

schriften, Zeitschriften, Zeitungen und Bücher eine Inhaltsangabe darstelle. Auch wenn eine solche Bezeichnung eine einem Werktitel ähnliche Funktion erhalten könne, diene sie nach Auffassung des Verkehrs jedenfalls nicht als Unterscheidungsmittel von Waren oder Dienstleistungen. Umgekehrt folge aber aus der fehlenden Unterscheidungskraft für diese Waren und Dienstleistungen nicht zwingend, dass eine solche, noch dazu kurze und prägnante Wortfolge, nicht für andere Waren- und Dienstleistungsklassen eintragungsfähig sei.

Diese Entscheidung zeigt wieder einmal, dass nur solche Titel für die Klasse 16 und dem entsprechenden Dienstleistungsbereich in Klasse 41 eintragungsfähig sein dürften, die von Hause aus schon ein hohes Maß an Originalität und damit potentielle Kennzeichnungskraft besitzen, zumindest aber keinen beschreibenden Anklang haben oder eine Sachaussage enthalten. Dies dürfte bei längeren Wortfolgen generell schwierig sein.

RA Dr. Roger Mann, Hamburg\*

## Vorveröffentlichung und Dringlichkeit – Eine Strategie gegen Buchverbote?

*Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob die teilweise gravierenden Konsequenzen von Unterlassungsverfügungen gegen den Inhalt von Büchern dadurch vermieden werden können, dass deren Inhalt vorab im Internet veröffentlicht wird.*

### I. Verbotene Bücher – Ein neuer Trend?

Lange Zeit stand die Mephisto-Entscheidung des BVerfG<sup>1</sup> wie ein „Monolith“ für ein Buchverbot in der Rechtsprechungslandschaft der Nachkriegsgeschichte. In den letzten Jahren nehmen jedoch die gerichtlichen Entscheidungen, die das Verbot ganzer Bücher oder zumindest wesentlicher Teile zum Gegenstand haben, in einem Ausmaß zu, dass Buchverlage heute nicht nur in Ausnahmefällen damit rechnen müssen, dass sie sich beim Vertrieb der von ihnen verlegten Bücher Unterlassungsansprüchen ausgesetzt sehen. Das hat nicht nur im Fall des Buchs „Esra“ des Autors Maxim Biller zu einer Diskussion über die Auswirkungen derartiger Verbote auf die Kunstfreiheit geführt,<sup>2</sup> sondern auch zu Verunsicherungen in deutschen Buchverlagen und die Frage aufgeworfen, ob die gravierende Konsequenz derartiger Verbote, die unter Umständen hunderttausende von Buchexemplaren sprichwörtlich zur Makulatur verkommen lassen, im Vorfeld vermieden werden können.

### II. Vorveröffentlichungen im Internet

Die schwerwiegende Konsequenz eines de-facto-Buchverbots stellt sich vor allen Dingen dann, wenn nach Drucklegung eines Werks eine einstweilige Verfügung mit einem vorläufigen Verbot der Verbreitung von Teilen

### V. Ausblick

Die Seewolf-Entscheidung des OLG München im vergangenen Jahr hat eine der wesentlichen diskussionswürdigen Fragen des Titelschutzes – seine Abgrenzung zu anderen Schutzrechten – angeschnitten. Hier ist sicherlich mit einer weiteren Diskussion zu rechnen, zumal der Lösungsansatz des OLG München sicher praktikabel, dogmatisch aber auch kritisch ist. Die Bunte-Entscheidung des LG München wiederum weist auf Probleme der Titelschutzanzeige hin, die trotz ihrer sehr hohen praktischen Bedeutung verfahrensrechtlich kaum in den Griff zu kriegen ist. Schließlich bleibt zu hoffen, dass die strafrechtliche Verfolgung eines Justitiars aufgrund einer titelschutzrechtlichen Einschätzung ein Einzelfall geblieben ist. Jedenfalls sollte die Strafkammer sich an das ihr zukommende Richterprivileg bei der Beurteilung schwieriger Rechtsfragen erinnern und die Haftung eines Justitiars nicht mit anderen Maßstäben bewerten.

dieses Werks zugestellt wird. Dies hat unmittelbar zur Folge, dass das gedruckte Werk in dieser Form nicht mehr an den Buchhandel ausgeliefert werden darf. Rückruffpflichten gegenüber dem Buchhandel werden zwar überwiegend abgelehnt<sup>3</sup>. Die Gewährung von Aufbrauchfristen wird von den Instanzgerichten und in der Literatur unterschiedlich beurteilt<sup>4</sup>. Es bleibt damit jedenfalls das Risiko für die gedruckten und noch nicht ausgelieferten Exemplare. Fraglich ist, ob diese Situation dadurch vermieden werden kann, dass das betreffende Manuskript vor der Veröffentlichung als „E-Book“ im Internet veröffentlicht wird. Die entscheidende Frage in diesem Zusammenhang ist, ob bereits die (branchenübliche) Kenntnis einer derartigen Vorveröffentlichung im Internet die Dringlichkeitsfrist für ein etwaiges Verbot im Wege der einstweiligen Verfügung mit Wirkung auch für eine nachfolgende Print-Veröffentlichung auslösen kann. Wäre diese Frage zu bejahen, würde dies nach Ablauf der Dringlichkeitsfristen dazu führen, dass es am Verfügungsgrund für eine einstweilige Verfügung gegen die Verbreitung des Buchs fehlt und ein Unterlassungsanspruch nur noch im Klageverfahren mit den entsprechenden Einschränkungen der Vollstreckbarkeit von Instanzentscheidungen geltend gemacht werden könnte.

\* Der Autor ist Partner der Sozietät DAMM & MANN, Hamburg, und Lehrbeauftragter für Presserecht an der Universität Göttingen. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 BVerfGE 30, 173 ff. – „Mephisto“.

2 „Ein Jahr ‚Esra‘-Urteil, wie ein Roman-Verbot die Buchbranche einschüchtert“, „SPIEGEL ONLINE“ vom 16. 10. 2008 und „Kann Dichtung dem Leben schaden?“, „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ vom 4. 1. 2007.

3 So ausdrücklich OLG Hamburg NJWE-WettbR 1995, 56 für den Fall des Buchhandels; vgl. dazu auch Mann, AfP 2008, 6 ff., 9.

4 Vgl. Nachweise bei Meyer-Bohl, NJW 2000, 2135 ff.

## 1. Dringlichkeitsfristen im Äußerungsrecht

In den angesprochenen Fällen werden die Unterlassungsansprüche in der Regel auf die Verletzung der Persönlichkeitsrechte von Personen gestützt, die geltend machen, dass sie in den entsprechenden Werken nach den Maßstäben der höchstrichterlichen Rechtsprechung erkennbar sind.<sup>5</sup> Anspruchsgrundlage sind in diesen Fällen §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog), i.V.m. Artt. 1, 2 GG, sowie bei ehrverletzenden Aussagen darüber hinaus §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) i.V.m. §§ 185 ff. StGB.<sup>6</sup> Obwohl es im Äußerungsrecht bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten keine gesetzliche Dringlichkeitsvermutung gibt, wie etwa für wettbewerbsrechtliche Ansprüche aus § 12 Abs. 2 UWG, geht die presserechtliche Rechtsprechung faktisch von einer Dringlichkeitsvermutung aus. Wörtlich spricht das OLG Hamburg in einer Entscheidung vom 20. 3. 2008<sup>7</sup> im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs gegen die neuerliche Ausstrahlung eines Fernsehfilms von einer „bestehenden Vermutung der Dringlichkeit“, die bereits zum Zeitpunkt der ersten Ausstrahlung des Fernsehbeitrags bestanden habe.

Diese Dringlichkeitsvermutung entfällt bei einem zu langen Zuwarten des Betroffenen. Unschädlich für die Dringlichkeit ist jedoch der Zeitraum, den er benötigt, um sich über die Bedeutung der Verletzung klar zu werden, Rechtsrat einzuholen, den Gegner abzumahnern und bei Erfolglosigkeit das Gericht anzurufen.<sup>8</sup> Der Zeitraum, den die Gerichte dem Betroffenen für diese Tätigkeiten einräumen, wird von den Gerichten teilweise unterschiedlich bemessen. So räumt die Hamburger Rechtsprechung den Betroffenen in der Regel fünf Wochen nach Kenntnisnahme des Beitrags und Person des Verbreiters für die genannten Tätigkeiten ein.<sup>9</sup> Dagegen hat das OLG Celle entschieden, dass bereits nach Ablauf von einem Monat nach Kenntnisnahme der beanstandeten Äußerung und der Person des Verbreiters nicht mehr von der Dringlichkeitsvermutung auszugehen ist.<sup>10</sup>

## 2. Dringlichkeit und Vorveröffentlichung

Die Frage, die sich vor dem Hintergrund der geschilderten Dringlichkeitsfristen stellt, ist, ob ein Zuwarten des Betroffenen auch bei Kenntnis von einer Vorveröffentlichung dringlichkeitsschädlich sein kann. Beginnt also die Dringlichkeitsfrist bei mehreren Veröffentlichungen mit demselben Inhalt nur einmalig mit der ersten Veröffentlichung oder mit jeder Folgeveröffentlichung neu? Das OLG Hamburg hatte in der Entscheidung „Fernsehfilm“ einen Fall zu entscheiden, in dem die Dokumentation eines Kriminalfalls zunächst im Jahre 2004 unbeanstandet von den Anspruchstellern ausgestrahlt worden war. Erst bei Ankündigung der Wiederholung desselben Beitrags unter einem anderen Titel im Jahr 2006 erwirkten die Anspruchsteller gegen diese Ausstrahlung eine einstweilige Verfügung. Das OLG Hamburg hob diese einstweilige Verfügung mit der Begründung auf, dass die zweite Ausstrahlung desselben Films zwei Jahre später keine neue Dringlichkeitsfrist ausgelöst habe. Begründet wurde dies damit, dass es lebensfremd sei anzunehmen, dass eine derartige Dokumentation nur einmal ausgestrahlt werde. Tatsächlich sei für jeden Fernsehzuschauer „offensichtlich, dass Filmbeiträge wiederholt werden“. Durch die zweite Veröffentlichung habe sich die seit der Erstausstrahlung bestehende Gefahr der Wiederholung, deren Beseitigung die Anspruchsteller während des Ablaufs von mehr als

zwei Jahren nicht für dringlich erachtet hätte, realisiert.<sup>11</sup> Fraglich ist, ob diese Argumentation des OLG Hamburg sich auch auf einen Sachverhalt anwenden lässt, bei dem der Fernsehfilm zwei Jahre zuvor nicht im Fernsehprogramm des in Anspruch genommenen Senders ausgestrahlt worden ist, sondern nur in dessen Internetangebot. Das OLG Hamburg stellt für die Frage, ob eine Vorveröffentlichung dringlichkeitsschädlich ist oder nicht, darauf ab, ob sich in der Zwischenzeit „wesentliche Umstände geändert“ haben. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: „Etwas anderes könnte jedenfalls dann gelten, wenn sich in der Zwischenzeit wesentliche Umstände geändert hätten oder wenn sich der geplante Beitrag von dem ursprünglich ausgestrahlten Beitrag zu Lasten der Antragstellerin wesentlich unterscheide.“<sup>12</sup>

### a) Urheberrechtlicher Ansatz

Für die Frage, wann der Folgebeitrag sich von dem ursprünglichen Beitrag so wesentlich unterscheidet, dass es nicht mehr gerechtfertigt wäre, dem Anspruchsteller bereits die Vorveröffentlichung im Rahmen der Berechnung der Dringlichkeitsfristen zuzurechnen, könnte man darauf abstellen, ob die Veröffentlichung in einer anderen Nutzungsart im urheberrechtlichen Sinne vorgenommen wurde. Eine eigenständige Nutzungsart in diesem Sinne ist jede hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erscheinende Nutzungsform.<sup>13</sup> Mit Blick auf den urheberschützenden Ansatz des Urheberrechts ist diese Abgrenzung sehr eng und damit in ihrer Tendenz „angreiferfreundlich“. Im konkreten Fall des Fernsehfilms wäre die Vorveröffentlichung des Beitrags im Internet bei Zugrundelegung dieses Maßstabs nicht dringlichkeitsschädlich, da die Veröffentlichung im Internet gegenüber der später beabsichtigten Verbreitung im Fernsehen eine andere Nutzungsart darstellt.

Für eine Heranziehung eines urheberrechtlichen Maßstabs bei der Beurteilung der Frage, ob eine maßgebliche Abweichung zwischen Vorveröffentlichung und Folgeveröffentlichung im Rahmen der Berechnung der Dringlichkeitsfristen vorliegt, könnte die Praxis der Hamburger Rechtsprechung sprechen, die auch die urheberrechtliche Zweckübertragungslehre auf die persönlichkeitsrechtliche Frage anwenden, ob die Reichweite der Einwilligung eines Abgebildeten die spätere Veröffentlichung des Fotos abdeckt.<sup>14</sup> Ein Fotograf, der bei einer Filmpremiere den Hauptdarsteller des Films auf dem „roten Teppich“ fotografiert und dieses Foto ohne weitere Vereinbarung an einen Verlag weiterreicht, kommt insoweit in den Genuss der Zweckübertragungslehre, als der Verlag die Nutzungsrechte ohne weitere Vereinbarung nur insoweit erwirbt, als es der dem Fotografen bekannte Verwendungszweck erfordert.<sup>15</sup> Übertragen auf die persönlichkeitsrechtliche

5 Vgl. dazu BGH, NJW 1979, 2205, 2206 – „Fußballtorwart“; BVerfG, NJW 2008, 39 ff. – „Esra“.

6 Vgl. dazu Meyer, in: Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 2008, 42. Abschnitt, Rn. 2.

7 OLG Hamburg, AfP 2008, 317 – „Fernsehfilm“.

8 Meyer, in: Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht (Fn. 6), Kap. 42, Rn. 31.

9 Rechtsprechungsnachweise bei Meyer (Fn. 7).

10 OLG Celle, AfP 2002, 506, 508.

11 OLG Hamburg, AfP 2008, 317, 318.

12 OLG Hamburg, AfP 2008, 317 ff.

13 BGH, GRUR 1992, 310, 311 – „Taschenbuch-Lizenz“.

14 Schertz, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 12 Rn. 21.

15 Vgl. allgemein Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, § 13 Rn. 110 ff.

(konkludente) Einwilligung des abgebildeten Hauptdarstellers bedeutet dies, dass dieser damit rechnen muss, dass die Fotos bei einer Berichterstattung über die Film- premiere oder damit zusammenhängende Themen verwendet werden, nicht jedoch im Zusammenhang mit einer damit nicht im Zusammenhang stehenden Berichterstattung, etwa über eine wirtschaftliche Auseinandersetzung ohne Bezug zu seiner schauspielerischen Tätigkeit. Unabhängig davon, ob die Übertragung der Grundsätze der Zweckübertragungslehre auf die Einwilligung im Persönlichkeitsrecht zulässig ist, bestehen jedenfalls gegen die Übertragung eines urheberrechtlichen Maßstabs auf die Beurteilung der Dringlichkeitsschädlichkeit einer Vorveröffentlichung Bedenken. Das Urheberrecht hat gleichsam die Tendenz, „soweit wie möglich beim Urheber zurückzubleiben“.<sup>16</sup> In diesem Sinne hat auch die Definition der urheberrechtlichen Nutzungsart den Zweck, den Urheber möglichst an jeder gesonderten wirtschaftlichen Verwertbarkeit des urheberrechtlich geschützten Werks angemessen zu beteiligen.<sup>17</sup> Diese wirtschaftlichen Überlegungen zum Schutze des Urhebers spielen jedoch für die Frage, ob eine Vorveröffentlichung bei der Berechnung von Dringlichkeitsfristen zu berücksichtigen ist, keinerlei Rolle. Hier ist mit dem OLG Hamburg darauf abzustellen, ob die erste Veröffentlichung bereits annehmen lässt, dass weitere Veröffentlichungen desselben Inhalts, ggf. in anderen (urheberrechtlichen) Nutzungsformen, folgen werden. Der urheberrechtliche Ansatz ist daher unbrauchbar.

#### b) Wettbewerbsrechtlicher Ansatz

Eine andere Möglichkeit Vor- und Folgeveröffentlichungen zu differenzieren wäre, die aus dem Wettbewerbsrecht bekannte „Kerntheorie“.<sup>18</sup> Dringlichkeitsschädlich wären danach alle kerngleichen Verstöße.<sup>19</sup> Die „Kerntheorie“ würde jedoch zu einer weitreichenden Privilegierung des Verletzers führen, da ein „kerngleicher Verstoß“ gerade im Äußerungsrecht in den unterschiedlichsten Verbreitungsarten erfolgen kann. Zwar wendet der BGH die „Kerntheorie“ ausdrücklich nicht auf Fotoveröffentlichungen an, da es hier auf den Gesamtzusammenhang der Veröffentlichung ankommt.<sup>20</sup> Die Verbreitung einer Textberichterstattung kann jedoch in unterschiedlichster Form (Print, TV, Internet usw.) „kerngleich“ sein, da das Charakteristische der Verletzungshandlung nicht die Verbreitung, sondern deren Inhalt ist. Der Verletzte müsste also nicht nur jeweils überprüfen, ob die konkrete Aussage seine Persönlichkeitsrechte verletzt, sondern zusätzlich den Kern der Aussage bestimmen und prüfen, ob andere kerngleiche Verletzungshandlungen künftig zu erwarten sind.<sup>21</sup> Damit erscheint wiederum der von der jeweiligen Äußerung Betroffene unangemessen benachteiligt, weshalb auch der wettbewerbsrechtliche Ansatz zu verwerfen ist.

#### c) Originärer Ansatz

Allgemein ist davon auszugehen, dass die Dringlichkeitsvermutung dann als widerlegt gelten kann, wenn frühere „gleichartige“ Verstöße hingenommen worden sind, wohingegen bei einer wesentlichen Änderung der Verbreitungsart ein Zuwarten nicht schadet.<sup>22</sup> Nach einer Entscheidung des OLG Stuttgart<sup>23</sup> ist für eine derartige wesentliche Änderung entscheidend, ob sich Art und Umfang des Verstoßes durch die abweichende Verbreitungsart wesentlich ändern und die neue Verletzungshandlung für den Betroffenen schwerer wiegt, als die bisherige. Nur

bei einer „Intensivierung“ des Verstoßes wird die Dringlichkeitsfrist im Verhältnis zur Vorveröffentlichung erneut ausgelöst.

Im konkreten Fall hatte das OLG Stuttgart eine derartige Intensivierung bei einer Werbung im Internet gegenüber einer früheren schriftlichen Direktwerbung bejaht, weil sie „die Interessen der Antragstellerin wesentlich stärker beeinträchtigt, als die bisherigen Vertriebshandlungen“. Wendet man dies auf die eingangs gestellte Frage an, ob eine spätere Buchveröffentlichung gegenüber einer Vorveröffentlichung im Internet eine neue Dringlichkeitsfrist auslösen kann, so ist dies nur dann zu bejahen, wenn man in der Buchveröffentlichung eine wesentliche Änderung der Verbreitungsart sieht, die für den Betroffenen schwerer wiegt als die Vorveröffentlichung im Internet. Das dürfte nur dann zu bejahen sein, wenn die Veröffentlichung als E-Book quasi im Internet „versteckt“ wird, also anders als die spätere Buchveröffentlichung nicht branchenüblich beworben und vermarktet wird. Wird die Veröffentlichung als E-Book jedoch mit einer vergleichbaren Aufmerksamkeit wie die spätere Buchveröffentlichung beworben und vermarktet, so spricht viel dafür, dass die spätere Buchveröffentlichung gegenüber der Vorveröffentlichung im Internet keine „Intensivierung“ der später geltend gemachten Persönlichkeitsrechtsverletzungen mit sich bringt. Das wiederum bedeutet, dass der Anspruchsteller sich für die Berechnung der Dringlichkeitsfristen den Zeitpunkt der Veröffentlichung im Internet entgegenhalten lassen muss, sich also für die Frage des Verfügungsgrundes nicht auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der Print-Ausgabe berufen kann.

Allerdings ist bei dieser Argumentation zu beachten, dass die Dringlichkeit nur im Verhältnis der Parteien zueinander zu beurteilen ist. D. h., erfolgt die Vorveröffentlichung im Internet durch einen Dritten, so muss der Betroffene sich die Vorveröffentlichung nicht entgegenhalten lassen. Die Rechtsprechung ist bei dieser Betrachtung sehr formal. Dritter in diesem Sinne sollen auch konzernangehörige Unternehmen sein.<sup>24</sup> Das würde bedeuten, dass die Vorveröffentlichung durch ein Tochterunternehmen des Verlages, das das Internetangebot betreibt, nicht mehr dringlichkeitsschädlich wäre. Stellt man jedoch entscheidend darauf ab, ob der Betroffene angesichts der Vorveröffentlichung damit rechnen muss, dass (ggf. auch ein konzernzugehöriges Unternehmen) die Veröffentlichung in vergleichbarer Weise wiederholt wird, erscheint dies zu formal. Richtigerweise sollte man auch bei der Frage, ob die Dringlichkeit im Verhältnis zwischen den Prozessparteien nicht mehr gegeben ist, auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abstellen und konzernangehörige bzw. konzernverbundene Unternehmen zumindest insoweit berücksichtigen, als damit zu rechnen war, dass diese die Folgeveröffentlichung vornehmen.

16 BGH, ZUM 1998, 497, 500 – „Comic-Übersetzung“.

17 Dreier/Schulze (Fn. 15), § 31 Rn. 110 ff.

18 Vgl. dazu Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2007, 57. Kap., Rn. 12 ff.

19 So ausdrücklich für das Wettbewerbsrecht: Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl. 2009, § 12 Rn. 3.19.

20 BGH, NJW 2008, 1593; NJW 2008, 3138 – „Sabine Christiansen“.

21 Kritisch dazu auch: Koch/Vykdal, WRP 2005, 688, 692.

22 Drescher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 935 Rn. 19.

23 OLG Stuttgart, GRUR-RR 2005, 307.

24 Vgl. OLG Frankfurt a. M., GRUR 2002, 236; OLG Hamburg, OLG-Report 2000, 13; vgl. Nachweise bei Hefermehl/Köhler/Bornkamm (Fn. 18), § 12 Rn. 3.19.