

## **Stellungnahme** des Bundesrates

---

### **Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums**

Der Bundesrat hat in seiner 831. Sitzung am 9. März 2007 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

#### Zum Gesetzentwurf insgesamt

1. Der Schutz des geistigen Eigentums ist in unserer wissensbasierten Volkswirtschaft nicht nur für die Förderung der Innovation und der Kreativität von Bedeutung, sondern auch für die Schaffung von Arbeitsplätzen und die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit. Illegale Kopien, Marken- und Produktpiraterie haben inzwischen - international - ein Ausmaß erreicht, das eine ernste Bedrohung für die nationalen Volkswirtschaften darstellt. Die Bekämpfung wird durch unterschiedliche Regelungen zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union erschwert. Der Bundesrat begrüßt es vor diesem Hintergrund nachdrücklich, dass mit dem vorliegenden Gesetzentwurf insbesondere die Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Durchsetzungsrichtlinie) umgesetzt werden soll. Die Umsetzung ist dringend geboten, nachdem die durch die Richtlinie vorgegebene Frist bereits am 29. April 2006 abgelaufen ist.

Grundsätzlich erscheinen die vorgeschlagenen Regelungen auch geeignet, um - entsprechend der Zielrichtung der Richtlinie - die Position der Rechteinhaber bei der Verfolgung von Schutzrechtsverletzungen zu stärken. Der grundsätzliche Ansatz im Gesetzentwurf, die Durchsetzung der Rechte durch materielle Ansprüche zu verbessern und nicht neue, dem deutschen Recht fremde, pro-

zessuale Rechtsinstitute zu schaffen, wird unterstützt. Der Bundesrat sieht dabei durchaus die Schwierigkeiten, die Regelungen der Richtlinie, die teilweise auf ganz anderen Prozessrechtssystemen beruhen, in das deutsche Recht umzusetzen. Diese Schwierigkeiten werden noch dadurch verstärkt, dass einige Vorgaben höchst unklar sind. Besonders auffällig ist dies bei Artikel 8 Abs. 1 der Richtlinie, der Auskunftsansprüche gegen Dritte "im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums" vorsieht. Ob mit dieser Formulierung ein bereits anhängiges Gerichtsverfahren gegen den Verletzer oder aber die - auch außergerichtliche - Verfolgung von Ansprüchen gemeint ist, bleibt offen.

Bei einigen Regelungen im Gesetzentwurf hat der Bundesrat aber die Besorgnis, dass das Ziel der Richtlinie nicht erreicht und der Schutz für die Rechteinhaber nicht verbessert wird:

- a) Dies gilt für die Einführung eines Richtervorbehalts bei dem Auskunftsanspruch gegenüber Dritten (z.B. Internetprovider), soweit es um die Verwendung von Verkehrsdaten geht (vgl. § 140b Abs. 9 PatG-E). Der Richtervorbehalt passt nicht zum deutschen Zivilprozessrecht, belastet die Gerichte in hohem Maße und bürdet dem Verletzten erhebliche Kosten auf.
- b) Problematisch erscheint im Zusammenhang mit den Auskunftsansprüchen gegenüber Dritten auch, dass der Gesetzentwurf keine Aussage dazu trifft, inwieweit die vorgesehenen Rechte mit datenschutzrechtlichen Bestimmungen auf nationaler und europäischer Ebene kompatibel sind. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Regelungen des Telekommunikationsgesetzes, des Telemediengesetzes sowie des zu erwartenden Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten.
- c) Ferner soll der Auskunftsanspruch gegenüber Dritten im Bereich des Urheberrechts (§ 101 Abs. 2 UrhG-E) nach der Entwurfsbegründung (BR-Drs. 64/07, S. 117) voraussetzen, dass die Rechtsverletzung im geschäftlichen Verkehr erfolgt ist. Diese Voraussetzung, die dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen ist, würde dazu führen, dass der Hauptanwendungsfall des Auskunftsanspruchs gegenüber Dritten, die Verletzung des Urheberrechts im Internet, leerlaufen würde und die Rechteinhaber schutzlos gestellt würden.

- d) Änderungsbedarf besteht ferner insbesondere bei den vorgeschlagenen Regelungen zum Schadenersatz (vgl. § 139 Abs. 2 PatG-E). Hier sollte die Neuformulierung der einschlägigen Bestimmungen dazu genutzt werden, es dem Rechteinhaber zu gestatten, unter bestimmten Voraussetzungen eine doppelte Lizenzgebühr als vermuteten Verletzergewinn zu verlangen.

Zu den Regelungen im Einzelnen:

2. Zu Artikel 2 Nr. 3 (§ 139 Abs. 2 Satz 2 PatG),  
Artikel 3 Nr. 1 (§ 24 Abs. 2 Satz 2 GebrMG),  
Artikel 4 Nr. 2 Buchstabe b (§ 14 Abs. 6 Satz 2 MarkenG),  
Nr. 9 (§ 128 Abs. 2 Satz 2 MarkenG),  
Artikel 6 Nr. 10 (§ 97 Abs. 2 Satz 2 UrhG),  
Artikel 7 Nr. 2 Buchstabe b (§ 42 Abs. 2 Satz 2 GeschmMG),  
Artikel 8 Nr. 1 Buchstabe a (§ 37 Abs. 2 Satz 2 SortSchG)

Artikel 2 Nr. 3 § 139 Abs. 2 Satz 2, Artikel 3 Nr. 1 § 24 Abs. 2 Satz 2, Artikel 4 Nr. 2 Buchstabe b § 14 Abs. 6 Satz 2, Artikel 4 Nr. 9 § 128 Abs. 2 Satz 2, Artikel 6 Nr. 10 § 97 Abs. 2 Satz 2, Artikel 7 Nr. 2 Buchstabe b § 42 Abs. 2 Satz 2 und Artikel 8 Nr. 1 Buchstabe a § 37 Abs. 2 Satz 2 sind jeweils wie folgt zu fassen:

"Nach Wahl des Verletzten kann als Schadenersatz auch der Gewinn, den der Verletzer durch die rechtsverletzende Handlung erzielt hat, herausverlangt werden; als Gewinn kann die doppelte angemessene Vergütung für die Nutzung des verletzten Rechts geltend gemacht werden, soweit der Verletzer nicht nachweist, dass ein Gewinn nicht entstanden oder niedriger ist; die Geltendmachung eines höheren Gewinns bleibt unberührt."

Begründung:

Die Formulierung des Entwurfs, wonach "bei der Bemessung des Schadenersatzes" auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, "berücksichtigt werden" kann, lässt nicht eindeutig erkennen, dass die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtslage, wonach der Verletzte wählen kann, ob er den eingetretenen Schaden konkret nach den §§ 249, 252 BGB berechnen will oder einen normativen Schaden in Form des vom Verletzer erzielten Gewinns bzw. einer angemessenen Lizenzgebühr zu Grunde legen möchte, gesetzlich festgeschrieben werden soll. Die drei Berechnungsmethoden stehen nach der bisherigen Rechtsprechung nebeneinander, d.h. es darf

keine Vermengung erfolgen. Hieran soll nach der Entwurfsbegründung festgehalten werden (vgl. BR-Drs. 64/07, S. 76 und 87). Entscheidet sich der Verletzte danach für den Anspruch auf Schadenersatz durch Herausgabe des Verletzergewinns, so ist dieser Betrag als Schadenersatz zu zahlen und nicht lediglich bei der Bemessung des Schadenersatzes "zu berücksichtigen". Dies sollte klar herausgestellt werden.

Außerdem sollte verdeutlicht werden, dass die Berechnungsmethoden dem Verletzten nach seiner Wahl alternativ zur Verfügung stehen.

Die bisherige Rechtslage bei der Verletzung von Ausschließlichkeitsrechten an immateriellen Gütern ist nicht befriedigend. In der Praxis erhält der Rechteinhaber häufig lediglich die einfache Lizenzgebühr, so dass für den Verletzer eine Rechtsverletzung relativ risikolos ist. Der Rechteinhaber wird - wenn der Verstoß überhaupt auffällt und beweisbar ist - faktisch so gestellt, als wenn er mit dem Verletzer einen Lizenzvertrag abgeschlossen hätte, obwohl er hierzu freiwillig vielleicht gar nicht bereit gewesen wäre. Statt eines der deutschen Zivilrechtsdogmatik widersprechenden Strafschadenersatzes empfiehlt sich zur Verbesserung der Rechtsstellung des Rechteinhabers eine widerlegbare Gewinnvermutung in Höhe der doppelten Lizenzgebühr.

Ansatzpunkt ist der Verletzergewinn. Im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung wird in der Praxis die so genannte Lizenzanalogie vor allem deshalb bevorzugt, weil deren Höhe relativ einfach zu bestimmen ist, während die Darlegung des Verletzergewinns für den Verletzten selbst bei einer im Wege der Stufenklage erhobenen Auskunftsklage schwierig ist. Um die dogmatischen Schwierigkeiten mit dem Strafschadenersatz zu vermeiden, soll deshalb im Gesetz der Verletzergewinn in Höhe der doppelten Lizenzgebühr vermutet werden, mit der Möglichkeit für den Verletzer, einen niedrigeren Gewinn darzulegen und zu beweisen, während für den Verletzten der Nachweis eines höheren Verletzergewinns ebenfalls eröffnet bleiben muss.

Da sich die Regelung nur auf den Anspruch auf Verletzergewinn bezieht, bleibt die Geltendmachung der (einfachen) Lizenzgebühr als Mindestschaden unberührt.

3. Zu Artikel 2 Nr. 4 (§ 140a Abs. 2 PatG),  
Artikel 4 Nr. 4 (§ 18 Abs. 1 Satz 2 MarkenG),  
Artikel 6 Nr. 10 (§ 98 Abs. 1 Satz 2 UrhG),  
Artikel 7 Nr. 3 (§ 43 Abs. 1 Satz 2 GeschmMG),  
Artikel 8 Nr. 2 (§ 37a Abs. 1 Satz 2 SortSchG)

In Artikel 2 Nr. 4 § 140a Abs. 2, Artikel 4 Nr. 4 § 18 Abs. 1 Satz 2, Artikel 6 Nr. 10 § 98 Abs. 1 Satz 2, Artikel 7 Nr. 3 § 43 Abs. 1 Satz 2 und Artikel 8 Nr. 2 § 37a Abs. 1 Satz 2 sind jeweils nach dem Wort "im" die Wörter "Besitz oder" einzufügen.

Begründung:

Während in § 140a Abs. 1 PatG-E vorgesehen ist, dass der Verletzer bei einem Verstoß gegen die §§ 9 bis 13 PatG auf eine Vernichtung der in seinem Besitz oder Eigentum befindlichen Erzeugnisse, die Gegenstand des Patents sind, in Anspruch genommen werden kann, beschränkt Absatz 2 den Vernichtungsanspruch für Materialien und Geräte, die vorwiegend zur Herstellung dieser Erzeugnisse gedient haben, auf solche, die im Eigentum des Verletzers stehen.

Eine solche Differenzierung ist nicht überzeugend, da sie in den Fällen des Absatzes 2 die Gefahr der Umgehung des Vernichtungsanspruchs durch Eigentumsübertragung auf einen Dritten begründet. Auch beinhaltet Artikel 10 der Richtlinie keine Einschränkung auf Vorrichtungen, die im Eigentum des Verletzers stehen. Im Übrigen dehnt auch § 24a Abs. 1 Satz 2 GebrauchsMG-E den Vernichtungsanspruch auf im Besitz des Verletzers stehende Materialien und Geräte, die vorwiegend zur Herstellung der Erzeugnisse gedient haben, aus.

Den Eigentumsinteressen Dritter kann durch § 140a Abs. 4 PatG-E hinreichend Rechnung getragen werden. In der nach dieser Vorschrift vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung sind nämlich auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen.

Diese Ausführungen gelten auch für die entsprechenden Bestimmungen im Markengesetz, Urheberrechtsgesetz, Geschmacksmustergesetz und Sortenschutzgesetz.

4. Zu Artikel 2 Nr. 4 (§ 140a Abs. 3 Satz 1a -neu- PatG),  
Artikel 3 Nr. 1 (§ 24a Abs. 2 Satz 2 -neu- GebrMG),  
Artikel 4 Nr. 4 (§ 18 Abs. 2 Satz 2 -neu- MarkenG),  
Artikel 6 Nr. 10 (§ 98 Abs. 2 Satz 2 -neu- UrhG),  
Artikel 7 Nr. 3 (§ 43 Abs. 2 Satz 2 -neu- GeschmMG),  
Artikel 8 Nr. 2 (§ 37a Abs. 2 Satz 2 -neu- SortSchG)

In Artikel 2 Nr. 4 § 140a Abs. 3 ist nach Satz 1 folgender Satz einzufügen sowie Artikel 3 Nr. 1 § 24a Abs. 2, Artikel 4 Nr. 4 § 18 Abs. 2, Artikel 6 Nr. 10 § 98 Abs. 2, Artikel 7 Nr. 3 § 43 Abs. 2 und Artikel 8 Nr. 2 § 37a Abs. 2 jeweils folgender Satz anzufügen:

"Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn eine tatsächliche oder rechtliche Einflussnahmemöglichkeit des Verletzers nicht mehr gegeben ist."

Begründung:

Die Durchsetzung des Rückruf- bzw. Entfernungsanspruchs setzt voraus, dass dem Verletzer der Rückruf oder die Entfernung aus den Betriebswegen noch möglich ist. Dies ist der Fall, wenn sich die Gegenstände noch in der Ver-

fügungsgewalt des Verletzers befinden oder wenn eine rechtliche bzw. tatsächliche Möglichkeit besteht, den Empfänger zu einer Rückgabe bzw. Vernichtung aufzufordern. Von einer Beschränkung des Rückruf- bzw. Entfernungsanspruchs durch die tatsächlichen oder rechtlichen Einflussnahmemöglichkeiten des Verletzers geht auch die Entwurfsbegründung aus (BR-Drs. 64/07, S. 88 f.). Es empfiehlt sich, eine entsprechende Klarstellung aufzunehmen.

5. Zu Artikel 2 Nr. 4 (§ 140b Abs. 2 Satz 1, § 140c Abs. 1 Satz 2, § 140d Abs. 1 Satz 1 PatG),  
Artikel 3 Nr. 1 (§ 24b Abs. 2 Satz 1, § 24c Abs. 1 Satz 2, § 24d Abs. 1 Satz 1 GebrMG),  
Artikel 4 Nr. 4 (§ 19 Abs. 2 Satz 1, § 19a Abs. 1 Satz 2, § 19b Abs. 1 Satz 1 MarkenG),  
Artikel 6 Nr. 10 (§ 101 Abs. 2 Satz 1, § 101a Abs. 1 Satz 2, § 101b Abs. 1 Satz 1 UrhG),  
Artikel 7 Nr. 5 (§ 46 Abs. 2 Satz 1, § 46a Abs. 1 Satz 2, § 46b Abs. 1 Satz 1 GeschmMG),  
Artikel 8 Nr. 2 (§ 37b Abs. 2 Satz 1, § 37c Abs. 1 Satz 2, § 37d Abs. 1 Satz 1 SortSchG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob aus Gründen der Einheitlichkeit und des besseren Verständnisses der betroffenen Vorschriften an Stelle der in dem Gesetzentwurf verwandten Begriffe "in gewerblichem Ausmaß" und "im geschäftlichen Verkehr" nicht ein einheitlicher Begriff verwandt werden kann.

Begründung:

In den o.g. Regelungen des Gesetzentwurfs taucht mit der Tatbestandsvoraussetzung "in gewerblichem Ausmaß" ein Begriff auf, der - soweit ersichtlich - dem deutschen Recht bislang fremd ist. Er ist dem Erwägungsgrund 14 der umzusetzenden Richtlinie entlehnt, wobei aber in den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen darauf verzichtet wird, den Begriff näher zu bestimmen - anders ansatzweise Erwägungsgrund 14 der Richtlinie, der das gewerbliche Ausmaß damit definiert, dass die Handlung zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen wird; Handlungen, die von Endverbrauchern in gutem Glauben vorgenommen werden, sollen in der Regel nicht erfasst sein. Bevor der Begriff in das deutsche Recht eingeführt wird, sollte sein Sinngehalt sorgfältig überprüft und insbesondere auch bedacht werden, ob (und in welcher Richtung) ein Unterschied zum Begriff "im geschäftlichen Verkehr" (als Grundvoraussetzung der markenrecht-

lichen Ansprüche, vgl. § 14 Abs. 2 MarkenG, aber auch für den Auskunftsanspruch nach § 101 Abs. 1 UrhG-E, vgl. BR-Drs. 64/07, S. 117) besteht, ob eine solche Unterscheidung gerechtfertigt erscheint oder ob nicht einheitlich ein Begriff verwandt werden kann.

6. Zu Artikel 2 Nr. 4 (§ 140b Abs. 2 Satz 4 -neu-, Abs. 9 PatG),  
Artikel 3 Nr. 1 (§ 24b Abs. 2 Satz 4 -neu-, Abs. 9 GebrMG),  
Artikel 4 Nr. 4 (§ 19 Abs. 2 Satz 4 -neu-, Abs. 9 MarkenG),  
Artikel 6 Nr. 10 (§ 101 Abs. 2 Satz 4 -neu-, Abs. 9 UrhG),  
Artikel 7 Nr. 5 (§ 46 Abs. 2 Satz 4 -neu-, Abs. 9 GeschmMG),  
Artikel 8 Nr. 2 (§ 37b Abs. 2 Satz 4 -neu-, Abs. 9 SortSchG)
- a) Artikel 2 Nr. 4 § 140b Abs. 2, Artikel 3 Nr. 1 § 24b Abs. 2, Artikel 4 Nr. 4 § 19 Abs. 2, Artikel 6 Nr. 10 § 101 Abs. 2, Artikel 7 Nr. 5 § 46 Abs. 2, Artikel 8 Nr. 2 § 37b Abs. 2 ist jeweils folgender Satz anzufügen:
- "Für die Erteilung der Auskunft ist die Weitergabe von Bestandsdaten (§ 3 Nr. 3 des Telekommunikationsgesetzes) zulässig, auch wenn zur Ermittlung der Bestandsdaten intern Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 des Telekommunikationsgesetzes) verarbeitet werden müssen."
- b) In Artikel 2 Nr. 4 § 140b, Artikel 3 Nr. 1 § 24b, Artikel 4 Nr. 4 § 19, Artikel 6 Nr. 10 § 101, Artikel 7 Nr. 5 § 46, Artikel 8 Nr. 2 § 37b ist jeweils Absatz 9 zu streichen.

Begründung:

Der Gesetzentwurf führt einen Auskunftsanspruch des Verletzten gegen bestimmte unbeteiligte Dritte für die Fälle ein, in denen der Verletzte gegen den Verletzer bereits Klage erhoben hat oder eine offensichtliche Rechtsverletzung vorliegt. Absatz 9 der jeweiligen Vorschrift über den Auskunftsanspruch regelt ergänzend, dass bei einer Auskunft, die nur unter Verwendung von Verkehrsdaten nach § 3 Nr. 30 TKG erteilt werden kann, eine vorherige richterliche Anordnung über die Zulässigkeit der Verwendung der Verkehrsdaten notwendig ist. Die Begründung des Gesetzentwurfs geht davon aus, dass dieser Fall bei Rechtsverletzungen im Internet vorliegt, wenn Daten mit Hilfe von dynamischen IP-Adressen ausgetauscht werden. Potenzielle Rechtsverletzer könnten in solchen Fällen meist nicht unmittelbar über Bestandsdaten ermittelt werden, sondern nur mit Hilfe von Verkehrsdaten.

Der vorgesehene Richtervorbehalt ist abzulehnen. Er ist dem deutschen Zivilprozess fremd, belastet die Gerichte in hohem Maße und bürdet den Verletzten erhebliche Kosten auf. Im Regelfall, wenn sich die Auskunft auf den Namen

des Endgerätenutzers bezieht, dem eine konkrete IP-Adresse zugeteilt war, ist er nicht erforderlich. Für theoretisch denkbare atypische Fälle erscheint die Einführung dieser systemfremden Regelung nicht angezeigt.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs (vgl. BR-Drs. 64/07, S. 93) wird der Richtervorbehalt zunächst damit gerechtfertigt, dass Internet-Provider und Telekommunikationsunternehmen von der Prüfung entlastet werden sollen, ob eine Rechtsverletzung vorliegt. Dagegen ist einzuwenden, dass ein Auskunftsanspruch - sieht man von dem Fall der Klageerhebung ab - nur besteht, wenn eine offensichtliche Rechtsverletzung vorliegt. Die Entwurfsbegründung weist bei der Erläuterung des Auskunftsanspruchs nach Absatz 2 der jeweiligen Vorschrift selbst darauf hin, dass der Dritte durch das Merkmal der Offensichtlichkeit von der Prüfung entlastet werden soll, ob eine Rechtsverletzung vorliegt (vgl. BR-Drs. 64/07, S. 91). Von einer Offensichtlichkeit der Rechtsverletzung ist erst dann auszugehen, wenn sie eindeutig ist. Zweifel in tatsächlicher, aber auch in rechtlicher Hinsicht schließen die Offensichtlichkeit der Rechtsverletzung aus (vgl. BR-Drs. 64/07, S. 91). Es ist nicht ersichtlich, wieso der Prüfungsumfang des Dritten bei Auskünften unter Verwendung von Verkehrsdaten anders zu beurteilen sein sollte als bei sonstigen Auskünften nach Absatz 2 der jeweiligen Vorschrift.

Der Richtervorbehalt wird ferner damit begründet, dass Verkehrsdaten besonders schutzbedürftig sind und insbesondere unter das verfassungsrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis fallen (BR-Drs. 64/07, S. 93). Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass das Grundgesetz in Artikel 10 Abs. 2 nicht etwa einen Richtervorbehalt, sondern lediglich einen Gesetzesvorbehalt bei Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses vorsieht. Zum anderen bedarf es für den Regelfall des Auskunftersuchens, in dem es darum geht, welchem Nutzer eine bestimmte IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt zugeteilt war, dieses besonderen Schutzes nicht.

Unstreitig unterfällt die Herausgabe von Bestandsdaten nicht dem Fernmeldegeheimnis und wird daher als problemlos angesehen. Dies gilt für die Anschrift des Inhabers einer bestimmten Telefonnummer, dies gilt aber auch für die Bekanntgabe von Namen und Anschrift der Person, der eine feste, so genannte statische IP-Adresse vom Internet-Serviceprovider zugeordnet wurde. Die hier gegenständliche Problematik liegt nur an der Tatsache, dass die Internet-Serviceprovider normalen Internet-Nutzern bei jeder Einwahl eine neue IP-Adresse zuordnen, was allein technische (Kapazitäts-)Gründe hat. Um dieser dynamischen IP-Adresse einen Namen zuordnen zu können, ist daher die Kenntnis der Verbindungsdaten erforderlich. In diesen Fällen erteilt der Internet-Serviceprovider aber keine Auskunft über diese Verbindungsdaten, sondern nur über die Bestandsdaten. Die Verbindungsdaten werden ihm vielmehr vom Anfragenden bereits mitgeteilt. Die Anfrage beinhaltet notwendig die Angabe, welche IP-Adresse zu welcher Zeit über welchen Internet-Serviceprovider mit welchem Host-Provider verbunden war. Diese Verbindungsdaten kennt der Anfragende bereits. Allerdings muss der Internet-Serviceprovider, um diesen Verbindungsdaten die gewünschten Bestandsdaten zuordnen zu können, seinerseits in den bei ihm gespeicherten Verbindungsdaten nachschauen, um festzustellen, welcher Person zu der angefragten Zeit die benannte IP-Adresse zu-



geordnet war.

Die Rechtsprechung hat in einer Reihe von Entscheidungen, die zu strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ergangen sind, die Ansicht vertreten, dass die begehrte Auskunftserteilung über Name und Anschrift des hinter der von dem Provider zu einem bestimmten Zeitpunkt vergebenen dynamischen IP-Adresse stehenden Endgerätenutzers nicht den grundrechtlich geschützten Bereich des Fernmeldegeheimnisses berührt, sondern sich lediglich als ein auf die Mitteilung von Bestandsdaten im Sinne von § 3 Nr. 3 TKG gerichtetes Verlangen erweist (vgl. LG Stuttgart, Beschluss vom 4. Januar 2005 - 13 Qs 89/04 -, NJW 2005, 614 ff.; LG Hamburg, Beschluss vom 23. Juni 2005 - 631 Qs 43/05 -, MMR 2005, 711 ff.). Auch wenn man der Gegenauffassung folgen wollte (vgl. LG Bonn, Beschluss vom 21. Mai 2004 - 31 Qs 65/04 -, DuD 2004, 628 f.), so dürfte es sich bei der Auskunftserteilung in den hier einschlägigen Fällen jedenfalls nur um einen wenig intensiven Eingriff in das Fernmeldegeheimnis handeln, der einen Richtervorbehalt nicht notwendig erscheinen lässt.

Auch der österreichische Oberste Gerichtshof hat in einer Entscheidung vom 26. Juli 2005 (vgl. ZUM RD 2006, 59) festgestellt, dass ein Auskunftsbegehren dahin, Namen und Anschrift desjenigen Kunden des Access-Providers in Erfahrung zu bringen, dem diese Adresse in einem bestimmten Zeitraum zugeordnet war, Stammdaten im Sinn des § 92 Abs. 3a und 3c österreichisches TKG 2003 betrifft. Diese Stammdaten unterlägen nicht dem Grundrecht des Kommunikationsgeheimnisses.

Ist somit ein Richtervorbehalt für den Regelfall der Auskunft über den Nutzer einer bekannten IP-Adresse weder im Interesse der Auskunftsverpflichteten noch im Hinblick auf den besonderen Schutz von Verkehrsdaten erforderlich, so spricht sehr viel gegen ihn. Insoweit kann auf die Begründung zu § 140b Abs. 2 PatG-E Bezug genommen werden (BR-Drs. 64/07, S. 90), wo ein allgemeiner Richtervorbehalt überzeugend abgelehnt wird. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass gerade bei Rechtsverletzungen im Internet mit einer besonders hohen Zahl von Auskunftsverfahren zu rechnen ist, die die zuständigen Gerichte in besonders hohem Maße belasten würden. Hinzu kommt, dass dem Verletzten mit der Einführung des Richtervorbehalts erhebliche Kosten aufgebürdet werden. Der Gesetzentwurf sieht in § 128c Abs. 1 KostO-E pro Antrag eine Gebühr von 200 Euro vor; dies kann eine Rechtsverfolgung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnlos erscheinen lassen. Bei den Staatsanwaltschaften liegen Anzeigen mit einer fünfstelligen Zahl von IP-Adressen vor. Es ist nicht ersichtlich, wie diese mit dem Richtervorbehalt abgearbeitet werden könnten. Unabhängig davon wären sie auch für den Auskunftsersuchenden kaum mehr finanzierbar, wenn er pro IP-Adresse mit 200 Euro Gebühren belegt würde.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Regelung des Richtervorbehalts in Absatz 9 deutlich zeigt, wie wenig ein derartiges Verfahren in das deutsche Prozessrechtssystem passt. Insbesondere ist unklar, welche Auswirkungen das Verfahren nach Absatz 9 auf den materiellen Auskunftsanspruch hat. So ist denkbar, dass sich ein Auskunftsverpflichteter trotz einer Anordnung nach Absatz 9 weigert, die Auskunft zu erteilen. In diesem Fall müsste auf Auskunftserteilung geklagt werden, was dem Rechteinhaber kaum zuzumuten ist und bei

den Gerichten zu überflüssiger Doppelarbeit führt.

Theoretisch denkbare Auskunftersuchen, die sich auf Verkehrsdaten beziehen, wie zum Beispiel die Frage, wann ein bestimmter Rechner online war und mit welchen IP-Adressen er kommunizierte, sind von dem Gesetzentwurf nach den Ausführungen in der Begründung (vgl. BR-Drs. 64/07, S. 89 f.) nicht gemeint. Ein Richtervorbehalt zur Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses in derartigen Fällen ist nicht erforderlich. Insoweit kann die Auskunft nur im Rahmen des geltenden Rechts zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses - und damit in der Regel nicht - erteilt werden.

Der Richtervorbehalt in Absatz 9 kann daher insgesamt entfallen. Der neue Satz 4 in Absatz 2 ist eine "andere gesetzliche Vorschrift" im Sinne des § 88 Abs. 3 Satz 3 TKG, die die Weitergabe der Bestandsdaten auch unter Verwendung der Verbindungsdaten erlaubt. Diese ausdrückliche Ermächtigung erscheint erforderlich, nachdem zum Teil die Auffassung vertreten wird, dass die begehrte Auskunft über den Inhaber einer bestimmten IP-Adresse § 88 TKG unterfällt (vgl. K. Lau, in: Mannsen, Telekommunikations- und Multimedia-recht, C § 88 TKG, Rnr. 10 ff.) und andererseits § 113 TKG, der die Weitergabe von Bestandsdaten, die nicht dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterliegen, erlaubt, den hier relevanten Fall der Weitergabe zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums nicht erfasst.

7. Zu Artikel 2 Nr. 4 (§ 140 b Abs. 2 PatG),  
Artikel 3 Nr. 1 (§ 24 c Abs. 2 GebrMG),  
Artikel 4 Nr. 4 (§ 19 Abs. 2 MarkenG),  
Artikel 6 Nr. 10 (§ 101 Abs. 2 UrhG),  
Artikel 7 Nr. 5 (§ 46 Abs. 2 GeschmMG),  
Artikel 8 Nr. 2 (§ 37 b Abs. 2 SortSchG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob und gegebenenfalls wie es den Inhabern von Urheberrechten und gewerblichen Schutzrechten ermöglicht werden kann, in datenschutzrechtlich unbedenklicher Weise an die Verkehrsdaten (IP-Adressen) potenzieller Urheberrechtsverletzer zu kommen, damit sie ihren Auskunftsanspruch gegenüber Internet-Zugangsanbietern geltend machen können.

Begründung:

Auf Internet-Tauschbörsen finden in großem Umfang Urheberrechtsverletzungen statt. Urheberrechtinhaber beziehungsweise von diesen Beauftragte sind daher dazu übergegangen, unter Einsatz einer speziell dafür entwickelten Software die dynamischen IP-Adressen, die potenziellen Urheberrechtsverletzern für die Dauer der Nutzung durch den Internet-Zugangsanbieter zugewie-

sen werden, zu ermitteln. Die dynamischen IP-Adressen sind nach inzwischen herrschender Meinung in der datenschutzrechtlichen Literatur bei Nutzung des Zusatzwissens Dritter, der Bestandsdaten der Internet-Zugangsanbieter, jeweils einer konkreten Person zuordenbar, somit personenbeziehbar und damit personenbezogen im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG. Personenbezogene Daten müssen - unabhängig davon, ob im Übrigen eine Rechtsvorschrift die Datenerhebung erlaubt - nach § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG beim Betroffenen mit seiner Kenntnis oder Mitwirkung erhoben werden (so genannter Grundsatz der Direkterhebung). Ohne Kenntnis oder Mitwirkung des Betroffenen dürfen personenbezogene Daten nur unter bestimmten, in § 4 Abs. 2 Satz 2 BDSG genannten Voraussetzungen erhoben werden. Diese Voraussetzungen liegen nach Meinung der Datenschutzaufsichtsbehörden nicht vor, wenn unter Einsatz der speziellen Software die IP-Adresse bei einem Betroffenen heimlich erhoben wird. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte deshalb geprüft werden, ob und gegebenenfalls wie es Urheberrechtinhabern ermöglicht werden kann, an die IP-Adressen potenzieller Urheberrechtsverletzter in datenschutzrechtlich unbedenklicher Weise zu kommen, um ihren Auskunftsanspruch gegenüber Internet-Zugangsanbietern geltend machen zu können.

Für die gewerblichen Schutzrechte gelten die Ausführungen entsprechend.

#### 8. Zu Artikel 4 (Änderung des Markengesetzes)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die nationale Umsetzung der Verordnung (EG) Nr. 509/2006 des Rates vom 20. März 2006 über die garantiert traditionellen Spezialitäten bei Agrarerzeugnissen und Lebensmitteln im Markengesetz vorzunehmen und im Gegenzug das Lebensmittel-spezialitätengesetz aufzuheben.

#### Begründung:

Die bisherige Verordnung (EWG) Nr. 2082/92, welche durch die Verordnung (EG) Nr. 509/2006 ersetzt worden ist, wurde seinerzeit durch das Gesetz zur Durchführung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft über Bescheinigungen besonderer Merkmale von Agrarerzeugnissen und Lebensmitteln (Lebensmittelspezialitätengesetz - LSpG) vom 29. Oktober 1993 (BGBl. I S. 1814), zuletzt geändert durch Artikel 54 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407), in nationales Recht umgesetzt. Da die Verordnung (EG) Nr. 509/2006 des Rates vom 20. März 2006 über die garantiert traditionellen Spezialitäten bei Agrarerzeugnissen und Lebensmitteln (ABl. EU Nr. L 93 S. 1) den Schutz der geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates vom 20. März 2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (Abl. EU Nr. L 93 S. 12) angenähert hat, ist eine einheitliche Behandlung der Sachverhalte im nationalen Recht geboten. Die

bisherigen unterschiedlichen Zuständigkeiten und die gesonderte gesetzliche Regelung des Lebensmittelspezialitätengesetzes sind künftig nicht mehr gerechtfertigt, zumal das Lebensmittelspezialitätengesetz praktisch nicht zur Anwendung gekommen ist. Die einheitliche Verfahrensweise erhöht die Verfahrenssicherheit für den Rechtsanwender und ist zudem ein Beitrag zur Deregulierung.

9. Zu Artikel 4 Nr. 10 (§ 130 Abs. 3 MarkenG)

In Artikel 4 Nr. 10 § 130 Abs. 3 sind nach dem Wort "Verbraucherschutz," die Wörter "der zuständigen Fachministerien der betroffenen Länder," einzufügen.

Begründung:

Nachdem die Länder für die nachfolgende Kontrolle der Einhaltung der Spezifikation nach erfolgter Eintragung zuständig sind, ist es sachgerecht, sie auch bei der Prüfung der Anträge zu beteiligen. Schließlich sind sie vom Inhalt der potenziellen Eintragung wesentlich betroffen und tragen Verantwortung für die Kontrollen.

10. Zu Artikel 4 Nr. 10 (§ 134 Abs. 1 und 2 Satz 1 MarkenG)

In Artikel 4 Nr. 10 § 134 Abs. 1 und 2 Satz 1 sind jeweils nach dem Wort "zuständigen" die Wörter "Behörden und" einzufügen.

Begründung:

Gemäß Artikel 10 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 benennen die Mitgliedstaaten die Behörde/n, die für die Kontrollen in Bezug auf die in der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 festgelegten Verpflichtungen in Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 882/04 zuständig ist/sind. Da die Vorschrift ausdrücklich auf Behörden abstellt, steht die Formulierung des § 134 Abs. 1 MarkenG-E, die ausschließlich "Stellen" nennt, in Widerspruch zu den Vorgaben des EU-Rechts und ist daher unzulässig. Die Kontrollen nach Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 können auch von Kontrollstellen im Sinne von Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/04 erfolgen. Dem ist im nationalen Recht zu entsprechen. Durch die kumulative Verknüpfung werden die Länder nicht verpflichtet, die Kontrollen nach Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 auf Kontrollstellen zu übertragen oder diese zu beteiligen, da die Regelung des § 134 Abs. 1 MarkenG-E ausdrücklich auf die Zuständigkeit nach Landesrecht abstellt. Ob und inwieweit die Länder Kontrollstellen im Sinne von Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/04 in die Kontrollen ein-

beziehen, richtet sich danach, in welchem Umfang sie von der Ermächtigung des § 139 Abs. 2 MarkenG-E Gebrauch machen.

11. Zu Artikel 4 Nr. 12 (§ 139 Abs. 2 MarkenG)

Artikel 4 Nr. 12 § 139 Abs. 2 ist wie folgt zu fassen:

"(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Durchführung der nach Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 erforderlichen Kontrollen nach Maßgabe des Artikels 5 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 des Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über amtliche Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung des Lebensmittel- und Futtermittelrechts sowie der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz (ABl. EU Nr. L 191 S. 1) in ihrer jeweils geltenden Fassung auf Kontrollstellen im Sinne des Artikels 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 zu übertragen oder solche an der Durchführung dieser Kontrollen zu beteiligen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung nach Satz 1 durch Rechtsverordnung ganz oder teilweise auf andere Behörden übertragen."

Begründung:

Der Bezug des § 139 Abs. 2 MarkenG-E auf "zugelassene private Kontrollstellen" entspricht der Terminologie der früheren Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 und ist nicht aktuell. Artikel 11 der nunmehr geltenden Verordnung (EG) Nr. 510/2006 spricht schlicht von "Kontrollstellen".

Zur Begriffsbestimmung verweist Artikel 11 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 auf Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004. Dort wird in Nummer 5 die Kontrollstelle definiert als "eine unabhängige dritte Partei, der die zuständige Behörde bestimmte Kontrollaufgaben übertragen hat". Die Übertragung von Aufgaben durch die zuständige Behörde - diese hat ihre Verpflichtungen "in Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 882/04" zu erfüllen - auf die Kontrollstelle regelt Artikel 5 der genannten Verordnung in rechtsverbindlicher Weise. Hinzuweisen ist vor allem auf Artikel 5 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004. Danach können die Aufgaben nach Artikel 54 dieser Verordnung nicht auf die Kontrollstelle übertragen werden. In Artikel 54 sind vor allem auch eingreifende Maßnahmen im Fall eines Verstoßes geregelt; diese Maßnahmen trifft zwingend die zuständige Behörde. Um diese bindend vorgegebene Rechtslage deutlich zu machen, muss das Marken-gesetz insbesondere auf Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 ausdrückliche Bezug nehmen.

## 12. Zu Artikel 4 Nr. 13 Buchstabe a (§ 144 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die Tatvariante des "Auf-Sie-Anspielens" verzichtbar ist.

### Begründung:

Der Entwurf übernimmt die Tatvariante des "Auf-Sie-Anspielens" aus der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates vom 20. März 2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel. Der Begriff stammt aus dem französischen Recht und umschreibt einen Assoziationsschutz, der im Gegensatz zum Markenrecht keine Verwechslungsgefahr voraussetzt. Dem deutschen Strafrecht und Markenrecht ist er fremd. Was damit im Einzelnen gemeint ist, erschließt sich auch aus der Entwurfsbegründung nicht. Danach ist der Begriff weit auszulegen, wobei "auch" Fallgestaltungen erfasst werden sollen, in denen "nur ein Teil der geschützten Bezeichnung in der Weise verwendet wird, dass der Verbraucher einen gedanklichen Bezug zu der Ware herstellt, für die die Bezeichnung geschützt ist". Eine auch nur annähernd hinreichend trennscharfe Abgrenzung wird mit solchen Ausführungen nicht geleistet. Es bestehen erhebliche Zweifel, ob dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügt ist. Es sollte daher geprüft werden, ob der Tatbestand auf die Tatvarianten der Aneignung und des Nachahmens zu beschränken ist.

## 13. Zu Artikel 5 Nr. 01 -neu- (§ 9 Abs. 1 Satz 3 HalblSchG)

Artikel 5 Nr. 1 ist folgende Nummer 01 voranzustellen:

'01. Absatz 1 Satz 3 wird wie folgt gefasst:

"§ 24 Abs. 2 Satz 2 und 3 des Gebrauchsmustergesetzes gilt entsprechend." '

### Begründung:

In § 9 Abs. 1 Satz 3 HalblSchG ist zur Harmonisierung der Ansprüche des Verletzten auch auf den geänderten § 24 Abs. 2 Satz 2 und 3 GebrMG zur Schadensbemessung zu verweisen. Bisher passt Artikel 5 lediglich die Verweisungen in § 9 Abs. 2 HalblSchG hinsichtlich der Rechtsfolgen der Schutzrechtsverletzung an (vgl. BR-Drs. 64/07, S. 112), nicht aber die Vorschriften für den Schadenersatz.

14. Zu Artikel 6 Nr. 2 Buchstabe b (§ 10 Abs. 3 UrhG)

Artikel 6 Nr. 2 Buchstabe b § 10 Abs. 3 ist wie folgt zu ändern:

- a) In Satz 1 sind die Wörter "nur in" durch die Wörter "entsprechend, soweit es sich um" und die Wörter "oder soweit" durch die Wörter "handelt oder" zu ersetzen.
- b. In Satz 2 sind die Wörter "einer Rechtsnachfolge" zu streichen.

Begründung:

Der Formulierungsvorschlag bringt das Gewollte besser zum Ausdruck. Die Vermutungswirkung des § 10 Abs. 1 UrhG kann nicht unmittelbar für Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte gelten, weil sie sich lediglich auf Urheber bezieht. § 10 Abs. 1 UrhG sollte deshalb für entsprechend anwendbar erklärt werden. Ferner sollten in § 10 Abs. 3 Satz 2 die Wörter "einer Rechtsnachfolge" entfallen. Die Vermutungswirkung erfasst die Inhaberschaft an einem ausschließlichen Nutzungsrecht und nicht die Rechtsnachfolge.

15. Zu Artikel 6 Nr. 4 (§ 71 Abs. 1 Satz 3 UrhG),

Nr. 5 (§ 74 Abs. 3 UrhG),

Nr. 6 (§ 85 Abs. 4 UrhG),

Nr. 7 (§ 87 Abs. 4 UrhG),

Nr. 8 (§ 87b Abs. 2 UrhG),

Nr. 9 (§ 94 Abs. 4 UrhG)

In Artikel 6 Nr. 4 § 71 Abs. 1 Satz 3, Nr. 5 § 74 Abs. 3, Nr. 6 § 85 Abs. 4, Nr. 7 § 87 Abs. 4, Nr. 8 § 87b Abs. 2, Nr. 9 § 94 Abs. 4 ist jeweils nach der Angabe "§ 10 Abs. 1" die Angabe "und 3" einzufügen.

Begründung:

Der Gesetzentwurf sieht vor, die Vermutungswirkung des § 10 Abs. 1 UrhG auf Inhaber von Leistungsschutzrechten zu erstrecken. Daneben soll die Vermutungswirkung in Zukunft aber auch für die Inhaber von ausschließlichen Nutzungsrechten gelten. Wie sich § 10 Abs. 3 Satz 2 UrhG-E entnehmen lässt, soll dies nicht nur für die Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte an urheberrechtlich geschützten Werken gelten, sondern auch in Bezug auf Leistungsschutzrechte. Neben § 10 Abs. 1 UrhG muss deshalb auch § 10 Abs. 3 UrhG-E bei den genannten Bestimmungen für entsprechend anwendbar erklärt werden.

## 16. Zu Artikel 6 Nr. 10 (§ 101 Abs. 2 UrhG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens klarzustellen, dass der Auskunftsanspruch gemäß § 101 Abs. 2 UrhG-E nicht voraussetzt, dass die Rechtsverletzung im geschäftlichen Verkehr erfolgt ist.

### Begründung:

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs (BR-Drs. 64/07, S. 117) setzt der in § 101 Abs. 2 UrhG-E geregelte Auskunftsanspruch gegenüber Dritten voraus, dass die Rechtsverletzung im geschäftlichen Verkehr erfolgt ist. Diese durch die Richtlinie nicht vorgegebene zusätzliche Voraussetzung würde dazu führen, dass der Hauptanwendungsfall des Auskunftsanspruchs gegenüber Dritten, die Verletzung des Urheberrechts im Internet, leerlaufen würde und die Rechteinhaber schutzlos gestellt würden.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs umfasst ein Handeln im geschäftlichen Verkehr jede wirtschaftliche Betätigung, mit der in Wahrnehmung oder Förderung eigener oder fremder Geschäftsinteressen am Erwerbsleben teilgenommen wird (BR-Drs. 64/07, S. 104, 117). Hieran fehlt es typischerweise bei den Teilnehmern an Internet-Tauschbörsen. Insbesondere fließen in diesem Bereich gerade keine Gelder; auch nehmen die meisten Teilnehmer damit nicht am Erwerbsleben teil.

Auch ein Rückschluss über den Umfang der zum Download angebotenen oder selbst heruntergeladenen Musikstücke auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr würde nicht weiterhelfen, da sich der Umfang bei den Internet-Tauschbörsen vor Erteilung der Auskunft nicht feststellen lässt. Die Nutzer erhalten bei jedem Einwahlvorgang eine neue dynamische IP-Adresse von ihrem Internet-Serviceprovider zugewiesen. Des Weiteren erlauben die Tauschbörsen zunehmend nur noch gezielte Titelanfragen. Damit kann das von einem Teilnehmer angebotene Repertoire nicht insgesamt eingesehen werden. Der Nachweis eines Handelns im geschäftlichen Verkehr ist daher in diesen Fällen technisch erst nach Erteilung der Auskunft möglich, wenn festgestellt wird, dass ein bestimmter Nutzer immer wieder an der Tauschbörse teilnimmt. Er kann daher nicht zur Voraussetzung des Auskunftsanspruchs gemacht werden. Zum selben Ergebnis kommt auch das Fraunhofer-Institut für integrierte Publikations- und Informationssysteme in seinem Gutachten "Auswirkungen einer Bagatellklausel auf die Verfolgbarkeit von Urheberrechtsverletzungen in Internet-Tauschbörsen" vom 11. August 2006.

Die Voraussetzung eines Handelns im geschäftlichen Verkehr ist durch die Richtlinie nicht vorgegeben. Nach Erwägungsgrund 14 der Richtlinie ist der Auskunftsanspruch bei in gewerblichem Ausmaß vorgenommenen Rechtsverletzungen zwingend. Die Mitgliedstaaten können den Auskunftsanspruch ausdrücklich aber auch bei anderen Rechtsverletzungen anwenden. Artikel 8 der Richtlinie sieht eine Beschränkung des Auskunftsanspruchs auf Rechtsverletzungen in gewerblichem Ausmaß nicht vor. Soweit Erwägungsgrund 14 der Richtlinie insbesondere Handlungen, die in gutem Glauben von Endverbrau-



chern vorgenommen werden, ausnehmen will, wird dem durch das Kriterium der offensichtlichen Rechtsverletzung (§ 101 Abs. 2 Satz 1 UrhG-E), durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 101 Abs. 4 UrhG-E) und durch die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG Rechnung getragen.

Die Voraussetzung eines Handelns im geschäftlichen Verkehr widerspricht vielmehr Artikel 3 Abs. 2 der Richtlinie, wonach die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen, da ein derartig eingeschränkter Auskunftsanspruch bei Internet-Tauschbörsen weder wirksam noch abschreckend wäre.

Eine Verletzung des Urheberrechts ist gerade auch außerhalb des geschäftlichen Verkehrs möglich und sanktionsbewehrt. Insoweit unterscheidet sich das Urheberrecht von den anderen Gesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums, die Handlungen, die im privaten Bereich zu nicht gewerblichen Zwecken vorgenommen werden, vom Schutz ausnehmen (vgl. § 11 Nr. 1 PatG, § 12 Nr. 1 GebrMG, § 40 Nr. 1 GeschmMG, § 10a Abs. 1 Nr. 1 SortSchG) bzw. für die Verletzung ein Handeln in gewerblichem Umfang erfordern (§§ 14, 15, 17 MarkenG). Dieser Tatsache muss auch die Ausgestaltung des Auskunftsanspruchs Rechnung tragen.