

Fiktive Lizenzgebühr bei fehlender Kenntnis von der öffentlichen Zugänglichmachung oder der Rechtswidrigkeit?

Von Dr. Bernd Lorenz*, Essen

Bei der Teilnahme an Tauschbörsen im Internet laden die Teilnehmer nicht nur Dateien herunter, sondern machen sie auch Dritten wieder zugänglich. Viele Teilnehmer handeln jedoch in dem Glauben nur Dateien herunterzuladen und wissen gar nicht, dass sie anderen Teilnehmern die urheberrechtlich geschützten Werke gleichzeitig wieder anbieten. Hier stellt sich die Frage, ob die Teilnehmer zur Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr für die öffentliche Zugänglichmachung verpflichtet sind. Weiterhin stellt sich die Frage, ob die Teilnehmer zur Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr verpflichtet sind, wenn sie keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit ihres Tuns haben.

A. Einleitung

Die Verwendung von Tauschbörsenprogrammen, die Dateien über Peer-to-Peer-Netzwerke herunterladen und weiterverbreiten, ist an sich nicht rechtswidrig. Rechtswidrig ist es allerdings mittels Tauschbörsenprogrammen urheberrechtlich geschützte Werke herunterzuladen und öffentlich zugänglich zu machen. Dabei stellt schon das bloße Herunterladen von urheberrechtlich geschützten Werken eine Urheberrechtsverletzung dar.¹ Das Fatale an den Tauschbörsenprogrammen ist es, dass es regelmäßig gar nicht erkennbar ist, ob ein Werk urheberrechtlich geschützt ist oder nicht. Insofern ist eine Unterscheidung zwischen geschützten und nicht geschützten Werken kaum möglich. Mit einem unbedachten Klick auf eine Datei begehen die Teilnehmer Urheberrechtsverletzungen. Da der Unterlassungsanspruch aus § 97 Abs. 1 UrhG verschuldensunabhängig ist,² besteht regelmäßig ein Unterlassungsanspruch gegen die Teilnehmer. Aus diesem Grunde empfiehlt sich die Abgabe einer modifizierten Unterlassungserklärung.³ Weiterhin hat der Rechteinhaber einen Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten aus § 97a Abs. 1 S. 2 UrhG, da dieser Anspruch ebenfalls verschuldensunabhängig ist.⁴ Eine andere Frage ist es, ob die Teilnehmer auch zur Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr oder zum Ersatz des konkreten Schadens verpflichtet sind.

B. Schadensersatz bei fehlender Kenntnis?

Der Schadensersatzanspruch aus § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG setzt Vorsatz oder Fahrlässigkeit der Teilnehmer voraus. Viele Teilnehmer wissen nicht, dass die Tauschbörsenprogramme die Dateien anderen Teilnehmern automatisch wieder öffentlich zugänglich machen. Hier stellt sich die Frage, ob diese Teilnehmer nur Schadensersatz für das Herunterladen oder auch Schadensersatz für die öffentliche Zugänglichmachung schulden. Weiterhin stellt sich die Frage, ob die Teilnehmer Schadensersatz schulden, wenn sie keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit ihres Tuns haben.

I. Vorsatz

Vorsätzlich handelt, wer den pflichtwidrigen Erfolg mit Wissen und Willen verwirklicht.⁵ Für den bedingten Vorsatz genügt es, wenn der Täter den als möglich erkannten pflichtwidrigen Erfolg billigend in Kauf nimmt.⁶ Pflichtwidriger Erfolg ist einerseits das Herunterladen und andererseits das öffentliche Zugänglichmachen der urheberrechtlich geschützten Dateien. Wenn der Erfolg als möglich erkannt werden muss, setzt dies zwingend voraus, dass die Teilnehmer Kenntnis davon haben müssen, dass sie anderen Teilnehmer die Dateien öffentlich zugänglich machen. Wenn die Teilnehmer keine Kenntnis von der öffentlichen Zugänglichmachung haben, erstrecken sich die Kenntnis vom Erfolg und der Wille zur Verwirklichung des Erfolgs nur auf das Herunterladen, nicht aber auf die öffentliche Zugänglichmachung. Die Teilnehmer handeln dann im Hinblick auf die öffentliche Zugänglichmachung ohne Vorsatz.

Umstritten ist die Frage, ob sich der Vorsatz auch auf die Rechtswidrigkeit erstrecken muss. Die h.M. geht davon aus, dass vorsätzlich nur handelt, wem die Pflichtwidrigkeit bewusst ist.⁷ Dementsprechend handeln Teilnehmer von Tauschbörsen auch dann ohne Vorsatz, wenn ihnen die Rechtswidrigkeit ihres Tuns nicht bekannt ist.

II. Fahrlässigkeit

Fahrlässig handelt gemäß § 276 Abs. 2 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Ein außer Acht Lassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt setzt voraus, dass der pflichtwidrige Erfolg vorhersehbar und vermeidbar war.⁸ Die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit müssen sich auf die objektiven Tatbestandsmerkmale und die Rechtswidrigkeit beziehen.⁹ Dabei gilt ein objektiver Sorgfaltsmaß-

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht und Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht bei s t l s Schulz Tegtmeier Sozien in Essen.

1 Dreyer/Kotthoff/Meckel- Dreyer, Urheberrecht, 2. Aufl. 2009, § 53 Rn. 27; Lorenz RdJB 2008, 312, 317.

2 Fromm/Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, 10. Aufl. 2008, § 97 Rn. 61; Möhring/Nicolini-Lütje, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 97 Rn. 135; Reh binder, Urheberrecht, 16. Aufl. 2010, Rn. 925; Schricker/Loewenheim-Wild, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 97 Rn. 122; Wandtke/Bullinger-v. Wolff, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 97 Rn. 51.

3 Dazu Lorenz, VuR 2011, 323.

4 Fromm/Nordemann-Nordemann, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 97a Rn. 19; Schricker/Loewenheim-Wild, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 97a Rn. 27.

5 BGH, Urt. v. 08.02.1965, Az.: III ZR 170/63, NJW 1965, 962, 963; Palandt-Grüneberg, BGB, 70. Aufl. 2011, § 276 Rn. 10.

6 BGH, Urt. v. 18.10.1952, Az.: II ZR 72/52, BGHZ 7, 311, 313; Palandt-Grüneberg, a.a.O. (s. o. Fn. 5), § 276 Rn. 10.

7 BGH, Urt. v. 16.07.2002, Az.: X ZR 250/00, NJW 2002, 3255, 3256; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 647, 649; Palandt-Grüneberg, a.a.O. (s. o. Fn. 5), § 276 Rn. 11; Prütting/Wegen/Weinreich-Schmidt-Kessel, BGB Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 276 Rn. 8.

8 Palandt-Grüneberg, a.a.O. (s. o. Fn. 5), § 276 Rn. 12, 20 f.

9 Säcker/Rixecker-Grundmann, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 276 Rn. 52 m.w.N.

stab.¹⁰ Für die Fahrlässigkeit genügt im Urheberrecht bereits eine leichte Fahrlässigkeit.¹¹ Im Urheberrecht gelten generell hohe Sorgfaltsanforderungen, sodass bereits eine leichte Fahrlässigkeit den Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung begründet.

1. Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der öffentlichen Zugänglichmachung

Es stellt sich die Frage, ob es bei der Teilnahme an Tauschbörsen vorhersehbar und vermeidbar ist, dass man anderen Teilnehmern die Dateien wieder öffentlich zugänglich macht.

Zwar mag der Begriff „Tauschbörse“ nahelegen, dass nicht nur Dateien heruntergeladen, sondern auch angeboten werden. Ein Tausch beinhaltet nämlich ein gegenseitiges Geben und Nehmen. Allerdings werden auch andere Begriffe wie „Filesharing“ oder „Peer-to-Peer-Netzwerk“ in diesem Zusammenhang verwandt, aus denen dies nicht ohne weiteres ersichtlich ist. Auch aus den Namen der Tauschbörsenprogramme wie BitTorrent, Torrent, eMule, Vuze usw. ist es nicht erkennbar, dass anderen Teilnehmern die Dateien angeboten werden. Aus den Websites, auf denen die Programme zum Herunterladen angeboten werden, ist dies auch nicht ohne weiteres ersichtlich. Klare Hinweise fehlen in der Regel auf den Websites der Tauschbörsenprogramme.

Aus den Tauschbörsenprogrammen selber ist es nicht ohne weiteres ersichtlich, dass die heruntergeladenen Dateien anderen Teilnehmer wieder öffentlich zugänglich gemacht werden. Einige Programme zeigen zwar den Download und den Upload an. Auch aus den vorzunehmenden Einstellungen kann sich ergeben, dass die Dateien anderen Teilnehmern wieder zugänglich gemacht werden. Bei einigen Programmen muss man die Bandbreite des Uploads einstellen. Einige Programme fragen explizit danach, welche Ordner und Dateien für das Internet freigegeben werden sollen. Das alles können Indizien für eine Kenntnis von der öffentlichen Zugänglichmachung sein. Gleichwohl bleiben immer noch Fälle denkbar, in denen die Teilnehmer keine Kenntnis von der öffentlichen Zugänglichmachung haben. Bei den meisten Programmen gibt es keinerlei expliziten Hinweise darauf, dass die heruntergeladenen Dateien anderen Teilnehmern wieder zugänglich gemacht werden. Dies ergibt sich meist nur versteckt aus den englischsprachigen Nutzungsbedingungen des Programms. Klare Hinweise fehlen jedoch. Bei den meisten Programmen brauchen die heruntergeladenen Dateien auch nicht wieder freigegeben werden. Das geschieht normalerweise automatisch durch das Tauschbörsenprogramm. Wenn dann auch der Upload der Dateien nicht angezeigt wird, ist es nicht ohne weiteres erkennbar, dass die heruntergeladenen Dateien anderen Teilnehmern wieder zugänglich gemacht werden. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass es für die Erkennbarkeit der öffentlichen Zugänglichmachung im Einzelfall darauf ankommt, welches Programm eingesetzt wird. Bei der Mehrzahl der Programme ist die öffentliche Zugänglichmachung nicht ohne weiteres ersichtlich.

Es kann nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass Tauschbörsenprogramme die Dateien nicht nur herunterladen, sondern automatisch anderen Teilnehmern auch wieder zugänglich machen. Fraglich ist, ob eine Pflicht der Teilnehmer besteht, sich über die Funktionsweise von Tauschbörsen zu informieren. Das LG Frankfurt a.M. geht von einer entsprechenden Pflicht aus.¹² Diese Auffassung

vermag nicht zu überzeugen. Die Frage, wie Computerprogramme funktionieren, ist mit schwierigen technischen Fragen verbunden. So ist die technische Funktionsweise von Peer-to-Peer-Netzwerken für Laien nur schwer verständlich. Insbesondere sind die Unterschiede zwischen Peer-to-Peer-Netzwerken, Streaming-Angeboten und dem Downloaden von Dateien Laien nur schwer vermittelbar. Bei Peer-to-Peer-Netzwerken werden die Dateien heruntergeladen und anderen Personen automatisch wieder zugänglich gemacht. Es werden Kopien von den heruntergeladenen Dateien auf dem Computer gespeichert und an andere Computer weitergegeben. Bei Streaming-Angeboten werden Dateien aus einem Rechnernetz empfangen und gleichzeitig wiedergegeben,¹³ ohne dass eine dauerhafte Speicherung der Dateien stattfindet. Beim Download werden Dateien bloß heruntergeladen. Diese Unterschiede sind Privatpersonen oftmals gar nicht bewusst und nur schwer vermittelbar. Aus ihrer Sicht wird in allen Fällen nur „etwas heruntergeladen“. Aus diesem Grunde ist eine Pflicht, dass sich Privatpersonen nach der technischen Funktionsweise von Programmen erkundigen müssen, abzulehnen. Hier wird den Privatpersonen Unzumutbares abverlangt.

Wenn aus einem Tauschbörsenprogramm nicht ersichtlich ist, dass die heruntergeladenen Dateien anderen Teilnehmern wieder angeboten werden, fehlt es an einer Vorhersehbarkeit der öffentlichen Zugänglichmachung. Die Teilnehmer handeln dann im Hinblick auf die öffentliche Zugänglichmachung nicht fahrlässig.

2. Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Rechtswidrigkeit

Fehlt es an einer Vorhersehbarkeit der öffentlichen Zugänglichmachung, kommt es auf die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Rechtswidrigkeit gar nicht mehr an. Wenn die öffentliche Zugänglichmachung dagegen aus dem Tauschbörsenprogramm ersichtlich ist oder dem Teilnehmer bekannt ist, kann sich die Frage stellen, ob die Rechtswidrigkeit der öffentlichen Zugänglichmachung vorhersehbar und vermeidbar ist.

In der täglichen Praxis zeigen sich immer wieder Fälle, in denen die Teilnehmer keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit ihres Tuns haben. Die Rechtsprechung geht zwar vielfach davon aus, dass die Verwirklichung von Urheberrechtsverletzungen durch Tauschbörsen seit dem Auftreten von Napster naheliegend sei.¹⁴ Die Medien berichteten zwischen 2000 und 2001 ausführlich über den amerikanischen Prozess gegen die damalige Tauschbörse Napster¹⁵ und 2002 auch über den amerikanischen Prozess gegen die Tauschbörse Kazaa.¹⁶ Das ist aber inzwischen ein Jahrzehnt her und bei

10 Dreyer/Kotthoff-Meckel, a.a.O. (s. o. Fn. 1), § 97 Rn. 50; Fikentscher/Heinemann, a.a.O. (s. o. Fn. 7), Rn. 615; Palandt-Grüneberg, a.a.O. (s. o. Fn. 5), § 276 Rn. 15 m.w.N.; PWW-Schmidt-Kessel, a.a.O. (s. o. Fn. 7), § 276 Rn. 10 m.w.N.

11 BGH, Urt. v. 20.05.2009, Az.: I ZR 239/06, ZUM-RD 2009, 502, [Abs. 22]; BGH, Urt. v. 10.10.1991, Az.: I ZR 147/89, NJW 1992, 689 [691]; Möhring/Nicolini-Lütje, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 97 Rn. 138; Schrickler/Loewenheim-Wild, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 97 Rn. 138.

12 LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.01.2011, Az.: 2-03 O 340/10, JurPC Web-Dok. 146/2011, S. 11, URL: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20110146.htm>; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.07.2010, Az.: 2-03 O 83/10.

13 Wikipedia, Stichwort „Streaming Media“, URL: http://de.wikipedia.org/wiki/Streaming_Media (Stand: 10.9.2011).

14 LG Köln, Urt. v. 27.01.2010, Az.: 28 O 241/09, ZUM-RD 2010, 277, [280]; LG Hamburg, Urt. v. 21.05.2008, Az.: 308 O 88/08; LG Leipzig, Beschl. v. 08.02.2008, Az.: 5 O 383/08, juris Rn. 7.

15 Vgl. Schmidt c't 6/2000, 88, Rabanus c't 11/2000, 70; Zota, c't 7/2001, 36.

16 Vgl. Zota c't 12/2002, 35; Zota c't 16/2002, 66.

vielen Bürgern wieder in Vergessenheit geraten. Insbesondere bei Kindern und Jugendlichen, die zum Zeitpunkt der Berichterstattung erst ein paar Jahre alt waren, ist dieses Wissen nicht vorhanden. Die im Jahr 2003 gestartete Informationskampagne „Raubkopierer sind Verbrecher!“ der Filmindustrie mag an das Unrechtsbewusstsein der Bürger appelliert haben. Sie war aber von einer großen Einseitigkeit geprägt.¹⁷ Den Verantwortlichen ging es offenbar nicht um eine umfassende Aufklärung über die Rechtslage. Sachliche Informationen sind bei der Kampagne zu kurz gekommen. Über die zulässige Privatkopie wurde nicht in ausreichendem Maße informiert. Die Medien berichten zwar immer wieder über zulässige und unzulässige Nutzungshandlungen. Dies ist aber offenbar noch nicht ausreichend, denn es gibt immer noch Teilnehmer, die nicht wissen, dass sie Urheberrechtsverletzungen begehen, wenn sie in Tauschbörsen urheberrechtlich geschützte Werke herunterladen.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass es auch legale Nutzungsformen wie z.B. Webradios¹⁸ gibt. Das Anhören und Mitschneiden von Musikstücken aus Webradios ist legal.¹⁹ Webradios übertragen die Musik in Echtzeit in einem kontinuierlichen Datenstrom zum Computer (sog. Live-Streaming²⁰). Das Mitschneiden von Musikstücken ist nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG zu privaten Zwecken erlaubt. Bei den in den Webradios abgespielten Musikstücken handelt es sich nicht um offensichtlich rechtswidrige Vorlagen, denn Webradios zahlen für die Sendung der Musikstücke Vergütungen an die Verwertungsgesellschaften. Bei den Musikstücken der Webradios handelt es sich auch nicht um öffentlich zugängliche Vorlagen. Bei Webradios ist nach h.M. nicht das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG, sondern das Senderecht nach § 20 UrhG betroffen.²¹ Es ist für einen technischen und juristischen Laien jedoch kaum verständlich, dass man Musik aus Webradios anhören und aufnehmen darf, aber Musik nicht über Tauschbörsen herunterladen und verbreiten darf. Wie soll ein Laie dies unterscheiden können?

Es stellt sich die Frage, ob die Teilnehmer eine Informationspflicht trifft. Grundsätzlich besteht eine Pflicht sich über die Rechtslage zu erkundigen.²² Die Teilnehmer von Tauschbörsen lassen deshalb die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht, wenn sie sich vor der Teilnahme an der Tauschbörse nicht über die Rechtslage erkundigen. Das Problematische besteht jedoch darin, dass die Verwendung der Tauschbörsenprogramme legal ist. Die Tauschbörsenprogramme sind kostenlos verfügbar und können ohne Verstoß gegen das Urheberrecht verwandt werden. Rechtswidrig ist es jedoch, urheberrechtlich geschützte Werke über die Tauschbörsen herunterzuladen und öffentlich zugänglich zu machen. Aber auch hier wird man grundsätzlich von einer Pflicht der Teilnehmer ausgehen müssen, sich nach der genauen Rechtslage zu erkundigen.

Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit ist für die Fahrlässigkeit grundsätzlich unbeachtlich.²³ Der Rechtsirrtum ist nur dann entschuldigend, wenn der Teilnehmer bei einer Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte.²⁴ Im Falle der Teilnahme an einer Tauschbörse stellt jedoch sowohl das Herunterladen als auch das Zugänglichmachen von urheberrechtlich geschützten Werken nach der eindeutigen Gesetzeslage eine Urheberrechtsverletzung dar. Das Herunterladen und öffentliche Zugänglichmachen durch die Teilnehmer verletzt den Urheber in seinen Rechten aus § 15

Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1, 2 Nr. 2 UrhG. Das Herunterladen ist nicht durch § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG gedeckt, weil es sich bei den Dateien um öffentlich zugänglich gemachte Vorlagen handelt.²⁵ Im Hinblick auf diese eindeutige Gesetzeslage kommt eine Entschuldbarkeit eines Irrtums über die Rechtswidrigkeit nicht in Betracht.

3. Ergebnis

Wenn der Teilnehmer keine Kenntnis davon hat, dass das Tauschbörsenprogramm die Dateien anderen Teilnehmern wieder öffentlich zugänglich macht und dies aus dem Tauschbörsenprogramm nicht ersichtlich ist, fehlt es an einem Verschulden. Der Teilnehmer schuldet dann nur Schadensersatz für das Herunterladen, nicht aber für die öffentliche Zugänglichmachung. Bei einer Kenntnis von der öffentlichen Zugänglichmachung handelt der Teilnehmer zumindest fahrlässig, auch wenn er keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit seines Tuns hat.

C. Eingriffskondition?

Früher war die Frage umstritten, ob sich ein Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr auch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB ergeben kann.²⁶ Während eine Ansicht davon ausging, dass es sich bei dem Anspruch um einen Schadensersatzanspruch handelt, ging eine andere Ansicht davon aus, dass der Anspruch bereicherungsrechtlicher Natur ist. Heute ist es allgemein anerkannt, dass sich der Anspruch auf eine fiktive Lizenzgebühr sowohl aus Schadensersatz als auch aus der Eingriffskondition ergeben kann.²⁷ Auch der BGH geht in einigen Entscheidungen von einem Schadensersatzanspruch,²⁸ in anderen Entscheidungen von einem bereicherungsrechtlichen Anspruch aus.²⁹ Dass ein Anspruch auf eine fiktive Lizenzgebühr als Schadensersatz geltend gemacht werden kann, ergibt sich heute ausdrücklich aus der Regelung

¹⁷ Lorenz RdJB 2005, 43, 51 f..

¹⁸ Übersicht über Webradios unter <http://www.surfmusik.de>.

¹⁹ Lorenz RdJB 2005, 43, 51; Lorenz RdJB 2008, 312, 319.

²⁰ Vgl. Wikipedia, Stichwort „Live-Streaming“, URL: <http://de.wikipedia.org/wiki/Live-Streaming>; Wikipedia, Stichwort „Streaming Media“, URL: http://de.wikipedia.org/wiki/Streaming_Media (Stand: 10.9.2011).

²¹ Lorenz RdJB 2008, 312, 319; Schricker/Loewenheim-v. Ungern-Sternberg, a.a.O. (s. o. Fn. 2), vor §§ 20 ff. Rn. 7, § 20 Rn. 45 m.w.N.; Wandtke/Bullinger-Ehrhardt, a.a.O. (s. o. Fn. 2), §§ 20-20b Rn. 14; Wandtke/Bullinger-Manegold, a.a.O. (s. o. Fn. 2), vor §§ 88 ff. Rn. 40; a.A. Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, § 19a Rn. 10, § 20 Rn. 16.

²² Dreier/Schulze-Dreier, a.a.O. (s. o. Fn. 21), § 97 Rn. 57; Fromm/Nordemann-Nordemann, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 97 Rn. 64; Möhring/Nicolini-Lütje, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 97 Rn. 139; Palandt-Sprau, a.a.O. (s. o. Fn. 5), § 823 Rn. 43.

²³ Dreier/Schulze-Dreier, a.a.O. (s. o. Fn. 21), § 97 Rn. 57; Dreyer/Kotthoff-Meckel, a.a.O. (s. o. Fn. 1), § 97 Rn. 52; Fromm/Nordemann-Nordemann, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 97 Rn. 65; Wandtke/Bullinger-v. Wolff, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 97 Rn. 56.

²⁴ BGH, Urt. v. 05.07.2001, Az.: I ZR 311/98, ZUM 2002, 214, 218; BGH, Urt. v. 23.04.1998, Az.: I ZR 205/95, ZUM 1998, 934, 937; BGH, Urt. v. 18.12.1997, Az.: I ZR 79/95, ZUM-RD 1998, 157, 158 f.; Dreyer/Kotthoff-Meckel, a.a.O. (s. o. Fn. 1), § 97 Rn. 52.

²⁵ S. Fn. 1.

²⁶ Vgl. Ellger, Bereicherung durch Eingriff, 2002, S. 591 ff., v. Staudinger-Schiemann, J. von Staudingers Kommentar zum BGB, 2005, § 249 Rn. 201; MüKo-Oetker, a.a.O. (s. o. Fn. 9), § 252 Rn. 55 f.

²⁷ Dreier/Schulze-Dreier, a.a.O., § 102a Rn. 3; Dreyer/Kotthoff-Meckel, a.a.O. (s. o. Fn. 1), § 102a Rn. 3; Fromm/Nordemann-Nordemann, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 102a Rn. 4; Herberger/Martinek/Rüßmann-Martinek, juris Praxiskommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 818 Rn. 57; Kraßer GRUR Int. 1980, 259, 259 f.; Leisse/Traub GRUR 1980, 1, 5, 14; Rehbinder, a.a.O. (s. o. Fn. 2), Rn. 922, 929; Schricker/Loewenheim-Wild, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 102a Rn. 2 f.; Wandtke/Bullinger-Ohst/Bohne, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 102a Rn. 1.

²⁸ BGH, Urt. v. 02.10.2008, Az.: I ZR 6/06, ZUM 2009, 225, [Abs. 22]; BGH, Urt. v. 22.09.1999, Az.: I ZR 48/97, ZUM 2000, 238, 239.

²⁹ BGH, Urt. v. 29.04.2010, Az.: I ZR 68/08, ZUM-RD 2010, 529, [Abs. 33].

des § 97 Abs. 2 S. 3 UrhG. Nach § 102a UrhG bleiben Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt. Der Schadensersatzanspruch steht zum bereicherungsrechtlichen Anspruch nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis. Vielmehr können beide Anspruchsgrundlagen nebeneinander geltend gemacht werden. Die Konsequenz ist, dass immer wenn es an einem Verschulden fehlt, die angemessene Lizenzgebühr unter Umständen noch aus der Eingriffskonklusion verlangt werden kann.

§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB setzt voraus, dass jemand in sonstiger Weise auf Kosten eines anderen etwas ohne Rechtsgrund erlangt hat. Der Gebrauch des immateriellen Schutzguts stellt den objektiven Vermögenswert dar, den der Verletzer erlangt hat. Die Teilnehmer greifen in den Zuweisungsgehalt des Urheberrechts, nämlich in die Verwertungsbefugnis nach § 15 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1, 2 Nr. 2 UrhG, ein. Der bereicherungsrechtliche Anspruch dient dem Ausgleich eines grundlosen Vermögenszuwachses, nämlich der Kompensation des Gebrauchs des immateriellen Schutzguts. Deshalb ist gemäß § 818 Abs. 2 BGB eine angemessene Lizenzgebühr als Wertersatz zu leisten. Der Gegenwert für den Gebrauch des immateriellen Schutzguts ist die angemessene Lizenz.

Umstritten ist die Frage, ob sich der Verletzer auf den Einwand der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen kann. Die h.M. geht davon aus, dass eine Berufung auf den Einwand ausgeschlossen ist.³⁰ Es würde ein rein rechnerischer Vermögenszuwachs vorliegen. Nach zutreffender Auffassung kann sich der Verletzer auf den Einwand der Entreicherung berufen.³¹ So kann sich der Verletzer auf den Einwand der Entreicherung berufen, wenn er keinen die Lizenzgebühr abdeckenden Gewinn erzielt hat. Ein Wegfall der Bereicherung kann auch in einer unwirtschaftlichen Verwendung des Empfangenen liegen. Dementsprechend kann die Bereicherung wegfallen, wenn der Bereicherungsschuldner keinen die Lizenzgebühr entsprechenden Gewinn erzielt hat. Da die Teilnahme an Tauschbörsen kostenlos ist und die Teilnehmer für das öffentliche Zugänglichmachen kein Geld erhalten, können sie sich auf den Einwand der Entreicherung berufen.

D. Fazit

Teilnehmer an Tauschbörsen, die keine Kenntnis von der öffentlichen Zugänglichmachung haben, brauchen keine fiktive Lizenzgebühr für die öffentliche Zugänglichmachung zu zahlen. Es besteht weder ein Schadensersatzanspruch noch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch. Die Teilnehmer sind lediglich zum Schadensersatz für das Herunterladen verpflichtet.

Der Schadensersatz für das Herunterladen und der für die öffentliche Zugänglichmachung können sich ganz erheblich unterscheiden. Die Rechtsprechung geht von einer fiktiven Lizenzgebühr von 15,00 €³² für einen nicht aktuellen Musiktitel, über 150,00 €³³ und 200,00 €³⁴ bis zu 300,00 €³⁵ für die öffentliche Zugänglichmachung eines einzelnen Musiktitels aus. Wenn die Teilnehmer von Tauschbörsen dagegen nur Schadensersatz für das Herunterladen schulden, beläuft sich die fiktive Lizenzgebühr nur auf den Betrag, für den der Musiktitel dem Handel zum Kauf angeboten wird. Kommerzielle Musikportale verlangen für einen einzelnen Musiktitel durchschnittlich 1,08 €. ³⁶ Der Preis, für den die Rechteinhaber dem Handel das Recht einräumen, den Musiktitel zu ver-

kaufen, wird noch darunter liegen. Demgemäß schulden die Teilnehmer nur eine fiktive Lizenzgebühr von ca. 1,00 € als Schadensersatz für das Herunterladen.

Bei Filmen geht die Rechtsprechung von 275,00 €³⁷ bis zu 1000,00 €³⁸ als fiktive Lizenzgebühr für die öffentliche Zugänglichmachung aus. Für die öffentliche Zugänglichmachung eines Hörbuchs hat die Rechtsprechung in einem Fall eine fiktive Lizenzgebühr von 500,00 € angenommen.³⁹ Wenn die Teilnehmer von Tauschbörsen dagegen nur Schadensersatz für das Herunterladen schulden, beläuft sich die fiktive Lizenzgebühr allenfalls auf 10,00–20,00 €.

30 BGH, Urt. v. 02.07.1971, Az.: I ZR 58/70, NJW 1971, 2023, 2025; OLG Hamburg, Urt. v. 10.12.1998, Az.: 3 U 88/98, ZUM-RD 1999, 69, 71; *Brandner* GRUR 1980, 359, 360; *Dreyer/Kotthoff-Meckel*, a.a.O. (s. o. Fn. 1), § 102a Rn. 3; *Fromm/Nordemann-Nordemann*, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 102a Rn. 6; *Mestmäcker* JZ 1958, 523, 524; *Möhring/Nicolini-Lütje*, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 97 Rn. 263; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 809; *Schricker/Loewenheim-Wild*, a.a.O. (s. o. Fn. 2), § 97 Rn. 3; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980, S. 560; *Wandtke-Wandtke*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2010, 10. Kap. Rn. 93.

31 *Jacobs/Lindacher/Teplitzky-Köhler*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2006, vor § 13 Teil B Rn. 383; *Köhler/Bornkamm-Köhler*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 29. Aufl. 2011, § 9 UWG Rn. 3.6; *Kraßner* GRUR Int. 1980, 259, 268; *Ullmann* GRUR 1978, 615, 620 f.

32 LG Hamburg, Urt. v. 08.10.2010, Az.: 308 O 710/09, MMR 2011, 53.

33 LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.01.2011, Az.: 2-03 O 340/10, JurPC Web-Dok. 146/2011, S. 11 f., URL: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20110146.htm>; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.07.2010, Az.: 2-03 O 83/10; AG Hamburg, Urt. v. 27.06.2011, Az.: 36A C 172/10, juris Rn. 31; AG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.01.2010, Az.: 31 C 1078/09-78, MMR 2010, 262; AG Frankfurt a.M., Urt. v. 04.02.2009, Az.: 29 C 549/08-81.

34 LG Köln, Urt. v. 22.12.2010, Az.: 28 O 585/10, NRWE Rn. 43; LG Köln, Beschl. v. 13.12.2010, Az.: 28 O 515/10, NRWE Rn. 55; LG Köln, Beschl. v. 01.12.2010, Az.: 28 O 594/10, NRWE Rn. 44; LG Köln, Urt. v. 10.02.2010, Az.: 28 O 462/09, NRWE Rn. 48, abrufbar unter <http://www.nrwe.de>.

35 LG Düsseldorf, Urt. v. 06.07.2011, Az.: 12 O 256/10, NRWE Rn. 25; LG Düsseldorf, Urt. v. 09.02.2011, Az.: 12 O 68/10, NRWE Rn. 30; LG Düsseldorf, Urt. v. 24.11.2010, Az.: 12 O 521/09, NRWE Rn. 23, LG Düsseldorf, Versäumnisurt. v. 06.10.2010, Az.: 12 O 516/09, NRWE, abrufbar unter <http://www.nrwe.de>; LG Leipzig, Versäumnisurt. v. 01.03.2010, Az.: 5 O 4501/09.

36 Presseinformation der BITKOM vom 18.02.2010, URL: http://www.bitkom.org/64105_62526.aspx.

37 AG Frankfurt a.M., Urt. v. 09.12.2008, Az.: 32 C 1539/08-84.

38 LG Hamburg, Urt. v. 18.03.2011, Az.: 310 O 367/10.

39 AG München, Urt. v. 11.11.2009, Az.: 142 C 14130/09.