

# Auskunftsanspruch über den Werbeerlös

## **Eigener Leitsatz:**

Bei urheberrechtlichen Schadensersatzansprüchen kann die genaue Einbusse des Betroffenen erst durch die Auskunft über die durch Werbebuchungen erzielten Werbeerträge ermittelt werden. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Inhalte Mittel sind, um eine indirekte Finanzierungsquelle zu erschließen, also auch die mittelbar aufgrund einer unberechtigten Nutzung von Inhalten erzielte Gewinne.

**Oberlandesgericht Hamm**

**Urteil vom 24.06.2008**

**Az.: 4 U 25/08**

Urteil

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 13.12.2007 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Bochum, Az. 8 O 311/07, abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft zu erteilen über die am 29.06.2007 auf der Webpräsenz \*internetadresse\* in den einzelnen Werbeformen (D, D2, D3, M, Q, Q2, G, Y, J, T, X, Us, Sonderwerbeformen) generierten Werbeerlöse sowie die erteilten Auskünfte durch Abrechnungen zu belegen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,- Euro abwenden, wenn nicht der Kläger zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger will den tödlichen Fallschirmsprung des Politikers N gefilmt haben. Die Beklagte veröffentlichte ein Video, das diesen Sprung zeigt, am 29.06.2007 auf ihrem Internetportal "\*internetadresse\*". Der Kläger verlangt Auskunft über die hierdurch von der Beklagten generierten Werbeerlöse. Die Beklagte hat dem Kläger durch Schreiben vom 30.8.2007 die Anzahl der Seitenaufrufe mitgeteilt, die Mitteilung über die Werbeerlöse aus den an diesem Tage ausgelieferten Werbeformen allerdings verweigert.

Der Kläger hat behauptet, er sei am 05.06.2003 an Bord der Sportmaschine gewesen, aus der N abgesprungen ist. Diesen Sprung habe der Kläger gefilmt. Der Kläger meint, die Beklagte müsse ihm zum Zweck der Berechnung seines Schadensersatzanspruchs Auskunft über die von ihr durch die Veröffentlichung des Videos erzielten Werbeerlöse erteilen. Auch die Beklagte habe Kenntnis darüber haben müssen, dass der Kläger Hersteller des Videos war, da in der Printausgabe der konzernangehörigen C-Zeitung als Hersteller ein "M2" genannt werde. Zudem behauptet der Kläger, die Veröffentlichung seines Videos sei für die von der Beklagten am 29.06.2007 generierten Werbeerlöse kausal gewesen. Die Beklagte sei gegenüber ihren Online-Werbekunden verpflichtet, die jeweiligen Anzeigen in einem redaktionellen Umfeld zu platzieren. Dieses Umfeld habe die Beklagte am 29.06.2007 in weiten Teilen durch die urheberrechtswidrige Nutzung seiner Laufbilder geschaffen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft zu erteilen über die am 29.06.2007 auf der Webpräsenz \*internetadresse\* in den einzelnen Werbeformen (D, D2, D3, M, Q, Q2, G, Y, J, T, X, U, Sonderwerbeformen) generierten Werbeerlöse sowie

die erteilten Auskünfte durch Rechnungen zu belegen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen, hilfsweise

ihr das Recht vorzubehalten, die von ihr vorzulegenden Abrechnungen mit ihren Werbekunden einem zur Verschwiegenheit verpflichteten, vereidigten Wirtschaftsprüfer zu Prüfungszwecken übergeben zu dürfen, sofern dieser ermächtigt und verpflichtet, ist, dem Kläger auf Antrag mitzuteilen, ob in der Rechnungslegung eine oder mehrere bestimmte Einnahmen enthalten sind.

Die Beklagte hat die Urheberschaft des Klägers mit Nichtwissen bestritten und vorgetragen, die Rechte an dem Video von der T AG erworben zu haben; diese habe ihrerseits die Rechte aus einem am 19.05.2007 mit dem als Zeugen benannten M geschlossenen Exklusivvertrag (Anlage B 1) hergeleitet. Der Beklagten sei daher insbesondere kein Verschulden vorzuwerfen, da sie sich auf die Berechtigung der T AG habe verlassen dürfen. Die von dem Kläger verlangte Auskunft schulde sie nicht; sie sei ohne Einsatz eines speziell zu entwickelnden Computerprogramms auch nicht zu beschaffen. Im Übrigen seien die am 29.06.2007 erzielten Werbeerlöse nicht auf die Veröffentlichung des N-Videos zurückzuführen, da die an diesem Tag geschalteten Werbeanzeigen bereits seit längerer Zeit und unabhängig von den Sendeinhalten am 29.06.2007 gebucht worden seien. Ein Einfluss auf die Sendeinhalte werde den Werbekunden nicht verschafft, dies auch, weil die Sendeinhalte kurzfristig disponiert würden. Auch sei eine taggenaue Berechnung der Werbeerlöse nicht möglich, weil eine entsprechende Auswertung nicht erfolge. Die Beklagte hat hilfsweise gemeint, sie müsse jedenfalls nur einem Wirtschaftsprüfer, nicht aber dem Kläger selbst Auskunft erteilen, weil die Beklagte schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen in Form von Geschäfts- und Steuergeheimnissen geltend machen könne. Die Beklagte könne nicht ausschließen, dass der Kläger die Zahlen Dritten zur

Verfügung stelle.

Der Kläger hat repliziert, der Wirtschaftsprüfervorbehalt dürfe nur unter Wettbewerbern geltend gemacht werden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, dem Kläger stehe kein aus § 97 UrhG folgender Auskunftsanspruch über die erzielten Werbeerlöse zu. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Beklagte Urheberrechte des Klägers verletzt habe, weil die Veröffentlichung des Videos für die von ihr an diesem Tag erzielten Werbeerlöse nicht kausal gewesen sei. Für den erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Verletzungshandlung und dem behaupteten Schaden reiche es nicht aus, dass die Werbekunden der Beklagten generell ein bestimmtes redaktionelles Umfeld mit einer größtmöglichen Publikumswirksamkeit erwarten. Vielmehr müssten sich die Werbeerlöse der Beklagten gerade auf die Veröffentlichung des sog. N-Videos zurückführen lassen. Hierzu habe die Beklagte unwidersprochen vorgetragen, dass die entsprechenden Werbebuchungen bereits vorlagen, als die Veröffentlichung noch nicht absehbar war, ferner die Sichtkontakte am 29.06.2007 eher unterdurchschnittlich waren. Daher sei ein Werbemehrerlös auszuschließen, es sei denn, die Beklagten hätten einen von den Sichtkontakten abhängigen "Zuschlag" verlangt, was der Kläger aber nicht behauptet habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers. Er wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag und trägt vor, er habe seine Urheberschaft unter Beweis gestellt, eine Lizenzierung an Dritte sei nicht erfolgt. Die Beklagte selbst habe eingeräumt, gegenüber ihren Werbekunden zu einer Platzierung der Werbung in einem Nachrichten- und Unterhaltungsumfeld verpflichtet gewesen zu sein. Der Kläger rügt eine fehlerhafte Auslegung des § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG. Die urheberrechtswidrige Veröffentlichung der klägerischen Laufbilder könne entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht hinweggedacht werden, ohne dass die unter dem 29.6.2007 erzielten Werbeerlöse wegfielen. Kausalität in diesem Sinne

liege vor. Die Werbekunden erwarteten nicht nur die Bereitstellung eines werbetauglichen redaktionellen Umfeldes, sondern die Beklagte sei hierzu auch werkvertraglich verpflichtet. Aufgrund des Präventionscharakters der Gewinnabschöpfung dürften an das Kausalitätserfordernis keine gänzlich überspannten Anforderungen gestellt werden. Das Kausalitätserfordernis sei daher wertend zu verstehen. Maßgeblich sei allein, ob sich der Beklagte zur Erzielung der Online-Werbeerlöse in unerlaubter Weise des klägerischen Immaterialgutes bediente. Insoweit genüge ein mittelbarer Zusammenhang. Um von seinem Wahlrecht zwischen Gewinnentgang, Lizenzanalogie und Gewinnherausgabe Gebrauch machen zu können, bedürfe es der Auskunft, weil nur so die Höhe des Schadens ermittelt werden könne.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des am 13.12.2007 verkündeten Urteils des Landgerichts Bochum, Az. 8 O 311/07 die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Auskunft zu erteilen über die am 29.06.2007 auf der Webpräsenz \*internetadresse\* in den einzelnen Werbeformen (D, D2, D3, M, Q, Q2, G, Y, J, T, X, Us, Sonderwerbeformen) generierten Werbeerlöse sowie die erteilten Auskünfte durch Abrechnungen zu belegen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise der Beklagten das Recht vorzubehalten, die von ihr vorzulegenden Abrechnungen mit ihren Werbekunden einem zur Verschwiegenheit verpflichteten, vereidigten Wirtschaftsprüfer zu Prüfungszwecken übergeben zu dürfen, sofern dieser ermächtigt und verpflichtet ist, dem Kläger auf Antrag mitzuteilen, ob in der Rechnungslegung eine oder mehrere bestimmte Einnahmen enthalten sind.

Sie verteidigt das angegriffene Urteil. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Ergänzend trägt sie

vor, sie sei davon ausgegangen, dass der als Zeuge benannte Herr M die Erlaubnis des Rechteinhabers zur Weitergabe der Fotos zwecks Veröffentlichung eingeholt habe. An der Kausalität zwischen der Nutzung des streitgegenständlichen Videos und den über die Plattform selbst erzielten Werbeerlösen fehle es auch deswegen, weil die Kunden der Beklagten keinerlei Einfluss auf die konkrete Platzierung von Werberaum hätten. Der Beklagten sei überdies die Ausweisung eines Tagesumsatzes aus Werbeerlösen nicht möglich, da sie ihren Kunden Gesamtpreise für eine Kampagne berechne, die nicht nur eine einzelne Werbeleistung betreffen und die zudem häufig rabattiert würden.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig und begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte dem Grunde nach einen Anspruch auf Schadensersatz, weil die Beklagte durch die Veröffentlichung des streitgegenständlichen Videos in geschützte Rechtspositionen des Klägers eingegriffen hat. Für die Berechnung des entstandenen Schadens ist der Kläger darauf angewiesen, Auskunft über die von der Beklagten erzielten Werbeerlöse zu erhalten. Der Auskunftsanspruch ergibt sich aus § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG, soweit Herausgabe des Verletzergewinns als Anspruchsziel geltend gemacht wird. Überdies kann der Auskunftsanspruch auf § 242 BGB gestützt werden, solange der Kläger von seinem Wahlrecht nach § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG noch keinen Gebrauch gemacht hat und jedenfalls auch die Berechnung des Schadens anhand einer entgangenen Lizenzgebühr möglich bleibt (vgl. BGH GRUR 1984, 287, 289 – Herstellerbegriff IV; GRUR 1999, 984, 988 – Laras Tochter).

I. Der Kläger ist zur Verfolgung der geltend gemachten Verletzung einer urhebergesetzlich geschützten Befugnis nach § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG berechtigt. Dabei konnte als zugestanden angenommen werden, dass der Kläger die streitgegenständlichen Aufnahmen selbst angefertigt und die Rechte hieran nicht weiterlizenziert hat. Die von der Beklagten erhobene Rüge,

dass der Kläger seine Rechtsinhaberschaft nicht ausreichend bewiesen, sondern diese lediglich durch Vorlage von eidesstattlichen Versicherungen von Zeugen glaubhaft gemacht hat, die beobachtet haben wollen, wie der Kläger die Aufnahmen anfertigte, genügt den prozessualen Anforderungen an ein ausreichendes Bestreiten nicht. Zwar hat in Verletzungsprozessen der Kläger seine Rechtsinhaberschaft jedenfalls dann darzulegen und zu beweisen, wenn für ihn nicht die Vermutung nach § 10 UrhG spricht. Allerdings hat der Kläger vorliegend substantiiert unter Vorlage von dem Grunde nach nicht angegriffenen eidesstattlichen Versicherungen dargelegt, welche Personen wahrgenommen haben, dass er das streitgegenständliche Video tatsächlich angefertigt hat. Die Beklagte hat weder substantiiert bestritten, dass die vom Kläger benannten Personen an dem Flug teilgenommen haben, noch dass diese auch potentiell die Geschehnisse während des Fluges wahrnehmen konnten. Sie hat lediglich die Rechtsinhaberschaft pauschal mit Nichtwissen bestritten und behauptet, ein Dritter habe ihr Rechte eingeräumt. Das allein genügt aber nicht, um die substanziell vorgetragene, mit eidesstattlichen Versicherungen und Zeugnisangeboten unterlegten Darlegungen des Klägers über seine Rechtsinhaberschaft zu erschüttern. Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei betreffen noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung sind. § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Ausnahmevorschrift, die eng auszulegen ist, weil sie mit der Prozessförderpflicht aus § 138 Abs. 2 ZPO und § 282 ZPO in Konflikt geraten kann (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 138 Rn 49 und Rn 56). Eine unter § 138 Abs. 4 ZPO fallende Konstellation ist daher bereits fraglich, wenn eine Partei – wie hier die Beklagte – die Rechtsinhaberschaft des Klägers letztlich mit dem Argument angreift, sie habe an die Rechtsinhaberschaft ihres eigenen Informationszuträgers geglaubt. Die Frage, inwieweit dieser Zuträger Rechte vermitteln konnte, betrifft nämlich die Möglichkeit eigener Wahrnehmbarkeit. Jedenfalls in Fällen, in denen der in ein Recht Eingreifende auch

materiellrechtlich verpflichtet ist, sich über die von ihm behauptete Rechtekette zu unterrichten, trifft ihn auch eine Informationspflicht, bevor er sich auf Nichtwissen beruft (BGH GRUR 2002, 191, 192 – DIE PROFIS). Die Beklagte hat aber keinerlei Erkundigungen darüber angestellt, inwieweit die von ihr behaupteten Rechte von demjenigen abgeleitet waren, der die Videoaufnahme hergestellt hat. Sie hat auch nicht vorgetragen, dass derjenige, von dem sie Rechte ableitet, selbst die streitgegenständlichen Aufnahmen angefertigt hat. In dem von der Beklagten in Fotokopie vorgelegten Exklusiv-Vertrag (Bl. 40 d.A.) ist der Zeuge M ausdrücklich nicht als Urheber, sondern nur als Nutzungsberechtigter bezeichnet.

II. Das von der Beklagten verwendete Video ist ein nach dem Urheberrechtsgesetz geschützter Gegenstand nach §§ 94, 95 UrhG. Die Frage, ob auch ein Filmwerk vorliegt, kann dahingestellt bleiben, da sich die Klägerin nur auf Laufbildschutz beruft.

III. Die Beklagte hat das Laufbild auf ihrer Website öffentlich zugänglich gemacht und damit in das dem Kläger zustehende Recht nach §§ 94, 95 UrhG eingegriffen. Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen oder Rechtfertigungsgründe, die das Handeln der Beklagten gestatteten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere war das Interesse der Öffentlichkeit, tagesaktuelle Nachrichten mitgeteilt zu erhalten, vorliegend nicht berührt.

IV. 1. Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt, weil sie sich nicht mit gehöriger Sorgfalt danach erkundigt hat, ob die Person, von der sie glaubte, Rechte herzuleiten, selbst im Besitz solcher Verwertungsrechte war. Grundsätzlich werden im Urheberrecht, ebenso wie im Wettbewerbsrecht, an die Beachtung der erforderlichen Sorgfalt strenge Anforderungen gestellt (BGH GRUR 2002, 248, 252 – Spiegel CD-Rom). Der Handelnde muss alle ihm zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um die Rechtmäßigkeit seines Handelns zu überprüfen (Vinck, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 81 Rn 37). Fahrlässig ist daher

bereits das Nichteinholen näherer Informationen über die Rechtekette, die Grundlage einer Lizenzberechtigung des Verletzers sein soll (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 97 Rn 57). Dass die Beklagte solche Nachprüfungen angestellt hat, wird nicht behauptet.

2. Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, mit der im Mediengeschäft üblichen Sorgfalt die Rechtekette überprüft und danach keinen Anlass gefunden zu haben, an der Rechtsinhaberschaft der Person zu zweifeln, von der sie ihre Rechte glaubte erworben zu haben. Ein besonderer für Presse Zwecke abgemilderter Sorgfaltsmaßstab gilt nur, wenn es um die Tatsachenrecherche bei der Nachrichtenberichterstattung geht (BGHZ 68, 331 = NJW 1977, 1288, 1289 – Abgeordnetenbestechung; BGH NJW 1987, 2225, 2226). Die hierdurch vermittelten besonderen Maßstäbe spielen aber nur eine Rolle, wenn und soweit es um pressemäßige Berichterstattung in persönlichkeitsrechtlich sensiblen Bereichen geht. Der Tatbestand einer Persönlichkeitsrechtsverletzung kann dabei nicht allein erfolgsbezogen, d.h. vom Eingriff her als verletzt angesehen werden, sondern nur durch einzelfallbezogene Abwägung zweier gleichrangiger Rechtsgüter ermittelt werden. Aufgrund dieser Besonderheit einer handlungsbezogenen Prüfung kann es daher genügen, wenn die in Persönlichkeitsrechte eingreifende Presse mit presseüblicher Sorgfalt die Grenzen ihrer Handlungsbefugnisse überprüft hat.

Dieser Maßstab gilt aber nicht, wenn es um den Eingriff in ein objektbezogenes, d.h. gegen jeden Eingriff geschütztes Immaterialgüterrecht geht. Bereits der Eingriff indiziert hier die Rechtswidrigkeit. Auch Presse und Medien haben keine erweiterten Handlungs- oder Einschätzungsspielräume, wenn es um die Beurteilung von Eingriffen in Eigentums- oder Immaterialgüterrechte geht. So haftet für eine Urheberrechtsverletzung nicht nur der Verfasser eines Berichts, sondern auch der Verleger oder Herausgeber

(Schricker/Wild, Urheberrechtsgesetz § 97 Rn 52). Bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Güter haben sich alle Beteiligten mit der allgemeinüblichen Sorgfalt über Existenz und Umfang urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse zu informieren (vgl. Schricker/Wild, § 97 Rn 53; Dreier/Schulze, § 97 Rn 57). Dieser Pflicht ist die Beklagte nicht nachgekommen. Sie durfte nicht darauf vertrauen, dass der ihr gegenüber nicht als "Urheber" der Laufbilder auftretende Herr M die Rechte zur öffentlichen Zugänglichmachung selbst wirksam erworben hatte.

V. 1. Dem Kläger ist auch ein Schaden in Form einer Rechtseinbuße entstanden. Steht fest, dass einerseits das ohne Vergütung genutzte Leistungsergebnis einen Vermögenswert hat, der es zur Lizenzierung geeignet erscheinen lässt, und dass andererseits der Inhaber eines Ausschließungsrechts dessen Benutzung nicht ohne Gegenleistung gestattet haben würde, so indiziert dies eine der nicht geleisteten Vergütung entsprechende Vermögenseinbuße auf Seiten des Rechtsinhabers (BGH GRUR 1995, 349, 351; mit Hinweis auf BGH GRUR 1993, 899, 900 f. – Dia-Duplikate und BGHZ 57, 116, 118 – Wandsteckdose II).

2. Der genaue Umfang und die genaue Höhe der Einbuße kann vom Kläger erst durch Auskunft über die von der Beklagten durch Werbebuchungen erzielten Werbeerträge ermittelt werden. Zu Unrecht hat das Landgericht argumentiert, die Kausalität zwischen Rechtsverletzung und Gewinnerzielung fehle, weil die Werbeerlöse jedenfalls keinen Gewinn aus der Nutzung der klägerischen Verwertungsrechte darstellten, da die Werbebuchungen bereits vor der konkreten Werknutzung gebucht waren.

a) Richtig ist, dass In Rechtsprechung und Literatur im Ansatz einhellig darauf hingewiesen wird, dass die Herausgabe des Verletzergewinns im Falle von Verletzungen urhebergesetzlich geschützter Befugnisse nur insoweit verlangt werden kann, als der Gewinn kausal auf der unbefugten Benutzung des geschützten Gutes beruht (vgl. BGH GRUR 1987, 37, 39 f. –

Videolizenzvertrag; GRUR 2002, 532, 525 – Unikatrahmen; Dreier/Schulze § 97 Rn 67; Lütje, in: Möhring/Nicolini, § 97 Rdnr. 174; Schricker/Wild, Urheberrechtsgesetz, § 97 Rn 67; v. Wolff in Wandtke/Bullinger, Urheberrechtsgesetz, § 97 Rn 64; Vinck, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 81 Rn 47). Verneint wird die Kausalität, wenn ein Gewinn auch auf anderen Umständen als der Verletzungshandlung beruht (BGH GRUR 1961, 354, 355 – Vitasulfat; Lütje, in Möhring/Nicolini, UrhG, § 97 Rn 174; Vinck, in Loewenheim, Handbuch, § 81 Rn 47). Ebenso soll es an der Kausalität fehlen, wenn die Gewinnerzielung nur zum Teil auf der Nutzung geschützter, zum Teil aber auch auf der Nutzung abhängiger Werke (BGH GRUR 1959, 379, 380 – Gasparone) oder von einem Dritten gehaltener Nutzungsbefugnisse beruht (BGH GRUR 1987, 37, 39 – Videolizenzvertrag). Die genannten Konstellationen haben allerdings sämtlich den Regelfall zum Ausgangspunkt, dass ein Gewinn auf einer direkten, also typischerweise entgeltlichen Nutzung des betroffenen Schutzgutes selbst beruht. Daran fehlt es vorliegend.

b) Es fehlt hieran geradezu typischerweise in Fällen, in denen ein Erlösmodell nicht auf einer Direktvermarktung von Inhalten beruht (wie z.B. beim Pay-TV), sondern darauf, dass die Inhalte auch dem Zweck dienen, Aufmerksamkeit für eine Plattform zu erzeugen und diese Aufmerksamkeit auf kommerzielle Werbung umzulenken. In solchen Fällen, in denen die Inhalte Mittel sind, um eine indirekte Finanzierungsquelle zu erschließen, versagt die im Falle einer Direktnutzung des Werkes übliche Kausalitätsbetrachtung. Käme es auf eine solche Kausalität an, wäre der Fall der Urheberrechtsverletzung im frei empfangbaren Fernsehen oder im frei zugänglichen Teil des Internet für Zwecke der Gewinnherausgabe nicht erfassbar. Daher wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass auch mittelbar aufgrund einer unberechtigten Nutzung von Inhalten erzielte Gewinne zu berücksichtigen sind, soweit diese Gewinne gerade auf die Werbewirkung der rechtswidrigen Nutzung zurückzuführen sind (Lütje in Möhring/Nicolini, § 97

Rn 174 mit Hinweis auf BGH GRUR 1962, 509, 512 – Dia-Rähmchen II; ebenso Schricker/Wild § 97 Rn 67). Dementsprechend kann es bei mittelbarer Medienfinanzierung auch nicht darauf ankommen, wie hoch die Zahlungsbereitschaft der Werbeinteressierten für das tatsächlich benutzte Gut war. Es genügt die Ermittlung der Zahlungsbereitschaft für vergleichbare Inhalte, die aufgrund der vom Kläger erwähnten allgemeinen werkvertraglichen Verpflichtung der Beklagten zur Bereitstellung aktueller Laufbildinhalte vorhanden war.

c) Für diese Deutung spricht auch der Charakter des Gewinnherausgabeanspruchs. In Rechtsprechung und Literatur ist weitgehend unbestritten, dass § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG keinen Fall der konkreten Schadensberechnung betrifft (vgl. Dreier, Kompensation und Prävention, Tübingen 2002, S. 274). Überwiegend wird die Norm stattdessen als Ausdruck einer speziell für Immaterialgüterrechtsverletzungen aufgrund Gewohnheitsrechts anerkannten Methode der erleichterten Schadensberechnung gedeutet (BGH GRUR 1995, 349- 351 – Objektive Schadensberechnung; BGHZ 44, 372, 374 – Messmer-Tee II; BGHZ 20, 345, 353 – Paul Dahlke; ebenso die Deutung im Bürgerlichen Recht: Staudinger/Wittmann, vor §§ 677 Rn 15). Die Gerichte haben hieraus eine Vermutung dergestalt entwickelt, dass "im Regelfall" vom Verletzergewinn auf den Schaden beim Verletzten geschlossen werden könne, denn "nach der Lebenserfahrung (könne) normalerweise davon ausgegangen werden, ... dass dem Verletzten entsprechende eigene Geschäfte (und daraus resultierende Gewinnmöglichkeiten) entgangen sind" (BGH GRUR 1995, 349, 351). Diese Überlegungen zeigen, dass es auf den Zeitpunkt der Werbebuchungen gerade nicht ankommt, sondern die Beklagte sich vielmehr an der tatsächlichen Nutzung des geschützten Gegenstandes festhalten lassen muss.

Dem entspricht auch der Zweck der durch die Möglichkeit zur dreifachen Schadensberechnung geschaffenen Erleichterung. Die gewohnheitsrechtliche Ergänzung der allgemeinen Bestimmungen des Schadensersatzrechts entspricht einem praktischen

Bedürfnis. Es basiert auf der besonders leichten Verletzlichkeit von Immaterialgüterrechten und den typischerweise vorhandenen Nachweisschwierigkeiten auf Seiten des Verletzten (BGHZ 68, 90, 94 – Kunststoffhohlprofil). Es entspricht ferner der Billigkeitserwägung, dass niemand durch den unerlaubten Eingriff in solche Rechte besser gestellt werden soll, als er im Fall einer ordnungsgemäß nachgesuchten und erteilten Erlaubnis durch den Rechtsinhaber gestanden hätte (BGHZ 57, 116, 119 – Wandsteckdose II).

Die vorgenannte Betrachtung trägt auch der sog. Durchsetzungs- oder EG-Enforcement-Richtlinie Rechnung (Richtlinie 2004/48/EG v. 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum, EG-ABl. L 157 v. 30.4.2004, S. 45), die bis zum 29.4.2006 umzusetzen war. Sie ist (verspätet) am 11.4.2008 in das deutsche Recht umgesetzt worden. Nach Art. 13 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a) dieser Richtlinie sollen bei der Festsetzung des Schadensersatzes "alle in Frage kommenden Aspekte, wie die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen, einschließlich der Gewinneinbußen für die geschädigte Partei und der zu Unrecht erzielten Gewinne des Verletzers" berücksichtigt werden. Die Richtlinienfassung, die dem Grundsatz nach nicht von dem bisherigen Verständnis des § 97 Abs. 1 UrhG abweicht (von Wolff in: Wandtke/ Bullinger, § 97 Rn 58) und nunmehr dort kodifiziert ist, zeigt, dass der Schadensberechnung Elemente der Schätzung anhaften, welche nicht nur die tatsächlichen, sondern auch die potentiellen Vermarktungsmöglichkeiten durch den Einsatz von Immaterialgüterrechten berücksichtigen.

d) Deswegen greift die Argumentation des Landgerichts zu kurz. Der Kläger wird seinen Schadensersatz erst beziffern können, wenn er den kommerziellen Wert der Nutzung des streitgegenständlichen Videos anhand der erzielten Werbeerlöse für dieses oder auch für vergleichbare Koppelungsprodukte ermessen kann. Dies gilt im Übrigen nicht nur für die Bezifferung eines Anspruchs auf Herausgabe des Verletzergewinns, sondern auch für die Berechnung einer

angemessenen Lizenzgebühr, die der Kläger hätte verlangen können, wenn die Beklagte vorher um Erlaubnis nachgesucht hätte. Dabei ist die Beklagte mit dem Einwand, dass sie das Recht im Falle eines solchen Lizenzverlangens nicht genutzt hätte, ausgeschlossen (BGH GRUR 1990, 1008, 1009 – Lizenzanalogie). Auch wenn der Kläger anstelle des Gewinns eine angemessene Lizenzgebühr verlangt, kommt es auf den Wert des verletzten Rechts sowie den Umfang der Verletzungshandlung an (Vinck in Loewenheim, Handbuch, § 81 Rn 45). Insbesondere der Wert des verletzten Rechts wird nämlich entscheidend durch Ausmaß und Ertrag aus der möglichen Werbenutzung bestimmt.

VI. Der Kläger kann verlangen, dass die Auskunft an ihn selbst erteilt wird. Er muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass die Auskunft lediglich an einen Wirtschaftsprüfer zu erfolgen hat, wie es die Beklagte hilfsweise beantragt. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass der Kläger kein Wettbewerber der Beklagten ist. Für diejenigen Umstände, welche die Einschränkung des Verlangens rechtfertigen, trägt die Auskunftspflichtige die Darlegungs- und Beweislast (BGH GRUR 1981, 535 – Wirtschaftsprüfervorbehalt). Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass Konkurrentenbeziehungen durch die begehrte Auskunft gefährdet sind. Sie hat lediglich allgemein den Verdacht geäußert, der Kläger könne die Werbeumsatzdaten an Dritte weiterleiten. Einen konkreten Anlass für diesen Verdacht hat sie nicht genannt. Er ist auch nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund kommt eine Einschränkung des Auskunftsanspruchs nicht in Betracht. Der sog. Wirtschaftsprüfervorbehalt trägt dem Umstand Rechnung, dass ein Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch nicht in Betracht kommt, wenn aufgrund der Auskunft geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse preisgegeben würden. Umsatzdaten sind allerdings nicht generell als geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen. Soweit ein Auskunftsbegehren durch die Rechtsprechung bislang durch einen Wirtschaftsprüfervorbehalt beschränkt wurde, geschah dies stets vor dem Hintergrund, dass es dem Auskunftspflichtigen

nicht zumutbar ist, Wettbewerbern Auskünfte über den Kundenstamm zu erteilen (BGH GRUR 1980, 227, 232 – Monumenta Germaniae Historica; von Wolff in Wandtke/Bullinger, § 97 Rn 46) oder vertrauliche Auskünfte über die eigenen Kunden preiszugeben (OLG Frankfurt/M. Ufita 93/1982, S. 197: Auskünfte von einem Verein, der Pornofilme vermietet). Auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die Einschränkung des Auskunftsanspruchs nur mit Rücksicht auf die Wettbewerbslage (Schricker/Wild, § 97 Rn 83) und gegenüber einem Konkurrenten erfolgen dürfe (Lütje in Möhring/Nicolini, § 97 Rn 237). Ansonsten wird betont, dass an die Einschränkung des Auskunftsverlangens hohe Anforderungen gestellt werden müssen (Schricker/Wild, § 97 Rn 83 mit Hinweis auf OLG Frankfurt/M. ZUM 1989, 355, 357 – Hängender Panther: kein Vorbehalt, wenn ein Einbruch in die Lieferbeziehungen des Auskunftspflichtigen nicht zu befürchten ist).

VII. Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 Abs. 1, 709 ZPO. Da die Sache grundsätzliche Bedeutung hat, war die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).