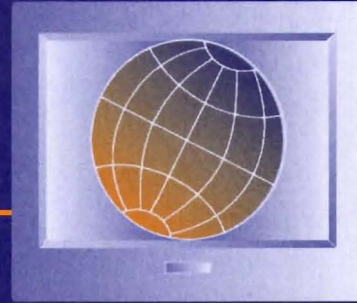


Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

1
K&R

Editorial: Bewegung im Datenschutz – aber wohin?
Prof. Dr. Jürgen Taeger

1 Grundgesetz 2.0: Staat und IT in guter Verfassung?
Prof. Dr. Dirk Heckmann

7 Der „blue button“ für den Internetshop
Prof. Dr. Stefan Leible und Michael Müller

14 Mitarbeiterüberwachung: Kontrolle durch Ortung
von Arbeitnehmern
Dr. Sebastian Meyer

21 Die Rechtsprechung zum neuen Auskunftsanspruch
nach § 101 UrhG
Dr. Reto Mantz

23 Das Schutzrecht sui generis an Datenbanken
Dr. Volker Herrmann und Sebastian Dehßelles

26 Der „Drei-Stufen-Test“:
Die Zukunft der öffentlich-rechtlichen Onlineangebote
Dr. Butz Peters

40 BGH: Zur Kostentragungspflicht von Hinsendekosten
bei Widerruf
mit Kommentar von *Dr. Felix Buchmann*

Beihefter 1/09

Einspeisung öffentlich-rechtlicher Rundfunkprogramme
in die Kabelnetze · *Prof. Dr. Hubertus Gersdorf*

Beilage

Jahresregister 2008

12. Jahrgang

Januar 2009

Seiten 1–72

Verlag Recht und Wirtschaft · Frankfurt am Main

Dr. Reto Mantz, Frankfurt a.M.*

Die Rechtsprechung zum neuen Auskunftsanspruch nach § 101 UrhG

Rund um den Anspruch auf Auskunft über die Identität eines Nutzers gegen den Access-Provider, den § 101 UrhG seit dem 1. 9. 2008 vorsieht, ist in den letzten Monaten ein wahres Feuerwerk entfacht worden. Mit Einführung des neuen Auskunftsanspruchs in § 101 UrhG zum 1. 9. 2008 haben die von den Rechtsinhabern beauftragten Kanzleien sofort bei verschiedenen Gerichten Anträge eingereicht. Die Staatsanwaltschaften, die vorher zehntausende Anträge zu bearbeiten hatten, waren zuletzt mehrfach dazu übergegangen, die Ermittlung der Identität des Nutzers abzulehnen.¹ Das AG Offenburg hatte als erstes Gericht die Identitätsermittlung in Bagatellfällen als unverhältnismäßig angesehen,² weitere Gerichte sind dem gefolgt.³ Das LG Offenburg hat dieses Urteil allerdings aufgehoben.⁴ Den Anträgen nach § 101 UrhG stattgegeben haben nunmehr das OLG Köln, LG Köln, LG Oldenburg, LG Düsseldorf, LG Nürnberg-Fürth und LG Frankfurt.⁵ Zurückgewiesen haben die Anträge OLG Zweibrücken, OLG Oldenburg und LG Frankenthal.⁶ Während die Urteile der Landgerichte noch – wohl ob des einstweiligen Verfahrens – nicht so sehr in die Tiefe gingen, haben sich OLG Köln⁷, OLG Zweibrücken⁸ und OLG Oldenburg⁹ intensiver mit der Materie befasst.

I. Gewerbliches Ausmaß der Nutzungshandlung?

Besonderes Augenmerk ist in diesem Zusammenhang auf die Frage zu richten, wann der Nutzer, der etwas über ein Filesharing-Netzwerk herunterlädt, in gewerblichem Ausmaß nach § 101 Abs. 2 UrhG handelt. Der Begriff war schon im Gesetzgebungsverfahren umstritten. Teilweise wurde bereits beim Angebot eines kompletten Musikalbums oder eines Films das gewerbliche Ausmaß als erfüllt angesehen. In diese Richtung geht nunmehr auch der größere Teil der Gerichtsentscheidungen.¹⁰ Wenn ein Musikalbum kurz nach der Veröffentlichung in Tauschbörsen auftaucht, soll dies ausreichen. Der Nutzer könne und wolle nicht mehr kontrollieren, wer das Album herunterlade und in welchem Umfang von seinem Angebot Gebrauch gemacht werde.¹¹

Die Mehrheit der Oberlandesgerichte schlägt mittlerweile einen anderen Weg ein – wenn auch denkbar knapp mit 2:1. Das OLG Oldenburg geht von einer einschränkenden Auslegung des Begriffs vor dem Hintergrund des Wortlauts, des Schutzes von Verkehrsdaten nach Art. 10 GG sowie der konsequenten Anwendung der gesetzlich geforderten Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 101 Abs. 4 UrhG aus.¹² Das OLG Zweibrücken¹³ wiederum stellt auf eine europarechtliche Auslegung des Begriffs „gewerbliches Ausmaß“ ab, da der deutsche Gesetzgeber die Formulierung aus der Enforcement-Richtlinie 2004/48/EG übernommen hat. Ein gewerbliches Ausmaß zeichne sich dadurch aus, dass sie zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen wird. Deshalb müsse auch bei der Verbreitung über Tauschbörsen ein Ausmaß erreicht werden, das über das hinausgeht, was einer Nutzung zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch entsprechen würde. Das OLG Zweibrücken will vermutlich insbesondere

eine Kriminalisierung von großen Bevölkerungsteilen, speziell gutgläubigen Nutzern verhindern. Das LG Frankenthal sieht – in Übereinstimmung mit den Richtlinien der Staatsanwaltschaft Nordrhein-Westfalen¹⁴ – ein gewerbliches Ausmaß erst im Angebot von mindestens 3000 Musikstücken oder 200 Filmen.¹⁵

Fehl geht in dieser Hinsicht die Auffassung des LG Oldenburg,¹⁶ dass bereits die Nutzung einer Tauschbörse das gewerbliche Ausmaß indiziere. Denn Tauschbörsen werden in großem Umfang dazu verwendet, völlig legal Daten bereitzuhalten und zu übertragen, z. B. Linux-Distributionen, die Office-Suite OpenOffice.org etc.¹⁷ Auch große Unternehmen gehen vermehrt dazu über, Updates über Tauschbörsen zu verteilen.

Nach § 101 Abs. 1 S. 2 UrhG kann sich das gewerbliche Ausmaß sowohl aus der Anzahl der Rechtsverletzungen als auch aus der Schwere der Rechtsverletzung ergeben. Jedenfalls bei der Verbreitung von kleinen Mengen, wie bei der Großzahl der angeführten Entscheidungen, dürfte ein „gewerbliches“ Ausmaß kaum erreicht sein.¹⁸ Es fällt jedenfalls schwer, sich einen Musikladen mit nur einem Produkt vorzustellen. Bereits der Wortlaut der Regelung zeugt davon, dass das Angebot über den Bereich des Privaten hinausgehen muss.¹⁹ Mit der Argumentation des OLG Köln²⁰ aber dürfte jedes Angebot eines beliebigen

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

- 1 Richtlinien der Staatsanwaltschaft Nordrhein-Westfalen, s. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/113898> (Stand: 4. 12. 2008).
- 2 AG Offenburg, K&R 2007, 538 m. Anm. Sankol = MMR 2007, 809 m. zust. Anm. Heidrich.
- 3 LG Frankenthal, K&R 2008, 467 m. Anm. Sankol; LG Saarbrücken, MMR 2008, 562; LG München I, MMR 2008, 561.
- 4 LG Offenburg, MMR 2008, 480 m. Anm. Sankol.
- 5 OLG Köln, Beschl. v. 21. 10. 2008 – 6 Wx 2/08, K&R 2008, 75 ff.; LG Köln, Beschl. v. 2. 9. 2008 – 28 AR 4/08, MIR 2008, Dok. 290; LG Düsseldorf, Beschl. v. 12. 9. 2008 – 12 O 425/08; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 22. 9. 2008 – 3 O 8013/08; LG Frankfurt, Beschl. v. 18. 9. 2008 – 2-06 O 534/08, MIR 2008, Dok. 298; LG Oldenburg, Beschl. v. 15. 9. 2008 – 5 O 2412/08, MIR 2008, Dok. 299.
- 6 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 27. 10. 2008 – 3 W 184/08, MIR 2008, Dok. 328; OLG Oldenburg, Beschl. v. 1. 12. 2008 – 1 W 76/08, K&R 2009, 51 f. (in diesem Heft); LG Frankenthal, Beschl. v. 15. 9. 2008 – 6 O 325/08, MIR 2008, Dok. 289.
- 7 OLG Köln, Beschl. v. 21. 10. 2008 – 6 Wx 2/08, K&R 2008, 751 ff.
- 8 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 27. 10. 2008 – 3 W 184/08.
- 9 OLG Oldenburg, Beschl. v. 1. 12. 2008 – 1 W 76/08, K&R 2009, 51 f. (in diesem Heft).
- 10 S.o. Fn. 7.
- 11 OLG Köln, Beschl. v. 21. 10. 2008 – 6 Wx 2/08, K&R 2008, 751 ff.
- 12 OLG Oldenburg, Beschl. v. 1. 12. 2008 – 1 W 76/08, K&R 2009, 51 f. (in diesem Heft).
- 13 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 27. 10. 2008 – 3 W 184/08, MIR 2008, Dok. 328.
- 14 S.o. Fn. 1.
- 15 LG Frankenthal, Beschl. v. 15. 9. 2008 – 6 O 325/08, MIR 2008, Dok. 289.
- 16 LG Oldenburg, Beschl. v. 15. 9. 2008 – 5 O 2412/08, MIR 2008, Dok. 299; aufgehoben durch OLG Oldenburg, Beschl. v. 1. 12. 2008 – 1 W 76/08, K&R 2009, 51 f. (in diesem Heft).
- 17 Mantz, Rechtsfragen offener Netze, 2008, S. 251; Grosskopf, CR 2007, 122; Sieber, in: Hoeren/Sieber, Kap. 1 Rn. 141; Raabe/Dinger/Hartenstein, K&R 2007, Beilage 1, S. 11; sowie heise-online-Meldungen <http://www.heise.de/newsticker/meldung/64352>, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/69485> (Stand: 4. 12. 2008).
- 18 Ebenso OLG Oldenburg, Beschl. v. 1. 12. 2008 – 1 W 76/08, K&R 2009, 51 f. (in diesem Heft).

Produkts auf einem Flohmarkt oder bei eBay potentiell gewerblich sein. Es muss sich noch zeigen, ob diese sehr weite Auslegung beibehalten werden kann. Hierbei ist nicht zuletzt die Erfahrung der Staatsanwaltschaften relevant: Mit zunehmender Fallzahl könnten auch die Gerichte dazu übergehen, den Arbeitsaufwand durch eine andere Auslegung des gewerblichen Ausmaßes zu beschränken.

II. Keine Vorwegnahme der Hauptsache

Sehr interessant sind die Ausführungen des OLG Köln²¹ bezüglich der Vorwegnahme der Hauptsache. Die angesprochenen Verfahren sind sämtlich im einstweiligen Rechtsschutz verfolgt worden. § 101 Abs. 7 UrhG erlaubt dies ausdrücklich. Allerdings ist das OLG Köln der Auffassung, dass mit der Auskunft ein Hauptsacheverfahren zur Auskunft erledigt sei. Aufgrund Vorwegnahme der Hauptsache sei im einstweiligen Verfügungsverfahren also die Verfügung dahingehend abzuändern (bzw. durch die Rechtsinhaber in Zukunft unmittelbar so zu beantragen), dass dem Access-Provider die Löschung der Daten untersagt wird. In der Hauptsache nach § 101 Abs. 2 UrhG kann dann die Auskunft verlangt werden. Der Gesetzgeber hatte vermutlich eine andere Intention bei Schaffung des § 101 Abs. 7 UrhG.

Nichtsdestotrotz überzeugt die Lösung des OLG Köln insbesondere, weil Beweismittel und Beweismaß im einstweiligen Verfügungsverfahren gegenüber dem Hauptverfahren geändert sind. So ist speziell die Glaubhaftmachung ausreichend. Zudem wird häufig ohne mündliche Verhandlung entschieden, so dass die Bedenken des betroffenen Access-Providers nicht gehört werden. Im ordentlichen, streitigen Verfahren kann der Access-Provider die häufig dürftigen Beweismittel der Rechtsinhaber viel konkreter angreifen und dadurch mittelbar die Interessen der Nutzer – also seiner Kunden, und damit auch seine eigenen – schützen.²²

III. Verkehrsdaten

Stellung bezogen haben wenigstens die obergerichtlichen Urteile zu der neuerdings wieder umstrittenen Frage, ob die Herausgabe der Daten durch den Access-Provider als die Verwendung von Verkehrsdaten oder die Herausgabe von Bestandsdaten zu betrachten sei.²³ Sowohl OLG Zweibrücken, OLG Köln als auch OLG Oldenburg gehen (mit dem Gesetzgeber) richtigerweise davon aus, dass bei der Ermittlung der Identität des Nutzers über eine IP-Adresse die Verkehrsdaten verwendet werden und deshalb ein Erlaubnistatbestand für die Herausgabe erforderlich ist.

IV. Erlaubnistatbestand für Datenherausgabe

Problematisch ist weiter, dass nach alter Rechtslage keine Rechtsgrundlage für die Herausgabe von Daten an Private bestand. Da es sich um personenbezogene Daten handelt, ist ein solcher aber jedenfalls erforderlich.²⁴ Zwar hat der EuGH entgegen der Auffassung seiner Generalanwältin Kokott²⁵ geurteilt, dass weder die TK-Datenschutz-RL noch die europäischen Grundrechte eine Herausgabe der Daten per se verbieten würden.²⁶ Der Gesetzgeber könne und müsse eine gesetzliche Grundlage schaffen und damit einen Grundrechtsausgleich herbeiführen. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob durch § 101 UrhG eine ausreichende Grundlage für die Datenherausgabe besteht. In der Literatur wird dies teilweise abgelehnt.²⁷ Das OLG Köln hat dagegen § 101 Abs. 9 UrhG als Erlaubnistatbestand angesehen²⁸ und verweist hierfür auf den Wil-

len des Gesetzgebers (BT-Drs. 16/5048, S. 40). Das OLG Zweibrücken musste zu dieser Frage keine Stellung nehmen, die Entscheidungen der Landgerichte sind auf diese Frage nicht eingegangen.

Ob § 101 Abs. 9 UrhG einen den Vorgaben des EuGH genügenden „Grundrechtsausgleich“ herbeiführt, darf bezweifelt werden. Denn dieser Grundrechtsausgleich findet zumindest nach der bisherigen Auslegung der meisten Landgerichte nur durch die Tatsache der Notwendigkeit der richterlichen Entscheidung statt. Dieses Erfordernis ist aber angesichts der extrem niedrigen Schwelle, die der Großteil der Gerichte ansetzt, eher als Formalie denn als Ausgleich zu sehen. Die Streitigkeiten rund um das gewerbliche Ausmaß der Rechtsverletzung deuten ebenfalls eher auf Nachbesserungsbedarf hin.

V. Gegenstandswert

Spannend bleibt auch die Diskussion um den Gegenstandswert des Auskunftsverfahrens. Das LG Köln hatte in einem nunmehr aufgehobenen Beschluss einen tiefen Einblick in die Kosten der Auskunft ermöglicht.²⁹ Pro IP-Adresse setzte es EUR 200,- an. Dies dürfte also den Kosten entsprechen, die die Provider vom Rechtsinhaber zunächst ersetzt verlangen können.³⁰ Das OLG Köln hat hingegen mit Beschluss vom 9. 10. 2008³¹ den Beschluss des LG Köln aufgehoben und einen einheitlichen Gegenstandswert für das Verfahren nach § 101 UrhG von EUR 3000,-, unabhängig von der Anzahl der IP-Adressen, angenommen. Auch wenn mehrere Personen als Antragsteller, verletzte Rechtsinhaber und Gläubiger des Auskunftsanspruchs beteiligt sein sollten, soll dies nicht zwangsläufig zu einer Erhöhung des Gegenstandswerts führen.

VI. Fazit

Bereits diese kleine Aufzählung dürfte aufgezeigt haben, dass im Bereich der Auskunftsansprüche aufgrund der Gesetzesänderung in UrhG, PatG, MarkenG etc. in Umsetzung der Enforcement-RL ein heiß umstrittener Umbruch stattfindet. Praktisch jedes Merkmal wirft Probleme auf. Für weiteres Futter für die Diskussion werden die noch ausstehenden, alsbald zu erwartenden Urteile in den jeweiligen Hauptsacheverfahren sorgen.

19 Ebenso OLG Oldenburg, Beschl. v. 1. 12. 2008 – 1 W 76/08, K&R 2009, 51 f.: „äußerster Wortsinn als Grenze der Auslegung überschritten“; „ergebnisorientierte Interpretation“.

20 OLG Köln, Beschl. v. 21. 10. 2008 – 6 Wx 2/08, K&R 2008, 751 ff.

21 Beschl. v. 21. 10. 2008 – 6 Wx 2/08, K&R 2008, 751 ff.

22 Zur Beweisführung mit IP-Adressen *Gietl/Mantz*, CR 2008, 810, 815.

23 So insb. kürzlich LG Offenburg, K&R 2008, 384; a. A. BT-Drs. 16/5048, S. 59; *Kitz*, NJW 2008, 2374, 2376; *Hoeren*, NJW 2008, 3099, 3100; LG Darmstadt, K&R 2006, 290.

24 § 4 Abs. 1 BDSG; für das TKG BeckTKG-*Robert*, § 91 Rn. 2; für das TMG *Schmitz*, in: Spindler/Schmitz/Geis, TDG, Einf. TDDSG Rn. 20, § 3 TDDSG Rn. 2 ff.

25 EuGH, Schlussantrag der Generalanwältin *Juliane Kokott* v. 18. 7. 2007, Rs. 275/06 – Promusicae vs. Telefónica.

26 EuGH, v. 29. 1. 2008 – C-275/06, K&R 2008, 165 ff. Rn. 70 – Promusicae/Telefónica; kritisch dazu *Spindler*, GRUR 2008, 574; *Spindler*, ZUM 2008, 640.

27 Dazu *Spindler*, ZUM 2008, 640, 645 f. („allenfalls versteckte Befugnisnorm“); *Mantz*, Rechtsfragen offener Netze, 2008, S. 304 ff.; *Bäcker*, ZUM 2008, 391, 393; *Hoeren*, NJW 2008, 3099, 3100.

28 OLG Köln, Beschl. v. 21. 10. 2008 – 6 Wx 2/08, K&R 2008, 751 ff.; ebenso *Czychowski/Nordemann*, NJW 2008, 3095, 3097.

29 LG Köln, Beschl. v. 2. 9. 2008 – 28 AR 4-08, MIR 2008, Dok. 290.

30 Vgl. *Solmecke*, <http://www.wb-law.de/news/it-telekommunikationsrecht/603/lg-koeln-rechteinhaber-muessen-pro-ip-adresse-900-e-zahlen> (Stand: 4. 12. 2008).

31 OLG Köln, Beschl. v. 9. 10. 2008 – 6 W 123/08, K&R 2008, 755 = MIR 2008, Dok. 324.