

## LL.B. Studienklausur – Urheberrechtlicher Teil

Dipl. Jur. Marius Mesenbrink

Bei dem Sachverhalt handelt es sich um den urheberrechtlichen Teil der fünf-stündigen Abschlussklausur des Bachelorstudienganges im IT-Recht und dem Recht des geistigen Eigentums im Wintersemester 2019/2020. Der Sachverhalt verlangt von den Bearbeitern die urheberrechtliche Analyse eines alltäglichen Vorganges. Hierfür müssen die Bearbeiter in der Lage sein, die verschiedenen Handlungen genau zu differenzieren, die grundlegende Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Urheberrechts auf den konkreten Fall zu übertragen sowie in der Lage sein, die Rechtsfolgen der gängigen urheberrechtlichen Ansprüche darzustellen. Die Darstellung erfolgt in dem für Klausuren im IP/IT-Recht üblichen Modus. Die Zitationsanforderungen entsprechen denen des IP/IT-Rechts.

### Sachverhalt:

Nach dem Abitur verbringt die 18-jährige L sechs Monate in einem südostasiatischen Land, „um mal runterzukommen“, wie sie sagt. Leider merkt sie im Laufe ihres Aufenthaltes, dass sie sich bei den Lebenserhaltungskosten „etwas verkalkuliert“ hat. Als sich gegen Ende ihres Aufenthaltes ebenfalls ihre finanziellen Mittel dem Ende zuneigen, muss sich L Geld bei ihren Freunden leihen.

Um dieses zurückzahlen zu können, begibt sich L auf die Suche nach Lösungen.

In einem Einkaufszentrum fällt ihr in einer Parfümerie ihr Lieblingsparfum „Two Million“ auf, das dort mit Zustimmung der Flamani Parfüm GmbH (F) für einen Bruchteil des Preises in Deutschland verkauft wird. Das bringt sie auf eine Idee: Wie wäre es, wenn sie größere Mengen des Parfüms kauft und in Deutschland gewinnbringend verkauft?

Das Parfüm selbst zeichnet sich durch einen einzigartigen Geruch mit einer Kopfnote mit Zitrone und einer Herznote mit Lavendel aus. Darüber hinaus ist der Flakon von Künstlerin K speziell für F entwickelt worden. Zwischen F und K besteht ein Vertrag, in welchem die K der F die alleinige, weltweite Nutzung des Flakons in allen Nutzungsarten einräumt. Der Flakon besitzt einige geschwungene und aufwendige Applikationen aus Buntglas und einen Deckel, der kugelförmig ist und die Schwünge des Flakonkörpers konsequent weiterführt. In die Applikationen sind ebenfalls Schwünge eingearbeitet. Der Körper ist kegelförmig. Die Gestaltung ist einzigartig und wird sofort mit F in Verbindung gebracht.

L kauft umgehend sechs (extra große) Flaschen und verstaut diese in ihrem Koffer. Ein schlechtes Gewissen hat sie nicht, aber doch etwas Sorge, als sie bei ihrer Einreise in Deutschland den Zoll sieht. Glücklicherweise wird sie bei ihrer Rückkehr nicht kontrolliert.

Kurz darauf bietet sie die sechs Flaschen (mit selbstgeschossenen Produktfotos) auf einer Internetplattform für Kleinanzeigen an. Doch ihre Freude über einen in Aussicht stehenden Geldregen währt nur kurz: Sie erhält einen Brief von F, in dem ihr eine Verletzung der Rechte von F vorgeworfen und sie zur Unterlassung aufgefordert wird. Zu diesem Zeitpunkt gab es noch keine Aufrufe (mit Ausnahme desjenigen durch F), geschweige denn Verkäufe.

L versteht die Welt nicht mehr: Viele ihrer Freunde haben doch schließlich auch Elektronik oder andere hochpreisige Gegenstände aus dem Urlaub mitgebracht.

**Kann F von L Unterlassung des Verkaufes und Löschung der Angebote auf dem Portal nach dem UrhG verlangen?**

**Kann F im Falle eines Verkaufes auch Schadensersatz nach dem UrhG verlangen? Wie wird dieser berechnet?**

**Bearbeiterhinweis:** Steuerrechtliche und strafrechtliche Bestimmungen sind außer Acht zu lassen. Es ist von der Anwendbarkeit deutschen Rechts auszugehen.

**Zusatzfrage:** Welche gewerblichen Schutzrechte sind, einen gewerblichen Verkauf unterstellt, möglicherweise in Bezug auf den Flakon ebenfalls betroffen? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

## A. Anspruch auf Unterlassung des Verkaufes und Löschung des Angebots aus § 97 Abs. 1 UrhG

F könnte gegen L einen Anspruch auf Unterlassung des Verkaufes des Parfüms und auf Löschung des Angebots auf dem Kleinanzeigenportal aus § 97 Abs. 1 UrhG haben.

## I. Urheberrechtlich geschützter Gegenstand

Es müsste zunächst ein nach dem UrhG geschützter Gegenstand vorliegen. Dies kann entweder ein Werk gem. § 2 Abs. 2 UrhG oder ein durch verwandte Schutzrechte geschützter Gegenstand sein.

**Hinweis:** Die Voraussetzungen für urheberrechtlichen Schutz werden in der Literatur häufig unterschiedlich dargestellt. Dementsprechend sind hier verschiedene Aufbauweisen vertretbar.

### 1. Geruch des Parfüms

Als erstes kommt der Geruch des Parfüms als Werk gem. § 2 Abs. 2 UrhG in Betracht. Neben einer persönlichen Schöpfung, dem geistigen Gehalt und der ausreichenden Schöpfungshöhe wird dafür eine konkrete Formgestaltung benötigt.<sup>1</sup> Dafür muss der in Rede stehende Gegenstand „das Ergebnis der schöpferischen Formung eines bestimmten Stoffs“ sein.<sup>2</sup> Europarechtlich ist diesbezüglich vorgegeben, dass der Schutzgegenstand objektiv bestimmbar und identifizierbar sein muss.<sup>3</sup> Vorliegend geht es um den Geruch des Parfüms. Der wahrgenommene Geruch basiert hauptsächlich auf Erfahrungen, der Umwelt und dem Kontext, in dem der Geruch wahrgenommen wird. Er ist ebenfalls nicht mithilfe wissenschaftlicher Methoden darstellbar.<sup>4</sup> Der Geruch des Parfüms ist somit nicht objektiv bestimmbar und identifizierbar. Mangels konkreter Formgestaltung stellt der Geruch des Parfüms keinen urheberrechtlich geschützten Gegenstand dar.

### 2. Form des Flakons

Die Form des Flakons könnte ebenfalls als Werk gem. § 2 Abs. 2 UrhG schutzwürdig sein.

#### a) Persönliche Schöpfung

Der Flakon wurde von K, einer natürlichen Person, entworfen und stellt daher eine persönliche Schöpfung dar.

#### b) Geistiger Gehalt

Auch ist ein geistiger Gehalt von Nöten. Dies meint, dass der betreffende Gegenstand kein reines handwerkliches Erzeugnis ist, sondern auch einen „gedanklichen Inhalt“ besitzt, welcher sich in dem Werk widerspiegelt und über das bloß sinnlich Wahrnehmbare hinaus geht.<sup>5</sup> Der Flakon wurde von K aufwendig gestaltet und besitzt Schwünge als sich durch den Gegenstand ziehendes Element, das den Flakon prägt. K hat daher ihren Geist zum Ausdruck gebracht. Der Flakon enthält daher einen geistigen Gehalt.

**Hinweis:** Auf den geistigen Gehalt kann als eigener Prüfungspunkt auch verzichtet werden; er ist dann im Rahmen der Individualität zu thematisieren.

#### c) Konkrete Formgestaltung

Der Flakon ist das Ergebnis der Gestaltung der K, ist objektiv bestimmbar und identifizierbar und besitzt somit eine konkrete Formgestaltung.

#### d) Individualität und Gestaltungshöhe

Zunächst müsste Individualität gegeben sein. Dafür müsste „ein Gestaltungsspielraum bestehen und dieser vom Urheber dafür genutzt werden, seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck zu bringen.“<sup>6</sup> Vorgegeben ist lediglich, dass der Gegenstand zum Transportieren und Zerstäuben von Parfüm geeignet sein muss. Alles weitere steht jedoch nicht fest, sodass Gestaltungsspielraum besteht. Diesen hat K unter Nutzung ungewöhnlicher Formen auch ausreichend genutzt und ein einzigartiges Werk geschaffen. Sie hat daher Ihren schöpferischen Geist zum Ausdruck gebracht. Individualität liegt also vor.

Fraglich ist, welche Gestaltungshöhe, also welcher Grad an Individualität,<sup>7</sup> zu fordern ist. Die ältere BGH-Rechtsprechung ging noch davon aus, dass bei einem Werk der

<sup>1</sup> Wandtke, Urheberrecht, 7. Aufl. 2019, Kap. 2 § 1 Rn. 1.

<sup>2</sup> BGH GRUR 2003, 876 (878) – Sendeformat.

<sup>3</sup> EuGH, Urt. v. 13.11.2018, Rs. C-310/17 – Levola Hengelo, Rn. 40. In diesem Urteil wurde die Schutzwürdigkeit des Geschmacks eines Frischkäses verneint. Vergleiche zu den weiteren europarechtlichen Vorgaben zum Werkbegriff: Mesenbrink/Wendorf, Der Siegeszug der „kleinen Münze“? Die Europäisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs und das Schicksal der Gestaltungshöhe, HanLR 2020, 160 (162f.) und die dort genannte Literatur sowie Rechtsprechung.

<sup>4</sup> Siehe auch die Argumentation zum Geschmack: EuGH – Levola Hengelo (Fn. 3), Rn. 42f.

<sup>5</sup> Wandtke (Fn. 1), Kap. 2 § 1 Rn. 3; Löwenheim/Leistner in: Schricker/Löwenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 2 UrhG Rn. 45.

<sup>6</sup> BGH GRUR 2014, 175 (179) – Geburtstagszug, KG MMR 2020, 318 (318f.) – Mittels elektronischer Befehle erstellte Abbildung eines virtuellen Gegenstands und Löwenheim/Leistner in: Schricker/Löwenheim (Fn. 5), § 2 UrhG Rn. 50.

<sup>7</sup> Bullinger in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 2 UrhG Rn. 23.

angewandten Kunst ein deutliches Überragen der Durchschnittsgestaltung notwendig ist.<sup>8</sup> Dies wurde mit Abgrenzungsschwierigkeiten von Geschmacksmuster- und Urheberschutz begründet.<sup>9</sup>

Nach einer Gesetzesänderung stellt das Designrecht gerade nicht mehr „den Unterbau eines wesensgleichen Urheberrechts“ dar, sodass das Fordern eines deutlichen Überragens der Durchschnittsgestaltung nicht mehr notwendig ist.<sup>10</sup>

Somit gilt auch hier die kleine Münze. Dies sind die Schöpfungen, die aufgrund ihres niedrigen Grades an Individualität die untere Grenze des urheberrechtlichen Schutzbereiches bilden.<sup>11</sup> Hier handelt es sich um eine einzigartige Gestaltung. Die Formen sind zwar an sich nicht schutzfähig, aber in ihrer konkreten besonderen Zusammensetzung kommt ihnen durch die einzigartige Anordnung Schutz zu. Auch wird eine, für ein Aufbewahrungsgefäß für Flüssigkeiten, ungewöhnliche Form genutzt. Der Flakon geht daher deutlich über die alltägliche Gestaltung hinaus. Der Flakon weist also eine hinreichende Gestaltungshöhe auf.

### 3. Ergebnis

Der Flakon wird im Ergebnis als Werk gem. § 2 Abs. 2 UrhG geschützt.

## II. Aktivlegitimation

F müsste aktiv legitimiert sein. Dies ist grundsätzlich der Urheber. Der Flakon wurde von K entworfen und gerade nicht von F. Jedoch kann auch jedes vom UrhG gewährte absolutes Recht zur Aktivlegitimation führen.<sup>12</sup> Absolute Rechte zeichnen sich dadurch aus, dass sie einerseits zur Nutzung berechtigen und andererseits auch eine Ausschlusswirkung *erga omnes* beanspruchen. Hier haben F und K einen Lizenzvertrag geschlossen. Legt man diesen aus, so kommt man zum Ergebnis, dass mit „alleinige Nutzung“ ein ausschließliches Nutzungsrecht gemeint ist. § 31 Abs. 3 UrhG stellt klar, dass das ausschließliche Nutzungsrecht den Inhaber berechtigt, „das Werk unter Ausschluss aller anderen Personen auf die ihm erlaubte Art zu nutzen und Nutzungsrechte einzuräumen“.

<sup>8</sup> BGH GRUR 1995, 581 (582) – Silberdistel.

<sup>9</sup> Ebd.

<sup>10</sup> BGH GRUR 2014, 175 (178) – Geburtstagszug.

<sup>11</sup> Bisges, Die Kleine Münze, der Dreigroschenprozess und der Herstellungsaufwand, GRUR 2015, 540.

<sup>12</sup> Vgl. Reber in: Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, 29. Edition 2018, § 97 UrhG Rn. 2.

<sup>13</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Rs. C-161/17 – Renckhoff. Rn. 20.

Es stellt somit ein absolutes Recht dar und F ist aktiv legitimiert.

## III. Verletzungshandlung

### 1. Eingriff in das Vervielfältigungsrecht durch Fotografieren der Flakons

Zunächst könnte das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG durch Abfotografieren der Flakons verletzt worden sein.

Problematisch ist in diesem Fall, dass die Vervielfältigung in einer anderen Form als das Original stattfindet. So stellt das Original ein Werk der bildenden Kunst dar, während die in Rede stehende vermeintliche Vervielfältigung eine Fotografie ist. Für ein Erfassen solcher Formänderungen spricht zunächst der Wortlaut, der von Vervielfältigungsstücken „[...] gleichviel [...] in welchem Verfahren und in welcher Zahl“ spricht. Diese offene Interpretation wird auch durch den Wortlaut von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie<sup>13</sup>, welcher durch § 16 UrhG im deutschen Recht umgesetzt wird, unterstützt. Demnach hat der Urheber in Bezug auf sein Werk das Recht, eine „Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten.“ Im Ergebnis ist daher auch eine Vervielfältigung unter Nutzung einer anderen Form erfasst und es liegt ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht vor.

### 2. Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung durch Hochladen der Bilder auf das Kleinanzeigenportal

Durch den Upload der Bilder in das Kleinanzeigenportal könnte ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG vorliegen. Dann müsste der Öffentlichkeit die Möglichkeit eröffnet worden sein, auf das Werk zu Zeiten und von Orten ihrer Wahl zuzugreifen. Durch einen Upload kann jeder Besucher der Website die Bilder abrufen, wann immer er möchte. Problematisch könnte sein, dass das Angebot selbst noch keine Aufrufe besitzt. Jedoch ist es mit Blick auf den Schutzzweck der zugrundeliegenden InfoSoc-Richtlinie (laut Erwägungsgrund Nr. 4 InfoSoc-Richtlinie ist dies die Wahrung eines hohen Schutzniveaus) irrelevant, ob die Öffentlichkeit diese Möglichkeit des Zugriffes nutzt.<sup>14</sup> Daher liegt ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung vor.

### 3. Eingriff in das Verbreitungsrecht durch Anbieten auf dem Kleinanzeigenportal

Auch könnte durch das Anbieten des Parfüms das Verbreitungsrecht aus § 17 UrhG verletzt worden sein. § 17 UrhG nennt auch, im Gegensatz zum europäischen Pendant, explizit das Anbieten. Die Verbreitung zeichnet sich durch eine Vielzahl von Handlungen aus, welche jeweils für sich zu einer Verantwortung des Händlers führen können.<sup>15</sup> Zu diesen gehört auch die *Invitatio ad offerendum*.<sup>16</sup> Das Anbieten der Flakons auf dem Kleinanzeigenportal stellt eine *Invitatio ad offerendum* dar. Somit liegt ein Eingriff in das Verbreitungsrecht vor.

### IV. Schranken

Jedoch könnte die Verletzung eines absoluten Rechts ausscheiden, wenn L eine Schranke für sich in Anspruch nehmen kann.

**Hinweis:** Die Erschöpfung kann bereits im Rahmen der Prüfung der Verletzung des Verbreitungsrechts thematisiert werden.

#### 1. Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Zunächst könnte sich das Verbreitungsrecht nach § 17 Abs. 2 UrhG erschöpft haben. Dann müssten „das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden“ sein. Zwar hat der Urheber hier der Verbreitung zugestimmt. Allerdings ist kein Land in Südostasien Teil der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums.<sup>17</sup> Eine internationale Erschöpfung, wie sie z.B. Dänemark zeitweise im nationalen Urheberrecht kodifiziert hat, hat die EU bei Schaffung der InfoSoc-Richtlinie gerade nicht vorgesehen.<sup>18</sup> Das Verbreitungsrecht hat sich somit nicht erschöpft.

#### 2. Ermöglichung der Verkehrsfähigkeit

Eine Rechtmäßigkeit der Vervielfältigung könnte sich aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach das Urheberrecht hinter dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit des Werkes zurücktreten muss, ergeben.<sup>19</sup> Demnach müssen werbende Ankündigungen unter Zuhilfenahme von Vervielfältigungen möglich sein, um den Weiterverkauf zu ermöglichen; ansonsten würde der Weitervertrieb, der, wie durch den Erschöpfungsgrundsatz deutlich wird, gerade nicht der Kontrolle durch den Urheber unterliegen soll, ebenfalls durch ihn kontrolliert werden.<sup>20</sup> Eine solche Anwendung dieses Grundsatzes setzt allerdings eine rechtmäßige Verbreitung samt Erschöpfung voraus.<sup>21</sup> Dies ist hier aber gerade nicht der Fall.

Daher kommt der in Rede stehende allgemeine Rechtsgedanke nicht zur Anwendung.

#### 2. Vervielfältigung als Privatkopie

Auch könnte das Fotografieren des Flakons durch § 53 Abs. 1 UrhG erfasst sein.

Dann dürfte die Vervielfältigung weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen. Hier erfolgt die Fotografie, um später auf ein Verkaufspotential hochgeladen zu werden und damit die Attraktivität des Angebotes der L zu erhöhen. Somit scheidet eine Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG aus. Auch § 53 Abs. 2 UrhG ist nicht einschlägig.

#### 3. Vervielfältigung als Werbung für die Ausstellung und den öffentlichen Verkauf von Werken

Jedoch könnte die Vervielfältigung unter § 58 UrhG fallen.<sup>22</sup> Die Fotografien des Parfüms wurden zwar zur Werbung erstellt. Außerdem wurden Werke der angewandten Kunst explizit in den Anwendungsbereich aufgenommen.

Fraglich ist allerdings, ob § 58 UrhG auch Verkäufe über Internetportale umfasst.

Hierfür spricht einerseits der Wortlaut.<sup>23</sup> So wendet sich ein Verkauf auf einem Kleinanzeigenportal an eine unbeschränkte Anzahl an Mitglieder der Öffentlichkeit, was für einen öffentlichen Verkauf spricht.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> EuGH, Urt. v. 13.05.2015, Rs. C-516/13 – Dimensione, Rn. 25.

<sup>16</sup> EuGH – Dimensione (Fn. 15), Rn. 28.

<sup>17</sup> Neben den Mitgliedsstaaten der europäischen Union umfasst der europäische Wirtschaftsraum Liechtenstein, Island und Norwegen.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 12.09.2006, Rs. C-479/04 – Laserdisken, Rn. 23.

<sup>19</sup> BGH NJW 2000, 3783 (3784) – Parfumflakon; vgl. auch auf europäischer Ebene: EuGH, Urt. v. 04.11.1997, Rn. C-337/95 – Parfums Christian Dior, Rn. 57.

<sup>20</sup> BGH NJW 2000, 3783 (3785) – Parfumflakon.

<sup>21</sup> Götting in: Ahlberg/Götting (Fn. 12), § 17 UrhG Rn. 40.

<sup>22</sup> Kenntnisse bezüglich dieser Norm werden nicht erwartet. Dennoch kann von den Bearbeitern vorausgesetzt werden, dass sie erkennen, dass die Norm den professionellen Kunsthändel im Blick hat.

<sup>23</sup> Das OLG Köln hat die Anwendbarkeit in GRUR-RR 2009, 4 (5) bejaht, dies jedoch nicht näher begründet.

<sup>24</sup> Thönebe, Kunstwerke in der Ausstellungs- und Verkaufswerbung und in Museumskatalogen, 2014, S. 141f.

Jedoch sprechen systematische Argumente gegen eine Anwendung. Die Formulierung „Veranstaltung“ legt einen gewissen Organisationsaufwand eines professionellen Veranstalters nahe, welcher beispielsweise eine Kunstauktion plant.<sup>25</sup> Dieser Aufwand ist für einen einfachen Internetverkauf gerade nicht notwendig. Schließlich spricht das Gesetz von einer „öffentlichen Ausstellung“ und einem „öffentlichen Verkauf“. Der Norm liegt also die Vorstellung eines körperlichen Verkaufes „vor Ort“ zugrunde.<sup>26</sup> Auch finden sich im Sachverhalt keine Hinweise bezüglich der erforderlichen Quellenangabe nach § 63 UrhG. Im Ergebnis ist damit ein Verkauf im Internet über ein Kleinanzeigenportal von der Schranke des § 58 UrhG nicht umfasst.

**Hinweis:** Hier sind beide Ansichten sehr gut vertretbar; wie sich auf Rechtsfolgenseite zeigt, wirkt sich eine abweichende Entscheidung hier nicht negativ aus.

#### 4. Öffentliche Zugänglichmachung als Werbung für die Ausstellung und den öffentlichen Verkauf von Werken

Die öffentliche Zugänglichmachung des Werkes fällt ebenfalls nicht unter die Schranke des § 58 UrhG.

#### 5. Ergebnis

Es liegen Eingriffe in das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht sowie in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung vor.

#### V. Widerrechtlichkeit

Rechtfertigungsgründe wie eine Einwilligung sind nicht ersichtlich.

#### VI. Passivlegitimation

Als Schädigerin ist L auch passiv legitimiert.

#### VII. Rechtsfolge

##### 1. Beseitigung der Beeinträchtigung

§ 97 Abs. 1 UrhG setzt als Rechtsfolge die Beseitigung der Beeinträchtigung fest. Da bereits das Anbieten des Parfüms einen Eingriff in das Verbreitungsrecht darstellt, kann F von L das Löschen des Angebotes verlangen.

<sup>25</sup> Ebd.

<sup>26</sup> Ebd.

<sup>27</sup> Von Wolff in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 97 UrhG Rn. 36.

<sup>28</sup> BGH GRUR 2013, 1235 (Rn. 15) – Restwertbörse II.

<sup>29</sup> Grüneberg in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 276 Rn. 22.

<sup>30</sup> Von Wolff in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 97 UrhG Rn. 59.

##### 2. Unterlassung des weiteren Verkaufes

Ferner kann der Schädiger nach § 97 Abs. 1 UrhG „bei Wiederholungsgefahr [auch] auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.“

Die Wiederholungsgefahr wird vorliegend durch die Erstbegehung indiziert.<sup>27</sup>

Anspruchsinhalt ist das Unterlassen der Begehung weiterer wesentlich gleichartiger Verletzungshandlungen.<sup>28</sup> Jede weitere Verkaufshandlung und Vorbereitungshandlung hierzu würde in das Verbreitungsrecht eingreifen, mithin also eine gleichartige Rechtsverletzung darstellen. F kann somit von L eine Unterlassung des weiteren Verkaufs verlangen.

#### B. Schadensersatz nach § 97 Abs. 2 UrhG

F könnte gegen L einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 97 Abs. 2 UrhG haben.

##### I. Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs

Wie bereits unter A. geprüft, liegen die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs vor.

##### II. Verschulden

L müsste zumindest fahrlässig gehandelt haben. Dies ist gem. § 276 Abs. 2 BGB das Außerachtlassen der im Verkehr üblichen Sorgfalt. L wusste hier nicht, dass sie rechtswidrig handelt. Im Falle eines solchen Rechtsirrtums ist es jedoch üblich, Rechtsrat einzuholen, um einen solchen zu vermeiden.<sup>29</sup> Dies ist vorliegend nicht geschehen. Sie handelt insofern fahrlässig.

##### III. Rechtsfolge

Der Schadensersatz des § 97 Abs. 2 UrhG kann auf drei Arten berechnet werden (sogenannte dreifache Schadensberechnung). Hierbei hat der Geschädigte die Wahl zwischen den Berechnungsmethoden; er darf diese jedoch nicht so vermengen, dass er durch den Schadensersatz bereichert wird.<sup>30</sup>

##### 1. Konkreter Schaden

Die erste Möglichkeit der Schadensberechnung ist der konkrete Schaden. Dieser bemisst sich nach den §§ 249ff. BGB. Vorliegend kommt bei einem Verkauf der entgangene Gewinn aus § 252 BGB in Betracht.

## 2. Verletzergewinn

Gem. § 97 Abs. 2 S. 2 UrhG kann bei der Bemessung des Schadensersatzes „auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden.“ Hierbei sind die Einnahmen abzüglich der Kosten des Verletzers auszukehren.<sup>31</sup> Im in Rede stehenden Fall sind dies nach einem Verkauf durch L der Verkaufspreis abzüglich des Einkaufspreises.

## 3. Lizenzanalogie

Gem. § 97 Abs. 2 S. 3 UrhG kann der Schadensersatz „auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte.“ Diese Berechnungsform gibt dem Rechteinhaber die Möglichkeit, das zu fordern, was der Verletzer für eine Lizenz normalerweise hätte zahlen müssen.<sup>32</sup> Vorliegend ist dies nach einem Verkauf die Summe, die für die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts für das Verbreitungsrecht üblich ist.

## IV. Ergebnis

F hat gegen L einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 97 Abs. 2 UrhG.

### Zusatzfrage:

**1. Markenrecht:** Zunächst könnte das Markenrecht betroffen sein. Dafür ist gem. § 3 MarkenG erforderlich, dass der Flakon geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Dieser würde sodann eine dreidimensionale Marke nach § 9 MarkenV darstellen. Hier wird der Flakon sofort mit F in Verbindung gebracht. Dementsprechend ist er geeignet, das Parfüm von F von denen der Konkurrenten zu unterscheiden.

Je nach Bekanntheit könnte es sogar sein, dass der Flakon als Benutzungsmarke nach § 4 Nr. 2 MarkenG geschützt wird. Ein Eintragungsverfahren wäre dann nicht notwendig.

**2. Designrecht:** Ferner kommt auch Designschutz in Betracht. Dies erfordert nach § 2 DesignG ein Design, welches neu ist und Eigenart hat. Vorliegend ist der Flakon einzigartig.

Designschutz ist daher möglich. Für vollen Designschutz ist aber in jedem Fall eine Anmeldung notwendig; ansonsten kommt ein verkürzter Schutz (drei Jahre) gem. Art. 11 Gemeinschaftsgeschmackmusterverordnung in Betracht.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Reber in: Ahlberg/Götting (Fn. 12), § 97 UrhG Rn. 115.

<sup>32</sup> BGH GRUR 1966, 375 (378) – Meßmer Tee II.

<sup>33</sup> Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster.