

THOMAS HOEREN

## High-noon im europäischen Immaterialgüterrecht

### Überlegungen zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum

Ende Januar 2003 verabschiedete die Europäische Kommission ihren Entwurf für eine Richtlinie, die das Sanktionssystem im Immaterialgüterrecht vereinheitlichen soll. Der Entwurf kritisiert die derzeitige deutsche Rechtslage und

wird zu zahlreichen Änderungen im deutschen Verfahrens- und Sanktionssystem führen. Dies ist der Anlass für eine erste kritische Analyse des Richtlinienvorschlags, der zahlreiche Schwächen aufzeigt.

#### I. Einführung

Seit langem hadert die „Content-Industrie“ mit dem Immaterialgüterrecht. So sehr es Bertelsmann und anderen gelungen ist, den Schutzzumfang des Urheber- und Patentrechts auszudehnen, so ineffektiv sind die Sanktionen bei Schutzrechtsverletzungen geblieben. Immer noch und immer stärker klagen die Industrieverbände über das enorme Ausmaß der Piraterie in Europa, ganz zu schweigen von Rechtsstaaten wie der Ukraine oder China. Die „Napsterisierung“ in der Informationsgesellschaft hat i.Ü. dazu beigetragen, dass in der Bevölkerung das Bewusstsein für den Sinn des Immaterialgüterrechts allmählich schwindet. „Geiz ist geil“ – also kopiert jeder so viel wie möglich via Internet und DSL.

Kaum ist der Ruf nach einer Verschärfung des Urheberrechts zu Gunsten der Industrie verklungen und die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft<sup>1</sup> umgesetzt, da ruft die Industrie nach besseren Waffen. Der lobbyistische Weg ist vorgezeichnet. Brüssel ist viel industriehöriger als die nationalen EU-Regierungen. Also wurde in Brüssel eine Richtlinie über Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum durchgesetzt; der erste Entwurf liegt seit dem 30.1.2003 vor und ist über das Internet abrufbar.<sup>2</sup> Im Folgenden sollen einige der Grundzüge dieser neuen Richtlinie mit Blick auf das deutsche Recht untersucht und problematisiert werden.

#### II. Die Pappkameraden

##### 1. Das Ziel: Abschreckung zu Gunsten der Wirtschaft

Einer „John-Wayne-Mentalität“ entsprechend setzt die Kommission auf Abschreckung: Erreicht werden müsse eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Gewinns, den der Rechtsverletzer erziele (Art. 3). Jede Verletzung geistigen Eigentums müsse unter Strafe gestellt werden; diese Strafen „müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein (Art. 3 Satz 2). Diese Strategie entspricht dem jahrzehntealten Credo der Wirtschaft. Piraterie muss bestraft werden. Doch eine ketzerische Frage sei erlaubt: Wird man damit wirklich dem Phänomen gerecht? Wenn Piraterie zum Massenphänomen wird, wenn viele bedenkenlos nachgemachte Gucci-Taschen oder Nike-Schuhe kaufen, hilft dann noch der Ruf nach Abschreckung? Angesichts dieser Rechts-Erosion wäre die Aufklärung in den Schulen oder positive Wertevermittlung mittels der Medien sinnvoller. Doch wieder einmal wird nur in Wildwest-Manier geschossen: Es gibt die Guten und die Bösen, Weiß und Schwarz. Die „good guys“, die Industrie, muss die „bad guys“ vernichten, restlos ausmerzen, durch Sanktionen quälen, abschrecken.<sup>3</sup> Makaber ist dabei auch die Assoziationskette, die die Kommission zur Umschreibung der „bad guys“ aufbietet. Es gehe um die „Verbindung mit dem organisierten Verbrechen“ (Erwägungsgrund 9). Auch kämpfe man gegen den „sofortigen globalen Vertrieb von Raubkopien“ via Internet (Erwägungsgrund 9).

##### 2. Der Adressat: Schutz der Schöpfer und Verbraucher?

Mit gespaltener Zunge spricht die Kommission von den Adressaten der Schutzmaßnahmen. Am klarsten sind noch die Hinweise, dass es Unternehmen gebe, „die oft sehr viel in Forschung und Entwicklung, Marketing und Werbung investieren“.<sup>4</sup> Mit der von Brüssel stark forcierten Änderung des Immaterialgüterrechts vom Kultur- und Innovationsschutz zum Investitionsschutz verliert auch dessen Sanktionssystem seinen ursprünglichen Adressaten, den Schöpfer, Forscher, Erfinder. Es geht um die Amortisation von Investition, um nicht mehr und nicht weniger. Verlogen klingt dann aber der nicht näher begründete Zusatz, dass das „Vertrauen von Unternehmern, Erfindern und Schöpfern in den Binnenmarkt“ geschützt werden solle. Mit den zuletzt genannten Berufsgruppen hat das Immate-

1) RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG Nr. L 167 v. 22.6.2001, S. 10; im Weiteren als „InfoSoc-Richtlinie“ bezeichnet.

2) [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/de/intprop/docs/index.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/intprop/docs/index.htm), KOM (2003) 46 endg. Allerdings wird auf den vorläufigen Charakter des Texts verwiesen: „Be careful: this text is provisional. The final proposal will be made available as soon as possible after a revision by the legal revisers of the European Commission“.

3) Diese grundsätzlichen Bedenken hat der Verf. bereits in einem Editorial, MMR 2003, 217, vertieft.

4) Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 9.

rialgüterrecht nichts mehr zu tun. Diese erbringen nur noch den Naturalakt der Schöpfung und Erfindung selbst, die ihnen dann sofort – kraft Gesetzes oder durch Rechte-Buy-out-Vertrag – entzogen wird. Nicht ohne Grund weigert sich die *Kommission* bis zum heutigen Tag, in Sachen Urhebervertragsrecht umfassend tätig zu werden.

Noch eigenwilliger sind die Überlegungen der *Kommission* zum Schutz der Verbraucher. Man könnte sich gut vorstellen, dass die Verbraucher kalkulatorisch nur Gewinne aus der Piraterie ziehen. Die Gucci-Tasche und der Nike-Schuh sind eben zunächst einmal billiger, wenn man sie auch als Plagiat kaufen kann. Doch so darf man in Brüssel nicht denken. Daher bringt man ein Horrorszenario, das die schädlichen Auswirkungen der Piraterie für den Verbraucher zeigen soll. Er bekomme nämlich „im Prinzip keine Gewährleistungsansprüche, keinen Kundendienst und auch keine wirksame Möglichkeit, bei Bedarf Schadensersatz geltend zu machen“.<sup>5</sup> Ein einfacher Blick ins BGB belehrt eines Besseren: Natürlich kann der Kunde auch bei Piraterieprodukten Gewährleistungs- und Haftungsansprüche geltend machen. Ist die Gucci-Plagiats-Tasche falsch vernäht, stehen dem Kunden die gleichen Rechte zu wie bei einem Originalprodukt. Er kann allenfalls Probleme bekommen, wenn er die Gucci-Tasche mit dem Vorwurf des Plagiats zurückgeben will, obwohl er wusste, dass er einen „Fake“ gekauft hatte. Damit relativiert sich vielleicht auch ein weiteres Schreckensbild, das die *Kommission* ergänzend zur Beschreibung schädlicher Auswirkungen in eine Fußnote gepackt hat: „fehlerhafte Medizinprodukte, Waschmittel mit ätzenden Inhaltsstoffen, gefälschte Antibiotika, krebserregende Substanzen in Bekleidungsartikeln, minderwertiges Motoröl, toxische alkoholische Getränke, schadhafte Elektrogeräte, unwirksame Tollwutimpfstoffe, schadhafte Filter für Dieselmotoren usw.“.<sup>6</sup> Diese Schreckensliste zeigt das oben beschriebene manichäische Weltbild der *Kommission* und der Industrie. Denn in Wirklichkeit tauchen die genannten Mängel nicht nur bei Plagiatoren, sondern gerade auch bei der „Originalprodukt“-Industrie auf. Und gegenüber beiden bestehen z.B. mit dem Produkthaftungs- oder dem Gerätesicherheitsgesetz scharfe Waffen der Verbraucher. Aber wer hat schon den Mut, dem Verbraucher zu sagen: „Wir nehmen Euch etwas weg, Ihr müsst zu Gunsten der Industrie bluten.“?

### 3. Der „bad guy“ Deutschland

Woher national der Wind weht, bekommt man im Entwurf schnell zu spüren. Gelobt werden die schnellen Sanktionsmöglichkeiten des britischen Rechts, voran die *Anton Piller Order*<sup>7</sup> und die *Mareva Injunction*.<sup>8</sup> Auch die Niederlande werden wegen ihrer Kort-geiding-Rechtsprechung<sup>9</sup> gelobt.<sup>10</sup> Attackiert wird vor allem das deutsche Recht. Dort sei „die Haltung gegenüber einstweiligen Verfügungen ziemlich reserviert; sie werden meist nur bei offenkundigen Markenrechtsverletzungen erlassen“.<sup>11</sup> Schon diese Bemerkung lässt einen aufhorchen; man ahnt, dass hier wohl wieder einer der schlampigen Länderberichte der großen Unternehmensberater Pate gestanden hat. Denn anders lässt sich nicht erklären, wie die *Kommission* zu einem solch unreflektierten Statement kommt. „In Deutschland“ passiert gar nichts einheitlich; die Praxis der Gerichte ist höchst unterschiedlich. Von einer prinzipiellen Reserviertheit gegenüber der in der ZPO ausdrücklich verankerten und seit Jahrzehnten gehandhabten Figur der einstweiligen Verfügung ist in Deutschland nichts zu bemerken.<sup>12</sup> Warum sich der Hinweis der *Kommission* nur

auf offensichtliche Markenrechtsverletzungen bezieht und nichts zum Urheberrecht oder Patentrecht sagt, bleibt ein Rätsel. Da die Aussage ohnehin nicht belegt wird, bleibt sie ein Erratum. Doch es kommt noch schlimmer. So versteigt sich die *Kommission* zu der Behauptung, „in Deutschland gelten für die Herausgabe von Verletzungsgewinnen (...) die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über unechte Geschäftsführung“.<sup>13</sup> Auch das ist so verdreht, dass es verdrehter nicht sein kann. Die Herausgabe von Verletzungsgewinnen wird in Deutschland als Teil der dreifachen Schadensberechnung, d.h. i.R.d. deliktischen Haftung gewährt.<sup>14</sup> Kein Gericht zieht die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) heran.<sup>15</sup> I.Ü. wären dies auch nicht die Vorschriften über unechte Geschäftsführung, sondern über angemessene Eigengeschäftsführung. Aber Ignoranz bleibt Ignoranz – und so werden denn auch die Beweissicherungsrechte im deutschen Recht attackiert. Diese seien „nicht sehr schlagkräftig. Sie beschränken sich auf die Beweisbeschaffung mittels Zeugenaussagen, Sachverständigengutachten und Augenscheinsnahme, dehnen sich allerdings nicht auf die Unterlagen und die Vernehmung der Parteien aus“.<sup>16</sup> So baut man Pappkameraden auf. Deutschland muss als Stinckenbock erhalten, obwohl gerade der *BGH* in einer jüngst ergangenen Entscheidung den Beweissicherungsanspruch für Unterlagen aus § 809 BGB analog bejaht hat.<sup>17</sup>

## III. Inhaltliche Neuregelungen

### 1. Nichts Neues unter der Sonne

Nach der kurzen Darstellung der Regelungsziele sei nun noch der Blick auf wesentliche Eckdaten der Richtlinie gewagt. Eine Reihe von Überlegungen im Entwurf entsprechen bereits dem deutschen Recht, sodass insofern ein Regelungsbedarf ausscheidet. So findet sich z.B. in Art. 6 die schon in § 10 UrhG verankerte Urheberrechtsvermutung. Die Bestimmungen zum Arrest in der ZPO tauchen als sog.

5) Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 11.

6) Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 11 Fußn. 40.

7) *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes, Ltd.* (1976) 1 Ch. 55 = (1976) RPC 719.

8) Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 15.

9) S. dazu Art. 289 der niederländischen Zivilprozessordnung.

10) Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 15.

11) Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 15.

12) Die einzigen Gründe, warum man überhaupt eine Reserviertheit deutscher Gerichte im Bereich einstweiliger Verfügungen spüren kann, sind rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Art, etwa in Bezug auf das Grundrecht auf rechtliches Gehör. Es soll aber nicht unterstellt werden, dass der Vorwurf der *Kommission* dahin geht, dass deutsche Gerichte bei der Entscheidung über Verfügungsanträge zu stark auf verfassungs- und menschenrechtliche Vorgaben achten.

13) Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 16.

14) So etwa *BGH GRUR* 1962, 401, 402 – Kreuzbodenventilsäcke III (zum Patentrecht); *GRUR* 1980, 227, 232 – Monumenta Germaniae Historica (zum Urheberrecht) oder *BGHZ* 82, 99 – Kunststoffrohrprofil II (zum Gebrauchsmusterrecht). Der *BGH* spricht in diesem Zusammenhang auch vom Verletzungsgewinn als „Maßstab für die Berechnung der Schadenshöhe“; so etwa *BGH GRUR* 1995, 349, 351 – Objektive Schadensberechnung.

15) In der Lit. wird vereinzelt eine Anwendung von § 687 Abs. 2 BGB diskutiert; so etwa von *Caemmerer*, in: *FS Hippel* 1967, S. 27, 40. Weitere Hinweise dazu bei *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, 2003, S. 278 ff.

16) Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 15.

17) So die Entscheidung *BGH*, U. v. 2.5.2002 – I ZR 45/01 – Faxkarte, *GRUR* 2002, 1046 = *BGHZ* 115, 370. Zwischen der Entscheidung und den vorliegenden Ansätzen der *EU-Kommission* bestehen allerdings im Detail Unterschiede, die aus Platzgründen hier nicht thematisiert werden können. Unter engeren Voraussetzungen, aber durchaus denkbar war schon zuvor ein Vorläufigbeschluss auf Grund von § 809 BGB analog; s. etwa *BGH GRUR* 1985, 312 – Druckbalken. Zur Rspr. vor der Entscheidung Faxkarte s. auch *Bork*, *NJW* 1997, 1665 ff.

Beweismittelschutz (Art. 8) und als sonstige Sicherungsmaßnahmen (Art. 11) auf. Die in Art. 9 vorgesehenen Auskunftsrechte decken sich weitgehend mit den derzeit aus § 242 BGB sowie spezialgesetzlich aus dem Gesichtspunkt der Produktpiraterie abgeleiteten Ansprüchen. Die Struktur der in Art. 10 vorgesehenen einstweiligen Verfügung entspricht dem Leitbild von §§ 935 ff. ZPO. Im UrhG und PatG sind i.Ü. auch die Unterlassungsansprüche gegen Verletzer (Art. 15) sowie entsprechende Beschlagnahme- und Vernichtungsrechte geregelt (Art. 13, 14).

## 2. Und doch: was soll das?

Und doch finden sich einige grundsätzliche Neuerungen, die zu fundamentalen Veränderungen des deutschen Immaterialgüterrechts führen können.

### a) Der doppelte Schadensersatz

Art. 17 sieht in Bezug auf den Schadensersatzanspruch<sup>18</sup> vor, dass dem Rechteinhaber zum Ausgleich des erlittenen Schadens angemessener Schadensersatz zu leisten ist.<sup>19</sup> Die Entschädigung könne zum einen Schadensersatz in doppelter Höhe der Vergütung oder Gebühr umfassen, die der Verletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des betreffenden Immaterialgüterrechts eingeholt hätte. Zum anderen kann der Verletzte kompensatorischen Schadensersatz in Höhe des durch die Rechtsverletzung tatsächlich entstandenen Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns verlangen. Zwischen diesen unterschiedlichen Schadensberechnungsmöglichkeiten besteht ein Alternativverhältnis.

Neu ist hier zunächst die Einführung des Grundsatzes des doppelten Schadensersatzes. Nach deutschem Recht besteht ein Wahlrecht zwischen dem Ersatz des tatsächlichen Schadens (einschließlich des entgangenen Gewinns), der Abführung des Verletzergewinns und der Erstattung einer fiktiven Lizenzgebühr. Im Richtlinienent-

wurf bleibt das Wahlrecht bestehen, wird jedoch in Bezug auf die doppelte Lizenzgebühr vom Umfang her erweitert. Bislang galt die Verdoppelung des Schadensersatzes als Tabu.<sup>20</sup> Zwar forderten einige Stimmen in der Literatur eine diesbezügliche Verschärfung des Schadensrechts. Die Rechtsprechung hat jedoch eine solch doppelte Lizenzgebühr nur in einem Ausnahmefall<sup>21</sup> zuerkannt, nämlich zu Gunsten der kleinen Musikrechte bei der GEMA.<sup>22</sup> Hintergrund für diese Weigerung ist die Tatsache, dass dem deutschen Recht der Gedanke des Strafschadensersatzes fremd ist.<sup>23</sup> Schadensersatz dient – wie der Name sagt – dem Ersatz tatsächlich entstandener Schäden, nicht aber der Abschreckung und Bestrafung von Piraterie.<sup>24</sup> Würde man einen Strafschadensersatz einführen, entstünden auch sofort Folgeprobleme. Denn die Anerkennung US-amerikanischer Urteile, die einen Strafschadensersatz bejahen, wird in Deutschland mit Verweis darauf abgelehnt, dass ein solcher Strafgedanke dem deutschen Recht wesensfremd sei und damit eine Anerkennung entsprechender Auslandsurteile gegen den deutschen „ordre public“ verstoße.<sup>25</sup>

Dieser Schutzwall gegen überhöhte und rigide US-Urteile bröckelt nun mit dem vorliegenden Richtlinienentwurf. Die Kommission hat das Problem zwar gesehen, aber nicht zufrieden stellend, zumindest nur halbherzig gelöst. Zur Begründung von Art. 17 wird darauf hingewiesen, dass „dieser Schadensersatz ... nicht als Strafe gedacht“ sei, sondern als „Aufwandsentschädigung für den Rechteinhaber auf objektiver Grundlage unter Berücksichtigung der ihm entstandenen Kosten, z.B. im Zusammenhang mit der Feststellung der Rechtsverletzung und ihrer Verursacher“<sup>26</sup>. Diese Aussage ist jedoch widersprüchlich. Zu bedenken ist, dass die dem Verletzten für die Aufklärung eines Pirateriefalles entstandenen Recherchekosten bereits nach klassischem Schadensersatzrecht durchaus als Teil des tatsächlich entstandenen Schadens geltend gemacht werden können.<sup>27</sup> Erforderlich ist dabei allerdings, dass der Verletzte nachweist, dass tatsächlich die Recherchekosten auf den konkreten Fall zurückzuführen sind. Das allgemeine Vorhalten einer Anti-Piraterie-Infrastruktur ist nicht ersatzfähig.<sup>28</sup>

Insofern ist es bedauerlich, dass der Erwägungsgrund 25 allgemein von der Erstattung der Recherchekosten ohne Bezug auf den jeweiligen konkreten Fall spricht. Auch die gerade zitierte Passage aus der Entwurfsbegründung stellt nicht auf die Kosten ab, die zur Ermittlung der konkreten Rechtsverletzung geführt haben. Vielmehr geht es hiernach allgemein und losgelöst vom konkreten Verletzer um die „Feststellung der Rechtsverletzung und ihrer Verursacher“. Man beachte hier den Plural „ihrer Verursacher“. Denn damit wird auf allgemeine Recherchekosten zur Ermittlung aller Verletzer verwiesen, sodass eine Zurechnung der Kosten bezogen auf den einzelnen Verursacher nicht mehr erfolgt. Dann gerät die Schadensberechnung jedoch durchaus auch in den Bereich des Strafschadensersatzes. Eine andere Interpretation des genannten Plurals ließe sich womöglich dadurch herstellen, dass dieser sich auf alle denkbaren Verursacher, d.h. Mitstörer, in einem einzelnen, individuellen Verletzungsfall bezieht; dann wären in der Tat die entsprechenden Kosten Teil eines kompensatorisch gedachten Schadens. Für diese Auslegung spricht auch der Vergleich mit dem englischen und französischen Text des Entwurfs. Denn dort wird überhaupt nicht mehr auf „Verursacher“ abgestellt. Z.B. heißt es im englischen Entwurf „administrative expenses incurred in identifying the infringement and researching its origin“.

18) Erstaunlicherweise geht die Kommission auf andere Möglichkeiten des Täter-Opfer-Ausgleichs nicht ein, etwa wenn es um das Bereicherungsrecht geht; s. dazu BGHZ 68, 90, 98 – Kunststoffhohlprofil I; BGHZ 82, 299 – Kunststoffhohlprofil II; Büsching, Der Anwendungsbereich der Eingriffskondition im Wettbewerbsrecht, 1992, S. 17 ff. und Haines, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, 1970, S. 29 ff.

19) Eigenartig ist allerdings die Formulierung in der Begründung (S. 25), wonach es um den Ausgleich des Schadens aus einer „vorsätzlichen oder schuldhaften Rechtsverletzung“ geht. Zumindest nach deutschem Verständnis ist Vorsatz eine Unterform des schuldhaften Handelns.

20) So ausdrücklich BGH GRUR 1966, 570, 572 – Eisrevue II; GRUR 1973, 379, 380 – Doppelte Tarifgebühr; GRUR 1980, 841, 844 – Tolbutamid; OLG München GRUR 1983, 578, 581 f.; LG Berlin, Schulze Rspr., LGZ 193; LG Düsseldorf GRUR 1993, 664, 665.

21) Nicht relevant ist hier die Rspr. zu den Aufschlägen bei der Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten (§ 97 Abs. 2 UrhG): Diese wird im Richtlinienentwurf separat erwähnt (Art. 17 Abs. 1 Satz 3).

22) § 54g Abs. 3 UrhG und ebenso BGHZ 59, 286 – Doppelte Tarifgebühr; ähnlich bereits BGHZ 17, 376, 383 – Betriebsveranstaltungen; verneint allerdings für die großen musikalischen Rechte in BGH GRUR 1988, 296, 299 – GEMA-Vermutung IV und BGHZ 97, 37, 49 ff. = GRUR 1986, 376, 380 – Film-musik.

23) So auch BGHZ 77, 16 – Tolbutamid.

24) Krit. zur GEMA-Rspr. insoweit auch Loewenheim, JZ 1972, 12 ff.; ders., JZ 1973, 792, 793; Niederländer, JZ 1960, 617 ff.; Spengler, GRUR 1953, 78, 79.

25) S. BGHZ 118, 312, 334 ff. sowie Rosengarten, Punitive Damages, 1988, S. 32 ff.; Bungert, ZIP 1992, 1707 f. oder Stürmer, AfP 1998, 1 ff. u.v.a.

26) Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 25.

27) S. BGHZ 32, 280 – Ersatzhaltung eines Straßenbahnwagens; spannend auch BGH GRUR 1982, 286 – Fersenabstützvorrichtung; allgem. dazu auch von Caemmerer, in: FS Hakulisen, 1972, S. 75, 83. Interessant insofern auch die Vorschläge von Dreier in dessen Habilitationsschrift „Kompensation und Prävention“, 2003.

28) BGH GRUR 1973, 379, 380 – Doppelte Tarifgebühr.

Man hat jedoch bei der Lektüre anderer Teile des Entwurfs das Gefühl, dass diese Interpretation doch nicht dem Leitbild des Texts entspricht. Schon der soeben erwähnte Erwägungsgrund 25 spricht allgemein von Recherchekosten, ohne konkreten Bezug zu einem Verletzungsfall. Ferner wünscht sich die *Kommission* „abschreckendere Schadensersatzleistungen“.<sup>29</sup> Der doppelte Schadensersatz wird auch deutlich unterschieden vom „kompensatorischen Schadensersatz“ (Art. 17 Abs. 1 lit. a und lit. b). Insofern ist nicht ganz von der Hand zu weisen, dass es bei der doppelten Gebühr nicht um Naturalrestitution, sondern um eine eigene Form der Abschreckung, der Strafe, geht.

#### b) Zusätzlich: Verletzererfolg

Der Richtlinienentwurf sieht ferner vor, dass die Mitgliedstaaten optional dem Rechteinhaber auch die Verletzererfolge zuweisen können, die bei der Festsetzung des tatsächlichen Schadens unberücksichtigt blieben (Art. 17 Abs. 2 Satz 1). Eine solche Regelung wäre für das deutsche Recht neu: Bisher ging man davon aus, dass der Verletzte ein Wahlrecht zwischen den verschiedenen Formen des Schadensersatzes habe. Entscheidet er sich für eine bestimmte Form des Schadensersatzes (z.B. für den Ersatz des tatsächlich entstandenen Schadens), könne er nicht mehr zu einer anderen Berechnungsweise wechseln. Es wäre ihm daher bei der Geltendmachung des kompensatorischen Schadensersatzes verwehrt, zusätzlich auch noch den übersteigenden Verletzererfolg geltend zu machen. Das würde sich ändern, wenn Deutschland von der Option des Richtlinienentwurfs Gebrauch machen würde.<sup>30</sup>

Ein solcher Schritt wäre sinnvoll, denn die bisherige Regelung bürdet dem Rechteinhaber ein enormes Prüfungsrisiko auf. Der Rechteinhaber weiß ex ante oft nicht, welcher Schaden und welcher Gewinn infolge der Rechtsverletzung entstanden ist. Wenn der tatsächliche Schaden unterhalb des Verletzererfolgs liegt und der Rechteinhaber irrtümlicherweise den Ersatz seines Schadens begehrt, kann er später nicht mehr die Schadensberechnung wechseln. Er muss damit leben, dass seine ohnehin schwer vorzunehmende Prognose hinsichtlich des Schadensfalls dem Verletzer zugute kommt. In dieser schwierigen Lage ist der Verletzte schützenswerter als der Verletzer. Insofern muss es auch möglich sein, den Verletzererfolg – unabhängig von der Berechnung des sonstigen Schadens – komplett abzuschöpfen.

Hinsichtlich der Berechnung des Verletzererfolgs geht der Entwurf von einer neuen Regel in Bezug auf die Verteilung von Darlegungs- und Beweislasten aus. Der Rechteinhaber soll nach Art. 17 Abs. 2 Satz 2 nur Nachweise für die Bruttoeinnahmen des Verletzers erbringen müssen. Der Verletzer seinerseits kann dann seine abzugsfähigen Kosten sowie sonstige nicht durch die Verletzung bedingte Gewinne belegen. Zu bedenken ist zusätzlich, dass der Verletzer nach Art. 9 Abs. 2 einen Auskunftsanspruch hat, der sich auf die verkaufte Menge und die Preise für Piraterieprodukte bezieht.

#### c) Haftung für Access-Provider

Für die Leser der MMR am wichtigsten dürfte die sehr versteckte Regelung des Art. 15 Abs. 2 sein, wonach die Rechteinhaber die Möglichkeit haben müssen, eine Verfügung gegen Mittelspersonen zu erwirken, deren Dienste von Dritten zwecks Piraterie in Anspruch genommen werden. Die Formulierung ist sehr weit geraten. Sie erstreckt sich unterschiedslos auf Access-Provider und Host-Provider.

Offensichtlich hat es der „Content“-Industrie keine Ruhe gelassen, dass ihr scheinbarer Erfolg in Bezug auf Art. 8 Abs. 3 der InfoSoc-Richtlinie bei der Umsetzung erfolglos blieb. Zur Erinnerung: Die genannte Regelung sieht vor, dass die Mitgliedstaaten im Urheberrecht Verbotsv Verfügungen auch gegen Mittelspersonen des Verletzers ermöglichen müssen. Die Industrie zog hieraus die Konsequenz, dass Access-Provider als Mittelspersonen künftig verpflichtet seien, den Zugang zu rechtsverletzenden Websites und Internetdiensten zu sperren. Diese Verpflichtung war jedoch mit dem Leitbild der E-Commerce-Richtlinie nicht in Einklang zu bringen. Denn diese Richtlinie geht davon aus, dass die Access-Provider weitgehend von der Haftung für Rechtsverletzungen freigestellt sind. Jedenfalls hat die *Bundesregierung* bei der Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie keinen Bedarf für eine Umsetzung von Art. 8 Abs. 3 gesehen. Vor diesem Hintergrund führt Art. 15 des Entwurfs nun dazu, dass der Traum der „Content“-Industrie von der „Access-Provider-Keule“ Wirklichkeit wird. Denn jetzt sollen in allen Bereichen des Immaterialgüterrechts Verfügungen gegen „Mittelspersonen“ möglich sein. Dabei ist der Begriff der Mittelsperson weit gefasst. Er umfasst nicht nur Access-Provider, sondern auch Domainmakler, Suchmaschinenanbieter, Onlineauktionshäuser, vom Wortlaut her sogar Verkäufer von PCs und CD-Rohlingen. Auf eine Mittäterschaft oder Störereigenschaft im klassischen Sinne kommt es nicht an; auch subjektive Elemente bleiben nach dem Entwurf unberücksichtigt.

#### d) Strafrecht: Freibrief für Private

Erstaunlicherweise findet sich gerade im Bereich des Strafrechts eine Forderung, die unterhalb des deutschen Sanktionssystems liegt. Erstaunlich ist zunächst, dass die *Kommission* überhaupt Straftatbestände regelt; denn eine Kompetenz für Strafrecht haben die Organe der EU nicht. Ohne dass dies näher ausgeführt wäre, geht der Entwurf vielleicht auch stillschweigend von einer Annexkompetenz im Hinblick auf das Immaterialgüterrecht aus. Nach Art. 20 Abs. 1 achten die Mitgliedstaaten darauf, dass jede schwerwiegende Verletzung strafbar ist. Eine Verletzung soll „schwerwiegend“ sein, wenn die Tat vorsätzlich und zu gewerblichen Zwecken erfolgt ist. Nach dem deutschen Urheberrechtssystem beginnt die Schwelle zur Strafbarkeit nicht erst bei gewerblichem Handeln, sondern bereits bei Vorsatztat Privater (§ 106 UrhG). Wahrscheinlich wird man die Richtlinie insoweit als Mindeststandard ansehen müssen, sodass die einzelnen Staaten durchaus schärfere Straftatbestände vorsehen können. Man könnte sich aber auch fragen, ob nicht der bisherige Strafkatalog des deutschen UrhG im Hinblick auf die Bestrafung Privater geändert werden könnte. Den Weg dahin hat die *Bundesregierung* vorgezeichnet, als sie im Umsetzungsentwurf zur InfoSoc-Richtlinie auf eine strafrechtliche Ahndung privater Hackingattacken gegen DRM-Systeme verzichtet hat.

#### e) Der Schutz von technischen Maßnahmen

Durch Art. 21 werden die bisherigen Regelungen zu technischen Schutzmaßnahmen erweitert. Bisher sahen verschiedene EU-Richtlinien, insbesondere auf urheberrecht-

<sup>29</sup> Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 5. 16 Fußn. 55.

<sup>30</sup> Zu beachten ist allerdings, dass das Wahlrecht als solches bestehen bleibt. Denn nach dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 besteht der Schadensersatz wahlweise und alternativ („entweder“ – „oder“) in der doppelten Lizenzgebühr oder dem kompensatorischen Schadensersatz (zzgl. Verletzererfolg). Den Verletzererfolg kann der Verletzte folglich nur geltend machen, wenn er auf die Schiene „kompensatorischer Schadensersatz“ gesetzt hat.

lichem Gebiet, einen weitreichenden Schutz technischer Schutzvorrichtungen vor.<sup>31</sup> Dieser wird nun durch Art. 21 des Entwurfs auf das gesamte Immaterialgüterrecht, und weit darüber hinaus, ausgedehnt. Geschützt werden sollen ausweislich der Begründung des Entwurfs „Sicherheitshologramme, optische Mittel, Chipkarten, Magnet-systeme, Spezialtinte, Mikroetiketten etc.“.<sup>32</sup>

Allerdings bleibt das Schutzgut der Vorschrift unklar. Art. 21 Abs. 1 spricht vom Rechtsschutz „gegen ungesetzliche technische Schutzvorrichtungen“.<sup>33</sup> Die Überschrift der Regelung verweist jedoch auf den „Rechtsschutz der technischen Schutzvorrichtungen“. Es ist damit unklar, ob es sich um einen Schutz von oder gegen Technik handelt. Die Lösung findet sich erst in Art. 21 Abs. 2 bei den dortigen Legaldefinitionen. Eine ungesetzliche Vorrichtung<sup>34</sup> ist hiernach dazu bestimmt, eine technische Schutzvorrichtung des Rechteinhabers zu umgehen. Es geht also um den Schutz von Schutz von Technik gegen Technik. Die schlichte Beseitigung oder Umgehung einer technischen Schutzvorrichtung – etwa durch das Abschneiden von Verpackungsetiketten oder das Umverpacken – fällt damit nicht unter den Entwurf. Damit ist der Anwendungsbereich von Art. 21 stark eingeschränkt und man kann sich kaum einen sinnvollen Beispielfall dazu vorstellen. Erstaunlicherweise wird in den Erwägungsgründen allerdings anders argumentiert. In Erwägungsgrund 27 wird allgemein auf den Schutz von Sicherheits- und Authentifizierungsinstrumenten gegen Veränderung und Umgehung gesprochen. Die Erwägungsgründe sind allerdings nicht bindend; möglicherweise wird hier die Vorschrift verkürzt,

bezogen auf deren Zielrichtung, zusammengefasst. Entscheidend ist der Wortlaut von Art. 21.

Unklar ist ferner auch die Definition in Art. 21 Abs. 2 zu den insoweit geschützten Techniken. Es soll um Systeme gehen, die „bei normalem Betrieb zur Herstellung echter Waren“ dienen. Schon der Hinweis auf den „normalen Betrieb“ ist dubios und wird nirgends erläutert. Noch auffälliger ist der Hinweis auf die Echtheit der Ware. Es geht nicht darum, dass die Schutzvorrichtung selbst „echt“ ist, d.h. vom Rechteinhaber authentifiziert worden ist. Der Entwurf spricht an vielen Stellen immer nur von der Echtheit der Ware. Insofern kann die künftige Richtlinie in den (häufigen) Fällen, in denen z.B. Microsoft-Hologramme gefälscht werden, nicht mit der Begründung herangezogen werden, das streitgegenständliche Hologramm sei unecht. Abzustellen ist stattdessen auf die Echtheit der Ware selbst. Bislang gibt es aber zumindest in der deutschen Rechtsordnung den Begriff der „echten Ware“ nicht. Wenn man darauf abstellt, dass die Ware von ihrer Substanz her den Vorgaben des Herstellers entspricht, fallen viele Produkte unter „echte Ware“, die die Industrie wohl nicht unter Art. 21 subsumieren wollte. So ist z.B. dann auch die vertragswidrig verkaufte Überproduktion eines Sub-Unternehmers „echt“. Gleiches gilt für Originalware, die der Hersteller in außereuropäischen Drittstaaten verkauft hat und die von dort aus rechtswidrig wieder in den europäischen Markt gelangt.

#### IV. Fazit

Der Richtlinienentwurf ist an sich ein guter Ansatz, da in der Tat angesichts unterschiedlichster nationaler Sanktionssysteme Harmonisierungsbedarf besteht. Der Text ist jedoch diskussionsbedürftig. Die Seitenhiebe auf das deutsche System sind weitgehend unberechtigt und unnötig. Der Schutz „echter Waren“ ist ein ebenso bizarres Novum wie die allgemeine Einführung des doppelten Schadensersatzes. Auch die Haftung der „Mittelspersonen“ ist sehr weit geraten. Wichtig ist, dass die deutsche Szene aufwacht und sich mit dem Entwurf beschäftigt. Noch ist Zeit, um auf das Verfahren in Brüssel Einfluss zu nehmen.

31) So insb. Art. 6 der InfoSoc-Richtlinie und Art. 4 der Richtlinie über zugangskontrollierte Dienste.

32) Kommissionsentwurf v. 30.1.2003 (o. Fußn. 2), S. 27.

33) Die Übersetzung des Entwurfs ist in vielen Einzelheiten unzulänglich, so auch hier. Denn von „Schutz-Mechanismen“ ist z.B. im englischen Text („technical devices“) oder im französischen Text („dispositifs techniques“) nicht die Rede. Es wäre hier auch zu fragen, worauf sich der Schutz einer „ungesetzlichen Schutzvorrichtung“ richten soll.

34) Die deutsche Übersetzung spricht jetzt auf einmal bei Art. 21 Abs. 2 von „unrechtmäßig“, während sonst von „ungesetzlich“ gesprochen wird.

CHRISTINE LANGENFELD

## Die Neuordnung des Jugendschutzes im Internet

*Mit der Ausweitung der Onlinekommunikation wächst die Gefahr, dass Minderjährige mit für sie schädlichen Inhalten konfrontiert werden. Vor diesem Hintergrund haben sich Bund und Länder auf eine Neuordnung des Jugendschutzes im Internet geeinigt. Zentrales Element der Reform ist ein von den Ländern abgeschlossener Staatsvertrag zum Jugendmedienschutz, der zusammen mit dem novellierten Jugendschutzgesetz des Bundes am 1.4.2003 in Kraft getreten ist. Ziel der Neuregelung ist die Schaffung eines kohärenten Ordnungsrahmens für alle Onlinedienste, dessen Einhaltung durch eine einheitliche, von den Ländern zu errichtende Aufsichtsinstanz, der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM), überwacht werden soll. Rechtliches Neuland wird auch in Bezug auf den Einsatz von Selbstkon-*

*trollmechanismen als Steuerungsinstrument sowie deren Verzahnung mit der hoheitlichen Medienaufsicht betreten. Der Beitrag diskutiert die Frage, inwieweit die von Bund und Ländern in „abgestimmter“ Rechtssetzung geschaffenen Regelungen den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Im Weiteren werden die Probleme erörtert, die sich aus der Konstruktion der KJM als übergreifende Einrichtung der Länder und als Organ der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt ergeben. Einer kritischen Bewertung werden schließlich die Regelungen zur Einbindung der Selbstkontrolleinrichtungen unterzogen. Insgesamt plädiert der Beitrag für einen Instrumenten-Mix von hoheitlicher Kontrolle, Selbstregulierung und technischem Selbstschutz.*

■ Professorin Dr. Christine Langenfeld ist Inhaberin eines Lehrstuhls für öffentliches Recht der Georg-August-Universität Göttingen.