

Taylor Wessing · Neuer Wall 44 · 20354 Hamburg  
**Vorab per Telefax: 0 89 / 55 97 - 35 70**  
Oberlandesgericht München  
Prielmayerstr. 5

80335 München

Neuer Wall 44  
20354 Hamburg  
Postfach 30 06 20  
20303 Hamburg

Tel. +49 (40) 3 68 03-0  
Fax +49 (40) 3 68 03-280  
hamburg@taylorwessing.com  
www.taylorwessing.com

Sekretariat +49 (40) 368 03-225  
j.wimmers@taylorwessing.com

**Eilt!**

**Bitte sofort vorlegen!**

**Termin am 28. Juli 2005, um 11:45 Uhr**

Rechtsanwalt

Jörg Wimmers, LL.M. (NYU)

Aktenzeichen

1000448/05-WIM

Datum

27. Juli 2005

**29 U 2887/05**

In dem Rechtsstreit

**BMG Records GmbH u.a.**  
Rechtsanwälte Waldorf

gegen

**Heise Zeitschriften Verlag GmbH & Co. KG**  
Rechtsanwälte Taylor Wessing

nehmen wir für die Antragsgegnerin zur Berufungserwiderung der Antragstellerinnen – in der gebotenen Kürze - wie folgt Stellung:

### **I. Einleitung**

In ihrer Berufungserwiderung unterstellen die Antragstellerinnen der Antragsgegnerin fortlaufend und ohne sich mit den dafür erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen zu befassen, in vollem Bewusstsein einer etwaigen Rechtswidrigkeit einen Link auf das

Internetangebot der Fa. SlySoft gesetzt zu haben, um auf diese Weise das Knacken von Kopierschutzsoftware zu unterstützen. Diese und andere Unterstellungen seitens der Antragstellerinnen machen es notwendig, noch einmal deutlich zu machen, worum es in diesem Verfahren nicht geht:

- Es geht nicht darum, dass oder ob die Antragsgegnerin der Auffassung ist, das Internet sei ein rechtsfreier Raum. Selbstverständlich anerkennt die Antragsgegnerin, dass sie sich im Internet nicht in einem rechtsfreien Raum bewegt.
- Es geht nicht darum, ob Presseunternehmen generell das unbeschränkte Privileg zukommt, Links auf offenkundig rechtswidrige Inhalte setzen zu dürfen.
- Und selbstverständlich geht es nicht darum, einen „Kampf gegen die Musik- und Filmindustrie“ zu führen oder zu unterstützen. Die Antragsgegnerin achtet natürlich den Schutz der Urheberrechte und ist keineswegs „der verlängerte Arm“ von Rechtsverletzern, wie es die Antragstellerinnen immer wieder polemisch unterstellen.

Es geht im vorliegenden Fall allein darum, dass die Antragsgegnerin als Presseorgan nach Inhalt und Form ihre Aufgaben der Informationsverschaffung und Meinungsbildung innerhalb der durch Verfassung, Gesetz und Rechtsprechung gesetzten Grenzen wahrnehmen kann. Innerhalb dieser Grenzen bewegt sich der hier streitgegenständliche Bericht mit Hyperlink.

Auch die Antragstellerinnen weisen - insoweit richtig – auf die „Schöner Wetten“-Entscheidung des BGH hin (GRUR 2004, 693), in dem – wie hier - ein Pressebericht mit Hyperlinksetzung streitgegenständlich war. In der Tat hat der BGH in dieser Entscheidung der Presse detaillierte Grundsätze an die Hand gegeben, anhand derer die Verantwortlichkeit für verlinkte Inhalte rechtlich zuverlässig bestimmt werden kann. Die Antragstellerinnen unterziehen das Urteil des BGH nur einer sehr flüchtigen Analyse, die sie zu falschen Schlüssen verleitet, so etwa bei dem Versuch, Hyperlinks von der Berichterstattung als solcher zu trennen und aus dem Schutzbereich der Pressefreiheit herauszulösen (S. 10, oben, der Berufungserwiderung).

Aus dem umfangreichen Vortrag der Antragstellerinnen greift die Antragsgegnerin zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung lediglich die folgenden Punkte heraus und ergänzt – in der gebotenen Kürze – ihren Vortrag:

- Es war gerade der BGH in der Entscheidung „Schöner Wetten“, der die Bedeutung von Hyperlinks für die Online-Berichterstattung begründet hat und detailliert herausgearbeitet hat, dass gerade dann, wenn der Link in eine Presseberichterstattung eingebettet ist, im Interesse der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) an die Prüfungspflichten im Hinblick auf eine etwaige Rechtswidrigkeit der verlinkten Inhalte außerordentlich großzügige Maßstäbe anzulegen sind (II.1.).
- Unter Anlegung dieser Maßstäbe hat die Antragsgegnerin ihre Prüfungspflichten nicht verletzt, weil sie nach erfolgter Prüfung nicht zu der Erkenntnis kommen musste, dass sie durch die Linksetzung ein rechtswidriges Tun unterstützt (II.2.).
- Eine Verantwortlichkeit der Antragsgegnerin kann auch nicht auf der unhaltbaren Konstruktion einer Gehilfenhaftung beruhen. Eine solche Haftung der Antragsgegnerin für einen etwaigen Urheberrechtsverstoß der Firma SlySoft scheidet nicht nur daran, dass § 95a UrhG die haftungsauslösenden Vorbereitungshandlungen abschließend aufzählt und nicht unter Umgehung der besonderen Voraussetzungen des § 95a Abs. 3 Ziff. 1-3 UrhG überdehnt werden darf (III.1.).
- Zudem fehlt es an einer teilnahmefähigen Haupttat, da zu dem Vorliegen einer wirksamen technischen Maßnahme als Voraussetzung für den Schutz aus § 95a UrhG jeglicher substantiierte Vortrag der Antragstellerinnen fehlt (III.2.).
- Jedenfalls erfolgte eine etwaige Unterstützung des fremden Rechtsverstoßes nicht vorsätzlich (III.3.).

## II.

### Die Verantwortlichkeit für Hyperlinks

#### 1. Haftung der Presse für Hyperlinks nach der „Schöner Wetten“-Entscheidung

Mit der „Schöner Wetten“-Entscheidung (GRUR 2004, 693) hat der BGH die Grundsätze der Haftung eines Presseorgans für die Setzung eines Links im redaktionellen Teil einer Online-Publikation auf möglicherweise rechtswidrige Inhalte klar herausgearbeitet. Eine korrekte Subsumtion unter die in diesem Urteil aufgestellten Anforderungen an die Prüfungspflichten des Presseorgans ergibt vorliegend die Zulässigkeit des hier streitgegenständlichen Links.

Das abweichende Ergebnis der Antragstellerinnen beruht auf einer Fehlinterpretation der Entscheidungsgründe und einer Verkennung der Pressefreiheit, der gerade der BGH einen maßgeblichen Einfluss auf den Umfang der Prüfungspflichten einräumt. So verkennen die Antragstellerinnen schon, dass der BGH gerade die Bedeutung von Hyperlinks in Online-Presseberichterstattungen herausgearbeitet hat. Es heißt in der „Schöner Wetten“-Entscheidung wörtlich dazu:

**„Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die sinnvolle Nutzung der unübersehbaren Informationsfülle im „World Wide Web“ ohne Einsatz von Hyperlinks zur Verknüpfung der dort zugänglichen Dateien praktisch ausgeschlossen wäre.“** (BGH GRUR 2004, 693, 695 – *Schöner Wetten*).

Der BGH kam entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen zu dem Ergebnis, dass die Setzung eines Hyperlinks innerhalb eines Presseartikels unmittelbar in den Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG fällt (dazu eingehend sogleich). Der BGH folgte in dieser Entscheidung der Vorinstanz, in der das Kammergericht feststellte:

**Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass Verknüpfungen dieser Art medienspezifisch sind und vom Benutzer erwartet werden.** (KG, MMR 2002, 119, 120)

Gegen den eindeutigen Wortlaut der Entscheidung wollen die Antragstellerinnen gelesen haben, dass die Verantwortlichkeit des Linksetzers alternativ auf einem Zu-Eigen-Machen des verlinkten Inhalts, auf der Anregung zur Kontaktaufnahme mit dem Glücksspielveranstalter oder auf einer Verletzung der Prüfungspflichten wegen Kenntnis von der Rechtswidrigkeit beruhen könne (Berufungserwiderung, S. 15 unten). Weil letztere Voraussetzung ihrer Ansicht nach im vorliegenden Fall erfüllt sei, komme es auf die zur presserechtlichen Verbreiterhaftung entwickelten Grundsätze des Zu-Eigen-Machens fremder Inhalte nicht an.

Eine genaue Lektüre der „Schöner Wetten“-Entscheidung ergibt indes ein anderes Bild: Die oben genannten Faktoren einschließlich der Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit des verlinkten Inhalts zu erkennen, bestimmen in einer Gesamtabwägung, in welchem Ausmaß den Linksetzer Prüfungspflichten treffen. Der BGH führt dazu wörtlich 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.“** (BGH GRUR 2004, 693, 695 – *Schöner Wetten*).

Die Tatsache, dass der Link im Rahmen einer Berichterstattung erfolgt, die sich kritisch mit dem verlinkten Inhalt auseinandersetzt, sich den Inhalt also nicht zu eigen macht, sowie der Umstand, dass der Link gesetzt wird, um dem Nutzer – im Hinblick auf ein Verständnis des Internets als Markt der Meinungen – umfassende Informationsmöglichkeiten zu gewähren, **reduzieren also den Umfang der Prüfungspflichten.**

Genauso versteht auch Spindler in seiner Besprechung der „Schöner Wetten“-Entscheidung (Hyperlinks und ausländische Glücksspiele – Karlsruhe locuta causa finita, GRUR 2004, 724, 728) die Argumentation des BGH. Die Antragstellerinnen zitieren ihn unvollständig und unterschlagen dabei die eigentliche Aussage Spindlers zur Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 GG zur Setzung eines Hyperlinks. Zwar sagt er tatsächlich, dass nicht Links auf jegliche Inhalte dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 GG unterstellt werden könnten. Das behauptet die Antragsgegnerin auch nicht. Auf die Linksetzung im Zusammenhang mit einem Presseartikel findet nach Spindler Art. 5 Abs.1 GG aber gerade Anwendung. Es heißt bei Spindler wörtlich:

**„Dem BGH ist ferner zuzustimmen, wenn er besonderes Gewicht im Rahmen der Interessenabwägung auf die Funktion der Hyperlinks als Navigation im Internet und ihrem Schutz durch die Meinungs- und Pressefreiheit legen will. Allerdings darf auch hier in Zukunft keine pauschale Subsumtion eines Links unter die Meinungsfreiheit nach Art. 5 I 1 GG erfolgen, da dieser Schutz grundsätzlich nur für meinungsbildende Inhalte in Anspruch genommen werden kann. Eine allumfassende Informationsfreiheit, die Links auf jegliche Inhalte dem Schutz von Art. 5 I GG unterstellt, würde den verfassungsrechtlichen Schutz der Meinungsfreiheit ausfransen und konturenlos werden lassen. Im entscheidenden Fall stand der streitgegenständliche Hyperlink jedoch im engen Zusammenhang mit einem der Meinungsbildung dienenden Artikel, so dass er unmittelbar in den Genuss der Pressefreiheit kam, auch wenn der Link selbst nicht auf einen meinungsbildenden Inhalt verwies. Der Link diente jedoch der zusätzlichen Information des Lesers, war somit eingebettet in den redaktionell bearbeiteten Artikel.“** (Spindler, a.a.O., Hervorhebung durch den Unterzeichner).

Bei Einbettung des Hyperlinks in die redaktionelle Berichterstattung wird der Schutzbereich der Pressefreiheit also gerade für eröffnet erachtet.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerinnen können bei der Beurteilung des Gesamtzusammenhangs sehr wohl auch die Grundsätze der presserechtlichen Verbreiterhaftung herangezogen werden. Spindler dazu:

**„Demnach will der BGH den Gesamtzusammenhang, in dem der Hyperlink gesetzt wurde, berücksichtigen, was wohl als Hinweis auf die bekannte Rechtsprechung zum Kriterium des ‚Sich-zu-Eigen-Machens‘ gedeutet werden kann.“** (Spindler, a.a.O.).

Der BGH berücksichtigt zudem privilegierend, wenn sich der Linksetzer im medialen Funktionsbereich bewegt:

**„Wenn Hyperlinks nur den Zugang zu ohnehin allgemein zugänglichen Quellen erleichtern, dürfen allerdings im Interesse der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I GG) an die nach den Umständen erforderliche Prüfung keine zu strengen Anforderungen gestellt werden.“** (BGH GRUR 2004, 693, 695 – *Schöner Wetten*).

Der Umfang war in dem vom BGH zu entscheidenden Fall daher in erheblichem Maße reduziert, so dass der Spielraum des Linksetzers großzügig zu bemessen war:

**„Im Hinblick auf die Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I GG) war die Bekl. unter den gegebenen Umständen auch nicht verpflichtet, das Setzen des Hyperlinks bereits deshalb zu unterlassen, weil sie nach zumutbarer Prüfung nicht ausschließen konnte, dass sie damit ein im Inland strafbares Tun unterstützt.“** (BGH GRUR 2004, 693, 696 - *Schöner Wetten*).

Mit diesem letzten Satz hängt der BGH die Latte für eine Verantwortlichkeit der Presse bewusst hoch. Zweifel an der Rechtmäßigkeit selbst nach einer zumutbaren Prüfung des verlinkten Inhalts reichen nach der ausdrücklichen Formulierung des BGH nicht aus. Der BGH will damit gerade verhindern, dass die Presse wegen eines unklaren und unübersehbaren Haftungsrisikos für Hyperlinks auf dieses unverzichtbare Element der Navigation durch das Internet verzichten muss.

Diese Voraussetzungen sah der BGH in dem dort zu entscheidenden Fall nicht als gegeben an. Das ist vor allem vor dem Hintergrund bemerkenswert, dass zum Zeitpunkt der Linksetzung in der Online-Publikation der „Welt“ (Oktober 2000) Literatur und Rechtsprechung einhellig der Meinung waren, dass die Veranstaltung und Bewerbung von Online-Glücksspielen in Deutschland ohne inländische Genehmigung rechtswidrig sei. Das OLG Nürnberg (NJOZ 2001, 183, 186) beispielsweise stellte dazu kurz und bündig fest:

**„Die werbende Firma verfügt unstreitig nicht über eine zur Veranstaltung von Sportwetten in Deutschland berechtigende behördliche Erlaubnis. Auf eine für Österreich erteilte Gewerbeerlaubnis kommt es nicht an, da das Werbeverbot der §§ 284 IV und 287 II StGB nach der Gesetzesbegründung (BT-Dr 13/9064, S. 20f.) gerade auch die Fälle erfassen soll, in denen ausländische Veranstalter, die im Inland den Tatbestand des § 284 I oder § 287 I StGB nicht verwirklichen, für ihr Angebot werben (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 284 Rdnrn. 14f.)“** (genauso: OLG München NJWE-WettbR 2000, 10, 11; OLG Hamburg MMR 2002, 471, 473; Leupold/Bachmann/Pelz, MMR 2000, 648, 655; Mankowski, MMR 2002, 552, 553).

Also: Auch in dieser Entscheidung ging es um ein Unternehmen, das über eine österreichische Genehmigung verfügte, Sportwetten anzubieten. Der Sachverhalt ist identisch der „Schöner Wetten“-Entscheidung. Ohne jeglichen Zweifel kommt das OLG Nürnberg, wie auch alle anderen Entscheidungen zu dieser Frage zu dem Ergebnis, dass die österreichische Genehmigung für die rechtliche – auch strafrechtliche – Bewertung der nach deutschem Recht unbeachtlich ist.

Die **Rechtsunsicherheit**, die den BGH letztlich dazu veranlasst hat, die Störerhaftung des Linksetzers abzulehnen, da es ihm nicht zumutbar sei, komplexe Streitfragen selbst zu entscheiden, lag in der Frage der Vereinbarkeit der deutschen Strafnorm (§ 284 StGB) mit den Grundfreiheiten der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV und der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV, also in der **Vereinbarkeit einer einfachgesetzlichen Norm mit höherrangigem Recht**.

Allerdings war dem BGH zum Zeitpunkt seines Urteils bewusst, dass sich die Beurteilung solcher Sachverhalte trotz der im Jahre 2003 ergangenen Gambelli-Entscheidung des EuGH zur Vereinbarkeit staatlicher Sportwetten-Monopole mit dem Gemeinschaftsrecht (EuGH NJW 2004, 139) nicht verändert hatte (vgl. nur: Walz, EuZW 2004, 523,

526). Gleichwohl hat er die Störerhaftung verneint, „weil ohne eingehende rechtliche Prüfung nicht zu erkennen war und ist, dass eine in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union an einen dort ansässiges Unternehmen erteilte Genehmigung, Glücksspiele im Internet zu veranstalten, eine Strafbarkeit im Inland“ nicht ausschließt. Der BGH stützte sich darauf, dass trotz der selbst im Jahre 2003 weitgehenden Einigkeit zur Frage ausländischer Genehmigungen jedenfalls einige „in Zweifel zogen“, dass die deutschen Vorschriften zum Verbot von Glücksspielen mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages vereinbar seien. Diese wenigen in der juristischen Literatur vorgetragenen Zweifel reichten nach der Auffassung des BGH aus, selbst nach zumutbarer Prüfung eine Verletzung von Prüfungspflichten und damit eine Verantwortlichkeit für die Linksetzung abzulehnen.

Zur Veranschaulichung sei hier noch einmal die entscheidende Passage aus dem dort streitgegenständlichen Artikel in dem Online-Angebot der Tageszeitung „Die Welt“ im Wortlaut zitiert (vgl: <http://www.welt.de/data/2000/10/18/587342.html?s=2>):

**„Probleme hatte die Start-upperin mit der rechtlichen Situation in Deutschland. Man bekommt keine Lizenz, das Ganze ist eine einzigste Grauzone. Es gibt ein staatliches Monopol, und das war's.“ Ärgern kann sie sich heute noch darüber, dass der Staat seinen Bürgern verbietet, da zu wetten, wo sie wollen. Aufgegeben hat sie deswegen trotzdem nicht. Stattdessen ist sie nach Salzburg gezogen - von München aus die „pragmatischste Lösung“. Dort bekam sie die nötigen Genehmigungen.“ (Hervorhebungen durch den Unterzeichner).**

Der Autor war sich des Verbots wegen des Fehlens einer inländischen Genehmigung hier also voll bewusst. Dass auch die „pragmatischste Lösung“, die Genehmigung im Ausland, insoweit keinen Ausweg bot, wäre angesichts der eindeutigen Rechtslage leicht herauszufinden gewesen. Gleichwohl verneinte der BGH eine Verletzung von Prüfungspflichten.

An den so festgelegten Maßstäben muss sich auch die Linksetzung durch die Antragsgegnerin messen lassen.



## 2. Keine Verletzung von Prüfungspflichten durch die Antragsgegnerin

Diese Maßstäbe zugrunde gelegt kann von einer Verletzung der sie treffenden Prüfungspflicht durch die Antragsgegnerin nicht gesprochen werden. Denn zu ihren Gunsten ist davon auszugehen, dass der Umfang ihrer Prüfungspflichten aufgrund der Umstände des Einzelfalls deutlich reduziert war:

### a) Gesamtzusammenhang der Linksetzung

Wie in der „Schöner Wetten“-Entscheidung war der Link auf die Startseite des Internetangebots von SlySoft eingebettet in die redaktionelle Berichterstattung der Antragsgegnerin. Wie zuletzt in der Erwiderung auf die Berufung der Antragstellerinnen vom 12. Juli 2005 im Hinblick auf die Berichterstattung als solcher ausführlich dargestellt, bewegt sich die Antragsgegnerin mit ihrem Artikel im Rahmen ihrer grundgesetzlich geschützten Pressefreiheit und überschreitet nicht die Grenzen zur unzulässigen Schleichwerbung. Der Artikel informiert und kommentiert nicht nur die neuen Entwicklungen bei der Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen und die rechtliche Ausgangssituation; er kritisiert die Angaben des Unternehmens Slysoft sogar. Die Antragsgegnerin wurde mithin unmittelbar in ihrem medialen Funktionsbereich tätig, weswegen nach den oben dargelegten Grundsätzen schon von vornherein nicht allzu strenge Anforderungen an die Antragsgegnerin gestellt werden dürfen.

Ebenfalls in Übereinstimmung mit der „Schöner Wetten“-Entscheidung ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang, in dem der Link steht, dass sich die Antragsgegnerin die verlinkten Inhalte nicht zu eigen macht. Auch hier soll zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Berufungsbegründung der Antragsgegnerin vom 06. Juni 2005 (S. 13ff.) verwiesen werden.

Nach den oben dargelegten Grundsätzen der „Schöner Wetten“-Entscheidung kommt eine Verletzung der Prüfungspflicht durch die Antragsgegnerin selbst dann nicht in Betracht, wenn sie nach einer zumutbaren Prüfung Zweifel an der Rechtmäßigkeit der verlinkten Inhalte hatte. Wegen der hohen Anforderungen, die der BGH damit an eine Verantwortlichkeit der Presse stellt, sei das entsprechende Zitat aus der „Schöner Wetten“-Entscheidung nochmals genannt:

**„Im Hinblick auf die Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I GG) war die Bekl. unter den gegebenen Umständen auch nicht verpflichtet, das Setzen des Hyperlinks bereits deshalb zu unterlassen, weil sie nach zumutbarer Prüfung nicht ausschließen konnte, dass sie damit ein im Inland strafbares Tun unterstützt.“** (BGH GRUR 2004, 693, 696 - *Schöner Wetten*).

Zumutbar ist insoweit nur eine Evidenzkontrolle, aus der sich ergeben muss, dass die verlinkte Webseite für jedermann erkennbar und eindeutig die Rechte Dritter verletzt (Dustmann, in: Bröcker/Czychowski/Schäfer, Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 4, Rn. 110).

**b) Rechtsunsicherheit um Anwendbarkeit, Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des § 95a UrhG**

Die Antragsgegnerin hat bereits umfänglich vorgetragen, dass der neue § 95a UrhG Gegenstand einer lebhaften Diskussion in der juristischen Fachwelt ist, und dass nahezu jedes Tatbestandsmerkmal dieser neuen Vorschrift in Reichweite und Vereinbarkeit mit einfachgesetzlichen und höherrangigen Vorschriften in Streit steht (vgl. nur Antragsgerwiderung vom 1. März 2005, S. 26ff.). Die wissenschaftliche Auseinandersetzung konzentriert sich dabei neben der Reichweite der Norm auch auf ihre Verfassungsmäßigkeit überhaupt. Wieder resultiert die Rechtsunsicherheit mithin aus der Vereinbarkeit einer einfachgesetzlichen Norm (hier § 95a UrhG, in „Schöner Wetten“ § 284 StGB) mit höherem Recht (hier das Grundgesetz, dort der EG-Vertrag). Zur Verdeutlichung soll noch einmal das Ergebnis einer Analyse von Ulbricht, CR 2004, 674, 679, zur Verfassungsmäßigkeit der Norm zitiert werden:

**„§ 95a UrhG stellt deshalb einen Eingriff in die Informationsfreiheit der Nutzer dar, der im Interesse der Rechteinhaber nicht erforderlich ist. § 95a UrhG ist deshalb nicht verfassungsgemäß. Die Vorschrift kann wegen ihrer strafrechtlichen Relevanz auch nicht einschränkend auf verfassungskonforme Weise ausgelegt werden.“**

Teilweise geht die Literatur aber auch davon aus, dass die neue Vorschrift nur ein stumpfes Schwert sein könnte:

**„Im Ergebnis dürften nach Ansicht der Verfasser die meisten Kopierprogramme, die bislang angeboten wurden, auch in Zukunft legal beworben, verkauft und verwendet werden.“** (Strömer/Gaspers, K&R 2004, 14, 14).

Ähnliche Zweifel an der Durchschlagskraft der Norm haben Abdallah/Gercke/Reinert, ZUM 2004, 31, 36:

**„Vor diesem Hintergrund wird daher nicht recht erkennbar, wie man auf Grundlage des § 95a UrhG gegen das Herstellen, Verkaufen oder Bewerben bspw. von Kopiersoftware oder ähnlichen Programmen vorgehen bzw. die notwendige Motivation nachweisen will, wenn man die Existenz des § 53 Abs. 1 UrhG [Zulässigkeit der Privatkopie, Anm. des Unterzeichners] nicht völlig negiert, dessen praktische Anwendung zwangsläufig die Umgehung der technischen Schutzmaßnahme voraussetzt.“**

Wie sich angesichts solch expliziter Auffassungen die Rechtswidrigkeit des verlinkten Inhalts aufdrängen und zweifelsfrei festgestellt werden soll, erschließt sich der Antragsgegnerin nicht. Sie ist ein Verlag, in dem journalistische Mitarbeiter die Beiträge erstellen und keine versierten Juristen. Dass sie mit dem Thema vertraut war, ändert an dieser Beurteilung nichts. Denn gerade eine intensive Beschäftigung mit dieser neuen und in ihrem Anwendungsbereich noch ungewissen Norm fördert Zweifel an ihrer Reichweite und ihrer Verfassungsmäßigkeit.

Auch eine erfolgte Abmahnung ändert an diesem Ergebnis nichts. Wiederum ist der BGH zu bemühen: in der Entscheidung „Schöner Wetten“ kam der BGH zu dem Ergebnis, dass selbst dann, wenn nach einer zumutbaren Prüfung (also etwa nach einer Abmahnung) Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestehen, das Setzens des Hyperlinks nicht zu unterlassen war.

### III.

#### **Keine Beihilfe zu etwaigem Urheberrechtsverstoß der Fa. SlySoft**

##### **1. § 95a Abs. 3 UrhG zählt Haftungstatbestände abschließend auf**

Eine Verantwortlichkeit der Antragsgegnerin für ein etwaiges Fehlverhalten der Fa. SlySoft kann nicht unter dem Gesichtspunkt einer Beihilfe konstruiert werden. Abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin schon darauf hingewiesen hat (Berufungsbegründung vom 06. Juni 2005, S. 21f.), dass § 95a Abs. 3 UrhG als Tatbestand der Gefährdungshaftung keinen Vorsatz im Hinblick auf Rechtsgutverletzung und Schaden voraussetzt,

weswegen mangels vorsätzlicher Haupttat eine Teilnahme schon gedanklich nicht in Betracht kommt, scheitert eine Beihilfe noch aus weiteren Gründen.

§ 95a Abs. 3 UrhG verlagert die Verantwortlichkeit für die Umgehung von Kopierschutztechnologien ohnehin schon in den Vorbereitungsbereich. Für ausgewählte typische Beihilfehandlungen zu dieser Umgehung, die letztlich durch den Nutzer selbst stattfindet, ordnet Abs. 3 die Haftung an. Hintergrund dieser Vorverlagerung ist die Überlegung, dass die eigentliche Gefahr für Urheber und Inhaber von Leistungsschutzrechten nicht in den Umgehungshandlungen privater Nutzer, sondern in den Vorbereitungshandlungen kommerzieller Unternehmer liegt (Wandtke/Ohst, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, Ergänzungsband, § 95a UrhG, Rn. 67). Das von den Antragstellerinnen zur Ratio des § 95a Abs. 3 UrhG angeführte Zitat aus Loewenheim/Peukert, Handbuch des Urheberrechts, § 34, Rn. 18, offenbart sehr deutlich, dass die Antragstellerinnen der wahren „Täter“ nicht habhaft werden kann und deshalb auf einem Nebenkriegsschauplatz gegen die Antragsgegnerin vorgeht. Dort heißt es:

**„Hiermit soll das Übel an der Wurzel gepackt und den Rechtsinhabern eine umfassende Kontrolle über die Herstellung und Vertrieb von Umgehungsmitteln eröffnet werden.“**

Angesprochen durch die Norm sollen also die kommerziellen Anbieter der Umgehungssoftware sein. Ihre Vorbereitungshandlungen für die eigentliche Umgehung durch den Nutzer, Herstellung, Vertrieb und Bewerbung, sollen der Kontrolle der Rechteinhaber unterstellt werden. Damit „packt man das Übel an der Wurzel“. Die Vorstellung, die über die Auseinandersetzung zwischen Rechteinhabern und Kopierschutz-Knackern berichtende Presse sei die Wurzel allen Übels, erscheint abwegig.

Der europäische Gesetzgeber und entsprechend auch der deutsche haben daher die Weite des Tatbestandes durch die speziellen Voraussetzungen des § 95a Abs. 3 Ziff. 1-3 UrhG eingeschränkt. Loewenheim/Peukert, Handbuch des Urheberrechts, § 34, Rn. 23, beschreiben den Sinn dieser zusätzlichen Anforderungen so:

**„Die im zweiten Halbsatz von § 95a Abs. 3 UrhG aufgezählten drei Alternativen („oder“) konkretisieren den Zweck der Norm und dienen der Einschränkung des Tatbestandes, um eine Behinderung des normalen Betriebs elektronischer Geräte und der technischen Entwicklung zu vermeiden.“**

Primäres Ziel dieser Voraussetzungen ist es mithin, sog. Dual-Use-Güter, also Allzweckgeräte, die neben der Möglichkeit der Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen in erster Linie anderen Zwecken dienen, vom Anwendungsbereich der Norm auszunehmen (Loewenheim/Peukert, a.a.O., Rn. 25).

Wenn danach nicht einmal technische Geräte, die neben anderen Funktionen auch die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen ermöglichen, gegen § 95a UrhG verstoßen, wie soll es dann eine Presseberichterstattung, die allenfalls reflexhaft Internetnutzern Kenntnis von einer Software in einem Bericht verschafft, der der Informationsverschaffung und Meinungsbildung bezüglich eines Thema von allgemeinem Interesse dient.

Über den „Klimmzug“ (Hoeren, MMR 2005, 387, 388, in seiner Anm. zum erstinstanzlichen Urteil) der Gehilfenhaftung würden diese spezifischen Voraussetzungen aus § 95a Abs. 3 Ziff. 1-3 UrhG ausgehebelt und der Anwendungsbereich der Norm weiter ausgedehnt als es der Gesetzgeber vorgesehen hat. Zu diesem Schluss kommt auch Hoeren (a.a.O.) der feststellt:

**„§ 95a Abs. 3 UrhG ist eine in sich abgeschlossene Vorschrift, die alle Tathandlungen umfassend benennt. Verboten ist danach neben der Herstellung und dem Vertrieb von Crack-Tools nur die Werbung für das Tool. Im Umkehrschluss sind Handlungen, die weder Herstellung noch Vertrieb oder Werbung sind, erlaubt. Insb. gilt dies für die allgemeine Presseberichterstattung. Diese ist in § 95a Abs. 3 UrhG eben gerade nicht als Verbotstatbestand erwähnt, was im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Pressefreiheit in Art. 5 GG auch geboten ist.“**

## **2. Kein substantiierter Vortrag der Antragstellerinnen zu den Voraussetzungen des § 95a Abs. 3 UrhG**

Das Landgericht hat lapidar einen Verstoß durch SlySoft gegen § 95a UrhG angenommen, ohne unter die einzelnen Tatbestandsmerkmale zu subsumieren. Der Sachverhalt lässt diesen Schluss nicht zu. Die Antragsgegnerin hatte schon darauf hingewiesen, dass hier bis heute jegliche Angaben dazu fehlen, welcher Art die eingesetzten Kopierschutzmaßnahmen sind (einen Überblick über die Vielfalt möglicher Kopiersperren geben: Wandtke/Ohst, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, Ergänzungsband, § 95a, Rn. 18ff.) und ob diese Verfahren „wirksam“ i.S.d. § 95a Abs. 2 UrhG sind.

Der neuerliche Vortrag der Antragstellerinnen, das Bestreiten mit Nichtwissen seitens der Antragsgegnerin sei unerheblich, kehrt die tatsächlichen Verhältnisse in ihr Gegenteil. Es folgt aus allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen, dass es dem Rechteinhaber obliegt, zu zeigen, dass die gewählten technischen Maßnahmen auch wirksam sind (so auch: Wandtke/Ohst, a.a.O., Rn. 51). Dies müssen die Antragstellerinnen zunächst darlegen und sodann glaubhaft machen. An beidem fehlt es. Deshalb geht der Einwand der Antragstellerinnen (Berufungserwiderung, S. 32f.), die Antragsgegnerin könne den Einsatz wirksamer technischer Maßnahmen unter Hinweis auf § 138 Abs. 4 ZPO wegen der Möglichkeit eigener Wahrnehmung nicht mit Nichtwissen bestreiten, fehl. Die Antragsgegnerin muss nichts bestreiten, was von den Antragstellerinnen schon nicht substantiiert vorgetragen wurde.

Das gilt zunächst schon für den Einsatz technischer Maßnahmen überhaupt. Das Vorliegen solcher Technologien einfach zu unterstellen, dürfte den Realitäten in der CD- und DVD-Branche nicht entsprechen, so dass man von den Antragstellerinnen etwas genauere Angaben als die bloße Behauptung, Kopiersperren zu verwenden, redlicherweise erwarten darf. Der Vortrag zu diesem Tatbestandsmerkmal ist auch insoweit von Interesse als bei software-implementierten Kopierschutzverfahren § 95a UrhG wegen § 69a Abs. 5 UrhG vielleicht gar nicht anwendbar wäre (vgl.: Kritik von Lejeune, CR 2005, 463, 463, Anm. zum erstinstanzlichen Urteil, das LG habe hierzu überhaupt keine Feststellungen getroffen).

Zwar ist es richtig, dass es für die Wirksamkeit einer technischen Maßnahme nicht darauf ankommen kann, dass diese überhaupt nicht zu überwinden wäre. Dann bedürfte es der Vorschrift nicht. Andererseits genügt eine Kopierschutztechnologie nicht den Anforderungen aus § 95a Abs. 2 UrhG, wenn sie kein nennenswertes Hindernis gegen Umgehung bietet, etwa weil sie schon mit den allgemein verfügbaren Programmwerkzeugen umgangen werden kann (Dreier/Schulze, Urheberrecht, § 95a, Rn. 15; Loewenheim/Peukert, Handbuch des Urheberrechts, § 34, Rn. 12).

So ist vor wenigen Wochen der interessierten Öffentlichkeit bekannt geworden, dass gewisse Kopierschutzmechanismen allein durch die Deaktivierung der sog. Autoplay-

Funktion am Computer ausgeschaltet werden können. Die Autoplay-Funktion sorgt dafür, dass beim Einlegen einer CD oder DVD auf der CD bzw. DVD niedergelegte Programme, also auch solche zum Schutz vor Vervielfältigung, gestartet werden. Die Autoplay-Funktion ist eine Funktion unter dem Betriebssystem von Windows des Herstellers Microsoft. Bestimmte Kopierschutzprogramme, so etwa das offenbar auch von den Antragstellerinnen verwendete Kopierschutzprogramm MediaMax CD-3 der Fa. Sunn-Comm, werden durch ein schlichtes Ausschalten dieser Funktion außer Kraft gesetzt. Der Inhalt der CD kann nun, wie sich dem hier als

#### **Anlage BK 4**

vorgelegten Artikel aus dem Online-Angebot der Antragsgegnerin ergibt, vervielfältigt werden. Das Ausschalten der Funktion ist in Windows ganz einfach zu erreichen. Noch einfacher geht es, indem man schlicht die „Hochstell“-Taste gedrückt hält, wenn man die CD in das Laufwerk einlegt; auch dies führt zum Ausschalten der Autoplay-Funktion.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Wirksamkeit technischer Maßnahmen durch den fortschreitenden technologischen Fortschritt dem Wandel unterworfen ist. Was gestern noch ein wirksamer Kopierschutz war, kann heute schon so überholt sein, dass von einem „wirksamen“ Schutz nicht mehr gesprochen werden kann. Ob die in dem streitgegenständlichen Beitrag auch erwähnte CSS(Control Scrambling System)-Sperrung noch wirksam genannt werden kann, halten so etwa Wandtke/Ohst (a.a.O., Rn. 34) für äußerst fraglich.

Ob diese Einwände auch gegen etwaige von den Antragstellerinnen eingesetzten Technologien vorzubringen sind, kann die Antragsgegnerin aufgrund des nicht vorhandenen Vortrags hierzu schlicht nicht beurteilen. Eine Verurteilung der Antragsgegnerin, ohne dass die Antragstellerinnen zu den anspruchsbegründenden Tatsachen vorgetragen und damit der Antragsgegnerin Gelegenheit zur Verteidigung gegeben hat, kann jedenfalls keinen Bestand haben (kritisch zu den fehlenden diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts auch: Hoeren, MMR 2005, 387, 388, Anm. zum erstinstanzlichen Urteil). Nichts anderes gilt im übrigen für die ohne weitere Glaubhaftmachung vorgetragene Downloads der SlySoft-Programme durch deutsche Nutzer.

### **3. Keine vorsätzliche Unterstützungshandlung**

In jedem Fall fehlt es aber für die Gehilfenhaftung an einer vorsätzlichen Unterstützungshandlung. Wenn Vorsatz Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung ist, fehlt es sowohl an der intellektuellen wie auch an der voluntativen Komponente des Vorsatzes.

Wie im Rahmen der Prüfungspflicht bei der Störerhaftung bereits ausgeführt wurde, hatte die Antragsgegnerin keine sichere Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des SlySoft-Angebots. Der Vorsatz bei der Beihilfe muss sich aber eben auch auf die Rechtswidrigkeit der Haupttat beziehen.

Vor allem fehlt es aber an der Willenskomponente des Vorsatzes. Zwar hat das Landgericht recht, wenn es darauf abstellt, dass bedingter Vorsatz kein zielgerichtetes Handeln verlangt. Ein voluntatives Inkaufnehmen ist aber sehr wohl Voraussetzung für vorsätzliches Handeln. Hierzu hätte das Landgericht Feststellungen treffen müssen.

Wie in diesem Verfahren schon mehrfach und ausführlich dargelegt und wie auch das Landgericht zur Berichterstattung als solcher festgestellt hat, wahrt der Artikel eine kritische Distanz zum Gegenstand seiner Berichterstattung. In diesem Zusammenhang davon zu sprechen, die Antragsgegnerin wolle bewusst den Absatz von Software zum Knacken von Kopierschutz fördern, kann nicht überzeugen. Der Hinweis in dem streitgegenständlichen Beitrag auf die rechtliche Problematik um die SlySoft-Produkte wirkt insoweit eher risikoverringend, als potentielle Käufer der Software von der rechtlichen Ungewissheit abgeschreckt werden könnten. Mithin ist eine etwaige Unterstützung durch die Linksetzung gerade nicht billigend in Kauf genommen worden.