelbaren Verletzer weniger belastende negatorische Haftung soll quasi über die gesetzlichen Tatbestände hinaus in Analogie zu § 1004 BGB eine erfolgsbezogene Betrachtung gelten, allerdings eingeschränkt durch das Merkmal der Verkehrspflichtverletzung.

Inzwischen haben Teile der Literatur<sup>1182</sup> erkannt, dass sich die im Immaterialgüterrecht befürwortete *handlungsbezogene* Haftung strukturell von der bürgerlich-rechtlichen Deliktshaftung (§ 823 Abs. 1 BGB) unterscheidet, denn die Tatbestände des § 823 Abs. 1 BGB sind nach ganz überwiegender Ansicht *erfolgsbezogen* auszulegen. Dieser Befund überrascht vor dem Hintergrund, dass die Immaterialgüterrechte ebenso wie die in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte absoluter Natur sind und deswegen zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zählen.<sup>1183</sup> Zunächst scheint viel dafür zu sprechen, dass dem allgemeinen und besonderen Deliktsrecht, zumindest soweit es um den Schutz absoluter Rechte geht, einheitliche Strukturen zu Grunde liegen.

Die nachfolgende Untersuchung wird zu dem Ergebnis kommen, dass richtigerweise auch die Tatbestände des Immaterialgüterrechts erfolgsbezogen auszulegen sind. Die Täter- und Teilnehmerhaftung sollte

aufgegeben werden. Gleichzeitig sollte die Störerhaftung von ihren terminologischen und historischen Wurzeln in § 1004 BGB abgetrennt werden, denn in ihrer aktuellen Ausgestaltung entspricht sie strukturell der allgemeinen deliktischen Haftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Das hat Konsequenzen auf Rechtsfolgenseite: Handelt der Störer nicht nur objektiv pflichtwidrig (Verkehrspflichtverletzung), sondern auch subjektiv fahrlässig und damit schuldhaft („innere“ Fahrlässigkeit), sollte er auch auf Schadensersatz haften.

Um einem terminologischen Missverständnis vorzubeugen: Das Begriffspaar erfolgsbezogene/handlungsbezogene Tatbestände deckt sich nicht mit dem Begriffspaar Erfolgsunrecht/Verhaltensunrecht. Der Bundesgerichtshof provoziert derartige Verwechslungen, indem er regelmäßig die immaterialgüterrechtlichen Fälle des „Erfolgsunrechts“ von den wettbewerbsrechtlichen Fällen des „Verhaltensunrechts“ abgrenzt.<sup>1184</sup> Die Lehren vom Erfolgs- und Verhaltensunrecht betreffen das *Unrechtsurteil*: Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht kann man allein vom Verletzungserfolg auf die Rechtswidrigkeit der ursächlichen Handlung schließen. Nach der Lehre vom Verhaltensunrecht muss der Verstoß gegen ein besonderes Verhaltensverbot hinzutreten. Die Frage, ob ein Tatbestand erfolgs- oder handlungsbezogen auszulegen ist, stellt sich dagegen auf der vorgelagerten Ebene des *Eingriffs*. Bei handlungsbezogener Auslegung greift nur derjenige in ein Recht ein, der die im Gesetz beschriebene Handlung selbst vornimmt. Bei erfolgsbezogener Auslegung genügt jeder mitursächliche Beitrag. Erfolgsbezogener Tatbestand und Verhaltensunrecht schließen sich nicht gegenseitig aus. Gerade wenn für den Eingriff jeder kausale Beitrag zur Rechtsverletzung genügt, stellt sich die Frage, ob dieser Beitrag per se oder nur bei gleichzeitigem Verstoß gegen ein Verhaltensverbot rechtswidrig ist.

### *I. Extensiver und restriktiver Täterbegriff*

Bei vordergründiger Lektüre lässt sich nicht ohne weiteres entscheiden, ob die immaterialgüterrechtlichen Tatbestände handlungs- oder erfolgsbezogen auszulegen sind. Einerseits handelt es sich um absolute, dem Sacheigentum strukturell verwandte Rechte. Andererseits lässt gerade der Wortlaut des Gesetzes eine handlungsbezogene Interpretation zu.<sup>1185</sup>

Während § 823 Abs. 1 BGB ohne nähere Erläuterung die Verletzung des Eigentums sanktioniert und § 903 BGB das Sacheigentum als im Grundsatz unbeschränkte Sachherrschaft beschreibt, ohne im Einzelnen aufzuzählen, welcher Umgang mit der Sache dem Eigentümer vorbehalten ist, definieren das Marken-, Patent- und Urheberrechtsgesetz den Schutzbereich der Immaterialgüterrechte von vornherein dadurch, dass sie Dritte von bestimmten, näher erläuterten Benutzungshandlungen ausschließen (vervielfältigen, verbreiten, ausstellen, aufführen, anbieten, einführen, herstellen, gebrauchen etc.).

Eng verwandt mit der Frage, ob ein Tatbestand erfolgs- oder handlungsbezogen ausgelegt werden sollte, ist der Streit über den richtigen Täterbegriff. Auch in diesem Streit geht es um die Reichweite des Tatbestands und den daraus folgenden Funktionen der Regeln über Täterschaft und Teilnahme. Die Diskussion über den richtigen Täterbegriff wurde überwiegend im Strafrecht geführt, ansatzweise auch im bürgerlichen Deliktsrecht. Durch den folgenden Exkurs soll die theoretische Grundlage für den Streitentscheid im Immaterialgüterrecht gelegt werden.

## 1. Strafrecht

Straftatbestände können extensiv oder restriktiv ausgelegt werden.<sup>1186</sup> Nach der restriktiven Auslegung erfüllt nur derjenige den Tatbestand, der eine bestimmte Handlung selbst vornimmt. Dagegen erfüllt nach extensiver Auslegung jeder den Tatbestand, der einen bestimmten Erfolg verursacht. Am Beispiel des Tatbestands von § 212 StGB („Wer einen Menschen tötet [...]“): Nach restriktiver Auslegung erfüllt nur derjenige den objektiven Tatbestand des Totschlags, der eigenhändig eine „Tötungshandlung“ vornimmt. Es wäre dann zu definieren, was eine Tötungshandlung ausmacht. Bei extensiver Auslegung erfüllt jeder den Tatbestand, der den Tod eines anderen Menschen verursacht. Die Tathandlung muss über die Erfolgskausalität hinaus keine weiteren Merkmale erfüllen.

Je nachdem, ob man Straftatbestände extensiv oder restriktiv auslegt, kommen den Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme (§§ 25 ff.

StGB) unterschiedliche Funktionen zu. Entsprechend haben sich die Begriffe „extensiver Täterbegriff“ und „restriktiver Täterbegriff“ eingebürgert.<sup>1187</sup> Die Terminologie ist insoweit unpräzise, als sie das Augenmerk von der Tatbestandsauslegung auf die Frage ablenkt, wer Täter oder Teilnehmer ist. Allerdings sind die Regeln über Täterschaft und Teilnahme Teil der Lehre vom Tatbestand.<sup>1188</sup> Als allgemeine Kategorien modifizieren und präzisieren sie die Reichweite der besonderen Tatbestände.

#### a. Funktion von Täterschaft und Teilnahme bei restriktiver Tatbestandsauslegung

Legt man den Tatbestand restriktiv aus, kommt den Kategorien der Täterschaft und Teilnahme teils eine *deklaratorische*, teils eine *haftungserweiternde* Funktion zu. Inwieweit sie die Grenzen des Tatbestands lediglich klarstellen und inwieweit sie seine Grenzen ausdehnen, hängt davon ab, wie eng man den Tatbestand auslegt.

Nach der formal-objektiven Theorie erfüllt den Tatbestand nur derjenige, der eine bestimmte Handlung eigenhändig vornimmt.<sup>1189</sup> Das „wer“, womit viele Strafgesetze ihr Tatsubjekt bezeichnen („wer wegnimmt“, „wer tötet“), bezeichnet allein die Person, die den Tatbestand selbst, unmittelbar und vollständig erfüllt.<sup>1190</sup> Deklaratorische Bedeutung hat dementsprechend nur die Kategorie der unmittelbaren Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Var. 1 StGB), denn sie wiederholt, was sich ohnehin schon aus dem besonderen Tatbestand ergibt.<sup>1191</sup> Haftungserweiternd wirken dagegen die Regeln über die mittelbare Täterschaft, die Mittäterschaft und die Teilnahme (§ 25 Abs. 1 Var. 2 und Abs. 2 StGB, §§ 26, 27 StGB).<sup>1192</sup> Man kann sie als Zurechnungsregeln bezeichnen, da sie ein Verhalten, das den Tatbestand unmittelbar erfüllt, anderen Personen wie eigenes zurechnen.<sup>1193</sup>

Weniger eng ist der Tatbestand nach der materiell-objektiven Theorie auszulegen.<sup>1194</sup> Die tatbestandsmäßige Handlung kann danach nicht nur eigenhändig, sondern auch durch den Einsatz „menschlicher Werkzeuge“ (mittelbare Täterschaft) oder in Arbeitsteilung mit anderen (Mittäterschaft) vorgenommen werden.<sup>1195</sup> Allgemeine Regeln über die unmittelbare,

mittelbare oder Mittäterschaft (§ 25 StGB) stellen die Grenzen des besonderen Tatbestands lediglich klar.<sup>1196</sup> Ihre Existenz rechtfertigt sich aus dem farblosen Wortlaut vieler besonderer Tatbestände. Formulierungen wie „wer tötet“ oder „wer wegnimmt“ lassen nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, welche Handlungen noch als Tötungshandlungen oder Wegnahmehandlungen gelten. Die allgemeinen Regeln über die Täterschaft präzisieren: Tatbestandsmäßig ist jede täterschaftliche Erfolgsverursachung, sei es auch nur in mittelbarer oder Mittäterschaft. Dagegen dehnen die Regeln über die Teilnahme (§§ 26, 27 StGB) auch nach der materiell-objektiven Theorie die Grenzen des Tatbestands aus.<sup>1197</sup>

#### b. Funktion von Täterschaft und Teilnahme bei extensiver Tatbestandsauslegung

Extensive Tatbestandsauslegung führt zu einer Kausalhaftung. Jeder Verursacher erfüllt den Tatbestand unabhängig vom Gewicht seines Tatbeitrags. Auch Anstifter und Gehilfen unterfallen dem extensiven Täterbegriff. Im Strafrecht enthalten die allgemeinen Regeln über Teilnahme (§§ 26, 27 StGB) und den Versuch der Beteiligung (§ 30 StGB) gesetzliche Einschränkungen der an sich allumfassenden Täterschaft. Sie wirken *haftungsbegrenzend*, indem sie die Strafbarkeit des Anstifters oder Gehilfen von einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat abhängig machen (Akzessorietät), für die Beihilfe eine obligatorische Strafmilderung anordnen (§ 27 Abs. 2 S. 2 StGB) und die Strafbarkeit wegen versuchter Teilnahme auf die versuchte Anstiftung zu Verbrechen beschränken (§ 30 Abs. 1 StGB).<sup>1198</sup> Der extensive Täterbegriff ist gleichzeitig ein sekundärer Täterbegriff: Täterschaft wird nicht primär, sondern durch eine Subtraktion der Teilnahme bestimmt.<sup>1199</sup> In den Worten des Bundesgerichtshofs von 1952: „Wer den Erfolg des gesetzlichen Tatbestands verursacht, ist Täter, soweit nicht besondere Vorschriften oder die Eigenart des Tatbestands entgegenstehen. Das gilt auch, wenn er den Erfolg durch das Handeln eines anderen herbeiführt, es sei denn, daß die Merkmale der Anstiftung oder Beihilfe gegeben wären.“<sup>1200</sup> Zwischen Täterschaft und Teilnahme gibt es keinen straffreien Raum.

## 2. Allgemeines Deliktsrecht

Ebenso wie Straftatbestände lassen sich die zivilrechtlichen Deliktstatbestände restriktiv oder extensiv auslegen. Am Beispiel des Eigentumsrechts: Nach restriktiver Auslegung des § 823 Abs. 1 BGB würde nur derjenige den Tatbestand erfüllen, der eine spezifisch eigentumsverletzende Handlung selbst vornimmt. Erneut müsste man näher definieren, wodurch sich eine spezifisch eigentumsverletzende Handlung gegenüber sonstigen kausalen Mitwirkungshandlungen auszeichnet. Beispielsweise könnte man den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB auf *unmittelbare* Eigentumsbeeinträchtigungen beschränken. Nach extensiver Auslegung würde dagegen jeder den Tatbestand erfüllen, der die Eigentumsverletzung (mit)verursacht, auch im Fall bloß mittelbarer Ursachen.

Von der Wahl der Auslegungsmethode hängen auch im Zivilrecht die Funktionen von Täterschaft und Teilnahme (§ 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB) ab. Bei restriktiver Auslegung erweitert § 830 BGB die Haftung auf Mittäter, Anstifter und Gehilfen. Schwieriger ist die Funktion des § 830 BGB auf Grundlage eines extensiven Täterbegriffs zu bestimmen. Anders als im Strafrecht können die Regeln über die Teilnahme (§ 830 Abs. 2 BGB) keine haftungsbegrenzende Wirkung entfalten, da Anstifter und Gehilfen den Mittätern gleichgestellt sind. Einzelne Autoren gestehen § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB rein klarstellende Wirkung zu.<sup>1201</sup> G. Brambring sieht eine eigenständige Funktion der Norm auf haftungsausfüllender Seite: Mittäter und Teilnehmer müssten stets für den gesamten Schaden aufkommen, auch wenn sie nur einen Teil davon verursacht hätten.<sup>1202</sup> Das ergibt sich jedoch bereits aus § 840 Abs. 1 BGB.<sup>1203</sup> Nach herrschender Meinung sollen die zivilrechtlichen Regeln über Täterschaft und Teilnahme dem Geschädigten aus seiner typischen Beweisnot helfen, die sich daraus ergebe, dass der Geschädigte nach allgemeinen Regeln jedem Schädiger nachweisen müsse, ob und inwiefern er Verletzung und Schaden mitverursacht habe.<sup>1204</sup> Innerhalb der herrschenden Meinung lassen sich zwei Ansätze unterscheiden.

Ein großer Teil der Literatur versteht § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB als *Beweislastumkehr*.<sup>1205</sup> Der Geschädigte müsse entgegen allgemeinen

Beweisregeln nur nachweisen, dass mindestens einer der Beteiligten ursächlich geworden sei. Gegen sämtliche Beteiligte bestehe dann ein Kausalitätsverdacht, sie hafteten solidarisch (§ 840 Abs. 1 BGB) für mögliche Kausalität. Allerdings stehe dem einzelnen Beteiligten der Entlastungsbeweis dahin offen, dass gerade sein Beitrag keine Ursache für die Rechtsverletzung gesetzt habe. Die Beweiserleichterung rechtfertige sich durch den besonderen Schuldvorwurf, den die Rechtsordnung gegen Personen richte, die gemeinsam ein unerlaubtes Ziel verfolgten,<sup>1206</sup> und die besondere Beweisnot, in der sich der von mehreren Geschädigte typischerweise befinde.<sup>1207</sup>

Nach der Rechtsprechung und herrschenden Lehre durchbricht § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB das Verursacherprinzip. Die Regeln über Täterschaft und Teilnahme seien nicht bloß Beweis-, sondern Zurechnungsregeln, wirkten *haftungsbegründend*.<sup>1208</sup> Sei die Gesamttat für die Rechtsverletzung ursächlich, hafteten alle Mittäter und Teilnehmer unabhängig davon, ob sich gerade ihr Tatbeitrag im Erfolg widerspiegele. Der Entlastungsbeweis stehe den Beteiligten nicht offen. Durch die strengen subjektiven Anforderungen an Täterschaft und Teilnahme werde die Abweichung vom Verursacherprinzip kompensiert. Kausalität werde durch Verschulden ersetzt (vgl. bereits S. 232).<sup>1209</sup>

§ 830 Abs. 2 BGB erfüllt eine zusätzliche haftungserweiternde Funktion bei Sonderdelikten, denn als Teilnehmer am Sonderdelikt kann auch jemand in Anspruch genommen werden, der die besondere persönliche Eigenschaft (ein besonderes Amt, besondere Berufs- oder Standeszugehörigkeit) nicht in eigener Person aufweist.<sup>1210</sup>

### 3. Streitentscheid

#### a. Strafrecht: restriktiver Täterbegriff

Während die Strafrechtswissenschaft in den 1930er Jahren heftig über den richtigen Täterbegriff stritt,<sup>1211</sup> liegt dem geltenden StGB nach allgemeiner Meinung ein restriktiver Täterbegriff zu Grunde.<sup>1212</sup> Der extensive Täterbegriff versage bei eigenhändigen und Sonderdelikten, deren Tatbestände nicht jeder Erfolgsverursacher erfülle. Entscheidendes

Argument gegen den extensiven Täterbegriff ist die Garantiefunktion der Straftatbestände. Sie grenzen einzelne Strafzonen vom straflosen Bereich in einer für den Bürger erkennbaren Weise ab<sup>1213</sup> und bilden dadurch „Bollwerke der Rechtssicherheit“.<sup>1214</sup> Gemäß Art. 103 Abs. 2 GG darf eine Tat nur bestraft werden, wenn ihre Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor sie begangen wurde („nullum crimen/nulla poena sine lege“). Die Verfassung stellt an die Bestimmtheit von Straftatbeständen strenge Anforderungen:<sup>1215</sup> Jeder soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.<sup>1216</sup> Die rechtsstaatlichen Vorgaben von Art. 103 Abs. 2 GG würden nicht gewahrt, legte man Straftatbestände im Sinne reiner Erfolgsverursachung aus.<sup>1217</sup> Es entspricht seinem fragmentarischen Charakter, wenn das Strafrecht nicht jeglichen Eingriff in ein Rechtsgut erfasst, sondern sich auf bestimmte Angriffsarten konzentriert, die ein spezifisches Handlungsunrecht verkörpern. Eine Ausnahme vom restriktiven Täterbegriff bilden die Fahrlässigkeitsdelikte (§ 15 StGB). Hier gilt nach herrschender Meinung ein Einheitstätersystem, das allein die extensive Auslegung der Straftatbestände zulässt (näher S. 244).

#### b. Allgemeines Deliktsrecht: extensiver Täterbegriff

Umgekehrt stellt sich das Meinungsbild im allgemeinen Deliktsrecht dar. Allein *M. Fraenkel* plädiert für restriktive Tatbestandsauslegung.<sup>1218</sup> Die übrige Literatur<sup>1219</sup> respektiert seine theoretische Leistung, lehnt seine Schlussfolgerungen jedoch einhellig ab.

##### aa. Die Ansicht M. Fraenkels

*M. Fraenkel* sieht den maßgeblichen Anknüpfungspunkt deliktischer Haftung nicht im Schaden, sondern in der widerrechtlichen Handlung.<sup>1220</sup> Widerrechtlich sei ein Verhalten, wenn es „als solches“, also unabhängig davon, ob es zu einem Schaden führe, von der Rechtsordnung verboten sei.<sup>1221</sup> Die Tatbestände in § 823 Abs. 1 BGB verbieten nach *M. Fraenkel* „jede Handlung, durch deren Vornahme der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges in einer Weise bedingt ist, daß er eintreten kann, ohne daß noch irgendeine weitere Handlung vorgenommen werden

muss“.<sup>1222</sup> Damit korrespondiert ein restriktiver Täterbegriff: Den Tatbestand erfüllt nur der unmittelbare Täter. Von der Tatbestandsfrage unterscheidet *M. Fraenkel* die Frage, wem das tatbestandsmäßige Verhalten zugerechnet werden kann.<sup>1223</sup> Die Zurechnungsfrage beantwortet er mit Hilfe der „herkömmlichen dogmatischen Kategorien“ der Mittäterschaft, mittelbaren Täterschaft, Nebentäterschaft und Teilnahme.<sup>1224</sup> § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB kommt in seinem Konzept eine haftungserweiternde Funktion zu. Mit seinem restriktiven System stellt sich *M. Fraenkel* der herrschenden Lehre entgegen, die seiner Ansicht nach § 823 Abs. 1 BGB als umfassendes „Erfolgsverursachungsverbot“ versteht,<sup>1225</sup> mit anderen Worten: einen extensiven Täterbegriff zu Grunde legt.<sup>1226</sup> Danach müsse es an sich nur noch verbotene Handlungen geben, „weil sich nicht eine Handlung benennen läßt, die völlig ungefährlich ist, die nicht irgendwann und auf irgendeine Weise zur Bedingung eines tatbestandsmäßigen Erfolges werden kann“.<sup>1227</sup> Um dem Einzelnen überhaupt einen Spielraum erlaubten Verhaltens zu eröffnen, müsse die herrschende Meinung die Haftungsbegründung generell unter den Vorbehalt einer im Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung stellen.

Den Vorteil seines Konzepts sieht *M. Fraenkel* darin, dass es den beiden rechtspolitischen Zwecken des Deliktsrechts in gesteigertem Maße gerecht werde: der Garantie eines umfassenden Bestandsschutzes einerseits und der Sicherung eines freien Verhaltensspielraums jedes einzelnen andererseits.<sup>1228</sup> Hinsichtlich des Freiheitsschutzes sei das offensichtlich: Durch die restriktive Interpretation des Tatbestandes würden die Grenzen der allgemeinen Handlungsfreiheit in Übereinstimmung mit dem gesetzlich festgelegten Inhalt der subjektiven Rechte klar abgesteckt.<sup>1229</sup> Aber auch umfassender Bestandsschutz werde gewährleistet: Anders als nach herrschender Meinung stünden sich Freiheitsschutz und Bestandsschutz nicht als gegenläufige Interessen gegenüber, die es im Einzelfall gegeneinander abzuwägen gelte. Der Bestandsschutz diene vielmehr dem Freiheitsschutz. Subjektive Rechte würden nicht um ihrer selbst willen geschützt, sondern nur als Voraussetzung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit.<sup>1230</sup> Rechtsgüter und Rechte allein könnten jedoch keinen gesicherten Rechtskreis umschreiben, solange ungewiss

bleibe, welche Handlungen der einzelne unter Einsatz seiner Güter vornehmen dürfe. Werde die Rechtsausübung durch ein umfassendes Erfolgsverursachungsverbot mit unkalkulierbaren Haftungsrisiken belastet, verliere der formelle Bestandsschutz seinen Sinn.<sup>1231</sup> Seine teleologischen Erwägungen ergänzt *M. Fraenkel* durch eine ausführliche historische Untersuchung, in der er nachzuweisen versucht, dass die Verfasser des BGB die §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 in bewusster Abkehr vom gemeinrechtlichen Erfolgsverursachungsverbot formulierten:<sup>1232</sup> „Aus dem Zusammenhang und insbesondere der Entstehungsgeschichte der Regelungen des § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB und des § 831 BGB ergibt sich daher eindeutig, daß der extensive Täterbegriff für das zivile Deliktsrecht keine Gültigkeit hat. Vielmehr werden auf der Grundlage des restriktiven Täterbegriffs die an derselben Handlung Beteiligten gem. § 830 Abs. 1 S. 1 Abs. 2 BGB lediglich als Einheitstäter behandelt.“<sup>1233</sup>

#### bb. Stellungnahme

Zu Recht versucht *M. Fraenkel*, den richtigen Täterbegriff aus den Zwecken des Deliktsrechts herzuleiten. Allerdings fasst er die Zwecke des Deliktsrechts zu eng. Er grenzt sie nicht deutlich genug von den Zwecken des Strafrechts ab.<sup>1234</sup> Freiheits- und Bestandsschutz mögen zwei wichtige Aufgaben des Deliktsrechts sein. Auch das Strafrecht dient einerseits dem Rechtsgüterschutz.<sup>1235</sup> Sein fragmentarischer Charakter und seine Funktion als ultima ratio staatlichen Eingreifens sind andererseits der verfassungsrechtlich vorgegebenen Handlungsfreiheit geschuldet.<sup>1236</sup> Das gemeinsame Ziel von zivilem Delikts- und öffentlichem Strafrecht, „die Sicherung der allgemeinen Lebensordnung und der durch sie abgegrenzten Interessen“, entspricht dem gemeinsamen Ursprung beider Rechtsgebiete im Privatdelikt.<sup>1237</sup> Allerdings haben sich Delikts- und Strafrecht auseinanderentwickelt<sup>1238</sup>. Aufgabe des modernen Deliktsrechts ist primär „die Verteilung von Kosten und Risiken sozialen Verhaltens (Handlungen und Unterlassungen) zwischen den Mitgliedern einer Gesellschaft“.<sup>1239</sup> Die Idee eines personalistischen Deliktsrechts passt nicht zu einer Gesellschaft, die durch technische Risiken, Unternehmen und Versicherungen geprägt ist.<sup>1240</sup> Während die öffentliche Strafe begangenes

Unrecht sühnen, eine persönliche Schuld ahnden soll, <sup>1241</sup> spielt für die gerechte Verteilung des Schadensrisikos auch die Frage eine Rolle, wer den Schaden am besten ausgleichen kann, wer etwa besonders leistungsfähig ist oder wer sich leicht versichern kann.<sup>1242</sup> Anders als das Strafrecht konzentriert sich das Deliktsrecht auf den Geschädigten. Um die Kompensation seines Schadens nicht zu gefährden, sollte der Kreis potentieller Schuldner im Ansatz möglichst weit gezogen werden. Diesem Ziel wird allein der extensive Täterbegriff gerecht, der zunächst alle Personen einbezieht, die kausal zur Rechtsverletzung beigetragen haben.

Von der strafrechtlichen Sanktion unterscheidet sich die zivilrechtliche Sanktion dadurch, dass sie vielfach auf andere übergewälzt werden kann. Die Schädiger haften nur im Außenverhältnis solidarisch (§ 840 Abs. 1 BGB). Die solidarische Außenhaftung garantiert, dass der Geschädigte gegen den leistungsfähigsten Schuldner vorgehen kann. Im Innenverhältnis kann der in Anspruch genommene Schädiger nach dem Gewicht seines Tatbeitrags, gegebenenfalls sogar vollständig bei den anderen Beteiligten Regress nehmen (§ 426 BGB). Vor dem Hintergrund der Regressmöglichkeit erscheint es nicht unverhältnismäßig, nach außen zunächst alle kausal Beteiligten in die Haftung zu nehmen (extensiver Täterbegriff). Der vom Geschädigten in Anspruch Genommene soll nicht endgültig den gesamten Schaden tragen, ihn trifft lediglich das Rückgriffsrisiko. Insbesondere muss er notfalls gerichtlich die Gewichtung der Tatbeiträge klären lassen und trägt das Risiko der Insolvenz der anderen Beteiligten.

Zweitens wird das Deliktsrecht zu einem großen Teil durch private und soziale Versicherungen überlagert.<sup>1243</sup> Auch der Schädiger, der keinen Regress bei anderen Beteiligten nehmen kann, muss für den Schaden meist nicht selbst eintreten. Über Versicherungsbeiträge werden die Kosten der Wiedergutmachung auf die Masse der Versicherten, oft gar auf die Allgemeinheit der Steuerzahler verteilt.<sup>1244</sup> Persönlich spürt der Schädiger die Sanktion höchstens über das Ansteigen seiner Prämie oder den Wegfall eines Bonus.<sup>1245</sup> Zwar könnte man argumentieren, dass immerhin der Versicherung daran gelegen sei, nur für Schäden aufzukommen, an denen ihr Versicherter eine persönliche Schuld trage. Andererseits haben Vorsorgeträger und Haftpflichtversicherer zahlreiche

Schadensteilungsabkommen abgeschlossen, die eine Abrechnung nach Durchschnittssätzen vorsehen.<sup>1246</sup> Extensive Tatbestandsauslegung fügt sich so in ein System ein, das den Schaden nicht einzelnen Personen zuweist, sondern breit in der Gesellschaft streut.

Die öffentliche Strafe dagegen trifft ihren Adressaten höchstpersönlich. Sie kann nicht auf andere Beteiligte, die möglicherweise mehr zur Tat beigetragen haben, übergewälzt werden. Außen- und Innenverhältnis sind nicht zu unterscheiden. Niemand kann sich gegen eine öffentliche Strafe versichern. Das Strafrecht muss daher früher selektieren als das Zivilrecht und den Kreis potentieller „Strafschuldner“ von vornherein enger ziehen. Ist der Tatbestand erfüllt, kann man nur noch über den Strafraum differenzieren. Das Verfassungsrecht reagiert auf die Schärfe der strafrechtlichen Sanktion mit Art. 103 Abs. 2 GG und seinen strengen Anforderungen an die Bestimmtheit von Straftatbeständen: Wem eine höchstpersönliche Strafe droht, der muss genau wissen, welche Handlungen er zu unterlassen hat. Wessen Versicherung die Sanktion auffängt, der hat kein gleichrangiges Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Die Überlegungen, die im Strafrecht für den restriktiven Täterbegriff sprechen (S. 240), gelten nicht für das Zivilrecht. Ob extensive Tatbestandsauslegung den Vorstellungen der Verfasser des BGB entsprach, mag dahinstehen. Während *H. Mertens*<sup>1247</sup> sich der historischen Analyse von *M. Fraenkel* anschließt, unterbreiten *G. Wagner*<sup>1248</sup> und *B. Gsell*<sup>1249</sup> ausführliche Gegenpositionen.

## *II. Exkurs: Einheitstätersystem*

Als Gegenmodell zum dualistischen System des deutschen Strafgesetzbuches, das zwischen Tätern und Teilnehmern unterscheidet, ist das Einheitstätersystem entworfen worden.<sup>1250</sup> Danach ist Täter jeder, der einen zurechenbaren Beitrag zur Tatbestandsverwirklichung geleistet hat, unabhängig vom sachlichen Gewicht seines Beitrages.<sup>1251</sup> In dieser Hinsicht entspricht das Einheitstätersystem dem extensiven Täterbegriff.<sup>1252</sup> Anders als gegebenenfalls der extensive Täterbegriff kennt es jedoch keine Teilnehmer. Es sieht für jeden Beteiligten einen einheitlichen Strafraum vor.<sup>1253</sup> Das Gewicht der einzelnen Tatbeiträge

wird erst auf Ebene der Strafzumessung entsprechend der individuellen Schuld des Beteiligten berücksichtigt. Auf dem extensiven Täterbegriff kann dagegen auch ein dualistisches System aufbauen. Die Regeln über die Teilnahme sind dann besondere Strafeinschränkungsgründe. Man kann sagen: Das Einheitstätersystem setzt zwingend einen extensiven Täterbegriff voraus, der extensive Täterbegriff führt aber nicht zwangsweise zu einem Einheitstätersystem.<sup>1254</sup> Diesen Zusammenhang verkennt *M. Fraenkel*, wenn er vertritt, § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB behandle die an derselben Handlung Beteiligten auf der Grundlage des restriktiven Täterbegriffs als Einheitstäter.<sup>1255</sup>

Ob dem zivilen Deliktsrecht ein Einheitstätersystem zu Grunde liegt, ist schwer zu beurteilen, entsprechende Aussagen finden sich gelegentlich in der Literatur.<sup>1256</sup> Einerseits unterscheidet § 830 BGB begrifflich zwischen Mittätern und Teilnehmern, andererseits stellt § 830 Abs. 2 BGB Teilnehmer den Mittätern gleich. Für das Einheitstätersystem spricht folgender Zusammenhang: Das Strafrecht trennt zwischen Vorsatzdelikten (restriktiver dualer Täterbegriff) und Fahrlässigkeitsdelikten (extensiver Einheitstätersystembegriff). Fahrlässigkeitstäter sei jeder, der den Erfolg pflichtwidrig herbeiführe.<sup>1257</sup> Da im Strafrecht die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Ausnahme bildet (§ 15 StGB), bleibt dem extensiven Einheitstätersystem ein eher geringer Anwendungsbereich. Im Zivilrecht gilt dagegen der Grundsatz der Fahrlässigkeitshaftung. Abgesehen von wenigen Ausnahmen (z.B. § 826 BGB) schuldet bereits der fahrlässige Verletzer Schadensersatz (für das Immaterialgüterrecht: § 14 Abs. 6 MarkenG, § 139 Abs. 2 PatG, § 97 Abs. 2 UrhG). Überträgt man die Erkenntnisse der Strafrechtswissenschaft, baut das zivile Deliktsrecht auf einem Einheitstätersystem auf, das ohnehin nur die extensive Auslegung der Tatbestände zulässt.

### *III. Konsequenzen für das Immaterialgüterrecht*

#### 1. Überblick

Mit der ganz herrschenden Meinung sind die Tatbestände des allgemeinen Deliktsrechts extensiv auszulegen. Es handelt sich um erfolgsbezogene

Tatbestände, die zunächst jede kausale Mitwirkung an der Rechtsverletzung erfassen. Erst in einem zweiten Schritt, nämlich durch die ungeschriebene Voraussetzung der Verkehrspflichtverletzung wird die Haftung für entfernte Tatbeiträge, namentlich für mittelbare Rechtsverletzungen beschränkt (Verhaltensunrecht). Es liegt nahe, die Tatbestände des Immaterialgüterrechts entsprechend auszulegen. Die Argumente, die im allgemeinen Deliktsrecht für den extensiven Täterbegriff vorgebracht werden, gelten in gleicher Weise für das Immaterialgüterrecht. Auch hier geht es nicht um persönliche Bestrafung, sondern um Schadensausgleich und effiziente Verteilung von Beweis- und Insolvenzrisiken. Im Immaterialgüterrecht hat der Verletzte sogar ein besonderes Bedürfnis, auf Hintermänner zuzugreifen, die den unmittelbaren Eingriff nicht selbst vornehmen. Mittelbare Verletzer beherrschen als Betreiber gefährlicher Plattformen oder Lieferanten gefährlicher Produkte Schaltstellen, über die sie unzählige Rechtsverletzungen verhindern können (S. 24 ff.). Die besondere Interessenlage spricht dafür, gerade im Immaterialgüterrecht den Kreis potentieller Anspruchsgegner weit zu ziehen. Das ist nur auf Grundlage des extensiven Täterbegriffs möglich. Ebenso lässt sich die Überlegung übertragen, oft gleiche nicht der Schädiger, sondern seine Versicherung den Schaden aus. Beispielsweise decken viele IT-Haftpflichtversicherungen Urheberrechtsverletzungen ab.

Dagegen legt die herrschende Meinung die immaterialgüterrechtlichen Tatbestände handlungsbezogen aus und folgt dem restriktiven Täterbegriff. Der BGH betonte in seiner Entscheidung „Sommer unseres Lebens“: „Für eine täterschaftliche begangene Urheberrechtsverletzung“ müssten die Merkmale „eines der handlungsbezogenen Verletzungstatbestände des Urheberrechts erfüllt sein“.<sup>1258</sup> Als Erläuterung dieser Rechtsprechung kann man die Ausführungen *J. Bornkamms* auf der Tagung der deutschen Richterakademie im September 2008 verstehen.<sup>1259</sup> *J. Bornkamm* ist Vorsitzender des I. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes, aus dessen Feder die Entscheidungen „Internetversteigerung I-III“, „Cybersky“, „Sommer unseres Lebens“ sowie „Kinderhochstühle im Internet“ stammen. Nach Ansicht *J. Bornkamms* kommt im allgemeinen Deliktsrecht der Störer eines absolut geschützten Gutes (Eigentum, Leben, Gesundheit) immer auch als Täter in Betracht. „Für die Unterlassungshaftung reicht ja bereits

der adäquat kausale Beitrag zur Beeinträchtigung, weil für jedermann der Grundsatz des *neminem laedere* gilt. Anders ist es bei den Immaterialgüterrechten. Hier kommt als Täter nur in Betracht, wer ganz bestimmte Handlungen in Bezug auf das Patent, auf die Marke oder das Urheberrecht vornimmt. Was eine Benutzung einer Marke im Sinne von § 14 Abs. 2 MarkenG ist, lässt sich § 14 Abs. 3 und 4 MarkenG entnehmen [...]. Andere, die einen Beitrag zur Markenverletzung eines Täters leisten, können deliktsrechtlich als Gehilfen oder Anstifter haften, was jedoch nach ständiger Rechtsprechung ein vorsätzliches Handeln jedenfalls seitens des Teilnehmers voraussetzt.“

Ähnlich differenziert *M. Grosch* für das Patentrecht: „Im Gegensatz zum Sacheigentum (§ 903 BGB) zeichnet sich das Patent als gewerbliches Schutzrecht dadurch aus, dass dem Patentinhaber nicht ein allgemeines ‚Eigentumsrecht‘ an einer durch das Patent geschützten Erfindung zugewiesen wird (und damit die haftungsbegründenden Handlungen über den Erfolg der Eigentumsverletzung definiert werden); vielmehr sind dem Patentinhaber nur bestimmte, gesetzlich definierte Handlungen ausschließlich zugewiesen (§ 9 PatG).“<sup>1260</sup> Ebenso *G. Rauh*: „Anders als beispielsweise die Eigentumsverletzung, die in § 823 BGB geregelt ist, knüpft die Regelung des § 9 PatG also nicht an einen Verletzungserfolg an, sondern an eine konkrete Verletzungshandlung. Nur wer das Patent, ohne berechtigt zu sein, wie in § 9 S. 2 PatG beschrieben benutzt, verletzt das Patent.“<sup>1261</sup>

## 2. Strukturelle Unterschiede?

Die Befürworter der handlungsbezogenen Interpretation der immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestände berufen sich in erster Linie auf den Wortlaut des Gesetzes.<sup>1262</sup> Tatsächlich umschreibt § 823 Abs. 1 BGB abstrakte Erfolge (Körperverletzung, Eigentumsverletzung), während das Marken-, Patent- und Urheberrecht dem Rechtsinhaber stets nur konkrete Handlungen vorbehält. Fraglich ist, ob der abweichende Wortlaut einem strukturellen Unterschied geschuldet ist. Hier gilt es, sich auf allgemeine Grundsätze zu besinnen: Auch das bürgerliche Deliktsrecht richtet sich in der Sache gegen Handlungen, nicht gegen abstrakte Erfolge. „Gebieten und verbieten kann die Rechtsordnung nur ein bestimmtes

Verhalten, nicht bestimmte Erfolge, die sich dann unter Umständen unabhängig von der Einwirkungsmöglichkeit des Handelnden verwirklichen.“<sup>1263</sup> Nicht umsonst trägt Titel 27 des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 823 ff. BGB) die amtliche Überschrift „Unerlaubte Handlungen“. Auch ein Tatbestand, der sich mit der Beschreibung eines Erfolgs begnügt, kann nur durch eine Handlung erfüllt werden. Indem der Gesetzgeber einen Erfolg beschreibt, kennzeichnet er mittelbar die unerlaubten Handlungen.

Die Tatbestände des allgemeinen Deliktsrechts und des Immaterialgüterrechts unterscheiden sich lediglich in ihrem Abstraktionsgrad. § 823 Abs. 1 BGB formuliert sehr abstrakt: „Wer Leben, Körper, Eigentum verletzt“ und lässt offen, welche Handlungen in der Lebenswirklichkeit die entsprechenden Rechte und Rechtsgüter beeinträchtigen. Den Inhalt des Eigentumsrechts definiert der Gesetzgeber immerhin in § 903 BGB. Da der Eigentümer andere von „jeder Einwirkung“ ausschließen kann, trägt § 903 BGB jedoch nicht viel dazu bei, den hohen Abstraktionsgrad von § 823 Abs. 1 BGB herabzusenken. Im Immaterialgüterrecht beschreibt der Gesetzgeber die Einwirkungen, von denen der Rechtsinhaber andere ausschließen kann, detaillierter (§ 9 PatG, § 14 Abs. 3 MarkenG, §§ 15 ff. UrhG). Die Tatbestände werden dadurch konkreter, aber auch enger.

Warum hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, in § 823 Abs. 1 BGB abstrakte Erfolge, im Immaterialgüterrecht dagegen konkrete Verhaltensweisen zu umschreiben? Erstens hat die Gesellschaft bestimmte vorrechtliche Vorstellungen über Leben, körperliche Unversehrtheit oder Freiheit. Sie ist daher in der Lage, von abstrakten Erfolgsbeschreibungen auf konkrete Handlungen zu schließen, die in die entsprechenden Rechtsgüter eingreifen. Erfindungen, Kennzeichen oder Werke sind geistige Güter. Sie entziehen sich der Vorstellungskraft vieler Menschen. Der Gesetzgeber konnte bei der Formulierung der Tatbestände nicht auf von der Natur Vorgegebenes zurückgreifen. Er musste vielmehr selbst den geschützten Freiheitsbereich abstecken. Diesem Auftrag kam er nach, indem er Handlungen beschrieb, die dem Rechtsinhaber vorbehalten sind. Da sich der Inhalt der Immaterialgüterrechte nicht unmittelbar aus der Lebenswirklichkeit, sondern aus dem Gesetz ergibt, handelt es sich um stark normgeprägte Rechte. Man könnte sagen: Während bei § 823 Abs. 1

BGB der Erfolg die verbotenen Handlungen kennzeichnet, schließt man im Immaterialgüterrecht von den unerlaubten Handlungen auf den unerwünschten Erfolg.

Allerdings ist auch das Eigentumsrecht normgeprägt. Es gewinnt erst durch das Gesetz Gestalt (§ 903 BGB). Trotzdem musste der Gesetzgeber abstrahieren. Das Eigentumsrecht verleiht seinem Inhaber umfassende Herrschaft über eine Sache. Es ist nicht möglich, die positiven und negativen Befugnisse, die sich aus dem umfassenden Herrschaftsrecht ergeben, abschließend aufzuzählen.<sup>1264</sup> Einer handlungsbezogenen Formulierung standen praktische Schwierigkeiten im Weg.<sup>1265</sup> Immaterialgüterrechte sollen ihrem Inhaber dagegen keine umfassende Herrschaft über ein geistiges Gut verleihen. Stärker als beim Eigentumsrecht ist der Schutzbereich von Immaterialgüterrechten von der Abwägung entgegengesetzter Interessen geprägt. Ein umfassendes Patentrecht würde den technischen Fortschritt hemmen,<sup>1266</sup> ein umfassendes Urheberrecht das kulturelle Leben lähmen.<sup>1267</sup> Da Patent-, Marken- und Urheberrecht ihrem Inhaber nur beschränkte Herrschaft verleihen, konnte der Gesetzgeber die positiven und negativen Befugnisse vielfach aufzählen und damit die Tatbestände konkreter fassen. Doch auch das Immaterialgüterrecht kommt nicht ohne Abstraktion aus. § 14 Abs. 2 MarkenG verbietet Unbefugten, die Marke im geschäftlichen Verkehr „zu benutzen“. § 14 Abs. 3 MarkenG zählt im Wege der Regelbeispieltechnik einzelne Benutzungshandlungen auf, ist jedoch als nicht abschließender Katalog für weitere Arten von Verletzungshandlungen offen.<sup>1268</sup> Ähnlich haben die in § 15 UrhG aufgezählten konkreten Verwertungsrechte beispielhaften Charakter.<sup>1269</sup>

*G.Rauh*<sup>1270</sup> und *S. Neuhaus*<sup>1271</sup> sehen den entscheidenden strukturellen Unterschied zwischen den Rechten und Rechtsgütern des § 823 Abs. 1 BGB und den Immaterialgüterrechten darin, dass sich die Rechte und Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB jeweils auf ein körperliches Substrat beziehen, beispielsweise auf den menschlichen Körper oder auf Sachen. Den abstrakten Verletzungserfolg könne man wahrnehmen. Man könne dem Menschen ansehen, ob er verletzt oder gar tot sei, ebenso könne man die Eigentumsverletzung durch eine Untersuchung der Sache erkennen. Dagegen sei bei immateriellen Gütern der Verletzungserfolg nicht

sichtbar, weswegen der Gesetzgeber an konkrete Verhaltensweisen habe anknüpfen müssen.<sup>1272</sup> Gegen diese Argumentation lassen sich mehrere Einwände vorbringen. Erstens lässt sich auch bei geistigen Gütern der abstrakte Verletzungserfolg (die Beeinträchtigung des geistigen Gutes) von der konkreten Verletzungshandlung unterscheiden. Beispielsweise verliert eine Marke, die wiederholt nachgeahmt und zur Kennzeichnung minderwertiger Plagiate eingesetzt wurde, an Unterscheidungskraft. Je häufiger es zu Verwechslungen zwischen Original und Fälschung kommt, desto stärker nimmt der Werbeeffect der Marke ab. Die Beeinträchtigung der durch die Marke geschützten geistigen Werbeleistung des Unternehmers stellt den abstrakten Erfolg der Markenverletzung dar. Er mag nicht visuell wahrnehmbar sein, wirtschaftlich spürt ihn der Unternehmer umso intensiver.

Zweitens erweist sich gerade die von der Literatur bemühte Abgrenzung der angeblich handlungsbezogenen Immaterialgüterrechte vom erfolgsbezogenen Sacheigentum als unstimmtig. *S. Neuhaus* bemerkt zu Recht, dass sowohl das Eigentumsrecht gemäß § 903 BGB als auch die Immaterialgüterrechte normgeprägte Rechte sind, die ihren Inhalt erst aus dem Gesetz herleiten.<sup>1273</sup> Dann liegt es aber nahe, die Verletzung des Eigentumsrechts von der Beschädigung der Sache, auf die sich das Recht bezieht, zu unterscheiden. Recht und Sache sind nicht identisch, das Eigentumsrecht schützt den Umgang mit der Sache. *H. Wieling* warnt: „Das Eigentum als ein Recht darf nicht mit der Sache identifiziert werden“.<sup>1274</sup> Visuell wahrnehmbar ist allein der Eingriff in die Sachsubstanz, nicht der Eingriff in das Eigentumsrecht. Die sichtbare Beschädigung der Sache lässt nur den Schluss auf die Verletzung des Rechts zu. Im Übrigen verkennt *S. Neuhaus*, dass das Eigentumsrecht nicht nur durch den Eingriff in die Sachsubstanz verletzt werden kann. Ebenso schützen die §§ 823 Abs. 1 und 903 BGB vor rechtlichen Einwirkungen und reinen Nutzungsbeschränkungen, die man allein durch die körperliche Untersuchung der Sache nicht feststellen kann.<sup>1275</sup> Beispielsweise sah man im klassischen „Fleet“-Fall<sup>1276</sup> dem an der Verladestelle der Mühle ankernden Schiff nicht an, dass die Ausfahrt aus dem Fleet versperrt war. Des Weiteren kann nach Ansicht des BGH das Eigentumsrecht durch Fotografieren der Sache und die gewerbliche Verwertung der Fotos verletzt werden.<sup>1277</sup> Auch hier ist der abstrakte

Verletzungserfolg visuell nicht wahrnehmbar. Ebenso wenig wie dem Vervielfältigungsstück eines urheberrechtlich geschützten Werkes sieht man den Fotos der Sache an, ob sie mit Einwilligung des Berechtigten oder auf Grund gesetzlicher oder ungeschriebener Ausnahmeregelungen hergestellt wurden. Gerade die Konstellation des Fotografierens fremden Eigentums zeigt durch ihre Nähe zu urheberrechtlichen Fragestellungen, dass sich Sacheigentum und geistiges Eigentum strukturell nicht maßgeblich voneinander unterscheiden.

Zusammengefasst mag zwar der Wortlaut des Gesetzes eine handlungsbezogene Interpretation der Tatbestände des Immaterialgüterrechts nahelegen. Allerdings ist der abweichende Gesetzeswortlaut keinem strukturellen Unterschied zwischen dem allgemeinen Deliktsrecht und dem besonderen Immaterialgüterrecht geschuldet. Ausschlaggebend waren vielmehr die praktische Unmöglichkeit, alle eigentumsverletzenden Handlungen aufzuzählen sowie das Problem, dass die Gesellschaft von geistigen Gütern keine vergleichbar konkrete vorrechtliche Vorstellung wie von den Rechtsgütern des § 823 Abs. 1 BGB hat.

### 3. Besondere Deliktstypen?

Argumente für den restriktiven Täterbegriff im Immaterialgüterrecht lassen sich auch nicht aus der Zuordnung zu einem besonderen Deliktstyp gewinnen. Allerdings wird im Strafrecht gegen den extensiven Täterbegriff eingewandt, er könne nicht die Existenz von eigenhändigen Delikten und Sonderdelikten erklären.<sup>1278</sup> Für das Immaterialgüterrecht spielen diese Deliktstypen dagegen keine Rolle.

#### a. Eigenhändige und schlichte Tätigkeitsdelikte

Als eigenhändige Delikte bezeichnet man Straftaten, die nur vom unmittelbar handelnden Subjekt und nicht von bloß tatveranlassend oder unterstützend handelnden Personen täterschaftlich begangen werden können.<sup>1279</sup> Zu den eigenhändigen Delikten gehören etwa die Aussagedelikte (§§ 153 ff. StGB).<sup>1280</sup> Wenn der Tatbestand einerseits nur die eigenhändige Vornahme einer Handlung erfasst, kann für ihn

andererseits kein extensiver Täterbegriff gelten, nach dem jede Erfolgsverursachung tatbestandsmäßig ist. Ob die Existenz eigenhändiger Delikte für sich gegen den extensiven Täterbegriff spricht, mag man jedoch bezweifeln, wenn man bedenkt, dass nach der richtigen Tatbestandsauslegung gefragt ist. Wenn vereinzelte Tatbestände auf Grund ihres Wortlauts, ihrer Systematik oder ihres Telos nur die restriktive Auslegung zulassen, muss das nicht bedeuten, dass man andere Tatbestände nicht extensiv auslegen kann.

Patent-, Marken- und Urheberrechtsverletzungen sind keine eigenhändigen Delikte. Im Strafrecht ist umstritten, welche Tatbestände nur eigenhändig verwirklicht werden können. Zur Diskussion stehen etwa täterstrafrechtliche Delikte wie Zuhälterei (§ 181a StGB)<sup>1281</sup> oder Delikte, die ein verwerfliches Verhalten betreffen, wie Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173 StGB).<sup>1282</sup> Unbestritten ist der eigenhändige Charakter bestimmter höchstpersönlicher Pflichtdelikte wie der Aussagedelikte (§§ 153 ff. StGB). Die täterschaftsbegründende Pflichtverletzung könne nur durch persönliche Falschaussage und eigenhändigen Schwur begangen werden.<sup>1283</sup> Dagegen knüpfen die Tatbestände des Immaterialgüterrechts weder an eine bestimmte Lebensführung noch an ein persönlich verwerfliches Verhalten an. Das spezifische Unrecht einer Schutzrechtsverletzung ist ebenso wenig in der Verletzung einer höchstpersönlichen Pflicht zu suchen. Insbesondere macht das Merkmal geschäftlichen oder gewerblichen Handelns die Marken- oder Patentverletzung nicht von der Verletzung einer spezifischen Pflicht abhängig, sondern beschreibt lediglich äußere Modalitäten der Tathandlung (S. 213).

Diejenigen Autoren und Gerichte, die für eine handlungsbezogene Auslegung der immaterialgüterrechtlichen Verletzungstatbestände eintreten, verstehen Immaterialgüterrechtsverletzungen auch nicht als eigenhändige Delikte, denn sie halten mittelbare Täterschaft für möglich (vgl. S. 211).<sup>1284</sup> Mittelbare Täterschaft ist bei eigenhändigen Delikten ausgeschlossen, denn der Hintermann führt die allein tatbestandsmäßige Handlung nicht selbst aus. Er bedient sich hierzu eines menschlichen Werkzeugs. Zu der handlungsbezogenen Interpretation würde eher der Deliktstyp des schlichten Tätigkeitsdelikts passen. Die Unterscheidung

zwischen Erfolgsdelikten und Tätigkeitsdelikten ist im Strafrecht weitgehend anerkannt.<sup>1285</sup> Während der Tatbestand von Erfolgsdelikten erst mit Eintritt einer von der Täterhandlung räumlich und zeitlich getrennten Verletzungs- oder Gefährdungswirkung erfüllt sei, falle bei Tätigkeitsdelikten die Tatbestandserfüllung mit dem letzten Handlungsakt zusammen, ohne dass ein unterscheidbarer Erfolg eingetreten sein müsste. Bei schlichten Tätigkeitsdelikten trete der Handlungsunwert besonders deutlich in den Vordergrund. Erfolgsdelikt sei der Totschlag (§ 212 StGB), da man von der Tathandlung, etwa dem Abdrücken des Revolvers, den Taterfolg (Tod des Opfers) unterscheiden könne. Als Beispiele für Tätigkeitsdelikte werden unter anderem der Meineid (§ 154 StGB), der Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) oder die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 ff. StGB) genannt. Praktische Folge der Unterscheidung sei, dass nur die Erfolgsdelikte, nicht dagegen schlichte Tätigkeitsdelikte Probleme der Kausalität und Zurechnung aufwürfen.<sup>1286</sup> Nur bei Erfolgsdelikten könne man sinnvoller Weise die Frage stellen, ob die Handlung und der davon zu unterscheidende Erfolg miteinander durch Kausalität und objektive Zurechnung verknüpft seien.

Ordnet man die Verletzung von Immaterialgüterrechten als Tätigkeitsdelikte ein und geht man zweitens davon aus, dass bei Tätigkeitsdelikten die Gesichtspunkte des Erfolgs und seiner Verursachung keine Rolle spielen, spräche das in der Tat für den restriktiven Täterbegriff. Denn bei extensiver Auslegung liest man den Tatbestand als Erfolgsverursachungsverbot. Allerdings ist schon der strafrechtliche Ausgangspunkt erheblichen Zweifeln ausgesetzt. Wer argumentiert, Tätigkeitsdelikte würfen keine Zurechnungsfragen auf, setzt Tätigkeitsdelikte mit eigenhändigen Delikten gleich.<sup>1287</sup> Allerdings ist anerkannt, dass nicht alle Tätigkeitsdelikte nur eigenhändig begangen werden können. Beispielsweise zählt man den Hausfriedensbruch zu den Tätigkeitsdelikten, nicht aber zu den eigenhändigen Delikten.<sup>1288</sup> Auf Basis des restriktiven Täterbegriffs hat das etwa zur Folge, dass nicht nur derjenige, der selbst in die fremde Wohnung eindringt, Täter sein kann, sondern auch derjenige, der ein Kind oder einen Geisteskranken in die fremde Wohnung schickt oder jemanden dazu zwingt, die fremde Wohnung zu betreten (mittelbare Täterschaft).<sup>1289</sup> Eigenhändige Delikte können dagegen nicht in mittelbarer Täterschaft begangen werden. Setzen

Tätigkeitsdelikte nicht notwendig die eigenhändige Ausführung der tatbestandmäßigen Handlung voraus, könnte man auf Basis des extensiven Täterbegriffs ohne Widerspruch sagen: Täter sei jeder, der die Ausführung der Handlung verursache. Wegen täterschaftlichen Hausfriedensbruchs mache sich jeder strafbar, der eine notwendige Bedingung dafür setze, dass jemand anders in die fremde Wohnung eindringe, ihm etwa die Tür öffne. Tätigkeitsdelikt und extensive Tatbestandsauslegung widersprechen sich nicht.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass Tätigkeitsdelikte einen restriktiven Täterbegriff voraussetzen, lassen sich hieraus keine Schlussfolgerungen für das Immaterialgüterrecht ziehen, denn der Eingriff in Marken-, Patent- und Urheberrechte ist kein Tätigkeitsdelikt. Die Argumente gegen strukturelle Besonderheiten der Immaterialgüterrechte lassen sich übertragen (S. 246). Es geht um absolute Rechte, deren Verletzung den Eintritt eines Verletzungserfolges voraussetzt, nämlich die Beeinträchtigung des geschützten geistigen Gutes. Verletzungserfolg und Verletzungshandlung lassen sich gedanklich trennen, auch wenn der Verletzungserfolg visuell nicht eigenständig wahrnehmbar ist.

Anders könnte man für das Wettbewerbsrecht argumentieren, das nicht den Eingriff in absolute Rechte, sondern den Verstoß gegen Marktverhaltensregeln untersagt.<sup>1290</sup> Das Wettbewerbsrecht enthält im Gegensatz zum Immaterialgüterrecht schlichte Tätigkeitsdelikte. Auch die Rechtsprechung deutet – terminologisch missverständlich (S. 235 f.) – eine Abgrenzung zwischen Wettbewerbsrecht (Verhaltensunrecht) und Immaterialgüterrecht (Erfolgsunrecht) an. Der BGH hat in seiner Entscheidung „Kinderhochstühle im Internet“ darauf hingewiesen, dass im Lauterkeitsrecht, das dem Verhaltensunrecht zuzuordnen sei, die Störerhaftung nicht mehr in Betracht komme.<sup>1291</sup> Stattdessen versucht die Rechtsprechung, mittelbare Wettbewerbsverstöße mit Hilfe der Täter- und Teilnehmerhaftung zu ahnden.<sup>1292</sup> Im Immaterialgüterrecht hält der BGH dagegen an der Störerhaftung fest.<sup>1293</sup> Vor diesem Hintergrund muss man für das Wettbewerbsrecht tatsächlich die Frage stellen, ob sich Tätigkeitsdelikte und extensiver Täterbegriff (und damit die Störerhaftung) gegenseitig ausschließen. Nach der oben skizzierten Position lassen sich Tätigkeitsdelikte extensiv auslegen, solange sie keine eigenhändige

Tatbegehung voraussetzen. Danach stünde die verhaltensbezogene Struktur des Wettbewerbsrechts der Anwendung der Störerhaftung nicht entgegen. Einen wettbewerbsrechtlichen Tatbestand erfüllt, wer eigenhändig gegen eine Verhaltensregel verstößt, oder wer einen solchen Verstoß auf andere Weise verursacht und dabei objektiv pflichtwidrig handelt.

## b. Sonderdelikte

Strukturell verwandt mit den eigenhändigen Delikten sind die Sonderdelikte. Während bei eigenhändigen Delikten die Eigenart der Täterhandlung das besondere Tatsubjekt kennzeichnet,<sup>1294</sup> können Täter eines Sonderdelikts nur Personen mit bestimmten persönlichen Eigenschaften sein, etwa Angehörige bestimmter Berufsgruppen. Im Strafrecht gehören zu den Sonderdelikten die Amtsdelikte (§ 331 ff. StGB), aber auch die Untreue (§ 266 StGB), derentwegen sich nur derjenige strafbar machen kann, den eine Vermögensbetreuungspflicht trifft.<sup>1295</sup> Wie bei eigenhändigen Delikten kann bei Sonderdelikten nicht jeder Erfolgsverursacher den Tatbestand erfüllen. Immerhin schließen Sonderdelikte die extensive Auslegung nicht in gleichem Maße aus wie eigenhändige Delikte. Man könnte sagen: Jeder sei Täter, der den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht und dabei die erforderlichen persönlichen Eigenschaften besitzt.

Diverse Sonderdelikte enthält das Wettbewerbsrecht. Beispielsweise kann der Rechtsbruchtatbestand gemäß § 4 Nr. 11 UWG durch Verstöße gegen Berufs- oder Standesregeln erfüllt werden.<sup>1296</sup> Voraussetzung ist, dass der unmittelbar Handelnde auf Grund seiner Berufs- oder Standeszugehörigkeit überhaupt dem entsprechenden Verbot unterworfen ist. Der Entscheidung „Kommunalversicherer“ des BGH<sup>1297</sup> lag etwa ein Fall zu Grunde, in dem der beklagte Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit mit öffentlichen Auftraggebern Versicherungsverträge abschloss, ohne dass zuvor die durch das Vergaberecht vorgeschriebene öffentliche Ausschreibung stattgefunden hatte. Allein der öffentliche Auftraggeber konnte gegen Vergaberecht verstoßen, da allein für ihn der persönliche Anwendungsbereich eröffnet war. Die Parteien stritten darüber, ob der beklagte Versicherungsverein durch seine Mitwirkung an

den vergaberechtswidrigen Vertragsschlüssen wettbewerbswidrig gemäß § 4 Nr. 11 UWG gehandelt hatte.

In den 1990er Jahren hielt der BGH extensive Tatbestandsauslegung und Anwendung der Störerhaftung im Lauterkeitsrecht für möglich: „Zwar kommt im Interesse der Vermeidung einer Umgehung standesrechtlicher Verbote eine Störerhaftung grundsätzlich auch dort in Betracht, wo der Störer selbst dem fraglichen Verbot nicht unterworfen ist.“<sup>1298</sup> Erst auf Ebene der Prüfungspflichten berücksichtigte der BGH, ob der Störer Adressat der verletzten Verhaltensnorm war: „Hierbei ist jedoch zu beachten, daß mit Hilfe der Störerhaftung die einen Normadressaten treffende Pflicht nicht über Gebühr auf unbeteiligte Dritte erstreckt werden darf.“<sup>1299</sup> In der Literatur erfuhr diese Rechtsprechung Kritik. *H. Köhler* entgegnet, die Störerhaftung berücksichtige nicht, ob der potentielle Anspruchsgegner überhaupt die erforderliche „Täterqualität“ habe.<sup>1300</sup> Täter könne nur ein Adressat der Verhaltensnorm sein. Andere Personen seien höchstens als Teilnehmer gemäß § 830 Abs. 2 BGB verantwortlich.<sup>1301</sup> Ähnlich betonen auch Autoren zum allgemeinen Deliktsrecht die haftungserweiternde Funktion des § 830 Abs. 2 BGB im Bereich der Sonderdelikte.<sup>1302</sup> Spätestens mit seiner Entscheidung „Kommunalversicherer“ schloss sich der Bundesgerichtshof der Ansicht *H. Köhlers* an. Wer nicht selbst dem spezifischen Verhaltensverbot unterworfen sei, hafte höchstens als Teilnehmer an einer Wettbewerbsrechtsverletzung unter den strengen subjektiven Voraussetzungen des § 830 Abs. 2 BGB.<sup>1303</sup>

Aus dem spezifischen Problem lauterkeitsrechtlicher Sonderdelikte entwickelt *H. Köhler* eine grundsätzliche Kritik der Störerhaftung. Auch die Tatbestände des Immaterialgüterrechts seien restriktiv auszulegen und Vorfeldmaßnahmen allein nach Maßgabe von Täterschaft und Teilnahme in die Haftung einzubeziehen.<sup>1304</sup> Damit schießt er über das Ziel hinaus. Schutzrechtsverletzungen sind keine Sonderdelikte. Patent-, Marken- und Urheberrechte sind absolute Rechte,<sup>1305</sup> die ihrem Inhaber eine allwirksame Abwehrmacht verleihen und Abwehransprüche gegen jedermann vermitteln.<sup>1306</sup> Auch die Merkmale des Handelns im geschäftlichen Verkehr (§ 14 Abs. 2 MarkenG) oder der gewerblichen Benutzung (§ 11 Nr. 1 PatG) enthalten keine besondere Täterqualifikation

sondern charakterisieren allein die Tathandlung (S. 213).

#### *IV. Einheitlicher deliktsrechtlicher Haftungsrahmen*

Wie § 823 Abs. 1 BGB enthält das Immaterialgüterrecht erfolgsbezogene Tatbestände, die einer extensiven Auslegung im Sinne der Störerhaftung zugänglich sind. Weder rechtfertigen angebliche strukturelle Besonderheiten, etwa der unkörperliche Charakter der Schutzrechte, noch ein besonderer Deliktstyp die handlungsbezogene restriktive Auslegung. Vielmehr verlangen die gemeinsamen Schutzzwecke von allgemeinem und besonderem Deliktsrecht einen einheitlichen strukturellen Rahmen der Haftung,<sup>1307</sup> der gleichzeitig effektiven Vorfeldschutz gewährleistet. Dieser Rahmen dürfte in der Kombination von erfolgsbezogener Störerhaftung und der Lehre vom Verhaltensunrecht zu finden sein. Als (gegebenenfalls mittelbarer) Verletzer haftet jeder, der kausal an einer Schutzrechtsverletzung mitwirkt und dabei seine Verkehrspflichten verletzt. Der Umfang seiner Verkehrspflichten bestimmt sich bei Abwägung aller Umstände insbesondere nach der Bedeutung seines Tatbeitrags und der gesellschaftlichen Funktion seines Geschäftsmodells. Es handelt sich um eine akzessorische Haftung, die voraussetzt, dass es tatsächlich zu einem unmittelbaren Eingriff in das Schutzrecht kommt.

Dagegen baut die Täter- und Teilnehmerhaftung systemfremd auf einem restriktiven Täterbegriff auf und bezieht Vorfeldmaßnahmen nur unter engen subjektiven Voraussetzungen in die Haftung ein. Neben der Störerhaftung besteht für sie kein Bedürfnis. Entgegen der herrschenden Meinung wirkt § 830 BGB im Immaterialgüterrecht nicht haftungsbegründend in allen Fällen, in denen der Handelnde die Rechtsverletzung nicht unmittelbar herbeiführt. Stattdessen ist der Anwendungsbereich des § 830 BGB im Einklang mit seinen anerkannten Funktionen im allgemeinen Deliktsrecht auf Konstellationen nicht nachweisbarer Kausalität zu beschränken (S. 238). Die Bedeutung der Vorschrift für die in dieser Arbeit diskutierten Fälle mittelbarer Rechtsverletzungen ist denkbar gering, denn der mittelbare Verletzer setzt in aller Regel unbestritten eine notwendige Bedingung für die unmittelbare Verletzung, indem er die erforderliche Infrastruktur oder erforderliche Produkte bereitstellt.

Da die Störerhaftung in Kombination mit der Lehre vom Verhaltensunrecht präzise die Tatbestandsstruktur der allgemeinen Delikte gemäß § 823 Abs. 1 BGB wiedergibt, ist kein Grund ersichtlich, auf Rechtsfolgenseite zu differenzieren und die Störerhaftung auf Abwehransprüche zu beschränken. Handelt der Störer vorsätzlich oder fahrlässig, sollte er auch Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein.<sup>1308</sup> Da bereits auf der Ebene des Tatbestands oder der Rechtswidrigkeit der objektive Verstoß gegen Sorgfaltspflichten geprüft wurde, muss auf der Ebene des Verschuldens allein die „innere Fahrlässigkeit“, das heißt die individuelle Erkennbarkeit der Gefahrenlage und der rechtlichen Anforderungen an die äußere Sorgfaltspflicht hinzutreten.<sup>1309</sup>

Ob man unter diesen Voraussetzungen den Begriff der Störerhaftung beibehalten kann, soll dahinstehen. In der Sache unterscheidet sich der in dieser Arbeit befürwortete einheitliche Haftungsrahmen von der Störerhaftung allein auf Rechtsfolgenseite, da er die Schadensersatzhaftung nicht ausschließt. Man könnte die aktuelle Rechtsprechung ohne terminologischen Bruch dahingehend weiterentwickeln, dass in Zukunft der Störer bei Verschulden auch Schadensersatz schulde. Andererseits birgt der Begriff des Störers auf Grund seiner Herkunft aus der negatorischen Haftung die Gefahr dogmatischer Missverständnisse. Stattdessen könnte man auch im Immaterialgüterrecht von der Haftung des mittelbaren Verletzers bei Verkehrspflichtverletzung sprechen. Dadurch brächte man den Zusammenhang mit den allgemeinen deliktsrechtlichen Lehren sowie die Akzessorietät der Haftung zum Ausdruck. Zusammengefasst zeichnet sich der in dieser Arbeit befürwortete einheitliche Haftungsrahmen durch folgende Gesichtspunkte aus: Es handelt sich um akzessorische Haftung, die eine unmittelbare Rechtsverletzung voraussetzt (kein einstufiger Gefährdungstatbestand). Allein der Vordermann muss alle Voraussetzungen des Verletzungstatbestands erfüllen, beispielsweise im geschäftlichen Verkehr (§ 14 Abs. 2 MarkenG) oder zu gewerblichen Zwecken (§ 11 Nr. 1 PatG) handeln. Der Hintermann haftet dann auch, wenn er selbst rein privat tätig wird. Tatbestandsmäßig ist jeder objektiv pflichtwidrige Beitrag zum Verletzungserfolg. Der mittelbare Verletzer schuldet in diesem Fall Beseitigung und Unterlassung. Handelt er zudem auch subjektiv fahrlässig, haftet er zusätzlich auf Schadensersatz.

Berücksichtigt man, dass die Störerhaftung im Immaterialgüterrecht in ihrer derzeit herrschenden Ausgestaltung der Deliktsstruktur des § 823 Abs. 1 BGB entspricht, kann man Rückschlüsse für den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 1004 BGB ziehen. Zunächst bestätigen die Erkenntnisse aus dem Immaterialgüterrecht die zu § 1004 BGB herrschende Kausalitätstheorie, wonach als Störer im Ausgangspunkt jeder in Betracht kommt, der eine Ursache für die Eigentumsbeeinträchtigung setzt (S. 156). Ebenso bestätigen sie Grundannahme der herrschenden Meinung, dass § 1004 BGB und die §§ 823 ff. BGB Teile eines einheitlichen Haftungssystems sind. Schließlich liegt es nahe, den Tatbestand des § 1004 BGB zumindest bei mittelbaren Beeinträchtigungen entsprechend der Lehre vom Verhaltensunrecht ebenfalls um das Merkmal der Verkehrspflichtverletzung zu ergänzen.<sup>1310</sup> Entsprechende Vorschläge finden sich in der Literatur zum Bürgerlichen Recht.<sup>1311</sup> Beispielweise wenden *M. Lutter* und *H. Overrath* die Lehre vom Verhaltensunrecht auf die Störerhaftung des Vermieters gemäß § 1004 Abs. 1 BGB an und überlassen es dem Vermieter, sich seiner Haftung dadurch zu entziehen, dass er den Mieter sorgfältig auswählt, ihm die rechtsverletzende Nutzung der Mietsache vertraglich verbietet und das Verhalten des Mieters in gewissem Umfang überwacht.<sup>1312</sup> *J. Wenzel* schlägt vor, die so genannte Zustandshaftung als Haftung für die Verletzung von Verkehrspflichten im Hinblick auf den Zustand des Grundstücks zu interpretieren und weiterzuentwickeln. Der Grundeigentümer hafte, wenn er keine hinreichenden Vorkehrungen treffe, dass von seinem Grundstück auch unter Berücksichtigung der Einwirkung von Naturgewalten keine Gefahren für die Nachbargrundstücke ausgingen.<sup>1313</sup> Die immaterialgüterrechtliche Störerhaftung könnte den entscheidenden Impuls zur allgemeinen Angleichung von negatorischer und deliktischer Haftung geben.

Einen wichtigen Schritt in Richtung eines einheitlichen Rahmens für negatorische und deliktische Haftung geht die Entscheidung des BGH „Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal“ von 2010.<sup>1314</sup> Der beklagte Diensteanbieter betrieb eine Internetplattform, in die gewerblich und freiberuflich tätige Fotografen Fotos zum entgeltlichen Herunterladen einstellen konnten. Unter den ungefähr vier Millionen auf der Plattform einsehbaren Fotos waren auch Bilder zahlreicher von der Stiftung

Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg verwalteter Kulturgüter. Die klagende Stiftung sah sich in ihrem Eigentumsrecht beeinträchtigt. Der BGH entschied, auch das Fotografieren fremden Eigentums und die gewerbliche Verwertung der Fotos griffen in das Eigentumsrecht ein. Der Plattformbetreiber haften nach den im Immaterialgüterrecht entwickelten Grundsätzen der Störerhaftung, das heißt nur in dem Fall, dass er seine Prüfungspflichten verletze: „Es liegt hier ähnlich wie bei der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht.“<sup>1315</sup> In der Sache übertrug der BGH die im Immaterialgüterrecht gewonnenen Erkenntnisse auf die negatorische Haftung gemäß § 1004 BGB. Grundlegende Schlüsse sollte man hieraus trotzdem nicht ziehen, denn die Anwendung der Störerhaftung folgte wohl eher aus der vergleichbaren Fallkonstellation (Internetplattform, Fotos) als aus der Vorstellung von einem einheitlichen Haftungsrahmen: „Das rechtfertigt es, für diesen Sonderfall der Eigentumsbeeinträchtigung die gleichen Grundsätze anzuwenden.“<sup>1316</sup>

## E. Sonstige Haftungskonzepte

Auf der Suche nach einem einheitlichen Haftungsrahmen für den allgemeinen Vorfeldschutz haben Rechtsprechung und Literatur weitere Konzepte entwickelt. Drei aktuelle Vorschläge sollen in den folgenden Abschnitten vorgestellt, in ihren Auswirkungen mit dem im vorangehenden Abschnitt entwickelten einheitlichen deliktsrechtlichen Haftungsrahmen verglichen und bewertet werden.

### *I. Unmittelbare Täterschaft kraft Verkehrspflichtverletzung*

Im Anschluss an die wettbewerbsrechtliche Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay“<sup>1317</sup> (S. 173) befürworten Teile der Literatur<sup>1318</sup> auch für das Immaterialgüterrecht ein einstufiges Haftungskonzept, wonach derjenige als (unmittelbarer) Täter auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz haftet, der seine wettbewerblichen Verkehrspflichten verletzt.

#### 1. „Jugendgefährdende Medien bei eBay“

Zur Erinnerung: Bei eBay fanden sich Angebote für jugendgefährdende, gewaltverherrlichende und volksverhetzende Medien. Die Anbieter verstießen unmittelbar gegen § 4 Nr. 11 UWG, § 18 JuSchG, §§ 13 Abs. 2, 131 StGB. Der BGH entschied, mangels hinreichend bestimmter Kenntnis von den rechtswidrigen Angeboten sei den Plattformbetreibern nicht die Teilnahme an Wettbewerbsverstößen gemäß § 4 Nr. 11 UWG, § 830 Abs. 2 BGB vorzuwerfen.<sup>1319</sup> Anstatt wie gewohnt subsidiär auf die Störerhaftung zurückzugreifen, prüfte der Gerichtshof im nächsten Schritt einen täterschaftlichen Verstoß der Betreiber gegen die Generalklausel des § 3 UWG a.F. (= § 3 Abs. 1 UWG): „Derjenige, der durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr in einer ihm zurechenbaren Weise die Gefahr

eröffnet, dass Dritte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, die durch das Wettbewerbsrecht geschützt sind, kann eine unlautere Wettbewerbshandlung begehen, wenn er diese Gefahr nicht im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren begrenzt. Die Beklagte hat in ihrem eigenen geschäftlichen Interesse eine allgemein zugängliche Handelsplattform geschaffen, deren Nutzung in naheliegender Weise mit der Gefahr verbunden ist, schutzwürdige Interessen von Verbrauchern zu beeinträchtigen. Der Beklagten ist auch bekannt, dass Versteigerer unter Nutzung ihrer Handelsplattform mit konkreten Angeboten gegen das Jugendschutzgesetz verstoßen. Ihr Verhalten ist wettbewerbswidrig, wenn sie es unterlässt, im Hinblick auf die ihr konkret bekannt gewordenen Verstöße zumutbare Vorkehrungen zu treffen, um derartige Rechtsverletzungen künftig soweit wie möglich zu verhindern, und es infolge dieses Unterlassens entweder zu weiteren derartigen Verstößen von Versteigerern gegen das Jugendschutzrecht kommt oder derartige Verstöße ernsthaft zu besorgen sind.“<sup>1320</sup>

Der BGH wertete die Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten als täterschaftlichen Verstoß gegen § 3 UWG. Zur Dogmatik der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten argumentierte der Gerichtshof: „Im Bereich der deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB sind Verkehrspflichten als Verkehrssicherungspflichten in ständiger Rechtsprechung anerkannt [...]. Verkehrspflichten hat der *BGH* auch bereits im Immaterialgüterrecht sowie der Sache nach im Wettbewerbsrecht angenommen [...]. Dieser Rechtsprechung aus unterschiedlichen Rechtsbereichen ist der allgemeine Rechtsgrundsatz gemeinsam, dass jeder, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, die ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen muss, die zur Abwendung der daraus Dritten drohenden Gefahren notwendig sind. Wer gegen eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht verstößt, ist Täter einer unlauteren Wettbewerbshandlung.“<sup>1321</sup> Für die Reichweite der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten folgte der BGH seiner markenrechtlichen Rechtsprechung. Den Plattformbetreiber treffe keine umfassende proaktive Kontrollpflicht. Werde er auf jugendgefährdende Angebote hingewiesen, müsse er jedoch nicht nur die konkret abgemahnten Inhalte sperren, sondern auch Vorsorge dafür treffen, dass es

möglichst nicht zu weiteren gleichartigen Rechtsverletzungen komme (bereichsspezifische proaktive Kontrollpflicht).

Wie die wettbewerbsrechtliche Störerhaftung knüpft das neue Haftungskonzept an die Verletzung wettbewerblicher Verkehrspflichten an. Während dem Merkmal der Verkehrspflichtverletzung im Rahmen der Störerhaftung jedoch haftungsbeschränkende Wirkung zukam, ist die Verkehrspflichtverletzung im neuen Haftungskonzept primäres haftungsbegründendes Tatbestandsmerkmal. Das hat drei Konsequenzen: Erstens führt das neue Konzept zu einer einstufigen Haftung. Verletzt der Hintermann seine wettbewerblichen Verkehrspflichten, haftet er unabhängig davon, ob ein unmittelbarer Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG oder andere wettbewerbsrechtliche Vorschriften nachfolgt. Die Verletzung von Verkehrspflichten stellt einen eigenständigen Verstoß gegen Wettbewerbsrecht (§ 3 Abs. 1 UWG) dar. Zweitens muss der Hintermann selbst in geschäftlichem Verkehr handeln und besondere täterqualifizierende Merkmale (zum Beispiel Berufs- oder Standeszugehörigkeit) in eigener Person erfüllen.<sup>1322</sup> Dagegen sollte die wettbewerbsrechtliche Störerhaftung gerade auch Beteiligte erfassen, die dem spezifischen Verhaltensverbot nicht unterworfen waren.<sup>1323</sup> Drittens haftet der Hintermann nach dem neuen Haftungskonzept auch auf Schadensersatz, da seine Haftung eine täterschaftliche sei. Der Störer ist nach herrschender Meinung dagegen nur Abwehransprüchen ausgesetzt.<sup>1324</sup>

## 2. Stellungnahme

Um den täterschaftlichen Wettbewerbsverstoß des Plattformbetreibers zu begründen, bediente sich der Bundesgerichtshof eines Kunstgriffs: Er machte aus dem mittelbaren Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG einen unmittelbaren Verstoß gegen § 3 UWG. Die Haftung des Hintermanns rechtfertigt sich nicht mehr daraus, dass er im Vorfeld eines fremden Wettbewerbsverstoßes tätig wird, sondern daraus, dass er eigenhändig gegen Wettbewerbsrecht verstößt. Aus der Gefährdungshandlung wird eine unmittelbare Verletzungshandlung. Konstruktiv ermöglicht diesen Kunstgriff die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG, die als Auffangtatbestand in Fällen dient, in denen die besonderen Tatbestände

der §§ 4 ff. UWG nicht erfüllt sind.<sup>1325</sup> § 3 Abs. 1 UWG verleiht der Rechtsprechung die Befugnis, unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertungen selbstständig konkrete Verhaltensvorschriften aufzustellen.<sup>1326</sup> In Ausübung dieser Befugnis erhob der Bundesgerichtshof die unselbstständigen Verkehrspflichten zu selbstständigen Marktverhaltensregeln. Ob dieser konstruktiv zulässige Schritt auch in der Sache gerechtfertigt war, soll im Rahmen dieser immaterialgüterrechtlichen Arbeit nicht entschieden werden. Immerhin könnte man einwenden, nach Aufnahme zahlreicher Beispielstatbestände in die §§ 4 ff. UWG müsse der Rückgriff auf die Generalklausel die Ausnahme bleiben. Insbesondere dürften die in den §§ 4 UWG detailliert geregelten Verhaltensstandards nicht mit Hilfe der Generalklausel verschärft und dadurch dem Gesetzgeber vorgegriffen werden.<sup>1327</sup> Verallgemeinert man die Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“, müsste man die Regel aufstellen: Jeder, der die Gefahr begründet, dass andere Verkehrsteilnehmer unlauter gemäß §§ 4 ff. UWG handeln, verstößt selbst gegen § 3 Abs. 1 UWG, wenn er nicht alle geeigneten und zumutbaren Sicherungsvorkehrungen trifft. Aus der Generalklausel würde ein umfassender Gefährdungstatbestand, der unmittelbar jegliches gefährliche Vorfeldverhalten untersagt. Ob diese Auslegung dem Charakter des § 3 Abs. 1 UWG als Auffangtatbestand gerecht wird, mag man bezweifeln.

### 3. Übertragung auf das Immaterialgüterrecht?

Im Immaterialgüterrecht stehen einer „unmittelbaren Täterschaft kraft Verkehrspflichtverletzung“ bereits konstruktive Bedenken entgegen.<sup>1328</sup> Eine einstufige Haftung, die das gefährliche Vorfeldverhalten für sich sanktioniert, bedarf einer Rechtsgrundlage. Im Wettbewerbsrecht kann die Rechtsprechung auf die Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG zurückgreifen. Vergleichbare Generalklauseln enthält das Immaterialgüterrecht nicht. Zwar eröffnen das Marken- und Urheberrecht gewisse Spielräume für die Entwicklung ungeschriebener Benutzungs- und Verwertungstatbestände. § 14 Abs. 3 MarkenG zählt im Wege der Regelbeispieltechnik einzelne Benutzungshandlungen auf, schließt jedoch nicht aus, dass unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 MarkenG auch andere Verhaltensweisen

in das Markenrecht eingreifen. Ähnlich enthält § 15 UrhG nur einen beispielhaften Katalog von dem Urheber vorbehaltenen Verwertungshandlungen. Diese Spielräume eignen sich jedoch nicht als Rechtsgrundlage für umfassende Gefährdungstatbestände. Erforderlich ist stets der unmittelbare Umgang mit dem geistigen Gut.

Konstruktiv denkbar wäre ein anderer Ansatz: In seiner Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“ warf der BGH demjenigen unlauteres Verhalten vor, „der durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr in einer ihm zurechenbaren Weise die Gefahr eröffnet, dass Dritte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, die durch das Wettbewerbsrecht geschützt sind“.<sup>1329</sup> Zumindest im Hinblick auf das Markenrecht könnte man argumentieren, auch die Interessen des Markeninhabers seien durch das Wettbewerbsrecht geschützt. Nach einer traditionellen Auffassung ist das Kennzeichenrecht nur ein Ausschnitt aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht.<sup>1330</sup> Das UWG kann „ergänzenden Kennzeichenschutz“ gewähren (vgl. § 2 MarkenG).<sup>1331</sup> Wer eine Gefahrenquelle für Markenrechte pflichtwidrig eröffnet, greift zwar nicht unmittelbar in absolute Rechte ein, könnte jedoch unmittelbar gegen § 3 Abs. 1 UWG verstoßen. Der allgemeine Vorfeldschutz im Immaterialgüterrecht würde auf das Wettbewerbsrecht ausgelagert.

Ein derart umfassender wettbewerbsrechtlicher Ansatz stößt jedoch auf inhaltliche Bedenken. Zunächst ist nicht nach ergänzendem Leistungsschutz im Sinne von § 4 Nr. 9 UWG gefragt, der die unlautere Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen verbietet, sondern nach Vorverlagerung des Schutzes. Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass bei ergänzender Anwendung des Wettbewerbsrechts nicht Grundwertungen des Immaterialgüterrechts konterkariert werden dürfen.<sup>1332</sup> Zweitens haben Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht unterschiedliche Aufgabenstellungen und unterschiedliche Ansatzpunkte.<sup>1333</sup> Zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Urheberrecht führte der BGH in seiner Entscheidung „Elektronische Pressearchive“ von 1998<sup>1334</sup> aus: „Die Verletzung fremden Urheberrechts begründet für sich keine Ansprüche von Mitbewerbern wegen unlauteren Wettbewerbs. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn feststeht, daß es nach der Art und Weise des Vorgehens des in Anspruch genommenen Unternehmens regelmäßig zu

Urheberrechtsverletzungen kommen muß. Die durch das Urheberrechtsgesetz begründeten Rechte sind zwar von allen Wettbewerbern zu beachten, haben aber nicht den Zweck, den Wettbewerb durch Aufstellung gleicher Schranken zu regeln und dadurch zur Chancengleichheit der Wettbewerber beizutragen. Sie sollen als Individualrechte allein die Interessen der Urheber und derjenigen schützen, die ihre Rechtsposition von diesen ableiten.“<sup>1335</sup> Im Fall hatte die Beklagte entgeltliche Leistungen zum Aufbau elektronischer Pressearchive erbracht. Auf Anfrage hatte sie gekennzeichnete Artikel in ein Datenverarbeitungssystem eingelesen und einem Archivsystem angepasst, mithin unmittelbar in Urheberrechte eingegriffen. Die Argumentation des Gerichtshofs legt einen Erst-recht-Schluss nahe: Wenn schon die systematische unmittelbare Verletzung von Urheberrechten keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche auslöst, kann erst recht nicht der Betrieb einer Plattform, der unmittelbare Verletzungen höchstens vorbereitet, mit Hilfe von § 8 Abs. 1 UWG abgewehrt werden.<sup>1336</sup> Das durch die Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“ begründete einstufige Haftungskonzept lässt sich nicht auf das Immaterialgüterrecht übertragen. Allgemeiner Vorfeldschutz muss mangels hinreichender Rechtsgrundlage für einen allgemeinen Gefährdungstatbestand stets akzessorisch ausgestaltet bleiben. Innerhalb des akzessorischen Haftungsrahmens kommt dem Merkmal der Verkehrspflichtverletzung eine haftungsbeschränkende Funktion zu (S. 254).

Eine vermittelnde Auffassung vertritt für das Wettbewerbsrecht A. Ohly.<sup>1337</sup> Er begrüßt die vom BGH in der Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“ vollzogene Abkehr von der Störerhaftung, die dogmatisch verfehlt aus § 1004 BGB hergeleitet worden sei und Personen erfasst habe, die nicht zu den Adressaten des UWG gehörten. Allerdings lehnt es A. Ohly ab, auf die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG zurückzugreifen, denn die Verkehrspflicht beziehe sich auf den entsprechenden konkreten Unlauterkeitstatbestand (zum Beispiel § 4 Nr. 11 UWG). Die wettbewerbsrechtliche Vorfeldhaftung bleibt danach akzessorisch und entspricht in dieser Hinsicht dem in dieser Arbeit befürworteten einheitlichen deliktsrechtlichen Haftungsrahmen. Eine Übertragung auf das Immaterialgüterrecht wäre konstruktiv möglich.

Allerdings muss nach Ansicht A. Ohly's der Hintermann selbst geschäftlich handeln und besondere täterqualifizierende Merkmale in eigener Person erfüllen.<sup>1338</sup> Dagegen genügt nach dem in dieser Arbeit befürworteten Haftungskonzept, dass der unmittelbare Verletzer im geschäftlichen Verkehr oder gewerblich handelt. Besondere Täterqualifikationen müsste zwar auch der Hintermann erfüllen, anderenfalls er nur nach Maßgabe von § 830 Abs. 2 BGB haftet, derartige Täterqualifikationen enthalten die immaterialgüterrechtlichen (Allgemein-)Tatbestände jedoch nicht.

## *II. Fahrlässige Nebentäterschaft*

### 1. Rechtsprechung des X. und Xa. Zivilsenates

In bewusster Abgrenzung zur Rechtsprechung des I. Zivilsenates des BGH befürworteten der X. und Xa. Senat des BGH für das Patentrecht ein akzessorisches Haftungskonzept, das jede fahrlässige Mitwirkung an der Patentverletzung erfasst und sowohl Abwehr- als auch Schadensersatzansprüche auslöst.<sup>1339</sup> In der Entscheidung „Räumschild“ beschäftigte sich der BGH mit der Frage, ob auch derjenige patentrechtlich hafte, der einen Telefonanschluss zur Verfügung stellt, über den eine verbundene Gesellschaft patentverletzende Erzeugnisse vertreibt. Hierzu führte er aus: „Allerdings setzt die Verantwortlichkeit für eine Patentverletzung nicht voraus, daß der in Anspruch Genommene das Recht unmittelbar durch eigene Handlungen beeinträchtigt. Schuldner der Ansprüche auf Unterlassung, Schadensersatz, Auskunft und Vernichtung der verletzenden Gegenstände kann auch derjenige sein, der lediglich eine weitere Ursache für die Rechtsverletzung gesetzt hat. Entsprechend der zum Wettbewerbsrecht ergangenen Rechtsprechung [...] kann danach auch derjenige haftbar sein, der seinen Telefon-, Fax- oder Telexanschluß einem Dritten überläßt, der dann seinerseits von diesem Anschluß aus das Schutzrecht verletzende Handlungen begeht. Ihren Grund findet diese Haftung jedoch nicht schon in der Überlassung des Anschlusses als solcher. Die Verantwortlichkeit des Dritten folgt vielmehr daraus, daß er die auf diese Weise ermöglichten Rechtsverletzungen nicht unterbunden hat, obwohl er dazu als Inhaber des Anschlusses die Möglichkeit gehabt hätte und ein derartiges Einschreiten von ihm mit Blick auf die aus dieser

Stellung resultierenden Befugnisse und die Überlassung des Anschlusses zu erwarten war [...].“<sup>1340</sup>

Den beiden „Funkuhr“-Entscheidungen lag etwa folgende Lieferkette zu Grunde: Ein deutscher Zulieferer produzierte Räderwerke für Funkuhren und lieferte sie an einen in Hongkong ansässigen Betrieb. Dort wurden mit Hilfe der Räderwerke Funkuhren hergestellt und an weitere Zwischenhändler in Hongkong vertrieben. Später gelangten die Uhren, für die ein deutsches Patent eingetragen war, ohne Einwilligung des Patentinhabers in den inländischen Verkehr. Während sich der BGH in seinem Nichtannahmebeschluss „Funkuhr I“ zur Haftung des in Hongkong ansässigen Produzenten äußerte, ging es im Urteil „Funkuhr II“ um die Verantwortlichkeit des deutschen Zulieferers. Jeweils waren die Voraussetzungen der eigenhändigen Benutzung gemäß § 9 PatG oder der Patentgefährdung gemäß § 10 Abs. 1 PatG nicht erfüllt, so dass sich die Frage stellte, ob Zulieferer und Produzent nach allgemeinen Grundsätzen hafteten. In dem Nichtannahmebeschluss „Funkuhr I“ ließ der BGH offen, „ob die getroffenen Feststellungen die Annahme eines vorsätzlichen Zusammenwirkens der Beklagten mit einem inländischen Haupttäter, Mittäter oder Gehilfen tragen“, „da jeder Beteiligte bereits für eine fahrlässige Verletzung des Klagepatents, für die jede vorwerfbare Verursachung der Rechtsverletzung einschließlich der ungenügenden Vorsorge gegen solche Verstöße genügen [...], einzustehen hat – gegebenenfalls neben anderen als Nebentäter i.S. des § 840 BGB [...]“<sup>1341</sup> (zu weiteren Aspekten der „Funkuhr“-Entscheidungen vgl. unten S. 270 und S. 274).

Der Xa. Senat schloss sich in seiner Entscheidung „MP3-Player-Import“ nach ausführlicher Auseinandersetzung mit der abweichenden Rechtsprechung des I. Senats der Ansicht des X. Senates an und erläuterte in dogmatischer Hinsicht: „Er [der X. Zivilsenat] hat damit dem Umstand Rechnung getragen, dass die Täterschaft bei einem Fahrlässigkeitsdelikt keine Tatherrschaft voraussetzt, der für die Fahrlässigkeitsdelikte geltende einheitliche Täterbegriff eine Unterscheidung zwischen Täter und Gehilfen vielmehr entbehrlich macht [...].“<sup>1342</sup> Nach Ansicht des Xa. Senats haben Störerhaftung und Haftung wegen fahrlässiger Nebentäterschaft gemeinsam, dass sie an eine Sorgfaltspflichtverletzung anknüpfen: „Da die

Verletzung einer solchen Rechtspflicht den Handelnden nicht nur zum Verletzer i.S. der §§ 139 Abs. 1, 140a PatG macht, sondern nach der ständigen Rechtsprechung des *X. Zivilsenats* auch den Vorwurf fahrlässigen Handelns i.S. des § 139 Abs. 2 PatG zu begründen geeignet ist, ist es jedenfalls grundsätzlich – bei Delikten, die wie die Patentverletzung auch fahrlässig begangen werden können, – im Ergebnis ohne Belang, ob der Verletzer wie in § 1004 Abs. 1 BGB als Störer oder als Täter bezeichnet wird. Dies steht damit in Einklang, dass nach dem Wortlaut des § 139 PatG für den Unterlassungsanspruch aus § 139 Abs. 1 S. 1 und den Schadensersatzanspruch aus § 139 Abs. 2 S. 1 PatG hinsichtlich des jeweiligen Schuldners, abgesehen vom Erfordernis des Verschuldens, nicht unterschieden wird. In diesem Punkt stimmt die Rechtsprechung des *X. Zivilsenats* allerdings nicht mit derjenigen des *I. Zivilsenats* überein, nach der der als Störer qualifizierte Beteiligte gerade nicht zum Schadensersatz verpflichtet sein soll [...].“

## 2. Stellungnahme

Das Haftungskonzept des *X.* und *Xa.* Zivilsenats des BGH stimmt weitgehend mit dem in dieser Arbeit befürworteten einheitlichen deliktsrechtlichen Haftungsrahmen (S. 254) überein. Jeweils ist die Haftung akzessorisch und lässt auch im Fall bloß fahrlässigen Handelns Schadensersatzansprüche zu. Offen bleibt, ob die „fahrlässige Nebentäterschaft“ erfordert, dass der Hintermann selbst im geschäftlichen Verkehr oder gewerblich handelt (vgl. § 14 Abs. 2 MarkenG, § 11 Nr. 1 PatG). Dafür spricht, dass der BGH sein Konzept als täterschaftliche Haftung versteht. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht muss nicht der Hintermann gewerblich oder im geschäftlichen Verkehr handeln, sondern allein der unmittelbare Verletzer. Die einheitliche deliktsrechtliche Haftung ist – wie auch die vom *I. Senat* des BGH befürwortete Störerhaftung – streng auf die unmittelbare Verletzung ausgerichtet, erfasst dafür aber jegliche Mitwirkung. Entscheidungserheblich wird die Frage in Fällen, in denen dem Hintermann kein gewerbliches oder geschäftliches Handeln nachgewiesen werden kann. Beispiele finden sich in den Entscheidungen des BGH „Sommer unseres Lebens“<sup>1343</sup> oder „Halzband“<sup>1344</sup>.

Terminologisch ist an dem Haftungskonzept der Patentsenate zu kritisieren, dass es zu sehr strafrechtlichen Kategorien (Nebentäter, einheitlicher Täterbegriff, Tatherrschaft etc.) verhaftet ist. Es löst sich nicht von den Begriffen der Täterschaft und Teilnahme, die im Deliktsrecht nur in Fällen nicht erweislicher Kausalität von Bedeutung sind und damit im Immaterialgüterrecht eine untergeordnete Rolle spielen sollten. Stattdessen sollte der einheitliche Haftungsrahmen aus allgemeinen deliktsrechtlichen Grundsätzen (Kausalhaftung, Verkehrspflichten) hergeleitet werden.

### *III. Rechtsfolgeneingeschränkte fahrlässige Teilnahme*

#### 1. Der Vorschlag von S. Neuhaus

*S. Neuhaus*<sup>1345</sup> sucht nach einem dogmatisch fundierten Konzept für die sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht. Ihm geht es weniger darum, von der Rechtsprechung abweichende Haftungsvoraussetzungen zu etablieren, als darum, die Ergebnisse der Rechtsprechung dogmatisch zu erklären. Dabei versteht er die Tatbestände des Immaterialgüterrechts als handlungsbezogene Tatbestände, die nur derjenige erfülle, der die im Tatbestand beschriebene Handlung eigenhändig vornehme. Eine aus den Grundsätzen des allgemeinen Deliktsrechts abgeleitete Erweiterung der Haftung auf Personen, die gegen ungeschriebene Verkehrspflichten verstießen, komme mangels Rechtsgrundlage nicht Betracht.<sup>1346</sup> Eine dogmatisch tragfähige Lösung könne allein mit Hilfe der Teilnahme gemäß § 830 Abs. 2 BGB gefunden werden. Allerdings will *S. Neuhaus* die sekundäre Haftung im Immaterialgüterrecht nicht auf die vorsätzliche Teilnahme an vorsätzlichen unmittelbaren Verletzungen beschränken. Im Anschluss an Teile der Literatur (hierzu S. 229) hält er einerseits die Teilnahme an einer bloß objektiv rechtswidrigen Schutzrechtsverletzung für möglich.<sup>1347</sup> Andererseits müsse auch der bloß fahrlässige Teilnehmer in gewissen Grenzen zur Verantwortung gezogen werden.<sup>1348</sup> Im Gegensatz zu denjenigen Autoren, die fahrlässige Beihilfe im Zivilrecht schon aus dem Grund für möglich halten, dass die zivilrechtliche Haftung in der Regel bereits bei Fahrlässigkeit einsetze,<sup>1349</sup> gesteht *S. Neuhaus* dem Merkmal

des doppelten Gehilfenvorsatzes eine ernstzunehmende Funktion zu. Die strenge subjektive Ebene kompensiere, dass im objektiven Tatbestand auf den Kausalitätsnachweis verzichtet werde. Zwischen den weiten objektiven und den engen subjektiven Haftungsvoraussetzungen bestehe eine Wechselwirkung, durch die die gestörte Balance zwischen Handlungsfreiheit und Rechtsgüterschutz wieder hergestellt werde.<sup>1350</sup> Weite man die Haftung in subjektiver Hinsicht auf die fahrlässige Teilnahme aus, müsse man eine Kompensation an anderer Stelle finden. S. *Neuhaus* schlägt hierzu vor, die Haftung des fahrlässigen Teilnehmers auf Rechtsfolgenseite derart zu beschränken, dass der fahrlässige Teilnehmer nur Beseitigung und Unterlassung, nicht hingegen Schadensersatz schulde.<sup>1351</sup> Mit seiner Lösung sieht sich S. *Neuhaus* im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BGH zur Störerhaftung.

## 2. Stellungnahme

Die Ansicht von S. *Neuhaus* weicht von dem hier vorgeschlagenen einheitlichen deliktsrechtlichen Haftungsrahmen (S. 254) bereits in ihren Grundannahmen ab. S. *Neuhaus* folgt hinsichtlich der negatorischen Haftung der Usurpationstheorie und interpretiert andererseits die immaterialgüterrechtlichen Tatbestände streng handlungsbezogen, baut also auf einem restriktiven Täterbegriff auf. Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, wenn S. *Neuhaus* die sekundäre Haftung im Immaterialgüterrecht als Teilnehmerhaftung gemäß § 830 Abs. 2 BGB entwickelt. Bei restriktivem Täterbegriff kommt § 830 Abs. 2 BGB haftungsbegründende Wirkung zu. Ob die „rechtsfolgeneingeschränkte fahrlässige Teilnahme“ die Ergebnisse der Rechtsprechung dogmatisch stimmiger erklären kann als die durch die Voraussetzung der Verkehrspflichtverletzung ergänzte Störerhaftung, mag man bezweifeln. Aus deliktsrechtlicher Perspektive weigert sich S. *Neuhaus*, die sekundäre Haftung auf die Verletzung ungeschriebener Verkehrspflichten auszudehnen. Auf der anderen Seite räumt er ein, der fahrlässige Teilnehmer hafte „im Grunde“ auch für die „(fahrlässige) Verletzung einer (Verkehrs-)Pflicht, die dem Teilnehmer nicht von Gesetzes wegen obliegt“.<sup>1352</sup> Die Rechtsfolgenbeschränkung, die S. *Neuhaus* zur Kompensation dieses Mangels an gesetzlicher Grundlage vorschlägt,

erscheint nicht weniger schöpferisch als das Konzept der Rechtsprechung, wonach die angeblich dem Sachenrecht entstammende Störerhaftung keine Schadensersatzansprüche auslösen kann.<sup>1353</sup>

## **F. Zusammenfassung – allgemeiner Vorfeldschutz**

Der Oberbegriff „allgemeiner Vorfeldschutz“ steht für sämtliche Vorschläge, die die unmittelbare Rechtsverletzung dem Hintermann oder Vermittler zuzurechnen, wenn besondere Haftungsnormen nicht erfüllt sind. Bei vielen Unterschieden in der Herleitung reduziert sich der Meinungsstreit auf folgende Kernfragen: Strukturell ist zu entscheiden, ob die allgemeine Vorfeldhaftung akzessorisch oder einstufig nach Art von Gefährungsdelikten auszugestalten ist. Vorzugswürdig erscheint die akzessorische Haftung, denn das Immaterialgüterrecht bietet keine Rechtsgrundlage für einen allgemeinen Gefährungstatbestand. Ob für das Wettbewerbsrecht angesichts der Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG etwas anderes gilt, kann man bezweifeln, soll im Rahmen dieser Arbeit aber dahinstehen.

Zweitens ist inhaltlich zwischen einer Zurechnung auf Grund Vorsatzes (Täter- und Teilnehmerhaftung) und einer Zurechnung auf Grund objektiv pflichtwidrigen Verhaltens zu entscheiden. Als Zurechnungskriterium erweist sich der Vorsatz einerseits sehr eng, denn er schließt die Vorfeldhaftung in sämtlichen Konstellationen der Fahrlässigkeit aus, obwohl im Zivilrecht der Grundsatz der Fahrlässigkeitshaftung gilt. Andererseits kann er die Haftung eines Vermittlers begründen, der sich rechtmäßig verhält, obwohl er weiß, dass sein Verhalten zur Verbreitung rechtswidriger Inhalte beiträgt, beispielsweise im Anwendungsbereich der Pressefreiheit („AnyDVD“). Geeignetes Zurechnungskriterium ist daher die objektive Verkehrspflichtverletzung. Wissen und Wollen des Hintermanns sind im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, rechtfertigen für sich aber nicht das Unrechtsurteil. Die Täter- und Teilnehmerhaftung baut auf einem verfehlten restriktiven Täterbegriff auf. Wie § 823 Abs. 1 BGB schützt das Immaterialgüterrecht absolute Rechte und enthält erfolgsbezogene Verletzungstatbestände. Es gelten der extensive Täterbegriff sowie die allgemeinen Unrechtslehren.

Tatbestandsmäßig handelt jeder, der einen kausalen Beitrag zur Rechtsverletzung leistet und – zumindest im Fall mittelbarer Kausalität – gegen seine Verkehrspflichten verstößt. Die von der jüngeren Rechtsprechung entwickelten bereichsspezifischen Zurechnungskonzepte („Halzband“, „marions-kochbuch.de“) lassen sich ohne weiteres in diesen Haftungsrahmen integrieren.

Drittens ist hinsichtlich der gewerblichen Schutzrechte (Marken- und Patentrechte) zu fragen, ob der Hintermann selbst im geschäftlichen Verkehr (§ 14 Abs. 2 MarkenG) oder gewerblich (§ 11 Nr. 1 PatG) handeln muss. Legt man ein akzessorisches Haftungssystem zu Grunde, das dem Hintermann die durch den Vordermann begangene Rechtsverletzung zurechnet, genügt es, wenn der Vordermann geschäftlich oder gewerblich handelt. Anders müssen diejenigen Ansichten entscheiden, die eine – gegebenenfalls einstufige – täterschaftliche Haftung des Hintermanns befürworten.

Schließlich stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Nach herrschender Meinung schuldet der Störer nur Beseitigung und Unterlassung, während vorsätzlich handelnde Täter und Teilnehmer auch auf Schadensersatz haften. Versteht man die allgemeine Vorfeldhaftung dagegen als Teil eines einheitlichen deliktsrechtlichen Haftungssystems, liegt es nahe, auf Rechtsfolgenseite nicht zu differenzieren. Der Schadensersatzanspruch setzt neben der auch für Abwehransprüche notwendigen objektiven Verkehrspflichtverletzung die „innere“ Fahrlässigkeit voraus. Vorsatz ist entgegen der herrschenden Meinung nicht erforderlich.

## Vierter Teil: Verhältnis zwischen besonderem und allgemeinem Vorfeldschutz

### A. Überblick

Wenig erforscht ist bislang das Verhältnis zwischen besonderem und allgemeinem Vorfeldschutz. Soweit sich Rechtsprechung und Literatur überhaupt dem Konkurrenzproblem widmen, geht es in der Regel um konkrete Fälle, für die bereichsspezifische Abgrenzungsregeln vorgeschlagen werden.<sup>1354</sup> Der Rückgriff auf den allgemeinen Vorfeldschutz bietet sich an, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen einer besonderen Vorfeldnorm nicht erfüllt sind. Inwiefern der Rückgriff zulässig ist, sollte in zwei Schritten geprüft werden. Erstens ist zu fragen, ob der Gesetzgeber bestimmte Konstellationen abschließend regeln wollte. Die Anwendung allgemeiner Normen oder ungeschriebener Grundsätze ist dann formell gesperrt. Da die Sperrwirkung der besonderen Norm nur die vom Gesetzgeber anvisierten Lebenssachverhalte erfassen kann, ist jedoch im tatsächlichen Bereich abzugrenzen. Am Beispiel des Patentrechts: § 10 PatG verbietet den Vertrieb erfindungswesentlicher Mittel. Auf diesen Ausschnitt aus der Gesamtmenge aller mittelbaren Patentverletzungen muss sich eine mögliche Sperrwirkung des § 10 PatG beschränken.<sup>1355</sup> Von vornherein unbedenklich erscheint es, allgemeine Grundsätze beispielsweise im Fall einer Plattform, auf der patentverletzende Produkte angeboten werden, anzuwenden. Ebenso wenig dürfte die Anwendung allgemeiner Regeln in Fällen wie aus der „Räumschild“-Entscheidung des BGH<sup>1356</sup> (gefährlicher Telefonanschluss, vgl. S. 261) an einem Vorrang des § 10 PatG scheitern. Diesen Zusammenhang verkennt S. Neuhaus, wenn er argumentiert, mit § 10 PatG habe der Gesetzgeber die Fälle mittelbarer Patentverletzungen abschließend regeln wollen, so dass für eine subsidiäre Anwendung der Grundsätze über die Störerhaftung im

Patentrecht kein Raum bleibe.<sup>1357</sup>

Soweit der Rückgriff auf den allgemeinen Vorfeldschutz grundsätzlich zulässig ist, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob in der besonderen Vorfeldnorm bestimmte gesetzgeberische Wertungen zum Ausdruck kommen, die auch bei der Anwendung allgemeiner Grundsätze zu berücksichtigen sind. In diesem Fall entfaltet der besondere Vorfeldschutz zwar keine formelle Sperrwirkung, schränkt den allgemeinen Vorfeldschutz jedoch materiell ein.

Wie nachfolgend anhand von Beispielen illustriert werden soll, kann der allgemeine Vorfeldschutz den besonderen Vorfeldschutz in zwei Richtungen erweitern: in die „Breite“ (horizontal) und in die „Tiefe“ (vertikal). Man kann mehrere Vorfeldebene unterscheiden, je nachdem wie viele Zwischenakte die Vorfeldmaßnahme von der unmittelbaren Verletzung trennen. Dies wurde bereits am Beispiel des § 95a UrhG erläutert: Unmittelbare Urheberrechtsverletzung sei die Vervielfältigung eines rechtlich und technisch geschützten Werkes (§ 16 UrhG). Die erste Vorfeldebene betrifft die Umgehung des technischen Schutzes (§ 95a Abs. 1 UrhG, S. 127), sie ist der Vervielfältigung des Werks direkt vorgelagert. Einer zweiten Ebene ist der Vertrieb von Umgehungsmitteln (§ 95a Abs. 3 UrhG, S. 143) zuzuordnen. Dieser Vertrieb führt nur über einen Zwischenakt (die Umgehung des technischen Schutzes mit Hilfe des Umgehungsmittels) zum unmittelbaren Eingriff in das Urheberrecht. Der allgemeine Vorfeldschutz kann zum einen Lücken der besonderen Haftungsnormen auf gleicher Vorfeldebene füllen („in die Breite“). Er kann zum anderen in Kombination mit den besonderen Haftungsnormen weiter vorgelagerte Vorfeldebene erschließen („in die Tiefe“).

## B. Erweiterung „in die Breite“

### *I. Markenrecht – allgemeiner Vorfeldschutz gegen den Vertrieb von Kennzeichnungsmitteln?*

§ 14 Abs. 4 MarkenG verbietet den Vertrieb von Kennzeichnungsmitteln. Der konkrete Gefährdungstatbestand lässt zwei Schutzlücken, denn er erfasst nicht die Fälle, dass Ware und Kennzeichen erst im privaten Bereich oder im Ausland körperlich miteinander verbunden werden (kein überschießender Vorfeldschutz, vgl. S. 30). Beispielsweise würde § 14 Abs. 4 MarkenG weder im Fall „Opel-Logo“<sup>1358</sup> (Vertrieb des Kennzeichens an private Endverbraucher, vgl. S. 23) noch im „Singer“-Fall<sup>1359</sup> (Export des Kennzeichens, vgl. S. 44) Vorfeldschutz gewähren (S. 43 ff.). Nach herrschender Meinung enthält § 14 Abs. 4 MarkenG keine abschließende Regelung.<sup>1360</sup> Fraglich ist, ob die Schutzlücken durch Rückgriff auf den allgemeinen Vorfeldschutz geschlossen werden können.

Bis zum Inkrafttreten des Markengesetzes und seines § 14 Abs. 4 zum 1. Januar 1995 stützten Rechtsprechung und Literatur den Schutz gegen den Vertrieb von Kennzeichnungsmitteln auf allgemeine Regeln.<sup>1361</sup> Einzelne Autoren befürworteten eine Analogie zu den gewohnheitsrechtlichen Grundsätzen über die mittelbare Patentbenutzung, stritten jedoch über die genauen objektiven und subjektiven Voraussetzungen, insbesondere darüber, ob Ware und Kennzeichen im Inland und im geschäftlichen Verkehr miteinander verbunden werden müssten.<sup>1362</sup> Eine Mindermeinung trat in extensiver Auslegung des Kennzeichnungsverbots (heute: § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG, vgl. S. 37) für einstufigen Vorfeldschutz nach Art eines Gefährdungstatbestandes ein, der unabhängig davon eingreifen solle, ob und unter welchen Umständen das Kennzeichen überhaupt mit der Ware verbunden werde.<sup>1363</sup> Die Rechtsprechung gewährte teilweise akzessorischen, teilweise einstufigen Vorfeldschutz gegen den Vertrieb von Kennzeichnungsmitteln, ohne dies im Einzelfall dogmatisch zu

begründen. Nach Ansicht des OLG Hamm stand den Ansprüchen der Opel-AG nicht entgegen, dass die Zeppelinfiguren erst vom privaten Endverbraucher am Fahrrad angebracht wurden.<sup>1364</sup> Im Fall „Singer“ ging das Reichsgericht „über den Wortlaut des Gesetzes hinaus“ von einer selbstständigen Warenzeichenverletzung der Beklagten aus. Abwehr- und Ersatzansprüche bestünden unabhängig davon, „ob es zu einem das Zeichenrecht verletzenden Gebrauch durch den Besteller gekommen“ sei.<sup>1365</sup>

Sämtliche Vorschläge der älteren Literatur und Rechtsprechung, Schutz im Vorfeld schutzrechtsfreier Räume (Ausland, privater Bereich) nach allgemeinen Grundsätzen zu gewähren, sind zumindest nach geltendem Recht abzulehnen. Der allgemeine Vorfeldschutz ist stets akzessorisch ausgestaltet, unabhängig davon, ob man ihn aus der Störerhaftung, der Täter- und Teilnehmerhaftung oder aus einem einheitlichen deliktsrechtlichen Haftungsrahmen herleitet. Bezugspunkt der allgemeinen Vorfeldhaftung bleibt die unmittelbare Rechtsverletzung. Für einen allgemeinen Gefährdungstatbestand, der überschießenden Vorfeldschutz vermitteln könnte, bieten das Patent-, Urheber- und Markenrechtsgesetz keine Rechtsgrundlage (S. 259).

### *I. Allgemeiner Vorfeldschutz im Patentrecht*

Mangels besonderer Regelung kann in Fällen gefährlicher Plattformen uneingeschränkt auf den allgemeinen Vorfeldschutz zurückgegriffen werden. Bislang hat sich die Praxis nicht spezifisch mit der patentrechtlichen Haftung des Plattformbetreibers beschäftigt. Es sind jedoch durchaus Fälle denkbar, in denen über ein Internetauktionshaus patentierte Erzeugnisse ohne Einwilligung des Berechtigten angeboten werden oder in denen patentierte Software über einen Sharehoster verbreitet wird. Die patentrechtlichen Verkehrspflichten des Plattformbetreibers dürften sich nicht von seinen Verkehrspflichten im Hinblick auf Urheber- und Markenrechte unterscheiden.

Dagegen stellt sich beim Vertrieb gefährlicher Produkte die Frage nach einer Sperrwirkung des § 10 PatG. Ausschließlich nach allgemeinen Grundsätzen richtet sich der Vorfeldschutz gegen den Vertrieb fertiger

Erzeugnisse. Tatobjekt der Patentgefährdung gemäß § 10 Abs. 1 PatG sind Mittel, die zur Benutzung der Erfindung geeignet und bestimmt sind („unfertige Erzeugnisse“), nicht dagegen Mittel, die bereits für sich die geschützte Lehre verwirklichen („fertige Erzeugnisse“). Letztere unterfallen dem Anwendungsbereich des § 9 PatG, der Schutzlücken in Konstellationen mit Auslandsbezug lässt.

### 1. Fertige Erzeugnisse

Der Rückgriff auf allgemeinen Vorfeldschutz bietet sich bei mehrgliedrigen Lieferketten an. Man stelle sich vor, ein patentiertes Erzeugnis werde im Ausland hergestellt und an ausländische Zwischenhändler weitergegeben. Später gelange das (fertige) Erzeugnis in den inländischen Handelsverkehr. Der Patentinhaber kann sich gegen den Import gemäß § 9 S. 2 Nr. 1 Var. 5 PatG wehren. Unter Umständen möchte er die Lieferkette jedoch früher, das heißt schon im Ausland unterbrechen. Lieferhandlungen im Ausland greifen für sich nicht in den Schutzbereich des deutschen Patentrechts ein (Territorialitätsprinzip). Jedoch könnte man argumentieren, dass jeder an der Lieferkette Beteiligte eine Ursache dafür setze, dass das fertige Erzeugnis später in den inländischen Handelsverkehr gelange, und daher als mittelbarer Verletzer nach allgemeinen deliktsrechtlichen Regeln hafte, wenn er seine Verkehrspflichten verletze.

Der allgemeinen Vorfeldhaftung für Vorfeldmaßnahmen im Ausland könnte das Territorialitätsprinzip entgegenstehen. *K. Brandenburg*, der allgemeinen Vorfeldschutz nach Maßgabe der Täter- und Teilnehmerhaftung befürwortet, zieht den Gedanken von § 9 Abs. 2 S. 1 StGB heran, wonach die Teilnahme sowohl am Ort der Haupttat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer handelt.<sup>1366</sup> Derjenige, der ausschließlich im Ausland agiere, unterliege dem deutschen Strafrecht, wenn er zu einer Haupttat Hilfe leiste, die im Inland begangen werde. Entsprechendes müsse für die zivilrechtliche Haftung des Teilnehmers an einer Patentverletzung gelten. Die Argumentation *K. Brandenburgs* lässt sich verallgemeinern. Ein akzessorischer Haftungstatbestand ist erfüllt, wenn die unmittelbare Verletzung (zweite Stufe) im Inland stattfindet. Der Beitrag des mittelbaren Verletzers mag im Ausland abgeschlossen sein wie

auch sonstige besondere Merkmale des Tatbestands (gewerbliches Handeln, Handeln im geschäftlichen Verkehr) nicht notwendig in der Person des mittelbaren Verletzers erfüllt sein müssen.

Auch die Rechtsprechung gewährt Vorfeldschutz nach allgemeinen Regeln gegen Lieferhandlungen im Ausland. In dem Nichtannahmebeschluss von 2002 „Funkuhr“<sup>1367</sup> entschied der BGH, dass ein in Hong Kong ansässiges Unternehmen, das die angegriffenen Funkuhren an einen ebenfalls in Hong Kong ansässigen Händler lieferte, der sie seinerseits in Deutschland vertrieb, als fahrlässiger Nebentäter einer Patentverletzung auf Unterlassung und Schadensersatz hafte. Jeder Beteiligte habe bereits für eine fahrlässige Verletzung des Klagepatents, für die jede vorwerfbare Verursachung der Rechtsverletzung einschließlich der ungenügenden Vorsorge gegen solche Verstöße genügen könne, einzustehen (hierzu S. 261 ff.). Im Fall „Herzkranzgefäß-Dilatations-Katheter“ des LG Düsseldorf von 2003<sup>1368</sup> hatte ein in Israel ansässiges Unternehmen die angegriffenen Katheter an einen amerikanischen Händler geliefert, der sie seinerseits über das Internet in Deutschland vertrieb. Als Verletzer verantwortlich sei nicht nur derjenige, der die geschützte Erfindung rechtswidrig benutze, sondern auch derjenige, der sich – als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe – an den Verletzungshandlungen beteilige;<sup>1369</sup> so auch der israelische Katheter-Lieferant. Nach Ansicht des LG Mannheim<sup>1370</sup> war ein österreichisches Unternehmen, das die angegriffenen Kondensatoren für Fahrzeugklimaanlagen an Autohersteller in Italien, Frankreich und Spanien lieferte, Gehilfe einer Patentverletzung. Die belieferten Unternehmen vertrieben Pkw mit Klimaanlagen, die die Kondensatoren enthielten, unter anderem in Deutschland. Für den Gehilfenvorsatz reiche es aus, wenn der Lieferant das Klagepatent kenne und wisse, dass der Abnehmer seine Autos auch im Inland vertreibe. Unerheblich sei, dass der Lieferant keine genauen Informationen über die Stückzahl der nach Deutschland gelieferten klimatisierten Pkw (allein diese verletzten das Klagepatent) habe. Bedingter Vorsatz genüge.<sup>1371</sup>

Nach der hier vertretenen Ansicht sind die genannten Fälle nicht nach Maßgabe der Täter- und Teilnehmerhaftung oder einer Haftung auf Grund fahrlässiger Nebentäterschaft zu lösen, sondern nach allgemeinen deliktsrechtlichen Grundsätzen. Da der Lieferant jeweils eine Ursache für

den späteren Import der Erzeugnisse (§ 9 S. 2 Nr. 1 Var. 5 BGB) setzt, haftet er, soweit er seine Prüfungspflichten verletzt.<sup>1372</sup> Der Lieferant muss sich in zumutbarem Umfang über die Vertriebswege, die seine Ware nehmen könnte, informieren. Er sollte die Tätigkeitsbereiche seiner Abnehmer kennen. Unter Umständen deutet schon die Eigenschaft der Ware auf ein Bestimmungsland hin. Zweitens sollte sich der Lieferant bei Anhaltspunkten über die Schutzrechtslage potentieller Bestimmungsländer informieren. Gibt es Anlass zu befürchten, dass die Ware ins Inland gelangt und entgegenstehende Patentrechte bestehen, muss der Lieferant Sicherungsvorkehrungen treffen. Denkbar wäre ein Warnhinweis dahingehend, dass die Ware nur mit Einwilligung des Patentinhabers im Inland vertrieben werden darf. Auch die vertragliche Unterlassungsverpflichtung des Erstabnehmers gegebenenfalls mit der Auflage, diese Verpflichtung an weitere Abnehmer weiterzureichen, kann der Gefahr inländischen Vertriebs gegensteuern. *E. Keller* schlägt schließlich als Variation des Warnhinweises im Anschluss an markenrechtliche Entscheidungen des BGH vor, einen Vermerk auf der Ware selbst anzubringen.<sup>1373</sup>

## 2. Unfertige Erzeugnisse

Konkurrenzprobleme zwischen allgemeiner und besonderer Vorfeldhaftung stellen sich beim Vertrieb unfertiger Erzeugnisse. § 10 Abs. 1 PatG lässt verschiedene Schutzlücken, die durch Anwendung allgemeiner Regeln geschlossen werden könnten.

### a. Schutzlücken im Bereich der Tathandlungen

§ 10 Abs. 1 PatG verbietet es, geeignete Mittel anzubieten oder zu liefern, nicht dagegen, geeignete Mittel herzustellen, einzuführen oder zu besitzen. Haften Produzent, Importeur oder Besitzer erfindungswesentlicher Mittel nach allgemeinen Grundsätzen? Allgemeiner Vorfeldschutz ist stets akzessorisch ausgestaltet, setzt also voraus, dass es zu einer unmittelbaren Verletzung gemäß § 9 PatG tatsächlich gekommen ist oder – im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch – entsprechende Begehungsgefahr besteht. Um eine unmittelbare Patentverletzung (pflichtwidrig) zu verursachen,

muss der Hintermann das unfertige Erzeugnis an den unmittelbaren Verletzer übergeben. Produktion, Import oder Besitz des Erzeugnisses, können für sich nicht in eine unmittelbare Verletzung umschlagen. Im Fall der Übergabe an den unmittelbaren Verletzer ist jedoch stets die Variante der Lieferung gemäß § 10 Abs. 1 PatG erfüllt. Der allgemeine Vorfeldschutz geht damit im Hinblick auf die erfassten Tathandlungen nicht über den besonderen Schutz gemäß § 10 PatG hinaus.

#### b. Schutzlücken im Bereich der Tatobjekte

§ 10 Abs. 1 PatG verbietet Angebot und Lieferung von Mitteln, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen und nicht allgemein im Handel erhältlich sind (§ 10 Abs. 2 PatG). Kann der Patentinhaber mit Hilfe des allgemeinen Vorfeldschutzes gegen handelsübliche Erzeugnisse vorgehen oder gar gegen Mittel, die sich nicht auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen? § 10 Abs. 2 PatG untersagt den Vertrieb handelsüblicher Erzeugnisse nur für den Fall, dass der Lieferant den Abnehmer zur Patentverletzung veranlasst. Als akzessorischer Anstiftungstatbestand ist die Vorschrift dem allgemeinen Vorfeldschutz zuzuordnen (S. 215). Sie enthält die gesetzgeberische Wertung, dass allgemeiner Vorfeldschutz gegen handelsübliche Erzeugnisse nur in Fällen der Anstiftung besteht. Eine weitergehende Störerhaftung des Lieferanten ist ausgeschlossen.<sup>1374</sup> Das gilt erst recht für Erzeugnisse, die sich nicht einmal auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen.

#### c. Schutzlücken bei Auslandsbezug

Die Haftung wegen Patentgefährdung gemäß § 10 Abs. 1 PatG erfordert einen doppelten Inlandsbezug:<sup>1375</sup> Einmal müssen die erfindungswesentlichen Mittel im Inland geliefert oder angeboten werden. Zum anderen müssen die Mittel zur Benutzung im Inland bestimmt sein. Im Hinblick auf die Benutzung des erfindungswesentlichen Mittels ist der allgemeine Vorfeldschutz von vornherein ungeeignet, die aus der doppelten Inlandsbindung folgenden Schutzlücken des § 10 Abs. 1 PatG zu schließen. Als akzessorische Haftung erfordert die allgemeine Vorfeldhaftung die unmittelbare Benutzung der Erfindung gemäß § 9 PatG und damit die unmittelbare Benutzung im Inland (Territorialitätsprinzip).

Der Rückgriff auf allgemeinen Vorfeldschutz bietet sich jedoch an, wenn die Gefährdungshandlung im Ausland vorgenommen wird, beispielsweise im Rahmen mehrgliedriger Lieferketten. Es wurde bereits erläutert, dass § 10 Abs. 1 PatG den Rückgriff auf allgemeine Grundsätze nicht sperrt, soweit es um die Lieferung fertiger Erzeugnisse geht (S. 270). Gegenüber dem Vertrieb unfertiger Erzeugnisse, die erst mit anderen Erzeugnissen kombiniert oder in einen Verfahrensverlauf eingebunden werden müssen, begründet der Vertrieb fertiger Erzeugnisse eine gesteigerte Gefahrenlage. Sobald das Erzeugnis die Grenze überquert, beginnt die Patentverletzung. Die besondere Gefährlichkeit rechtfertigt es, den Vorfeldschutz gegen fertige Erzeugnisse nicht von einem doppelten Inlandsbezug abhängig zu machen.<sup>1376</sup> Dagegen stellt sich im Hinblick auf unfertige Erzeugnisse die Frage, inwiefern der Gesetzgeber in § 10 Abs. 1 PatG eine abschließende Regelung derart treffen wollte, dass nur der Vertrieb im Inland und zur Benutzung im Inland eine hinreichende Gefahrenlage für das Patent begründe. Die Rechtsprechung hat sich dem Problem in zwei Entscheidungen gewidmet.

#### aa. „Luftdruck-Kontrollvorrichtung“

Das beklagte französische Unternehmen stellte Mess- und Sendeeinrichtungen her und lieferte sie an eine ebenfalls in Frankreich ansässige Firma, die ihrerseits die Einrichtungen zur Herstellung eines Reifendruckkontrollsystems verwendete, das in Deutschland Patentschutz genoss.<sup>1377</sup> Mit dem Kontrollsystem wurden Pkw ausgestattet, die unter anderem in Deutschland vertrieben wurden. Für die internationale Zuständigkeit des deutschen Gerichts nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO<sup>1378</sup> war es von Bedeutung, ob Handlungs- oder Erfolgsort einer unerlaubten Handlung in Deutschland lag. Das Gericht verneinte zunächst eine Patentgefährdung gemäß § 10 Abs. 1 PatG mangels Lieferung im Inland. Es folgt eine Passage über Sinn und Zweck der doppelten Inlandsbindung: Der Verzicht darauf „hätte eine nicht zu rechtfertigende Ausdehnung des Schutzbereichs von Patenten zur Folge, die für das Inland erteilt sind. Jeder ausländische Hersteller von Gegenständen, die zwar nicht unter ein inländisches Patent fallen, aber zusammen mit anderen Teilen zu einer patentverletzenden Vorrichtung zusammengefügt werden können, wäre jedenfalls dann, wenn er Kenntnis von diesem Schutzrecht hat und

außerdem damit rechnet, dass sein Abnehmer auch ins Inland liefert, gehindert, ausländische Abnehmer mit an sich zum freien Stand der Technik gehörenden Vorrichtungen zu beliefern. Gerade dann, wenn es sich bei dem Abnehmer um einen Großkonzern handelt, wird der Lieferant in aller Regel damit rechnen, dass auch ein Absatz in Deutschland in Betracht kommt. Er würde damit im Ergebnis für ein patentverletzendes Verhalten seines Abnehmers (mit) verantwortlich gemacht, obwohl er selbst weder ins Inland liefert noch sonstige Benutzungshandlungen im Inland vornimmt.“<sup>1379</sup>

Anschließend lehnte das LG Mannheim die Haftung des Lieferanten wegen Beteiligung an einer vorsätzlichen inländischen Patentverletzung ab. Die Begründung blieb etwas kryptisch: „Zwar schließt § 10 PatG eine Verurteilung wegen Mittäterschaft oder vorsätzlicher Beteiligung an einer von einem Dritten begangenen vorsätzlichen Patentverletzung nicht völlig aus. Eine derartige Haftung lässt sich aber nicht mit der Erwägung begründen, die Beklagte liefere im Ausland nicht patentverletzende Teile an einen Abnehmer, der diese Teile dann innerhalb patentgemäßer Vorrichtungen verwende und die Vorrichtungen ins Inland liefere. Das geschilderte Verhalten des Teilelieferanten ist für sich genommen keine Beteiligung an einer im Inland begangenen unerlaubten Handlung.“<sup>1380</sup>

Welche genaue Voraussetzung der Teilnehmerhaftung nicht erfüllt sein sollte, kann man den Entscheidungsgründen nicht entnehmen. Man kann das Urteil wie folgt deuten: In § 10 Abs. 1 PatG komme die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, dass der Lieferant unfertiger Erzeugnisse grundsätzlich nur bei doppeltem Inlandsbezug hafte. Allgemeiner Vorfeldschutz werde durch § 10 Abs. 1 PatG jedoch „nicht völlig“ ausgeschlossen. Unter welchen Voraussetzungen der Rückgriff auf allgemeine Regeln zulässig bleiben soll, ließ das Landgericht offen.

#### bb. „Funkuhr II“

Der BGH problematisierte das Verhältnis zwischen § 10 Abs. 1 PatG und allgemeinem Vorfeldschutz im Rahmen der Haftung des Patentinhabers wegen unberechtigter Schutzrechtsverwarnung.<sup>1381</sup> Ein deutsches Unternehmen hatte ein Räderwerk (Gearbox) hergestellt und an eine Firma

in Hong Kong geliefert. Dort wurde das Räderwerk mit einem optoelektronischen Sensor zu einer Anzeigestellungs-Detektionseinrichtung kombiniert, die in Deutschland (angeblich) Patentschutz genoss. Die Detektionseinrichtung wurde ebenfalls in Hong Kong in Funkwecker eingebaut, die dann an ein Warenhaus in Köln geliefert wurden, das sie in Deutschland vertrieb. Die Patentinhaberin verwarnte das Warenhaus, woraufhin der ausländische Uhrenhersteller die Aufträge an den deutschen Lieferanten von Räderwerken stornierte. Dieser machte im Gegenzug Ansprüche wegen unberechtigter Abnehmerverwarnung geltend. Nach ständiger Rechtsprechung stellt die sachlich unberechtigte Verwarnung eines *Abnehmers* einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht des *Herstellers* am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB) dar.<sup>1382</sup> Die Aktivlegitimation des Lieferanten hing also davon ab, ob er Hersteller im Sinne dieser Rechtsprechung war.

Zunächst betonte der Gerichtshof in Fortführung seiner Rigg-Entscheidung von 1981<sup>1383</sup>, dass der Hersteller von Teilen nicht unmittelbarer Hersteller des Erzeugnisses sei, auch wenn die Teile erfindungsfunktionell angepasst sein sollten (vgl. S. 50). Zweitens erwog er, ob der Lieferant dadurch als Hersteller bezeichnet werden könne, dass er eine notwendige und wesentliche Bedingung für die Herstellung gesetzt habe: „Zwar kann ein solches Verhalten grundsätzlich die Haftung für die hierdurch (mit-)verursachte Benutzung des Patents begründen. Da jeder Beteiligte – gegebenenfalls neben anderen als Nebentäter i.S. des § 840 I BGB – bereits für eine fahrlässige Patentverletzung einzustehen hat, genügt grundsätzlich jede vorwerfbare Verursachung der Rechtsverletzung einschließlich der ungenügenden Vorsorge gegen solche Verstöße. Das darf jedoch nicht dazu führen, den Tatbestand der unmittelbaren Patentverletzung auf Fälle notwendiger Teilnahme zu erstrecken, die der Tatbestand nach seinem Sinn und Zweck nicht erfassen soll. So setzt der Abnehmer einer patentgemäßen Vorrichtung zwar regelmäßig eine notwendige Bedingung für deren Inverkehrbringen, ist jedoch gleichwohl für das Inverkehrbringen nicht haftbar. Entsprechend verhält es sich mit demjenigen, der an den Hersteller einer erfindungsgemäßen Vorrichtung Teile liefert, die gegebenenfalls i.S. des § 10 PatG als Mittel in Betracht kommen, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen. Er

setzt zwar eine notwendige Bedingung für die – von ihm gegebenenfalls auch gewollte – Herstellung des geschützten Gegenstands. Seine patentrechtliche Verantwortung richtet sich jedoch – jedenfalls solange nur eine fahrlässige Patentverletzung in Betracht kommt – ausschließlich nach § 10 PatG, da anderenfalls die von dieser Vorschrift seiner Verantwortung gezogenen Grenzen unterlaufen würden.“<sup>1384</sup>

Deutlicher als das LG Mannheim gestand der Bundesgerichtshof § 10 Abs. 1 PatG Sperrwirkung gegenüber dem allgemeinen Vorfeldschutz zu, soweit der Vertrieb unfertiger Erzeugnisse betroffen sei. Er begründete seine Ansicht maßgeblich damit, dass der Lieferant von Einzelteilen als notwendiger Teilnehmer des Herstellers nicht von der allgemeinen Vorfeldhaftung erfasst werde. Die Kategorie der notwendigen Teilnahme bezeichnet im Strafrecht Tatbestände, deren Erfüllung begriffsnotwendig das Zusammenwirken mehrerer voraussetzt.<sup>1385</sup> So setzt der Wucher (§ 291 StGB) Wucherer und Bewucherten voraus, die Bestechlichkeit (§ 332 StGB) einen Bestechenden und einen Bestochenen. Traditionell vertreten strafrechtliche Rechtsprechung und herrschende Lehre, dass sich der notwendige Teilnehmer nicht nach den allgemeinen §§ 26 ff. StGB strafbar mache, solange sich sein Beitrag auf die tatbestandsnotwendig Mindestwirkung beschränke.<sup>1386</sup> In seiner Entscheidung „Funkuhr II“ übertrug der Bundesgerichtshof den Gedanken, dass für den notwendigen Teilnehmer die allgemeine Teilnehmerhaftung ausgeschlossen ist, auf das Patentrecht.

Sein erster Transfer überzeugt: Der Tatbestand des Inverkehrbringens (§ 9 S. 2 Nr. 1 Var. 3 PatG) setzt begriffsnotwendig das Zusammenwirken zweier Personen voraus: Veräußerer und Erwerber. Die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Erzeugnis muss übergehen.<sup>1387</sup> Adressat des Verbots ist der Veräußerer, der Erwerber ist notwendiger Teilnehmer. Hieraus folgt erstens, dass allein der Veräußerer ein Patent unmittelbar durch Inverkehrbringen verletzen kann.<sup>1388</sup> Zweitens haftet der Erwerber nicht als Mittäter oder Teilnehmer des Veräußerers,<sup>1389</sup> das heißt unterliegt nicht der allgemeinen Vorfeldhaftung.

Nicht gefolgt werden kann dem BGH bei seinem zweiten Transfer: Entsprechendes gelte für den Lieferanten von notwendigen Mitteln im Sinne von § 10 Abs. 1 PatG. Der Tatbestand des Herstellens setzt nicht

begriffsnotwendig das Zusammenwirken mehrerer voraus. Anders als das Inverkehrbringen ist er kein Begegnungstatbestand. Der Lieferant von Einzelteilen ist nicht notwendiger Teilnehmer der unmittelbaren Patentverletzung seines Abnehmers, der die Einzelteile zur geschützten Kombination zusammensetzt. Sein Tatbeitrag beschränkt sich nicht auf eine tatbestandsnotwendige Mindestmitwirkung. Vielmehr wäre der Tatbestand der unmittelbaren Patentverletzung auch erfüllt, wenn der Hersteller das Einzelteil nicht vom Lieferanten bezogen, sondern selbst produziert hätte. Die Kategorie der notwendigen Teilnahme liefert also kein Argument dafür, dass der Lieferant unfertiger Produkte nicht nach Maßgabe des allgemeinen Vorfeldschutzes haftet.

Um Missverständnisse zu vermeiden, sei ergänzt: Die Herstellung des fertigen Erzeugnisses ist kein Begegnungstatbestand, wohl aber die Patentgefährdung gemäß § 10 Abs. 1 PatG selbst (S. 67). Der Lieferant ist zwar nicht notwendiger Teilnehmer an der unmittelbaren Patentverletzung seines Abnehmers („Funkuhr II“). Dagegen ist der Abnehmer des Lieferanten notwendiger Teilnehmer der Patentgefährdung.

#### cc. Stellungnahme

§ 10 Abs. 1 PatG enthält die gesetzgeberische Wertung, dass der Lieferant unfertiger Erzeugnisse nur als Patentgefährder haftet, wenn die Lieferung selbst Inlandsbezug aufweist. Eine Sperrwirkung gegenüber dem allgemeinen Vorfeldschutz entfaltet diese gesetzgeberische Wertung jedoch nicht. Die spezielle Norm verdrängt die allgemeine Norm nur, wenn sie dieselben Tatbestandsmerkmale und mindestens noch ein weiteres Merkmal enthält, das heißt, wenn der Anwendungsbereich der speziellen Norm vollständig im Anwendungsbereich der allgemeinen Norm aufgeht.<sup>1390</sup> Als zusätzliches Merkmal gegenüber der allgemeinen Vorfeldhaftung enthält § 10 Abs. 1 PatG den doppelten Inlandsbezug. Dafür stellt die Vorschrift an anderer Stelle weniger strenge Anforderungen als der akzessorische allgemeine Vorfeldschutz. Als Gefährdungsdelikt statuiert sie eine (unvollkommen) einstufige Haftung. Die Vorfeldmaßnahme (Lieferung oder Angebot) ist direkter Anknüpfungspunkt der Verantwortlichkeit. Kommt es auf eine nachfolgende tatsächliche Patentverletzung nicht an, ist es konsequent,

dass bereits die Vorfeldmaßnahme im Inland durchgeführt werden muss. Die akzessorische allgemeine Vorfeldhaftung ist dagegen von einer tatsächlichen Patentverletzung abhängig, enthält also im Vergleich zu § 10 Abs. 1 PatG ein zusätzliches Merkmal. Sie steht zu § 10 Abs. 1 PatG nicht im Verhältnis der allgemeinen Norm. Ihre akzessorische Struktur rechtfertigt es, auf den doppelten Inlandsbezug zu verzichten.<sup>1391</sup> Konflikte mit den Wertungen in § 10 Abs. 1 PatG kann man vermeiden, indem man an die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Begehungsgefahr strenge Anforderungen stellt und dem ausländischen Lieferanten unfertiger Erzeugnisse keine unverhältnismäßigen Prüfungspflichten aufbürdet. Er muss sich nur über die naheliegenden Vertriebswege seiner Ware informieren. Auch ist ihm nicht zuzumuten, sich im Detail über die Schutzrechtslage in zahlreichen Ländern zu unterrichten. Schließlich muss er nicht jede theoretisch denkbare Verwendung seines für sich unbedenklichen Einzelteils berücksichtigen. Wird sein Produkt jedoch typischerweise in bestimmte Länder exportiert, muss er sich darüber informieren, ob dem Vertrieb Patentrechte entgegenstehen und notfalls die erforderlichen Lizenzen einholen.

## *II. Urheberrecht*

Konkurrenzen zwischen allgemeinem Vorfeldschutz und den Vergütungsansprüchen gemäß §§ 54 ff. UrhG sind ausgeschlossen. Zwar gewähren die Vergütungsansprüche besonderen Vorfeldschutz gegen Produktion und Vertrieb gefährlicher Vervielfältigungstechnologie (S. 106). Regelungstechnisch geschieht dies jedoch mit Hilfe einer gesetzlichen Lizenz für Vervielfältigungen für den eigenen Gebrauch (§ 53 UrhG). Infolge der gesetzlichen Lizenz fehlt dem allgemeinen akzessorischen Vorfeldschutz der Bezugspunkt. Allgemeiner Vorfeldschutz setzt eine unmittelbare Urheberrechtsverletzung voraus, jedoch sind Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch gesetzlich erlaubt. Verwertungshandlungen außerhalb der gesetzlichen Lizenz lösen keine Vergütungsansprüche aus. Besonderer Vorfeldschutz gemäß §§ 54 ff. UrhG und allgemeiner Vorfeldschutz lassen sich daher trennscharf voneinander abgrenzen.

Dagegen bietet sich der Rückgriff auf allgemeine Regeln im

Anwendungsbereich des § 95a UrhG an. Zum Hintergrund: Vor Inkrafttreten des „Ersten Korbs“ im September 2003 konnten Urheber und sonstige Rechtsinhaber gegen die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen und den Vertrieb von Umgehungsmitteln nur nach Maßgabe des allgemeinen Vorfeldschutzes oder des Wettbewerbsrechts vorgehen.<sup>1392</sup> Beispielsweise konnte derjenige als Störer haften, der eine Urheberrechtsverletzung dadurch pflichtwidrig verursachte, dass er technische Schutzmaßnahmen überwand oder die erforderlichen Mittel hierfür bereitstellte.<sup>1393</sup> Bei Erstbegehungsgefahr waren Unterlassungsansprüche sogar denkbar, bevor es zum (ersten) Eingriff in das Urheberrecht kam. Angesichts der Möglichkeit, den Störer vorbeugend auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen, hielt es *M. Haedicke* nicht für erforderlich, zur Umsetzung der Info-RL abstrakte Gefährdungstatbestände nach Art der § 95a Abs. 1 und 3 UrhG zu schaffen. Angemessenen Vorfeldschutz biete bereits die allgemeine Haftung wegen mittelbarer Urheberrechtsverletzungen.<sup>1394</sup> *P. Wand* entgegnete, Hersteller und Lieferanten gefährlicher Produkte könnten sich nach ständiger Rechtsprechung durch einen Warnhinweis ihrer Haftung entziehen. Die Störerhaftung lasse dadurch erhebliche Lücken.<sup>1395</sup> Zumindest aus Sicht der aktuellen Rechtsentwicklung überzeugt der Einwand von *P. Wand* nicht mehr, denn der Warnhinweis gilt im Urheberrecht nicht mehr als hinreichende Sicherungsvorkehrung gegen den rechtsverletzenden Gebrauch ambivalenter Produkte oder Plattformen (S. 180 ff.). Allerdings kann man bezweifeln, dass die weitgehend richterrechtlich geprägten Grundsätze der Störerhaftung den europarechtlichen Anforderungen an das normative Mittel der Richtlinienumsetzung<sup>1396</sup> genügt hätten, insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit.

Mit Inkrafttreten der §§ 95a ff. UrhG hat der allgemeine Vorfeldschutz im Bereich technischer Maßnahmen viel von seiner praktischen Bedeutung eingebüßt. Allerdings lassen die § 95a Abs. 1 und 3 UrhG einzelne Schutzlücken, indem sie beispielsweise nur wirksame technische Maßnahmen durch rechtlichen Schutz flankieren (S. 138). Inwieweit man subsidiär weiterhin auf allgemeine Regeln zurückgreifen kann, untersuchte das LG Frankfurt in der Entscheidung „Analoges Loch“ von 2006<sup>1397</sup> (S. 139). Die Antragsgegnerin vertrieb das Programm „N.DirectCut“, mit dem

man DRM-freie Kopien von Musikdateien der Antragstellerin herstellen konnte. Das Programm vervielfältigte und redigitalisierte das analoge Signal. Nach Ansicht des Landgerichts war die DRM-Technik der Antragstellerin hinsichtlich des analogen Signals keine wirksame technische Maßnahme, so dass die Antragsgegnerin mit dem Vertrieb von „N.DirectCut“ nicht gegen § 95a Abs. 3 UrhG verstoße.<sup>1398</sup> Anstatt die Haftung der Antragsgegnerin als Teilnehmer oder Störer zu prüfen, gewährte das LG Frankfurt ergänzenden Vorfeldschutz gemäß §§ 3 und 4 Nr. 10 UWG. Indem die Antragsgegnerin ihren Kunden ermögliche, kostenlos in den Genuss entgeltlich angebotener Leistungen der Antragstellerin zu gelangen, behindere sie ihre Mitbewerberin gezielt (mittelbare produktbezogene Behinderung<sup>1399</sup>). Zusätzlich verleite sie ihre Kunden zum Vertragsbruch (kundenbezogene Behinderung<sup>1400</sup>).<sup>1401</sup>

Ergänzender Vorfeldschutz, sei es nach Maßgabe des Immaterialgüterrechts, sei es nach Maßgabe des UWG, darf nicht die Wertungen des besonderen Urheberrechts unterlaufen.<sup>1402</sup> § 95a UrhG könnte abschließend regeln, welche technischen Maßnahmen flankierenden rechtlichen Schutz genießen. Er könnte die gesetzgeberische Wertung enthalten, dass allein die Umgehung *wirksamer* technischer Maßnahmen verboten ist, nicht aber die Umgehung *unwirksamer* Maßnahmen, und insoweit eine Sperrwirkung gegenüber dem allgemeinen und dem wettbewerbsrechtlichen Vorfeldschutz entfalten. *M. Trayer* vertritt, das UWG sei gegenüber dem Urheberrecht subsidiär und dürfe neben § 95a UrhG nicht zur Anwendung gelangen.<sup>1403</sup> *C. Arlt* erwidert, die wettbewerbsrechtliche Generalklausel verfolge andere Ziele als § 95a UrhG und habe andere Tatbestandsvoraussetzungen. Im Übrigen lasse die Info-Richtlinie gemäß ihrem Art. 9 „Rechtsvorschriften über Wettbewerbsbeschränkungen und unlauteren Wettbewerb“ ausdrücklich unberührt.<sup>1404</sup>

Auf das Verhältnis zwischen § 95a UrhG und dem allgemeinen Vorfeldschutz lassen sich die zum Patentrecht entwickelten Grundsätze übertragen (S. 276): § 95a UrhG steht zur akzessorischen allgemeinen Vorfeldhaftung nicht im Verhältnis der spezielleren Norm, denn der allgemeine Vorfeldschutz greift teilweise erst unter zusätzlichen Voraussetzungen ein. Sowohl § 95a Abs. 1 UrhG als auch § 95a Abs. 3

UrhG enthalten abstrakte Gefährdungsdelikte, die im Gegensatz zur allgemeinen Vorfeldhaftung nicht voraussetzen, dass es zu einer unmittelbaren Urheberrechtsverletzung kommt. Ebenso beinhalten die §§ 3 und 4 Nr. 10 UWG im Vergleich zu § 95a UrhG zusätzliche Merkmale: gezielte Behinderung, Unlauterkeit. Mangels Spezialitätsverhältnisses entfaltet § 95a UrhG gegenüber der allgemeinen Vorfeldhaftung keine formelle Sperrwirkung. Dieser Ansicht ist anscheinend auch das LG München I, das in seiner Entscheidung „Modchips“ von 2008 neben den Voraussetzungen der vorsätzlichen Beihilfe zu Urheberrechtsverletzungen die Voraussetzungen des „inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs“ gemäß § 95a Abs. 3 UrhG für erfüllt hielt.<sup>1405</sup>

Materiell sind bei der Ausgestaltung des ergänzenden Vorfeldschutzes jedoch die Wertungen des § 95a UrhG zu berücksichtigen. Der Tatbestand einer Vorfeldnorm grenzt vom neutralen Bereich diejenigen gefährlichen Maßnahmen ab, gegen die der Rechtsinhaber sich über den unmittelbaren Schutzbereich seines Rechts hinaus wehren darf. An welcher Stelle die Zäsur zwischen neutralem und gefährlichem Bereich zu setzen ist, bestimmt sich im Wege der Abwägung aller betroffenen Interessen. Zweck der §§ 95a UrhG ff. ist es, bestimmte technische Schutzmaßnahmen durch rechtlichen Schutz zu flankieren. Der Gesetzgeber hat versucht, durch eine differenzierende Regelung den Ausweg aus dem „digitalen Dilemma“ finden, das daraus resultiert, dass einerseits Digitalisierung und Vernetzung immaterielle Rechte besonders angreifbar machen, es dem Rechtsinhaber andererseits aber auch ermöglichen, den Zugang zu Inhalten durch technische Maßnahmen unverhältnismäßig zu blockieren.<sup>1406</sup> Dem Schutzinteresse des Rechtsinhabers steht das Allgemeininteresse an freiem Zugang zu digitalen Inhalten entgegen. Ausdruck dieses Interessenkonflikts ist zum einen § 95b UrhG, wonach der Rechtsinhaber zur Durchsetzung einiger Schranken des Urheberrechts die erforderlichen Mittel bereitstellen muss. Zum anderen sind auch die Tatbestände des § 95a UrhG Ergebnis legislativer Abwägung, indem sie nur wirksame technische Maßnahmen durch rechtlichen Schutz flankieren. Soweit die allgemeine Vorfeldhaftung nicht die Wirksamkeit der technischen Maßnahme erfordert, muss man an anderer Stelle sicherstellen, dass die in § 95a UrhG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertungen nicht umgangen werden. Der Verzicht auf das Merkmal der Wirksamkeit

muss durch andere Tatbestandsvoraussetzungen kompensiert werden. Zunächst stellt die allgemeine Vorfeldhaftung auf Grund ihrer Akzessorietät erhöhte Anforderungen. Im Übrigen ist auf Ebene der Verkehrspflichtverletzung sicherzustellen, dass derjenige, der unwirksame Maßnahmen umgeht oder Mittel hierzu bereitstellt, erst bei hinreichender Gefährlichkeit seines Verhaltens haftet. Zulässig erscheint der Rückgriff auf allgemeinen Vorfeldschutz, wenn der Anbieter von Umgehungsmitteln unverhohlen damit wirbt, sein Produkt helfe bei der Verletzung fremder Urheberrechte oder wenn ein Wettbewerber systematisch die DRM-Technik eines Konkurrenten sabotiert.

## C. Erweiterung „in die Tiefe“

### *I. Überblick*

Durch Kombination verschiedener Instrumente des Vorfeldschutzes lassen sich zusätzliche Vorfeldebene erschließen. Das gilt zum einen innerhalb des besonderen Vorfeldschutzes, wie bereits an einem markenrechtlichen Beispiel erläutert wurde (S. 44). Zur Erinnerung: Im Fall „Cartier“<sup>1407</sup> produzierte und lieferte die Beklagte unechte Garantiekarten. Ihre Abnehmerin fügte die Garantiekarten gefälschten „Trinityringen“ bei und exportierte den derart gekennzeichneten Schmuck nach Singapur. Die Lieferantin der Garantiekarten haftete nach Ansicht des OLG Karlsruhe gemäß § 14 Abs. 4 MarkenG (verbotene Vorbereitungshandlungen). Allerdings verursachte auch ihre Abnehmerin keine unmittelbare Markenkollision, da sie den gekennzeichneten Schmuck nicht in den inländischen Verkehr brachte. Vielmehr erfüllte die Abnehmerin die Voraussetzungen der abstrakten Gefährdungsdelikte in § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG (Kennzeichnungsverbot) und § 14 Abs. 3 Nr. 4 Var. 2 MarkenG (Export). Die Kombination der abstrakten Gefährdungsdelikte mit dem konkreten Gefährdungsdelikte in § 14 Abs. 4 MarkenG eröffnete dem Markeninhaber den Zugriff auf das „Vorfeld des Vorfeldes“.

Ebenso ist die Kombination besonderen Vorfeldnormen mit dem allgemeinen Vorfeldschutz denkbar. Als Ansatzpunkt soll eine erfolgsbezogene extensive Auslegung der besonderen Gefährdungstatbestände (§ 10 Abs. 1 PatG, § 14 Abs. 4 MarkenG, § 95a Abs. 1 und 3 UrhG) dienen: Nicht nur derjenige, der eigenhändig die jeweils verbotenen Gefährdungshandlungen durchführt, erfüllt den Tatbestand, sondern auch derjenige, der die tatbestandsmäßige Rechtsgefährdung auf andere Weise pflichtwidrig verursacht. Wie den unmittelbaren Verletzungstatbeständen des Immaterialgüterrechts liegt den besonderen Gefährdungstatbeständen ein extensiver Täterbegriff zu

Grunde, der die erfolgsbezogene Auslegung zulässt. Weder handelt es sich um eigenhändige noch um schlichte Tätigkeitsdelikte. Tatbestandsmäßiger Erfolg ist nicht der Eingriff in ein absolutes Recht, sondern die abstrakte oder konkrete Gefahrenlage für das Recht. Strukturelle Besonderheiten der besonderen Gefährdungsdelikte, die abweichend von allgemeinen deliktsrechtlichen Grundsätzen für einen restriktiven Täterbegriff sprächen, sind nicht ersichtlich. Allerdings ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber die Vorfeldebene, auf die der Rechtsinhaber zugreifen darf, abschließend eingrenzen wollte, so dass die Einbeziehung weiter vorgelagerter Ebenen mit Hilfe des allgemeinen Vorfeldschutzes unzulässig wäre. Das Konkurrenzproblem soll am Beispiel des § 95a Abs. 3 UrhG untersucht werden.

### *I. § 95a Abs. 3 UrhG und allgemeiner Vorfeldschutz – dritte Vorfeldebene?*

Wer Umgehungsmittel im Sinne von § 95a Abs. 3 UrhG bereitstellt, bewegt sich auf der zweiten Vorfeldebene, denn zur unmittelbaren Verletzung bedarf es noch (auf erster Vorfeldebene) der Umgehung technischer Maßnahmen mit Hilfe der Umgehungsmittel (§ 95a Abs. 1 UrhG). Fraglich ist, ob derjenige, der die Umgehungsmittel selbst nicht vertreibt, sondern den Vertrieb auf andere Weise verursacht (dritte Vorfeldebene) nach allgemeinen Regeln haftet. Als Referenz diene einerseits der Fall „DVD-Ripper“, über den das LG München I 2007 entschied.<sup>1408</sup> Ähnlich wie im Fall „Clone-CD“<sup>1409</sup> wehrten sich Unternehmen der Musikindustrie gegen Angebote von Umgehungssoftware bei eBay. Der Inhaber des entsprechenden eBay-Kontos verteidigte sich jedoch mit der Behauptung, nicht er habe die Angebote eingestellt, sondern allenfalls ein Familienmitglied. Unter anderem benutzten die Ehefrau und zwei minderjährige Kinder Computer und Internetzugang des Kontoinhabers und hatten Kenntnis von den erforderlichen Zugangsdaten (Nutzername und Passwort). In dieser Hinsicht entspricht der Fall „DVD-Ripper“ der Konstellation aus der „Halzband“-Entscheidung des BGH<sup>1410</sup> (S. 198). Als zweite Referenz diene der bereits bekannte Fall „Heise online“<sup>1411</sup>: Der Heise Verlag vertrieb nicht selbst die illegale Software „AnyDVD“, setzte in einem

Artikel jedoch Hyperlinks auf die Homepage des Anbieters Slysoft.

### 1. Keine formelle Sperrwirkung

Während der BGH in seiner Entscheidung „AnyDVD“ offenließ, ob die Grundsätze der Störerhaftung auf § 95a UrhG Anwendung finden, <sup>1412</sup> bezweifeln Teile der Literatur, dass sich § 95a Abs. 3 UrhG mit dem allgemeinen Vorfeldschutz – sei es der Störerhaftung, sei es der Täter- und Teilnehmerhaftung – kombinieren lässt.<sup>1413</sup> Gemeinsamer Ausgangspunkt der Kritik ist die Vorstellung, § 95a Abs. 3 UrhG sei eine in sich geschlossene Vorschrift, die alle Tathandlungen umfassend und abschließend benenne. Verboten sei daher nur die eigenhändige und vollständige Verwirklichung einer der Varianten, nicht aber die Beteiligung oder sonstige Verursachung.<sup>1414</sup> Dogmatisch gelangen die Kritiker auf unterschiedliche Weise zu diesem Ergebnis.

#### a. § 95a Abs. 3 UrhG als Tatbestand der Gefährdungshaftung

*B. Barnitzke* ist der Ansicht, § 95a Abs. 3 UrhG sei ein Gefährdungshaftungstatbestand, der kein Verschulden voraussetze. Dagegen erfordere die Teilnehmerhaftung gemäß § 830 Abs. 2 BGB eine vorsätzliche Haupttat und sei schon aus diesem Grund nicht mit § 95a Abs. 3 UrhG zu kombinieren.<sup>1415</sup> Tatsächlich vertritt die herrschende Meinung, § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB gelte nicht im Recht der Gefährdungshaftung.<sup>1416</sup> Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe setzten den Vorsatz bezüglich der Rechtsgutsverletzung und gegebenenfalls eine vorsätzliche Haupttat voraus. Dagegen sei für die Gefährdungshaftung jeder Vorsatz ohne Bedeutung. Relevant sei allein die Beherrschung einer Gefahrenquelle. Da sich die Zurechnungskriterien der Teilnahme und der Gefährdungshaftung widersprüchen, sei eine gleichzeitige Anwendung der Rechtsinstitute nicht denkbar. Allerdings ist die Grundannahme *B. Barnitzkes* abzulehnen. § 95a Abs. 3 UrhG ist ein Gefährdungstatbestand aber kein Tatbestand der Gefährdungshaftung (S. 143). Er begründet keine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht, denn Schadensersatzansprüche wegen des Vertriebs verbotener Umgehungsmittel setzen gemäß § 823 Abs. 2 BGB oder § 97 Abs. 2 UrhG

Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus (S. 142).

b. § 95a Abs. 3 UrhG als Kodifikation der mittelbaren Urheberrechtsverletzung?

Im Anschluss an *M. Haedicke*<sup>1417</sup> betont *G. Spindler*, § 95a Abs. 3 UrhG erfasse den „klassischen Bereich der fördernden Handlungen und der mittelbaren Urheberrechtsverletzungen“, wie er zuvor bereits von § 97 UrhG abgedeckt worden sei (vgl. S. 277). Erweitere man diesen gesicherten Bereich durch Anwendung allgemeiner Grundsätze, wären der Vorfeldhaftung praktisch keine Grenzen mehr gezogen.<sup>1418</sup> Nach *G. Spindler* sollen für den Vorfeldschutz gemäß § 95a Abs. 3 UrhG die gleichen Grenzen gelten wie vor Inkrafttreten der Norm für den Vorfeldschutz gemäß § 97 UrhG.

Man kann ihm zunächst entgegenhalten, dass der Gesetzgeber mit § 95a UrhG nicht die bereits zuvor geltenden Grundsätze über mittelbare Urheberrechtsverletzungen kodifizieren wollte. Die Vorschrift entstammt dem Europarecht (Art. 6 Info-RL) und ist als einstufiger Tatbestand der Urheberrechtsgefährdung ausgestaltet. Zudem ist nicht ersichtlich, dass die Haftung für mittelbare Urheberrechtsverletzungen gemäß § 97 UrhG traditionell derart begrenzt ist, dass sie Beiträge wie den Hyperlink in der Meldung von Heise online oder das Bereitstellen eines eBay-Accounts von vornherein nicht erfasst. Die allgemeine Vorfeldhaftung erstreckt sich im Ausgangspunkt auf jeden Verursachungsbeitrag, unabhängig davon, wie viele Zwischenschritte bis zur unmittelbaren Verletzung noch fehlen. Haftungsbeschränkend wirkt erst das Merkmal der Verkehrspflichtverletzung, das jedoch keine starren Grenzen derart zieht, dass ganze Vorfeldebene von vornherein aus der Haftung ausgenommen seien. Bei nachhaltigem Verstoß gegen Verkehrspflichten mag auch ein sehr weit entfernter Beitrag Abwehr- und Schadensersatzansprüche auslösen. Selbst wenn man § 95a Abs. 3 UrhG als Kodifikation des zuvor geltenden allgemeinen Vorfeldschutzes gegen Umgehungsmittel versteht, zwingt das nicht zu einer restriktiven Auslegung derart, dass nur der eigenhändige Vertrieb tatbestandsmäßig sei.

c. § 95a Abs. 3 UrhG als verselbstständigter Beihilfetatbestand

Teile der Literatur bezeichnen § 95a Abs. 3 UrhG als verselbstständigten Beihilfetatbestand, an dem eine Beteiligung nach allgemeinen Regeln nicht möglich sei.<sup>1419</sup> Dabei versuchen sie, Erkenntnisse der Strafrechtslehre auf das Urheberrecht zu übertragen.

#### aa. Strafrecht

Als verselbstständigte Beihilfetatbestände gelten Strafgesetze, die neben den zentralen Tathandlungen auch solche Begehungsformen (Unterstützen, Fördern, Hilfeleisten) mit Strafe bedrohen, die materiell nur Beihilfe zu diesen Handlungen sind.<sup>1420</sup> Der Gesetzgeber hat typische Beihilfehandlungen zur Täterschaft aufgewertet. Für die verselbstständigte Beihilfe gelten die zusätzlichen Voraussetzungen des § 27 StGB nicht. Die Strafe kann nicht gemäß § 27 Abs. 2 S. 2 StGB gemildert werden.

Als Beispiele seien zunächst §§ 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 StGB genannt, nach denen sich strafbar macht, wer den organisatorischen Zusammenhalt verbotener Parteien oder Vereinigungen unterstützt. Ebenso ist bereits die bloße Unterstützung krimineller oder terroristischer Organisationen strafbar, ohne dass die Voraussetzungen von § 27 StGB erfüllt sein müssten (§§ 129 Abs. 1, 129a Abs. 5 StGB). § 109f Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB verbietet es, bestimmte (ihrerseits strafbare) nachrichtendienstliche Tätigkeiten zu unterstützen oder hierfür anzuwerben. Nach § 120 Abs. 1 StGB macht sich täterschaftlich strafbar, wer einen Gefangenen beim Entweichen fördert. Wegen Landfriedensbruch gemäß § 125 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer sich an näher beschriebenen Ausschreitungen „als Täter oder Teilnehmer beteiligt“. Die genannten Tatbestände verbieten neben dem eigentlichen rechtsverletzenden oder rechtsgefährdenden Verhalten bestimmte Vorfeldmaßnahmen. Man könnte sagen: die verselbstständigte Beihilfe ist ein Instrument des Vorfeldschutzes im Strafrecht.

Wollte der Gesetzgeber mit der Aufwertung einzelner Beihilfehandlungen zur Täterschaft als Kehrseite die allgemeine Gehilfenstrafbarkeit gemäß § 27 StGB beschränken? In der Verselbstständigung einzelner Unterstützungshandlungen könnte der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck kommen, gleichzeitig einen abschließenden Katalog derjenigen Unterstützungshandlungen zu schaffen, die überhaupt strafbar sind. Macht

sich beispielsweise neben demjenigen, der um Mitglieder für eine kriminelle Vereinigung wirbt (§ 129 Abs. 1 StGB), auch der Drucker oder Verleger, der hilft, die Werbeschrift zu veröffentlichen, strafbar?<sup>1421</sup> Oder – will man die Parallele zum Fall „Heise online“ deutlich machen – derjenige, der im Internet einen Hyperlink auf die werbende Homepage der Vereinigung setzt?

Die Strafrechtswissenschaft ist sich inzwischen einig, dass man keine allgemeingültige Antwort geben kann. Stattdessen entscheide die teleologische Auslegung des jeweiligen besonderen Tatbestands darüber, inwieweit die allgemeinen Regeln über die Teilnahme gesperrt sind.<sup>1422</sup> Die Verselbstständigung von Beihilfehandlungen kann unterschiedlichen Zielen dienen. Auf der einen Seite stehen Straftaten wie die Gefangenenbefreiung gemäß § 120 Abs. 1 StGB. Der Gefangene selbst kann nicht Täter sein, da er sich in einer notstandsähnlichen Situation befindet.<sup>1423</sup> Täter ist daher zunächst jeder andere, der die Tatherrschaft über den Befreiungsvorgang ausübt („Fremdbefreiung“). Liegt die Tatherrschaft dagegen allein beim Gefangenen („Selbstbefreiung“), wären diejenigen, die ihn unterstützen, nach allgemeinen Regeln straflos: mangels tauglichen Tatsubjekts fehlte es an einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat. Um diese Strafbarkeitslücke zu schließen, stellt der Gesetzgeber die Anstiftung („verleitet“) und Beihilfe („fördert“) zur Selbstbefreiung selbstständig unter Strafe. Sinn und Zweck der verselbstständigten Beihilfetatbestände ist es, die allgemeinen Teilnahmeregeln zu ergänzen, nicht dagegen, sie zu beschränken. Daher ist anerkannt, dass sich nach §§ 120 Abs. 1, 27 StGB strafbar macht, wer den Täter einer Fremdbefreiung unterstützt, aber auch, wer den „Gehilfen“ einer Selbstbefreiung unterstützt, beispielsweise, wer dem Helfer des Gefangenen Werkzeug liefert, das dieser wiederum an den Gefangenen zum Aufbruch der Zellentür weitergibt.<sup>1424</sup> Die verselbstständigten Beihilfetatbestände in § 120 Abs. 1 StGB entfalten keine Sperrwirkung gegenüber den allgemeinen Regeln.

Auf der anderen Seite stehen Straftaten wie die Bildung krimineller Vereinigungen gemäß § 129 Abs. 1 StGB. Die Tatvarianten des Unterstützens und des Werbens um Mitglieder erklären sich nicht daraus, dass es für die Gehilfenstrafbarkeit nach allgemeinen Regeln an einer

rechtswidrigen Haupttat fehlt. Vielmehr enthält § 129 Abs. 1 StGB verschiedene abstrakte Gefährdungsdelikte, die sich durch die typische Gefährlichkeit bestimmter Gruppenbildungen für den öffentlichen Frieden und Rechtsgüter Einzelner rechtfertigen.<sup>1425</sup> Bereits das „eigentliche“ täterschaftliche Geschehen – die mitgliedschaftlichen Aktivitäten der Vereinigungsmitglieder<sup>1426</sup> – bewegt sich im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen. Noch weiter entfernt sind die Werbung von Mitgliedern und die Unterstützung der mitgliedschaftlichen Aktivitäten. Ob derart entfernte Beiträge zur Gefährdung des geschützten Rechtsgutes die Strafbarkeit nach allgemeinen Regeln (§§ 25 ff. StGB) nach sich ziehen, ist unter Berücksichtigung der Zwecke des Strafrechts zu beurteilen. Aufgabe des Strafrechts ist der Schutz von Rechtsgütern.<sup>1427</sup> Der Rechtsgutsbegriff beschränkt den Gesetzgeber bei der Schaffung neuer Straftatbestände,<sup>1428</sup> an ihm muss sich die Auslegung eines Tatbestands orientieren und auch für die Anwendung allgemeiner Regeln kann das Schutzgut einer Norm von Bedeutung sein.<sup>1429</sup> Das Ziel des Rechtsgüterschutzes hindert den Gesetzgeber grundsätzlich nicht, abstrakte Gefährdungsdelikte zu schaffen.<sup>1430</sup> Allerdings darf er keine Verhaltensweisen unter Strafe stellen, die so weit im Vorbereitungsstadium liegen, dass ihr Bezug zum Rechtsgut kaum noch erkennbar ist.<sup>1431</sup> Bei rechtsgutsorientierter Auslegung von § 129 Abs. 1 StGB ist die Teilnahme an den verselbstständigten Beihilfetatbeständen nach allgemeinen Regeln daher nicht möglich.<sup>1432</sup> Über § 27 StGB würde man eine dritte Vorfeldebene pönalisieren und dabei die Grenze des rechtsstaatlich Zulässigen überschreiten. § 129 Abs. 1 StGB entfaltet gegenüber der allgemeinen Gehilfenstrafbarkeit Sperrwirkung.

## bb. Zivilrecht

§ 95a UrhG ist strukturell mit § 129 Abs. 1 StGB verwandt, da er verschiedene Gefährdungsdelikte enthält. § 95a Abs. 1 und 3 UrhG erstrecken die zivilrechtliche Haftung auf zwei Vorfeldebenen. Kombiniert mit dem allgemeinen Vorfeldschutz würde die Vorschrift dem Rechtsinhaber Zugriff auf eine dritte Ebene eröffnen. Entfaltet § 95a UrhG angesichts dieser Parallelen eine ähnliche Sperrwirkung gegenüber den allgemeinen Regeln wie § 129 Abs. 1 StGB? Strafrecht und ziviles

Deliktsrecht haben unterschiedliche Funktionen (S. 242). Das Strafrecht versieht die wichtigsten Bereiche sozialen Zusammenlebens und die sozial wichtigsten Interessen mit einem besonders starken Schutz, den das Zivilrecht mit seiner Ausgleichsfunktion nicht gewährleisten kann.<sup>1433</sup> Als „ultima ratio“ muss das Strafrecht fragmentarisch bleiben. Rechtsstaatsprinzip und Bestimmtheitsgebot setzen ihm enge Grenzen. Das private Haftungsrecht dient dem gerechten Schadensausgleich und der gerechten Verteilung von Schadenskosten innerhalb der Gesellschaft. Daher kann und muss es die Vorfeldhaftung deutlich weiter ziehen als das Strafrecht. Eine formelle Sperrwirkung des § 95a Abs. 3 UrhG hinsichtlich der Kombination mit dem allgemeinen Vorfeldschutz ist abzulehnen.

### cc. Zwischenergebnis

§ 95a Abs. 3 UrhG ist eine Vorschrift des besonderen Deliktsrechts. Wie dem gesamten Deliktsrecht liegt ihr ein extensiver Täterbegriff zu Grunde. Tatbestandsmäßig handelt nicht nur, wer die Umgehungsmittel eigenhändig vertreibt, sondern potentiell jeder, der ihren Vertrieb verursacht,<sup>1434</sup> beispielsweise der Rentner, der den Enkeln das Passwort zu seinem eBay-Konto mitteilt, oder Heise online, das die Internetseite von Slysoft verlinkt. Bei der Konkretisierung der Vorfeldhaftung muss man jedoch berücksichtigen, dass das Verhalten des Rentners oder des Heise Verlags nur über drei Mittelspersonen zur Rechtsverletzung führt: über den Lieferanten der Umgehungsmittel, über denjenigen, der die technischen Maßnahmen mit Hilfe der Mittel umgeht und über denjenigen, der die nunmehr ungeschützten Werke unbefugt verwertet. Als haftungsbegrenzendes Kriterium können erneut die Verkehrspflichten dienen. Je weiter die Handlung von der Rechtsverletzung entfernt ist, desto geringere Verkehrspflichten treffen den Handelnden. Mit den Verkehrspflichten stellt das Zivilrecht selbst ein geeignetes Instrument zur Verfügung, das die Ausuferung der Vorfeldhaftung verhindert. Nicht zuletzt aus diesem Grund erweist sich die Anleihe im Strafrecht als überflüssig.<sup>1435</sup>

## 2. Materielle Einschränkungen des allgemeinen Vorfeldschutzes

Bei der Anwendung allgemeiner Regeln ist in der Sache zu berücksichtigen, dass die Vorfeldmaßnahme der unmittelbaren Verletzung weit vorgelagert ist und erst über mehrere Zwischenschritte in den unmittelbaren Eingriff mündet. Geeigneter Prüfungspunkt sind die Verkehrspflichten. Bei der Abwägung, welche Sicherungsvorkehrungen dem Hintermann zuzumuten sind, kommt dem Schutzinteresse des Rechtsinhabers geringeres Gewicht zu, denn die Gefahrenlage hat sich noch nicht hinreichend zugespitzt. Stattdessen tritt das Interesse des Hintermanns an der ungestörten Ausübung seines Gewerbes oder sonstiger grundrechtlich geschützter Aktivitäten in den Vordergrund.

#### a. „DVD-Ripper“

Für Fälle wie aus der Referenzentscheidung „DVD-Ripper“<sup>1436</sup> dürfte sich in Zukunft die Haftung des Kontoinhabers nach den vom BGH in der „Halzband“-Entscheidung entwickelten Grundsätzen<sup>1437</sup> richten. Danach ist der Inhaber eines eBay-Kontos im Einklang mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay verpflichtet, sein Passwort geheim zu halten und den Zugang zu seinem Mitgliedskonto sorgfältig zu sichern. Dieser Pflicht kommt er beispielsweise nicht dadurch nach, dass er seine Zugangsdaten in einem anderen Familienmitgliedern ohne weiteres zugänglichen Schreibtisch verwahrt. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht unabhängig davon, ob der Kontoinhaber Anlass zur Befürchtung hat, sein Konto könne durch Dritte missbraucht werden. Mithin haftet der Kontoinhaber schon für die erste Rechtsverletzung, die Dritte über sein Konto begehen. Da der BGH die strenge deliktische Haftung des Kontoinhabers maßgeblich durch die Gefahr der Identitätsverwirrung („deliktische Rechtsscheinhaftung“, S. 199) rechtfertigt und nicht auf das bedrohte Schutzrecht blickt, ist kein Ansatzpunkt ersichtlich, die Haftung des Kontoinhabers im Hinblick auf bloße Umgehungsmittel gemäß § 95a Abs. 3 UrhG abweichend auszugestalten.

#### b. „AnyDVD“

Die Haftungsbeschränkungen des Telemediengesetzes (§§ 8-10 TMG) gelten nach herrschender Meinung nicht für Hyperlinks,<sup>1438</sup> daher richtete sich die Haftung des Heise Verlags nach allgemeinen Regeln. Abzuwägen

waren das (geistige) Eigentum der Musikindustrie gegen die Presse- und Meinungsfreiheit des Presseunternehmens. Der Fall „AnyDVD“ mag als Beispiel dafür dienen, wie sich Grundrechte auf den Inhalt der Verkehrspflichten auswirken.

aa. Prüfungsmaßstab: Deutsche oder europäische Grundrechte?

Seit dem „Lüth“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1958<sup>1439</sup> ist anerkannt, dass die Grundrechte auch auf das Zivilrecht „ausstrahlen“ und insbesondere bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln zu berücksichtigen sind. Die ungeschriebenen deliktsrechtlichen Verkehrspflichten bieten eine derartige „Einbruchsstelle“ für die Grundrechte in das Immaterialgüterrecht. Fraglich ist, ob die Verkehrspflichten des Presseunternehmens im Einklang mit den deutschen oder den europäischen Grundrechten stehen müssen.

Mit § 95a Abs. 3 UrhG hat der deutsche Gesetzgeber Art. 6 Abs. 2 Info-RL wortgetreu umgesetzt. Die deutsche Vorschrift gibt das Europarecht ohne Abweichungen wieder. Primäres und sekundäres Europarecht – so auch die Info-RL – genießen Anwendungsvorrang gegenüber dem gesamten nationalen Recht, das heißt grundsätzlich auch gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht.<sup>1440</sup> Nationale Gerichte dürfen EU-Richtlinien nicht am Maßstab der nationalen Grundrechte überprüfen oder auslegen. Lässt die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber keinen Umsetzungsspielraum, das heißt beschränkt sich die Umsetzung der Richtlinie auf ein „Abschreiben“, gilt Entsprechendes für den nationalen Umsetzungsakt.<sup>1441</sup> Der deutsche Gesetzgeber wird in diesem Fall zum verlängerten Arm des Unionsrechts und übt inhaltlich keine eigene Hoheitsgewalt aus. Prüfte man den Umsetzungsakt am Maßstab nationaler Grundrechte, stellte man die Richtlinie mittelbar zur Disposition des nationalen Gesetzgebers und verstieße mittelbar gegen den Anwendungsvorrang des Europarechts.

Das Verbot gemäß Art. 6 Abs. 2 Info-RL, Umgehungsmittel herzustellen, zu vertreiben oder zu bewerben, lässt dem nationalen Gesetzgeber hinsichtlich seiner Tatbestandsvoraussetzungen keinen Umsetzungsspielraum. Lediglich auf Rechtsfolgenseite („angemessener

Rechtsschutz“) bedarf es der Konkretisierung durch den nationalen Umsetzungsakt. Das spricht dafür, dass die Haftungsvoraussetzungen des § 95a Abs. 3 UrhG allein den Anforderungen der europäischen Grundrechte genügen müssen. Andererseits geht es um die Haftung für einen *mittelbaren* Verstoß gegen § 95a Abs. 3 UrhG. Die geschriebenen Merkmale des § 95a Abs. 3 UrhG werden durch ungeschriebene Grundsätze, zum Beispiel die Voraussetzung einer Verkehrspflichtverletzung ergänzt. Zwar ist auch die allgemeine Vorfeldhaftung europarechtlich vorbestimmt. Gemäß Art. 11 S. 3 DurchsetzungsRL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, „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“. Wie die allgemeine Haftung von Mittelspersonen inhaltlich auszugestalten sei, überlässt die Richtlinie jedoch den nationalen Gesetzgebern (Erwägungsgrund 23 der Durchsetzungsrichtlinie). Der Spielraum des nationalen Rechtsanwenders bei der Ausgestaltung des allgemeinen Vorfeldschutzes spricht dafür, die Verkehrspflichten des Presseunternehmens allein am Maßstab der deutschen Grundrechte zu messen. Man könnte einwenden, der allgemeine Vorfeldschutz beruhe nicht auf eigenständigen allgemeinen Vorschriften, sondern sei Ergebnis der extensiven erfolgsbezogenen Auslegung der besonderen Verletzungs- und Gefährdungstatbestände, jeweils eingeschränkt durch das Merkmal der Verkehrspflichtverletzung. In diesem Sinne gehe es doch allein um Anwendung und Auslegung des § 95a Abs. 3 UrhG und nicht um den ergänzenden Rückgriff auf sonstiges nationales Recht.

Letztlich bewegt sich die Kombination aus besonderem und allgemeinem Vorfeldschutz in einem Graubereich zwischen zwingendem Europarecht und Umsetzungsspielraum des nationalen Rechtsanwenders. Zu begrüßen ist daher die Vorgehensweise des BGH, der sowohl europäische als auch deutsche Grundrechte in die Abwägung einbezog.<sup>1442</sup> Inhaltlich dürften sich die Schutzbereiche von Presse-, Meinungs- und Eigentumsfreiheit nach deutschem und europäischem Recht ohnehin nicht unterscheiden. Auch die europäischen Grundrechte entfalten „mittelbare Drittwirkung“, das heißt sind bei der Auslegung des Zivilrechts zu berücksichtigen.<sup>1443</sup> Das Urheberrecht fällt als „geistiges Eigentum“ sowohl in den

Schutzbereich der Eigentumsgarantie des deutschen Grundgesetzes (Art. 14 Abs. 1 GG)<sup>1444</sup> als auch in den Schutzbereich des europäischen Eigentumsrechts (Art. 17 GRC<sup>1445</sup>). Art. 17 Abs. 2 GRC stellt ausdrücklich klar: „Geistiges Eigentum wird geschützt.“ Die Pressefreiheit ist geschützt in Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG und Art. 11 Abs. 2 GRC und umfasst jeweils neben der Substanz der zum Ausdruck gebrachten Ideen und Informationen die Form ihrer Darstellung.<sup>1446</sup> Auch die europäische Pressefreiheit kann zum Schutz des geistigen Eigentums eingeschränkt werden.<sup>1447</sup>

#### bb. Pressefreiheit und Prüfungspflichten

Wer einen Hyperlink setzt, den treffen gewisse Prüfungspflichten hinsichtlich der verlinkten Inhalte.<sup>1448</sup> Hierüber entschied der BGH bereits 2004 im Fall „Schöner Wetten“.<sup>1449</sup> „Die Welt“ hatte im Januar 2000 über die Karriere des ehemaligen Models Yara Wortmann als Betreiberin von Internet-Wettbüros berichtet. Der Artikel in der Online-Ausgabe enthielt Links auf die Seiten [www.crazyclick.de](http://www.crazyclick.de) und [www.bet11.com](http://www.bet11.com), auf denen Wortmanns Unternehmen Alloo AG Wetten anbot und damit gegen § 284 Abs. 1 StGB verstieß. Zum Umfang der Prüfungspflichten führte der BGH aus: „Der Umfang der Prüfungspflichten, die denjenigen treffen, der einen Hyperlink setzt oder aufrechterhält, richtet sich insbesondere nach dem Gesamtzusammenhang, in dem der Hyperlink verwendet wird, dem Zweck des Hyperlinks sowie danach, welche Kenntnis der den Link Setzende von Umständen hat, die dafür sprechen, dass die Webseite oder der Internetauftritt, auf die der Link verweist, rechtswidrigem Handeln dienen, und welche Möglichkeiten er hat, die Rechtswidrigkeit dieses Handelns in zumutbarer Weise zu erkennen. Auch dann, wenn beim Setzen des Hyperlinks keine Prüfungspflicht verletzt wird, kann eine Störerhaftung begründet sein, wenn ein Hyperlink aufrechterhalten bleibt, obwohl eine nunmehr zumutbare Prüfung, insbesondere nach einer Abmahnung oder Klageerhebung, ergeben hätte, dass mit dem Hyperlink ein rechtswidriges Verhalten unterstützt wird. Wenn Hyperlinks nur den Zugang zu ohnehin allgemein zugänglichen Quellen erleichtern, dürfen allerdings im Interesse der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) an die nach den Umständen erforderliche Prüfung keine zu strengen Anforderungen

gestellt werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die sinnvolle Nutzung der unübersehbaren Informationsfülle im ‚World Wide Web‘ ohne den Einsatz von Hyperlinks zur Verknüpfung der dort zugänglichen Dateien praktisch ausgeschlossen wäre.“<sup>1450</sup> Vor diesem Hintergrund sei der „Welt“ keine Verletzung ihrer Prüfungspflichten vorzuwerfen. Das Presseunternehmen habe sich in keiner Weise mit den Wettangeboten der verlinkten Seiten identifiziert. Im Übrigen sei die Rechtmäßigkeit der Wettangebote europarechtlich umstritten. Der „Welt“ sei im Rahmen ihrer Poesstätigkeit keine umfassende rechtliche Überprüfung zumutbar.<sup>1451</sup>

#### cc. Pressefreiheit bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit

Der Fall „AnyDVD“ unterschied sich dadurch vom Fall „Schöner Wetten“, dass der Heise Verlag die Rechtswidrigkeit der verlinkten Inhalte kannte und hierauf in seinem Artikel sogar hinwies. Die Frage, inwiefern ihm die Überprüfung der verlinkten Inhalte zuzumuten sei, stellte sich daher nicht. Stattdessen war abzuwägen, ob die Meinungs- und Pressefreiheit auch die wissentliche Verlinkung rechtswidriger Inhalte rechtfertigen kann. Im Gegensatz zu den Instanzgerichten vertrat der BGH die Ansicht, der Hyperlink erschöpfe sich nicht in der technischen Funktion, den Abruf der verlinkten Seite zu erleichtern, sondern diene als Beleg und ergänzende Angabe zum redaktionellen Text. Daher falle er nicht nur in den Schutzbereich der Pressefreiheit (formale Gestaltungsfreiheit), sondern auch in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. In Ausübung seiner Presse- und Meinungsfreiheit dürfe der Heise Verlag auch über Dienste berichten und entsprechende Seiten verlinken, deren Rechtswidrigkeit ihm bewusst sei, selbst wenn er durch diese Weiterverbreitung Rechtsverstöße durch Slysoft und dessen Kunden perpetuiere und vertiefe. Es bestehe ein besonderes Informationsinteresse. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass die Angebote von Slysoft auch ohne den Hyperlink ohne großen Aufwand aufzufinden seien, zum Beispiel mit Hilfe gängiger Suchmaschinen.<sup>1452</sup>

#### dd. Stellungnahme

Die Entscheidung des BGH überzeugt, denn zum einen berücksichtigt sie Funktion und Wirkung von Hyperlinks, zum anderen räumt sie den

grundrechtlich geschützten Interessen des Vorfeldakteurs das ihnen gebührende Gewicht ein. Hyperlinks gehören zu den unersetzbaren Ordnungsinstrumenten des Internets. Ohne die Verknüpfung von Inhalten, Seiten und Dateien ließe sich die Informationsfülle nicht erfassen und sinnvoll nutzen. Ein Online-Nachrichtenticker wie Heise online, der sich auf die Themen Informationstechnologie, Multimedia und Telekommunikation spezialisiert, muss selbst die Instrumente der Informationstechnologie nutzen, um gegenüber seinen Lesern glaubhaft zu erscheinen. Andererseits trägt der Hyperlink nur in begrenztem Ausmaß zur Verbreitung der verlinkten Inhalte bei, wenn man davon ausgeht, dass der Bericht über die fremde Seite und gar die Mitteilung der Internetadresse rechtlich unbedenklich seien.<sup>1453</sup> Im Vergleich zu diesen nach allgemeiner Meinung unbedenklichen Maßnahmen erleichtert der Hyperlink den Zugriff auf die rechtswidrigen Inhalte allein dadurch, dass man die Internetadresse nicht erst aus dem Artikel in die Adresszeile des Browsers kopieren, sondern allein auf den Link klicken muss. Die Gefahr, dass ein Leser die fremde Internetseite besucht und dort rechtswidrige Dienste in Anspruch nimmt, wird durch den Hyperlink nur unmerklich erhöht. Dem Schutzinteresse der Rechtsinhaber kommt daher nur untergeordnete Bedeutung zu. Urheberrechte sind nicht unmittelbar bedroht. Bis zum unmittelbaren Eingriff bedarf es folgender Zwischenschritte: 1. Der Leser des Artikels gelangt mit Hilfe des Hyperlinks auf die Seite von Slysoft; 2. dort erwirbt er die Umgehungssoftware „AnyDVD“; 3. mit Hilfe der Software umgeht er technische Schutzmaßnahmen (§ 95a Abs. 1 UrhG); 4. er vervielfältigt das technisch nunmehr ungeschützte Werk oder verwertet es auf andere Weise. Je weiter die Vorfeldmaßnahme dem unmittelbaren Eingriff vorgelagert ist, desto eher tritt das Schutzinteresse der Rechtsinhaber hinter die grundrechtlich geschützten Interessen des Vorfeldakteurs zurück. Der Fall „AnyDVD“ illustriert im Übrigen, dass auch vorsätzliche Beiträge zu Rechtsverletzungen nicht per se pflichtwidrig sind (hierzu S. 170).

## **D. Zusammenfassung**

Während der Gesetzgeber besonderen Vorfeldschutz meist einstufig in Form abstrakter Gefährungsdelikte gewährt, zeichnet sich der allgemeine Vorfeldschutz durch seine akzessorische Struktur aus. Infolge der strukturellen Unterschiede entfalten die besonderen Vorfeldnormen in der Regel keine formelle Sperrwirkung gegenüber allgemeinen Grundsätzen. Ausnahme ist § 10 Abs. 2 PatG, der jedoch seinerseits einen akzessorischen Anstiftungstatbestand enthält und in Bezug auf handelsübliche Erzeugnisse den allgemeinen Vorfeldschutz formell verdrängt. Materiell sind jedoch die in den besonderen Vorfeldnormen zum Ausdruck kommenden Wertungen zu berücksichtigen. Wo die besondere Norm Schutzlücken lässt, ist der Rückgriff auf allgemeine Grundsätze nur zulässig, wenn das „Manko“ der besonderen Norm durch engere Voraussetzungen an anderer Stelle kompensiert wird. Geeigneter Prüfungspunkt sind die Verkehrspflichten, über die flexibel die Grenze zwischen neutralem und gefährlichem Bereich angepasst werden kann. Zusätzliche Vorfeldebene lassen sich durch Kombination der besonderen Normen mit allgemeinen Grundsätzen erschließen. Das Schutzinteresse des Rechtsinhabers tritt in den Hintergrund, je weiter sich die Vorfeldmaßnahme vom unmittelbaren Eingriff entfernt. Auch vorsätzliche Beiträge können unter diesen Umständen rechtmäßig sein.

## Fünfter Teil: Ergebnisse und Ausblick

### A. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Ziel der Arbeit war es, gemeinsame Strukturen und wiederkehrende Motive im Recht des Vorfeldschutzes aufzudecken. Die Gesamtbetrachtung der besonderen und allgemeinen Instrumente des Vorfeldschutzes im Immaterialgüterrecht sollte dabei helfen, einen einheitlichen allgemeinen Haftungsrahmen zu finden, sein Verhältnis zu den besonderen Haftungsnormen zu bestimmen sowie Detailfragen zu beantworten.

2. Intensität und Reichweite von Vorfeldschutz muss im Wege der Abwägung aller betroffenen Interessen festgelegt werden. Im Immaterialgüterrecht hat der Rechtsinhaber auf Grund der Ubiquität geistiger Güter ein gesteigertes Bedürfnis nach Vorfeldschutz. Marken-, Patent- und Urheberrechte können überall, beliebig oft und regelmäßig unerkannt verletzt werden. Effektiver Rechtsschutz setzt vor diesem Hintergrund voraus, dass der Rechtsinhaber in angemessenem Umfang auf Hintermänner und Intermediäre zugreifen kann, um dort die „Wurzel des Übels“ auszureißen. Dagegen steht das Interesse des Vorfeldakteurs an der ungestörten Ausübung seines Gewerbes oder sonstiger grundrechtlich geschützter Tätigkeiten. Die Vorfeldtätigkeit erscheint für sich betrachtet neutral; gefährliche Produkte und Plattformen bieten in der Regel auch legale Nutzungsmöglichkeiten. Ein undifferenziertes Totalverbot würde unverhältnismäßig in die Rechte des Vorfeldakteurs eingreifen.

3. Einer besonderen Rechtfertigung bedarf Vorfeldschutz, soweit die unmittelbare Benutzung oder Verwertung des geistigen Guts gesetzlich erlaubt ist, beispielsweise weil sie im Ausland oder im privaten Bereich stattfindet (überschießender Vorfeldschutz). Hier droht keine

Rechtsverletzung, sondern höchstens die tatsächliche Ausbeutung der geistigen Leistung. Vorfeldschutz kann den Rechtsinhaber für die Beschränkung seines Ausschließlichkeitsrechts kompensieren. Beispielsweise beruht die gesetzliche Lizenz gemäß § 53 Abs. 1 UrhG (Privatkopie) auf der Erkenntnis, dass sich Verbotungsrechte oder vertragliche Vergütungsansprüche gegen Privatpersonen praktisch nicht durchsetzen lassen. Im Gegenzug erhält der Rechtsinhaber pauschale gesetzliche Vergütungsansprüche gegen Hersteller und Lieferanten von Vervielfältigungstechnologie (§§ 54 ff. UrhG). Ein weiteres Motiv für überschießenden Vorfeldschutz ist die abstrakte Gefahr atypischer Geschehensabläufe. Beispielsweise soll das Exportverbot gemäß § 14 Abs. 3 Nr. 4 Var. 2 MarkenG verhindern, dass das gekennzeichnete Produkt entgegen der Absicht des Exporteurs (atypisch) doch in den inländischen Verkehr gelangt. Schließlich kann die Vorfeldmaßnahme aus tatsächlichen Gründen derart unteilbar sein, dass ein Verbot zwangsläufig über die Grenzen des Schutzrechts hinausgeht. Der Gesetzgeber steht dann vor der Wahl zwischen „ganz“ oder „gar nicht“. Beispielsweise verbietet § 95a UrhG die Umgehung eines Kopierschutzes auch für den Fall, dass der Kopierschutz neben dem Zugang zu geschützten auch den Zugang zu gemeinfreien Werken erschwert. Der Kopierschutz ist technisch unteilbar, das heißt lässt sich nur einheitlich umgehen.

Der Patentinhaber ist auf überschießenden Vorfeldschutz angewiesen, wenn der Gedanke seiner Erfindung ganz überwiegend im privaten Bereich verwirklicht wird („Senseo“, „WC-Körbchen“). Seine Erfindung kann der Patentinhaber dann nur über den Markt für Einzel- und Ersatzteile wirtschaftlich ausbeuten. § 10 Abs. 1 PatG verhilft dem Patentinhaber zu einem beschränkten Monopol auf den vorgelagerten Märkten, ohne dabei das patentrechtliche System aus Schutzbereich (§ 14 PatG) und Schranken (§ 11 PatG) zu unterlaufen.

4. Die Gesamtbetrachtung des besonderen und allgemeinen Vorfeldschutzes hat gezeigt, dass sich der Haftungsrahmen unterscheidet, während die inhaltlichen Kriterien weitgehend übereinstimmen. Der besondere Vorfeldschutz zeichnet sich durch seine einstufige Struktur aus. Er besteht überwiegend aus abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikten sowie aus Zwischenformen („Eignungsdelikten“). Die Vorfeldmaßnahme ist unabhängig vom weiteren Geschehensablauf verboten, der

Rechtsinhaber muss nicht nachweisen, dass es tatsächlich zu einer unmittelbaren Verletzung gekommen ist. Die einstufige Struktur ermöglicht überschießenden Vorfeldschutz in unterschiedlichen Abstufungen. Allerdings muss der Vorfeldakteur selbst im geschäftlichen Verkehr, gewerblich und im Inland handeln.

Dagegen ist der allgemeine Vorfeldschutz akzessorisch ausgestaltet. Weil die allgemeine Vorfeldhaftung stets an eine unmittelbare Rechtsverletzung anknüpft, die dem Hintermann nach allgemeinen Grundsätzen zugerechnet wird, ist überschießender Vorfeldschutz nicht denkbar. Der Vordermann muss im geschäftlichen Verkehr/gewerblich und im Inland handeln. Dafür muss der Hintermann nicht alle Tatbestandmerkmale in eigener Person erfüllen. Die allgemeine Vorfeldhaftung kann auch den Inhaber eines privaten Internetanschlusses („Sommer unseres Lebens“) oder eBay-Accounts („Halzband“) treffen.

Der Rahmen für die allgemeine akzessorische Vorfeldhaftung ist dem allgemeinen Deliktsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB) zu entnehmen, denn auch das Immaterialgüterrecht schützt absolute Rechte und enthält erfolgsbezogene Tatbestände. Es gilt der extensive Täterbegriff, wonach jeder haften kann, der einen kausalen Beitrag zur Rechtsverletzung leistet. Gemäß der Lehre vom Verhaltensunrecht wird die Haftung im Fall mittelbarer Beiträge jedoch durch das ungeschriebene Merkmal der Verkehrspflichtverletzung beschränkt. Der Rückgriff auf § 830 BGB und auf die mit der Vorschrift übernommenen Grundsätze über Täterschaft und Teilnahme ist auf Grundlage des extensiven Täterbegriff allein in Fällen nicht nachgewiesener Kausalität erforderlich. Im Wettbewerbsrecht kann § 830 Abs. 2 BGB die Haftung zudem auf Personen erweitern, die bestimmte taterqualifizierende Merkmale (Berufs- oder Standeszugehörigkeit) nicht selbst erfüllen. Das Immaterialgüterrecht enthält keine derartigen Sonderdelikte.

5. Der Gedanke der Verkehrspflichtverletzung beherrscht sowohl den allgemeinen als auch den besonderen Vorfeldschutz. Wer eine Gefahrenquelle für fremde Rechte begründet, muss durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass sich die Gefahr nicht in einem Verletzungserfolg realisiert. Im besonderen Vorfeldschutz sind die Tatbestandsmerkmale der besonderen Gefährdungsdelikte oft Ausdruck

dieses Grundsatzes. Beispielsweise verbietet § 95a Abs. 3 Nr. 1 UrhG den Vertrieb von Erzeugnissen, Vorrichtungen etc., die mit der Möglichkeit der Umgehung technischer Schutzmaßnahmen beworben werden. Ebenso handelt schon nach allgemeinen Grundsätzen pflichtwidrig, wer mit den illegalen Verwendungsmöglichkeiten seines (ambivalenten) Produktes wirbt („Cybersky“, „Alphaload“). Schließlich kann die Werbung mit der patentverletzenden Verwendbarkeit eines Mittels die Haftung gemäß § 10 Abs. 1 PatG auslösen, denn sie begründet die Gefahr, dass der Abnehmer das Mittel tatsächlich zur Benutzung der Erfindung bestimmt.

6. Warnhinweise sind nur bedingt geeignet, Rechtsverletzungen durch den Abnehmer oder Nutzer zu verhindern. Man muss differenzieren: Gegenüber einem kleinen Kreis gewerblicher Abnehmer, die sich auch in der Vergangenheit als rechtstreu erwiesen haben, mag der Warnhinweis die gewünschte Wirkung entfalten, selten dagegen gegenüber einer anonymen Masse von Endverbrauchern. Hier kann der Warnhinweis den Abnehmer im schlimmsten Fall erstmalig auf die rechtsverletzende Verwendbarkeit eines Produkts oder einer Plattform aufmerksam machen und in verdeckte Werbung umschlagen.

7. Den Plattformbetreiber trifft die Pflicht, die Inhalte seiner Plattform in zumutbarem Ausmaß zu überprüfen. Angesichts der Haftungsbeschränkungen des Telemedienrechts (§§ 7-10 TMG) muss der Betreiber die Inhalte jedoch nicht anlassunabhängig oder gar vor ihrer Freischaltung kontrollieren. Haftungsauslösend wirkt erst der Hinweis auf eine klare Rechtsverletzung (qualifizierter Hinweis). Nach herrschender Meinung muss der Betreiber die rechtswidrigen Inhalte nicht nur entfernen und verhindern, dass sie erneut eingestellt werden, sondern er muss auch Vorsorge dafür treffen, dass es in Zukunft nicht zu gleichartigen Verstößen kommt (Kerntheorie). Sharehoster, die keine eigenen Inhaltsverzeichnisse oder Suchfunktionen anbieten, sind verpflichtet, in zumutbarem Umfang externe Linksammlungen nach Hinweisen auf Rechtsverletzungen automatisiert oder manuell zu durchsuchen.

8. Um gleichartige Rechtsverletzungen zu erkennen und um etwaigen Auskunftspflichten gegenüber Rechtsinhabern nachzukommen, muss der Plattformbetreiber zumindest die IP-Adresse seiner Nutzer speichern. Da der Host-Provider keinen Zugriff auf die „Schlüsseldata“ hat, ist die IP-

Adresse für ihn kein personenbezogenes Datum, dessen Erhebung gemäß § 12 TMG einer besonderen Rechtsgrundlage bedürfte. Dagegen darf der Host-Provider nach geltendem Telemedienrecht die Nutzung seiner Plattform nicht von einer vorherigen Registrierung mit Name, Anschrift, Emailadresse etc. abhängig machen (§ 13 Abs. 6 TMG).

9. Die Auskunftspflichten des Plattformbetreibers richten sich ausschließlich nach den besonderen Vorschriften im Marken-, Patent- und Urheberrecht (§ 19 MarkenG, § 140b PatG, § 101 UrhG). Weitergehende Auskunftspflichten lassen sich aus den Verkehrspflichten nicht ableiten. Auch ist die Vorfeldhaftung nicht derart subsidiär, dass sich der mittelbare Verletzer dadurch der Haftung entziehen kann, dass er den Rechtsinhaber in seinem Vorgehen gegen den unmittelbaren Verletzer durch Auskünfte oder beispielsweise ein Lösch-Interface unterstützt.

10. Im Einzelfall kann ein Produkt oder eine Plattform technisch derart modifiziert werden, dass rechtsverletzende Nutzungen ausgeschlossen sind. Die Konstruktionspflicht kommt einem „getarnten“ Totalverbot gleich, denn ungefährliche Produkte und Plattformen erfüllen die Voraussetzungen der Vorfeldhaftung ohnehin nicht. Das Totalverbot kann im Einzelfall gerechtfertigt sein, wenn die Modifikation ohne großen Aufwand möglich ist, andere Sicherungsvorkehrungen keinen Erfolg versprechen und der Rechtsinhaber in besonderem Maße auf Vorfeldschutz angewiesen ist.

11. Der Vorsatz des mittelbaren Verletzers, das heißt seine Kenntnis und Billigung, dass er einen Beitrag zur Rechtsverletzung leistet, kann bei der Formulierung der Verkehrspflichten berücksichtigt werden. Vorsätzliches und pflichtwidriges Handeln treffen aber nicht notwendig zusammen. Beispielsweise kann im Anwendungsbereich der Pressefreiheit auch die vorsätzliche Mitwirkung an der Verbreitung rechtswidriger Inhalte zulässig sein, wenn sich der Mitwirkende hinreichend von den Inhalten distanziert („AnyDVD“).

12. Kein eigenständiges Abwägungskriterium ist die Feststellung, der mittelbare Verletzer betreibe ein von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell. Wie die Rechtsordnung ein bestimmtes Geschäftsmodell bewertet, ist *Ergebnis* des Abwägungsvorgangs und richtet sich danach, welche Sicherungsvorkehrungen das Geschäftsmodell bietet.

Gewährleistet der Plattformbetreiber seinen Nutzern absolute Anonymität, verzichtet er auf eine gewissenhafte Überprüfung der gespeicherten Inhalte und wirbt er unverhohlen mit diesen „Vorzügen“ seines Angebots („Alphaload“, „Cybersky“, „Megaupload“), betreibt er ein Geschäftsmodell, das die Rechtsordnung nicht billigt.

13. Der allgemeine Vorfeldschutz schließt Lücken im besonderen Vorfeldschutz. Eine formelle Sperrwirkung kommt den besonderen Gefährdungsdelikten nicht zu, denn sie stehen auf Grund ihrer einstufigen Tatbestandsstruktur zur akzessorischen allgemeinen Haftung nicht im Verhältnis der *leges speciales*. Allerdings sind die gesetzgeberischen Wertungen, die in den besonderen Haftungsnormen zum Ausdruck kommen, bei der Anwendung allgemeiner Grundsätze, beispielsweise bei der Formulierung der Verkehrspflichten, zu berücksichtigen. Die Kombination verschiedener Instrumente des Vorfeldschutzes kann weiter vorgelagerte Ebenen erschließen. Das gilt sowohl innerhalb des besonderen Vorfeldschutzes („Cartier“) als auch im Verhältnis zwischen allgemeinem und besonderem Vorfeldschutz („DVD-Ripper“, „AnyDVD“).

## B. Ausblick

Das Recht des Vorfeldschutzes im Immaterialgüterrecht befindet sich im Wandel. Aufgabe der Rechtsprechung wird es sein, einen geeigneten Haftungsrahmen für den allgemeinen Vorfeldschutz zu finden und die inhaltlichen Kriterien weiter zu entwickeln. Das System des allgemeinen Vorfeldschutzes wird zunehmend an Gestalt gewinnen, je mehr Fallkonstellationen und Geschäftsmodelle Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen sein werden. Derzeit bildet das Geschäftsmodell des Sharehosters (Rapidshare, Megaupload etc.) die bedeutendste Lücke in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Revisionsverfahren sind jedoch beim Bundesgerichtshof anhängig.

Der Gesetzgeber wird auf den allgemeinen Vorfeldschutz nur bedingt Einfluss nehmen. Die Formulierung von Verkehrspflichten für bestimmte Fallkonstellationen, Branchen oder Geschäftsmodelle ist traditionell Aufgabe der Rechtsprechung.<sup>1454</sup> Ausnahme sind die Vorgaben des Telemediengesetzes, die die Haftung bestimmter Diensteanbieter beschränken und damit auch den Umfang der entsprechenden Gefahrkontrollpflichten begrenzen (§§ 7 ff. TMG). Eine Reform des Telemediensrechts zur Schaffung größerer Rechtssicherheit wird regelmäßig von allen beteiligten Kreisen angemahnt. Zuletzt lehnte der Bundestag einen Entwurf der FDP-Fraktion zur Änderung des Telemediengesetzes ab.<sup>1455</sup> Richtigerweise sollte eine Reform des Telemediensrechts auf europäischer Ebene ansetzen, das heißt bei einer Überarbeitung der E-Commerce-Richtlinie.<sup>1456</sup> Die Kommission befindet sich derzeit in einem Evaluierungsprozess.

Dagegen liegt die Weiterentwicklung des besonderen Vorfeldschutzes maßgeblich in den Händen des Gesetzgebers. Diskutiert werden derzeit Reformen des urheberrechtlichen Vorfeldschutzes als Teil eines „Dritten Korbes“. Da der weitere Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens weder

zeitlich noch inhaltlich absehbar ist, sollen an dieser Stelle keine konkreten Textentwürfe vorgestellt, sondern nur zwei grundlegende Weichenstellungen erläutert werden.<sup>1457</sup> Reformbedarf besteht insbesondere im Hinblick auf Urheberrechtsverletzungen im Internet. Unmittelbare Verletzer können nur schwer identifiziert werden, die massenhafte Rechtsverfolgung bringt hohen organisatorischen und finanziellen Aufwand mit sich. Zwar mahnen Musik- und Filmindustrie weiterhin erfolgreich Nutzer klassischer P2P-Netzwerke (BitTorrent, eDonkey2000) ab.<sup>1458</sup> Inzwischen findet illegales Filesharing jedoch im Schwerpunkt bei Sharehostern oder im Usenet statt. Dort genießen die unmittelbaren Verletzer weitgehende Anonymität und entziehen sich dem Zugriff der Rechtsinhaber. Angesichts der praktischen Schwierigkeiten, illegales Filesharing einzudämmen, stellt sich die Frage, ob man die Verteidigung des Ausschließlichkeitsrechts aufgeben, das heißt die Online-Nutzung geschützter Werke legalisieren und den Urheber auf Vergütungsansprüche verweisen sollte. An die Stelle der Verbotensrechte könnten Modelle wie die „Kulturflatrate“ oder die „Kulturwertmark“<sup>1459</sup> treten. Entscheidet man sich dafür, die Verbotensrechte aufrecht zu erhalten, stellt sich die Frage nach effektiverer Durchsetzung. Da die Betreiber gefährlicher Plattformen (Host-Provider) ihren Sitz oft im Ausland beziehen und dort schwer greifbar sind, befürworten einige Kreise die verstärkte Einbeziehung der Access-Provider in die Verteidigung der Urheberrechte im Internet.

### *I. Verbotensrecht oder Vergütungsanspruch?*

Schon einmal hat der Gesetzgeber im Kampf gegen unmittelbare Verletzungen des Urheberrechts kapituliert: Die Legalisierung der Privatkopie (§ 53 Abs. 1 UrhG) folgte der Erkenntnis, dass Rechtsinhaber und Verwertungsgesellschaften nicht kontrollieren konnten, ob private Endverbraucher mit Hilfe der neuen Technologien (Magnettonbandgeräte, Fotokopierer) geschützte Werke ohne die (entgeltliche) Einwilligung des Berechtigten vervielfältigten. Ein flächendeckendes Kontrollsystem, das die Identität jedes Erwerbers von Vervielfältigungstechnologie dokumentiert und das zur Grundlage stichprobenartiger Hausbesuche nach dem Vorbild der GEZ wird, hätte nach Ansicht des Bundesgerichtshofs

gegen das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) verstoßen.<sup>1460</sup> Mit ähnlichen Argumenten fordern heute zahlreiche politische Vereinigungen, Interessenverbände und Teile der juristischen Literatur<sup>1461</sup> die Aufgabe des Verbotungsrechts für den Bereich der Online-Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke. Im Gegenzug sollen Rechtsinhaber eine pauschale Vergütung erhalten („Kulturflatrate“, „Content-Flatrate“). Wird die pauschale Vergütung nicht direkt beim „Kulturverbraucher“, sondern bei Intermediären, zum Beispiel dem Access-Provider erhoben, reiht sich die Kulturflatrate neben der Geräteabgabe in die Instrumente des besonderen Vorfeldschutzes ein. Drei Fragen sind zu trennen: Auf der ersten Ebene steht die rechtspolitische Grundentscheidung zwischen Verbotungsrecht und pauschalem Vergütungsanspruch. Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob und in welcher Form sich die Kulturflatrate gesetzgeberisch einführen lässt, insbesondere inwiefern sie im Einklang mit höherrangigem Recht steht. Auf dritter Ebene stellen sich Fragen der praktischen Ausgestaltung.

### 1. Die rechtspolitische Grundentscheidung

Der Gesetzgeber lehnt bislang die Einführung einer Kulturflatrate ab. In ihrem Gesetzesentwurf zum „Zweiten Korb“ vom 22. März 2006 setzte sich die Bundesregierung mit einem Vorschlag der Initiative privatkopie.net auseinander: „Dem Vorschlag von privatkopie.net, eine Schrankenregelung für die Online-Nutzung zu schaffen und vergütungspflichtig zu gestalten, wird nicht gefolgt. Zum einen fehlt hierfür eine Grundlage im europäischen Urheberrecht. Der Urheber hat das Recht, sein Werk umfassend zu verwerten. Das gilt auch für eine Verwertung zum Abruf im Internet. Die Richtlinie lässt keine Regelung zu, durch die eine allgemeine Schranke für die Online-Nutzung geschaffen wird. Zum anderen würde mit einer solchen Schrankenregelung eine erfolgreiche Vermarktung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet unmöglich gemacht. Neue Geschäftsmodelle, wie sie zur Zeit entwickelt werden, würden zugunsten einer zustimmungsfreien Zugänglichmachung zum Einheitspreis verdrängt. Schrankenregelungen dürfen aber nur in Sonderfällen geschaffen werden, die weder die normale Auswertung des Werks beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Urhebers

unzumutbar verletzen. Bei einer allgemeinen Schranke für die Online-Nutzung wären diese Voraussetzungen nicht erfüllt: Es würde kein Sonderfall geregelt und die normale Auswertung des Werks im Internet unmöglich gemacht.“<sup>1462</sup>

In ihrer viel beachteten Berliner Rede zum Urheberrecht vom 14. Juni 2010 kommentierte Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger: „Dies wäre eine Zwangskollektivierung der Rechte, die einen gewaltigen Verteilungskampf der Urheber um die Einnahmen zur Folge hätte. [...] Das Defizit der Kulturflatrate liegt auch darin, dass es das Urheberrecht auf den bloßen Vergütungsanspruch reduziert. Die Ausschließlichkeitsrechte, die das Urheberrecht gewährt, sind aber eben weit mehr als das. Sie geben dem Urheber die Hoheit, darüber zu entscheiden, zu welchen Bedingungen und in welcher Weise sein Werk genutzt werden soll. Zum Beispiel dürften viele Kreative durchaus etwas dagegen haben, wenn ihr Werk auf einmal auf der Homepage von Rechtsradikalen auftauchen würde. All dies zeigt: Vorstellungen, die unter dem Begriff Kulturflatrate diskutiert werden, sind keine Lösung des Problems.“<sup>1463</sup>

Ähnlich deutlich fiel die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der SPD-Fraktion am 26. Juli 2011 im Hinblick auf den geplanten „Dritten Korb“ aus: „Nach Auffassung der Bundesregierung darf das Internet kein urheberrechtsfreier Raum sein. Vielmehr gilt das Urheberrecht gleichermaßen im Online- wie im Offlinebereich. Die Bundesregierung wird das Urheberrecht deshalb entschlossen mit dem Ziel weiterentwickeln, ein hohes Schutzniveau und eine wirksame Durchsetzbarkeit des Urheberrechts zu gewährleisten. Sowohl in der digitalen Welt wie im analogen Bereich gilt: Grundsätzlich soll allein der Urheber entscheiden, ob, auf welche Art und Weise und für welches Entgelt sein Werk genutzt werden darf. Die zurzeit vorliegenden Modelle der ‚Kulturflatrate‘ oder der ‚Kulturwertmark‘ bereichern die Diskussion über die weitere Ausgestaltung des Urheberrechts; sie tragen aber dem zuvor dargestellten urheberrechtlichen Grundverständnis nach Auffassung der Bundesregierung nicht ausreichend Rechnung.“<sup>1464</sup>

Die Gegenposition erläutern ausführlich etwa *A. Roßnagel*, *S. Jandt*, *C. Schnabel* und *A. Yliniva-Hoffmann* in einem Kurzgutachten von 2009 im

Auftrag der Grünen-Fraktionen aus Bundestag und Europäischem Parlament.<sup>1465</sup> Ebenso zu nennen ist beispielsweise das von französischen Verwertungsgesellschaften in Auftrag gegebene Gutachten von C. Bernault und A. Lebois (Universität Nantes).<sup>1466</sup> Die Befürworter der Kulturflatrate betonen, dass dem Urheber weniger an der Entscheidung über die Art und Weise der Nutzung seiner Werke als an der angemessenen Vergütung liege. Die Kulturflatrate stelle sicher, dass der Berechtigte eine angemessene Vergütung erhalte, ohne dass hierzu empfindlich in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Internetnutzer und in das Fernmeldegeheimnis eingegriffen werden müsse. Zu den positiven Nebenfolgen zählten die Entkriminalisierung der Nutzer von Tauschbörsen (häufig Jugendliche) sowie die Entlastung von Ermittlungsbehörden, Gerichten und Telekommunikationsunternehmen. Neben der pauschal abgegoltenen Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke über Internet-Tauschbörsen könnten entgeltliche Anbieter durch Premium-Dienste (bessere Auswahl, höhere Qualität, komfortablere Nutzeroberfläche etc.) auch weiterhin am Markt bestehen.<sup>1467</sup>

## 2. Vereinbarkeit mit nationalem und europäischem Recht

Die Einführung der Kulturflatrate setzt Änderungen des Urheberrechtsgesetzes voraus. Zum einen müsste für die Online-Nutzung eines Werks eine zusätzliche Schranke in die §§ 44 ff. UrhG eingefügt, zweitens müsste das System der Vergütungsansprüche in den §§ 54 ff. UrhG entsprechend erweitert werden. Die Änderungen müssten im Einklang mit dem Grundgesetz sowie europarechtlichen Vorgaben stehen. Verfassungsrechtlich beinhaltet die Kulturflatrate Eingriffe in die Eigentumsfreiheit der Rechtsinhaber sowie in die Berufsfreiheit entgeltlicher Anbieter, denen angesichts der pauschal abgegoltenen Tauschbörsennutzung Verluste drohen. Betroffen ist zudem die Handlungsfreiheit derjenigen Internetnutzer, die durch die Pauschalabgabe belastet werden, obwohl sie kein Interesse an frei zugänglichen Musik- oder Filmdateien haben.<sup>1468</sup> Die Verhältnismäßigkeit der Eingriffe hängt davon ab, wie man die Ziele gewichtet, denen die Kulturflatrate dienen soll. Angesichts der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist das

Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die rechtspolitische Grundentscheidung vorgegeben.

Will man die Kulturflatrate im Sinne einer gesetzlichen Lizenz regeln, muss zuvor die Info-RL um eine Schrankenbestimmung erweitert werden, denn Art. 5 Info-RL enthält eine abschließende Liste von Ausnahmen und Beschränkungen (Erwägungsgrund 32)<sup>1469</sup>, erlaubt aber keine gesetzliche Lizenz für die Online-Nutzung geschützter Werke. Materiell müsste die neue europarechtliche Schrankenbestimmung den so genannten „Drei-Stufen-Test“ bestehen. Art. 9 Abs. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst<sup>1470</sup> (RBÜ) bestimmt, dass es der Gesetzgebung der Verbandsländer vorbehalten bleibt, die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen (1. Stufe) unter der Voraussetzung zu gestatten, dass eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt (2. Stufe) noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt (3. Stufe). Allgemeiner formuliert Art. 13 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums<sup>1471</sup> (TRIPS): „Die Mitglieder begrenzen Beschränkungen und Ausnahmen von ausschließlichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzen.“ Schließlich enthält Art. 5 Abs. 5 Info-RL den Drei-Stufen-Test als Schranken-Schranke für alle Ausnahmen und Beschränkungen.

Schwierig zu beurteilen ist, ob eine Kulturflatrate die normale Auswertung des Werks beeinträchtigen würde.<sup>1472</sup> Die Verwertung einer geistigen Schöpfung im Internet kann insbesondere für Ton- und Filmkünstler von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein. Mit Hilfe von DRM-Systemen können sie ihre Verbotungsrechte durchsetzen und individuelle Vergütung einziehen. Die Kulturflatrate würde in Konkurrenz zu den auf DRM-Technik basierenden Geschäftsmodellen treten. Internetnutzer werden kaum individuelle Abrechnungssysteme akzeptieren, wenn man sie bereits über ihren Internetzugang pauschal zur Kasse bittet. Es bestünde die Gefahr, dass die Rechtsinhaber auf ihre individuellen Geschäftsmodelle verzichten und sich unter dem Druck des Marktes darauf beschränken würden, an der pauschalen Vergütung teilzuhaben.

Über die tatsächliche Bedeutung des entgeltlichen Online-Vertriebs von Musik- und Filmdateien existieren keine nachhaltig belastbaren Zahlen. Allerdings verzeichnen Anbieter wie der „iTunes Store“ von Apple oder der Musikdownloadshop der Deutschen Telekom „Musicload“ kontinuierlich steigende Downloadzahlen.<sup>1473</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich der legale Online-Markt noch im Aufbau befindet. Kooperationen zwischen Download-Portalen und der Musik- und Filmindustrie werden ausgebaut. Online-Bezahlsysteme werden weiterentwickelt. Anbieter sammeln Erfahrungen, welche DRM-Beschränkungen der Markt akzeptiert. Es scheint nicht ausgeschlossen, dass die Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke auch mit Hilfe des Verbotungsrechts langfristig möglich sein wird. Ob die Kulturflatrate die Hürde des „Drei-Stufen-Testes“ nehmen kann, sollte der europäische Gesetzgeber erst auf Grundlage fundierter empirischer Studien entscheiden.

### 3. Praktische Ausgestaltung

Probleme bei der praktischen Ausgestaltung ergeben sich sowohl auf der Ebene der Erhebung der Pauschalvergütung als auch auf Ebene der Verteilung an die Berechtigten. Die Befürworter der Kulturflatrate sind sich weitgehend einig, dass die Pauschalvergütung nicht unmittelbar beim Kulturverbraucher, sondern bei Intermediären erhoben werden soll. Das macht die Kulturflatrate zum Instrument des Vorfeldschutzes. Koppelt man die Pauschalvergütung an den Internetanschluss, liegt es nahe, den Access-Provider in Anspruch zu nehmen, der die Abgabe vertraglich auf seine Kunden überwälzen kann.<sup>1474</sup> Alternativ oder zusätzlich könnte man einzelne Host-Provider, die (mittelbar) an der Verbreitung geschützter Werke durch ihre Nutzer verdienen, einbeziehen, beispielsweise Video-Portale wie YouTube oder die Betreiber erfolgreicher Tauschbörsen.<sup>1475</sup> Stets besteht die Gefahr, dass mit der Pauschalvergütung Personen belastet werden, die ihren Internetzugang nie zur Verbreitung oder Vervielfältigung geschützter Werke nutzen. Die gerechte Verteilung der Pauschalvergütung könnte eine Verwertungsgesellschaft übernehmen, wobei auch über die Gründung einer neuen Verwertungsgesellschaft nachzudenken wäre.<sup>1476</sup> Streit über den gerechten Verteilungsschlüssel ist

vorprogrammiert.

#### 4. Stellungnahme

Rechtspolitisch ist eine Kulturflattrate abzulehnen. Richtig ist, dass dem Urheber weniger an der Disposition über seine geistige Leistung liegt als dem Marken- oder Patentinhaber. Stattdessen tritt das Vergütungsinteresse in den Vordergrund. Dagegen wird sich der Patentinhaber oft für die exklusive Benutzung der Erfindung entscheiden und mit Hilfe der technischen Lehre seinen eigenen Betrieb optimieren. Der Markeninhaber wird die Unterscheidungskraft seines Zeichens oft den eigenen Waren und Dienstleistungen vorbehalten. Allerdings darf man das Vergütungsinteresse des Urhebers nicht mit dem Interesse an einer pauschalen gesetzlichen Vergütung gleichsetzen. Vorrangig, das heißt soweit ihm das möglich ist, will der Urheber seine Vergütung individuell und vertraglich vereinbaren, im Internet beispielsweise über legale Downloadangebote, die mit elektronischen Bezahlssystemen und gegebenenfalls technischen Schutzmaßnahmen (DRM) gekoppelt sind. Die Höhe der Vergütung bestimmt sich dann nach den Regeln des Marktes und kann für den Urheber höher und gerechter ausfallen als zwischen Wirtschaftsverbänden und Verwertungsgesellschaften ausgehandelte Pauschalsätze.

Vertragliche Vergütung setzt Verbotsrechte voraus. Dagegen offenbart der gesetzliche Vergütungsanspruch das Versagen des Gesetzgebers beim Schutz der Ausschließlichkeitsrechte. Gesetzliche Lizenz und gesetzliche Vergütung sollten als letzte Mittel herangezogen werden, wenn sich die Verbotsrechte langfristig als machtlos erwiesen haben. Für eine derartige Kapitulation besteht kein Anlass. Die Durchsetzung der Verbotsrechte im Internet erscheint nicht in gleichem Maße aussichtslos wie etwa die Kontrolle der Besitzer von Magnettonbandgeräten in den 1950er und 1960er Jahren. Man muss keine Hausbesuche durchführen, sondern kann den unmittelbaren Verletzer anhand seiner „Spuren“ im Internet identifizieren. Dabei ist das Datenschutzrecht zu beachten. Allerdings ist zu überlegen, ob der telemedienrechtliche Grundsatz der pseudonymen oder anonymen Nutzung (§ 13 Abs. 6 TMG) gelockert werden sollte. Zudem sollte legalen Anbietern genügend Zeit eingeräumt werden, sich

gegen illegale Dienste nach den Regeln des Marktes durchzusetzen. Der Markt befindet sich in derart starkem Wandel, dass man ihm zumindest gegenwärtig (noch) kein Versagen attestieren kann. Schließlich fehlt es an ausgereiften Vorschlägen zur praktischen Ausgestaltung der Kulturfltrate. Insbesondere die Koppelung an den Internetanschluss erscheint bedenklich. Der Vergleich mit den pauschalen Rundfunkgebühren hinkt, denn ein Fernsehgerät bietet im Gegensatz zum Internetanschluss nur begrenzte Verwendungsmöglichkeiten. Wer ein Fernsehgerät besitzt, wird in aller Regel öffentlich-rechtliche Programme verfolgen. Darüber hinaus kommen die Rundfunkgebühren auch den privaten Sendern zu Gute, denn private Rundfunkunternehmen sind verfassungsrechtlich nur zulässig, soweit die ausgewogene Grundversorgung der Bevölkerung durch öffentlich-rechtlichen Rundfunk gedeckt ist („duale Rundfunkordnung“).<sup>1477</sup> Nur selten wird eine Person mit einer Gebühr belastet, deren Gegenleistung sie niemals in Anspruch nimmt. Dagegen eröffnet ein Internetanschluss unzählige Möglichkeiten. Die Verbreitung und Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke ist eine davon und mag für viele Internetnutzer keine Bedeutung haben.<sup>1478</sup> Es besteht die Gefahr, dass die Masse der Internetnutzer für den Kulturgenuß einer kleinen Gruppe aufkommen muss.

## *II. Einbeziehung der Access Provider*

### *1. Aktuelle Reformvorschläge*

Access Provider können auf unterschiedliche Weise am Schutz der Urheberrechte im Internet mitwirken. Erstens können sie den Berechtigten bei der Inanspruchnahme des unmittelbaren Verletzers unterstützen (Hilfe zur Selbsthilfe). Der Access Provider kennt die persönlichen Daten seiner Kunden und dokumentiert, welche IP-Adresse einem bestimmten Kunden zu einem bestimmten Zeitpunkt zugeteilt war. Damit ist er in Besitz derjenigen Schlüsseldaten, die in vielen Fällen die Identifikation des unmittelbaren Verletzers ermöglichen. Zweitens kann der Access Provider den Zugang zu einer Internetseite sperren.<sup>1479</sup> Die Zugangssperre bietet sich als Alternative zur Löschung rechtswidriger Inhalte an, wenn der Host Provider im Ausland sitzt und Löschungsanfragen ohne Erfolg bleiben.

Allerdings lassen sich Zugangssperren umgehen.<sup>1480</sup> Anleitungen, die auch weniger versierte Internetnutzer nachvollziehen können, finden sich im Internet mit Hilfe naheliegender Suchbegriffe. Drittens kann der Access Provider den Internetzugang eines Kunden sperren oder drosseln und auf diese Weise den Nutzern dieses Internetzugangs (erneute) rechtsverletzende Tätigkeiten erschweren. Der Anschlussinhaber kann die Sperre jedoch dadurch umgehen, dass er den Provider wechselt. Als milderer Mittel im Vergleich zu Sperre oder Drosselung kommt eine individuelle Warnung in Betracht, sobald der Access Provider von rechtsverletzenden Aktivitäten eines Kunden erfährt.

*De lege lata* muss sich der Access Provider nur durch Auskünfte am Schutz der Urheberrechte im Internet beteiligen (§ 101 UrhG). Zwar haben verschiedene Gerichte wiederholt entschieden, dass der Access Provider der allgemeinen Störerhaftung unterliege, nachdem er von einer konkreten Urheberrechtsverletzung in Kenntnis gesetzt worden sei.<sup>1481</sup> Allerdings seien die technisch möglichen Sicherungsvorkehrungen entweder telekommunikationsrechtlich mangels Rechtsgrundlage nicht zulässig oder mangels hinreichender Effektivität (Umgehungsgefahr) dem Access Provider nicht zumutbar.<sup>1482</sup> Selbst das LG Hamburg als Befürworter einer Störerhaftung des Access Providers konstatierte: „Die Kammer verkennt nicht, dass ihre Wertungen dazu führen, dass eine zivilrechtliche Inanspruchnahme eines Access-Providers auf Sperrung einer Internetseite derzeit mit der Störerhaftung praktisch kaum durchsetzbar sein dürfte [...]“<sup>1483</sup>

*De lege ferenda* werden unterschiedliche Modelle diskutiert, den Access Provider aktiver einzubeziehen. Motiv dürfte weniger die Überzeugung sein, der Zugangsvermittler sei für Rechtsverletzungen im Internet mitverantwortlich und müsse sich diese unter bestimmten Voraussetzungen zurechnen lassen, als die Überlegung, dass der Access Provider im Gegensatz zu vielen Host Providern einen Sitz im Inland hat und die persönlichen Daten der Anschlussinhaber kennt. Nach dem Scheitern des Zugangserschwerungsgesetzes (S. 12) erscheint es jedoch unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber Access Provider aufgeben wird, im Einzelfall den Zugang zu bestimmten „gefährlichen“ Internetseiten zu sperren (beispielsweise Video-on-Demand-Dienste nach Art von

„kino.to“). Die Bundesregierung begründete ihren Entwurf des „Gesetzes zur Aufhebung von Sperrregelungen bei der Bekämpfung von Kinderpornografie in Kommunikationsnetzen“<sup>1484</sup> mit der hohen Umgehungsgefahr. Stattdessen sollten Polizeibehörden, Selbstregulierungseinrichtungen der Internetwirtschaft und sonstige anerkannte Einrichtungen zusammenarbeiten, um kinderpornografische Inhalte schnell und flächendeckend zu löschen. Derartige Löschbemühungen verzeichneten zunehmende Erfolge, da Missbrauchsdarstellungen weit überwiegend auf Servern in Staaten mit ausgebauter Internetinfrastruktur zu finden seien. In diesen Staaten sei es grundsätzlich rechtlich möglich, eine schnelle Löschung der Inhalte zu erreichen.<sup>1485</sup> Da sich die Argumentation auf urheberrechtsverletzende Internetseiten übertragen lässt, dürfte auch hier in Zukunft gelten: Löschen statt Sperren.

Einige Staaten sanktionieren Urheberrechtsverletzungen im Internet mit einer (befristeten) Sperre des Internetzugangs nach dem Modell: „Three strikes and you are out!“<sup>1486</sup> Wer durch rechtsverletzende Aktivitäten im Internet auffällt, soll über den Access Provider verwarnet werden. Bleibt auch die zweite Verwarnung fruchtlos, folgt die generelle Sperrung des Internetzugangs beispielsweise für ein Jahr. Vorreiter in Europa ist die „HADOPI“-Gesetzgebung Frankreichs von 2009<sup>1487</sup>, benannt nach der „Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet“, einer Verwaltungsbehörde, die über Verwarnungen von Anschlussinhabern und – mit richterlicher Einwilligung – über die Sperrung des Zugangs entscheidet.<sup>1488</sup> Auch der britische Digital Economy Act 2010 sieht in Section 17 die Möglichkeit von gerichtlich angeordneten Internetsperren vor. Detaillierte Voraussetzungen soll eine Verordnung regeln. Die aktuelle deutsche Regierung lehnt eine vergleichbare Gesetzgebung ab. Besonders deutliche Worte fand Bundesjustizministerin *S. Leutheusser-Schnarrenberger* in ihrer Berliner Rede zum Urheberrecht vom 14. Juni 2010: „Eine Alternative, die gerade unsere Nachbarn in Frankreich beschlossen haben, halte ich allerdings für einen falschen Weg. Nach der Devise ‚Three strikes and you are out‘ wird dort nun nach der dritten Urheberrechtsverletzung der Internet-Zugang eines Users für einen bestimmten Zeitraum gesperrt. Das ist keine Alternative, denn das ist ein tiefer Eingriff in die Kommunikationsfreiheit

und kann angesichts der großen Bedeutung des Internets im Alltag eine harte Strafe sein. Das Kappen des Internet-Anschlusses ist zudem keine zielgenaue Sanktion. Bei einem Familienanschluss, den mehrere nutzen, würden alle für das Fehlverhalten eines Familienmitgliedes bestraft. Der Rechtsverletzer könnte dagegen über jeden anderen Anschluss weiterhin ins Netz gehen. Netzsperrern setzen also an der falschen Stelle an. Die Bundesregierung wird daher keine Initiativen für Netzsperrern ergreifen, und es wird auch keine Bandbreitenbeschränkungen geben. Das will ich weder in Deutschland noch verpflichtend in der EU oder in internationalen Abkommen.“<sup>1489</sup>

Aufgeschlossen zeigte sich die Ministerin gegenüber einem Warnhinweis-Modell.<sup>1490</sup> Danach soll auf dem Bildschirm des Internetnutzers ein Warnhinweis erscheinen, sobald eine urheberrechtsverletzende Handlung droht. Die Warnung soll auch auf mögliche Sanktionen hinweisen. Allerdings dürfe es keine gesetzlich angeordnete Kontrolle des individuellen Surfverhaltens geben. Das Warnhinweis-Modell komme nur in Betracht, wenn es sich technisch ohne eine Inhaltskontrolle und Datenerfassung realisieren lasse.<sup>1491</sup> Nicht nur Access Provider, sondern auch einzelne Host Provider könnten an dem Modell teilnehmen.

## 2. Stellungnahme

Die Einbeziehung von Access Providern mag sinnvoll sein, wenn sich der unmittelbare Verletzer oder der Host Provider dem Zugriff des Rechtsinhabers entzieht. Allerdings bedarf es spezifischer Rechtsgrundlagen im Immaterialgüterrecht. Gegen ein „Three-strikes“-Modell nach französischem Vorbild bestehen besondere Bedenken. Die Sperre eines Internetzugangs lässt sich nicht als Sicherungsvorkehrung im Sinne einer immaterialgüterrechtlichen Verkehrspflicht einordnen. In ihren Wirkungen geht sie weit über die Prävention erneuter Rechtsverletzungen hinaus, denn sie verhindert sämtliche Aktivitäten im Internet durch den Anschlussinhaber und durch sonstige Mitbenutzer des Anschlusses. Damit stellt die Sperre eine empfindliche repressive Sanktion dar, die nicht im zivilen Deliktsrecht verortet werden sollte. Nach herrschendem Verständnis erfüllt das Deliktsrecht keine Straffunktion.<sup>1492</sup> Stattdessen könnte die Zugangssperre als spezifische Rechtsfolge einer

immaterialgüterrechtlichen Ordnungswidrigkeit oder Straftat geregelt werden.

Das Warnhinweis-Modell ist eine Variation der im Urheber- und Patentrecht seit Jahrzehnten bekannten Hinweispflichten. Seine Besonderheit besteht darin, dass der unmittelbare Verletzer individuell und *in flagranti* angesprochen wird. Dadurch baut der Warnhinweis eine intensivere Drohkulisse auf als der generelle Hinweis auf die Schutzrechtslage in den AGB eines Internetportals.<sup>1493</sup> Soweit das Warnhinweis-Modell technisch ausgereift ist, könnte es in die allgemeinen Verkehrspflichten des mittelbaren Verletzers integriert werden. Vorrangig ist an Host Provider zu denken, die der Rechtsverletzung erheblich näher stehen als Access Provider.

Bundesjustizministerin S. Leutheusser-Schnarrenberger stellt sich ausweislich ihrer Berliner Rede zum Urheberrecht anscheinend ein Urheberrecht vor, das einerseits kompromisslos den Bestand des Ausschließlichkeitsrechts verteidigt, andererseits ohne Kontrolle des individuellen Surfverhaltens auskommt und die Anonymität und den Schutz der Daten des Internetnutzers unangetastet lässt. Dieser Spagat ist nicht zu schaffen. Der illegalen Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke über Sharehoster oder das Usenet ist nur beizukommen, wenn der Plattformnutzer ein Konto anlegen muss, in dem er zumindest eine reale Emailadresse hinterlegt. Es muss möglich sein, eine Urheberrechtsverletzung bis zur Quelle zurückzuverfolgen, notfalls mit Hilfe von Auskunftsansprüchen gegen Access und Host Provider. Nur unter dieser Voraussetzung kann einerseits der Plattformbetreiber als potentieller mittelbarer Verletzer effektive Vorkehrungen gegen den Missbrauch seines Angebots treffen und andererseits der Rechtsinhaber seine Ansprüche gegen den unmittelbaren Verletzer durchsetzen. Entscheidet man sich für das Verbotungsrecht und gegen die Kulturflaute, muss das Recht des Internetnutzers auf Anonymität (§ 13 Abs. 6 TMG) in gewissem Maße zurückstehen.

## Hinweis zu Internetquellen

Sämtliche Internetadressen führen unmittelbar zu den in Bezug genommenen Inhalten und wurden zuletzt am 16. September 2011 abgerufen.

## Literaturverzeichnis

- Ahrens, Hans* 21 Thesen zur Störerhaftung im UWG und im Rech
- Ahrens, Hans* Störerhaftung als Beteiligungsform im Deliktsrecht, *u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris
- Ahrens, Hans (Hrsg.)* Der Wettbewerbsprozess. Ein Praxishandbuch, 6. A
- Arlt, Christian* Anmerkung zu LG Frankfurt a.M., Urteil vom 31. M
- Arlt, Christian* Ansprüche des Rechtsinhabers bei Umgehung seine  
155
- Arlt, Christian* Digital Rights Management-Systeme – Begriff, Fun  
jüngsten Änderungen des UrhG – insbesondere zur  
Zugangskontrolldiensteschutzgesetz (ZKDSG), GR
- Arlt, Christian* Digital Rights Management Systeme. Der Einsatz te  
München 2006
- Arlt, Christian* Schutz und Identifizierung durch technische Schutz  
/ *Sieber, Ulrich* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Rec  
Geschäftsverkehrs, München, Stand: 28. Ergänzung
- Armbrüster, Christian* Eigentumsschutz durch den Beseitigungsanspruch r  
2003, 3087-3090
- Arnold, Bernhard*  
/ *Timmann, Tobias* Ist die Verletzung des § 95a Abs. 3 UrhG durch den  
Urheberrechtsverletzung?, MMR 2008, 286-291
- Arnold, Bernhard* Die Gefahr von Urheberrechtsverletzungen durch U  
Urheberrecht, Frankfurt 2006, zugleich Dissertation
- Arzt, Gunther*  
/ *Weber, Ulrich*  
/ *Heinrich, Bernd*/  
*Hilgendorf, Eric* Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Bielefeld 2009

- Auer, Günter* Rechtsschutz für technischen Schutz im Gemeinsch  
Gernot (Hrsg.), Ein Leben für Rechtskultur. Festsch  
3-19
- Axster, Herbert* Mittelbare Patentverletzung, GRUR 1931, 653-667
- Bamberger, Heinz* Beck'scher Online-Kommentar BGB, München, Ed  
/ *Roth, Herbert (Hrsg.) / Roth*  
/ *Bearbeiter*)
- v. Bar, Christian* Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsg  
zugleich Habilitationsschrift Göttingen 1979
- v. Bar, Christian* Vorbeugender Rechtsschutz vor Verkehrspflichtver  
Karlsruher Forum. Jubiläumsausgabe. Beiträge zum  
80-85
- Barnitzke, Benno* Kommentar zu BGH, Urteil vom 14.10.2010 – I ZR
- Baumann, Jürgen* Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 11. Aufl., B  
/ *Weber, Ulrich*  
/ *Mitsch, Wolfgang*
- Baur, Fritz* Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB. Zugle  
auf dem Gebiet des Güterschutzes, AcP 160 (1961).
- Bechtold, Stefan* Vom Urheber- zum Informationsrecht. Implikatione  
zugleich Dissertation Tübingen 2001
- Beck, Wolfgang* Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung:  
vorverlegter Strafbarkeit; erörtert unter besonderer l  
politischen Strafrechts, Berlin 1992, zugleich Disse
- Becker, Christoph* Verletzung immaterieller Rechte in der Lieferkette?  
für Eingriffe in Urheberrechte und Persönlichkeitsre  
*Hubertus/Kort, Michael/Möllers, Thomas/Sandman*  
70. Geburtstag, München 2009, 53-66
- Benkard, Georg* Europäisches Patentübereinkommen, München 200
- Benkard, Georg* Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 10. Aufl., Mi  
(Begr.)
- Berger, Arndt* Suchet und Ihr werdet finden? Eine Untersuchung z  
/ *Janal, Ruth* 2004, 917-925

- Bernaut, Carine / Lebois, Audrey* Peer-to-peer File Sharing and Literary and Artistic I compensation for the exchange of works via the Int <http://www.privatkopie.net/files/Feasibility-Study-p>
- Boddien, Thomas* Alte Musik in neuem Gewand. Der Schutz musikalische Musikaufnahmen, Baden-Baden 2006, zugleich Dis
- Bopp, Thomas* Verwendungsrechte für Arzneimittel im Verletzungs *Martin/Haft, Klaus* (Hrsg.), Patentrecht. Festschrift 13-23
- Börger, Michael* Von den „Wandlungen“ zur „Restrukturierung“ des Bonn 1992
- Borges, Georg* Rechtsscheinhaltung im Internet, NJW 2011, 2400-
- Bornkamm, Joachim* Die Reprographievergütung im digitalen Zeitalter, i Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nord 311
- Brambring, Günter* Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung ( Berlin 1973, zugleich Dissertation Köln 1972
- Brandenburg, Klaus* Patentverletzung durch Mitwisserschaft? Eine Anm – Herzkranzgefäß-Dilatations-Katheter, Mitteilunge
- Brandi-Dohrn, Matthias* Die Schutzwirkung von Verwendungsansprüchen, i *Uwe/Jestaedt, Bernhard/Stauder, Dieter* (Hrsg.), M zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 2003, 33-47
- Bremer, Kathrin / Lammers, Judith* Pauschalabgabe – Quo vadis?, K&R 2008, 145-151
- Breyer, Patrick* Verkehrssicherungspflichten von Internetdiensten in
- Breyer, Patrick* Anmerkung zu OLG Hamburg: Anonymer Internet- 2010, 55
- Bruchhausen, Karl* Der Schutzgegenstand verschiedener Patentkategorien
- Brüggemeier, Gert* Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsre
- Brüggemeier, Gert* Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Berlin 2006

- Bücking, Jens/Angster, Domainrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2010*  
*Henrik*
- Bundesverband Informationswirtschaft, 2008*  
*Telekommunikation und neue Medien e. V. (Hrsg.)*
- Busche, Jan* Mittelbare Patentverletzung – zu den dogmatischen 240
- Büscher, Wolfgang / Dittmer, Stefan / Schiwy, Peter (Hrsg.)* Gewerblicher Rechtsschutz. Urheberrecht. Medienr *Büscher/Dittmer/Schiwy/Bearbeiter*
- Busse, Rudolf (Begr.)* Patentgesetz. Kommentar, 6. Aufl., Berlin 2003, (zi
- Bydlinski, Franz* Mittäterschaft im Schadensrecht, AcP 158 (1959/19
- Bydlinski, Franz* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Au
- v. Caemmerer, Ernst* Wandlungen des Deliktsrechts, in: *v. Caemmerer, E* Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zu Juristentages 1860-1960 (zitiert: FS DJT), Band II,
- Callies, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.)* EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen 1. Aufl., München 2011 (zitiert: *Callies/Ruffert/Bearb*
- Cepl, Philipp* Die mittelbare Urheberrechtsverletzung. Eine rechtsamerikanischem Recht, Berlin 2005, zugleich Disse
- Christiansen, Per* Anmerkung zu LG Hamburg: Haftung eines Plattfo
- Chrocziel, Peter* Die Benutzung patentierter Erfindungen zu Versuch
- Cook, Trevor / Brazell, Lorna / Chalton, Simon / Smyth, Calum* The Copyright Directive. UK Implementation, Brist
- Danckwerts, Rolf* Neues vom Störer – Was ist ein „von der Rechtsord 2011, 319071

- Däubler, Wolfgang* Bundesdatenschutzgesetz. Kompaktkommentar zum  
*/ Klebe, Thomas*  
*/ Wedde, Peter*  
*/ Weichert, Thilo*
- Dauner-Lieb, Barbara* Nomos Kommentar BGB, Band 3: §§ 854-1296 (Sa  
*/ Heidel, Thomas* BGB/Bearbeiter)  
*/ Ring, Gerhard*  
 (Hrsg.)
- De Boor, Otto* Anmerkung zu dem Tonband- und dem Fotokopieur
- Dencker, Friedrich* Kausalität und Gesamttat, Berlin 1996
- Deutsch, Erwin* Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtät
- Deutsch, Erwin* Haftungsrecht und Strafrecht, in: *Müller, Klaus/Soe*  
 Gesetzgebung. Festschrift für Eduard Wahl zum 70.
- Deutsch, Erwin* Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln u.a. 1996
- Deutsch, Erwin* Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen – Schadensersatz  
*/ Ahrens, Hans*
- Dietlein, Johannes* Ordnungsrecht und Internetkriminalität. Anmerkung  
*/ Heinemann, Jan* 2004, 418-424
- Dietz, Adolf* Die EU-Richtlinie zum Urheberrecht und zu den Le  
 Vorstoß in den Kernbereich des Urheberrechts- und  
 438-451
- F. Dolder* Der Schutzbereich von Patenten. Rechtsprechung zu  
*/ J. Faupel* der Schweiz, 2. Aufl., Köln u.a. 2004
- Döring, Reinhard* Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsver  
 „Jugendgefährdende Medien bei eBay“, WRP 2007
- Dreier, Thomas* Wider das Unbehagen im Urheberrecht, MMR 2011
- Dreier, Thomas* Urheberrechtsgesetz. Kommentar, 3. Aufl., Münche  
*/ Schulze, Gernot*
- Dreier, Thomas* Concise European Copyright Law, Alphen aan den  
*/ Hugenholtz, Bernt*
- Drews, Bill (Begr.)* Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnur

- / Wacke, Gerhard u.a. 1986 (zitiert: *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Ge  
/ Vogel, Klaus  
/ Martens, Wolfgang
- Dreyer, Gunda Urheberrechtliche Problembereiche des Digital Rigl  
(Hrsg.), Grundlagen und Grundfragen des Geistiger
- Dreyer, Gunda Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, 2. Auf  
/ Kotthoff, Jost  
/ Meckel, Astrid
- Dustmann, Andreas Die privilegierten Provider. Haftungseinschränkung  
Baden 2001
- Dybdahl, Lise Europäisches Patentrecht. Einführung in das europä  
Eberl-Borges, § 830 BGB und die Gefährdungshaftung, AcP 196 (  
Christina
- Eckhardt, Jens Anmerkung zu AG München, Urteil vom 30 Septen
- Eckhardt, Jens IP-Adresse als personenbezogenes Datum – neues C  
Grenzen der Bestimmbarkeit am Beispiel der IP-Ad
- Ekey, Friedrich Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, Band 1  
/ Klippel, Diethelm ausländischer Staaten, 2. Aufl., Heidelberg 2009 (zi  
/ Bender, Achim  
(Hrsg.)
- Ensthaler, Jürgen Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Au
- Entelmann, Lars Das Verbot von Vorbereitungshandlungen zur Umg  
Untersuchung des § 95a Abs. 3 UrhG, Baden-Bader
- Erman, Walter (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar  
/ Westermann, Harm  
(Hrsg.)
- Esser, Josef (Begr.) Band II, 12. Aufl., Köln 2008 (zitiert: *Erman/Bearb*  
/ Schmidt, Eike Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 2:  
Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuld  
*Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2)
- Esser, Josef (Begr.) Schuldrecht, Band II: Besonderer Teil, Teilband 2: (

<i>/ Weyers, Hans</i>	2000 (zitiert: Esser/Weyer, Schuldrecht II/2)
<i>Fabry, Bernd</i> <i>/ Trimborn, Michael</i>	Die mittelbare Patentverletzung – Das unterschätzte
<i>Feldmann, Thorsten</i>	Anmerkung zu: OLG München, Urteil vom 23. Okt 3
<i>Fezer, Karl</i>	Markenrecht, 4. Aufl., München 2009
<i>Fikentscher, Wolfgang</i>	Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006
<i>Heinemann, Andreas</i>	
<i>v. Filseck, Moser</i>	Anmerkung zu BGH vom 14. Juli 1970 – X ZR 4/6
<i>Fischer, Thomas</i>	Strafgesetzbuch, 58. Aufl., München 2011
<i>Fitzner, Uwe</i>	Die mittelbare Patentverletzung – quo vadis?, Mitte
<i>Flechsig, Norbert</i>	Aus der Zukunft an die Gegenwart – Zu den Erford Nutzung im Internet: Kulturflatrate, in: <i>Hilty, Reto/</i> Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich I 101
<i>Flume, Werner</i>	Die private Vervielfältigung zum persönlichen Geb Urheberrecht, UFITA 39 (1963), 1-32
<i>Fraenkel, Michael</i>	Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB,
<i>Frank, Christian</i>	Urheberabgaben nach Padawan. Zur Vereinbarkeit einem „gerechten Ausgleich“ im Sinne der Harmon
<i>Freund, Georg</i>	Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre Strafrecht AT)
<i>Freytag, Stefan</i>	Urheberrechtliche Haftung im Netz. Zur dogmatisch TDG und § 5 MDStV bei Urheberrechtsverletzungen
<i>Freytag, Stefan</i>	(K)ein deutscher Sonderweg – Haftung für „zweiger europäischem Recht, GRUR-Prax 2010, 355 (= GR
<i>Friedemann, Hartmut</i>	Das Verhältnis der mittelbaren Patentverletzung zu Göttingen 1970
<i>Fritze, Ulrich</i>	Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus m 195-198

- Fromm, Friedrich / Nordemann, Wilhelm (Begr.)* Urheberrecht, 10. Aufl., Stuttgart 2008 (zitiert: *Fro*)
- Fritzsche, Jörg* Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, Be 1997
- Gabriel, Ulrich / Albrecht, Stefanie* Filesharing-Dienste, Grundrechte und (k)eine Lösun
- Galligani, Leonardo* Zweck- und funktionsgebundener Erzeugnisschutz, Erfindungen, in: Sonderausgabe ABl. EPA 2/2007, Thessaloniki, 12. bis 16. September 2006, 148-161
- Frhr. v. Gamm, Otto* Warenzeichengesetz. Kommentar, München/Berlin
- Gärtner, Anette / Müller, Sandra* Haftung für mittelbare Urheberrechtsverletzungen i Urteil vom 23.12.2009, 6 U 101/09, Mitteilungen d
- Gebhardt, Gerd* Die Erwartungen der Tonträgerwirtschaft an den zw
- Geigel, Reinhart (Begr.)* Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., München 2011 (z
- Geiger, Christophe* Honourable Attempt but (ultimately) Disproportion (HADOPI) – A Critical Analysis of the Recent Anti 472
- Gesellschaft für Konsumforschung (GfK)* Studie zur digitalen Content-Nutzung (DCN-Studie e.V., in Zusammenarbeit mit der Gesellschaft zur V dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels, [http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/pres:Studie\\_2011\\_Presseversion\\_FINAL.pdf](http://www.musikindustrie.de/fileadmin/piclib/pres:Studie_2011_Presseversion_FINAL.pdf)
- Giebe, Olaf* Gedränge im Vorfeld. Mittelbare Patentverletzung, *Grosch, Marcus/Ullmann, Eike* (Hrsg.), Gewerblich Tilman Schilling, Köln u.a. 2007, 143-163
- v. Gierke, Cornelia* Grenzen der wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung,
- Godendorff, Nils* Schadensersatz wegen unberechtigter Verwarnung i 2007
- Gola, Peter / Klug, Christoph* Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 10. Aufl., M

- / Körffer, Barbara  
/ Schomerus, Rudolf
- Götting, Horst-Peter Kritische Bemerkungen zum absoluten Stoffschutz,  
Götting, Horst-Peter Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Aufl., München 2011
- Götting, Horst-Peter Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht.  
/ Meyer, Justus Götting/Meyer/Vormbrock/Bearbeiter)  
/ Vormbrock, Ulf  
(Hrsg.)
- Götz, Volkmar Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht. Ein Studi
- Gräbig, Johannes Aktuelle Entwicklungen bei Haftung für mittelbare  
neues einheitliches Haftungskonzept?, MMR 2011,
- Grassmuck, Volker Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmu  
2005, 104-109
- Gropp, Walter Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin u.a. 20
- Grosch, Marcus Zum Streitgegenstandsbegriff im Patentverletzungs  
zum Wettbewerbsund Markenprozess, in: Grosch, M  
Schutzrechte und ihre Durchsetzung. Festschrift für
- Gsell, Beate Substanzverletzung und Herstellung. Deliktsrechtlic  
Tübingen 2003, zugleich Habilitationsschrift Unive
- Hacker, Franz Funktionenlehre und Benutzungsbegriff nach „L’Or  
– C-487/07 – L’Oréal, MarkenR 2009, 333-338
- Hacker, Franz „L’Oréal/eBay“: Die Host-Provider-Haftung vor de
- Haedicke, Maximilian Die Haftung für mittelbare Urheber- und Wettbewe  
von BGH v. 15.10.1998 – Möbelklassiker, GRUR 1
- Haedicke, Maximilian Die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen durc  
Ganea, Peter/Heath, Christopher/Schricker, Gerh  
Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, Mü
- Haedicke, Maximilian Schutzbereich und mittelbare Verletzung von Verw  
Patentanwälte 2004, 145-148
- Haedicke, Maximilian Schadensersatz bei mittelbarer Patentverletzung, GI

- Haedicke, Maximilian* Gemeinsame Grundlagen der Verantwortlichkeit für Schutzrechtsverletzungen im Gesamtsystem des Geistes Eigentums, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums,
- Haedicke, Maximilian* Patente und Piraten. Geistiges Eigentum in der Krise
- Hänel, Frederike* Die Umsetzung des Art. 6 Info-RL (technische Schutzrechte) zugleich Dissertation Saarbrücken 2005
- Heck, Philipp* Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Hefermehl, Wolfgang* Magnetton-Aufnahmen urheberrechtlich geschützte (1957), 56-92
- Heim, Sebastian* Der Transit von Waren als markenrechtsverletzende Handlung
- v. Hein, Jan* Neutrale Beihilfe im Zivilrecht, AcP 204 (2004), 76-82
- v. Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.)* Beck'scher Online-Kommentar StGB, München, 67. Aufl. (2011), StGB/Bearbeiter)
- Heinze, Christian / Heinze, Stefan* Transit als Markenverletzung – Schlusswort des Europäischen Gerichtshofs, EuZW 2007, 740-748
- Henckel, Wolfram* Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (2004), 174-180
- Henning-Bodewig, Frauke* Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Massenmedien, AcP 174 (2004), 181-190
- Herrmann, Elke* Der Störer nach § 1004 BGB. Zugleich eine Untersuchung über die Haftung des Störers, Berlin 1987, zugleich Habilitationsschrift Hamburg
- Herrmann, Elke* Die Haftungsvoraussetzungen nach § 1004 BGB – 100 Jahre nach dem Reichsgericht, AcP 104 (1994), 273-282
- Herrmann, Günter / Lausen, Matthias* Rundfunkrecht. Fernsehen und Hörfunk mit Neuen Medien, 10. Aufl. (2009), 10. Aufl. (2009)
- Herzberg, Rolf* Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, AcP 104 (1994), 273-282
- Heselhaus, Sebastian / Nowak, Carsten (Hrsg.)* Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2007
- Hesse, Hans* Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der mittelbaren Täterschaft, AcP 104 (1994), 273-282
- Hirsch, Hans* Gefahr und Gefährlichkeit, in: *Haft, Fritjof/Hassem*

- Wolfgang/Schroth, Ulrich* (Hrsg.), Strafgerechtigke  
Geburtstag, Heidelberg 1993, 545-564
- Hoeren, Thomas* Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 7. März
- Hoeren, Thomas* Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 28. Juli
- Hoeren, Thomas* AnyDVD und die Linkhaftung. Zugleich Besprechu  
AnyDVD, GRUR 2011, 503-504
- Hofmeister, Jörg* Die Haftung von Internetauktionenhäusern bei Marke  
Patentanwälte 2008, 63-67
- Höfeld, Jochen* Zur Frage des Bestimmtheits „durch den Abnehmer  
*Marcus/Ullmann, Eike* (Hrsg.), Gewerbliche Schutz  
Schilling, 263-279
- Hölder, Niels* Ersatzteile und Erschöpfung – Patentschutz für Ges  
Entscheidung des OLG Düsseldorf, GRUR 2007, 90
- Hoyer, Andreas* Die Eignungsdelikte, Berlin 1987, zugleich Disserta
- Holzapfel, Henrik* Zu § 10 PatG als Rechtszuweisungsnorm, GRUR 20
- Holznagel, Bernd* Netzpolitik Reloaded. Pflichten und Grenzen staatli  
*/ Schumacher, Pascal*
- Huber, Ulrich* Verschulden, Gefährdung und Adäquanz, in: *Mülle*  
und Gesetzgebung. Festschrift für Eduard Wahl zum
- Ingerl, Reinhard* Markengesetz, 3. Aufl., München 2010  
*/ Rohnke, Christian*
- Initiative* Content Flatrate ist machbar! Offener Brief an Bunde  
*privatkopie.net* des Deutschen Bundestages, <http://www.privatkopie.net>
- Isay, Hermann* Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von
- Jacobs, Rainer* Großkommentar UWG, Zweiter Band. Vor § 13, §  
*/Lindacher, Walter* 1. Aufl., Berlin 2006 (zitiert: Großkomm-UWG/Bearb  
*/Teplitzky, Otto* (Hrsg.)
- Jakobs, Günther* Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverlet
- Jakobs, Günther* Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und di

- Jakobs, Strafrecht AT)*
- Jänich, Volker* Markenverletzungen auf Online-Marktplätzen. Ann C-324/09 – L’Oréal/eBay, MarkenR 2011, 293-295
- Jansen, Nils* Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1
- Jauernig, Othmar (Hrsg.)* Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., München 2009
- Jeschek, Hans / Weigend, Thomas* Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl AT)
- Karg, Moritz* Anmerkung zu BGH: Speicherung dynamischer IP-
- Keller, Erhard* Patentverletzungen durch Handlungen im patentfrei  
*Joachim/Kunz-Hallstein, Hans P.* (Hrsg.), Festschri
- Keukenschrijver, Alfred* Flügelradzähler, Kaffeetüte und Drehzahlermittlung  
Patentverletzung, in: *Einsele, Rolf/Franke, Erich* (H 355
- Kienapfel, Diethelm* Der Einheitstäter im Strafrecht, Frankfurt 1971
- Kienapfel, Diethelm* Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff. und 32. ff St Blätter 1974, 113-123
- Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans (Hrsg.)* Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 1: §§ 1- NK/Bearbeiter)
- Kirmse, Daniel* Die zivilrechtlichen Rechtsfolgen der Umgehung te Hamburg 2010, zugleich Dissertation Leipzig 2009
- Klaka, Rainer* Die mittelbare Patentverletzung in der deutschen Re
- Klatt, Heiko* Die Kerngleichheit als Grenze der Prüfungspflichten 265-274
- Klauer, Georg / Möhring, Philipp (Begr.)* Patentrechtskommentar. Band I: §§ 1-36a des Paten Klauer/Möhring/Bearbeiter)
- Kleindiek, Detlef* Deliktshaftung und juristische Person. Zugleich zur 1997, zugleich Habilitationsschrift Heidelberg 1996

<i>Klett, Alexander</i>	Urheberrechtliche Geräteabgaben und kein Ende. Z 17. Juli 2008 – I ZR 206/05 (Kopierstationen), K&I
<i>Klingebiel, Marian</i>	Anmerkung zu LG Hamburg, Urteil vom 03.09.201 Haftungs des Plattformbetreibers für von Nutzern be
<i>Kloepfer, Michael</i>	Umweltrecht, 3. Aufl., München 2004
<i>Klopmeier, Felix</i>	Dogmatik des Schadensersatzes im Patentrecht, Bac 2008
<i>Klöpsch, Gerald</i>	Zur Schutzfähigkeit von Arzneimitteln nach dem M 102-108
<i>Klosterfelde, Walter</i>	Sicherungspflichten der Hersteller von Magnettonb in Hinblick auf private Urheberrechtsverletzungen c
<i>Köhler, Helmut</i>	Die Beteiligung an fremden Wettbewerbsverstößen,
<i>Köhler, Helmut</i>	„Täter“ und „Störer“ im Wettbewerbs- und Marken Medien bei eBay“, GRUR 2008, 1-7
<i>Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim</i>	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 29. Aufl.
<i>Koelman, Kamiel / Helberger, Natali</i>	Protection of Technological Measures, in: <i>Hugenho Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright</i>
<i>Köcher, Jan</i>	Anmerkung zu LG Berlin, Anerkenntnis- und Schlu 2007, 800-801
<i>Kohte, Wolfhard</i>	Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985),
<i>König, Reimar</i>	Mittelbare Patentverletzung, Mitteilungen der deuts
<i>König, Reimar</i>	Möglichkeiten und Grenzen des Verwendungsschut
<i>Köster, Uta</i>	Absoluter oder auf die Funktion eingeschränkter St insbesondere bei Gen-Patenten, GRUR 2002, 833-8
<i>Kötz, Hein</i>	Ziele des Haftungsrechts, in: <i>Baur, Jürgen/Hopt, Kl Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, 6</i>
<i>Kötz, Hein/Wagner, Gerhard</i>	Deliktsrecht, 11. Aufl., München 2010
<i>Kotz, Christian</i>	Grundlagen negatorischer und quasi-negatorischer I

- Marburg 2003
- Kraft, Alfons*  
/ *Hönn, Günther* Herstellung und Vertrieb von Kennzeichnungsmate  
199
- Kramer, Ernst* Besprechung der Dissertation von *Michael Fraenke*  
AcP 180 (1980), 523-527
- Kraßer, Rudolf* Patentschutz für neue medizinische Anwendungen l  
Jahre Bundespatentgericht. Festschrift, Köln u.a. 19
- Kraßer, Rudolf* Patentrecht, 6. Aufl., München 2009
- Krauß, Heinrich* Mittelbare Benutzung eines Verfahrenspatents durc  
MuW XXVII, 555-561
- Kreutziger, Stefan* Die Haftung von Mittätern, Anstiftern und Gehilfen  
Haftung von Teilnehmern an unfriedlichen Demons  
Hamburg 1985
- Kröger, Detlef* Die Urheberrechtsrichtlinie für die Informationsges  
Bewertung, CR 2001, 316-324
- Krüger, Stefan*  
/ *Maucher, Svenja* Ist die IP-Adresse wirklich ein personenbezogenes l  
auf die Praxis, MMR 2011, 433-439
- Kühl, Kristian* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 200
- Kühl, Kristian* Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl., München 2
- Kühnen, Thomas*  
/ *Geschke, Eva* Die Durchsetzung von Patenten in der Praxis. Von c  
Aufl., Köln u.a. 2008
- Küper, Wilfried* Konvergenz. Die gemeinschaftliche Körperverletzu  
334
- Lange, Hermann*  
/ *Schiemann, Gottfried* Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003, in: *Gernh*  
Einzeldarstellungen, Band 1
- Larenz, Karl* Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrec  
*Konrad* (Hrsg.): Vom deutschen zum europäischen  
Privat- und Zivilprozessrecht. Rechtsvergleichung, '
- Larenz, Karl (Begr.)*  
/ *Wolf, Manfred* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl.,

<i>Larenz, Karl / Canaris, Claus- Wilhelm</i>	Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besondere (zitiert: <i>Larenz/Canaris</i> , Schuldrecht II/2)
<i>Larenz, Karl / Canaris, Claus- Wilhelm</i>	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Besondere Methodenlehre)
<i>Lehment, Cornelis</i>	Zur Störerhaftung von Online-Auktionshäusern. Zu Düsseldorf vom 29. 10. 2002 – 4 a O 464/01 – eBay
<i>Lehment, Cornelis</i>	Zur Haftung von Internet-Auktionshäusern – Anmerkungen GRUR 2005, 210-214
<i>Lehment, Cornelis</i>	Anmerkung zum BGH-Urteil „Internetversteigerung“
<i>Leible, Stefan / Sosnitza, Olaf</i>	Haftung von Internetauktionshäusern – reloaded, N. 10
<i>Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>	<i>Laufhütte, Heinrich u.a.</i> (Hrsg.), Band 1: Einleitung (LK/Bearbeiter)
<i>Leistner, Matthias / Stang, Felix</i>	Die Neuerung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrsmittel. Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen Fortentwicklung des Markenrechts 533-555
<i>Leistner, Matthias</i>	Von „Grundig-Reporter(n) zu Paperboy(s)“ – Entwurf des Urheberrecht, GRUR 2006, 801-814
<i>Leistner, Matthias</i>	Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzungen
<i>Leitzen, Mario</i>	Innergemeinschaftlicher Transit, Markenverletzung durch „Diesel“ und EuGH „Class International/Colgate-Palmolive“
<i>Leutheusser- Schnarrenberger, Sabine</i>	Berliner Rede zum Urheberrecht vom 14. Juni 2010 <a href="http://www.bmj.de/SharedDocs/Reden/DE/2010/20100614_leutheusser-schnarrenberger.html?nn=1477162">http://www.bmj.de/SharedDocs/Reden/DE/2010/20100614_leutheusser-schnarrenberger.html?nn=1477162</a>
<i>Lindacher, Walter</i>	Zur wettbewerbsrechtlichen Unterlassungshaftung von Wettbewerbern
<i>Lindenmaier, Fritz</i>	Wiederherstellung, Ausbesserung und Ersatz durch neue Erfindungen 505-514
<i>Lindenmaier, Fritz</i>	Über Erschöpfung des Patentrechts, Ausbesserung, Ersatz durch neue Erfindungen und patentgeschützter Vorrichtungen und ihrer Teile, GRUR 2005, 210-214

<i>Lindenmaier, Fritz</i>	Das Patentgesetz, 6. Aufl., Köln u.a. 1973 (zitiert: <i>L</i> )
<i>Linnenborn, Oliver</i>	Update: Europäisches Urheberrecht in der Informati
<i>Lisken, Hans</i> <i>/ Denninger, Erhard</i> (Hrsg.)	Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr – Stra (zitiert: <i>Lisken/Denninger/Bearbeiter</i> , Handbuch de
<i>Loewenheim, Ulrich</i> (Hrsg.)	Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München 20
<i>Looschelders, Dirk</i>	Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Köln u.a. 20
<i>Lubberger, Andreas</i>	Schutzrechtsverletzungen bei eBay und Co. – Einor MarkenR 2006, 515-522
<i>Lutter, Marcus</i> <i>/ Ovrerrath, Hans</i>	Der Vermieter als Störer nach § 1004 BGB, JZ 196
<i>Maaßen, Stefan</i> <i>/ Schoene, Volker</i>	Sperrungsverfügung gegen Access Provider wegen
<i>Marx, Claudius</i>	Deutsches, europäisches und internationales Marken
<i>Maunz, Theodor</i> <i>/ Dürig, Günter (Begr.)</i>	Grundgesetz. Kommentar, Band VI: Art. 86-106b, I <i>Maunz/Dürig/Bearbeiter</i> )
<i>Maurach, Reinhart</i> (Begr.) <i>/ Zipf, Heinz</i>	Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlage Heidelberg 1992 (zitiert: <i>Maurach/Zipf</i> , Strafrecht <i>A</i>
<i>Maurach, Reinhart</i> (Begr.) <i>/ Gössel, Karl</i> <i>/ Zipf, Heinz</i>	Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 2: Erscheinu Tat, 7. Aufl., Heidelberg 1989 (zitiert: <i>Maurach/Gö</i>
<i>Medicus, Dieter</i> <i>/ Petersen, Jens</i>	Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlage 22. Aufl., Köln 2009
<i>Medicus, Dieter</i> <i>/ Lorenz, Stephan</i>	Schuldrecht II. Besonderer Teil, 15. Aufl., Münche
<i>Meier-Beck, Peter</i>	Ersatzansprüche gegenüber dem mittelbaren Patent
<i>Meier-Beck, Peter</i>	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum P GRUR 2007, 11-17

- Meier-Beck, Peter* Patentschutz für die zweite medizinische Indikation
- Mertens, Hans* Verkehrspflichten und Deliktsrecht. Gedanken zu ei  
1980, 397-408
- Meschede, Thomas* Der Schutz digitaler Musik- und Filmwerke vor priv  
Regelung des Urheberrechts in der Informationsges  
Köln 2006
- Mes, Peter* Die mittelbare Patentverletzung, GRUR 1998, 281-
- Mes, Peter* Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz. Kommentar,
- Meyerdierks, Per* Sind IP-Adressen personenbezogene Daten?, MMR
- Mölleken, Jan* Filehoster: Blick hinter die Kulissen einer undurchs  
Teil I: Hehler oder Helfer, Spiegel online vom 14. S  
<http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,717333>  
Teil II: Selbstbild der Filehoster. „Wir sind auch nu  
<http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,717645>  
Teil III: Ausweitung der Grauzone. Die rechtliche S  
<http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,717775>
- Mugdan, Benno* Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gese  
(Hrsg.) Sachenrecht, Berlin 1899
- Müller, Stefan* Festlegung und Inkasso von Vergütungen für die pr  
„Zweiten Korbs“, ZUM 2007, 777-791
- Müller, Stefan* Der Verzicht auf technische Schutzmaßnahmen: kei  
Vervielfältigung, GRUR 2011, 26-31
- Münchener* *Rebmann, Kurt/Säcker, Franz/Rixecker, Roland* (Hr  
*Kommentar zum BGB*  
Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432,  
Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 705-85  
Produkthaftungsgesetz, 5. Aufl., München 2009  
Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 705-85  
Produkthaftungsgesetz, 3. Aufl., München 1997 (zit  
Band 6: Sachenrecht, §§ 854-1296, Wohnungseiger

2009

- Münchener  
Kommentar zum StGB* Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.)  
Band 1: §§ 1-51 StGB, München 2003 (zitiert: Mük  
Band 2.2: §§ 80-184 f. StGB, München 2005
- Münchener  
Kommentar zum  
Lauterkeitsrecht* Heermann, Peter W./Hirsch, Günter (Hrsg.)  
Band 1: Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Internat  
Wettbewerbsverfahrensrecht, Europäisches Gemein  
Maßnahmen, §§ 1-4 UWG, München 2006 (zitiert:  
Band 2: § 5-22 UWG, München 2006
- Münzberg, Wolfgang* Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswic  
Habilitationsschrift Frankfurt a. M. 1966
- Nack, Ralph/Phélip,  
Bruno* Bericht über die Diplomatische Konferenz zur Revi  
München 20.-29. November 2000, GRUR 2001, 32
- Nastelski, Karl* Verwendungsansprüche für Arzneimittel?, in: Fests  
München 1970, 113-123
- Neuhaus, Stephan* Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterial;  
Bayreuth 2010
- Nicolini, Käte  
/ Ahlberg, Hartwig  
(Hrsg.)* Urheberrechtsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Münche
- Nieder, Michael* Zur Antrags- und Verbotsfassung bei mittelbarer Pa
- Nieder, Michael* Die mittelbare Patentverletzung – eine Bestandsaufi
- Nieder, Michael* Schadensersatz wegen mittelbarer Patentverletzung.  
(Hrsg.), Patentrecht. Festschrift für Thomas Reimar
- Niemann, Fabian* Urheberrechtsabgaben – Was ist im Korb? Anwend  
auf Geräte und Speichermedien nach neuem Recht,
- Niemann, Fabian* Urheberrechtsabgaben – Wie viel ist im Korb? Anw

	Abgaben auf Geräte und Speichermedien nach neue
<i>Niemann, Fabian</i>	Urheberrechtsabgaben und Verfassungsrecht: o tem des BVerfG zu den BGH-Entscheidungen zu Abgab 69-76
<i>Nordemann, Jan</i>	Verkehrspflichten und Urheberrecht – oder: jugend; <i>Reto/Drexler, Josef/Nordemann, Wilhelm</i> (Hrsg.), Sch Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, 215-225
<i>Nümann, Peter</i> <i>/ Mayer, Markus</i>	Rechtfertigung und Kritik von Massenabmahnungen Netzwerken, ZUM 2010, 321-331
<i>Ohly, Ansgar</i>	„Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Priv München 2001
<i>O'Reilly, Tim</i>	What is Web 2.0?, Artikel vom 30. September 2005
<i>v. der Osten, Horst</i> <i>/ Pross, Ulrich</i>	Schadensersatzansprüche bei mittelbarer Patentverl <i>Klaus</i> (Hrsg.), Patentrecht. Festschrift für Thomas F
<i>Pahlen-Brandt, Ingrid</i>	Datenschutz braucht scharfe Instrumente. Beitrag zu 2008, 34-40
<i>Palandt, Otto</i> <i>(Mitbegr.)</i>	Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., München 2011
<i>Paul, Jörg</i> <i>/ Naskret, Stefanie</i>	Die Zukunft der Geräteabgabe. Der Formulierungsv 54a UrhG und die Scanner-Entscheidung des BGH: 473-479
<i>Peifer, Karl</i>	Salomonisches zur Störerhaftung für Hyperlinks du
<i>Peukert, Alexander</i>	Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenus Interessenausgleich im Urheberrecht, 11-46
<i>Peukert, Alexander</i>	Digital Rights Management und Urheberrecht, UFI
<i>Picker, Eduard</i>	Der negatorische Beseitigungsanspruch, Bonn 1972
<i>Picker, Eduard</i>	Der privatrechtliche Rechtsschutz gegen baurechtsv „Schutzgesetzen“, AcP 176 (1976), 28-79
<i>Picker, Eduard</i>	Besprechung von Gerhard Hohloch: Die negatorisch Schadensersatzrecht, AcP 178 (1978), 499-504

<i>Picker, Eduard</i>	Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB – eine <i>A</i> bürgerlichrechtlichen Haftungsdogmatik, in: <i>Lange</i> , Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburts
<i>Pieroth, Bodo</i> <i>/ Schlink, Bernhard</i> <i>/ Kniesel, Michael</i>	Polizei- und Ordnungsrecht; mit Versammlungsrech <i>Pieroth/Schlink/Kniesel</i> , Polizei- und Ordnungsrech
<i>Pinzger, Eberhard</i>	Mittelbare Warenzeichenverletzung, JW 1939, 81-8
<i>Piper, Henning</i> <i>/ Ohly, Ansgar</i> <i>/ Sosnitza, Olaf</i>	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl.,
<i>Planck, Gottlieb</i> <i>(Begr.)</i>	Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Besonderer Teil), 4. Aufl., Berlin 1928
<i>Pleyer, Klemens</i>	Die Haftung des Eigentümers für Störungen aus sei
<i>Rauh, Georg</i>	Zur Entbehrlichkeit der subjektiven Tatbestandsmer Patentverletzung), GRURInt 2008, 293-301
<i>Rauh, Georg</i>	Die mittelbare Patentverletzung. Eine rechtsvergleich München 2009
<i>Rehbinder, Manfred</i>	Urheberrecht, 16. Aufl., München 2010
<i>Reichardt, Ernst</i>	Die Vergütungspflicht für private Tonbandaufnahm (1965), 84-99
<i>Reichsgerichtsräte</i> <i>kommentar</i>	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berück und des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von M RGRK/Bearbeiter)
	Band II, 5. Teil (§§ 812-831), 12. Aufl., Berlin 1989
	Band III, 1. Teil (§§ 854-1011), 12. Aufl., Berlin 19
<i>Reimer, Dietrich</i>	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29. Mai 1964 – Ib
<i>Reimer, Eduard</i>	Patentverletzung durch Lieferung ins Ausland, Mitt
<i>Reimer, Eduard</i> <i>(Begr.)</i>	Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz. Systemat <i>Reimer/Bearbeiter</i> )

<i>Reimer, Ernst</i>	Mittelbare Verletzungshandlungen auf dem Gebiet d
<i>Rigamonti, Cyrill</i>	Theorie und Praxis der mittelbaren Patentverletzung 67
<i>Roeber, Georg</i>	Urheberrecht oder Geistiges Eigentum, UFITA 21 (
<i>Roggenkamp, Jan</i>	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 2. Oktober 2008 –
<i>Roggenkamp, Jan</i>	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.11.2009 ( für Inhalte Dritter, die er sich zu eigen macht, K&R
<i>Rösler, Hannes</i>	Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte – Ref Rechtswissenschaft zum Urheberrecht im digitalen
<i>Rössel, Markus/Rössel, Martina</i>	Filterpflichten des Providers. Drittschutz durch Tec
<i>Rössel, Markus</i>	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.03.2009 (I ZR eines eBay-Mitgliedskontos für über das Mitgliedskonto einen Dritten, CR 2009, 453-455
<i>Roßnagel, Alexander / Jandt, Silke / Schnabel, Christoph</i>	Kulturflatrate. Ein verfassungsrechtlich zulässiges a 2010, 8-12
<i>Roßnagel, Alexander / Jandt, Silke / Schnabel, Christoph / Yliniva-Hoffmann, Anne</i>	Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationaler <a href="http://www.gruenebundestag.de/cms/netzpolitik/dol">http://www.gruenebundestag.de/cms/netzpolitik/dol</a>
<i>Roxin, Claus</i>	Strafrecht. Allgemeiner Teil  Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat
<i>Roxin, Claus</i>	Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., Berlin 2006
<i>Rücker, Daniel</i>	Notice and take down-Verfahren für die deutsche P Unterlassungshaftung von Online-Diensten durch d 2005, 347-355
<i>Rudolphi, Hans /Horn, Eckhard</i>	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8 (zitiert: <i>SK/Bearbeiter</i> )

<i>/Günther, Hans</i>	
<i>/Samson, Erich</i>	
<i>Runge, Philipp</i>	Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik
<i>Sack, Rolf</i>	Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung. Zur Urheberrechtsnovelle von 1982 und 1983 vorsehe Heft 26
<i>Sack, Rolf</i>	Unbegründete Schutzrechtsverwarnungen, Köln u.a
<i>Schack, Haimo</i>	Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl., Tübingen
<i>Schack, Haimo</i>	Täter und Störer: Zur Erweiterung und Begrenzung Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, in: <i>Martin Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag an</i>
<i>Schaffland, Hans/Wiltfang, Noeme</i>	Bundesdatenschutzgesetz. Ergänzbare Kommentar Stand: April 2011
<i>Scharen, Uwe</i>	Der Unterlassungsanspruch bei drohender mittelbar
<i>Scharen, Uwe</i>	Die Behandlung der (so genannten) mittelbaren Pat Bundesgerichtshofs, GRUR 2008, 944-948
<i>Scheja, Katharina</i>	Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 28. Juli
<i>Schenke, Wolf</i>	Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., Heidelberg u.
<i>Schilling, Alexander</i>	Passivlegitimation im gewerblichen Rechtsschutz u Anspruchsgegners des urheber-, marken- und wettb von Verkehrspflichten, Frankfurt 2010, zugleich Di
<i>Schips, Kurt</i>	Patent- und Gebrauchsmusterverletzungen durch Li
<i>Schlechtriem, Peter</i>	Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Tübingen 20
<i>Schmid, Matthias</i> <i>/ Wirth, Thomas</i> <i>/ Seifert, Fedor</i>	Urheberrechtsgesetz mit Urheberrechtswahrnehmung 2009 (zitiert: <i>Schmid/Wirth/Seifert</i> )
<i>Schmidt, Karsten</i>	Konkursantragspflichten bei der GmbH im bürgerli
<i>Schneider, Dieter</i> <i>/ Walter, Doris</i>	Ist der absolute Stoffschutz noch zu retten? – Zur U Richtlinie), GRUR 2007, 831-839
<i>Schönke, Adolf (Begr.)</i>	Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Aufl., München 2

- / Schröder, Horst  
/ Cramer, Peter u.a.
- Schramm, Carl Grundlagenforschung auf dem Gebiet des gewerblich  
1954
- Schricker, Gerhard Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung – Ein  
/ Katzenberger, Paul
- Schricker, Gerhard Urheberrecht. Kommentar, München 1987 (zitiert: §  
(Begr./Hrsg. bis zur 3.  
Aufl.)  
/ Loewenheim, Ulrich  
(Hrsg. der 4. Aufl.)
- Urheberrecht. Kommentar, 3. Aufl., München 2006  
Urheberrecht. Kommentar, 4. Aufl., München 2010
- Schröder, Horst Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (19
- Schröder, Markus Anmerkung zu OLG Düsseldorf: Rapidshare, MMF
- Schulte, Rainer (Hrsg.) Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkomm  
europäischen Rechtsprechung,  
7. Aufl., Köln u.a. 2005 (zitiert: *Schulte/Bearbeiter*)  
8. Aufl., Köln u.a. 2008 (zitiert: *Schulte/Bearbeiter*)
- v. Schultz, Detlef Kommentar zum Markenrecht, 2. Aufl., Frankfurt 2
- Schulz, Birgit Die relevante Benutzungshandlung im deutschen M  
Mannheim 1996
- Schulze, Gernot Wann beginnt eine urheberrechtlich relevante Nutzu
- Schwitanski, Heinz Deliktsrecht, Unternehmensschutz und Arbeitskamp  
Harmonisierung, Berlin 1986, zugleich Dissertation
- Sessinghaus, Karel BGH-„Internet-Versteigerung“ – ein gemeinschafts  
Störerhaftung von Telediensteanbietern unter dogm  
Versteigerung“ v. 11.3.2004 – I ZR 304/01, GRUR
- Sieber, Ulrich Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet. Grun  
MDSStV, MMR-Beil. 1999, 1-31

- Sieber, Ulrich* / *Höfner, Frank* Allgemeine Grundsätze der Haftung, in: *Hoeren, Th* Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs April 2011, Teil 18.1
- Simitis, Spiros (Hrsg.)* Bundesdatenschutzgesetz, 7. Aufl., Baden-Baden 2005
- Singer, Romuald* / *Stein, Artur* Die Luxemburger Konferenz über das Gemeinschafts-Materielles Patentrecht, GRURInt 1976, 200-208
- Sobola, Sabine* / *Kohl, Kathrin* Haftung von Providern für fremde Inhalte. Haftung und Tendenzen der Rechtsprechung, CR 2005, 443-448
- Soergel, Hans (Begr.)* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zitiert: *Soergel*). Band 2: Schuldrecht I, §§ 241-432, 12. Aufl. Stuttgart 2005; Band 12: Schuldrecht 10, §§ 823-853, ProdHG, UrStR 2005, 372; Band 15/1: Sachenrecht 2/1, §§ 985-1017, ErbbauV 2005, 369-371
- Sommer, Ulrich* Verselbstständigte Beihilfehandlungen und Strafflosigkeit, GRUR 2004, 372
- Spieker, Oliver* Bestehen zivilrechtliche Ansprüche bei Umgehung von Erzeugnissen zu dessen Umgehung?, GRUR 2004, 372
- Spindler, Gerald* Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, GRUR 2005, 372
- Spindler, Gerald* Pressefreiheit im Internet und (Störer-)Haftung für Internet, GRUR-RR 2005, 369-371
- Spindler, Gerald* Haftung und Verantwortlichkeit im IT-Recht. Ein Rückblick auf die allgemeinen Grundsätze des Haftungsrechts, CR 2005, 443-448
- Spindler, Gerald* Reformperspektiven der Providerhaftung im deutschen Internetrecht (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, GRUR 2010, 101-108
- Spindler, Gerald* Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Bildrechte, BGH-Entscheidung „Vorschaubilder“, GRUR 2010, 101-108
- Spindler, Gerald* Präzisierung der Störerhaftung im Internet. Besprechung der Entscheidung des BGH, GRUR 2011, 101-108
- Spindler, Gerald* Urheberrechtsnovelle. Der „dritte Korb“ – ein „Korb für die Zukunft“, [http://www.grur.de/cms/upload/pdf/newsletter/20110301\\_3\\_korb\\_fuer\\_die\\_zukunft.pdf](http://www.grur.de/cms/upload/pdf/newsletter/20110301_3_korb_fuer_die_zukunft.pdf)
- Spindler, Gerald* / *Leistner, Matthias* Die Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzung und den USA, GRURInt 2005, 773-796

- Spindler, Gerald / Volkmann, Christian* Die zivilrechtliche Störerhaftung der Internet-Provider
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.)* Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 2. Aufl. (Spindler/Schuster/Bearbeiter)
- Stadler, Thomas* Haftung für Informationen im Internet, 2. Aufl., Bei
- Stang, Felix/Hühner, Sebastian* Anmerkung zu BGH: Störerhaftung des WLAN-Inf
- Starck, Joachim* Markenmäßiger Gebrauch – Besondere Voraussetzungen GRUR 1996, 688-693
- Starck, Joachim* Zur mittelbaren Verletzung von Kennzeichenrechten (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, München 2001
- v. Staudinger, Julius (Begr.)* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz (Staudinger/Bearbeiter)
- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (2009)
- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 830-838 (2008)
- Buch 3: Sachenrecht, §§ 985-1011 (Eigentum 3), N
- Steffen, Erich* Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz
- Stickelbrock, Barbara* Angleichung zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Vorschriften BGB, AcP 197 (1997), 456-504
- Stoll, Hans* Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP
- Ströbele, Paul / Hacker, Franz / Kirschneck, Irmgard / Knoll, Helmut/Kober-Dehm, Helga* Markengesetz. Kommentar, 9. Aufl., Köln u.a. 2009
- Teplitzky, Otto* Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9
- Teschemacher, Rudolf* Die mittelbare Patentverletzung. Rechtsvergleichende Untersuchung patentverletzend benutzbarer Gegenstände, Köln u.a.

<i>Tettenborn, Alexander</i> <i>/ Bender, Gunnar</i> <i>/ Lübben, Natalie</i> <i>/ Karenfort, Jörg</i>	Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr elektronischen Geschäftsverkehr und zum Elektronische Auswirkungen – Umsetzung in Deutschland, BB 2005, 10
<i>Tetzner, Volkmar</i>	Verletzung deutscher Patente bei Auslandsgeschäften
<i>Tilman, Winfried</i>	Neue Überlegungen im Patentrecht, GRUR 2005, 9
<i>Tilman, Winfried</i>	Neue Überlegungen im Patentrecht, GRUR 2006, 8
<i>Todenhöfer, Jürgen</i>	Die deliktische Haftung des Hehlers unter besonderer Freiburg 1969
<i>Traeger, Ludwig</i>	Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich Marburg 1929
<i>Trayer, Martin</i>	Technische Schutzmaßnahmen und elektronische Rechte zugleich Dissertation Freiburg 2003
<i>Troller, Alois</i>	Angebot und Nachfrage als urheberrechtliches Problem
<i>Uhrich, Ralf</i>	Stoffschutz, Tübingen 2010, zugleich Dissertation I
<i>Ullmann, Loy</i>	Ein- und Ausfuhr gleich Durchfuhr? – Zur Markenrecht Berücksichtigung des Gefahrbegriffs –, in: <i>Ahrens,</i> (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2007
<i>v. Ungern-Sternberg,</i> <i>Joachim</i>	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 6. Dezember 2007 247-249
<i>v. Ungern-Sternberg,</i> <i>Joachim</i>	Schlichte einseitige Einwilligung und treuwidrig wirksam bei Internetnutzungen, GRUR 2009, 369-375
<i>Volkman, Christian</i>	Die Unterlassungsvollstreckung gegen Störer aus dem Unterlassungstiteln nach § 890 ZPO und dem Verbot TDG/6 Abs. 2 S. 1 MDStV, CR 2003, 440-447
<i>Volkman, Christian</i>	Der Störer im Internet, München 2005, zugleich Dis
<i>Volkman, Christian</i>	Verkehrspflichten für Internet-Provider, CR 2008, 2
<i>Voß, Ulrike</i>	Abschied vom Schadensersatz bei mittelbarer Patent „Antriebsscheibenaufzug“, GRUR 2006, 281-285
<i>Wagner, Gerhard</i>	Haftung und Versicherung als Instrumente der Techn

- Wagner, Gerhard* Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in des Europäischen Deliktsrechts, Baden-Baden 2003
- Wagner, Gerhard* Die Voraussetzungen negatorischen Rechtsschutzes *Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schieman* Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Hans-Joachim Lauth, Köln 2009, 589-610
- Walter, Michael (Hrsg.)* Europäisches Urheberrecht. Kommentar, Wien 2008
- Walter, Tonio* Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vor dem Hintergrund des Strafrechts, Freiburg 2006, zugleich Habilitationsschrift Freiburg 2003
- Wand, Peter* Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht. Völkerrecht und US-amerikanisches Recht, München 2001, zugleich Habilitationsschrift München 2001
- Wandtke, Artur / Bullinger, Winfried (Hrsg.)* Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2008
- Wandtke, Artur (Hrsg.)* Medienrecht. Praxishandbuch, Berlin 2008
- Weckerle, Thomas* Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, Karlsruhe 2007
- Weisse, Peter* Überlegungen zur Formulierung des Unterlassungsanspruchs für patentfrei verwendbare „Mittel“ für den Fall der Liegenschaft, in: *Klaus (Hrsg.)*, Patentrecht. Festschrift für Thomas F. Weicker, München 2007, 11-22
- Wenzel, Karl (Begr.)* Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung. Handbuch, Berlin 2007 (zitiert: *Wenzel/Bearbeiter*)
- Wenzel, Joachim* Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung, in: *Wenzel/Bearbeiter*, Handbuch, Berlin 2007, 11-22
- Westermann, Harry (Begr.)* Sachenrecht, 7. Aufl., Heidelberg 1998 (zitiert: *Westermann*)
- Wieling, Hans* Sachenrecht, Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an Sachen, Berlin 2007
- Wilmer, Thomas* Überspannte Prüfpflichten für Host-Provider? – Vorlesung, Köln 2009, 1851
- Witzmann, Jan* Anmerkung zu OLG Hamburg, Urteil vom 24. Juli 2009, 15 U 10/09, in: *Witzmann*, Sachenrecht, 10. Aufl., Berlin 2010, 11-22
- Wohlers, Wolfgang* Der Erlaß rechtsfehlerhafter Genehmigungsbescheide, in: *Wohlers*, Sachenrecht, 10. Aufl., Berlin 2010, 61-85

- Wöhr, Heiko* Web 2.0 – Wohin geht die Reise?, in: *Hoffmann, M*  
Softwarepatente – Web 2.0, Stuttgart u.a. 2008
- Zimmerl, Leopold* Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 (192
- Zimmermann,* Herausforderungsformel und Haftung für fremde W  
*Reinhard*
- Zöller, Richard (Begr.)* Zivilprozessordnung, 28. Aufl., Köln 2010 (zitiert: .

## Verzeichnis der zitierten Normen

### Internationales Recht

WIPO Copyright Treaty vom 20. Dezember 1996, deutsche Fassung veröffentlicht in ABl. EG, Nr. C 165/9 vom 30. Mai 1998

WIPO Performances and Phonograms Treaty vom 20. Dezember 1996, deutsche Fassung veröffentlicht in ABl. EG, Nr. C 165/13 vom 30. Mai 1998

Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums vom 15. April 1994, BGBl. 1994, Teil II, S. 1730 TRIPS

Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1886, zuletzt geändert durch Änderungsbeschluss vom 2. Oktober 1979 (BGBl. 1985, Teil II, S. 81), RGBl. 1910, S. 965, 987 RBÜ

### Europarecht

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndBeschl. 2011/199/EU vom 25. 3. 2011 (ABl. EG, Nr. L 91/1 vom 6. April 2011), ABl. EG, AEUV

Nr. C 115/47 vom 9. Mai 2008

Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957, zuletzt geändert durch Art. 2 des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (ABl. EG, Nr. C 306/1 vom 17. Dezember 2007)

EGV

Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000, ABl. EG, Nr. C 364/1 vom 18. Dezember 2000

GRC

Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl. EG, Nr. L 105/54 vom 13. April 2006

Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EG, Nr. L 157/45 vom 2. Juni 2004

DurchsetzungsRL

Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG Nr. L 167/10 vom 22. Juni 2001

Info-RL

Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni

ECRL

2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG Nr. L 178/1 vom 17. Juli 2000

Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. EG, Nr. L 40/1 vom 11. Februar 1989

MarkenRL

Verordnung 44/2001/EG des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG, Nr. L 12/1 vom 16. Januar 2001

EUGVVO

Verordnung 2913/92/EWG des Rates vom 12. Oktober 1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, ABl. EG, Nr. L 302/1 vom 19. Oktober 1992

Verordnung 450/2008/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. April 2008 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaft (Modernisierter Zollkodex), ABl. EG, Nr. L 145/1 vom 4. Juni 2008

Europäisches Patentübereinkommen vom 5. Oktober 1973 in der Fassung der Akte vom 29. November 2000 zur Revision des Übereinkommens über die Erteilung Europäischer Patente (BGBl. 2008, Teil II, S. 179), BGBl. 1976, Teil II, S. 826

EPÜ

Akte vom 29. November 2000 zur Revision des Übereinkommens über die Erteilung Europäischer Patente in der ab dem 13. Dezember 2007 geltenden Fassung; BGBl. 2008, Teil II, S. 179	EPÜ 2000
Vereinbarung über Gemeinschaftspatente vom 21. Dezember 1989, BGBl. 1991, Teil II, S. 1354	GPÜ 1989
Übereinkommen über das Patent für den Gemeinsamen Markt vom 15. Dezember 1975, BGBl. 1979, Teil II, S. 833	GPÜ, GPÜ 1975
 Deutsches Patentrecht	
Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts vom 31. Juli 2009 (BGBl. 2009, Teil I S. 2521), BGBl. 1981, Teil I, S. 1	PatG
Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 1968, zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Patentgesetzes, des Warenzeichengesetzes und weiterer Gesetze („Vorabgesetz“) vom 4. September 1967 (BGBl. 1967, Teil I, S. 953), BGBl. 1968, Teil I, S. 1	PatG 1968
Patentgesetz vom 5. Mai 1936, RGB. 1936, Teil II, S. 117	PatG 1936
Patentgesetz vom 7. April 1891, RGBL. 1891, S. 79	PatG 1891
Patentgesetz vom 25. Mai 1877, RGBL.	PatG 1877

1877, S. 501

Gesetz zur Umsetzung der Akte vom 29. November 2000 zur Revision des Übereinkommens über die Erteilung europäischer Patente vom 24. August 2007, BGBl. 2007, Teil I, S. 2166

Gesetz über das Gemeinschaftspatent und zur Änderung patentrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 1979, BGBl. 1979, Teil I, S. 1269

GPatG

### Deutsches Markenrecht

Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen vom 25. Oktober 1994, zuletzt geändert durch Art. 17 des Gesetzes zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der Justiz und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 22. Dezember 2010 (BGBl. 2010, Teil I, S. 2248), BGBl. 1994, Teil I S. 3082, berichtigt BGBl. 1995, Teil I, S. 156

MarkenG

Warenzeichengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 1968, zuletzt geändert durch Art. 48 Gesetz zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (Markenrechtsreformgesetz) vom 25. Oktober 1994 (BGBl. 1994, Teil I, S. 3082), BGBl. 1968, Teil I, S. 29

WZG

Gesetz zum Schutz der

WZG 1894

Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, RGBl. 1894, S. 441

## Deutsches Urheberrecht

- |   |              |
|---|--------------|
| Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965, zuletzt geändert durch Art. 83 FGG-ReformG vom 17. Dezember 2008 (BGBl. 2008, Teil I, S. 2586), BGBl. 1965, Teil I, S. 1273  | UrhG         |
| Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. Juni 1901, RGBl. 1901, S. 227   | LUG          |
| Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, RGBl. 1876, S. 4, und Gesetz betreffend den Urheberrechtsschutz an Werken der Photographie, RGBl. 1876, S. 8   | UrhG 1876    |
| Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken von 11. Juni 1870 für den Norddeutschen Bund, BGBl. 1870, S. 339; vom Deutschen Reich gemäß § 2 des Reichsgesetzes vom 16. April 1871, BGBl. 1871, S. 63 übernommen | UrhG 1870    |
| Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26. Oktober 2007, BGBl. 2007, Teil I, S. 2513  | Zweiter Korb |
| Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in  | Erster Korb  |

der Informationsgesellschaft vom 10. September 2003, BGBl. 2003, Teil I, S. 1774

Gesetz zur Änderung des Patentgebührengesetzes und anderer Gesetze vom 25. Juli 1994, BGBl. 1994, Teil I, S. 1739

Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24. Juni 1985, BGBl. 1985, Teil I, S. 1137

Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 9. September 1965, zuletzt geändert durch Art. 2 Zweites Urheberrecht-Regelungsgesetz vom 26. Oktober 2007 (BGBl. 2007, Teil I, S. 2513), BGBl. 1965, Teil I, S. 1294

WahrnG

#### Deutsches Recht der Telemedien

Telemediengesetz vom 26. Februar 2007, zuletzt geändert durch Art. 1 des 1. Telemedienänderungsgesetzes vom 31. Mai 2010 (BGBl. 2010, Teil I, S. 692), BGBl. 2007, Teil I, S. 179

TMG

Gesetz über die Nutzung von Telediensten vom 22. Juli 1997, zuletzt geändert durch Art. 5 Satz 2 Elektronischer-Geschäftsverkehr-VereinheitlichungsG vom 26. Februar 2007 (BGBl. 2007, Teil I, S. 179), BGBl. 1997, Teil I, S. 1870

TDG

Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten vom 22. Juli 1997, zuletzt

TDDSG

geändert durch Art. 5 Satz 2  
Elektronischer-Geschäftsverkehr-  
VereinheitlichungsG vom 26. Februar  
2007 (BGBl. 2007, Teil I, S. 179), BGBl.  
1997, Teil I, S. 1871

Staatsvertrag über Mediendienste in der  
Fassung der Bekanntmachung vom 27.  
Juli 2001, zuletzt geändert durch Art. 2  
Neunter Rundfunkänderungsstaatsvertrag  
vom 31. Juli 2006

MDStV

Gesetz zur Verbesserung der  
Durchsetzung von Rechten des geistigen  
Eigentums vom 7. Juli 2008, BGBl. 2008,  
Teil I, S. 1191

Durchsetzungsg

Gesetz zur Vereinheitlichung von  
Vorschriften über bestimmte  
elektronische Informations- und  
Kommunikationsdienste vom 26. Februar  
2007, BGBl. 2007, Teil I, S. 179

ElGVG

Gesetz über rechtliche  
Rahmenbedingungen für den  
elektronischen Geschäftsverkehr vom 14.  
Dezember 2001, BGBl. 2001, Teil I, S.  
3721

EGG

Gesetz zur Regelung der  
Rahmenbedingungen für Informations-  
und Kommunikationsdienste vom 22. Juli  
1997, BGBl. 1997, Teil I, S. 1870

IuKDG

Sonstiges deutsches Recht

Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung  
der Bekanntmachung vom 14. Januar  
2003, zuletzt geändert durch Art. 1 des

BDSG

Gesetzes zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 14. August 2009 (BGBl. 2009, Teil I, S. 2814), BGBl. 2003, Teil I, S. 66

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge vom 27. Juli 2011, BGBl. 2011, Teil I, S. 1600), BGBl. 2002, Teil I, S. 42, berichtigt S. 2909 und BGBl. 2003, Teil I, S. 738

BGB

Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundesimmissionsschutzgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 2002, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Anpassung der Rechtsgrundlagen für die Fortentwicklung des Emissionshandels vom 21. Juli 2011 (BGBl. 2011, Teil I, S. 1475), BGBl. 2002, Teil I, S. 3830

BImSchG

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG (Art. 91e) vom 21. Juli 2010 (BGBl. 2010, Teil I, S. 944), BGBl. 1949, S. 1

GG

Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und

HOAI

Ingenieure - HOAI) vom 11. August 2009 (BGBl. 2009, Teil I, S. 2732)

Jugendschutzgesetz vom 23. Juli 2002, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie vom 31. Oktober 2008 (BGBl. 2008, Teil I, S. 2149), BGBl. 2002, Teil I, S. 2730

JuSchG

Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften vom 23. Juni 2011 (BGBl. 2011, Teil I, S. 1266), BGBl. 1998, Teil I, S. 3322

StGB

Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änd. weiterer aufenthaltsund asylrechtlicher Vorschriften vom 23. Juni 2011 (BGBl. 2011, Teil I, S. 1266), BGBl. 1987, Teil I, S. 1074, berichtigt S. 1319

StPO

Straßenverkehrsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. März 2003, zuletzt geändert durch Art. 2 Mautrecht-Neuregelungsgesetz vom 12. Juli 2011

StVG

(BGBl. 2011, Teil I, S. 1378), BGBl. 2003, Teil I, S. 310, berichtigt S. 919

Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Post- und Telekommunikationssicherstellungsrechts und zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 24. März 2011 (BGBl. 2011, Teil I, S. 506), BGBl. 2004, Teil I, S. 1190

TKG

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004, zuletzt geändert durch Art. 8 Abs. 6 des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. Juli 2009 (BGBl. 2009, Teil I, S. 2355), BGBl. 2004, Teil I, S. 1414

UWG

Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Durchführung der VO (EG) Nr. 4/2009 und zur Neuordnung bestehender Aus- und Durchführungsbestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Unterhaltsverfahrensrechts vom 23. Mai 2011 (BGBl. 2011, Teil I, S. 898), BGBl. 2005, Teil I, S. 3202, berichtigt BGBl. 2006, Teil I, S. 431 und

ZPO

BGBI. 2007, Teil I, S. 1781

Gesetz zur Erschwerung des Zugangs zu  
kinderpornografischen Inhalten in  
Kommunikationsnetzen

(Zugangserschwerungsgesetz) vom 17.  
Februar 2010 (BGBI. 2010, Teil I, S. 78)

ZugErschwG

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Admin-C	Administrativer Ansprechpartner
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AK Zensur	Arbeitskreises gegen Internet-Sperren und Zensur
a.M.	am Main
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AVS	Altersverifikationssystem
Az.	Aktenzeichen

BB	Betriebsberater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BITKOM	Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V.
BIPMZ	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen
BMG	Bertelsmann Music Group
BPatG	Bundespatentgericht
BPatGE	Entscheidungen des Bundespatentgerichts
BT	Besonderer Teil
BR-Drucksache	Bundesratsdrucksache
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CD	Compact Disc
Co.	Compagnie
CR	Computer und Recht
DCN	Digitale Content-Nutzung
DENIC	Deutsches Network Information Center
ders.	derselbe

Dies.	dieselbe
DIN	Deutsches Institut für Normung
DJT	Deutscher Juristentag
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
DNS	Domain Name System
Dr.	Doktor
DRM	Digital Rights Management
DuD	Datenschutz und Datensicherheit – Recht und Sicherheit in Informationsverarbeitung und Kommunikation
DVD	Digital Versatile Disc
E-Book	Electronic Book
eco	Verband der deutschen Internetwirtschaft
ECRL	E-Commerce Richtlinie
eG	Eingetragene Genossenschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
EGG	Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
ElGvG	Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz
EMI	Electric and Musical Industries
EPA	Europäisches Patentamt
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
ErbbauVO	Erbbaurechtsverordnung
et al.	et altera
etc.	et cetera

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EUR	Euro
e.V.	eingetragener Verein
EWHC	High Court of England and Wales
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
Frhr.	Freiherr
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GEZ	Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland
GfK	Gesellschaft für Konsumforschung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPÜ	Gemeinschaftspatentübereinkommen
GPVO	Gemeinschaftspatentverordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
HK	Heidelberger Kommentar
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
Hrsg.	Herausgeber
html	Hypertext Markup Language
http	Hypertext Transfer Protocol
IANA	Internet Assigned Numbers Authority
IBM	International Business Machines Corporation
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IFPI	International Federation of the Phonographic Industry
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Inc.	Incorporated
Info-RL	Richtlinie über das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft
InstGE	Entscheidungen der Instanzgerichte zum Recht des geistigen Eigentums
i.V.m.	in Verbindung mit
IP	Internet Protocol
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und

	Verfahrensrechts
i.S.	im Sinne
IT	Informationstechnik
JuSchG	Jugendschutzgesetz
JR	Juristische Rundschau
jurisPR-ITR	Juris Praxisreport IT-Recht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
KOM	Kommission
LG	Landgericht
LIR	Local Internet Registry
LK	Leipziger Kommentar
Ltd	Limited
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst
MarkenG	Markengesetz
MarkenR	Markenrecht – Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht
MarkenRL	Markenrichtlinie
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MDSStV	Mediendienstestaatsvertrag
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte

Mitbegr.	Mitbegründer
MMR	Multimedia und Recht – Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
MMR-Beil.	Beilage zu Multimedia und Recht – Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
MüKo	Münchener Kommentar
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NJWE-WettbR	NJW-Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
No.	Numero
NS	Nationalsozialismus
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
P2P	Peer to Peer
PatG	Patentgesetz
PC	Personal Computer
pdf	Portable Document Format

Pkw	Personenkraftwagen
PrOVGE	Entscheidungssammlung des Preußischen Obergerverwaltungsgerichts
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgerichtsblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIR	Regional Internet Registry
Rn.	Randnummer
ROM	Read Only Memory
Rs.	Rechtssache
s	section
ss	sections
S.	Satz
S.	Seite
S.A.	Société Anonyme
S.D.N.Y.	Southern District of New York
SK	Systematischer Kommentar
SpA	Società per azioni
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
TDDSG	Teledienststedatenschutzgesetz

TDG	Teledienstegesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TMG-E	Telemediengesetz Entwurf
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TV	Television
u.a.	und andere
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
UK	United Kingdom
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
URL	Uniform Ressource Locator
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UrhR	Urheberrecht
US	United States
USA	United States of America
USC	United States Code
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von
Var.	Variante
VeRI	Verifizierte Rechteinhaber Programm
VersR	Versicherungsrecht
VG Wort	Verwertungsgesellschaft Wort
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung

vs	versus
VPP-Rundbrief	Rundbrief der Vereinigung von Fachleuten des Gewerblichen Rechtsschutzes
WahrnG	Wahrnehmungsgesetz
WC	Water closet
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WSV	Winterschlussverkauf
www	World wide web
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtsprechungsdienst

Bisher in den

**„Schriften der Bucerius Law School“**

bei **Bucerius Law School Press** erschienen: Band 1:

Clemens Hetschko, Johannes Pinkl, Hermann Pünder, Marius Thye (Hrsg.): **„Staatsverschuldung in Deutschland nach der Föderalismusreform II - eine Zwischenbilanz“**; Band 1/11, 256 Seiten, 49,90 Euro, ISBN: 978-3863810115

Band 2:

Paul Philipp Hermann: **„Die Begrenzung der Untreuestrafbarkeit in der Wirtschaft am Beispiel der Bankenuntreue - Eine Untersuchung des § 266 StGB aus wirtschaftsstrafrechtlicher Perspektive unter besonderer Berücksichtigung der objektiven Zurechnung“**; Band 2/20, 188 Seiten, 49,90 Euro, ISBN: 978-3-86381-001-6

David Pasewaldt: **„Möglichkeiten und Grenzen strafrechtlicher Vermögensabschöpfung im Bereich der Markenpiraterie - Eine wirtschaftsstrafrechtliche Untersuchung zum Anwendungsbereich deutscher Vermögensabschöpfungsvorschriften in Fällen vorsätzlicher Schutzrechtsverletzungen unter besonderer Berücksichtigung des Verfalls i.S.d. §§ 73 ff. StGB“**; Band 2/21, 276 Seiten, 49,90 Euro, ISBN: 978-3-86381004-7

Malte Schafstedde: **„Tatsächliche Ereignisse im Spielfilm - Ein Beitrag zur grundrechtskonformen Auslegung des Kunsturhebergesetzes“**; Band 2/22, 264 Seiten, 49,90 Euro, ISBN: 978-3-86381012-2

Stefan Frick: **„Die Fiskalisierung des Strafverfahrens - Monetäre Sanktionen im Strafrecht“**; Band 2/23, 292 Seiten, 49,90 Euro, ISBN: 978-3-86381009-2

Sebastian Krieg: „**Gesellschaften als Erben** - Erbrechtliche und steuerrechtliche Perspektiven“; Band 2/24, 320 Seiten, 29,90 Euro, ISBN: 978-3-86381-023-8

Ricarda Christine Schelzke: „**Strafbarkeitsrisiken in kommunalen Spitzenverbänden**“; Band 2/25, 236 Seiten, 39,90 Euro, ISBN: 978-3-86381-030-6.

## Fußnoten

- 1 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EG, Nr. L 157/45 vom 2. Juni 2004.
- 2 Aus dem Patentrecht: RGZ 22, 165 (Bremsklotz I); RG JW 1894, 19 (Bremsklotz II); aus dem Urheberrecht: RGZ 38, 22 (Gastwirt I).
- 3 BGH GRUR 2007, 890 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 4 BGH GRUR 2009, 1142, 1143 ff. (MP3-Player Import).
- 5 BGH GRUR 2009, 1142, 1144 (MP3-Player Import).
- 6 BGH GRUR 2009, 1142, 1145 (MP3-Player Import).
- 7 *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1 ff.
- 8 Zu nennen ist daneben die Arbeit von *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, die sich jedoch ausschließlich der akzessorischen (sekundären) Haftung nach allgemeinen Grundsätzen widmet, dafür aber das Wettbewerbsrecht einbezieht.
- 9 *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 29.
- 10 *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 31.
- 11 BGH GRUR 2009, 1142, 1145 (MP3-Player Import).
- 12 BGH GRUR 2010, 633 (Sommer unseres Lebens).
- 13 BGH GRUR 2009, 597 (Halzband).
- 14 MüKo/Wagner, § 823 BGB, Rn. 18; *M. Haedicke*, GRUR 1999, 397, 399 ff.; *G. Spindler/C. Volkmann*, WRP 2003, 1, 7; *G. Spindler/M. Leistner*, GRURInt 2005, 773, 790; *M. Leistner*, GRUR 2006, 801, 807 ff.; *H. Ahrens*, WRP 2007, 1281, 1286; *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 29 ff.; *J. Gräbig* MMR 2011, 504; *P. Cepl*, Die mittelbare Urheberrechtsverletzung, S. 72 ff.; *A. Schilling*, Passivlegitimation im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 100 ff.
- 15 Zum Begriff „Vorfeld“ und seiner Herkunft aus dem militärischen Bereich vgl. *W. Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, S. 21, 29 f.
- 16 Überblick über den Vorfeldschutz im Strafrecht bei *G. Jakobs*, Strafrecht AT, S. 46 ff. sowie *ders.*, ZStW 97 (1985), 751 ff.; vgl. auch die übergreifenden Ausführungen bei *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, S. 916 ff.
- 17 BGH NJW 2002, 1057; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 StGB, Rn. 42; jeweils m.w.N.
- 18 *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 206 ff.; BGH NStZ 2000, 34.

- 19 T. Fischer, Vor § 146 StGB, Rn. 2; § 267 StGB, Rn. 1.
- 20 Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 146 StGB, Rn. 10; MüKo-StGB/Erb, Vorbemerkung zu den §§ 146 ff. StGB, Rn. 8.
- 21 BGH NJW 1995, 2117; OLG München NJW 2007, 2786.
- 22 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 220 ff.; Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 316 ff.; W. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 69 ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 65 ff.; V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 34 ff.
- 23 Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 322 ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 62 ff.
- 24 M. Kloepfer, Umweltrecht, S. 176 ff.
- 25 BVerwG NVwZ 2008, 1012, 1016; BVerwG NJW 2005, 3081; BVerwG NVwZ 2003, 95.
- 26 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 313; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 135.
- 27 BVerwG NVwZ 1999, 991, 993; VGH Kassel NVwZ-RR 1992, 619, 621.
- 28 BVerfG NVwZ 2000, 1406; BVerwG BeckRS 2006, 23072; OVG Münster NVwZ-RR 2008, 12; OVG Lüneburg NVwZ 1988, 638.
- 29 BVerwG GewArch 1965, 250.
- 30 V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 72 m.w.N.
- 31 VGH Kassel NVwZ-RR 1992, 619.
- 32 Vgl. W. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 162; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 315.
- 33 VGH Kassel NVwZ 1992, 1111 f.
- 34 BVerfG NVwZ 2000, 1406, 1407; OVG Bautzen SächsVBl. 2005, 48; VG Berlin BeckRS 2009, 36785; VG Gelsenkirchen BeckRS 2006, 23586; VG Hamburg NJW 2001, 2115.
- 35 VGH Kassel NJW 1993, 2331.
- 36 J. Fritzsche, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, S. 39 f.
- 37 Grundlegend BGH GRUR 2002, 618 (Meißner Dekor).
- 38 Parallelen zwischen der polizeirechtlichen und zivilrechtlichen Störerhaftung ziehen zum Beispiel B. Stickelbrock, AcP 197 (1997), 456 ff.; für das Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht: A. Schilling, Passivlegitimation im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 83 ff.; S. Neuhaus, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 74 ff.
- 39 PrOVGE 80, 176-195; im Originalfall ging es um die Haftung der Kapelle, die regelmäßig die passende Melodie anstimmte.
- 40 BGH GRUR 1972, 141 (Konzertveranstalter).
- 41 Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 56 ff.
- 42 T. O'Reilly, What is Web 2.0?.

- 43 T. O'Reilly, What is Web 2.0?.
- 44 H. Wöhr, Web 2.0 – Wohin geht die Reise?, in: M. Hoffmann/S. Leible (Hrsg.), Vernetztes Rechnen – Softwarepatente – Web 2.0, 97, 105 f.
- 45 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“), ABl. EG, Nr. L 178/1 vom 17. Juli 2000 (Abdruck in NJW 2000, Beilage zu Heft 36).
- 46 LG Hamburg MMR 2010, 488.
- 47 Überblick bei S. Maaßen/V. Schoene, GRUR-Prax 2011, 322456.
- 48 Hierzu J. Dietlein/J. Heinemann, K&R 2004, 418 ff.
- 49 OVG Münster MMR 2003, 348, VG Düsseldorf MMR 2003, 205; a.A.: VG Minden MMR 2003, 135.
- 50 OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2008, 93 (Access Provider); LG Kiel MMR 2008, 123; LG Düsseldorf MMR 2008, 189.
- 51 BGBI. 2010, Teil I, S. 78 ff.
- 52 Vgl. MMR-Aktuell 2010, 305080.
- 53 Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung von Sperrregelungen bei der Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen, BT-Drucksache 17/6644.
- 54 BT-Drucksache 17/6644, S. 6.
- 55 LG Hamburg MMR 2010, 488; LG Hamburg ZUM 2009, 587.
- 56 LG Köln, Urteil vom 31. August 2011, Az.: 28 O 362/10.
- 57 LG Hamburg MMR 2010, 488, 489 f.
- 58 BGBI. 2008, Teil I, S. 1191 ff.
- 59 ABl. EG, Nr. L 178/45 vom 30. April 2004.
- 60 BGH GRUR 2010, 616, 618 f. ([marions-kochbuch.de](http://marions-kochbuch.de)); ähnlich OLG Hamburg ZUM 2009, 642 (Pixum).
- 61 LG Hamburg MMR 2010, 833; anders zum Videoportal sevenload OLG Hamburg MMR 2011, 49 (sevenload).
- 62 BGH GRUR 2004, 860 (Internet-Versteigerung); BGH GRUR 2007, 708 (Internetversteigerung II); BGH GRUR 2008, 702 (Internetversteigerung III).
- 63 BGH GRUR 2011, 152 (Kinderhochstühle im Internet).
- 64 BGH GRUR 2007, 890 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 65 BGH GRUR 2007, 724 (Meinungsforum).
- 66 BGH MMR 2009, 608 ([spickmich.de](http://spickmich.de)).
- 67 OLG Hamburg MMR 2010, 490.
- 68 Vgl. J. Mölleken, Spiegel Online vom 14., 15. und 16. September 2010; Gesellschaft für Konsumforschung (GfK), Studie zur digitalen Content-Nutzung (DCN-Studie) 2011.
- 69 Beispiele nennt OLG Düsseldorf ZUM 2011, 252, 255 f.

- 70 LG Hamburg ZUM-RD 2011, 494; LG Hamburg ZUM-RD 2011, 506.
- 71 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: OLG Düsseldorf MMR 2011, 250 (Rapidshare III); LG Hamburg ZUM 2011, 81; OLG Düsseldorf MMR 2010, 702 (Rapidshare II); OLG Düsseldorf MMR 2010, 483 (Rapidshare); LG Hamburg ZUM 2010, 461; LG Hamburg ZUM-RD 2010, 418; OLG Hamburg MMR 2010, 51 (Rapidshare II); LG Hamburg ZUM 2009, 863; OLG Hamburg MMR 2008, 823 (Rapidshare); LG Düsseldorf ZUM 2008, 338; OLG Köln GRUR-RR 2008, 35 (Sharehoster-Haftung).
- 72 United States District Court, Southern District of California, Case No. 11cv0191-IEG (BLM).
- 73 United States District Court, Southern District of New York, Case No. 07 Civ. 9931 (WHP) (EMI vs. MP3tunes).
- 74 Gesellschaft für Konsumforschung (GfK), Studie zur digitalen Content-Nutzung (DCN-Studie) 2011.
- 75 Plastisches Beispiel bei OLG Hamburg MMR 2009, 405 (Alphaload/Usenet II).
- 76 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: OLG Hamburg MMR 2009, 405 (Alphaload/Usenet II); OLG Hamburg MMR 2009, 631 (Usenet I); OLG München MMR 2009, 126; OLG Düsseldorf MMR 2008, 254; LG Düsseldorf MMR 2007, 534; LG München I MMR 2007, 453; LG Hamburg ZUM 2007, 492.
- 77 Dafür: OLG Düsseldorf GRUR-RR 2008, 290 (WLAN-Sicherung); LG Düsseldorf GRUR-RR 2008, 290; LG Mannheim MMR 2007, 537; LG Hamburg MMR 2006, 763; dagegen: OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2008, 279.
- 78 BGH GRUR 2010, 633 (Sommer unseres Lebens).
- 79 BGH GRUR 2010, 633, 635 f. (Sommer unseres Lebens).
- 80 Für weitgehende Prüfungspflichten: LG Köln BeckRS 2009, 22519; LG Düsseldorf MMR 2009, 780; LG Düsseldorf BeckRS 2009 21394; LG Hamburg BeckRS 2009, 21389; LG Düsseldorf ZUM 2008, 797; LG München I MMR 2008 619; LG Köln BeckRS 2007, 14889; dagegen: AG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2010, 171; OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2008, 73; LG Mannheim MMR 2007, 267.
- 81 LG München I MMR 2008, 422.
- 82 LG Hamburg MMR 2011, 475.
- 83 LG Frankfurt MMR 2011, 401.
- 84 BGH GRUR 2009, 597 (Halzband) sowie in Abgrenzung hiervon BGH GRUR 2010, 633, 634 (Sommer unseres Lebens); dagegen wollte das LG Düsseldorf (MMR 2009, 780) die strenge Haftung des Accountinhabers auf den Anschlussinhaber übertragen.
- 85 BGH GRUR 2009, 597, 598 (Halzband).
- 86 Vgl. neben den zahlreichen Nachweisen in BGH GRUR 2009, 597, 598 (Halzband) jüngst BGH MMR 2011, 447.
- 87 *J. Bücking/H. Angster, Domainrecht, S. 29 ff.*

- 88 BGH GRUR 2001, 1038 ([ambiente.de](http://www.ambiente.de)).
- 89 BGH GRUR 2001, 1038, 1040 ([ambiente.de](http://www.ambiente.de)); vgl. auch OLG Frankfurt a.M. GRUR 2010, 488.
- 90 OLG Düsseldorf GRUR-RR 2009, 337 (Prüfungspflicht des Admin-C).
- 91 OLG München GRUR-RR 2010, 203 (Admin-C).
- 92 OLG Koblenz MMR 2009, 549 (Störerhaftung des Admin-C).
- 93 OLG Stuttgart GRUR-RR 2010, 12 (Administrativer Ansprechpartner).
- 94 OLG Stuttgart GRUR-RR 2010, 12 (Administrativer Ansprechpartner).
- 95 OLG Koblenz MMR 2009, 549 (Störerhaftung des Admin-C).
- 96 BGH GRUR 2003, 958 (Paperboy).
- 97 BGH GRUR 2004, 693 (Schöner Wetten).
- 98 BGH GRUR 2011, 513 (AnyDVD).
- 99 BGH GRUR 1999, 977 (Räumschild).
- 100 BGH GRUR 1999, 977, 979 (Räumschild).
- 101 RGZ 38, 22, 24 (Gastwirt I); RGZ 78, 84, 87 (Gastwirt II).
- 102 BGH GRUR 1956, 515, 516 (Tanzkurse).
- 103 OLG Hamburg GRUR 2001, 832 (Touneeveranstalter).
- 104 LG Köln ZUM 2011, 268; LG Düsseldorf ZUM-RD 2011, 105.
- 105 R. Kraßer, Patentrecht, S. 327.
- 106 R. Teschemacher, Die mittelbare Patentverletzung, S. 7 f.; G. Rauh, Die mittelbare Patentverletzung, S. 61 ff.
- 107 Angelehnt an LG Düsseldorf, Urteil vom 26. Februar 2004, Az.: 4b O 108/03, abgedruckt in: T. Kühnen/E. Geschke, Die Durchsetzung von Patenten in der Praxis, S. 95 ff.; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2006, 39 (Kaffee-Filterpads).
- 108 Das Originalpatent EP0904717 wurde am 29. August 2006 vom Europäischen Patentamt widerrufen, [http://worldwide.espacenet.com/publicationDetails/inpadoc?CC=EP&NR=0904717A1&KC=A1&FT=D&date=19990331&DB=&locale=en\\_EI](http://worldwide.espacenet.com/publicationDetails/inpadoc?CC=EP&NR=0904717A1&KC=A1&FT=D&date=19990331&DB=&locale=en_EI)
- 109 Angelehnt an das Urteil LG Düsseldorf, GRUR-RR 2004, 193 (Ribavirin), dem ein europäisches Patent über ein Herstellungsverfahren zu Grunde lag.
- 110 Angelehnt an OLG Hamm GRUR 1938, 725 (Zeppelin in Tropfenform).
- 111 LG München I InstGE 8, 156.
- 112 BGH GRUR 1955, 492, 500 f. (Grundig-Reporter); BGH GRUR 1960, 340, 344 (Werbung für Tonbandgeräte); BGH GRUR 1964, 91, 92 f. (Tonbänder-Werbung); BGH GRUR 1964, 94, 96 f. (Tonbandgeräte-Händler); BGH GRUR 1965, 104, 107 (Personalausweise); BGH GRUR 1965, 686, 687 f. (Magnettonband II).
- 113 BGH GRUR 1984, 54, 56 (Kopierläden).
- 114 BGH GRUR 2009, 841 (Cybersky).
- 115 LG München I GRUR-RR 2005, 214 (DVD-Kopierschutz); OLG München GRUR-RR 2005, 372 (AnyDVD); BVerfG GRUR 2007, 1064 (Kopierschutzumgehung); LG München I MMR 2008, 192 (Redaktioneller Link)

- auf AnyDVD); OLG München GRUR-RR 2009, 85 (AnyDVD II); BGH GRUR 2011, 513 (AnyDVD); Dokumentation des Rechtsstreits unter <http://www.heise.de/heisevsmi/>.
- 116 Vgl. exemplarisch für das Urheberrecht BVerfG GRUR 2010, 999, 1001 (Drucker und Plotter).
- 117 BGH GRUR 2011, 152, 155 (Kinderhochstühle im Internet) m.w.N.
- 118 BVerfG NJW 1991, 1471, 1472 (Josefine Mutzenbacher).
- 119 *H. Axster*, GRUR 1931, 653; das Motiv ist in Literatur und Rechtsprechung wiederholt aufgenommen worden, vgl. zuletzt *F. Hacker*, GRUR-Prax 2011, 322366.
- 120 *H. Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 35; *H. Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 20; *M. Reh binder*, Urheberrecht, Rn. 3.
- 121 *M. Reh binder*, Urheberrecht, Rn. 3.
- 122 *Götting/Meyer/Vormbrock*, S. 58.
- 123 *Soergel/Münch*, § 1004 BGB, Rn. 135 ff.
- 124 *R. Teschemacher*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 5; *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 807; *G. Rauh*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 62 f.
- 125 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 778.
- 126 BGH GRUR 1965, 104, 108 (Personalausweise).
- 127 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 798.
- 128 *Benkard/Scharen*, § 9 PatG, Rn. 8.
- 129 *Busse/Keukenschrijver*, § 9 PatG, Rn. 116; *Schulte/Kühnen*, § 9 PatG, Rn. 96.
- 130 *K. Fezer*, § 14 MarkenG, Rn. 19; *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 62.
- 131 BGH GRUR 1994, 798, 799 (Folgerecht bei Auslandsbezug); OLG München, GRUR-RR 2009, 85, 86 (AnyDVD II).
- 132 *H. Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 252 ff., 911 ff.
- 133 *Busse/Keukenschrijver*, § 11 PatG, Rn. 5; *Benkard/Scharen*, § 11 PatG, Rn. 2; *K. Fezer*, § 14 MarkenG, Rn. 23.
- 134 Zum Überblick vgl. Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V. (BITKOM), Der richtige Umgang mit dem Urheberrecht, S. 6 ff.
- 135 BGH GRUR 1960, 340, 342 (Werbung für Tonbandgeräte); BGH GRUR 1991, 449, 453 (Betriebssystem); BGH GRUR 1994, 363, 364 (Holzhandelsprogramm).
- 136 Ausführlich *R. Kraßer*, FS BPatG, 159, 162 ff.
- 137 BGH GRUR 1968, 142 ff. (Glatzenoperation) mit ausführlicher Analyse der älteren Rechtsprechung und Literatur.
- 138 BGH GRUR 2001, 321, 322 (Endoprotheseinsatz) m.w.N.
- 139 BGBI. 2007, Teil I, S. 2166.
- 140 Regierungsbegründung, BT Drucksache 16/4382, S. 11.
- 141 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 42 ff.

- 142 *H. Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 56.
- 143 *K. Larenz*, FS Dölle, 169, 193 f.; *D. Medicus/J. Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 643; *H. Stoll*, AcP 162 (1963), 203, 216; *Soergel/Spickhoff*, § 823 BGB, Rn. 13; *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 54.
- 144 Nicht zu verwechseln mit der Gefährdungshaftung (zum Beispiel gemäß § 7 StVG), die verschuldensunabhängige Schadensersatzansprüche gewährt.
- 145 *Köhler/Bornkamm*, § 8 UWG, Rn. 2.17; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 8 UWG, Rn. 123; *Fromm/Nordemann/Nordemann*, § 97 UrhG, Rn. 155; *J. Nordemann*, FS Loewenheim, 215 ff.; *H. Köhler*, GRUR 2008, 1 ff.; *M. Leistner/F. Stang*, WRP 2008, 533 ff.; *H. Klatt* ZUM 2009, 265, 267 f.; *A. Gärtner/S. Müller*, Mitt. 2010, 223, 225; *J. Gräbig*, MMR 2011, 504, 508.
- 146 *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 9 f. zieht in seinem Vortrag zum allgemeinen Vorfeldschutz allein Parallelen zu § 10 Abs. 1 PatG; *P. Cepl*, Die mittelbare Urheberrechtsverletzung, S. 44 ff. untersucht als Beispiele für besonders geregelte Fälle mittelbarer Rechtsverletzungen allein § 95a UrhG und § 10 Abs. 1 PatG.
- 147 *H. Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 44.
- 148 *H. Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 48 f.
- 149 EuGH GRUR 2009, 756, 769 (l'Oréal/Bellure).
- 150 Hierzu vgl. *J. Ensthaler*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 209 ff.
- 151 *Ingerl/Rohnke*, Einleitung, Rn. 72; *K. Fezer*, Einl. D., Rn. 1 ff.; *Ströbele/Hacker/Hacker*, Einl., Rn. 33 ff.; zur Multifunktionalität der Marke vgl. neuerdings EuGH GRUR 2009, 756, 761 (l'Oréal/Bellure).
- 152 BGH GRUR 1953, 486, 487 (Nordona); BGH GRUR 1961, 535, 537 (ariko); BGH GRUR 1991, 609, 611 (SL).
- 153 *Ströbele/Hacker/Hacker*, § 9 MarkenG, Rn. 19 f.; *K. Fezer*, § 14 MarkenG, Rn. 279 f.
- 154 *Ströbele/Hacker/Hacker*, § 14 MarkenG, Rn. 188; *F. Hacker*, MarkenR 2009, 333, 337; kritisch *K. Fezer*, § 14 MarkenG, Rn. 184 ff.; *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 268 ff.
- 155 *Ströbele/Hacker/Hacker*, § 14 MarkenG, Rn. 234.
- 156 RGZ 110, 176 (King Edward).
- 157 RGZ 110, 176, 178 (King Edward).
- 158 RGZ 110, 176, 178 f. (King Edward).
- 159 BGH GRUR 1957, 231, 234 (Taeschner).
- 160 LK/Walter, Vor § 13 StGB, Rn. 65.
- 161 *C. Roxin*, Strafrecht AT I, S. 426.
- 162 OLG Hamburg GRUR 1999, 339, 342 (Yves Roche).
- 163 *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 236.
- 164 *Schultz/Schweyer*, § 14 MarkenG, Rn. 214; *J. Starck*, GRUR 1996, 688, 692.
- 165 HK-MarkenR/Ekey, § 14 MarkenG, Rn. 260.

- 166 RGZ 110, 176, 178 (King Edward); *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 246.
- 167 HK-MarkenR/Ekey, § 14 MarkenG, Rn. 265.
- 168 OLG Stuttgart GRURInt 1998, 806 (Fender-Musikinstrumente); OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 129 (Kfz-Ersatzteile); *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 241 f.; *K. Fezer*, § 14 MarkenG, Rn. 860; *Schultz/Schweyer*, § 14 MarkenG, Rn. 218; HK-MarkenR/Ekey, § 14 MarkenG, Rn. 267; *M. Leitzen*, GRUR 2006, 89, 90.
- 169 OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 129 (Kfz-Ersatzteile).
- 170 OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 129, 130 (Kfz-Ersatzteile); ebenso *M. Leitzen*, GRUR 2006, 89, 90; *L. Ullmann*, FS Ullmann, 437, 440; *S. Heim*, WRP 2005, 167, 175.
- 171 OLG Stuttgart GRURInt 1998, 806 (Fender-Musikinstrumente).
- 172 Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. EG, Nr. L 40/1 vom 11. Februar 1989.
- 173 EuGH GRUR 2006, 146 (Class International/Colgate-Palmolive).
- 174 Verordnung 2913/92/EWG des Rates vom 12. Oktober 1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, ABl. EWG, Nr. L 302/1 vom 19. Oktober 1992; Verordnung 450/2008/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. April 2008 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaft (Modernisierter Zollkodex), ABl. EG, Nr. L 145/1 vom 4. Juni 2008.
- 175 EuGH GRUR 2006, 146, 148, Nr. 34 (Class International/Colgate-Palmolive).
- 176 EuGH GRUR 2006, 146, 148, Rn. 44, 48 (Class International/Colgate-Palmolive); Widersprüche zu früheren Entscheidungen des EuGH sieht *M. Leitzen*, GRUR 2006, 89, 93.
- 177 *Ströbele/Hacker/Hacker*, Einl., Rn. 17 und § 14 MarkenG, Rn. 3.
- 178 Ebenso *C. Heinze/S. Heinze*, GRUR 2007, 740, 744; *Ströbele/Hacker/Hacker*, § 14 MarkenG, Rn. 123.
- 179 BGH GRUR 1957, 231, 234 (Taeschner).
- 180 *Ströbele/Hacker/Hacker*, § 14 MarkenG, Rn. 125.
- 181 BGH GRUR 1957, 231 (Taeschner); BGH GRUR 1957, 352 (Taeschner/Pertussin II); BGH GRUR 1958, 189, 197 (Zeiß).
- 182 BGH GRUR 1957, 231, 233 ff. (Taeschner).
- 183 BGH GRUR 1957, 231, 235 f. (Taeschner); BGH GRUR 1957, 352, 353 (Taeschner/Pertussin II); BGH GRUR 1958, 189, 197 (Zeiß); kritisch zu diesem Ansatz *M. Leitzen*, GRUR 2006, 89, 95.
- 184 Nachweise bei BGH GRUR 2005, 768 (Diesel); *Schultz/Schweyer*, § 14 MarkenG, Rn. 221, *M. Leitzen*, GRUR 2006, 89, 90.
- 185 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucksache 12/6581 (MarkenG), S. 75.
- 186 EuGH GRUR 2007, 146 (Montex Holdings Ltd/Diesel SpA); ausführliche Analyse bei *C. Heinze/S. Heinze*, GRUR 2007, 740 ff.

- 187 BGH GRUR 2005, 768 (Diesel).
- 188 BGH GRUR 2005, 768, 769 (Diesel).
- 189 EuGH GRUR 2007, 146, 147, Rn. 23 ff. (Montex Holdings Ltd/Diesel SpA).
- 190 BGH GRUR 2007, 876 (Diesel II).
- 191 BGH GRUR 2007, 875 (Durchfuhr von Originalwaren).
- 192 EuGH GRUR 2006, 146 (Class International/Colgate-Palmolive).
- 193 K. Fezer, § 14 MarkenG, Rn. 946 ff., der eine abgestufte Lösung je nach konkretem Gefährdungspotential der Durchfuhr befürwortet.
- 194 Ingerl/Rohnke, § 14 MarkenG, Rn. 260.
- 195 Zu Unterscheidung zwischen konkreten und abstrakten Gefährungsdelikten aus Sicht der Strafrechtswissenschaft: LK/Walter, Vor § 13 StGB, Rn. 65; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 120; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, S. 926; C. Roxin, Strafrecht AT I, S. 423 f.
- 196 RG GRUR 1940, 41 (Singer).
- 197 Ingerl/Rohnke, § 14 MarkenG, Rn. 263; Ströbele/Hacker/Hacker, § 14 MarkenG, Rn. 168.
- 198 OLG Karlsruhe GRUR-RR 2002, 59 (Cartier).
- 199 OLG Karlsruhe GRUR-RR 2002, 59, 60 (Cartier).
- 200 BGH GRUR 1969, 672 (Rote Taube).
- 201 BPatGE 2, 155, 160 f.; BPatGE 5, 123, 128 f.
- 202 LG Düsseldorf, Urteil vom 26. Februar 2004, Az.: 4b O 108/03, abgedruckt in: T. Kühnen/E. Geschke, Die Durchsetzung von Patenten in der Praxis, S. 95, 97.
- 203 LG Düsseldorf, Urteil vom 26. Februar 2004, Az.: 4b O 108/03, abgedruckt in: T. Kühnen/E. Geschke, Die Durchsetzung von Patenten in der Praxis, S. 95, 99.
- 204 Benkard/Bacher/Melullis, § 1 PatG, Rn. 12.
- 205 BGH GRUR 1957, 231, 234 (Taeschner).
- 206 BGH GRUR 1972, 541, 543 (Imidazoline).
- 207 RGZ 40, 78 (Trockenapparat).
- 208 Vgl. etwa Busse/Keukenschrijver, § 9 PatG, Rn. 62, 132; Schulte/Kühnen, § 9 PatG, Rn. 46; P. Mes, § 9 PatG, Rn. 25; R. Kraßer, Patentrecht, S. 753.
- 209 RGBl. 1891, S. 79.
- 210 RGZ 40, 78, 79 (Trockenapparat).
- 211 RGZ 40, 78, 79 f. (Trockenapparat).
- 212 RG GRUR 1926, 163, 164; RG JW 1926, 368, Nr. 2; RG GRUR 1936, 160, 163; RG GRUR 1936, 236, 240.
- 213 BGH GRUR 1951, 452 (Mülltonne II).
- 214 BGH GRUR 1951, 452, 454 (Mülltonne II); entsprechende Ausführungen auch zur Widerklage der Beklagten wegen unberechtigter Schutzrechtsverwarnung in BGH GRUR 1951, 712.

- 215 *F. Lindenmaier*, GRUR 1939, 505, 512; *ders.* GRUR 1952, 294, 298.
- 216 BGH GRUR 1971, 78 (Dia-Rähmchen V).
- 217 BGH GRUR 1971, 78, 80 (Dia-Rähmchen V).
- 218 BGH GRUR 1971, 78, 81 (Dia-Rähmchen V).
- 219 BGH GRUR 1982, 165 (Rigg).
- 220 BGH GRUR 1982, 165, 166 (Rigg).
- 221 *M. v. Filseck*, GRUR 1971, 81.
- 222 *Busse/Keukenschrijver*, § 14 PatG, Rn. 39.
- 223 Vgl. nur *Klauer/Möhring/Wilde*, § 6 PatG, Rn. 8 ff.
- 224 BGH GRUR 1973, 411, 413 (Dia-Rähmchen VI); BGH GRUR 1974, 715, 716 (Spreizdübel).
- 225 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 732.
- 226 *Benkard/Scharen*, § 9 PatG, Rn. 34; *Busse/Keukenschrijver*, § 9 PatG, Rn. 68; *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 754 ff.
- 227 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 755; ebenso *Benkard/Scharen*, § 9 PatG, Rn. 34; *Busse/Keukenschrijver*, § 9 PatG, Rn. 68; *G. Rauh*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 51.
- 228 Vgl. auch *Büscher/Dittmer/Schiwy/Trimborn*, § 9 PatG, Rn. 9.
- 229 BGH GRUR 1971, 78 (Dia-Rähmchen V).
- 230 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 756, Fn. 53; *Benkard/Scharen*, § 9 PatG, Rn. 34.
- 231 *P. Mes*, § 9 PatG, Rn. 25 ff.
- 232 *Schulte/Kühnen*, § 9 PatG, Rn. 47 f.
- 233 BGH GRUR 1951, 452 (Mülltonne II).
- 234 BGH GRUR 1971, 78 (Dia-Rähmchen V).
- 235 BGH GRUR 1982, 165 (Rigg).
- 236 BGBI. 1981, Teil I, S. 1.
- 237 RGBl. 1877, S. 501.
- 238 RGBl. 1891, S. 79.
- 239 RGBl. 1936, Teil II, S. 117.
- 240 RGSt 37, 110, 111; *Klauer/Möhring/Hesse*, § 6 PatG, Rn. 93, 104, 110, 113.
- 241 *Benkard/Scharen*, § 9 PatG, Rn. 49; *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 769.
- 242 RGZ 46, 14, 16; RG JW 1924, 1158, Nr. 21; *Klauer/Möhring/Hesse*, § 6 PatG, Rn. 104.
- 243 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 769.
- 244 RGZ 65, 157, 159 (Kalandar).
- 245 RG JW 1924, 1158, Nr. 21 mit Anmerkung von *A. Seligsohn*.
- 246 RG JW 1927, 2001, Nr. 11 (Dermatoid-Schuhkappen) mit kritischer Anmerkung von *W. Kisch*.
- 247 RG JW 1927, 2001, Nr. 11 (Dermatoid-Schuhkappen).

- 248 RGZ 146, 26, (Saugtrommeln).
- 249 RGZ 146, 26, 28 (Saugtrommeln).
- 250 Vgl. auch *Klauer/Möhring/Hesse*, § 6 PatG, Rn. 104.
- 251 Gesetz über das Gemeinschaftspatent und zur Änderung patentrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 1979, BGBl. 1979, Teil I, S. 1269.
- 252 BGBl. 1979, Teil II, S. 833.
- 253 *Benkard/Bacher/Melullis*, § 1 PatG, Rn. 38e.
- 254 BGH GRUR 2001, 730 (Trigonellin).
- 255 *R. König*, VPP-Rundbrief 2002, 50.
- 256 RGZ 86, 412, 418 (Cereisen); BGH GRUR 1970, 361, 363 (Schädlingsbekämpfungsmittel); BGH NJW 1977, 1104, 1105 (Benzolsulfonylharnstoff); BGH GRUR 1990, 508, 510 (Spreizdübel II); EPA GRURInt 1983, 193, 195 (Zweite medizinische Indikation); *Benkard/Scharen*, § 9 PatG, Rn. 50; *P. Mes*, § 1 PatG, Rn. 140; *Schulte/Moufang*, § 1 PatG, Rn. 227; *K. Bruchhausen*, GRUR 1980, 364, 367; *M. Brandi-Dohrn*, FS König, 33, 36; *M. Haedicke*, Mitt. 2004, 145; a.A. *O. Giebe*, FS Schilling, 143, 153; *R. König*, VPP-Rundbrief 2002, 50, 51 f. (zweckgebundener Sachschutz); *Busse/Keukenschrijver*, § 1 PatG, Rn. 156 (sowohl Verfahrensschutz als auch eingeschränkter Sachschutz); *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 780 ff. (teilweise Anwendung der Regeln über den zweckgebundenen Sachschutz).
- 257 BGH GRUR 1972, 541, 543; *D. Schneider/D. Walter*, GRUR 2007, 831, 837.
- 258 BGH GRUR 1990, 505 (geschlitzte Abdeckfolie).
- 259 BGH GRUR 1990, 508 (Spreizdübel).
- 260 EPA GRURInt 1990, 522 (Reibungsverringender Zusatz/Mobil Oil III).
- 261 OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 19730.
- 262 LG Düsseldorf BeckRS 2011, 08866.
- 263 BGH GRUR 1990, 505 (Geschlitzte Abdeckfolie); ebenso LG Düsseldorf BeckRS 2011, 08866.
- 264 BGH GRUR 1983, 729, 731 (Hydropyridin).
- 265 BGH GRUR 2005, 845 (Abgasreinigungsvorrichtung).
- 266 BGH GRUR 2005, 845, 847 (Abgasreinigungsvorrichtung); ebenso LG Mannheim NJOZ 2010, 1562, 1563 f.
- 267 BGH GRUR 1992, 305, 307 f. (Heliumeinspeisung).
- 268 BGH GRUR 1992, 305, 309 (Heliumeinspeisung).
- 269 *Schulte/Kühnen*, § 9 PatG, Rn. 68.
- 270 Vgl. etwa *P. Mes*, § 10 PatG, Rn. 1; *ders.*, GRUR 1998, 281; *Schulte/Kühnen*, § 10 PatG, Rn. 5; *G. Rauh*, Die mittelbare Patentverletzung; *P. Meier-Beck*, GRUR 1993, 1; *R. König*, Mitt. 2000, 10; *M. Nieder*, GRUR 2006, 977; *U. Fitzner*, Mitt. 2008, 243.
- 271 BGBl. 1979, Teil I, S. 1269; vgl. auch BIPMZ 1979, 266 ff. mit diversen

Materialien.

- 272 RGZ 133, 326, 330 (Gummitüllen); RGZ 146, 26, 29 (Saugtrommeln); BGH GRUR 1964, 496, 497 (Formsand II); zusammenfassend BGH GRUR 1982, 165, 166 (Rigg); *Klauer/Möhring/Hesse*, § 6 PatG, Rn. 84; *Lindenmaier/Weiss*, § 6 PatG, Rn. 59; *Reimer/Nastelski*, § 6 PatG, Rn. 95; *H. Krauß*, MuW XXVII, 555, 561; *H. Axster*, GRUR 1931, 653, 667; *R. Klaka*, GRUR 1977, 337, 338.
- 273 BGH GRUR 1961, 627 (Metallspritzverfahren).
- 274 *Klauer/Möhring/Hesse*, § 6 PatG, Rn. 84; *Reimer/Nastelski*, § 6 PatG, Rn. 95; *Lindenmaier/Weiss*, § 6 PatG, Rn. 59; *H. Axster*, GRUR 1931, 653, 662; *R. Teschemacher*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 74 f.; a.A. *Ed. Reimer*, Mitt. 1931, 85, 93.
- 275 BGH GRUR 1982, 165, 166 (Rigg); a.A. *H. Isay*, § 4 PatG, Anm. 53; *H. Krauß*, MuW XXVII, 555, 558; *E. Reimer*, JR 1951, 307, 309; *R. Teschemacher*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 76 ff.; *R. Klaka*, GRUR 1977, 337, 340; *C. Schramm*, Grundlagenforschung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechtes, S. 419 ff.; weitere Nachweise zum Meinungsstand bei *K. Schips*, GRUR 1961, 53, 54 f.
- 276 LG München I GRUR 1952, 228, 229; *Klauer/Möhring/Hesse*, § 6 PatG, Rn. 86; *Lindenmaier/Weiss*, § 6 PatG, Rn. 60; *Reimer/Nastelski*, § 6 PatG, Rn. 95; *R. Teschemacher*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 108.
- 277 BGBl. 1979, Teil II, S. 833 ff.; Text des Übereinkommens und der zugehörigen Denkschrift in BIPMZ 1979, 305 ff.
- 278 BGBl. 1976, Teil II, S. 826 ff.
- 279 *L. Dybdahl*, Europäisches Patentrecht, S. 4.
- 280 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 92.
- 281 BGBl. 1991, Teil II, S. 1354 ff.
- 282 KOM (2000) 412 endgültig.
- 283 KOM (2011) 215 endgültig.
- 284 Gutachten 1/09 des Gerichtshofs (Plenum) vom 8. März 2011 („Gutachten nach Art. 218 Abs. 11 AEUV – Übereinkommensentwurf – Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems – Gericht für europäische Patente und Gemeinschaftspatente – Vereinbarkeit dieses Entwurfs mit den Verträgen“).
- 285 Rechtssache C-295/11, vgl. ABl. EU Nr. C 232/31 vom 6. August 2011.
- 286 *A. Keukenschrijver*, FS 50 Jahre VPP, 331.
- 287 BGBl. 1979, Teil I, S. 1269; vgl. auch BIPMZ 1979, 266 ff. mit diversen Materialien.
- 288 Vgl. Denkschrift zum GPÜ, BIPMZ 1979, 325, 333.
- 289 BGH GRUR 2004, 758, 760 (Flügelradzähler).
- 290 BGH GRUR 2004, 758, 760 (Flügelradzähler); BGH GRUR 2007, 773, 775 (Rohrschweißverfahren); *Busse/Keukenschrijver*, § 10 PatG, Rn. 13; *Benkard/Scharen*, § 10 PatG, Rn. 2; *P. Mes*, § 10 PatG, Rn. 1; *H. Holzapfel*,

- GRUR 2002, 193, 194; *W. Tilmann*, GRUR 2005, 904 f.; *ders.*, GRUR 2006, 824, 829 f.; *P. Meier-Beck*, GRUR 2007, 11, 15.
- 291 *U. Fitzner*, Mitt. 2008, 243, 247.
- 292 *H. Schröder*, ZStW 81 (1969), 7, 18 ff.
- 293 BGH NJW 1994, 672.
- 294 *H. Hirsch*, FS Kaufmann, 545, 557 ff.
- 295 *A. Hoyer*, Eignungsdelikte, passim.
- 296 BGH GRUR 2004, 758, 761 (Flügelradzähler).
- 297 *Benkard/Scharen*, § 10 PatG, Rn. 22; *Busse/Keukenschrijver*, § 10 PatG, Rn. 22; *R. König*, Mitt. 2000, 10, 22.
- 298 *Anders B. Fabry/M. Trimborn*, GRUR 2008, 861, 863; *P. Cepl*, Die mittelbare Urheberrechtsverletzung, S. 51; *U. Fitzner*, Mitt. 2008, 243, 248 ff.
- 299 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 600; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 492; *D. Medicus/J. Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 631.
- 300 *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 7 und 523; *E. v. Caemmerer*, FS DJT, 49, 63; *U. Huber*, FS Wahl, 301.
- 301 *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 499.
- 302 *P. Cepl*, Die mittelbare Urheberrechtsverletzung, S. 51; *U. Fitzner*, Mitt. 2008, 243, 248 ff.
- 303 *H. Isay*, § 4 PatG, Anm. 53; *H. Krauß*, MuW XXVII, 555, 558; *R. Teschemacher*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 76 ff.; *R. Klaka*, GRUR 1977, 337, 340; vgl. im Übrigen die Nachweise in BGH GRUR 1982, 165, 167 (Rigg).
- 304 *R. Teschemacher*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 78.
- 305 *H. Isay*, § 4 PatG, Anm. 35.
- 306 BGH GRUR 1982, 165, 167 (Rigg).
- 307 *G. Rauh*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 92 ff.
- 308 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 810; *P. Chrocziel*, Die Benutzung patentierter Erfindungen zu Versuchs- und Forschungszwecken, S. 191 f.
- 309 Denkschrift zum GPÜ, BIPMZ. 1979, 325, 333.
- 310 *P. Mes*, GRUR 1998, 281.
- 311 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 811.
- 312 *U. Scharen*, GRUR 2008, 994, 945.
- 313 *H. Hesse*, GRUR 1982, 191, 193.
- 314 BGH GRUR 2005, 848, 850 f. (Antriebsscheibenaufzug).
- 315 *U. Scharen*, GRUR 2001, 995; *Benkard/Scharen*, § 10 PatG, Rn. 6.
- 316 BGH GRUR 2005, 848, 850 (Antriebsscheibenaufzug).
- 317 *Benkard/Scharen*, § 10 PatG, Rn. 5.
- 318 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 808.
- 319 BGH GRUR 2004, 758, 761 (Flügelradzähler); BGH GRUR 2006, 839, 840

- (Deckenheizung); BGH GRUR 2007, 769, 771 (Pipettensystem); BGH GRUR 2007, 773, 775 (Rohrschweißverfahren).
- 320 BGH GRUR 2007, 769, 771 (Pipettensystem).
- 321 BGH GRUR 2004, 758, 760 (Flügelradzähler).
- 322 BGH GRUR 2004, 758, 760 (Flügelradzähler); BGH GRUR 2005, 848, 849 (Antriebsscheibenaufzug); OLG Düsseldorf BeckRS 2010, 15665 (Decodierungsvorrichtung).
- 323 BGH GRUR 2004, 758, 760 f. (Flügelradzähler).
- 324 *R. Singer/A. Stein*, GRURInt 1976, 200, 203.
- 325 *P. Mes*, § 10 PatG, Rn. 33.
- 326 BGH GRUR 1982, 165, 166 f.; *R. Teschemacher*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 73; *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 808.
- 327 BGH GRUR 2005, 845 (Abgasreinigungsvorrichtung).
- 328 BGH GRUR 2005, 845, 847 (Abgasreinigungsvorrichtung).
- 329 *Büscher/Dittmer/Schiwy/Köhler*, § 10 PatG, Rn. 11.
- 330 *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 142.
- 331 BGH GRUR 2001, 228, 231 (Luftheizgerät), *P. Mes*, § 10 PatG, Rn. 1.
- 332 *P. Mes*, § 10 PatG, Rn. 7; *P. Meier-Beck*, GRUR 1993, 1, Fn. 10.
- 333 Überblick bei *H. Hesse*, GRUR 1982, 191 und *G. Rauh*, GRURInt 2008, 293.
- 334 Denkschrift zum GPÜ, BIPMZ 1979, 325, 333.
- 335 *U. Scharen*, GRUR 2001, 995.
- 336 BGH GRUR 2001, 228, 231 (Luftheizgerät); BGH GRUR 2005, 848, 851 (Antriebsscheibenaufzug); BGH GRUR 2006, 839, 841 (Deckenheizung); BGH GRUR 2007, 679, 683 (Haubenstretchautomat); BGH GRUR 2007, 773, 775 (Rohrschweißverfahren).
- 337 *Schulte/Kühnen*, § 10 PatG, Rn. 27; *P. Mes*, § 10 PatG, Rn. 16; *Busse/Keukenschrijver*, § 10 PatG, Rn. 20; *Benkard/Scharen*, § 10 PatG, Rn. 8; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Köhler*, § 10 PatG, Rn. 18; *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 811; *R. König*, Mitt. 2000, 10, 20; ebenso bereits *H. Hesse*, GRUR 1982, 191, 194.
- 338 *J. Höfeld*, FS Schilling, 263 ff.; *M. Brandi-Dohrn*, FS König, 33, 43.
- 339 *Schulte/Kühnen*<sup>7</sup>, § 10 PatG, Rn. 27 (wie die Rechtsprechung allerdings in der aktuellen 8. Auflage).
- 340 *C. Rigamonti*, Mitt. 2009, 57, 61 ff.
- 341 *C. Rigamonti*, Mitt. 2009, 57, 58; *G. Rauh*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 187.
- 342 *R. König*, Mitt. 2000, 10, 20.
- 343 BGH GRUR 2005, 848, 851 (Antriebsscheibenaufzug).
- 344 *G. Rauh*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 185.
- 345 *U. Scharen*, GRUR 2008, 944, 947.
- 346 So *G. Rauh*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 187 f.

- 347 Ähnlich *J. Höhfeld*, FS Schilling, 263, 265.
- 348 BGH GRUR 2001, 228, 231 (Luftheizgerät); BGH GRUR 2005, 848, 851 (Antriebsscheibenaufzug); BGH GRUR 2006, 839, 841 (Deckenheizung); BGH GRUR 2007, 679, 683 f. (Haubenstretchautomat); a.A. *H. Hesse*, GRUR 1982, 191, 194; *R. König*, Mitt. 2000, 10, 20.
- 349 BGH GRUR 2007, 679, 683 (Haubenstretchautomat).
- 350 *W. Tilmann*, GRUR 2006, 824, 829; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Köhler*, § 10 PatG, Rn. 19.
- 351 Eine solche Sichtweise könnte man BGH GRUR 2005, 848, 853 (Antriebsscheibenaufzug) unterstellen, der in Bezug auf die Bestimmung des Mittels Wiederholungsgefahr bei strafbewehrter Unterlassungserklärung prüft.
- 352 *W. Tilmann*, GRUR 2006, 824, 829.
- 353 GRUR 2006, 839, 841 (Deckenheizung).
- 354 *J. Höhfeld*, FS Schilling, 263, 277 f.
- 355 BGH GRUR 2001, 228, 231 (Luftheizgerät); BGH GRUR 2005, 848, 851 (Antriebsscheibenaufzug); BGH GRUR 2006, 839, 841 (Deckenheizung); BGH GRUR 2007, 679, 684 (Haubenstretchautomat).
- 356 BGH GRUR 2005, 848, 853 (Antriebsscheibenaufzug).
- 357 OLG Düsseldorf InstGE 9, 66, 72 (Trägerbahnöse).
- 358 BGH GRUR 2005, 848, 853 (Antriebsscheibenaufzug).
- 359 BGH GRUR 2006, 839, 841 (Deckenheizung).
- 360 *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 168.
- 361 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 365 f., 400 ff.; *D. Medicus/J. Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 642 f.; *E. v. Caemmerer*, FS DJT, 49, 131.
- 362 *B. Fabry/M. Trimborn*, GRUR 2008, 861, 862 f.
- 363 OLG Düsseldorf InstGE 9, 66, 72 (Trägerbahnöse).
- 364 *Busse/Keukenschrijver*, § 10 PatG, Rn. 21.
- 365 *F. Dolder/J. Faupel*, Der Schutzbereich von Patenten, S. 161.
- 366 *B. Fabry/M. Trimborn*, GRUR 2008, 861, 862 f.
- 367 OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. Mai 2008, Az.: I-2 U 118/06, insoweit nicht abgedruckt in InstGE 9, 66 (Trägerbahnöse).
- 368 So *P. Mes*, GRUR 1998, 281, 283.
- 369 *Busse/Keukenschrijver*, § 10 PatG, Rn. 20.
- 370 *M. Nieder*, GRUR 2000, 272; *ders.*, GRUR 2006, 977, 980.
- 371 *Schulte/Kühnen*, § 10 PatG, Rn. 18 ff.
- 372 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 809.
- 373 *G. Rauh*, GRURInt 2008, 293, 294 f.
- 374 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 810.
- 375 So in den Fällen OLG Düsseldorf BeckRS 2010, 15665; LG Düsseldorf BeckRS

- 2011, 0353.
- 376 BGH GRUR 2006, 839, 841 f. (Deckenheizung); BGH GRUR 2007, 679, 685 (Haubenstretchautomat); *Benkard/Scharen*, § 10 PatG, Rn. 24; *P. Mes*, § 10 PatG, Rn. 37 ff.; *Schulte/Kühnen*, § 10 PatG, Rn. 37 ff.; *P. Weisse*, FS Reimann, 583 ff. mit Nachweisen zur instanzgerichtlichen Praxis.
- 377 RGZ 146, 26, 29 (Saugtrommeln).
- 378 *Klauer/Möhring/Hesse*, § 6 PatG Rn. 89; *Reimer/Nastelski*, § 6 PatG, Rn. 98; *Lindenmaier/Weiss*, § 6 PatG, Rn. 62.
- 379 RGZ 146, 26, 29 (Saugtrommeln).
- 380 BGH GRUR 1961, 627, 628 (Metallspritzverfahren).
- 381 BGH GRUR 2006, 839, 842 (Deckenheizung).
- 382 *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 12 f.
- 383 BGH GRUR 2001, 228, 231 (Luftheizgerät); BGH GRUR 2005, 848, 851 (Antriebsscheibenaufzug); BGH GRUR 2006, 839, 841 (Deckenheizung); BGH GRUR 2007, 679, 684 (Haubenstretchautomat).
- 384 BGH GRUR 2007, 679, 685 (Haubenstretchautomat); ebenso LG Düsseldorf BeckRS 2011, 02428.
- 385 *P. Weisse*, FS Reimann, 583, 584.
- 386 *N. Hölder*, GRUR 2007, 96, 98.
- 387 *Schulte/Kühnen*, § 10 PatG, Rn. 44.
- 388 OLG Düsseldorf GRUR-RR 2006, 39, 43 (Kaffee-Filterpads).
- 389 OLG Düsseldorf GRUR-RR 2006, 39, 43 (Kaffee-Filterpads).
- 390 OLG Düsseldorf GRUR-RR 2004, 345 (Rohrschweißverfahren).
- 391 OLG Düsseldorf GRUR-RR 2004, 345, 349 (Rohrschweißverfahren).
- 392 LG Düsseldorf InstGE 5, 173 (Wandverkleidung).
- 393 LG Düsseldorf InstGE 5, 173, 178 (Wandverkleidung).
- 394 Ähnlich *P. Weisse*, FS Reimann, 583, 585.
- 395 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 365 ff.; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 182 ff.
- 396 *Schulte/Kühnen*, § 10 PatG, Rn. 38.
- 397 LG Düsseldorf InstGE 5, 173 (Wandverkleidung).
- 398 *U. Scharen*, GRUR 2001, 995, 996; *P. Weisse*, FS Reimann, 583, 586.
- 399 *P. Weisse*, FS Reimann, 583, 587 f.
- 400 *Klauer/Möhring/Hesse*, § 6 PatG, Rn. 90.
- 401 *O. Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, S. 6.
- 402 BGH NJW 1993, 1076, 1077; *J. Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, S. 202 ff.; *O. Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, S. 6 f.
- 403 Zum Begriff *J. Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, S. 50

- ff.; Großkomm-UWG/Köhler, Vor § 13, Rn. B 10.
- 404 BGH NJW 1959, 936, 938; MüKo/Wagner, Vor § 823 BGB, Rn. 37; Bamberger/Roth/Fritzsche, § 1004 BGB, Rn. 95; Erman/Ebbing, § 1004 BGB, Rn. 79; Jauernig/Jauernig, § 1004 BGB, Rn. 12; J. Fritzsche, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, S. 205.
- 405 Zum Beseitigungsanspruch Soergel/Münch, § 1004 BGB, Rn. 305.
- 406 Zur urheberrechtlichen Störerhaftung: BGH GRUR 1964, 91, 94 (Tonbänder-Werbung).
- 407 Zur urheberrechtlichen Störerhaftung: BGH GRUR 1965, 104, 107 (Personalausweise).
- 408 Ähnlich R. Kraßer, Patentrecht, S. 813.
- 409 Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 365 f., 400 ff.; D. Medicus/J. Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 642 f.; E. v. Caemmerer, FS DJT, 49, 131.
- 410 Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 617 ff.
- 411 LG Düsseldorf Mitt. 2000, 108 (WC-Körbchen II); OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2006, 39, 42 (Kaffee-Filterpads).
- 412 LG Düsseldorf Mitt. 2000, 108 (WC-Körbchen II).
- 413 LG Düsseldorf, Mitt. 2000, 108, 111 (WC-Körbchen II); OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2006, 39, 42 (Kaffee-Filterpads); R. Teschemacher, Die mittelbare Patentverletzung, S. 117; R. Kraßer, Patentrecht, S. 813.
- 414 LG Düsseldorf, Mitt. 2000, 108, 111 (WC-Körbchen II); OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2006, 39, 42 (Kaffee-Filterpads); ebenso Schulte/Kühnen, § 10 PatG, Rn. 44.
- 415 R. Teschemacher, Die mittelbare Patentverletzung, S. 118.
- 416 Zu einem vergleichbaren urheberrechtlichen Problem BGH GRUR 1965, 104, 107 (Personalausweise).
- 417 OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2006, 39, 43 (Kaffee-Filterpads).
- 418 LG Düsseldorf, Mitt. 2000, 108, 111 (WC-Körbchen II); ebenso R. Kraßer, Patentrecht, S. 813; Benkard/Scharen, § 10 PatG, Rn. 24.
- 419 Lange/Schiemann, Schadensersatz, S. 26 ff.
- 420 MüKo/Oetker, § 249 BGB, Rn. 16 ff.
- 421 BGH GRUR 2005, 848, 854 (Antriebsscheibenaufzug); BGH GRUR 2006, 839, 842 (Deckenheizung); BGH GRUR 2007, 679, 684 (Haubenstretchautomat); BGH GRUR 2007, 773, 777 (Rohrschweißverfahren).
- 422 BGH GRUR 2006, 839, 842 (Deckenheizung).
- 423 Vgl. nur R. Kraßer, Patentrecht, S. 855 ff.; ausführlich F. Klopmeier, Dogmatik des Schadensersatzes im Patentrecht, S. 84 ff.
- 424 OLG Düsseldorf Mitt. 2003, 264, 269 (Antriebsscheibenaufzug); P. Holzapfel, GRUR 2002, 193, 196 f.; W. Tilmann, GRUR 2005, 904, 905; G. Rauh, Die mittelbare Patentverletzung, S. 250 ff.; H. v. der Osten/U. Pross, FS Reimann, 527, 530 ff.

- 425 U. Voß, GRUR 2006, 281, 284; M. Nieder, FS Reimann, 351, 353 ff.
- 426 R. Kraßer, Patentrecht, S. 850.
- 427 MüKo/Oetker, § 249 BGB, Rn. 21.
- 428 Lange/Schiemann, Schadensersatz, S. 101.
- 429 BGH GRUR 2005, 848, 854 (Antriebsscheibenaufzug); Benkard/Scharen, § 10 PatG, Rn. 25; Schulte/Kühnen, § 10 PatG, Rn. 45; R. Kraßer, Patentrecht, S. 850 f.; kritisch U. Voß, GRUR 2006, 281, 284 f.
- 430 Ähnlich M. Haedicke, GRUR 2009, 273, 274 f.
- 431 Akte vom 29. November 2000 zur Revision des Übereinkommens über die Erteilung Europäischer Patente in der ab dem 13. Dezember 2007 geltenden Fassung; BGBl. 2008, Teil II, S. 179.
- 432 BGBl. 2007, Teil I, S. 2166.
- 433 Vgl. Benkard/Asendorf/Schmidt, § 5 PatG, Rn. 44 ff.
- 434 BGH GRUR 1972, 541, 543 (Imidazoline); zur wechselvollen Geschichte des Stoffschutzes R. Urich, Stoffschutz, S. 11 ff.
- 435 BGH GRUR 1972, 541 (Imidazoline); kritisch H. Götting, GRUR 2009, 256 ff.
- 436 T. Bopp, FS Reimann, 13, 17 f.
- 437 Überblick bei Busse/Keukenschrijver, § 9 PatG, Rn. 142 ff.
- 438 BGH GRUR 1980, 38, 39 (Fullplastverfahren).
- 439 BGH GRUR 1980, 38, 39 (Fullplastverfahren); R. Kraßer, Patentrecht, S. 802 ff.
- 440 BGH GRUR 1980, 38, 39 (Fullplastverfahren).
- 441 Zum Begriff der Abhängigkeit vgl. Busse/Keukenschrijver, § 9 PatG, Rn. 29 ff.
- 442 BGH GRUR 1964, 606, 611 (Förderrinne).
- 443 Beispiel bei BGH GRUR 1972, 541, 543 (Imidazoline); D. Schneier/D. Walter, GRUR 2007, 831, 837.
- 444 BGH GRUR 1982, 548 (Sitosterylglykoside).
- 445 BGH GRUR 1982, 548, 549 (Sitosterylglykoside); Benkard/Melullis, § 3 PatG, Rn. 89.
- 446 BGH GRUR 1982, 548, 549 (Sitosterylglykoside); BGH GRUR 1987, 794, 796 (Antivirusmittel).
- 447 D. Schneier/D. Walter, GRUR 2007, 831, 833.
- 448 Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucksache 16/4382, S. 11.
- 449 BGH GRUR 1987, 794, 795 (Antivirusmittel).
- 450 R. Kraßer, FS BPatG, 159, 174.
- 451 R. Kraßer, FS BPatG, 159, 174.
- 452 R. Kraßer, FS BPatG, 159, 167.
- 453 U. Köster, GRUR 2002, 833, 835.
- 454 Zum Streitstand R. Kraßer, Patentrecht, S. 486 f.
- 455 EPA GRURInt 1984, 303 (Pyrrolidin-Derivate/Hoffmann-La Roche).

- 456 EPA GRURInt 1986, 717, 718 (Thenoylperoxid/Roussel-Uclaf).
- 457 *D. Schneider/D. Walter*, GRUR 2007, 831, 833.
- 458 *L. Galligani*, ABl. EPA Sonderausgabe 2/2007, 148, 150; *U. Köster*, GRUR 2002, 833, 835; *R. Nack/B. Phélip*, GRURInt 2001, 322, 324.
- 459 *Schulte/Moufang*, § 1 PatG, Rn. 254.
- 460 Ausführlich *G. Klöpsch*, GRURInt 1982, 102, 104 f.
- 461 *T. Bopp*, FS Reimann, 13, 15.
- 462 BGH GRUR 1977, 652 (Benzolsulfonylharnstoff).
- 463 *Schulte/Kühnen*, § 9 PatG, Rn. 68.
- 464 *K. Nastelski*, FS Wilde, 113, 121.
- 465 BGH GRUR 1992, 305 (Heliumeinspeisung); BGH GRUR 2005, 845 (Abgasreinigungsvorrichtung).
- 466 BGH GRUR 1977, 652, 653 (Benzolsulfonylharnstoff).
- 467 BGH GRUR 1982, 548, 550 (Sitosterylglykoside).
- 468 BGH GRUR 1977, 652, 653 (Benzolsulfonylharnstoff).
- 469 BGH GRUR 1983, 729, 730 (Hydropyridin).
- 470 BGH GRUR 1968, 142, 145 (Glatzenoperation).
- 471 *Klauer/Möhring/Technau*, § 1 PatG, Rn. 42.
- 472 *Klauer/Möhring/Hesse*, § 6 PatG, Rn. 140.
- 473 BGH GRUR 1977, 652, 654 (Benzolsulfonylharnstoff).
- 474 *R. Kraßer*, FS BPatG, 159, 173.
- 475 EPA GRURInt 1985, 193 (Zweite medizinische Indikation).
- 476 *Benkard/Melullis*, Art. 52 EPÜ, Rn. 227.
- 477 EPA GRURInt 1985, 193 (Zweite medizinische Indikation).
- 478 GRURInt 1984, 768.
- 479 *Busse/Keukenschrijver*, § 5 PatG, Rn. 33.
- 480 *Busse/Keukenschrijver*, § 9 PatG, Rn. 115.
- 481 BGH GRUR 1982, 162, 163 (Zahnpasta); *Benkard/Scharen*, § 9 PatG, Rn. 57; *Busse/Keukenschrijver*, § 9 PatG, Rn. 110.
- 482 *P. Meier-Beck*, GRUR 2009, 300, 303.
- 483 BGH GRUR 1980, 38, 39 (Fullplastverfahren); *Benkard/Scharen*, § 9 PatG, Rn. 25.
- 484 *Benkard/Asendorf/Schmidt*, § 5 PatG, Rn. 57; *Schulte/Moufang*, § 1 PatG, Rn. 273; *P. Meier-Beck*, GRUR 2009, 303 f.
- 485 EPA GRURInt 1985, 193, 195 f. (Zweite medizinische Indikation); ebenso *Benkard/Melullis*, Art. 54 EPÜ, Rn. 230.
- 486 *R. Kraßer*, FS BPatG, 159, 170.
- 487 *Busse/Keukenschrijver*, § 3 PatG, Rn. 195.
- 488 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache 16/4382, S. 11.

- 489 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache 16/4382, S. 11.
- 490 Die Original-Entscheidung LG Düsseldorf GRUR-RR 2004, 193 (Ribavirin) erging zu einem Herstellungsverfahrenspatent im Sinne der EPA-Praxis.
- 491 R. Kraßer, Patentrecht, S. 784.
- 492 M. Brandi-Dohrn, FS König, 33, 42, Fn. 41.
- 493 R. Jacob, GRURInt 1996 1088, 1089; M. Brandi-Dohrn, FS König, 33, 38 f.
- 494 M. Brandi-Dohrn, FS König, 33, 43.
- 495 LG Düsseldorf GRUR-RR 2004, 193, 196, (Ribavirin); LG Düsseldorf BeckRS 2011, 08866 (für den nicht-medizinischen Bereich); Benkard/Scharen, § 10 PatG, Rn. 11; Busse/Keukenschrijver, § 10 PatG, Rn. 17; R. Kraßer, Patentrecht, S. 784; T. Kühnen/E. Geschke, Die Durchsetzung von Patenten in der Praxis, S. 81.
- 496 M. Haedicke, Mitt. 2004, 145, 146.
- 497 T. Bopp, FS Reimann, 13, 21 ff.
- 498 M. Haedicke, Mitt. 2004, 145, 148.
- 499 M. Haedicke, Mitt. 2004, 145, 147.
- 500 LG Düsseldorf GRUR-RR 2004, 193 (Ribavirin).
- 501 Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 20; G. Schulze, ZUM 2000, 126, 130; O. de Boor, JZ 1955, 747, 749.
- 502 M. Reh binder, Urheberrecht, Rn. 299; Möring/Nicolini/Kroitzsch, § 15 UrhG, Rn. 12.
- 503 Möring/Nicolini/Kroitzsch, § 15 UrhG, Rn. 12.
- 504 W. Hefermehl, UFITA 24 (1957), 56, 70; auch der BGH bezeichnet den Werkgenuss als reine Benutzung, vgl. BGH GRUR 1991, 449, 453 (Betriebssystem); BGH GRUR 1994, 363, 364 (Holzhandelsprogramm).
- 505 BGH GRUR 1960, 340, 342 (Werbung für Tonbandgeräte); BGH GRUR 1991, 449, 453 (Betriebssystem); BGH GRUR 1994, 363, 364 (Holzhandelsprogramm); Wandtke/Bullinger/Heerma, § 15 UrhG, Rn. 6; Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 20; O. de Boor, JZ 1955, 747, 749; W. Flume, UFITA 39 (1963), 1, 5 ff.; W. Hefermehl, UFITA 24 (1957), 56, 70; G. Roeber, UFITA 21 (1956), 150, 161.
- 506 M. Reh binder, Urheberrecht, Rn. 99.
- 507 BVerfG GRUR 1972, 488, 491 (Tonbandvervielfältigungen).
- 508 A. Troller, UFITA 21 (1956), 216, 226; W. Hefermehl, UFITA 24 (1957), 56, 70; O. de Boor, JZ 1955, 747, 749.
- 509 BGH GRUR 1955, 492, 496 (Grundig-Reporter).
- 510 G. Roeber, UFITA 21 (1956), 150, 161; W. Hefermehl, UFITA 24 (1957), 56, 70.
- 511 T. Meschede, Schutz digitaler Musik- und Filmwerke vor privater Vervielfältigung, S. 66.
- 512 O. de Boor, JZ 1955, 747, 749.
- 513 M. Reh binder, Urheberrecht, Rn. 99.
- 514 BGH GRUR 1955, 492, 496 (Grundig-Reporter); H. Schack, Urheber- und

- Urhebervertragsrecht, Rn. 412; *Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg*, § 15 UrhG, Rn. 11; *Dreier/Schulze*, § 15 UrhG, Rn. 3.
- 515 *W. Flume*, UFITA 39 (1963), 1, 5, der diese Begründung jedoch kritisiert.
- 516 BVerfG GRUR 1972, 488, 491 (Tonbandvervielfältigungen).
- 517 *H. Schack*, FS Reuter, 1167, 1171.
- 518 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (UrhG 1965), BT-Drucksache IV/270, S. 71; BGH GRUR 1997, 459, 463 (CB-infobank I); *Wandtke/Bullinger/Lüft*, § 53 UrhG, Rn. 1; HK-UrhR/*Dreyer*, § 53, Rn. 8 f.; ebenso zu Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL EuGH GRUR 2011, 50, 54 (Padawan).
- 519 EuGH GRUR 2011, 50, 54 (Padawan).
- 520 BGH GRUR 1955, 492, 495 ff. (Grundig-Reporter); ähnlich entschied der BGH zur fotomechanischen Vervielfältigung von Druckwerken in BGH GRUR 1955, 544 (Fotokopie).
- 521 BGH GRUR 1965, 104, 108 f. (Personalausweise).
- 522 *D. Reimer*, GRUR 1965, 109, 110.
- 523 BT-Drucksache IV/270.
- 524 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (UrhG 1965), BT-Drucksache IV/270, S. 71.
- 525 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (UrhG 1965), BT-Drucksache IV/270, S. 72.
- 526 Protokoll der 240. Sitzung des Bundesrates am 2. Februar 1962, BT-Drucksache IV/270, Anlage 2.
- 527 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuss) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), Antrag des Ausschusses, BT-Drucksache IV/3401.
- 528 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuss) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), Bericht des Abgeordneten Dr. Reischl, zu BT-Drucksache IV/3401, S. 8 f.
- 529 Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24. Juni 1985, BGBl. 1985, Teil I, S. 1137.
- 530 WIPO Copyright Treaty vom 20. Dezember 1996, deutsche Fassung veröffentlicht in ABl. EG, Nr. C 165/9 vom 30. Mai 1998; WIPO Performances and Phonograms Treaty vom 20. Dezember 1996, deutsche Fassung veröffentlicht in ABl. EG, Nr. C 165/13 vom 30. Mai 1998.
- 531 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG, Nr. L 167/10 vom 22. Juni 2001 (abgedruckt in GRURInt 2001, 745).
- 532 BGBl. 2003, Teil I, S. 1774.

- 533 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucksache 15/38, S. 20.
- 534 BGBI. 2007, Teil I, S. 2513.
- 535 Einleitung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucksache 16/1828, S. 1.
- 536 Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT Drucksache 16/1828, S. 26.
- 537 Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT Drucksache 16/1828, S. 34.
- 538 EuGH GRURInt 2011, 716 (Stichting de Thuis kopie).
- 539 EuGH GRURInt 2011, 716, 720 (Stichting de Thuis kopie).
- 540 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (UrhG 1965), BT-Drucksache IV/270, S. 71; BGH GRUR 1965, 104, 107 (Personalausweise).
- 541 Ebenso EuGH zu Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL in GRUR 2011, 50, 54 f. (Padawan).

- 542 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuss) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), Bericht des Abgeordneten Dr. Reischl, zu BT-Drucksache IV/3401, S. 9.
- 543 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuss) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), Bericht des Abgeordneten Dr. Reischl, zu BT-Drucksache IV/3401, S. 10.
- 544 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (UrhG 1965), BT-Drucksache IV/270, S. 72.
- 545 Vgl. nur *R. Sack*, BB 1984, Beilage 15 zu Heft 26 einerseits und *G. Schrickler/P. Katzenberger*, GRUR 1985, 87 ff. andererseits.
- 546 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (UrhG 1985), BT-Drucksache 10/837, S. 18.
- 547 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (UrhG 1985), BT-Drucksache 10/837, S. 19.
- 548 BGH GRUR 2008, 245, 246 (Drucker und Plotter); vgl. auch die Zurückweisungsbeschlüsse BGH BeckRS 2008, 20428 und BGH BeckRS 2008, 20429.
- 549 BGH GRUR 2008, 993 (Kopierstationen).
- 550 BGH GRUR 2009, 53 (PC).
- 551 Zu der Entscheidungsreihe vgl. *A. Klett*, K&R 2008, 667 ff.
- 552 BGH GRUR 2008, 245, 246 f. (Drucker und Plotter); BGH GRUR 2008, 993, 994 f. (Kopierstationen); BGH GRUR 2009, 53, 54 f. (PC).
- 553 BGH GRUR 2008, 993, 995 (Kopierstationen).
- 554 BVerfG GRUR 2010, 999 (Drucker und Plotter I); BVerfG GRUR 2011, 223 (Drucker und Plotter II); BVerfG GRUR 2011, 225 (PC); BVerfG GRUR 2011, 227 (Kopierstationen); kritisch zu sämtlichen Beschlüssen *F. Niemann*, CR 2011, 69 ff.
- 555 EuGH GRUR 2011, 50 (Padawan).
- 556 EuGH GRUR 2011, 50 (Padawan).
- 557 So auch BVerfG GRUR 2011, 227 (Kopierstationen).
- 558 BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 28/11 (Drucker und Plotter II); vgl. auch BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 162/10 und BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 29/11.
- 559 BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 30/11 (PC II).
- 560 BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 30/11 (PC II); BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 28/11 (Drucker und Plotter II).
- 561 *J. v. Ungern-Sternberg*, GRUR 2008, 247, 248; *F. Niemann*, CR 2008, 205.
- 562 HK-UrhR/Dreyer, § 54 UrhG, Rn. 15; *Dreier/Schulze*, § 54 UrhG, Rn. 7; *Wandtke/Bullinger/Lüft*, § 54 UrhG, Rn. 12.

- 563 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Zweiter Korb), BT-Drucksache 16/1828, S. 28.
- 564 *J. Roggenkamp*, jurisPR-ITR 25/2008, Anm. 2.
- 565 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Zweiter Korb), BT-Drucksache 16/1828, S. 28.
- 566 *Schricker/Loewenheim*<sup>1</sup>, § 54 UrhG, Rn. 5.
- 567 BGH GRUR 1993, 553 (Readerprinter).
- 568 BGH GRUR 1993, 553, 554 (Readerprinter).
- 569 *K. Bremer/J. Lammers*, K&R 2008, 145, 146.
- 570 HK-UrhR/Dreyer, § 54 UrhG, Rn. 9; *F. Niemann*, CR 2008, 205, 206.
- 571 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucksache, 16/1828, S. 29.
- 572 *Dreier/Schulze*, § 54 UrhG, Rn. 10.
- 573 HK-UrhG/Dreyer, § 54 UrhG, Rn. 18.
- 574 *F. Niemann*, CR 2008, 205, 207.
- 575 BGH GRUR 2008, 786 (Multifunktionsgeräte).
- 576 *S. Müller*, ZUM 2007, 777, 779.
- 577 BGH GRUR 2002, 246, 247 f. (Scanner); BGH GRUR 2008, 245f. (Drucker und Plotter); BGH GRUR 2008, 786, 787 (Multifunktionsgeräte); BGH GRUR 2009, 53, 55 (PC).
- 578 BGH GRUR 2002, 246, 247 (Scanner).
- 579 BGH GRUR 2002, 246 (Scanner).
- 580 BGH GRUR 2008, 245 (Drucker und Plotter).
- 581 BGH GRUR 2009, 53 (PC).
- 582 *Schricker/Loewenheim*<sup>3</sup>, § 54d UrhG, Rn. 8.
- 583 BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 30/11 (PC II); BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 28/11 (Drucker und Plotter II).
- 584 Ausführlich HK-UrhR/Dreyer, § 54 UrhG, Rn. 13.
- 585 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuss) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), Bericht des Abgeordneten Dr. Reischl, zu BT-Drucksache IV/3401, S. 10.
- 586 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (UrhG 1985), BT-Drucksache 10/837, S. 20 f.
- 587 *Dreier/Schulze*, § 54c UrhG, Rn. 1.
- 588 BGBl. 1994, Teil I, S. 1739.
- 589 Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung, BR-Drucksache 218/94, S. 12.
- 590 Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung, BR-Drucksache 218/94,

- S. 13.
- 591 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucksache, 16/1828, S. 31.
- 592 Dreier/Schulze, § 54b UrhG, Rn. 5.
- 593 Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung, BR-Drucksache 218/94, S. 22.
- 594 *F. Niemann*, CR 2008, 205, 207.
- 595 Dreier/Schulze, § 54a UrhG, Rn. 5; *Fromm/Nordemann/W. Nordemann*, § 54a UrhG, Rn. 6; *HK-UrhR/Dreyer*, § 54a UrhG, Rn. 3.
- 596 *J. Paul/S. Naskret*, CR 2003, 473, 476; *F. Niemann*, CR 2008, 205, 207 f.
- 597 *A. Ohly*, Die Einwilligung im Privatrecht, S. 143 f.
- 598 BGH GRUR 2008, 245, 246 f. (Drucker und Plotter); BGH GRUR 2009, 53, 55 (PC); ebenso zu Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL EuGH GRUR 2011, 50, 53 (Padawan); *HK-UrhR/Dreyer*, § 54a UrhG, Rn. 3; *F. Niemann*, CR 2008, 205, 208.
- 599 BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 30/11 (PC II); BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 28/11 (Drucker und Plotter II).
- 600 *S. Müller*, GRUR 2011, 26, 27 f.
- 601 Dreier/Schulze, § 54 UrhG, Rn. 4.
- 602 EuGH GRUR 2011, 50, 53 (Padawan).
- 603 Ebenso *F. Niemann*, CR 2011, 69, 73.
- 604 BGH GRUR 2010, 628, 631 f. (Vorschaubilder); *J. v. Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369 ff.; *Schricker/Loewenheim/Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 UrhG, Rn. 57; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert*, § 31 UrhG, Rn. 37; *Fromm/Nordemann/J. Nordemann*, § 29 UrhG, Rn. 25; *A. Ohly*, Die Einwilligung im Privatrecht, S. 276 f.
- 605 BGH GRUR 2010, 628, 631 (Vorschaubilder).
- 606 Grundlegend *J. v. Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369, 370 sowie die Nachweise bei BGH GRUR 2010, 628, 631 (Vorschaubilder).
- 607 BGH GRUR 2008, 245, 246 f. (Drucker und Plotter); BGH GRUR 2009, 53, 55 (PC); ebenso *J. Bornkamm*, FS Nordemann, 299, 308.
- 608 BGH GRUR 2008, 245, 247 (Drucker und Plotter).
- 609 BGH GRUR 2010, 628, 632 (Vorschaubilder).
- 610 *J. v. Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369, 371 f.
- 611 *J. v. Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369, 372 ff.
- 612 *G. Spindler*, GRUR 2010, 785, 789 ff.
- 613 *W. Kohte*, AcP 185 (1985), 105, 122.
- 614 *A. Ohly*, Die Einwilligung im Privatrecht, S. 339.
- 615 Beispiele bei *J. Paul/S. Naskret*, CR 2003, 473, 476.
- 616 BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: 30/11 (PC II); BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: 28/11 (Drucker und Plotter II); Dreier/Schulze, § 54a UrhG, Rn. 6;

- Wandtke/Bullinger/Lüft*, § 54a UrhG, Rn. 3; a.A. *F. Niemann*, CR 2008, 273, 276.
- 617 BGH GRUR 2008, 245, 246 f. (Drucker und Plotter); BGH GRUR 2009, 53, 55 (PC).
- 618 BVerfG GRUR 2010, 999 (Drucker und Plotter I); BVerfG GRUR 2011, 223 (Drucker und Plotter II).
- 619 BVerfG GRUR 2011, 225 (PC).
- 620 *S. Müller*, GRUR 2011, 26, 27 f.
- 621 BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: 30/11 (PC II); BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011, Az.: 28/11 (Drucker und Plotter II); *Dreier/Schulze*, § 54a UrhG, Rn. 6; *Wandtke/Bullinger/Lüft*, § 54a UrhG, Rn. 3; a.A. *F. Niemann*, CR 2008, 273, 276.
- 622 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung („Erster Korb“), BT-Drucksache 15/38, S. 30.
- 623 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung („Zweiter Korb“), BT-Drucksache 16/1828, S. 29.
- 624 *C. Arlt*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.7, Rn. 2; *Loewenheim/Peukert*, § 33, Rn. 1; *Schricker/Loewenheim/Götting*, Vor §§ 95a UrhG, Rn. 1 ff.; *M. Trayer*, Technische Schutzmaßnahmen und elektronische Rechtewahrnehmungssysteme, S. 21.
- 625 Übersicht über derzeit gängige Schutzmaßnahmen bei *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst*, § 95a UrhG, Rn. 12 ff.; zur technischen Seite *T. Meschede*, Der Schutz digitaler Musik- und Filmwerke vor privater Vervielfältigung, S. 33 ff.; *C. Arlt*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.7, Rn. 3 ff.
- 626 *C. Arlt*, Digital Rights Managementsysteme, S. 111.
- 627 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Erster Korb), BT-Durcksache 15/38, S. 26.
- 628 *T. Boddien*, Alte Musik in neuem Gewand, S. 154.
- 629 *G. Dreyer*, in: *Pahlow/Eisfeld*, Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums, 221, 222 ff.
- 630 *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*, § 24 UrhG, Rn. 3 ff.
- 631 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Erster Korb), BT-Drucksache 15/38, S. 26; *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 95a UrhG, Rn. 33; *Dreier/Schulze*, § 95a UrhG, Rn. 3.
- 632 HK-UrhR/*Dreyer*, § 95a UrhG, Rn. 7; *G. Dreyer*, in: *Pahlow/Eisfeld*, Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums, 221, 235 ff.; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst*, § 95a UrhG, Rn. 52; *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 95a UrhG, Rn. 34; *Schricker/Loewenheim/Götting*, § 95a UrhG, Rn. 5; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Schmidl*, § 95a UrhG, Rn. 19; *Loewenheim/Peukert*, § 34, Rn. 6; *A. Peukert*, UFITA 2002, 689, 709, Fn. 45; *T. Boddien*, Alte Musik in neuem Gewand, S. 167 ff.; a.A. *C. Arlt*, GRUR 2004, 548, 550; *ders.*, Digital

- Rights Managementsysteme, S. 122 f.
- 633 Begriff bei *T. Boddien*, *Alte Musik in neuem Gewand*, S. 165.
- 634 *H. Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 835.
- 635 *Loewenheim/Peukert*, § 34, Rn. 4.
- 636 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Zweiter Korb), BT-Drucksache 16/1828, S. 20 f.
- 637 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Zweiter Korb), BT-Drucksache 16/1828, S. 21; *H. Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 837; auf Gründe für ein mögliches Marktversagen weist *C. Arlt*, *Digital Rights Management Systeme*, S. 68 ff., hin.
- 638 *M. Haedicke*, *Patente und Piraten*, S. 60.
- 639 *G. Dreyer*, in: *Pahlow/Eisfeld*, *Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums*, 221, 224 f.
- 640 *Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg*, § 20 UrhG, Rn. 11.
- 641 Vgl. *S. Bechtold*, *Vom Urheber- zum Informationsrecht*, S. 110 ff.
- 642 *C. Arlt*, *Digital Rights Management Systeme*, S. 62; *M. Haedicke*, *Patente und Piraten*, S. 55; ausführlich zu Preisdiskriminierung und DRM-Systemen: *S. Bechtold*, *Vom Urheber- zum Informationsrecht*, S. 300 ff.
- 643 *Dreier/Schulze*, § 17 UrhG, Rn. 24; *HK-UrhR/Dreyer*, § 17 UrhG, Rn. 23 ff.; *Fromm/Nordemann/Dustmann*, § 17 UrhG, Rn. 24 ff.
- 644 *H. Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 433; zur gemeinschaftsweiten Erschöpfung vgl. § 17 Abs. 2 UrhG.
- 645 Hiermit argumentierte der High Court of Justice, Chancery Division im Fall *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc. v Gaynor David Ball (Sony/Ball)* vom 19. Juli 2004, EWHC 2004, 1738 (Ch), in dem es um die Umgehung von Ländercodes der Playstation 2 ging.
- 646 *A. Dietz*, ZUM 1998, 438, 443; sympathisierend *Loewenheim/Peukert*, § 36, Rn. 12.
- 647 *Dreier/Schulze*, § 44a UrhG, Rn. 1; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*, § 44a UrhG, Rn. 1; *Wandtke/Bullinger/v. Welser*, § 44a UrhG, Rn. 1 m.w.N.
- 648 *M. Trayer*, *Technische Schutzmaßnahmen und elektronische Rechtewahrnehmungssysteme*, S. 26 (zur Info-RL).
- 649 Begründung des Regierungsentwurfs Erster Korb, BT-Drucksache 15/38, S. 26.
- 650 *K. Koelman/N. Helberger*, in: *B. Hugenholtz* (Hrsg.), *Copyright and Electronic Commerce*, S. 165, 174.
- 651 *G. Auer*, FS Dittrich, 3, 15; *C. Arlt*, in: *Handbuch Multimedia-Recht*, Teil 7.7, Rn. 25 ff.
- 652 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Erster Korb), BT-Drucksache 15/38, S. 26.
- 653 *S. Bechtold*, *Vom Urheber- zum Informationsrecht*, S. 202 ff.; *D. Kröger*, CR 2001, 316 ff.; ausführlich, allerdings nur bis zum geänderten Richtlinienvorschlag:

- P. Wand*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, S. 93 ff.
- 654 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (1997) 628 endgültig, ABl. EG, Nr. C 108/6 vom 7. April 1998.
- 655 *P. Wand*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, S. 108.
- 656 ABl. EG, Nr. C 150/171 vom 10. Februar 1999.
- 657 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (1999) 250 endgültig, ABl. EG, Nr. C 180/6 vom 25. Juni 1999.
- 658 ABl. EG, Nr. C 344/1 vom 1. Dezember 2000.
- 659 Begründung des Gemeinsamen Standpunkts, ABl. EG, Nr. C 344/19 vom 1. Dezember 2000.
- 660 Begründung des Gemeinsamen Standpunkts, ABl. EG, Nr. C 344/19 vom 1. Dezember 2000.
- 661 Begründung des Gemeinsamen Standpunkts, ABl. EG, Nr. C 344/20 vom 1. Dezember 2000.
- 662 *Loewenheim/Peukert*, § 34, Rn. 3.
- 663 *Walter/v. Lewinski/Walter*, Europäisches Urheberrecht, Info-RL, S. 1104 f., Rn. 156.
- 664 Kritisch *O. Linnenborn*, K&R 2001, 394, 398.
- 665 *K. Koelman/N. Helberger*, in: *B. Hugenholtz* (Hrsg.), Copyright and Electronic Commerce, S. 165, 174; *P. Wand*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, S. 108.
- 666 *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst*, § 95a UrhG, Rn. 15 m.w.N.
- 667 Für einen schnellen Überblick vgl. *S. Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 207 ff.; *K. Koelman/N. Helberger*, in: *B. Hugenholtz* (Hrsg.), Copyright and Electronic Commerce, S. 165, 174 f.
- 668 *S. Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 209.
- 669 *Dreier/Schulze*, § 95a UrhG, Rn. 14; *Schricker/Loewenheim/Götting*, § 95a UrhG, Rn. 3.; *Loewenheim/Peukert*, § 34, Rn. 3; *C. Arlt*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.7, Rn. 25 ff.; *S. Bechtold*, in: *Dreier/Hugenholtz* (Hrsg.), Concise European Copyright Law, S. 387; *G. Auer*, FS Dittrich, 3, 15; a.A.: *M. Trayer*, Technische Schutzmaßnahmen und elektronische Rechtswahrnehmungssysteme, S. 26 f.; *C. Arlt*, Digital Rights Management Systeme, S. 116 f.
- 670 HK-UrhR/*Dreyer*, § 95a UrhG, Rn. 50; a.A. *Dreier/Schulze*, § 95a UrhG, Rn. 14; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst*, § 95a UrhG, Rn. 35; *L. Entelmann*, Das Verbot von Vorbereitungshandlungen zur Umgehung technischer Schutzmaßnahmen, S. 56.
- 671 Hierzu *Cook/Brazell/Chalton/Smyth*, The Copyright Directive, passim.

- 672 *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 95a UrhG, Rn. 12 ff.; *Dreier/Schulze*, § 95a UrhG, Rn. 14; *HK-UrhR/Dreyer*, § 95a UrhG, Rn. 8 ff.; *Schricker/Loewenheim/Götting*, § 95a UrhG, Rn. 19; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst*, § 95a UrhG, Rn. 43.
- 673 BT-Drucksache 15/38, S. 26; ähnlich BGH GRUR-RR 2010, 153, 154 (Receiver).
- 674 *Walter/v. Lewinski/Walter*, Europäisches Urheberrecht, Info-RL, S. 1104 f., Rn. 155; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst*, § 95a UrhG, Rn. 47; *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 95a UrhG, Rn. 17 ff.
- 675 LG Frankfurt a.M. MMR 2006, 766 (Analoges Loch); a.A. *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 95a UrhG, Rn. 38.
- 676 BGH GRUR-RR 2010, 153, 154 (Receiver); *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 95a UrhG, Rn. 38; *HK-UrhR/Dreyer*, § 95a UrhG, Rn. 28.
- 677 Zum Folgenden ausführlich *T. Boddien*, Alte Musik in neuem Gewand, S. 158 ff.
- 678 *M. Trayer*, Technische Schutzmaßnahmen und elektronische Rechtewahrnehmungssysteme, S. 130.
- 679 *D. Kirmse*, Die zivilrechtlichen Rechtsfolgen der Umgehung technischer Schutzmaßnahmen nach § 95a UrhG, S. 84.
- 680 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Erster Korb), BT-Drucksache 15/38, S. 26.
- 681 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Erster Korb), BT-Drucksache 15/38, S. 26.
- 682 So *Schmid/Wirth/Seifert*, § 95a UrhG, Rn. 3.
- 683 *Walter/v. Lewinski/Walter*, Europäisches Urheberrecht, S. 1103 f.; *L. Entelmann*, Das Verbot von Vorbereitungshandlungen zur Umgehung technischer Schutzmaßnahmen, S. 36 f.
- 684 *T. Boddien*, Alte Musik in neuem Gewand, S. 169 ff.
- 685 *Callies/Ruffert/Ruffert*, Art. 288 AEUV, Rn. 57.
- 686 BGH NJW 2009, 427, 428 ff. (Quelle).
- 687 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Erster Korb), BT-Drucksache 15/38, S. 26.
- 688 *HK-UrhR/Dreyer*, § 95a UrhG, Rn. 30.
- 689 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (Erster Korb), BT-Drucksache 15/38, S. 26.
- 690 *O. Spieker*, GRUR 2004, 475.
- 691 *HK-UrhR/Dreyer*, § 95a UrhG, Rn. 43; *H. Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 839; *F. Hänel*, Die Umsetzung des Art. 6 Info-RL ins deutsche Recht, S. 173 ff.; *L. Entelmann*, Das Verbot von Vorbereitungshandlungen zur Umgehung technischer Schutzmaßnahmen, S. 76 ff.; *D. Kirmse*, Die zivilrechtlichen Rechtsfolgen der Umgehung technischer Schutzmaßnahmen nach § 95a UrhG, S. 102 ff.
- 692 *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst*, § 95a UrhG, Rn. 88;

- Schricker/Loewenheim/Götting*, § 95a UrhG, Rn. 40; *Loewenheim/Peukert*, § 82, Rn. 5 ff.; *C. Arlt*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.7, Rn. 34; *ders.*, Digital Rights Management Systeme, S. 208 f.
- 693 LG Köln MMR 2006, 412, 414.
- 694 BGH GRUR 2008, 996 ff. (Clone-CD).
- 695 BGH GRUR 2011, 513 (AnyDVD).
- 696 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache 15/38, S. 29.
- 697 LG Köln MMR 2006, 412, 414.
- 698 *B. Arnold/T. Timmann*, MMR 2008, 286, 287; *B. Arnold*, Die Gefahr von Urheberrechtsverletzungen durch Umgehungsmittel, S. 70 ff.; *P. Wand*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, S. 104.
- 699 *Schricker/Loewenheim/Götting*, § 95a UrhG, Rn. 37; *Loewenheim/Peukert*, § 34, Rn. 29; *G. Gebhardt*, ZUM 2003, 1022, 1024; *B. Barnitzke*, K&R 2011, 329, 330; *B. Arnold*, Die Gefahr von Urheberrechtsverletzungen durch Umgehungsmittel, S. 76, Fn. 504.
- 700 *Schricker/Loewenheim/Götting*, § 95a UrhG, Rn. 33.
- 701 *Dreier/Schulze*, § 95a UrhG, Rn. 17.
- 702 *F. Hänel*, Die Umsetzung des Art. 6 Info-RL ins deutsche Recht, S. 159.
- 703 *F. Hänel*, Die Umsetzung des Art. 6 Info-RL ins deutsche Recht, S. 162.
- 704 HK-UrhR/Dreyer, § 95a UrhG, Rn. 98.
- 705 *C. Arlt*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.7, Rn. 69; *F. Hänel*, Die Umsetzung des Art. 6 Info-RL ins deutsche Recht, S. 165.
- 706 HK-UrhR/Dreyer, § 95a UrhG, Rn. 93.
- 707 AG Köln BeckRS 2007, 18055; LG Köln MMR 2006, 412; BGH GRUR 2008, 996 (Clone-CD); ähnliche Sachverhalte lagen den Entscheidungen LG München I ZUM-RD 2008, 262 (DVD-Ripper) und AG München CR 2007, 816 (Ripp-Paket) zu Grunde.
- 708 *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst*, § 95a UrhG, Rn. 67; *Schricker/Loewenheim/Götting*, § 95a UrhG, Rn. 23.
- 709 *Loewenheim/Peukert*, § 34, Rn. 18.
- 710 Ebenso LG Köln MMR 2006, 412, 415 f.; BGH GRUR 2008, 996, 997 (Clone-CD).
- 711 LG Köln MMR 2006, 412, 415.
- 712 AG Köln, Urteil vom 6. April 2005, Az.: 113 C 463/04.
- 713 LG Köln MMR 2006, 412, 415; BGH GRUR 2008, 996, 997 (Clone-CD).
- 714 LG Köln MMR 2006, 412, 415.
- 715 *O. Spieker*, GRUR 2004, 475, 479.
- 716 LG Köln MMR 2006, 412, 416.
- 717 LG Köln MMR 2006, 412, 416 f.
- 718 *O. Spieker*, GRUR 2004, 475, 479.

- 719 BGH GRUR 2008, 996, 998 (Clone-CD).
- 720 RGZ 110, 176 (King Edward).
- 721 RGZ 40, 78 (Trockenapparat).
- 722 BGH GRUR 1971, 78 (Dia-Rähmchen V).
- 723 OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2006, 39, 42 (Kaffee-Filterpads).
- 724 LG Düsseldorf Mitt. 2000, 108 (WC-Körbchen II).
- 725 OLG Hamm GRUR 1938, 725 (Zeppelin in Tropfenform).
- 726 RG GRUR 1940, 41 (Singer).
- 727 Grundlegend BGH GRUR 2002, 618 (Meißner Dekor).
- 728 BGH GRUR 2007, 890 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 729 BGH GRUR 2010, 616, 618 f. ([marions-kochbuch.de](http://marions-kochbuch.de)); ähnlich OLG Hamburg ZUM 2009, 642 (Pixum).
- 730 BGH GRUR 2009, 597 (Halzband).
- 731 BGH GRUR 2009, 1142 (MP3-Player-Import).
- 732 *J. Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, S. 427; MüKo-UWG/*Fritzsche*, § 8 UWG, Rn. 229.
- 733 BGH GRUR 1999, 418, 419 (Möbelklassiker); BGH GRUR 2001, 1038, 1039 ([ambiente.de](http://ambiente.de)); BGH GRUR 2002, 618, 619 (Meißner Dekor); BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708, 711 (Internetversteigerung II); BGH GRUR 2008, 702, 706 (Internetversteigerung III); BGH GRUR 2009, 841, 843 (Cybersky); BGH GRUR 2010, 633, 634 f. (Sommer unseres Lebens); BGH GRUR 2011, 152, 155 f. (Kinderhochstühle im Internet).
- 734 BGH GRUR 2002, 618, 619 (Meißner Dekor).
- 735 *B. Mugdan*, Band III, S. 237.
- 736 RGZ 92, 22, 25; RGZ 155, 316, 319; RGZ 159, 129, 136; BGH NJW 1956, 382.
- 737 BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2008, 702, 706 (Internetversteigerung III).
- 738 OLG Köln MMR 2002, 110, 112 (Rolex).
- 739 LG München I MMR 2008, 192, 195 (Redaktioneller Hyperlink auf AnyDVD).
- 740 *E. Herrmann*, Der Störer nach § 1004 BGB, S. 38; *C. von Gierke*, WRP 1997, 892, 894.
- 741 *K. Pleyer*, AcP 156 (1957), 291, 293, Fn. 7; *E. Herrmann*, Der Störer nach § 1004 BGB, S. 38; HK-UrhR/*Meckel*, § 97 UrhG, Rn. 26.
- 742 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 361.
- 743 BGH NJW 1968, 1327, 1328.
- 744 BGH NJW-RR 1996, 659 f. (Steinschlaggefahr).
- 745 BGH NJW 1993, 1855, 1856 (Wiebke).
- 746 BGH NJW 2005, 1366, 1368 f. m.w.N.
- 747 BGH NJW 1993, 1855, 1856 (Wiebke).

- 748 BGH NJW 1993, 925, 928 f.
- 749 Vgl. MüKo/Baldus, § 1004 BGB, Rn. 67 ff. sowie die Nachweise bei *Staudinger/Gursky*, § 1004, Rn. 94, 102 ff.
- 750 *Erman/Ebbing*, § 1004 BGB, Rn. 109
- 751 *C. Volkman*, *Der Störer im Internet*, S. 61 f.
- 752 BGH GRUR 1957, 352, 353 (Taeschner/Pertussin II).
- 753 BGH GRUR 1957, 352, 353 (Taeschner/Pertussin II).
- 754 BGH NJW 2000, 2901, 2902; BGH NJW 2005, 1366, 1368; BGH NJW 2007, 432.
- 755 BGH GRUR 2002, 618 (Meißner Dekor).
- 756 *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II/2*, S. 703; *K. Pleyer*, AcP 156 (1957), 291, 293; *F. Baur*, AcP 160 (1961), 465, 466 ff.; *M. Lutter/H. Overath*, JZ 1968, 345, 347; *E. Hermann*, JuS 1994, 273, 276; vgl. auch die kritische Darstellung der herrschenden Meinung bei *E. Picker*, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, S. 30; *C. Kotz*, *Grundlagen negatorischer und quasi-negatorischer Haftung*, S. 61 ff.
- 757 *G. Wagner*, FS Medicus, 589, 600.
- 758 BGH NJW 2007, 432; BGH NJW 2005, 1366, 1367 m.w.N.; *Soergel/Münch*, § 1004 BGB, Rn. 24.
- 759 BGH NJW 2007, 432; BGH NJW 2005, 1366, 1368; BGH NJW-RR 2001, 232; BGH NJW 2000, 2901, 2902; NK-BGB/*Keukenschrijver*, § 1004 BGB, Rn. 74.
- 760 BGH NJW 2005, 1366.
- 761 BGH NJW 2005, 1366, 1368.
- 762 *E. Picker*, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*; zu seinen Befürwortern vgl. die Nachweise bei *Staudinger/Gursky*, § 1004 BGB, Rn. 97.
- 763 *E. Picker*, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, S. 49 f.; *ders.*, FS Gernhuber, 315, 332.
- 764 *E. Picker*, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, S. 50.
- 765 *E. Picker*, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, S. 130.
- 766 *E. Picker*, FS Gernhuber, 315, 321.
- 767 *E. Picker*, AcP 178 (1978), 499, 501; *Staudinger/Gursky*, § 1004 BGB, Rn. 210.
- 768 *S. Neuhaus*, *Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht*, S. 122 ff.
- 769 *C. Kotz*, *Grundlagen negatorischer und quasi-negatorischer Haftung*, S. 173 ff.
- 770 *S. Neuhaus*, *Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht*, S. 67 ff.
- 771 *S. Neuhaus*, *Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht*, S. 103 ff.
- 772 *S. Neuhaus*, *Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht*, S. 122 f.
- 773 *S. Neuhaus*, *Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht*, S. 125.
- 774 *C. Kotz*, *Grundlagen negatorischer und quasi-negatorischer Haftung*, S. 173.
- 775 *C. Kotz*, *Grundlagen negatorischer und quasi-negatorischer Haftung*, S. 174 ff.

- 776 C. Kotz, Grundlagen negatorischer und quasi-negatorischer Haftung, S. 176.
- 777 E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 50; *ders.*, AcP 176 (1976), 28, 50.
- 778 E. Picker, FS Gernhuber, 315, 343; *ders.* Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 129 f.
- 779 E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 131 ff.
- 780 E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 146 ff.
- 781 E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 146 ff.
- 782 E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 151.
- 783 E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 155.
- 784 Westermann/Gursky, Sachenrecht, S. 268.
- 785 RGZ 38, 22 (Gastwirt I).
- 786 E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 150.
- 787 E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 130.
- 788 E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 30 ff.
- 789 Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 694.
- 790 Vgl. G. Wagner, FS Medicus, 589, 595 ff., der in der Rechtsprechung zur immaterialgüterrechtlichen Störerhaftung eine Bestätigung seiner Lehre vom Verhaltensunrecht sieht.
- 791 BGH GRUR 1957, 352, 353 (Taeschner/Pertussin II).
- 792 BGH GRUR 1955, 492 (Grundig-Reporter).
- 793 BGH GRUR 1965, 104, 107 (Personalausweise); BGH GRUR 1984, 54, 55 (Kopierläden).
- 794 Zu den gemeinsamen Grundlagen der urheberrechtlichen Störerhaftung und der mittelbaren Patentverletzung vgl. auch M. Haedicke, in: M. Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 229, 232 f.
- 795 BGH GRUR 1965, 104, 107 (Personalausweise).
- 796 BGH GRUR 1955, 492, 500 f. (Grundig-Reporter); BGH GRUR 1960, 340, 344 (Werbung für Tonbandgeräte); BGH GRUR 1964, 91, 92 f. (Tonbänder-Werbung); BGH GRUR 1964, 94, 96 f. (Tonbandgeräte-Händler); BGH GRUR 1965, 104, 107 (Personalausweise); BGH GRUR 1965, 686, 687 f. (Magnettonband II); BGH GRUR 1984, 54, 56 (Kopierläden).
- 797 BGH GRUR 1997, 313, 314 (Architektenwettbewerb); BGH GRUR 1999, 418, 419 f. (Möbelklassiker); BGH GRUR 2001, 1038, 1039 ([ambiente.de](http://ambiente.de)); BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708, 711 (Internetversteigerung II); BGH GRUR 2008, 702, 706 (Internetversteigerung III); BGH GRUR 2009, 841, 843 (Cybersky); BGH GRUR 2010, 633, 634 f. (Sommer unseres Lebens); BGH GRUR 2011, 152, 155 f. (Kinderhochstühle im Internet).
- 798 OLG Köln ZUM 2007, 492, 493 (Usenet).
- 799 BGH GRUR 1972, 722 (Geschäftsaufgabe).

- 800 BGH GRUR 1972, 722 f. (Geschäftsaufgabe).
- 801 BVerfG NJW 1967, 976, 977 (Südkurier); BGH GRUR 1990, 1012, 1014 (Pressehaftung); BGH GRUR 1992, 618, 619 (Pressehaftung II); *W. Lindacher*, WRP 1987, 585 f.
- 802 BGH GRUR 1973, 203, 204 (Badische Rundschau); BGH GRUR 1993, 53, 54 (Ausländischer Inserent); BGH GRUR 1994, 454, 455 (Schlankheitswerbung), BGH GRUR 1995, 751, 752 (WSV-Werbung für Möbel).
- 803 *W. Lindacher*, WRP 1987, 585, 586; kritisch *F. Henning-Bodewig*, GRUR 1981, 867, 870 f.
- 804 BGH GRUR 1973, 203, 204 (Badische Rundschau); BGH GRUR 1990, 1012, 1014 (Pressehaftung); BGH GRUR 1992, 618, 619 (Pressehaftung II); BGH GRUR 1993, 53, 54 (Ausländischer Inserent); BGH GRUR 1994, 454, 455 (Schlankheitswerbung); BGH GRUR 1995, 751, 752 (WSV-Werbung für Möbel).
- 805 BGH GRUR 1993, 561, 562 (Produktinformation); BGH GRUR 1994, 445, 446 (Beipackzettel); BGH GRUR 1994, 819, 821 (Produktinformation II); BGH GRUR 1996, 71, 73 (Produktinformation III).
- 806 BGH GRUR 1997, 313 (Architektenwettbewerb).
- 807 BGH GRUR 1997, 313, 316 (Architektenwettbewerb).
- 808 BGH GRUR 1997, 313, 316 (Architektenwettbewerb).
- 809 BGH GRUR 1998, 418 (Möbelklassiker).
- 810 BGH GRUR 1998, 418, 419 f. (Möbelklassiker).
- 811 BGH GRUR 2003, 1035, 1036 (Hundertwasser-Haus); *Fromm/Nordemann/Dustmann*, § 16 UrhG, Rn. 10; *Dreier/Schulze*, § 16 UrhG, Rn. 11.
- 812 BGH GRUR 2001, 1038 ([ambiente.de](http://ambiente.de)).
- 813 BGH GRUR 2001, 1038, 1039 ([ambiente.de](http://ambiente.de)).
- 814 BGH GRUR 2001, 1038, 1040 ([ambiente.de](http://ambiente.de)).
- 815 *Anders F. Henning-Bodewig*, GRUR 1981, 867, 870 f.
- 816 *W. Lindacher*, WRP 1987, 585, 586.
- 817 *C. v. Gierke*, WRP 1997, 892, 895.
- 818 *MüKo/Wagner*, § 823 BGB, Rn. 18; *M. Haedicke*, GRUR 1999, 397, 399 ff.; *G. Spindler/C. Volkmann*, WRP 2003, 1, 7; *G. Spindler/M. Leistner*, GRURInt 2005, 773, 790; *M. Leistner*, GRUR 2006, 801, 807 ff.; *H. Ahrens*, WRP 2007, 1281, 1286; *G. Wagner*, FS Medicus, 589, 595 ff.; *P. Cepl*, Die mittelbare Urheberrechtsverletzung, S. 72 ff.; *A. Schilling*, Passivlegitimation im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 53 ff.; *C. v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 78 interpretiert bereits die alte Rechtsfolgenlösung als Verkehrspflichttatbestand.
- 819 BGH NJW 1996, 3205, 3207 m.w.N.; *Palandt/Sprau*, § 823 BGB, Rn. 24; *Erman/Schiemann*, § 823 BGB, Rn. 1.
- 820 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 365 f., 400 ff.; *D. Medicus/J. Petersen*,

- Bürgerliches Recht, Rn. 642 f.; *E. v. Caemmerer*, FS DJT, 49, 131.
- 821 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 366.
- 822 *K. Larenz*, FS Dölle, 169, 193 f.; *C. v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 157 ff.; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 360.
- 823 BGH NJW 1987, 2671, 2672; *Soergel/Spickhoff*, § 823 BGB, Rn. 7; *MüKo/Wagner*, § 823 BGB, Rn. 59; *Staudinger/Hager*, § 823 BGB, Rn. A7; *Erman/Schiemann*, § 823 BGB, Rn. 76.
- 824 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2, S. 69; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2, S. 171; *P. Schlechtriem*, Schuldrecht BT, Rn. 852 ff.; *W. Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, S. 75 ff.
- 825 *MüKo/Wagner*, § 823 BGB, Rn. 61; *Erman/Schiemann*, § 823 BGB, Rn. 76; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 368; *D. Medicus/J. Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 647; *D. Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 1177.
- 826 *D. Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 1177.
- 827 BGH GRUR 2011, 152, 156 (Kinderhochstühle im Internet).
- 828 Ebenso *G. Wagner*, FS Medicus, 589, 598 ff.
- 829 *MüKo/Baldus*, § 1004 BGB, Rn. 90.
- 830 *E. Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 175; *MüKo/Wagner*, § 823 BGB, Rn. 16.
- 831 *E. Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 178.
- 832 *W. Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, S. 423 f.
- 833 *C. v. Bar*, 25 Jahre Karlsruher Forum, 80 ff.; vgl. auch *W. Henckel*, AcP 174 (1974), 97, 112; *N. Jansen*, AcP 202 (2002), 517, 529 ff.
- 834 *C. v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 172.
- 835 *O. Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, S. 197, 201.
- 836 *C. v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 172 f.; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 136; kritisch *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 119 f.
- 837 BGH NJW 1986, 2757, 2758.
- 838 LG Berlin MMR 2009, 348, 350 (Bindan).
- 839 OLG München GRUR-RR 2005, 372, 375 (AnyDVD).
- 840 LG München I MMR 2008, 192, 195 (Redaktioneller Hyperlink auf AnyDVD).
- 841 *G. Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 37, 51; *E. v. Caemmerer*, FS DJT, 49, 77; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2, S. 68; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2, S. 170.
- 842 *G. Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 37.
- 843 *E. v. Caemmerer*, FS DJT, 49, 77.
- 844 *MüKo/Wagner*, § 823 BGB, Rn. 23 f.; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 110; *G. Wagner*, in: Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, 189, 249 ff.; vgl. auch die Kritik der Auffassung *G. Wagners* bei *G. Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 54 f.

- 845 Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 110.
- 846 MüKo/Wagner, § 823 BGB, Rn. 24.
- 847 R. Teschemacher, Die mittelbare Patentverletzung, S. 130.
- 848 BGH GRUR 2011, 513, 516 (AnyDVD).
- 849 W. Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, S. 423; C. Becker, FS Buchner, 53, 65.
- 850 BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708, 712 (Internetversteigerung II); BGH GRUR 2008, 702, 706 (Internetversteigerung III).
- 851 BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung).
- 852 BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung).
- 853 BGH GRUR 1989, 445, 446 (Professorenbezeichnung in der Arztwerbung); Ahrens/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, S. 739 ff.; Köhler/Bornkamm, § 8 UWG, Rn. 1.52 ff.; O. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, S. 973 ff.; MüKo-UWG/Fritzsche, § 8 UWG, Rn. 103 ff.
- 854 BGH GRUR 2007, 890 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 855 BGH GRUR 2007, 890, 895 (Jugendgefährdende Medien bei eBay); vgl. auch H. Klatt, ZUM 2009, 265, 272 ff.
- 856 Ausführlich H. Klatt, ZUM 2009, 265, 272 ff.
- 857 LG Hamburg MMR 2006, 491; LG Hamburg MMR 2007, 450; LG Hamburg MMR 2007, 726 (Mettenden).
- 858 LG Hamburg MMR 2006, 491.
- 859 LG Hamburg MMR 2006, 491, 492.
- 860 OLG Hamburg MMR 2006, 744.
- 861 LG Hamburg MMR 2007, 450.
- 862 LG Hamburg MMR 2007, 726 (Mettenden).
- 863 LG Hamburg MMR 2007, 726, 728 (Mettenden).
- 864 OLG Hamburg MMR 2009, 479.
- 865 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082 (Kinderstühle).
- 866 BGH GRUR 2011, 152 (Kinderhochstühle im Internet).
- 867 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4091 f. (Kinderstühle).
- 868 OLG Hamburg ZUM 2009, 417 (Long Island Ice Tea).
- 869 BGBI. 1997, Teil I, S. 1870.
- 870 BGBI. 2001, Teil I, S. 3721.
- 871 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“), ABl. EG, Nr. L 178/1 vom 17. Juli 2000 (Abdruck in NJW 2000, Beilage zu Heft 36).
- 872 Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. Spindler/Schuster/Hoffmann, Vorbemerkung zu den §§ 7-10 TMG, Rn. 1 ff.

- 873 *Spindler/Schuster/Hoffmann*, Vorbemerkung zu den §§ 7-10 TMG, Rn. 1.
- 874 Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung (EGG), BT-Drucksache 14/6098, S. 24 f.
- 875 Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung (EGG), BT-Drucksache 14/6098, S. 23.
- 876 MüKo/Wagner, § 823 BGB, Rn. 563 ff.; *U. Sieber/F. Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1, Rn. 25; *Spindler/Schuster/Hoffmann*, Vorbemerkung zu den §§ 7-10 TMG, Rn. 31a; *M. Hartmann*, in: *A. Wandtke*, Medienrecht, S. 1431 f.; *A. Dustmann*, Die privilegierten Provider, S. 128 ff.
- 877 *Spindler/Schuster/Hoffmann*, Vorbemerkung zu den §§ 7-10 TMG, Rn. 31a.
- 878 BGH GRUR 2004, 860, 862 f. (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708, 710 (Internetversteigerung II); BGH GRUR 2007, 724, 725 (Meinungsforum); BGH GRUR 2007, 890, 891 f. (Jugendgefährdende Medien bei eBay); BGH GRUR 2008, 702, 705 (Internetversteigerung III).
- 879 BGH GRUR 2004, 860, 862 f. (Internetversteigerung).
- 880 BGH GRUR 2004, 860, 862 (Internetversteigerung).
- 881 *K. Sessinghaus*, WRP 2005, 697, 702; *J. Witzmann*, MMR 2009, 129, 130.
- 882 BGH GRUR 2007, 890, 892 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 883 *Spindler/Schuster/Hoffmann*, § 7 TMG, Rn. 31.
- 884 BGH GRUR 2007, 890, 894 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 885 *Spindler/Schuster/Hoffmann*, § 7 TMG, Rn. 35 ff.; *T. Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, Rn. 69; *A. Tettenborn/G. Bender/N. Lübben/J. Karenfort*, BB 2001, Beilage 10 zu Heft 50, S. 34.
- 886 Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung (EGG), BT-Drucksache 14/6098, S. 23.
- 887 So *C. Volkmann*, Der Störer im Internet, S. 105 ff.; *T. Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, Rn. 68 ff.; *U. Sieber/F. Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1, Rn. 51; *M. Hartmann*, in: *A. Wandtke*, Medienrecht, S. 1445 f.
- 888 *A. Tettenborn/G. Bender/N. Lübben/J. Karenfort*, BB 2001, Beilage 10 zu Heft 50, S. 34.
- 889 BGH GRUR 2007, 890, 895 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 890 *Mark. Rössel/Mart. Rössel*, CR 2005, 809, 814; *C. Lehment*, WRP 2003, 1058, 1063 f.; *K. Sessinghaus*, WRP 2005, 697, 702.
- 891 *A. Berger/R. Janal*, CR 2004, 917, 919 f.
- 892 Begründung zum Richtlinien-Vorschlag der Kommission, KOM (1998) 586 endgültig, S. 33.
- 893 *C. Volkmann*, CR 2003, 440, 442 f.; *D. Rücker*, CR 2005, 347, 351 f.; *S. Sobola/K. Kohl*, CR 2005, 443, 449; *S. Leible/O. Sosnitza*, NJW 2007, 3324; *P. Breyer*, MMR 2009, 14, 15.
- 894 BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708, 712

- (Internetversteigerung II); OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4093 (Kinderstühle); OLG Hamburg NJOZ 2008, 4927, 4958 (Rapidshare).
- 895 BVerfG NJW 1967, 195; *Zöller/Stöber*, § 890 ZPO, Rn. 5.
- 896 *C. Volkmann*, CR 2003, 440, 443 f.
- 897 Begründung des Gesetzesentwurfes des Bundesregierung (ElGVG), BT-Drucksache 16/3078, S. 11.
- 898 OLG Hamm MDR 1977, 843 m.w.N.
- 899 *C. v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 83 ff.
- 900 BGH NJW 1992, 560 (Kindertee I); BGH NJW 1999, 2815 (Papierreißwolf); *Soergel/Krause*, § 823 BGB, Anh III, Rn. 21 ff.
- 901 BGH GRUR 1955, 492, 500 f. (Grundig-Reporter); BGH GRUR 1960, 340, 344 (Werbung für Tonbandgeräte); BGH GRUR 1964, 91, 92 f. (Tonbänder-Werbung); BGH GRUR 1964, 94, 96 f. (Tonbandgeräte-Händler); BGH GRUR 1965, 104, 107 (Personalausweise); BGH GRUR 1965, 686, 687 f. (Magnettonband II).
- 902 BGH GRUR 1984, 54, 56 (Kopierläden).
- 903 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4927, 4947 (Rapidshare); OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957, 4973 (Rapidshare II).
- 904 BGH GRUR 2011, 152 (Kinderhochstühle im Internet).
- 905 OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 148 (Cybersky); BGH GRUR 2009, 841 (Cybersky).
- 906 BGH GRUR 2009, 841, 844 (Cybersky).
- 907 OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 148, 153 (Cybersky); BGH GRUR 2009, 841, 844 (Cybersky).
- 908 BGH GRUR 2009, 841, 844 (Cybersky).
- 909 *C. v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 92; vgl. auch OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957, 4970 (Rapidshare II): „Die wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht bzw. die Störerverantwortlichkeit eines Telediensteanbieters konkretisiert sich als Prüfungspflicht.“
- 910 BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708, 712 (Internetversteigerung II); BGH GRUR 2007, 890, 894 f. (Jugendgefährdende Medien bei eBay); BGH GRUR 2008, 702, 706 (Internetversteigerung III).
- 911 BGH GRUR 2011, 152, 155 (Kinderhochstühle im Internet).
- 912 LG Hamburg ZUM-RD 2011, 494, 499; LG Hamburg ZUM-RD 2011, 506, 510; a.A. OLG Düsseldorf MMR 2010, 702, 703 (Rapidshare II).
- 913 OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957, 4973 (Rapidshare II).
- 914 EuGH MMR 2011, 596, 605, Rn. 142 (L'Oréal/eBay), dazu *V. Jänich*, MarkenR 2011, 293, 294.
- 915 Zu der folgenden Abgrenzung auch OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957, 4977 ff. (Rapidshare II).
- 916 Rapidshare fordert mittlerweile (in Reaktion auf die Rechtsprechung des

- Hanseatischen Oberlandesgerichts?) eine Registrierung mit Benutzername und Email-Adresse.
- 917 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4927, 4955 (Rapidshare).
- 918 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4927, 4953 ff. (Rapidshare); OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957, 4976 ff.
- 919 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4927, 4961 (Rapidshare); OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957, 4976 (Rapidshare II).
- 920 Kritisch *P. Breyer*, MMR 2009, 14, 16 f.; *ders.*, MMR 2010, 55.
- 921 BGBl. 1997, Teil I, S. 1870, 1871.
- 922 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (ElGvG), BT-Drucksache 16/3078, 15.
- 923 *P. Meyerdierks*, MMR 2009, 8, 9.
- 924 Vgl. eine ähnliche Konstellation in AG Berlin Mitte ZUM 2008, 83 f.
- 925 *Spindler/Schuster/Spindler/Nink*, § 11 TMG, Rn. 5.
- 926 *Gola/Klug/Körffler/Schomerus*, § 3 BDSG, Rn. 6.
- 927 *Gola/Klug/Körffler/Schomerus*, § 3 BDSG, Rn. 10.
- 928 Zugangsvermittler wie T-Online, AOL, Arcor oder Hansenet.
- 929 *P. Meyerdierks*, MMR 2009, 8, 10.
- 930 AG Berlin Mitte ZUM 2008, 83; *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert*, § 3 BDSG, Rn. 13; *P. Breyer*, MMR 2009, 14, 16; *I. Pahlen-Brandt*, DuD 2008, 34 ff.
- 931 OLG München, Beschluss vom 4. Juli 2011, Az.: 6 W 496/11; OLG Hamburg MMR 2011, 281; LG Frankenthal MMR 2008, 687, 688 f.; AG München K&R 2008, 767 f.; *Gola/Klug/ Körffler/Schomerus*, § 3 BDSG, Rn. 10; *Schaffland/Wiltfang*, § 3 BDSG, Rn. 17; *Simitis/Dammann*, § 3 BDSG, Rn. 32 ff.; *Spindler/Schuster/Spindler/Nink*, § 11 TMG, Rn. 5b; *P. Meyerdierks*, MMR 2009, 8, 9 ff.; *S. Krüger/S. Maucher*, MMR 2011, 433, 436 ff.; *J. Eckhardt*, CR 2011, 339, 342 ff.
- 932 BGH MMR 2011, 341.
- 933 BGH MMR 2011, 341, 344.
- 934 *M. Karg*, MMR 2011, 345 f.
- 935 *S. Krüger/S. Maucher*, MMR 2011, 433, 436.
- 936 BGH GRUR 2010, 633, 635 (Sommer unseres Lebens).
- 937 *M. Karg*, MMR 2011, 345 f.
- 938 BGH MMR 2011, 341, 344.
- 939 § 113a TKG ist in seiner geltenden Fassung unvereinbar mit Art. 10 Abs. 1 GG und nichtig gemäß BVerfG MMR, 2010, 356. Die Zukunft der Vorratsdatenspeicherung ist derzeit ungewiss. Drei Ebenen lassen sich unterscheiden: Auf nationaler Ebene wird nach einer Regelung gesucht, die sowohl den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts als auch der europäischen Richtlinie genügt. Bundesjustizministerin *S. Leutheusser-Schnarrenberger* befürwortet ein

„Quick-Freeze-Verfahren“ wonach Verkehrsdaten von verdächtigen Personen gesichert („eingefroren“) und später mit richterlicher Genehmigung zu Ermittlungszwecken wieder „aufgetaut“ werden (vgl. [http://www.bmj.de/DE/Buerger/digitaleWelt/QuickFreeze/quickfreeze\\_node.html](http://www.bmj.de/DE/Buerger/digitaleWelt/QuickFreeze/quickfreeze_node.html) sowie den Diskussionsentwurf vom 7. Juni 2011 unter [http://wiki.vorratsdatenspeicherung.de/images/DiskE\\_.pdf](http://wiki.vorratsdatenspeicherung.de/images/DiskE_.pdf)). Zweitens droht ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen fehlender Umsetzung der geltenden Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung. Drittens soll auch die europäische Richtlinie überarbeitet werden.

- <sup>940</sup> Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl. EG, Nr. L 105/54 vom 13. April 2006.
- <sup>941</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG, Nr. 281/31 vom 23. November 1995.
- <sup>942</sup> Ebenso *J. Köcher*, MMR 2007, 800 f.; *J. Eckhardt*, K&R 2008, 768 f.; *P. Meyerdierks*, MMR 2009, 8, 12.
- <sup>943</sup> OLG Hamburg NJOZ 2008, 4927, 4957 (Rapidshare); OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957, 4979 (Rapidshare II).
- <sup>944</sup> *Spindler/Schuster/Spindler/Nink*, § 13 TMG, Rn. 10.
- <sup>945</sup> *MüKo/Wagner*, § 823 BGB, Rn. 628 ff.; *Soergel/Krause*, § 823 BGB, Anh III, Rn. 17 f.
- <sup>946</sup> OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 148, 153 (Cybersky).
- <sup>947</sup> BGH GRUR 2009, 841, 844 (Cybersky).
- <sup>948</sup> BGH GRUR 2009, 841, 844 (Cybersky).
- <sup>949</sup> EuGH MMR 2011, 596, 605, Rn. 142 (L’Oréal/eBay).

- 950 BGH GRUR 1965, 104, 107 (Personalausweise).
- 951 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4927, 4954 f. (Rapidshare).
- 952 BGH GRUR 1965, 104, 108 (Personalausweise).
- 953 Aus jüngerer Zeit vgl. *N. Flechsig*, FS Loewenheim, 97 ff.; *M. Schröder*, MMR 2010, 486, 487; *A. Roßnagel/S. Jandt/C. Schnabel*, MMR 2010, 8 ff.; *U. Gabriel/S. Albrecht*, ZUM 2010, 392, 396 f.
- 954 BGBI. 2008, Teil I, S. 1191.
- 955 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EG, Nr. L 157/45 vom 2. Juni 2004.
- 956 *Dreier/Schulze*, § 97 UrhG, Rn. 78 ff.
- 957 *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 101 UrhG, Rn. 4; *Dreier/Schulze*, § 101 UrhG, Rn. 39.
- 958 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucksache 16/5048, S. 38; a.A. *HK-UrhR/Meckel*, § 101 UrhG, Rn. 5.
- 959 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucksache 16/5048, S. 38.
- 960 Hierzu *G. Spindler*, ZUM 2008, 640, 642.
- 961 OLG Frankfurt a.M. ZUM 2008, 230; LG Hamburg ZUM 2009, 587; LG Kiel MMR 2008, 123; LG Düsseldorf MMR 2008, 189; LG Düsseldorf ZUM 2008, 349; *Dreier/Schulze*, § 97 UrhG, Rn. 34; a. A. LG Köln GRUR-RR 2008, 191.
- 962 Im Ergebnis ebenso *P. Breyer*, MMR 2009, 14, 18.
- 963 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucksache 16/3078, S. 16.
- 964 *Spindler/Schuster/Spindler/Nink*, § 14 TMG, Rn. 6 ff.
- 965 *G. Spindler*, in: *M. Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 212, 226 ff.; ähnlich zum allgemeinen Vorfeldschutz im Wettbewerbsrecht *H. Köhler*, GRUR 2008, 1, 4 f.
- 966 *G. Spindler*, in: *M. Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 212, 227.
- 967 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes, BT-Drucksache 16/11173.
- 968 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), BT-Drucksache 16/13278 und Plenarprotokoll 16/227, S. 25250 ff.
- 969 OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957, 4974 f. (Rapidshare II).
- 970 BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708, 712 (Internetversteigerung II); BGH GRUR 2007, 890, 894 (Jugendgefährdende Medien bei eBay); BGH GRUR 2009, 841, 844 (Cybersky); BGH GRUR 2011, 152, 155 (Kinderhochstühle im Internet); OLG Hamburg NJOZ 2008, 4927 (Rapidshare); OLG Düsseldorf MMR 2010, 483, 484 (Rapidshare).

- 971 BGH GRUR 2009, 841, 844 (Cybersky).
- 972 Dafür OLG Düsseldorf MMR 2010, 483, 484 (Rapdishare); dagegen OLG Hamburg NJOZ 2008, 4927 (Rapdishare).
- 973 *S. Leutheusser-Schnarrenberger*, Berliner Rede zum Urheberrecht vom 14. Juni 2010.
- 974 *M. Schröder*, MMR 2010, 486 f.
- 975 *M. Haedicke*, Patente und Piraten, S. 43.
- 976 *M. Haedicke*, Patente und Piraten, S. 40.
- 977 BGH GRUR 2001, 1038, 1040 f. ([ambiente.de](http://ambiente.de)).
- 978 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4090 (Kindrstühle).
- 979 Hierzu *R. Danckwerts*, GRUR-Prax 2011, 319071.
- 980 OLG Düsseldorf MMR 2010, 483, 484 (Rapdishare).
- 981 OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957, 4979 (Rapdishare II).
- 982 *T. Wilmer*, NJW 2008, 1845, 1849.
- 983 OLG Köln GRUR-RR 2008, 35, 36 (Sharehoster-Haftung); OLG Düsseldorf MMR 2010, 483, 484 (Rapidshare).
- 984 OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957 (Rapdishare II).
- 985 BGH GRUR 2009, 841 (Cybersky).
- 986 BGH GRUR 2009, 841 (Cybersky).
- 987 OLG Hamburg MMR 2009, 405 (Alphaload).
- 988 OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957 (Rapidshare II).
- 989 Ähnlich *V. Jänich*, MarkenR 2011, 293.
- 990 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4099 (Kinderstühle).
- 991 *G. Spindler*, GRUR 2011, 101, 108.
- 992 BGH GRUR 2009, 597 (Halzband).
- 993 BGH GRUR 2009, 597 (Halzband).
- 994 BGH GRUR 2009, 597, 598 (Halzband).
- 995 BGH GRUR 2009, 597, 598 (Halzband).
- 996 BGH GRUR 2009, 597, 599 (Halzband).
- 997 *Mark. Rössel*, CR 2009, 453, 454; *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 200 ff.
- 998 Ebenso *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 6 f.
- 999 BGH MMR 2011, 447; zustimmend *G. Borges*, NJW 2011, 2400, 2403.
- 1000 BGH MMR 2011, 447, 449.
- 1001 BGH GRUR 2009, 597, 598 (Halzband).
- 1002 BGH GRUR 2002, 618 (Meißner Dekor).
- 1003 RGZ 38, 22 (Gastwirt I).
- 1004 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870 für den

- Norddeutschen Bund (BGBl. 1870, S. 339); vom Deutschen Reich gemäß § 2 des Reichsgesetzes vom 16. April 1871 (BGBl. 1871, S. 63) übernommen.
- 1005 RGZ 38, 22, 24 (Gastwirt I).
- 1006 RGSt 41, 287, 289 zitierte RGZ 38, 22 (Gastwirt I); RGZ 78, 84, 86 (Gastwirt II) zitierte RGSt 41, 287.
- 1007 RGSt 41, 287.
- 1008 RGSt 41, 287, 292.
- 1009 RGZ 78, 84 (Gastwirt II).
- 1010 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. Juni 1901 (RGBl. 1901, S. 227); § 37 S. 1 LUG bestimmte: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig unter Verletzung der ausschließlichen Befugnis des Urhebers ein Werk öffentlich aufführt oder öffentlich vorträgt, ist dem Berechtigten zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“
- 1011 RGZ 78, 84, 86 (Gastwirt II).
- 1012 RGZ 78, 84, 87 (Gastwirt II).
- 1013 BGH GRUR 1956, 515, 516 (Tanzkurse); BGH GRUR 1960, 253, 255 (Autoscooter); BGH GRUR 1962, 256, 258 (Im weißen Rößl).
- 1014 BGH GRUR 1956, 515, 516 (Tanzkurse).
- 1015 Kammergericht GRUR 1959, 150 (Musikbox-Aufsteller).
- 1016 OLG Hamburg GRUR 2001, 832, 834 (Tourneeveranstalter); LG Düsseldorf ZUM-RD 2011, 105, 106.
- 1017 BGH GRUR 1972, 141 (Konzertveranstalter).
- 1018 BGH GRUR 1972, 141, 142 (Konzertveranstalter).
- 1019 OLG Hamburg GRUR 2001, 832 (Tourneeveranstalter).
- 1020 OLG Hamburg GRUR 2001, 832, 834 (Tourneeveranstalter); ebenso LG Düsseldorf ZUM-RD 2011, 105, 107.
- 1021 LG Köln ZUM 2011, 268 f.
- 1022 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4927, 4953 ff. (Rapidshare); OLG Hamburg NJOZ 2009, 4957, 4976 ff. (Rapidshare II).
- 1023 EuGH MMR 2011, 596, 605, Rn. 142 (L'Oréal/eBay).
- 1024 BGH GRUR 2002, 618 (Meißner Dekor).
- 1025 BGH GRUR 2010, 616, 618 f. (marions-kochbuch.de); OLG Hamburg ZUM 2009, 642 (Pixum); LG Köln ZUM-RD 2008, 437; LG Hamburg MMR 2010, 833 (YouTube); abgelehnt in OLG Hamburg MMR 2009, 479 (Mettenden); OLG Hamburg MMR 2011, 49 (sevenload); zu einer wettbewerbsrechtlichen Konstellation: BGH GRUR 2008, 534, 536 (ueber18.de).
- 1026 BGH GRUR 2010, 616, 618 (marions-kochbuch.de).
- 1027 OLG Hamburg ZUM 2009, 642, 644 (Pixum).
- 1028 BGH GRUR 2010, 616, 618 f. (marions-kochbuch.de).
- 1029 LG Köln ZUM-RD 2008, 437, 439.

- 1030 LG Hamburg MMR 2010, 833 ff. (YouTube); kritisch *P. Christiansen*, MMR 2010, 835 ff.; *M. Klingebiel*, CR 2010, 823 ff.
- 1031 OLG Hamburg ZUM 2009, 642, 644 ff. (Pixum).
- 1032 BT-Drucksache 13/7385, S. 19.
- 1033 OLG Köln MMR 2002, 548 (Steffi Graf).
- 1034 *G. Spindler*, NJW 1997, 3193, 3196; *U. Sieber*, MMR-Beil. 1999, 1, 12 f.; *S. Freytag*, ZUM 1999, 185, 191; ebenso OLG Hamburg ZUM 2009, 642, 644 (Pixum).
- 1035 Vgl. *Spindler/Schuster/Hoffmann*, § 7 TMG, Rn. 20 f.; *J. Roggenkamp*, K&R 2010, 499;
- 1036 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“), ABl. EG, Nr. L 178/1 vom 17. Juli 2000 (Abdruck in NJW 2000, Beilage zu Heft 36).
- 1037 EuGH MMR 2011, 596, 605, Rn. 123 f. (L’Oréal/eBay).
- 1038 Hierzu auch *S. Freytag*, GRUR-Prax 2010, 355.
- 1039 *P. Christiansen*, MMR 2010, 835, 836.
- 1040 Kritisch auch *M. Leistner*, GRUR-Beilage, 2010, 1, 24.
- 1041 *P. Christiansen*, MMR 2010, 835, 836.
- 1042 EuGH MMR 2011, 596, 603, Rn. 123 f. (L’Oréal/eBay).
- 1043 BGH GRUR 2010, 616, 618 (marions-kochbuch.de).
- 1044 *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 25 („vollkommen verfehlte Anreizstruktur“).
- 1045 Vgl. nur BGH GRUR 2011, 152, 154 (Kinderhochstühle im Internet).
- 1046 BGH NJW 1998, 377, 382 (Gewerbepark); *Soergel/Krause*, § 830 BGB, Rn. 4; *Staudinger/Eberl-Borges*, § 830 BGB, Rn. 11; *MüKo/Wagner*, § 830 BGB, Rn. 11; *RGRK/Steffen*, § 830 BGB, Rn. 3 ff.; *W. Fikentscher/A. Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 1678; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2, S. 228.
- 1047 BGHZ 17, 327, 333; *MüKo/Wagner*, § 830 BGB, Rn. 11; *Staudinger/Belling/Eberl-Borges*, § 830 BGB, Rn. 11; *RGRK/Steffen*, § 830 BGB, Rn. 3 ff.
- 1048 *Schönke/Schröder/Heine*, § 25 StGB, Rn. 63 ff.
- 1049 Ebenso *H. Friedemann*, Das Verhältnis der mittelbaren Patentverletzung zur Täterschaft und Teilnahme im Zivilrecht, S. 153 f.; *G. Rauh*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 39 ff.
- 1050 RGSt 8, 42, 43; BGH NStZ 1985, 70, 71; *LK/Schünemann*, § 25 StGB, Rn. 173; *Schönke/Schröder/Heine*, § 25 StGB, Rn. 71.
- 1051 RGZ 86, 412, 418 (Cereisen); OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4101 (Kinderstühle); *O. Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, S. 188; *U. Fitzner*, Mitt. 2008, 243, 246 f.

- 1052 *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, S. 670; *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 22.
- 1053 RGZ 86, 412, 418 (Cereisen).
- 1054 BGH GRUR 1955, 351, 354 (GEMA).
- 1055 OLG Jena GRUR-RR 2009, 104, 105 (Prolac).
- 1056 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4101 (Kinderstühle).
- 1057 SK/Hoyer, § 25 StGB, Rn. 94.
- 1058 *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 30; zum Streitstand *Schönke/Schröder/Heine*, § 25 StGB, Rn. 15.
- 1059 *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, S. 670 m.w.N.
- 1060 LK/Schünemann, § 25 StGB, Rn. 138 ff.
- 1061 LK/Schünemann, § 25 StGB, Rn. 133 ff.
- 1062 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4101 (Kinderstühle).
- 1063 BGH GRUR 2004, 860, 863 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708, 710 (Internetversteigerung II); BGH GRUR 2008, 702, 704 (Internetversteigerung III).
- 1064 BGH GRUR 2008, 702, 704 f. (Internetversteigerung III).
- 1065 *J. Witzmann*, MMR 2009, 129, 131.
- 1066 *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 19.
- 1067 BGH GRUR 2004, 860, 863 (Internetversteigerung); *Ströbele/Hacker/Hacker*, § 14 MarkenG, Rn. 45.
- 1068 LG Berlin CR 2002, 371, 372.
- 1069 *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, S. 670.
- 1070 *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 106 ff.
- 1071 *C. Schramm*, Grundlagenforschung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechtes, S. 419 ff.
- 1072 *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. StGB, Rn. 127.
- 1073 *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. StGB, Rn. 131.
- 1074 *C. Lehment*, GRUR 2005, 210, 214.
- 1075 MüKo-StGB/Joecks, § 28 StGB, Rn. 4 f.
- 1076 *Schönke/Schröder/Heine*, § 28 StGB, Rn. 15 ff.
- 1077 *Schönke/Schröder/Heine*, § 26 StGB, Rn. 5; *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 153.
- 1078 Schweizerisches Bundesgericht GRURInt 2004, 971, 973 (Stickmaschine).
- 1079 United States District Court, Southern District of California, Case No. 11cv0191-IEG (BLM).
- 1080 *Schönke/Schröder/Heine*, § 26 StGB, Rn. 7; *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 149.
- 1081 *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 172.
- 1082 *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, S. 688.
- 1083 BGH NJW 1996, 2517, 2518; BGH NStZ 2002, 145, 146; LK/Schünemann, § 27

- StGB, Rn. 56.
- 1084 Zum Streitstand, SK/Hoyer, § 27 StGB, Rn. 3 ff.; Jeschek/Weigend, Strafrecht AT, S. 693 ff.
- 1085 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4090 (Kinderstühle); zustimmend P. Breyer, MMR 2009, 14, 18.
- 1086 BGH GRUR 2011, 152, 154 (Kinderhochstühle im Internet).
- 1087 W. Klosterfelde, Sicherungspflichten der Hersteller von Magnettonbandgeräten und Tonbändern sowie der Einzelhändler in Hinblick auf private Urheberrechtsverletzungen der Käufer, S. 32 ff.
- 1088 W. Klosterfelde, Sicherungspflichten der Hersteller von Magnettonbandgeräten und Tonbändern sowie der Einzelhändler in Hinblick auf private Urheberrechtsverletzungen der Käufer, S. 36 f.
- 1089 Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 401 f.; C. v. Bar, Verkehrspflichten, S. 157.
- 1090 Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 402.
- 1091 Zum Strafrecht: Schönke/Schröder/Stree/Bosch, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. StGB, Rn. 158; zum Zivilrecht: Staudinger/Hager, § 823 BGB, Rn. H 6; Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 40.
- 1092 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4090 (Kinderstühle).
- 1093 Staudinger/Hager, § 823 BGB, Rn. H 6; Soergel/Spickhoff, § 823 BGB, Rn. 16; Jauernig/Teichmann, § 823 BGB, Rn. 30; Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 40.
- 1094 Zum Streitstand C. Roxin, Strafrecht AT II, S. 639 ff.
- 1095 Jeschek/Weigend, Strafrecht AT, S. 618 f.
- 1096 Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 270 f.
- 1097 Schönke/Schröder/Stree/Bosch, § 13 StGB, Rn. 61; MüKo-StGB/Freund, Vorbemerkung zu den §§ 13 ff. StGB, Rn. 308 ff.; Lackner/Kühl, Vorbemerkung zu den §§ 13 ff. StGB, Rn. 12; T. Fischer, Vor § 13 StGB, Rn. 39.
- 1098 BGH NStZ 1985, 26, 27 m.w.N.
- 1099 C. Roxin, Strafrecht AT II, S. 644 ff.
- 1100 BGH NJW 2000, 3010 m.w.N.; ausführlich zum Streitstand Schönke/Schröder/Heine, § 27 StGB, Rn. 5 ff.
- 1101 BGH NJW 1953, 1838.
- 1102 W. Klosterfelde, Sicherungspflichten der Hersteller von Magnettonbandgeräten und Tonbändern sowie der Einzelhändler in Hinblick auf private Urheberrechtsverletzungen der Käufer, S. 40 f.
- 1103 LK/Schünemann, § 27 StGB, Rn. 54.
- 1104 OLG München GRUR-RR 2009, 85, 89 f. (AnyDVD II).
- 1105 LK/Vogel, § 15 StGB, Rn. 38.
- 1106 BGH NJW 1992, 2014, 2016; Staudinger/Löwisch/Caspers, § 276, Rn. 25 ff.; Soergel/Wolf, § 276, Rn. 55 ff.; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, S. 80 f.; W. Fikentscher/A. Heinemann, Schuldrecht, Rn. 649.

- 1107 BGH NJW 1962, 910, 911; *Staudinger/Löwisch/Caspers*, § 276, Rn. 27; *Soergel/Wolf*, § 276, Rn. 55; *MüKo/Grundmann*, § 276 BGB, Rn. 159.
- 1108 *Staudinger/Löwisch/Caspers*, § 276, Rn. 27.
- 1109 OLG München GRUR-RR 2009, 85, 89 f. (AnyDVD II).
- 1110 SK/Hoyer, § 27 StGB, Rn. 34; *Soergel/Krause*, § 830 BGB, Rn. 8.
- 1111 AG Düsseldorf ZUM-RD 2008, 216, 218.
- 1112 BGH GRUR 2007, 708, 710 (Internetversteigerung II); OLG Köln GRUR-RR 2008, 35, 36 (Sharehoster-Haftung).
- 1113 BGH NJW 1996, 2517 f.; *Lackner/Kühl*, § 27 StGB, Rn. 7; *Schönke/Schröder/Heine*, § 27 StGB, Rn. 19; *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 225 ff.
- 1114 SK/Hoyer, § 27 StGB, Rn. 34.
- 1115 BGH NJW 1982, 2453, 2454; ebenso *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, S. 695.
- 1116 BGH GRUR 2007, 708, 710 (Internetversteigerung II); beipflichtend *J. Hofmeister*, Mitt. 2008, 63, 64.
- 1117 BGH GRUR 2008, 810, 814 (Kommunalversicherer).
- 1118 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4104 (Kinderstühle).
- 1119 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4104 (Kinderstühle).
- 1120 OLG Köln GRUR-RR 2008, 35, 36 (Sharehoster-Haftung).
- 1121 AG Düsseldorf ZUM-RD 2008, 216.
- 1122 AG Düsseldorf ZUM-RD 2008, 216, 217.
- 1123 OLG Düsseldorf MMR 2010, 483, 484 (Rapidshare).
- 1124 LK/Schünemann, § 27 StGB, Rn. 17.
- 1125 *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 206.
- 1126 *T. Fischer*, § 27 StGB, Rn. 17.
- 1127 Überblick bei SK/Hoyer, § 27 StGB, Rn. 24 ff.; *Schönke/Schröder/Heine*, § 27 StGB, Rn. 10b; *MüKo-StGB/Joecks*, § 27 StGB, Rn. 54 ff.
- 1128 *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 206 ff.
- 1129 BGH NStZ 2000, 34.
- 1130 AG Düsseldorf ZUM-RD 2008, 216, 217.
- 1131 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4103 ff. (Kinderstühle).
- 1132 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 568; ausführlich und kritisch *J. v. Hein*, AcP 204 (2004), 761, 786 ff.
- 1133 *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 25 f.
- 1134 *O. Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, S. 535 ff.; *Köhler/Bornkamm*, § 12 UWG, Rn. 1.12 ff.; *Ahrens/Deutsch*, Der Wettbewerbsprozess, S. 21 ff.
- 1135 BGBI. 2008, Teil I, S. 1191.
- 1136 Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache 16/5048, S. 48 f.
- 1137 Für das Patentrecht: *Schulte/Kühnen*, § 139 PatG, Rn. 187 ff.; für das Markenrecht:

- Schultz/Schweyer*, § 14 MarkenG, Rn. 275 ff.; *HK-MarkenR/Ekey*, § 14 MarkenG, Rn. 334 ff.
- 1138 *O. Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, S. 544; *Köhler/Bornkamm*, § 12 UWG, Rn. 1.4 und 1.8.
- 1139 *LK/Vogel*, § 15 StGB, Rn. 52.
- 1140 *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19 MarkenG, Rn. 211 ff.; *Schulte/Kühnen*, § 139 PatG, Rn. 172 ff.
- 1141 Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung (EGG), BT-Drucksache 14/6098, S. 23.
- 1142 *A. Lubberger*, MarkenR 2006, 515, 517.
- 1143 BGH GRUR 2007, 890, 895 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 1144 BGH GRUR 2004, 860 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708 (Internetversteigerung II); BGH GRUR 2008, 702 (Internetversteigerung III).
- 1145 BGH GRUR 2011, 152 (Kinderhochstühle im Internet).
- 1146 BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708 (Internetversteigerung II).
- 1147 AG Düsseldorf ZUM-RD 2008, 216, 217; OLG Köln GRUR-RR 2008, 35, 36 (Sharehoster-Haftung); LG Düsseldorf ZUM 2008, 338, 340.
- 1148 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4103 (Kinderstühle).
- 1149 Ebenso *C. Lehment*, GRUR 2005, 210, 211; *ders.*, GRUR 2007, 713.
- 1150 BGH GRUR 1989, 445, 446 (Professorenbezeichnung in der Arztwerbung); *Ahrens/Ahrens*, Der Wettbewerbsprozess, S. 739 ff.; *Köhler/Bornkamm*, § 8 UWG, Rn. 1.52 ff.; *O. Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, S. 973 ff.; *MüKo-UWG/Fritzsche*, § 8 UWG, Rn. 103 ff.
- 1151 *J. Witzmann*, MMR 2009, 129, 130.
- 1152 *LK/Vogel*, § 15 StGB, Rn. 92.
- 1153 *C. Roxin*, Strafrecht AT I, S. 372; *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, S. 299.
- 1154 Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung (EGG), BT-Drucksache 14/6098, S. 25; OLG München MMR 2002, 611, 612; LG Düsseldorf MMR 2003, 120, 124 f.
- 1155 OLG Brandenburg MMR 2004, 330, 332 (Haftung eines Online-Auktionshauses).
- 1156 Zu § 5 TDG a.F. vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung (IuKDG), BT-Drucksache 13/7385, S. 20.
- 1157 BGH GRUR 2004, 74, 75 f. (rassistische Hetze).
- 1158 LG Düsseldorf MMR 2003, 120, 126; *U. Sieber/F. Höfing*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1, Rn. 90.
- 1159 *MüKo-StGB/Duttge*, § 15 StGB, Rn. 30 ff.
- 1160 *E. Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 507; *J. Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, S. 442.
- 1161 *E. Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 507 ff.; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht,

- Rn. 188; *T. Weckerle*, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, S. 69 ff.; *K. Schmidt*, JZ 1978, 661, 666; *H. Köhler*, WRP 1997, 897, 899; entsprechende Korrekturvorschläge werden auch im Strafrecht vertreten, vgl. hierzu *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 96 ff.
- 1162 *E. Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 507; *F. Bydlinski*, AcP 158 (1959/1960), 410, 429 f.
- 1163 RGZ 58, 357, 359.
- 1164 *T. Weckerle*, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, S. 69 ff.; *E. Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 507.
- 1165 Anders *H. Friedemann*, Das Verhältnis der mittelbaren Patentverletzung zur Täterschaft und Teilnahme im Zivilrecht, S. 154.
- 1166 *Schönke/Schröder/Heine*, § 25 StGB, Rn. 15; *Staudinger /Eberl-Borges*, § 830 BGB, Rn. 46.
- 1167 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4101 (Kinderstühle).
- 1168 *H. Köhler*, WRP 1997, 897, 899; *Köhler/Bornkamm*, § 8 UWG, Rn. 2.6; ebenso *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 184 ff.
- 1169 OLG Brandenburg GRUR-RR 2007, 18 (Indiziertes Bildmaterial).
- 1170 OLG Brandenburg GRUR-RR 2007, 18, 19 (Indiziertes Bildmaterial).
- 1171 *K. Schmidt*, JZ 1978, 661, 666.
- 1172 *E. Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 516; *T. Weckerle*, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, S. 75 ff.
- 1173 Ausführlich zu dieser Rechtsprechung: *H. Axster*, GRUR 1931, 653, 655 f.; *R. Klaka*, GRUR 1977, 337, 338; *R. Teschemacher*, Die mittelbare Patentverletzung, S. 61 f.
- 1174 RGZ 101, 135 (Aluminiumschweißung).
- 1175 RGZ 101, 135, 140 (Aluminiumschweißung).
- 1176 *H. Isay*, § 4 PatG, Rn. 53; *H. Axster*, GRUR 1931, 653, 655 f.
- 1177 RGZ 133, 326, 329 (Gummitüllen); RGZ 146, 26, 28 (Saugtrommeln).
- 1178 BGHZ 63, 124, 126; *MüKo/Wagner*, § 830 BGB, Rn. 5; *Soergel/Krause*, § 830 BGB, Rn. 7; *RGRK/Steffen*, § 830 BGB, Rn. 1, 5; *D. Medicus/S. Lorenz*, Schuldrecht II, Rn. 1425; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 183; *E. Deutsch*, JZ 1972, 105, 106.
- 1179 *J. v. Hein*, AcP 204 (2004), 761, 780 f.
- 1180 *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 183; *J. v. Hein*, AcP 204 (2004), 761, 783 f.; *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 190 f.
- 1181 Zur Unterscheidung zwischen erfolgsbetonten und verhaltensbetonten Tatbeständen vgl. *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 26.
- 1182 *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 157 ff.; *F. Stang/S. Hühner*, GRUR 2010, 636, 637.
- 1183 *H. Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 68 f.; *MüKo/Wagner*, § 823 BGB, Rn.

163.

- 1184 BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708, 711 (Internetversteigerung II).
- 1185 S. Neuhaus, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 159 ff.
- 1186 Grundlegend: L. Zimmerl, ZStW 49 (1929), 39 ff.
- 1187 LK/Schünemann, Vor § 25 StGB, Rn. 11; Schönke/Schröder/Heine, Vorbemerkungen zu den §§ 25 ff. StGB, Rn. 5 ff.; Jeschek/Weigend, Strafrecht AT, S. 648 ff.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT II, S. 232 ff.
- 1188 Jeschek/Weigend, Strafrecht AT, S. 643; W. Gropp, Strafrecht AT, S. 353; K. Kühl, Strafrecht AT, S. 585; Schönke/Schröder/Heine, Vorbemerkungen zu den §§ 25 ff. StGB, Rn. 1.
- 1189 So insbesondere die ältere Lehre, vgl. die umfangreichen Nachweise bei C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 34 ff.; in neuerer Zeit wird die formal-objektive Theorie in unterschiedlichen Spielarten vertreten von G. Freund, Strafrecht AT, S. 379 f.; R. Herzberg, JuS 1974, 719 f.; W. Wohlers, ZStW 108 (1996), 61, 80 f.
- 1190 SK/Hoyer, Vor § 25 StGB, Rn. 9.
- 1191 G. Freund, Strafrecht AT, S. 368; W. Wohlers, ZStW 108 (1996), 61, 81; Schönke/Schröder/Heine, Vorbemerkungen zu den §§ 25 ff. StGB, Rn. 1.
- 1192 R. Herzberg, JuS 1974, 720; W. Wohlers, ZStW 108 (1996), 61, 81. F. Dencker, Kausalität und Gesamttat, S. 137 f.; G. Freund, Strafrecht AT, S. 335 ff., 371 ff., der allerdings einige Fälle der mittelbaren Täterschaft noch vom Wortlaut der besonderen Straftatbestände gedeckt sieht
- 1193 W. Küper, GA 1997, 301, 311; M. Fraenkel, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 263 ff.
- 1194 C. Roxin, Strafrecht AT II, S. 14 ff.; Jeschek/Weigend, Strafrecht AT, S. 651 ff.; K. Kühl, Strafrecht AT, S. 650; MüKo-StGB/Joecks, § 25 StGB, Rn. 27.
- 1195 LK/Schünemann, vor § 25 StGB, Rn. 14; MüKo-StGB/Joecks, Vorbemerkung zu § 25 StGB, Rn. 15.
- 1196 SK/Hoyer, Vor § 25 StGB, Rn. 10.
- 1197 G. Jakobs, Strafrecht AT, S. 596; Jeschek/Weigend, Strafrecht AT, S. 648; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT II, S. 242.
- 1198 Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 662 f.; C. Roxin, Strafrecht AT II, S. 6 f.; L. Zimmerl, ZStW 49 (1929), 39, 40.
- 1199 C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 26 f.
- 1200 BGHSt 3, 4, 5.
- 1201 L. Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, S. 274; J. Todenhöfer, Die deliktische Haftung des Hehlers unter besonderer Berücksichtigung des § 830 BGB, S. 45.
- 1202 G. Brambring, Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens bei Mitverschulden des Geschädigten, S. 47 f.

- 1203 *F. Bydlinski*, AcP 158 (1959/1960), 410, 430.
- 1204 *Soergel/Krause*, § 830 BGB, Rn. 1; *Erman/Schiemann*, § 830 BGB, Rn. 2; *Staudinger/Belling/Eberl-Borges*, § 830 BGB, Rn. 7.
- 1205 Grundlegend *F. Bydlinski*, AcP 158 (1959/1960), 410, 418 ff.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 564 f.; *Staudinger/Belling/Eberl-Borges*, § 830 BGB, Rn. 22, 25; *Bamberger/Roth/Spindler*, § 830 BGB, Rn. 1; *S. Kreutziger*, Die Haftung von Mittätern, Anstiftern und Gehilfen im Zivilrecht, S. 91; *T. Weckerle*, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, S. 88.
- 1206 *F. Bydlinski*, AcP 158 (1959/1960), 410, 430, *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 565; *T. Weckerle*, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, S. 88.
- 1207 *Staudinger/Belling/Eberl-Borges*, § 830 BGB, Rn. 24, *S. Kreutziger*, Die Haftung von Mittätern, Anstiftern und Gehilfen im Zivilrecht, S. 91.
- 1208 BGHZ 63, 124, 126; *MüKo/Wagner*, § 830 BGB, Rn. 5; *Soergel/Krause*, § 830 BGB, Rn. 7; *RGRK/Steffen*, § 830 BGB, Rn. 1, 5; *D. Medicus/S. Lorenz*, Schuldrecht II, Rn. 1425; *E. Deutsch*, JZ 1972, 105, 106.
- 1209 *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 183; *D. Medicus/S. Lorenz*, Schuldrecht II, Rn. 1425; *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 190 f.
- 1210 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 565.
- 1211 Vgl. die Nachweise bei *LK/Schünemann*, Vor § 25 StGB, Rn. 11, Fn. 33.
- 1212 *LK/Schünemann*, Vor § 25 StGB, Rn. 14; *SK/Hoyer*, Vor § 25 StGB, Rn. 8; *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 7; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, S. 663; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT II, S. 232 ff.; *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, S. 649.
- 1213 *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT II, S. 233.
- 1214 *L. Zimmerl*, ZStW 49 (1929), 39, 41.
- 1215 *Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, Art. 103 Abs. 2 GG, Rn. 185.
- 1216 BVerfGE 78, 374, 382.
- 1217 *LK/Schünemann*, vor § 25 StGB, Rn. 8; *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, S. 645; *Maurach/ Gössel/Zipf*, Strafrecht AT II, S. 233; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 28; *L. Zimmerl*, ZStW 49 (1929), 39, 41.
- 1218 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB.
- 1219 *MüKo/Wagner*, § 823 BGB, Rn. 55 ff.; *MüKo<sup>3</sup>/Mertens*, § 823 BGB, Rn. 1, Fn. 4; *H. Mertens*, VersR 1980, 397, 399; *Erman/Schiemann*, § 823 BGB, Rn. 11; *Soergel/Spickhoff*, § 823 BGB, Rn. 8; *Staudinger/Hager*, § 823 BGB, Rn. A 10; *D. Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 21 f.; *B. Gsell*, Substanzverletzung und Herstellung, S. 133 ff.; *H. Schwitanski*, Deliktsrecht, Unternehmensschutz und Arbeitskampfrecht, S. 210 ff.; *M. Börgers*, Von den „Wandlungen“ zur „Restrukturierung“ des Deliktsrechts?, S. 36 f.; *E. Steffen*, VersR 1980, 409; *E. Kramer*, AcP 180 (1980), 523, 526.
- 1220 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 36 ff.

- 1221 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 37 f.
- 1222 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 53.
- 1223 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 241 ff.
- 1224 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 263 ff.
- 1225 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 15 ff.
- 1226 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 29.
- 1227 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 21.
- 1228 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 21 f., S. 62 ff.
- 1229 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 62.
- 1230 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 134 ff.
- 1231 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 22.
- 1232 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 71 ff.
- 1233 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 124.
- 1234 *H. Schwitanski*, Deliktsrecht, Unternehmensschutz und Arbeitskamprecht, S. 213.
- 1235 LK/Weigend, Einl, Rn. 7.
- 1236 *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, S. 15 f.
- 1237 *P. Heck*, Grundriß des Schuldrechts, S. 437.
- 1238 *E. Deutsch*, FS Wahl, 338, 340.
- 1239 *G. Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385, 386.
- 1240 *G. Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 2.
- 1241 *S. Kreuziger*, Die Haftung von Mittätern, Anstiftern und Gehilfen im Zivilrecht, S. 8; *J. v. Hein*, AcP 204 (2004), 761, 772.
- 1242 MüKo<sup>3</sup>/Mertens, vor § 823 BGB, Rn. 44 ff.; *H. Kötz*, FS Steindorff, 643, 658 ff.; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2, S. 136 f.
- 1243 MüKo/Wagner, Vorbemerkungen zu den § 823 ff. BGB, Rn. 28 ff.; *Soergel/Spickhoff*, Vor § 823 BGB, Rn. 34.
- 1244 *G. Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385, 386.
- 1245 *G. Wagner*, VersR 1999, 1441, 1444 ff.
- 1246 MüKo/Wagner, Vorbemerkungen zu den §§ 823 ff. BGB, Rn. 31; *Geigel/Plagemann*, Der Haftpflichtprozess, 30. Kapitel, Rn. 95 ff.
- 1247 MüKo<sup>3</sup>/Mertens, § 823 BGB, Rn. 1 ff.; *H. Mertens*, VersR 1980, 397, 398.
- 1248 MüKo/Wagner, § 823 BGB, Rn. 52, 55 ff.
- 1249 *B. Gsell*, Substanzverletzung und Herstellung, S. 143 ff.
- 1250 Ausführlich *D. Kienapfel*, Der Einheitstäter im Strafrecht.
- 1251 *Schönke/Schröder/Heine*, Vorbemerkungen zu den §§ 25 ff. StGB, Rn. 11; BeckOK-StGB/Kudlich, § 25 StGB, Rn. 1; MüKo-StGB/Joeks, Vorbemerkung zu § 25 StGB, Rn. 4; *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, S. 645.
- 1252 *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 10; LK/Schünemann, Vor § 25 StGB, Rn. 13.

- 1253 *D. Kienapfel*, Der Einheitstäter im Strafrecht, S. 25.
- 1254 *D. Kienapfel*, Juristische Blätter 1974, 113 f., a.A. *J. Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, S. 11 f.
- 1255 *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 124.
- 1256 *R. Zimmermann*, JZ 1980, 10, 11.
- 1257 MüKo-StGB/*Joecks*, § 25 StGB, Rn. 238, Beck OK-StGB/*Kudlich*, § 25, Rn. 72.
- 1258 BGH GRUR 2010, 633, 634 (Sommer unseres Lebens).
- 1259 Das Manuskript des Vortrags ist nicht veröffentlicht, liegt dem Verfasser jedoch vor.
- 1260 *M. Grosch*, FS Schilling, 207, 208.
- 1261 *G. Rauh*, die mittelbare Patentverletzung, S. 38.
- 1262 Am deutlichsten *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 159 ff.
- 1263 *E. v. Caemmerer*, FS DJT, 49, 127; vgl. auch *W. Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung, S. 3; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 2.
- 1264 *H. Wieling*, Sachenrecht I, S. 274.
- 1265 Vgl. *U. Huber*, FS Wahl, 301, 302 f.
- 1266 *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 42 ff.
- 1267 *H. Schack*, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, Rn. 17 f.
- 1268 *K. Fezer*, § 14 MarkenG, Rn. 837.
- 1269 *H. Schack*, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, Rn. 413.
- 1270 *G. Rauh*, Mittelbare Patentverletzung, S. 38.
- 1271 *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 161 ff.
- 1272 *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 162.
- 1273 *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 162.
- 1274 *H. Wieling*, Sachenrecht I, S. 275, Fn. 33.
- 1275 MüKo/*Wagner*, § 823 BGB, Rn. 102; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 386 ff.
- 1276 BGH NJW 1971, 886 (Fleet).
- 1277 BGH GRUR 1975, 500 (Schloß Tegel); BGH GRUR 1990, 390 (Friesenhaus); BGH GRUR 2011, 321, 322 (Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal).
- 1278 SK/*Hoyer*, Vor § 25 StGB, Rn. 8; LK/*Schünemann*, Vor § 25 StGB, Rn. 12.
- 1279 *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, S. 118.
- 1280 *Schönke/Schröder/Lenckner/Bosch*, Vorbemerkungen zu den §§ 153 ff. StGB, Rn. 2a, 33.
- 1281 MüKo-StGB/*Renzikowski*, § 181a StGB, Rn. 62
- 1282 *Schönke/Schröder/Lenckner/Bosch*, § 173 StGB, Rn. 8.

- 1283 C. Roxin, Strafrecht AT II, S. 119 ff.
- 1284 OLG Hamburg NJOZ 2008, 4082, 4101 (Kinderstühle); G. Rauh, Die mittelbare Patentverletzung, S. 41 ff.; für das Wettbewerbsrecht: Köhler/Bornkamm, § 8 UWG, Rn. 2.4.
- 1285 Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. StGB, Rn. 130; Lackner/Kühl, Vorbemerkung zu den §§ 13 ff. StGB, Rn. 32; C. Roxin, Strafrecht AT I, S. 330; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 260, 263; Maurach/Zipf, Strafrecht AT I, S. 286; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 119; a.A.: LK/Walter, Vor § 13 StGB, Rn. 63; T. Walter, Der Kern des Strafrechts, S. 16 ff.
- 1286 Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. StGB, Rn. 130; C. Roxin, Strafrecht AT I, S. 330.
- 1287 So die Vertreter der „Körperbewegungstheorie“, vgl. C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 405 ff.
- 1288 Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, § 123 StGB, Rn. 35.
- 1289 C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 407.
- 1290 Großkomm-UWG/Schünemann, Einl, Rn. E 31; MüKo-UWG/Ann, Grundl, Rn. 243 f.; H. Ahrens, FS Canaris, 3, 14.
- 1291 BGH GRUR 2011, 152, 156 (Kinderhochstühle im Internet).
- 1292 BGH GRUR 2003, 807, 808 (Buchpreisbindung); BGH GRUR 2003, 969, 970 (Ausschreibung von Vermessungsleistungen); BGH GRUR 2007, 890, 892 ff. (Jugendgefährdende Medien bei eBay); BGH GRUR 2008, 810, 812 (Kommunalversicherer); BGH GRUR 2011, 152, 156 (Kinderhochstühle im Internet).
- 1293 BGH GRUR 2004, 860, 864 (Internetversteigerung); BGH GRUR 2007, 708, 711 (Internetversteigerung II); BGH GRUR 2010, 841, 843 (Cybersky); BGH GRUR 2010, 633, 634 f. (Sommer unsers Lebens); BGH GRUR 2011, 152, 155 f. (Kinderhochstühle im Internet).
- 1294 Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 118.
- 1295 Lackner/Kühl, § 266 StGB, Rn. 2.
- 1296 Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn. 11.59 ff.
- 1297 BGH GRUR 2008, 810 (Kommunalversicherer).
- 1298 BGH GRUR 1996, 905, 907 (GmbH-Werbung für ambulante ärztliche Leistungen); BGH GRUR 1997, 313, 315 f. (Architektenwettbewerb).
- 1299 BGH GRUR 1997, 313, 315 f. (Architektenwettbewerb).
- 1300 H. Köhler, WRP 1997, 897, 898; Köhler/Bornkamm, § 8 UWG, Rn. 2.15 f.
- 1301 H. Köhler, WRP 1997, 897, 899.
- 1302 So Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 565.
- 1303 BGH GRUR 2008, 810, 812 (Kommunalversicherer).
- 1304 H. Köhler, GRUR 2008, 1, 6 f.

- 1305 *H. Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 53; *H. Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 4.
- 1306 *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 250.
- 1307 *G. Wagner*, FS Medicus, 589, 599.
- 1308 Ebenso BGH GRUR 2009, 1142, 1145 (MP3-Player-Import); *J. Busche*, GRUR 2009, 236, 240; *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 22; für das Wettbewerbsrecht: MüKo-UWG/*Fritzsche*, § 8 UWG, Rn. 257.
- 1309 Hierzu *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 119 f.
- 1310 Dafür *G. Wagner*, FS Medicus, 589, 601 ff.
- 1311 Grundlegend *F. Baur*, AcP 160 (1961), 465 ff.; *M. Lutter/H. Overrath*, JZ 1968, 345; *C. Armbrüster*, NJW 2003, 3087, 3088; *J. Wenzel*, NJW 2005, 241, 242.
- 1312 *M. Lutter/H. Overrath*, JZ 1968, 345, 347 ff.
- 1313 *J. Wenzel*, NJW 2005, 241 ff.
- 1314 BGH GRUR 2011, 321 (Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal).
- 1315 BGH GRUR 2011, 321, 323 (Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal).
- 1316 BGH GRUR 2011, 321, 322 (Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal).
- 1317 BGH GRUR 2007, 890 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 1318 *Köhler/Bornkamm*, § 8 UWG, Rn. 2.17; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 8 UWG, Rn. 123; *Fromm/ Nordemann/Nordemann*, § 97 UrhG, Rn. 155; *J. Nordemann*, FS Loewenheim, 215 ff.; *H. Köhler*, GRUR 2008, 1 ff.; *M. Leistner/F. Stang*, WRP 2008, 533 ff.; *H. Klatt* ZUM 2009, 265, 267 f.; *A. Gärtner/S. Müller*, Mitt. 2010, 223, 225; *J. Gräbig*, MMR 2011, 504, 508.
- 1319 BGH GRUR 2007, 890, 892 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 1320 BGH GRUR 2007, 890, 892 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 1321 BGH GRUR 2007, 890, 894 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 1322 *J. Nordemann*, FS Loewenheim, 215, 218 f.
- 1323 BGH GRUR 1997, 313, 315 f. (Architektenwettbewerb).
- 1324 *M. Leistner/F. Stang*, WRP 2008, 533, 536; *H. Köhler*, GRUR 2008, 1, 7; *R. Döring*, WRP 2007, 1131, 1137; *C. Volkmann*, CR 2008, 232, 238.
- 1325 *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 3 UWG, Rn. 7.; *Köhler/Bornkamm*, § 3 UWG, Rn. 64.
- 1326 *Köhler/Bornkamm*, § 3 UWG, Rn. 67.
- 1327 *Köhler/Bornkamm*, § 3 UWG, Rn. 65a.
- 1328 *S. Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 166 f.; *M. Leistner*, GRUR-Beilage 2010, 1, 31.
- 1329 BGH GRUR 2007, 890, 894 (Jugendgefährdende Medien bei eBay).
- 1330 BGH GRUR 1955, 91, 92 (Mouson); MüKo-UWG/*Ann*, Grundl, Rn. 246 ff.
- 1331 *K. Fezer*, § 2 MarkenG, Rn. 1 ff.; *Ingerl/Rohnke*, § 2 MarkenG, Rn. 1 ff.; *Köhler/Bornkamm*, § 4 UWG, Rn. 9.1 ff.; kritisch Großkomm-UWG/*Schünemann*,

- Einl, Rn. E 44 ff.
- 1332 MüKo-UWG/Ann, Grundl, Rn. 227.
- 1333 Großkomm-UWG/Schünemann, Einl, Rn. E 45.
- 1334 BGH GRUR 1999, 325 (Elektronische Pressearchive).
- 1335 BGH GRUR 1999, 325 (Elektronische Pressearchive).
- 1336 Wandtke/Bullinger/v. Wolff, § 97 UrhG, Rn. 19.
- 1337 Piper/Ohly/Sosnitza, § 8 UWG, Rn. 122.
- 1338 Piper/Ohly/Sosnitza, § 8 UWG, Rn. 123, 125.
- 1339 BGH GRUR 1999, 977 (Räumschild); BGH GRUR 2002, 599 (Funkuhr I); BGH GRUR 2007, 313 (Funkuhr II); BGH GRUR 2009, 1142 (MP3-Player-Import).
- 1340 BGH GRUR 1999, 977, 979 (Räumschild).
- 1341 BGH GRUR 2002, 599 (Funkuhr I); ebenso BGH GRUR 2007, 313, 314 (Funkuhr II).
- 1342 BGH GRUR 2009, 1142, 1145 (MP3-Player-Import).
- 1343 BGH GRUR 2010, 633 (Sommer unseres Lebens).
- 1344 BGH GRUR 2009, 597 (Halzband).
- 1345 S. Neuhaus, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht.
- 1346 S. Neuhaus, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 157 ff.
- 1347 S. Neuhaus, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 184 ff.
- 1348 S. Neuhaus, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 187 ff.
- 1349 E. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 516; T. Weckerle, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, S. 75 ff.
- 1350 S. Neuhaus, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 191, im Anschluss an J. v. Hein, AcP 204 (2004), 761, 784.
- 1351 S. Neuhaus, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 195 ff.
- 1352 S. Neuhaus, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 195 f.
- 1353 BGH GRUR 2002, 618, 619 (Meißner Dekor).
- 1354 Für das Patentrecht: BGH GRUR 2007, 313, 314 f. (Funkuhr II); LG Mannheim InstGE 5, 179, 181 f. (Reifendruckkontrollsystem).
- 1355 M. Haedicke, in: M. Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 229, 239.
- 1356 BGH GRUR 1999, 977 (Räumschild).
- 1357 S. Neuhaus, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, S. 107 f.
- 1358 OLG Hamm GRUR 1938, 725 (Zeppelin in Tropfenform).
- 1359 RG GRUR 1940, 41 (Singer).

- 1360 BGH GRUR 2001, 1038, 1039 ([ambiente.de](http://ambiente.de)); *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 264; *Ströbele/Hacker/Hacker*, § 14 MarkenG, Rn. 166.
- 1361 Überblick bei *B. Schulz*, Die relevante Benutzungshandlung im deutschen Markenrecht, S. 276 ff. und *J. Starck*, FS Piper, 627, 631 f.
- 1362 *E. Pinzger*, JW 1939, 81 ff.; *E. Reimer*, JR 1951, 307 ff.; *U. Fritze*, GRUR 1951, 195 ff.
- 1363 *A. Kraft/G. Hönn*, GRUR 1974, 191 ff.
- 1364 OLG Hamm GRUR 1938, 725 (Zeppelin in Tropfenform).
- 1365 RG GRUR 1940, 41, 42 f. (Singer).
- 1366 *K. Brandenburg*, Mitt. 2005, 205, 208.
- 1367 BGH GRUR 2002, 599.
- 1368 LG Düsseldorf InstGE 3, 174 (Herzkranzgefäß-Dilatations-Katheter).
- 1369 LG Düsseldorf InstGE 3, 174, 175 (Herzkranzgefäß-Dilatations-Katheter).
- 1370 LG Mannheim InstGE 6, 9 (Kondensator für Klimaanlage).
- 1371 LG Mannheim InstGE 6, 9, 13 (Kondensator für Klimaanlage).
- 1372 *E. Keller*, FS Ullmann, 449, 460 ff.
- 1373 *E. Keller*, FS Ullmann, 449, 464.
- 1374 Ebenso zu einer weitergehenden Gehilfenhaftung: *R. Kraßer*, Patentrecht, S. 815; *Benkard/Scharen*, § 10 PatG, Rn. 29.
- 1375 BGH GRUR 2007, 313, 315 (Funkuhr II); LG Mannheim InstGE 5, 179, 181 (Luftdruck-Kontrollvorrichtung); *Benkard/Scharen*, § 10 PatG, Rn. 14.
- 1376 LG Mannheim InstGE 5, 179, 182 (Luftdruck-Kontrollvorrichtung).
- 1377 LG Mannheim InstGE 5, 179 (Reifendruckkontrollsystem).
- 1378 Verordnung 44/2001/EG des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG, Nr. L 12/1 vom 16. Januar 2001.
- 1379 LG Mannheim InstGE 5, 179, 181 f. (Reifendruckkontrollsystem).
- 1380 LG Mannheim InstGE 5, 179, 182 (Luftdruck-Kontrollvorrichtung).
- 1381 BGH GRUR 2007, 313 (Funkuhr II).
- 1382 BGH GSZ GRUR 2005, 882 (Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung); zu Entwicklung und Meinungsstand vgl. nur *Ahrens/Achilles*, Wettbewerbsprozess, S. 63 ff.; *R. Sack*, Unbegründete Schutzrechtsverwarnungen; *N. Godendorff*, Schadensersatz wegen unberechtigter Verwarnung im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht.
- 1383 BGH GRUR 1982, 165 (Rigg).
- 1384 BGH GRUR 2007, 313, 314 f. (Funkuhr II).
- 1385 *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT II, S. 315 ff.; *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 141 ff.; *SK/Hoyer*, Vor § 26 StGB, Rn. 70 ff.; *LK/Schünemann*, Vor § 26 StGB, Rn. 24 ff.
- 1386 *C. Roxin*, Strafrecht AT II, S. 146.

- 1387 *Schulte/Kühnen*, § 9 PatG, Rn. 61.
- 1388 BGH GRUR 1987, 626, 627 (Rundfunkübertragungssystem).
- 1389 BGH GRUR 1987, 626, 627 (Rundfunkübertragungssystem); zustimmend *P. Meier-Beck*, GRUR 1993, 1, Fn. 10.
- 1390 *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 465; kritisch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 88 ff.
- 1391 Ähnlich *A. Keukenschrijver*, FS 50 Jahre VVP, 331, 348 f.; *W. Tilman*, GRUR 2005, 904.
- 1392 *Schricker/Loewenheim/Götting*, Vor §§ 95a ff. UrhG, Rn. 10; *M. Haedicke*, FS Dietz, 349, 355 ff.; *P. Wand*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, S. 152 ff.
- 1393 *Loewenheim/Peukert*, § 82, Rn. 25 ff.; *C. Arlt*, Digital Rights Management Systeme, S. 212 f.; *F. Hänel*, Die Umsetzung des Art. 6 Info-RL ins deutsche Recht, S. 179 ff.; 187 ff.;
- 1394 *M. Haedicke*, FS Dietz, 349, 359 f.
- 1395 *P. Wand*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, S. 158.
- 1396 Hierzu *Callies/Ruffert/Ruffert*, Art. 288 AEUV, Rn. 32 ff.
- 1397 LG Frankfurt a.M. MMR 2006, 766 (Analoges Loch).
- 1398 LG Frankfurt a.M. MMR 2006, 766, 767 (Analoges Loch).
- 1399 Zu dieser Fallgruppe *Köhler/Bornkamm*, § 4 UWG, Rn. 10.48.
- 1400 Zu dieser Fallgruppe *Köhler/Bornkamm*, § 4 UWG, Rn. 10.36 ff.
- 1401 LG Frankfurt a.M. MMR 2006, 766, 767 (Analoges Loch).
- 1402 *C. Arlt*, MMR 2005, 148, 152 f., *ders.*, MMR 2006, 768, 769.
- 1403 *M. Trayer*, Technische Schutzmaßnahmen und elektronische Rechtewahrnehmungssysteme, S. 136.
- 1404 *C. Arlt*, MMR 2005, 148, 152.
- 1405 LG München I MMR 2008, 839, 841 (Modchips).
- 1406 *Schricker/Loewenheim/Götting*, Vor §§ 95a ff. UrhG, Rn. 12.
- 1407 OLG Karlsruhe GRUR-RR 2002, 59 (Cartier).
- 1408 LG München I ZUM-RD 2008, 262 (DVD-Ripper); ähnliche Konstellation bei AG München CR 2007, 816 (Ripp-Paket).
- 1409 BGH GRUR 2008, 996 (Clone-CD).
- 1410 BGH GRUR 2009, 597 (Halzband).
- 1411 LG München I GRUR-RR 2005, 214 (DVD-Kopierschutz); OLG München GRUR-RR 2005, 372 (AnyDVD); BVerfG GRUR 2007, 1064 (Kopierschutzumgehung); LG München I MMR 2008, 192 (Redaktioneller Link auf AnyDVD); OLG München GRUR-RR 2009, 85 (AnyDVD II); BGH GRUR 2011, 513 (AnyDVD); ähnliche Konstellation bei LG München I MMR 2007, 128 (Housepool).
- 1412 BGH GRUR 2011, 513, 516 (AnyDVD).

- 1413 T. Hoeren, MMR 2005, 387; ders., MMR 2005, 773; G. Spindler, GRUR-RR 2005, 369, 370; ders., CR 2005, 741, 746; T. Feldmann, jurisPR-ITR 1/2009 Anm. 3; B. Barnitzke, K&R 2011, 329 f.
- 1414 T. Hoeren, MMR 2005, 387, 388.
- 1415 B. Barnitzke, K&R 2011, 329 f.
- 1416 MüKo/Wagner, § 830 BGB, Rn. 9; Staudinger/Eberl-Borges, § 830 BGB, Rn. 56; dies. AcP 196 (1996), 491 ff.
- 1417 M. Haedicke, FS Dietz, 349, 352 ff.
- 1418 G. Spindler, GRUR-RR 2005, 369, 370.
- 1419 G. Spindler, GRUR-RR 2005, 369, 370; K. Peifer, IPRax 2006, 246, 249, der die Parallele im Ergebnis jedoch ablehnt.
- 1420 Lackner/Kühl, § 27 StGB, Rn. 12, LK/Schünemann, § 27 StGB, Rn. 84; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 774.
- 1421 Beispiel bei U. Sommer, JR 1981, 490.
- 1422 LK/Schünemann, § 27 StGB, Rn. 84; Lackner/Kühl, § 27 StGB, Rn. 12; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT II, S. 321 f.; U. Sommer, JR 1981, 490 ff.
- 1423 Schönke/Schröder/Eser, § 120 StGB, Rn. 15; MüKo-StGB/Bosch, § 120 StGB, Rn. 31.
- 1424 Schönke/Schröder/Eser, § 120 StGB, Rn. 11 f.; MüKo-StGB/Bosch, § 120 StGB, Rn. 32; NK/Ostendorf, § 120 StGB, Rn. 19.
- 1425 T. Fischer, § 129 StGB, Rn. 3; zum Streit über das Rechtsgut von § 129 StGB vgl. SK/Rudolphi/Stein, § 129 StGB, Rn. 3 ff. einerseits und Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, § 129 StGB, Rn. 1 ff. andererseits.
- 1426 SK/Rudolphi/Stein, § 129 StGB, Rn. 26.
- 1427 NK/Hassemer/Neumann, Vor § 1 StGB, Rn. 109; SK/Rudolphi, Vor § 1 StGB, Rn. 2; C. Roxin, Strafrecht AT I, S. 16; Maurach/Zipf, Strafrecht AT I, S. 266; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 12 ff.
- 1428 SK/Rudolphi, Vor § 1 StGB, Rn. 1.
- 1429 LK/Weigend, Einl, Rn. 8.
- 1430 Zum Problemkreis C. Roxin, Strafrecht AT I, S. 34 ff.
- 1431 SK/ Rudolphi, Vor § 1 StGB, Rn. 11; C. Roxin, Strafrecht AT I, S. 35.
- 1432 Mit Unterschieden im Detail SK/Rudolphi/Stein, § 129 StGB, Rn. 26 f.; MüKo-StGB/ Miebach/Schäfer, § 129 StGB, Rn. 99 ff.; Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, § 129 StGB, Rn. 24; U. Sommer, JR 1981, 490, 494.
- 1433 Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 12.
- 1434 OLG München GRUR-RR 2005, 372, 374 (AnyDVD); LG München I MMR 2008, 192, 193 f. (Redaktioneller Hyperlink auf AnyDVD).
- 1435 Ähnlich K. Peifer, IPRax 2006, 246, 249.
- 1436 LG München I ZUM-RD 2008, 262 (DVD-Ripper); ähnliche Konstellation bei AG

- München CR 2007, 816 (Ripp-Paket).
- 1437 BGH GRUR 2009, 597, 598 (Halzband).
- 1438 Art. 21 Abs. 2 ECRL; Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (EGG), BT-Drucksache 14/6098, S. 37; BGH GRUR 2008, 534, 536 (ueber18.de); *Spindler/Schuster/Hoffmann*, Vorbemerkung zu den §§ 7-10 TMG, Rn. 37 ff.
- 1439 BVerfG GRUR 1958, 254, 255 (Veit Harlan).
- 1440 *Heselhaus/Nowak/Szczekalla*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, S. 48 ff.
- 1441 *Heselhaus/Nowak/Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, S. 237 ff.
- 1442 BGH GRUR 2011, 513, 515 f. (AnyDVD); zustimmend *T. Hoeren*, GRUR 2011, 503, 504.
- 1443 *Heselhaus/Nowak/Szczekalla*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, S. 204.
- 1444 BVerfG GRUR 2010, 999, 1001 (Drucker und Plotter).
- 1445 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EG, Nr. C 364/1 vom 18. Dezember 2000.
- 1446 *Heselhaus/Nowak/Kühling*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, S. 702.
- 1447 *Heselhaus/Nowak/Kühling*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, S. 725.
- 1448 *Wenzel/Burkhardt*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, S. 641.
- 1449 BGH GRUR 2004, 693 (Schöner Wetten).
- 1450 BGH GRUR 2004, 693, 695 (Schöner Wetten).
- 1451 BGH GRUR 2004, 693, 695 f. (Schöner Wetten).
- 1452 BGH GRUR 2011, 513, 516 (AnyDVD).
- 1453 Dieser Ansicht waren bereits die Instanzgerichte, vgl. OLG München GRUR-RR 2005, 372, 373 f. (AnyDVD).
- 1454 *C. v. Bar* bezeichnet die Verkehrspflichten im Untertitel seiner Arbeit als „richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht“, *C. v. Bar*, Verkehrspflichten.
- 1455 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes, BT-Drucksache 16/11173; zum weiteren Schicksal des Entwurfes vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), BT-Drucksache 16/13278 und Plenarprotokoll 16/227, S. 25250 ff.
- 1456 So auch die Bundesregierung in einer Antwort auf eine Kleine Anfrage der SPD-Fraktion und sonstiger einzelner Abgeordneter vom 26. Juli 2011, BT-Drucksache 17/6678, S. 7.
- 1457 Überblick über mögliche Schwerpunkte des „Dritten Korbes“ bei *G. Spindler*, GRUR-Newsletter 2/2011, 4 f.
- 1458 Zum Phänomen „Massenabmahnung“ aus Sicht einer „Abmahnkanzlei“ vgl. *P. Nümann/M. Mayer*, ZUM 2010, 321 ff.; vgl. auch becklink 1015689.
- 1459 Das vom Chaos Computer Club vorgelegte Konzept der „Kulturwertmark“ versteht sich als Kompromissvorschlag. Hauptunterschied zur Kulturfltrate ist, dass Abgabe und erlaubte Nutzung des Werks nicht in einem strengen

Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Der Internetnutzer (alternativ: jeder Steuerpflichtige) soll durch seine Abgabe einen Mindestumsatz für die teilnehmenden Urheber gewährleisten. Im Gegenzug soll das Urheberrecht zu Gunsten der Werknutzer geändert werden. Insbesondere sollen die Schutzfristen verkürzt und die straf- und zivilrechtliche Verfolgung nichtgewerblichen Filesharings eingestellt werden; vgl. <http://www.ccc.de/de/updates/2011/kulturwertmark>.

- 1460 BGH GRUR 1965, 104, 107 (Personalausweise).
- 1461 V. Grassmuck, ZUM 2005, 104, 107 ff.; H. Rösler, GRURInt 2005, 991 ff.; P. Breyer, MMR 2009, 14, 18; A. Roßnagel/C. Schnabel/S. Jandt, MMR 2010, 8 ff.; B. Holznapel/P. Schumacher, ZRP 2011, 74, 76; T. Dreier, MMR 2011, 285, 286; N. Flechsig, FS Loewenheim, 97, 101.
- 1462 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 22. März 2006 (Zweiter Korb), BR-Drucksache 257/06, S. 38 f.
- 1463 S. Leutheusser-Schnarrenberger, Berliner Rede zum Urheberrecht vom 14. Juni 2010.
- 1464 BT-Drucksache 17/6678, S. 2.
- 1465 A. Roßnagel/S. Jandt/C. Schnabel/A. Yliniva-Hoffmann, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht; vgl. auch A. Roßnagel/C. Schnabel/S. Jandt, MMR 2010, 8 ff.
- 1466 C. Bernault/A. Lebois, Peer-to-peer File Sharing and Literary and Artistic Property.
- 1467 A. Roßnagel/S. Jandt/C. Schnabel/A. Yliniva-Hoffmann, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, S. 62 f.
- 1468 A. Roßnagel/C. Schnabel/S. Jandt, MMR 2010, 8 ff.
- 1469 Walter/Walter, Europäisches Urheberrecht, Info-RL, S. 1065, Rn. 99; Schricker/Loewenheim/Melichar, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 13.
- 1470 BGBI. 1973, Teil II, S. 1071 ff.
- 1471 BGBI. 1994, Teil II, S. 1730 ff.
- 1472 A. Roßnagel/S. Jandt/C. Schnabel/A. Yliniva-Hoffmann, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, S. 27.
- 1473 Zum Wachstum des legalen Online-Vertriebs M. Haedicke, Patente und Piraten, S. 81.
- 1474 P. Runge, GRURInt 2007, 130.
- 1475 B. Holznapel/P. Schumacher, ZRP 2011, 74, 76.
- 1476 A. Roßnagel/S. Jandt/C. Schnabel/A. Yliniva-Hoffmann, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, S. 62.
- 1477 G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, S. 222.
- 1478 Ähnliche Kritik bei M. Haedicke, Patente und Piraten, S. 83.
- 1479 Überblick bei Fromm/Nordemann/Nordemann, § 97 UrhG, Rn. 171.
- 1480 LG Hamburg MMR 2010, 488, 490.

- 1481 OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2005, 147, 148; OLG Hamburg GRUR-RR 2005, 209; LG Köln MMR 2008, 197, 198; LG Hamburg ZUM 2009, 587; LG Hamburg MMR 2010, 488; ebenso *Fromm/Nordemann/Nordemann*, § 97 UrhG, Rn. 170.
- 1482 LG Hamburg MMR 2010, 488, 489 f.; ebenso LG Köln, Urteil vom 31. August 2011, Az.: 28 O 362/10.
- 1483 LG Hamburg MMR 2010, 488, 490.
- 1484 BT-Drucksache 17/6644.
- 1485 BT-Drucksache 17/6644, S. 4 f.
- 1486 Die Regel „Three strikes and you are out“ entstammt dem Baseball und bezeichnet allgemein ein System, in dem auf zwei fruchtlose Verwarnungen eine härtere Sanktion folgt („abgestufte Erwiderung“).
- 1487 Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.
- 1488 Zum Gesetzgebungsverfahren vgl. *C. Geiger*, IIC 2011, 457 ff.
- 1489 *S. Leutheusser-Schnarrenberger*, Berliner Rede zum Urheberrecht vom 14. Juni 2010.
- 1490 Vgl. hierzu auch Gesellschaft für Konsumforschung (GfK), Studie zur digitalen Content-Nutzung (DCN-Studie) 2011.
- 1491 *S. Leutheusser-Schnarrenberger*, Berliner Rede zum Urheberrecht vom 14. Juni 2010.
- 1492 Differenzierend MüKo/*Wagner*, Vorbemerkung zu den §§ 823 ff. BGB, Rn. 42 ff.
- 1493 *A.A. M. Haedicke*, Patente und Piraten, S. 81.