



## Medienrecht

Thomas Heymann

### Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

*Am 1.9.2008 ist das „Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“ in Kraft getreten. Der Beitrag fasst die für die Software-Branche wichtigsten Bestimmungen zusammen (mit Ausnahme der Grenzbeschlagnahme). Diese finden sich vor allem im urheberrechtlichen Teil. Neuerungen bringt das Gesetz insbesondere für den Auskunftsanspruch (II.), die Beweissicherung (III.), Vernichtungs- und Rückrufansprüche (IV.), sowie die Schadensersatzregeln (V.).*

#### I. Einleitung

Das „Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“<sup>1</sup> tritt im Wesentlichen am 1.9.2008 in Kraft.<sup>2</sup> Es implementiert die EU-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigen-

▷ Der Autor ist Rechtsanwalt in Frankfurt/M.

1 Gesetze vom 7.7.2008, BGBl. I 2008, 1191.

2 Art. 10.

## Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

tums,<sup>3</sup> allerdings mit einiger Verspätung. Nach Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie mussten die Mitgliedstaaten die Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen, die erforderlich sind, um der Richtlinie spätestens ab dem 29.4.2006 nachzukommen. Die Bundesrepublik hat dies nicht geschafft, auch weil einige der nachstehend behandelten Fragen bis zuletzt kontrovers diskutiert wurden. In dem daraufhin von der *Kommission* gegen die Bundesrepublik eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren, hat der EuGH<sup>4</sup> antragsgemäß festgestellt, dass diese ihre Umsetzungspflicht verletzt hat. Der BGH hat mehrfach entschieden, dass die Richtlinie insbesondere zur näheren Bestimmung der gemeinschaftsrechtlichen Unterlassungsansprüche nach Ablauf der Umsetzungsfrist zumindest in Einzelfragen<sup>5</sup> unmittelbar anzuwenden war.<sup>6</sup>

## II. Auskunftsanspruch

§ 101 UrhG regelt das Auskunftsrecht des Verletzten umfassend neu. Zur Erinnerung: Neben dem 1985 in § 54g UrhG eingeführten Auskunftsanspruch der Verwertungsgesellschaften, kannte das Urhebergesetz nur einen Anspruch gegen den Verletzer auf Rechnungslegung über dessen Gewinn (§ 97 UrhG Abs. 1 S. 2). 1990 wurde durch das Produktpirateriegesetz<sup>7</sup> mit § 101a UrhG ein umfassender Anspruch auf Auskunft über Hersteller, Lieferanten, andere Vorbesitzer, gewerbliche Abnehmer oder Auftraggeber, sowie über die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten vervielfältigungsstücke eingeführt. Dieser konnte in Fällen „offensichtlicher Rechtsverletzung“ auch im Wege der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden.

### 1. Passivlegitimation erweitert

Bisher waren zu derartiger Auskunft nach allgemeiner Auffassung nur der Verletzer und der Störer verpflichtet. Auf dieser Grundannahme beruhte auch § 101a UrhG a.F. § 101 Abs. 2 UrhG gewährt nun diesen Anspruch in bestimmten Fällen auch gegen Dritte, die bislang nicht als Störer galten. Wichtigste Fallgruppe dürfte die Inanspruchnahme Dritter sein, die „für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen“ erbringen. Hierdurch werden vor allem Internet Service Provider erfasst.

Die Einführung dieses Auskunftsanspruchs gegen nicht verletzende Dritte stellt sicher die wichtigste Neuerung des Gesetzes dar. Sie ist als Bruch mit überkommenen dogmatischen Grundannahmen<sup>8</sup> bezeichnet worden und war daher außerordentlich kontrovers. Der *Europäische Gerichtshof* hatte in seinem Urteil vom 29.1.2008 klar gestellt,<sup>9</sup> dass ein solcher Auskunftsanspruch von der Richtlinie weder zwingend gefordert noch ausgeschlossen war. Nachdem die Richtlinie diese Frage nicht abschließend regelt, ist die Vorschrift auch nicht an Gemeinschaftsrecht, sondern an deutschen Verfassungsgrundsätzen zu messen.<sup>10</sup>

Was allerdings den vermeintlichen Bruch mit überkommenen dogmatischen Grundannahmen angeht, weist die Begründung des Regierungsentwurfs<sup>11</sup> mit Recht darauf hin, dass die Rechtsprechung es ursprünglich<sup>12</sup> für die Annahme der Störereigenschaft durchaus hat ausreichen lassen, wenn der in Anspruch genommene Dritte die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung der Handlung hatte, und dass das zusätzliche Erfordernis der Verletzung einer Prüfungspflicht durch den Dritten erst jüngeren Datums ist.<sup>13</sup>

### 2. Bisherige Störerhaftung

Als Störer haftete schon bislang auf Unterlassung, wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Gutes beitrug.<sup>14</sup> Der Störer war tatbestandlich Verletzer, dem es am Verschulden fehlte.<sup>15</sup> Die für den Störerbegriff bislang konstitutive Verletzung von Prüfungspflichten sowie das Kriterium ihrer Zumutbarkeit wurden von der Rechtsprechung als Korrektiv eingeführt, um eine allzu weite Haftung zu vermeiden, die unbillig erschien<sup>16</sup>. Implizit wurde hierdurch das Verschulden als Tatbestandsmerkmal durch die Hintertür eingeführt, weil das Unterlassen der Prüfung eben vorwerfbar sein musste. Der BGH<sup>17</sup> hat diesen Störerbegriff in Online-Verletzungsfällen eher großzügig angewandt, indem er bspw. entgegen der bis dahin fast einheitlichen Rechtsprechung<sup>18</sup> die Privilegierung des § 11 TDG auf den Unterlassungsanspruch gegen den Internet Service Provider nicht anwandte. Für diesen Ansatz des BGH spricht, dass andernfalls eine Plattform entstanden wäre, von der aus bewusste und vorsätzliche Rechtsverletzungen im gewerbsmäßigen Umfang ohne Sanktionsdrohungen hätten vorbereitet und abgewickelt werden können.

### 3. Tatbestandsvoraussetzungen

Für den Auskunftsanspruch – aber nur für ihn – werden nun diese „klassischen“ Grundsätze durch die nachstehend beschriebenen Regelungen ersetzt.

Wichtigster Anwendungsfall des Auskunftsanspruchs gegen Dritte ist die Identifizierung eines Rechtsverletzers, wenn die von diesem genutzte IP-Adresse zwar bekannt ist, aber ohne Hilfe des Internet Service Providers nicht einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person zugeordnet werden kann. Insofern besteht ein Schutzbedürfnis des Rechtsinhabers, denn andernfalls kann sich der Verletzer hinter dem Internet Service Provider „verstecken“,<sup>19</sup> der selbst wenn er wollte seine Identität ohne gesetzliche Ermächtigung vermutlich nicht preisgeben darf.

Andererseits begegnet die Einführung eines zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs gegen Personen, die „wie

3 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. EU 2004 Nr. L 195, 16).

4 EuGH, Urt. v. 5.6.2008 – Rs. C-395/07 (Lexetius.com/2008, 1238).

5 Zu Recht gegen eine generelle unmittelbare Anwendbarkeit wegen verzögerter Umsetzung; Koch, ITRB 2006, 40 (42).

6 BGH v. 5.2.1998 – I ZR 211/95, BGHZ 138, 55 [61] = CR 1998, 745 – Testpreis-Angebote, m.w.N.; BGHZ 169, 30.

7 BGBl. I 1990, 422.

8 Peukert/Kur, GRUR-Int. 2006, 292 (297).

9 EuGH, Urt. v. 29.1.2008 – Rs. C-275/06, CR 2008, 381 m. Anm. Spindler, GRUR 2008, 574.

10 Zur Verfassungsmäßigkeit des Auskunftsanspruchs gegen den Störer nach § 101a UrhG a.F.: BVerfG v. 28.5.1999 – 1 BvR 77/99, NJW 1999, 2880; für die Neufassung, Schrickter/Wild, § 101a Rz. 1.

11 Auf S. 68.

12 BGH, GRUR 1955, 97 ff.

13 BGH v. 15.10.1998 – I ZR 120/96, CR 1999, 326 = GRUR 1999, 418.

14 BGH v. 17.5.2001 – I ZR 251/99, BGHZ 148, 13 (17) = CR 2001, 850 m. Anm. Freytag; v. 11.3.2004 – I ZR 304/01, BGHZ 158, 236 (251) = CR 2004, 763 m. Anm. Volkmann.

15 Schrickter/Wild, § 97 Rz. 36 a.

16 BGH v. 19.4.2007 – I ZR 35/04, CR 2007, 523 – Internet-Versteigerung II.

17 BGH v. 11.3.2004 – I ZR 304/01, CR 2004, 763 – Internet-Versteigerung I.

18 Vgl. die Nachweise bei Schrickter/Wild, § 97 Rz. 40n.

19 Flechsig, ZRP 2006, 103.

## Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

Provider völlig legale Dienstleistungen erbringen“;<sup>20</sup> datenschutzrechtlichen aber auch verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Rechtsprechung hat sich deshalb in Ermangelung einer spezialgesetzlichen Ermächtigung im Hinblick auf Art. 10 GG bislang schwer getan, solche Ansprüche zuzusprechen.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber hat nun diesen Bedenken durch eine Reihe von Einschränkungen Rechnung getragen:

### a) „Offensichtliche“ Rechtsverletzung oder Verletzungsverfahren

Anspruchsvoraussetzung ist entweder eine „offensichtliche“ Rechtsverletzung oder eine Klage des Verletzten gegen den Verletzer. Bzgl. des Auskunftsanspruches im Verletzungsverfahren besteht die wesentliche Neuerung darin, das der Dritte zur Substantiierung des laufenden Verfahrens herangezogen werden kann.<sup>22</sup> Das Gericht muss auch dann Zeugenbeweis erheben, wenn der Kläger nach den allgemeinen Darlegungsregeln seiner Substantiierungspflicht nicht ausreichend nachgekommen ist, und ein dahingehender Antrag nach bisherigen Grundsätzen als unzulässiger Ausforschungsbeweis abgelehnt worden wäre. Als solcher Ausforschungsbeweis wurde es insbesondere angesehen, wenn fehlender konkreter Sachenvortrag durch die Aussagen eines Zeugen ersetzt werden sollte<sup>23</sup> sowie ein Beweisantrag, der darauf abzielte, bei Gelegenheit der beantragten Beweisaufnahme Tatsachen in Erfahrung zu bringen, die genaueres Vorbringen oder die Benennung weiterer Beweismittel erst ermöglichen. Beides wird durch die Novelle nun – bewusst – ermöglicht.

Der Anspruch kann darüber hinaus im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend gemacht werden, wenn die Rechtsverletzung „offensichtlich“ ist. Man kann sich fragen, ob dieses Erfordernis der „Offensichtlichkeit“ die Vorschrift in der Praxis möglicherweise entwertet<sup>24</sup>. Diese Sorge trifft aber jedenfalls nicht auf die typischen Fälle zu, in denen die Verletzungshandlung feststeht und der Auskunftsanspruch Klarheit über die Identität des Verletzers schaffen soll.

### b) Mitwirkungshandlung des Dritten

Als weitere Anspruchsvoraussetzung hat der Verletzte in beiden Fällen, die Mitwirkungshandlung des Dritten darzulegen und zu beweisen.<sup>25</sup> Nachdem die Grundsätze zur Beweiserleichterung sich nur gegen den Verletzer richten,<sup>26</sup> obliegt ihm hier auch die volle Darlegungs- und Beweislast.

### c) Handeln in gewerblichem Ausmaß

Voraussetzung des Auskunftsanspruches ist weiterhin, dass der Dritte in gewerblichem Ausmaß, und nicht nur – wie noch in den Vorentwürfen – „im geschäftlichen Verkehr“ gehandelt hat. Das entspricht dem Erwägungsgrund 14 der Richtlinie<sup>27</sup>. Danach zeichnen sich in gewerblichem Ausmaß vorgenommene Handlungen dadurch aus, dass sie zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen werden. Handlungen, die in gutem Glauben von Endverbrauchern vorgenommen werden, sind hiernach jedenfalls in der Regel nicht erfasst.<sup>28</sup> Allerdings ist in den insbesondere praxisrelevanten Fällen des § 101 (2) Nr. 3 UrhG zu beachten, dass dieser auf das gewerbliche Ausmaß er für die rechtsverletzenden Tätigkeiten genutzten Dienstleistungen des

Dritten (und nicht des Verletzers) abstellt. Das liest sich zwar ähnlich wie das Erfordernis „in gewerblichem Ausmaß“ in § 101 (1) UrhG. Der Sache nach geht es aber um zwei völlig verschiedene Gestaltungen: der Auskunftsanspruch in § 101 (1) UrhG setzt voraus, dass die Verletzung gewerbliche Ausmaße erreicht hat, während es in § 101 (2) Nr. 3 UrhG nur darauf ankommt, dass der Dritte gewerblich handelt, und zwar in der Regel völlig legitim und legal.

Die Subsumtion unter dieses Tatbestandsmerkmal dürfte in der Praxis allerdings nicht ganz einfach sein. Bei der Antragstenorierung und Begründung wird es zumindest dann nicht ausreichen, den neuen Gesetzeswortlaut zu „zitieren“, wenn gerade kontrovers ist, wo die Grenze zum „gewerblichem Ausmaß“ zu ziehen ist.<sup>29</sup> Vielmehr wird insoweit detailliert vorzutragen sein, aus welchen Tatsachen sich ergibt, dass „gewerblich“ gehandelt wurde. Die zum Tatbestandsmerkmal der „Gewerbsmäßigkeit“ in § 108a UrhG entwickelten Grundsätze<sup>30</sup> können allenfalls grobe Anhaltspunkte geben: danach kommt es wohl vor allem auf die Gewinnerzielungsabsicht an, während die wiederholte Begehung, um eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu erlangen,<sup>31</sup> nicht zwingend erforderlich sein dürfte, da es dem Normgeber in erster Linie darauf ankam, die Weitergabe einzelner unter Verstoß gegen § 69c Nr. 1 und Nr. 3 UrhG privat gefertigter Kopien auszuschließen. Leichter wäre die Auslegung sicher, wenn – wie vom *Bundesrat* vorgeschlagen,<sup>32</sup> der für den Auskunftsanspruch benutzte Begriff „im geschäftlichen Verkehr“ verwandt worden wäre. Damit wäre auch die negative Konnotation der „Gewerbsmäßigkeit“ vermieden worden, die bei § 101 Abs. 2 Nr. 3 verwundert, weil sich der Anspruch in der Regel gegen völlig rechtmäßig handelnde Internet Service Provider richtet. Hieran sah sich der Gesetzgeber unter Hinweis auf den anders lautenden Richtlinien text gehindert.

20 So der Änderungsantrag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen, zit. Im Bericht des Rechtsausschusses vom 9.4.1008 BT-Drucks. 16/8783.

21 Ablehnend OLG Hamburg v. 28.4.2005 – 5 U 156/04, OLGReport Hamburg 2005, 656 = CR 2005, 512 m. Anm. *Dorschel* = MMR 2005, 453; OLG Frankfurt v. 25.1.2005 – 11 U 51/04, OLGReport Frankfurt 2005, 457 = CR 2005, 285 = MMR 2005, 241; OLG München v. 24.3.2005 – 6 U 4696/04, MMR 2005, 616; LG Bonn, DuD 2004, 628; AG Offenburg/B. v. 20.7.2007 – 4 Gs 442/07, CR 2007, 676 m. Anm. *Heidrich* = MMR 2007, 809 (810) (aufgehoben durch LG Offenburg, K&R 2008, 384); LG Saarbrücken, Beschl. v. 28.1.2008 – 5 (3) Qs 349/07 – 2 (6) Js 682/07; LG München I, Beschl. v. 12.3.2008 – 5 Qs 19/08, MMR 2008, 561; LG Flensburg v. 25.11.2005 – 6 O 108/05, MMR 2006, 181; zustimmend LG Köln v. 28.7.2004 – 28 O 301/04, ZUM 2005, 236 (240); LG Hamburg v. 23.6.2005 – 631 Qs 43/05, CR 2005, 832 = MMR 2005, 711; LG Stuttgart v. 4.1.2005 – 13 Qs 89/04, CR 2005, 598 m. Anm. *Gercke* = NJW 2005, 614; LG Hamburg v. 7.7.2004 – 308 O 264/04, CR 2005, 136 (aufgehoben durch OLG Hamburg v. 28.4.2005 – 5 U 156/04, OLGReport Hamburg 2005, 656 = CR 2005, 512 m. Anm. *Dorschel* = MMR 2005, 453); OLG München v. 21.9.2006 – 29 U 2119/06, OLGReport München 2006, 904 = CR 2007, 40 = MMR 2006, 739; für Österreich: OGH Österreich v. 26.7.2005 – 11 Os 57-59/05, MMR 2005, 827.

22 *Nägele/Nitsche*, WRP 2007, 1047 (1051 m.w.N. in Fn. 15).

23 *Zöllner/Greger*, Vor § 284 ZPO Rz. 5a; LG Köln, VersR 1973, 130.

24 So *Spindler/Weber*, ZUM 2007, 257 (262).

25 *Spindler/Weber*, ZUM 2007, 257 (262).

26 Siehe unten unter 2.

27 So die Begründung des RegE, S. 117.

28 Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/5048; S. 65.

29 BGH v. 19.4.2007 – I ZR 35/04, CR 2007, 523 – Internet-Versteigerung II, D.II.a) m.w.N.

30 Vgl. die Übersicht bei *Schricker/Vassilaki*, § 108a Rz. 2.

31 So BGHSt, 1, 383.

32 BT-Drucks.16/5048, Anlage 2, S. 55.

## Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

## d) Anspruchsgegner

Anspruchsgegner ist, wer rechtsverletzende Vervielfältigungsstücke in seinem Besitz hatte, rechtsverletzende Dienstleistungen in Anspruch nahm, an Herstellung, Erzeugung oder Vertrieb solcher Produkte oder Dienstleistungen beteiligt war, oder aber – und dies dürfte die praxisrelevanteste Variante sein – für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbrachte.

Der auf Auskunft in Anspruch Genommene kann Aufwendungsersatz verlangen, die der Verletzte dann als Teil seines Schadens vom tatsächlichen Verletzer zurück erlangen kann. Unklar ist, ob der Aufwendungsersatzanspruch auch dann geltend gemacht werden kann, wenn der Auskunftspflichtige als „Störer“ im bisherigen Sinne anzusehen ist, etwa weil er ihm aufgrund bekannter Rechtsverletzungen durch den gleichen Teilnehmer obliegende Prüfungspflichten verletzt hat. Vieles spricht dafür, dass im letzteren Fall die bisherigen Grundsätze weiter gelten; es besteht insbesondere kein Grund für den Anspruch auf Aufwendungsersatz.

## 4. Auskunftspflicht und Rechtevorbehalt

Inhalt des Auskunftsanspruchs gegen den Dritten sind nach § 101 Abs. 1 UrhG Angaben über „die Herkunft und den Vertriebsweg der rechtsverletzenden Vervielfältigungsstücke“. Es soll also berichtet werden, woher die Vervielfältigungsstücke kommen und an wen sie gehen.

Problematisch ist die Erfüllung des Auskunftsanspruchs außerhalb des gerichtlichen Verfahrens für den Dritten. Nach § 113a Abs. 4 TKG speichern bspw. Internet Service Provider die dem Teilnehmer für eine Internetnutzung zugewiesene Internetprotokoll-Adresse, eine eindeutige Kennung des Anschlusses, über den die Internetnutzung erfolgt, den Beginn und das Ende der Internetnutzung unter der zugewiesenen Internetprotokoll-Adresse nach Datum und Uhrzeit unter Angabe der zugrunde liegenden Zeitzone. Bei diesen Angaben handelt es sich um *Bestandsdaten* i.S.d. § 3 Nr. 3 TKG die nach zutreffender Auffassung ebenso wenig Gegenstand des Fernmeldegeheimnisses sind<sup>33</sup> wie der Eintrag in ein amtliches Fernsprechbuch. Insofern wäre also mit der Auskunftserteilung kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis verbunden.<sup>34</sup> Unter das Fernmeldegeheimnis fallen aber andererseits die sog. *Verbindungsdaten*.

In der Praxis kennt der Verletzte die vom Verletzer bei der Verletzungshandlung genutzte IP-Adresse sowie im Falle der Kommunikation mit Dritten ggf. deren IP-Adresse. Diese ändern sich dynamisch. Man kann also argumentieren, dass er vor der Auskunft bereits die – unstreitig dem Schutz von Art. 10 GG unterfallenden – *Verbindungsdaten* kennt, und diese „nur“ mit den *Bestandsdaten* „verknüpfen“ möchte. Daraus kann man natürlich folgern, ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 GG liege gar nicht vor.<sup>35</sup> Dabei wird aber überse-

hen, dass der Provider eben nicht nur Auskunft über Name und Anschrift einer Person erteilt, sondern damit immer auch darüber, wann genau diese Person das Internet genutzt hat. Offen gelegt wird also, wer an einem bestimmten Kommunikationsvorgang beteiligt war, was dem Auskunft Begehrenden vorher gerade verborgen war.<sup>36</sup> Durch das Verknüpfen dieser für sich isoliert genommen unkritischen Informationen wird also ein dem Fernmeldegeheimnis unterliegender Sachverhalt offenbart.

Der Gesetzgeber hat die Frage nun in § 101a Abs. 9 UrhG entschieden. Danach ist eine vorherige richterliche Anordnung über die Auskunft erforderlich, wenn diese nur unter „Verwendung von *Verkehrsdaten*“ erteilt werden kann. Der Richtervorbehalt gilt im Übrigen auch für die Fälle der „offensichtlichen Rechtsverletzung“, wenn – wie regelmäßig – der ISP die bei ihm vorhandenen Verbindungsdaten prüfen muss, um die konkret benannte IP-Adresse einem Anschlussinhaber zuordnen zu können.<sup>37</sup> Hiergegen hat sich im Gesetzgebungsverfahren der *Bundesrat* gewandt, weil der Richtervorbehalt nicht zum deutschen Zivilprozessrecht passe, die Gerichte in hohem Maße belaste und dem Verletzten erhebliche Kosten aufbürde.<sup>38</sup> Die Einführung des Richtervorbehalts liegt aber angesichts der nicht unproblematischen Dreiecksbeziehung zwischen Verletztem, präsumtiven Verletzer und Internet-Service Provider vor allem auch im Interesse des auf Auskunft in Anspruch Genommenen, der andernfalls die Kollision seiner Pflichten gegenüber Kunden und Verletztem auf eigenes Risiko auflösen müsste.

## III. Beweissicherung

Flankiert wird der Auskunftsanspruch durch den in § 101a UrhG neu eingeführten Anspruch auf Vorlage und Besichtigung. Die Vorschrift setzt damit sowohl Art. 6 der Richtlinie um, als auch Art. 7.

## 1. Übersicht

Anders als der Auskunftsanspruch richten sich beide Ansprüche ausschließlich gegen den präsumtiven Verletzer. Voraussetzung ist im Wesentlichen die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung. In Erweiterung der bisherigen Rechtsprechung wird der Offenbarungsanspruch auf die Vorlage von „Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen“ durch den „vermeintlichen Verletzer“ erstreckt. Zum Schutz der Geheimhaltungsinteressen des Antragsgegners hat das erkennende Gericht „die erforderlichen Maßnahmen“ zu treffen. Nach Abs. 3 besteht der Verfügungsanspruch unabhängig von der Dringlichkeit: Auch das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache gilt insofern nicht.<sup>39</sup> Das Gesetz lässt offen ist, ob § 809 BGB daneben bei Vorliegen der bisher von der Rechtsprechung geforderten engeren Voraussetzungen, weiterhin als Anspruchsgrundlage gegen den nichtverletzenden Drittbesitzer herangezogen werden kann. Dies ist zu bejahen, da Zweck des Gesetzes die Einführung eines neuen Auskunftsanspruchs ist und nicht die Ersetzung von § 809 BGB.

## 2. Notwendige Interessenabwägung und Anspruchsumfang

Auch für den neuen gesetzlichen Besichtigungsanspruch gilt, dass die Abwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen des in Anspruch genommenen und dem Inte-

33 J. Eckhardt, CR 2007, 405 (411).

34 Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei *Nägele/Nitsche*, WRP 2007, 1047 ff.; LG Stuttgart v. 4.1.2005 – 13 Qs 89/04, CR 2005, 598 m. Anm. *Gercke* = NJW 2005, 614 ff.; LG Hamburg v. 23.6.2005 – 631 Qs 43/05, CR 2005, 832 = MMR 2005, 711 ff.

35 So *Nägele/Nitsche*, WRP 2007, 1047 ff.

36 Stellungnahme des BITKOM v. 2.4.2007, S. 3; LG Bonn, DuD 2004, 628 f.

37 Gegenäußerung der Bundesregierung zum Bundesratsentwurf, BT-Drucks. 16/5048, Anlage 3, 63.

38 BT-Drucks. 16/5048, Anlage 2, 1.

39 RegE, BT-Drucks. 16/8733, 28.

## Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

resse des Verletzten an rascher Aufklärung und Beseitigung der Störung fallbezogen zu erfolgen hat.<sup>40</sup> So sind die Geheimhaltungsinteressen im typischen Softwarepiraterieprozess weniger hoch zu veranschlagen, als in einem typischen Patentverletzungsstreit zwischen Wettbewerbern. Für diese Abwägung bleibt auch nach § 101a UrhG ausreichend Raum: So ist Anspruchsvoraussetzung eine mit Hinblick auf die gewünschte Rechtsfolge „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ der Rechtsverletzung und die Besichtigung selbst bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen ausgeschlossen, wenn die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist. Allerdings ist § 101a Abs. 2 UrhG als Ausnahme formuliert, so dass die dahingehende Darlegungslast beim Anspruchsgegner liegt.

Der BGH hatte in der Faxkarten Entscheidung<sup>41</sup> noch offen gelassen, ob der Anspruch im Patentrecht – anders als im Marken- und Urheberrecht – nicht weiter an die hohe Hürde des „erheblichen Grads an Wahrscheinlichkeit“ der Verletzung geknüpft sei und dies mit dem besonderen Geheimhaltungsinteresse bei technischen Vorrichtungen begründet.<sup>42</sup> Nach der neuen Rechtslage, gilt nun für alle Schutzgesetze die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ einer Rechtsverletzung als Anspruchsvoraussetzung (§ 140c Abs. 1 PatG, § 19a MarkenG, § 101a UrhG). Auch wenn dies nicht zwingend ist, wird man aus dem gleichen Wortlaut schließen dürfen, dass dieser Maßstab künftig einheitlich, also insbesondere auch im Patentrecht, gilt.

Anspruchsvoraussetzung ist weiterhin, dass der Berechtigte die zu besichtigende Sache genau bezeichnet.<sup>43</sup> Eine Besichtigung „ins Blaue“ ist also auch künftig nicht möglich.

### 3. Folgen für das selbständige Beweisverfahren

Auf der Rechtsfolgenseite wird der Anspruch aus § 101a UrhG in der Regel im Wege des selbständigen Beweisverfahrens durchgesetzt werden. Ausdrücklich stellt das Gesetz die zu treffenden Maßnahmen in das „Ermessen“ des Gerichts. Damit wird der bisherigen überwiegenden Praxis folgend<sup>44</sup> der Weg eröffnet für eine Offenbarung lediglich gegenüber einem Sachverständigen, der ggü. dem Antragsteller zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Dieser wird dann seinerseits zunächst nur darüber Auskunft geben, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die behauptete Rechtsverletzung vorliegt.<sup>45</sup> Zwingend ist dies aber nun nicht mehr, da dieses Verfahren ganz wesentlich durch das Bestreben getrieben war, eine Vorwegnahme der Hauptsache zu vermeiden. Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache gilt aber im Anwendungsbereich des § 101a UrhG nicht mehr. Damit erledigt sich die Rechtsprechung, soweit sie kategorisch ausgeschlossen hat, die zu besichtigenden Datenträger dem Antragsteller im Verfügungsverfahren persönlich zugänglich zu machen.<sup>46</sup> Diese von manchen Instanzgerichten angenommene Einschränkung hat bislang dazu geführt, dass es sehr wenige selbständige Besichtigungsverfahren gegeben hat,<sup>47</sup> weil der Erkenntnisnutzen des Verfahrens begrenzt war.

Für die Zukunft hat der Gesetzgeber ausdrücklich darauf verzichtet, ein „Regelverfahren“ für die Besichtigung zu fixieren<sup>48</sup>. Vielmehr sollen die angeordneten Maßnahmen von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Das Gericht muss also künftig mit einer konkreten Güterabwägung im Einzelfall begründen, falls es das bis-

lang praktizierte zweistufige Verfahren weiterhin anwenden will. Dabei macht es einen Unterschied, ob eine möglicherweise als Betriebsgeheimnis geschützte technische Vorrichtung der Besichtigung durch den Wettbewerber ausgesetzt wird, oder aber bei Verdacht der Softwarepiraterie die Datenträger lediglich darauf untersucht werden, ob sie Kopien enthalten. In der Praxis steht den Gerichten durch die ausdrückliche Ermessensermächtigung aufgrund einer konkreten Abwägung der Interessen der Parteien nun eine ganze Bandbreite von Anordnungen zur Verfügung, die von einer mehrfachen Besichtigung<sup>49</sup> über die Besichtigung durch neutrale Sachverständige ohne den Schutzrechtsinhaber, aber in Anwesenheit seiner – ihm gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten – Anwälte,<sup>50</sup> über die Herausgabe zur Besichtigung „am Ende des Verfügungsverfahrens“<sup>51</sup> bis hin zur Besichtigung in Gegenwart des Verletzten reichen können. Mit Blick auf eine in diesem Zusammenhang sehr lesenswerte Kostenentscheidung des OLG Frankfurt<sup>52</sup> stellt sich freilich die Frage nach welchen Grundsätzen die Kosten von den Parteien zu tragen sind, wenn das Gericht aufgrund seines – sehr freien – Ermessens, den Besichtigungsanspruch zwar grundsätzlich anerkennt, aber nicht in der vom Antragsteller begehrten Form.

Bei „hinreichender Wahrscheinlichkeit einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung“ kann auch die Vorlage der Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden. Beide Ansprüche können natürlich auch gleichzeitig geltend gemacht werden. Zu beachten ist, dass der Anspruch auf Vorlage von Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen zwei verschiedenen Zwecken dienen kann: § 101a (1) und (3) UrhG geht es ersichtlich darum, die Verletzungshandlung als solche zu beweisen, und zwar – wenn diese einmal vorliegt – nicht nur die konkrete Verletzung durch den Antragsgegner, sondern auch die Aufdeckung eventueller Vorlieferanten und Abnehmer, auch wenn dies im Wortlaut nicht ganz klar zum Ausdruck kommt, der alleine auf die Rechtsverletzung durch den Antragsgegner im Prozessverhältnis abstellt. § 101b UrhG gibt einen gleich lautenden Anspruch zur Sicherung von Unterlagen, die für die Durchsetzung des Schadensersatzes erforderlich sind.

Zweifelhaft ist die Einbehaltung bei der Besichtigung eventuell sequestrierter Gegenstände. Soweit die Beschlagnahme nur zum Zwecke der Besichtigung beantragt wurde, müsste die Sequestration nach der Besichtigung aufgehoben werden, weil der zu sichernde Anspruch voll erfüllt ist.<sup>53</sup> Es kann sich aber aus den Erkenntnissen der Besichtigung dann ein Verfügungsan-

40 LG Hamburg v. 7.7.2004 – 308 O 264/04, CR 2005, 136 (139); ähnlich LG Köln v. 28.7.2004 – 28 O 301/04, ZUM 2005, 236; vgl. weiter *Bobne* in Wandtke/Bullinger, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 101a Rz. 9; *Zombik*, ZUM 2006, 450 (453 f.); *Schricker/Wild*, UrhG, § 101a Rz. 7; *Nordemann/Dustmann*, CR 2004, 380 (387): „berechtigtes Interesse“ des Rechteinhabers; *Kramer*, Auskunftsanspruch, 2007, S. 64.

41 BGH v. 2.5.2002 – I ZR 45/01, CR 2002, 791 (793) – Faxkarte.

42 BGH v. 2.5.2002 – I ZR 45/01, CR 2002, 791 (793) – Faxkarte.

43 RegE, BT-Drucks. 16/8733, 95.

44 Siehe die Nachweise bei *Kühnen*, GRUR 2005, 185 ff.

45 RegE, BT-Drucks. 16/8733S. 96.

46 So bspw. OLG Frankfurt, GRUR-RR 2006, 295.

47 Vgl. die Übersicht bei *Kühnen*, GRUR 2005, 185 (186 ff.).

48 *Kühnen*, GRUR 2005, 185 (186 ff.).

49 *Mellulis* in FS Tilmann, 2003, S. 843 (855).

50 *Kühnen*, GRUR 2005, 185 (191).

51 OLG Frankfurt, GRUR-RR 2006, 295; KG, GRUR-RR 2001, 118.

52 OLG Frankfurt, GRUR-RR 2006, 295 ff.

53 So zu Recht, *Spindler/Weber*, ZUM 2007 257 (2659).

## Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

spruch zur Sicherung des Vernichtungsanspruchs anschließen.

### 4. Diskussion der Neuregelung in der Literatur

#### a) Kritik an Durchsetzbarkeit

An der Durchsetzbarkeit des Besichtigungsanspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung ist insbesondere aus dem Max Planck Institut Kritik geübt worden.<sup>54</sup> Die Richtlinie unterscheidet zwischen materiellen Ansprüchen auf Beweisvorlage einerseits und deren Durchsetzung im Wege der Beweissicherung andererseits. Nur die Beweissicherung müsse im Verfügungsverfahren durchsetzbar sein. Die „volle Erfüllung“ des Beweissicherungsanspruchs im Verfügungsverfahren sei eine „überschießende Regelung“.

Das Gesetz breche mit zwei tief im deutschen Recht verwurzelten Grundsätzen, nämlich mit dem Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache im Verfügungsverfahren, zum anderen mit dem Grundsatz, wonach der Antragsgegner bzw. Beklagte nicht verpflichtet sei, von sich aus an der Beweisermittlung mitzuwirken. Die Regelung drohe, das im Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Gegners grundrechtlich verbürgte Verbot des Ausforschungsbeweises auszuhöhlen, weil im lediglich summarischen Verfügungsverfahren nicht sichergestellt werden könne, dass nur auf der Basis von Vermutungen ermittelt werde.

#### b) Ansatz des Gesetzgebers

Das sind starke Worte, denen der Gesetzgeber aber zu Recht nicht gefolgt ist. Abgesehen von der zweifelhaften Auslegung des Richtlinientextes und der Entstehungsgeschichte setzt der Entwurf ja in diesem Punkt lediglich die zwingenden Anforderungen der Art. 43 und 50 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS-Übereinkommen) um, die die Durchsetzbarkeit und nicht nur die Sicherung des Beweissicherungsanspruchs im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes fordern.<sup>55</sup>

Auch ist nicht nachvollziehbar, warum es sich dabei um einen „Fremdkörper“ im System des gewerblichen Rechtsschutzes handeln soll. Schon das Reichsgericht<sup>56</sup> hatte entschieden, dass § 809 BGB dem aus Urheberrecht Berechtigten zusteht, wenn er sich vergewissern möchte, ob eine bestimmte Sache unter Verletzung des geschützten Werks hergestellt worden ist, beispielsweise im Wege einer Kopie oder unzulässigen Bearbeitung. In der Druckbalkenentscheidung<sup>57</sup> hat der BGH zutreffend darauf hingewiesen, dass der Besichtigungsanspruch gerade in Fällen besteht, in denen ungewiss ist, ob überhaupt eine Rechtsverletzung vorliegt, weil er sonst vollständig ins Leere liefe.<sup>58</sup> Auch ist das tradierte (rein prozessuale) Verbot des Ausforschungsbeweises durch prozessuale Darlegungspflichten eingeschränkt und besagt nichts darüber, ob und in welchem Umfang das materielle Recht Auskunfts- und andere Hilfsansprüche kennt,

die dem Gläubiger die Geltendmachung weiterer Ansprüche erst ermöglichen sollen.<sup>59</sup>

Entgegen der Vermutung von *Kur/Peukert* hätte ein genereller Ausschluss der Besichtigung im Verfügungsverfahren dieses für Pirateriefälle weitgehend entwertet. Denn hier ist der Verletzte darauf angewiesen durch die Besichtigung Gewissheit über die Rechtsverletzung und eventuelle Anhaltspunkte über die Vertriebswege und Quellen der Raubkopien zu erhalten. Derartige Informationen werden naturgemäß wertlos, wenn sie erst Monate später erlangt werden und mittlerweile das Netz der Verletzer aufgelöst ist. Zivilrechtliche Auskunftsansprüche gegen kriminelle und bandenmäßig organisierte Rechtsverletzer dürften diese Schutzlücke wohl kaum kompensieren.

Aus diesem Grund wird in der Praxis bislang nach wie vor häufig auf die strafprozessuale Durchsuchung mit unmittelbar anschließender Akteneinsicht durch den Anzeigenerstatter ausgewichen. Hierin liegt ein viel stärkerer Eingriff in die Rechte des möglichen Verletzers. Außerdem handelt der Verletzte im Strafverfahren weitgehend ohne Risiko, da die im zivilrechtlichen Verfahren nunmehr gegebene Drohung des Schadensersatzes durch den Anspruchsgegner weitgehend fehlt.

Die Norm kompensiert daher eine Beweisnot des Verletzten, die gerade für den Bereich der Piraterie typisch ist. Sie verlagert die Beweiserlangung von dem Umweg über die Strafverfolgungsbehörden auf das Gebiet des Zivilrechts, wo sie hingehört. Deshalb ist es nur konsequent, wenn Abs. 5 der Vorschrift klarstellt, dass der Antragsteller auf eigenes Risiko handelt. Stellt sich nämlich heraus, dass keine Verletzung vorlag oder drohte, ist er zum Ersatz des aus der Vorlage- oder Besichtigungsverfügung entstandenen Schadens verpflichtet. Dies entspricht Art. 50 Abs. 6 und Abs. 7 TRIPS.

## IV. Vernichtungs- und Rückrufansprüche

### 1. Erweiterung der Urheberrechtsvermutung

Durch die Erstreckung der Inhabervermutung des § 10 Abs. 1 UrhG auf verwandte Schutzrechte wird eine Rechtsschutzlücke im Bereich der Durchsetzung von Herstellerrechten geschlossen, bei denen die Vermutungswirkung bislang auch nicht analog zur Anwendung kam,<sup>60</sup> allerdings beschränkt auf den vorläufigen Rechtsschutz sowie Unterlassungsverfahren, nicht also bspw. für Schadensersatz oder Vernichtungsansprüche. Dabei mag offen bleiben, ob diese partielle Gleichstellung verfassungsrechtlich geboten war.<sup>61</sup> Jedenfalls ist kein Grund ersichtlich, warum die Neuregelung unzulässig sein sollte, auch wenn sie sicher über den Inhalt der Richtlinie hinausgeht. Ein bisschen merkwürdig ist die Formulierung, wonach die Inhabervermutung „entsprechend“ gelten soll. Eine Analogie innerhalb eines Gesetzes ist ein *Novum*, das hoffentlich nicht Schule macht. Auch die Begründung,<sup>62</sup> wonach dies „naturgemäß“ der Fall sei, weil eben diese Inhaber keine „Urheber“ sind, ist schwer nachvollziehbar. Dabei handelt es sich aber wohl eher um ästhetische Feinheiten. Wichtiger ist, dass von der Inhabervermutung künftig insbesondere auch Datenbankhersteller profitieren.<sup>63</sup> Nicht erstreckt wurde die Vermutung auf die Inhaber der Verwertungsrechte an Software. Dafür besteht aber ein erhebliches praktisches Bedürfnis, weil ungeachtet § 69b UrhG die Glaubhaftmachung solcher Rechte durch den Verletzten in der Praxis mitunter alles andere als trivial ist. Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber dies nachholt.

<sup>54</sup> *Peukert/Kur*, GRUR-Int. 2006, 292 (299 ff.).

<sup>55</sup> RegE, BT-Drucks. 16/8733, 54.

<sup>56</sup> RGZ 69, 401 [405 f.] – Nietzsche-Briefe.

<sup>57</sup> BGH v. 8.1.1985 – X ZR 18/84, BGHZ 93, 191 = CR 1985, 77.

<sup>58</sup> BGH v. 11.6.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151.

<sup>59</sup> BGH v. 2.5.2002 – I ZR 45/01, CR 2002, 791.

<sup>60</sup> *Nägele/Nitsche*, WRP 2007, 1047 (1056).

<sup>61</sup> Diskutiert bei *Spindler/Weber*, ZUM 2007 257 (258).

<sup>62</sup> BT-Drucks. 16/5048, 65.

<sup>63</sup> Referentenentwurf, S. 59.

## Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

### 2. Vernichtungsanspruch

Der Anspruch auf Vernichtung rechtsverletzender Vervielfältigungsstücke nach § 98 UrhG setzt weiterhin voraus, dass diese im Besitz oder Eigentum des Verletzers stehen. Es fragt sich, warum nicht die für Software geltende Regelung des § 69f UrhG verallgemeinert wurde, wonach dieser Anspruch auch gegen den nicht-verletzenden Besitzer rechtsverletzender Vervielfältigungsstücke besteht, weil nur auf diese Weise Weiterverbreitung von rechtsverletzenden Waren effektiv unterbunden werden kann.<sup>64</sup> Der Gesetzgeber hat dies damit begründet, dass den Beteiligten in der Vertriebskette regelmäßig Verletzungshandlungen nachzuweisen seien,<sup>65</sup> was wohl im Hinblick auf das Verbreitungsrecht in der Regel zutrifft, aber das Schutzinteresse der Nichtbesitzer, die ausnahmsweise nicht als Verletzer in Anspruch genommen werden können, trotzdem nicht erklärt.

Darüber hinaus hat der Verletzte nach § 98 Abs. 1 UrhG Anspruch auf Vernichtung „im Eigentum“ des Verletzers stehender Vorrichtungen, die „vorwiegend“ zur Herstellung verletzender Vervielfältigungsstücke gedient haben. Bislang setzte dieser Anspruch voraus, dass diese Vorrichtungen „ausschließlich oder nahezu ausschließlich“ diesem Zweck gedient hatten. Zu Recht hat der Gesetzgeber den im ursprünglichen Entwurf noch vorgesehenen Vernichtungsanspruch mit Hinblick auf Vorrichtungen aufgegeben, die im Besitz des Verletzers, aber im Eigentum eines Dritten stehen. Zwar eröffnet die Regelung in ihrer jetzigen Form Schutzbehauptungen Tür und Tor,<sup>66</sup> aber die verfassungsrechtliche Begründung eines solchen Vernichtungsanspruchs gegen Nichtbeteiligte wäre wohl in der Tat schwierig geworden<sup>67</sup> und ist durch die Richtlinie auch nicht vorgegeben.<sup>68</sup>

### 3. Rückrufanspruch

Neu eingeführt wurden durch § 98 Abs. 2 UrhG die Ansprüche auf Rückruf rechtswidriger hergestellter, verbreiteter oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmter Vervielfältigungsstücke sowie auf deren endgültige Entfernung aus den Vertriebswegen.

Unproblematisch ist der Rückrufanspruch. Es handelt sich um eine Ausformung des allgemeinen, bislang in § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG geregelten Störungsbeseitigungsanspruchs.<sup>69</sup> Zwar weicht dies von der bisherigen Rechtsprechung ab, die einen Beseitigungsanspruch für rechtsverletzende Vervielfältigungsstücke nur kannte, wenn diese (noch) im Besitz des Störers waren.<sup>70</sup> Dennoch dürften die anderen für den Störungsbeseitigungsanspruch geltenden Grundsätze auch hier Anwendung finden, so insbesondere die Verschuldensunabhängigkeit und das Erfordernis, dass die Beseitigungsmaßnahme notwendig, geeignet und zumutbar sein muss. Letztlich sollte man diesen Anspruch nicht überschätzen. Der Verletzer hat lediglich „zurück zu rufen“, also um Rücksendung auf eigene Kosten zu bitten. Einen eigenen durchsetzbaren Anspruch auf Herausgabe, sei es an sich, sei es an den Verletzten, hat er nicht. Dass unter diesen Voraussetzungen sein Ruf auch erhört wird, ist also zweifelhaft. Eigenen echten Herausgabeanspruch hat nur der Verletzte selbst.<sup>71</sup>

### 4. Entfernung aus den Vertriebswegen

Ähnliche Fragen stellen sich mit Hinblick auf den Anspruch auf Entfernung aus den Vertriebswegen. Damit soll offenbar Art. 46 TRIPS implementiert werden.<sup>72</sup> Unklar ist aber, wie dieser Anspruch durchgesetzt werden

soll. Anspruchsgegner ist nach dem Gesetzeswortlaut der Verletzer. Der Verletzte kann diesen also verpflichten, die Ware aus den Vertriebswegen „endgültig zu entfernen“. Damit ist im Gegensatz zum Rückrufanspruch keine Tätigkeit geschuldet, sondern ein Erfolg. Schleierhaft ist aber, wie der Verletzer diesen Erfolg herbeiführen soll, nachdem auch hier wieder in der Regel jeder Anspruch gegen die von ihm mit der rechtsverletzenden Ware Belieferten fehlen dürfte, während der Verletzte diese in der Regel als Rechtsinhaber ohnehin hat. Leider hat sich der Gesetzgeber zu diesen Fragen weitgehend ausgeschwiegen und lediglich auf die sehr allgemeinen Grundsätze zu § 1004 BGB verwiesen.<sup>73</sup> So spektakulär der Anspruch klingt, in der Praxis wird er wohl eher ein Schattendasein führen.

## V. Schadensersatz

### 1. Doppelte Lizenzgebühr

Eine – zumindest vorläufige – Absage erteilt das Gesetz der Einführung eines „doppelten Schadensersatzes“. Der *Bundesrat*<sup>74</sup> hatte dies während des Gesetzgebungsverfahrens im Anschluss an zahlreiche Stimmen<sup>75</sup> vorgeschlagen. Der Richtliniengeber hatte die Frage bewusst offen gelassen.<sup>76</sup> Gegen den Vorschlag des *Bundesrats* wurde eingewandt, dieser „Ruf nach Bestrafung des Verletzers“<sup>77</sup> widerspreche fundamentalen Prinzipien des deutschen Zivilrechts.<sup>78</sup> Allerdings soll auch nach dieser Auffassung die doppelte Lizenzgebühr in den Fällen des GEMA-Zuschlags beibehalten werden, sowie der Rechtsprechung eine größere Flexibilität bei der Anwendung von § 249 BGB eingeräumt werden.<sup>79</sup>

Eine „Pflicht“ zur Einführung des doppelten Schadensersatzes gibt es sicher nicht. Allerdings ist die Begründung, dass dem Privatrecht und dort insbesondere dem Schadensrecht jeder Bestrafungsgedanke fremd sei, nicht zutreffend. Selbstverständlich verfolgt bspw. das Deliktsrecht auch „verhaltensleitende Zwecke“.<sup>80</sup> Dies wird bei Verkehrssicherungspflichten und im Produkthaftpflichtrecht besonders deutlich. Zu recht ist darauf hingewiesen worden, dass die „Ausgleichsfunktion“ des Deliktsrechts als normatives Grundprinzip „leer“ ist, weil sie kein Kriterium zur Unterscheidung zwischen Schäden hergibt, die ausgeglichen werden sollen und solchen, bei denen dies nicht erwünscht ist. Demgegenüber ist eine richtig verstandene Präventivfunktion eine der – wenn auch sicher nicht die einzige – Haupt-

64 *Nägele/Nitsche*, WRP 2007, 1047 (1055).

65 BT-Drucks. 16/5048, 73.

66 *Spindler/Weber*, ZUM 2007, 257 (261).

67 *Peukert/Kur*, GRUR-Int. 2006, 292 (284).

68 *Spindler/Weber*, ZUM 2007, 257 (261).

69 *Schricker/Wild*, § 97 Rz. 45 ff.

70 *Spindler/Weber*, ZUM 2007, 257 (258 m.w.N.).

71 Skeptisch auch *Nägele/Nitsche*, WRP 2007, 1047 (1055).

72 *Spindler/Weber*, ZUM 2007, 257 (259).

73 RegE, BT-Drucks. 16/8733, S. 73.

74 BT-Drucks. 16/5048, S. 61.

75 Vgl. die Nachweise bei *Schimmel*, ZUM 2008, 384 (385 in Fn. 7).

76 Erwägungsgrund 26 f.

77 So *Flehsig*, ZRP 2006, 103.

78 *Kur*, IIC 2004, 821 (827): „the breach with principles heretofore firmly established in (continental) European law would indeed have been spectacular“.

79 *Peukert/Kur* in Stellungnahme des Max-Planck-Instituts, GRUR-Int. 2006, 292 (294).

80 So *Bodewig/Wandtke*, GRUR 2008, 220 (222), m.w.N. zum Diskussionsstand in Fn. 22.

## Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

funktionen des Deliktsrechts.<sup>81</sup> Der Einzelne soll sein Verhalten so einrichten, dass er Schadensersatzansprüche nach Möglichkeit vermeidet.<sup>82</sup>

Vor diesem Hintergrund kann man sich in der Tat fragen, warum die von der Rechtsprechung für den GEMA Tarifzuschlag akzeptierte Begründung<sup>83</sup> nicht für alle Urheberrechtsverletzungen gelten soll, zumal die Sanktionierung der rechtswidrigen Inanspruchnahme von Leistungen durch Zuschläge auf die übliche Vergütung auch in anderen Bereichen akzeptiert wird.<sup>84</sup>

Dennoch ist die Einführung der doppelten Lizenzgebühr als eine weitere anerkannte Form der Schadensberechnung zu Recht unterblieben. Die Richtlinie beabsichtige *expressis verbis* keine Einführung einer Verpflichtung zu einem als Strafe angelegten Schadensersatz, sondern eine Ausgleichszahlung für den Rechtsinhaber unter Berücksichtigung der ihm entstandenen Kosten.<sup>85</sup> Eine solche grundsätzliche Neuerung im Rechtsfolgenregime des gewerblichen Rechtsschutzes hätte eine sehr viel grundsätzlichere und breitere Diskussion des Pro und Contra vorausgesetzt, als dies im vorliegenden Gesetzgebungsverfahren der Fall war. Es ist zu hoffen, dass diese Diskussion nun nicht *ad aeternitatem* abgebrochen ist. Auch wenn der einschlägige Erwägungsgrund der Richtlinie keine unmittelbare Bindungswirkung zeigt, sollte er zu einer erneuten Diskussion führen, ob die von der Rechtsprechung zugunsten der GEMA akzeptierten Zuschläge nicht verallgemeinert werden können, die ja gerade die Kosten des Systems der Rechtsverteidigung mit abdecken sollen.

Im Übrigen hat der Verletzte häufig auch heute schon mehrfache Ansprüche, die einer „doppelten Lizenzgebühr“ zumindest dann nahe kommen, wenn der Verletzer auf den dauerhaften Werksgenuss angewiesen ist. Das folgt daraus, dass der Verletzte gegen den Verletzer den Anspruch auf – einfachen – Schadensersatz hat und den eigentlichen Endnutzer auf Unterlassung und Vernichtung in Anspruch nehmen kann, so dass dieser im wirtschaftlichen Ergebnis „nachlizenzieren“ muss. Dies gilt nicht bei temporär beschränkten Nutzungsformen (wie pay per view), aber zumindest bei allen Formen der Verbreitung körperlicher Vervielfältigungsstücke und des Downloads.

Eingeschränkt wird diese Kombinationsmöglichkeit allenfalls durch § 100 UrhG, der dem bisherigen § 101 Abs. 1 S. 3 UrhG entspricht. Zurecht ist darauf hingewiesen worden, dass die dogmatisch nur schwer zu begründende gebräuchliche Schadensberechnung im Wege

der Lizenzanalogie letztlich auf dem Gedanken beruht, den schuldhaft handelnden Verletzer nicht besser zu stellen, als denjenigen, der das Nutzungsrecht als vertraglicher Lizenznehmer rechtmäßig nutzt.<sup>86</sup> Allerdings besteht ggü. dem rechtmäßigen Lizenznehmer kein Verbotungsrecht, so dass sich durch die Kombination aus Verbotungsanspruch und Schadensersatzanspruch der Verletzers schon *de lege lata* schlechter steht als der Lizenznehmer. Im Allgemeinen wird der Nutzer eines Urheberrechts spätestens ab der Abmahnung diese nicht mehr „schuldlos“ fortsetzen, da er in Kenntnis der Rechtslage die Schutzrechte des Rechtsinhabers verletzt. Eine andere Frage ist aber, was mit den gutgläubig erworbenen Erzeugnissen der Verletzungshandlung zu geschehen hat. Hier hilft § 100 UrhG, weil er den Vernichtungsanspruch des Verletzers für bestimmte Fälle einschränkt. Gegenüber dem Nutzer von Software wird die Bestimmung aber immer ins Leere laufen. Denn dieser bedarf für den ansonsten gemeinfreien Werksgenuss, das Laden in seinen Arbeitsspeicher, eines Nutzungsrechts. Dieses Nutzungsrecht dürfte aber § 100 UrhG nicht hergeben. Soweit der Unterlassungsanspruch des § 97 UrhG wegen Unverhältnismäßigkeit nicht durchsetzbar ist, besteht doch ein Anspruch auf Abfindung in Geld, die dem schuldlosen Verletzer regelmäßig zumutbar ist.

## 2. Kappung der Abmahngebühren

Erhebliche Aufmerksamkeit hat in der öffentlichen Diskussion die Begrenzung des Aufwendungsersatzes durch § 19a Abs. 2 UrhG auf 100 € „in einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs“ erfahren. Nun kann man sich sicher fragen, ob hierdurch nicht Blauäugigkeit im Umgang mit Rechten Dritter belohnt wird.<sup>87</sup> Auf der Gegenseite ist die Frage aufgeworfen worden, ob nicht die umstrittene Rechtsprechung zur Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage grundsätzlich hätte in Frage gestellt werden sollen.<sup>88</sup>

Klar ist, dass es sich um eine Ausnahmeregelung handelt, die daher restriktiv auszulegen ist. Die von der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses<sup>89</sup> erwähnten „Regelbeispiele“ (Zugänglichmachen eines Stadtplanausschnitts der eigenen Wohnungsumgebung oder eines Liedtextes auf der eigenen privaten Homepage und der Verwendung eines Lichtbildes im privaten Angebot einer Internetversteigerung ohne Einwilligung des Rechtsinhabers) zeigen, dass hier rechtspolitisch Handlungsbedarf bestand. Es ist vermutlich unvermeidlich und letztlich auch wünschenswert, dass die Verteidigung der gewerblichen Schutzrechte in Bagatellverfahren mit Textbausteinen zum Geschäft wird. Dass hieraus aber eine Sinekure entsteht, ist wohl nicht erforderlich und der gesellschaftlichen Akzeptanz der Rechtsdurchsetzung eher abträglich. Ein Aufwendungsersatz von 100 € für einfache Formschriften erscheint in diesem Lichte durchaus angemessen.

81 Vgl. Wagner in MünchKomm, vor § 823 Rz. 34 m.w.N.

82 Staudinger/Hager, vor § 823 ff. BGB Rz. 10.

83 BGH NJW 1973, 96.

84 Schimmel, ZUM 2008, 384 (390); Ehrhard, ZRP 2006, 103.

85 Richtlinie 2004/48/EG, Erwägungsgrund 26.

86 Wandtke, GRUR 2000, 942 (944); BGH v. 10.7.1986 – I ZR 102/84, GRUR 1987, 37 (39).

87 Nägele/Nitsche, WRP 2007, 1047 (1056).

88 So Spindler/Weber, ZUM 2007, 257 (258).

89 BT-Drucks. 16/8783, Ziff. IV Zu Nr. 10.