

**BGH, Urt. v. 19.4.2012 – I ZB 80/11 – Alles kann besser werden: Gewerbliches Ausmaß für Filesharing-Auskunftsanspruch nicht erforderlich**

- Volltext mit Leitsätzen unter <http://openjur.de/u/438903.html> -

**Anmerkung**

- S. 668 -

I. Hintergrund

Am 1.9.2008 trat das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums<sup>1</sup> in Kraft, das der Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG<sup>2</sup> („**Durchsetzungs-RL**“) diene. Als Teil dieses Gesetzes wurde (in Umsetzung von Art. 8 Abs. 1 Durchsetzungs-RL) in Abs. 1 des neu geschaffenen § 101 UrhG ein urheberrechtlicher Auskunftsanspruch gegen den Verletzer normiert.<sup>3</sup> Darüber hinaus sieht Abs. 2 in Fällen „offensichtlicher Rechtsverletzung“ einen – für das deutsche Recht insgesamt neuen – Auskunftsanspruch gegen einen nicht rechtsverletzenden Dritten vor. Dieser richtet sich u.a. gegen eine „Person, die in gewerblichem Ausmaß für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbrachte“. Damit trifft der Auskunftsanspruch insbesondere Access Provider, die (rechtsverletzenden) Kunden in gewerblichem Ausmaß Zugang zum Internet gewähren.

Die Einzelheiten dieses Auskunftsanspruchs gegen Dritte waren bereits im Gesetzgebungsverfahren hoch umstritten.<sup>4</sup> Wichtigster Diskussionspunkt – speziell auch in Bezug auf Filesharing-Fälle - war dabei die Bestimmung des Begriffs „gewerbliches Ausmaß (der Rechtsverletzung)“ (bzw. der vorherigen Formulierung „im geschäftlichen Verkehr“, die im Laufe des Verfahrens an den Wortlaut der Durchsetzungs-RL angepasst wurde). Im Gesetzgebungsverfahren wurde allgemein davon ausgegangen, dass Tatbestandsvoraussetzung für den Auskunftsanspruch nach § 101 Abs. 2 UrhG eine „offensichtliche Rechtsverletzung (in gewerblichem Ausmaß)“ ist, die in § 101 Abs. 1 UrhG normierte Tatbestandsvoraussetzung also auch auf § 101 Abs. 2 UrhG Anwendung findet. Dabei ist zu beachten, dass die Diskussion durchgängig anhand des Abs. 2 der Regelung geführt wurde. Die am Gesetzgebungsprozess Beteiligten machten hier verschiedene Vorschläge bzw. brachten Kritik und Anregungen ein. Wesentliches (Kompromiss-)Ergebnis war die Konkretisierung des Begriffs durch Einführung von Beispielen in § 101 Abs. 1 S. 2 UrhG.

Nach Inkrafttreten des Gesetzes entwickelte sich zu § 101 Abs. 2 UrhG eine rege Rechtsprechung,<sup>5</sup> nicht zuletzt, da die einzelnen Merkmale des § 101 UrhG ausfüllungsbedürftig waren. Wesentlicher Streitpunkt in der Rechtsprechung zu § 101 Abs. 2 UrhG war – wie schon im Gesetzgebungsverfahren –, wie das Tatbestandsmerkmal des gewerblichen Ausmaßes (der Rechtsverletzung) im Rahmen der Drittauskunft im Einzelnen zu verstehen ist. Die Rechtsprechung entwickelte insbesondere anhand von Filesharing-Fällen, bei denen es darum geht,

---

<sup>1</sup> Entwurf und Begründung BT-Drs. 16/5048.

<sup>2</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. Nr. L 157 vom 30.4.2004, S. 45.

<sup>3</sup> § 101 Abs. 1 UrhG: „Wer in gewerblichem Ausmaß das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, ... kann ... in Anspruch genommen werden.“

<sup>4</sup> Ausführliche Darstellung zu den Positionen bei Garcia, <http://blog.delegibus.com/2373>; im Einzelnen BT-Drs. 16/5048, BT-Drs. 16/8783, BR-Drs. 279/1/08.

<sup>5</sup> Dazu Mantz, K&R 2009, 21; Klein, JurPC Web-Dok. 131/2011; Hoffmann, MMR 2009, 655.

dass urheberrechtlich geschützte Werke einer unbestimmten Öffentlichkeit über eine Online-Tauschbörse angeboten werden, fein definierte Leitlinien, wann eine solche Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß vorliegt.<sup>6</sup> 2011 und 2012 entwickelten sich zwei Hauptströme: Während das OLG Köln relativ hohe Anforderungen stellte,<sup>7</sup> nahm das OLG München an, dass bei Filesharing-Fällen stets ein gewerbliches Ausmaß vorliege.<sup>8</sup> Aufgrund dieser divergierenden Rechtsprechung ließ das OLG Köln im vorliegenden Fall die Rechtsbeschwerde nach §§ 70 ff. FamFG zu.

## II. Entscheidung des BGH

Mit seiner Entscheidung stellt nun der BGH die bisherige Rechtsprechung auf den Kopf. Tatbestandsvoraussetzung des § 101 Abs. 2 UrhG sei allein eine „offensichtliche Rechtsverletzung“. Es sei gerade nicht Voraussetzung, dass diese Rechtsverletzung auch in gewerblichem Ausmaß erfolgt sei. Damit wendet sich der BGH gegen alle mit der Frage befassten Oberlandesgerichte.<sup>9</sup>

### 1. Die Entscheidungsfindung des BGH

Der BGH geht in seiner Analyse fast schulmäßig vor: Er nimmt zunächst eine Auslegung nach Wortlaut,<sup>10</sup> Systematik<sup>11</sup> und Sinn und Zweck<sup>12</sup> vor. Dann überprüft er, ob das bisher gefundene Ergebnis mit Art. 8 Abs. 1 der Durchsetzungs-RL vereinbar ist.<sup>13</sup> Zu guter letzt stellt der BGH fest, dass die historische Auslegung zu keinem anderen Ergebnis führen kann.

Anschließend subsumiert der BGH den ihm vorgelegten Fall unter sein Verständnis des § 101 UrhG und kommt zu dem Ergebnis, dass der Auskunftsanspruch der Antragstellerin besteht.

- S. 669 -

### 2. Bewertung

Die vom BGH ermittelte Auslegung ist nachvollziehbar und vertretbar. Auch wenn die Vorgehensweise des BGH scheinbar schulbuchmäßig ist, ist das gefundene Ergebnis aber keinesfalls zwingend.

Der BGH hat – streng im Urteilsstil – sein Ergebnis der Diskussion vorangestellt und anschließend die jeweiligen Auslegungsgesichtspunkte abgearbeitet. Dabei hat der BGH hauptsächlich überprüft, ob die jeweilige Auslegung gegen das vorangestellte Ergebnis spricht. Es fällt vor allem auf, dass der BGH mit identischer Vorgehensweise und praktisch identischer Argumentation ohne weiteres auch die Auffassung der bisherigen h.M. hätte rechtfertigen können.

---

<sup>6</sup> (Jeweils aktualisierte) Übersicht zu Rechtsprechung und Literatur zu § 101 UrhG unter <http://www.offenenetze.de/uebersicht101>.

<sup>7</sup> Bei Verbreitung nur eines einzelnen Werks gewerbliches Ausmaß nur innerhalb der relevanten Verwertungsphase (üblicherweise sechs Monate), OLG Köln, 23.1.2012 – 6 W 13/12, MMR 2012, 482; OLG Köln, 10.04.2012 – 6 W 5/12 m.w.N.

<sup>8</sup> OLG München, 26.7.2011 – 29 W 1268/11, MMR 2011, 758.

<sup>9</sup> Nachweise unter Rn. 10 des Urteils.

<sup>10</sup> Rn. 11 ff.

<sup>11</sup> Rn. 14 ff.

<sup>12</sup> Rn. 17 ff.

<sup>13</sup> Rn. 24 ff.

## a. Wortlaut und Systematik

Zutreffend hat der BGH festgestellt, dass bei isolierter Betrachtung des Wortlauts des § 101 Abs. 2 UrhG ein gewerbliches Ausmaß nur für die „genutzte Dienstleistung“ verlangt wird. Auf diesen Mangel hatte der Bundesrat bereits im Gesetzgebungsverfahren hingewiesen.<sup>14</sup> Allerdings wäre es – vor dem Hintergrund der historischen Auslegung und in Übereinstimmung mit der Instanzrechtsprechung – auch möglich gewesen, die Voraussetzungen des Abs. 1 (gewerbliches Ausmaß der Rechtsverletzung) in Abs. 2 hineinzulesen, dieses Tatbestandsmerkmal also als „vor die Klammer gezogen“ anzusehen.<sup>15</sup> Hierfür spricht im Übrigen ein (historisch-)systematisches Argument: Brennpunkt der gesetzgeberischen Diskussion war der Auskunftsanspruch gegen Dritte in § 101 Abs. 2 UrhG. Als Ergebnis dieser Diskussion (zu Abs. 2) wurde eine Konkretisierung des gewerblichen Ausmaßes in § 101 Abs. 1 (!) Satz 2 UrhG vorgenommen. Die Definition eines Begriffs in Abs. 1 für die Auslegung des Abs. 2 ist ein Indiz für ein solches „Vor-die-Klammer-Ziehen“. Dies deutet auch darauf hin, dass im Gesetzgebungsverfahren Ziel und Inhalt der Auskunftsansprüche in Abs. 1 und Abs. 2 nicht unterschiedlich bewertet worden sind.<sup>16</sup>

## b. Sinn und Zweck, Gesetzesmaterialien

Als Ziel der Regelung des § 101 Abs. 2 UrhG ermittelt der BGH – ebenfalls zutreffend – die Verbesserung der Rechtsdurchsetzung und konkretisiert dies anschließend weiter. Dabei hätte der BGH aber aufzeigen können, dass die Regelung in § 101 Abs. 2 UrhG bereits eine ganz erhebliche Verbesserung gegenüber der vorher geltenden Rechtslage darstellt. Denn ein solcher Drittauskunftsanspruch bestand mit der h.M. nach altem Recht nicht.<sup>17</sup> Mit anderen Worten: Auch die von der nun revidierten Instanzrechtsprechung getroffene Auslegung erfüllt den Sinn und Zweck der Verbesserung der Rechtsdurchsetzung. Kernpunkt der Frage ist dementsprechend nicht die Ermittlung von Sinn und Zweck, sondern vielmehr die Art und Weise der Verwirklichung dieses Zwecks. Hier legt der BGH im Sinne einer Maximalposition aus und hält fest, dass Rechteinhaber ansonsten bestimmte Rechtsverletzungen nicht verfolgen könnten. Ein darüber hinausgehendes Argument für diese weite Auslegung zeigt der BGH nicht auf. Dies wäre aber wünschenswert gewesen. Denn dass hier keine maximale Rechtsdurchsetzung gewollt war, belegt letztlich auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Abs. 4.

In diesem Zusammenhang hätte der BGH zur Ermittlung von Sinn und Zweck der Regelung auch die Gesetzgebungsgeschichte und die Intentionen des Gesetzgebers einbeziehen können, anstatt den Materialien rundheraus die Relevanz abzusprechen. Denn insbesondere wenn Zweifel über die Auslegung und den Sinn und Zweck einer Norm bestehen, kann die historische Interpretation helfen, diese Zweifelsfragen zu beseitigen.<sup>18</sup> Solche Zweifel bestanden hier. Anderenfalls hätte OLG Köln überhaupt die Rechtsbeschwerde nach §§ 70 ff. FamFG nicht zugelassen. Darüber hinaus ist ein Zweifel über die Auslegung offensichtlich, wenn der BGH die über einen Zeitraum von über drei Jahren gebildete Auffassung praktisch sämtlicher Oberlandesgerichte revidiert.

## c. Durchsetzungs-RL

---

<sup>14</sup> BT-Drs. 16/5048, S. 53.

<sup>15</sup> Garcia, (Fn. 4).

<sup>16</sup> Vgl. Rn. 21: „Vielmehr hat der Auskunftsanspruch aus § 101 Abs. 2 Satz 1 auch ein anderes Ziel und einen anderen Inhalt als der Auskunftsanspruch aus § 101 Abs. 1 Satz 1 UrhG.“

<sup>17</sup> Zum Streit um § 101a UrhG a.F. OLG München MMR 2006, 739; OLG Hamburg MMR 2005, 453; Kitz, MMR 2005, 133; Klett, K&R 2005, 222; Spindler/Dorschel, CR 2005, 38.

<sup>18</sup> Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 4 Rn. 42; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 6. Aufl. 2011, Rn. 792; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 328; Coing/Honsell, in: Staudinger, BGB, 2004, Einleitung Rn. 149.

Wenig hilfreich ist in diesem Zusammenhang die Bezugnahme des BGH auf die europarechtlichen Grundlagen. Ohnehin stellt der BGH allein fest, dass die Durchsetzungs-RL dem von ihm gefundenen Ergebnis nicht entgegen steht. Entscheidend wäre – vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen – aber gewesen, ob die Auslegung den bestehenden Zweifel in die eine oder andere Richtung beseitigen kann. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Denn der EuGH hat mehrfach zu erkennen gegeben, dass Art. 8 Abs. 1 der Durchsetzungs-RL den Gesetzgeber weder zwingt noch hindert, einen Auskunftsanspruch gegen Dritte vorzusehen.<sup>19</sup> Dem hat sich das BVerfG angeschlossen.<sup>20</sup> Art. 8 Abs. 1 der Durchsetzungs-RL stützt daher weder die eine noch die andere Auslegung.

### III. Praxisfolgen

Die Entscheidung des BGH kann – zumindest vorerst – erhebliche Auswirkungen haben. Denn die tatbestandliche Ausweitung der Anwendbarkeit des § 101 Abs. 2 UrhG führt dazu, dass es erheblich einfacher für die Rechteinhaber ist, Auskunft zu erlangen. Dementsprechend ist zu erwarten, dass Rechteinhaber künftig auch für ältere Werke Auskunftsansprüche geltend machen werden, was zu einer weiteren Belastung der Gerichte führen wird.

Weiter dürfte die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Abs. 4 mehr Relevanz erlangen. Danach ist die Auskunft ausgeschlossen, wenn „die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist.“ Jedenfalls bei einzelnen älteren Werken, für die z.B. das LG Hamburg einen Schadensersatzanspruch i.H.v. lediglich 15,- EUR als angemessen ansieht,<sup>21</sup> kann die Verhältnismäßigkeit in Frage gestellt werden.

Abzuwarten bleibt, ob der Gesetzgeber den Beschluss des BGH zum Anlass nehmen wird, den Anwendungsbereich

- S. 670 -

von § 101 Abs. 2 UrhG wieder einzuschränken. Bereits in Vorbereitung ist ein Gesetz zur Einschränkung von Abmahnungen.<sup>22</sup> Grund hierfür ist auch, dass der eigentlich zu diesem Zweck eingeführte § 97a Abs. 2 UrhG den Erwartungen (bedingt durch die sehr restriktive Auslegung) nicht gerecht geworden ist.<sup>23</sup> Im Zuge dieses Gesetzes zur Einschränkung von Abmahnungen könnte der Gesetzgeber nunmehr durch wenige Worte klarstellen, dass das gewerbliche Ausmaß der Rechtsverletzung auch für § 101 Abs. 2 UrhG erforderlich ist.

Dr. jur. Dipl.-Inf. Reto Mantz, Richter, Landgericht Frankfurt am Main

Twitter: @offenenetze; Webseite: [www.retosphere.de/offenenetze](http://www.retosphere.de/offenenetze)

---

<sup>19</sup> EuGH, 29.1.2008 - C-275/06, GRUR 2008, 241, 243, Rn. 61-70 – Promusicae; EuGH, 19.2.2009 – C 557/07, GRUR 2009, 579 Rn. 29; EuGH, 19.4.2012 - C-461/10, GRUR 2012, 703 Rn. 55 - Bonnier Audio.

<sup>20</sup> BVerfG ZUM-RD 2011, 395 Rn. 8.

<sup>21</sup> LG Hamburg, 8.10.2010 - 308 O 710/09, MMR 2011, 53 m. Anm. Solmecke/Rüther.

<sup>22</sup> Süddeutsche Zeitung, 3.11.2011, Justizministerin sagt Abmahn-Industrie den Kampf an, <http://goo.gl/HRoSd>.

<sup>23</sup> Dazu Kefferpütz, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 3. Aufl. 2009, § 97a Rn. 34 ff.; Faustmann/Ramsperger, MMR 2010, 662; Möller, NJW 2010, 2999.