

OLG Köln: Gewerbliches Ausmaß von Rechtsverletzungen beim öffentlichen Zugänglichmachen geschützter Werke in Online-Tauschbörsen

UrhG § 101

Beschluss vom 27.12.2010 – 6 W 155/10 (LG Köln); rechtskräftig

Leitsätze

1. Das Angebot eines einzelnen urheberrechtlich geschützten Werks im Internet in einer sog. Tauschbörse kann das geschützte Recht in einem gewerblichen Ausmaß verletzen.
2. Ein gewerbliches Ausmaß kann sich zunächst aus dem hohen Wert des angebotenen Werks ergeben.
3. Es kann auch ausreichen, dass eine hinreichend umfangreiche Datei wie ein vollständiger Kinofilm, ein Musikalbum oder ein Hörbuch innerhalb ihrer relevanten Verwertungsphase öffentlich zugänglich gemacht wird.
4. Die relevante Verwertungsphase ist für Werke der Unterhaltungsmusik auf sechs Monate zu bemessen. Bei Hörbüchern, Hörspielen und ähnlichen nicht besonders aktualitätsbezogenen Werkgattungen können dagegen längere Verwertungsphasen anzunehmen sein, ohne dass ein zeitlicher Rahmen festgelegt werden kann.
5. Nach Ablauf der 6-Monats-Frist bei Werken der Unterhaltungsmusik bedarf es besonderer Umstände, um ein Fortdauern der relevanten Verwertungsphase annehmen zu können, wie etwa ein fortdauernder besonders großer kommerzieller Erfolg des Werks. Für Musikalben ist insoweit eine Platzierung in den TOP 50 der Verkaufscharts der Musikindustrie zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung als ausreichend anzusehen.
6. Gegen ein Andauern der relevanten Verwertungsphase spricht es dagegen, wenn das Werk zu Ausverkaufspreisen verramscht wird. Hierfür genügen aber nicht Preisschwankungen, wie sie sich etwa durch Sonderangebote ergeben können.
7. Bei Filmwerken ist für den Beginn der relevanten Verwertungsphase nicht auf den Kinostart, sondern auf den Verkauf der DVD abzustellen.

Anm. d. Red.: Die Entscheidung wurde mitgeteilt von den Mitgliedern des 6. Zivilsenats des OLG Köln.

Sachverhalt

Die Ast. macht geltend, dass verschiedene urheberrechtlich geschützte Kinofilme in Filesharing-Systemen öffentlich zugänglich gemacht wurden. Sie begehrt daher Auskünfte über die Anschlussinhaber, unter deren IP-Adressen die Filmwerke im Internet angeboten wurden. Dementsprechend beantragte sie gem. § 101 Abs. 9 UrhG eine richterliche Anordnung, dass der Internetprovider ihr die Auskünfte unter Verwendung von Verkehrsdaten erteilen darf. Bei den Filmen handelt es sich zum einen um ein Werk, welches weniger als sechs Monate nach dem Start der DVD-Verkaufsphase in der Tauschbörse angeboten wurde, und zum anderen um ein Werk, bei dem der DVD-Verkaufsstart zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung bereits mehr als ein halbes Jahr zurücklag und bei dem die Verkaufszahlen bereits deutlich zurückgegangen waren.

Nachdem das LG die Verwendung von Verkehrsdaten in dem konkreten Fall für unzulässig erachtete, erhob die Ast. gegen diese Entscheidung Beschwerde. Die Beschwerde vor dem OLG Köln hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen

Die ... Beschwerde hat ... teilweise Erfolg. Das LG hat zu Recht und mit zutreffender Begründung den Antrag auf Anordnung der Zulässigkeit der Verwendung von Verkehrsdaten hinsichtlich derjenigen IP-Adressen, von denen aus das Filmwerk „Männersache“ angeboten worden ist, zurückgewiesen, weil insoweit ein gewerbliches Ausmaß der Rechtsverletzung i.S.d. § 101 Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht festgestellt werden kann. Dagegen lag in dem Angebot des Filmwerks „Horst Schlämmer – Isch kandidiere!“ eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß, sodass die Verwendung der Verkehrsdaten zulässig ist.

1. Die Gestattung gem. § 101 Abs. 9 Satz 1 UrhG setzt das Bestehen eines Auskunftsanspruchs nach § 101 Abs. 2 UrhG voraus. Dieser wiederum erfordert sowohl, dass der Auskunftspflichtete in gewerblichem Ausmaß für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbracht hat (§ 101 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 UrhG), als auch, dass eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß vorliegt.

Das Angebot eines einzelnen urheberrechtlich geschützten Werks im Internet in einer sog. Tauschbörse kann das geschützte Recht in einem gewerblichen Ausmaß verletzen. Denn der Rechtsverletzer hat es – auch wenn sich sein Angebot nur auf einen kurzen Zeitraum beschränkt haben mag – nicht mehr in der Hand, in welchem Umfang das Werk weiter vervielfältigt wird. Gerade in der weiteren Vervielfältigung liegt aber der Sinn und Zweck sog. Tauschbörsen im Internet (vgl. Senat GRUR-RR 2009, 9, 11; MMR 2009, 334). Der Gesetzgeber hat jedoch – wie sich aus der Gesetzesentstehung ergibt (vgl. die Begr. der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/8783, S. 50) – bewusst nicht jede Rechtsverletzung für einen Auskunftsanspruch genügen lassen, sondern einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die Rechte des Urhebers verlangt. Damit ist sichergestellt, dass die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die verfassungsrechtlich geschützten Rechte des Dritten (Art. 10 GG) durch die Erteilung der Auskunft gewahrt ist (vgl. Senat, B. v. 26.7.2010 – 6 W 98/10).

Ein derart schwerer Eingriff kann sich zunächst daraus ergeben, dass ein Rechtsverletzer eine Vielzahl urheberrechtlich geschützter Werke öffentlich zugänglich macht. Dies lässt sich allerdings ohne die erst noch zu erteilende Auskunft des Internetproviders nicht feststellen, sodass hierauf ein Auskunftsanspruch praktisch nicht gestützt werden kann.

Eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß kann bei Vorliegen besonderer Umstände auch dann vorliegen, wenn ein einzi-

ges urheberrechtlich geschütztes Werk im Internet zum Herunterladen angeboten wird.

Ein gewerbliches Ausmaß kann sich zunächst aus dem hohen Wert des angebotenen Werks ergeben (vgl. *Senat*, B. v. 3.11.2008 – 6 W 136/08, für ein Computerprogramm, dessen aktuelle Version € 499,- kostet und für dessen frühere Versionen der Nutzungsberechtigte kostenlose Upgrades zur Verfügung stellt).

Die zweite Fallgruppe besteht darin, dass eine hinreichend umfangreiche Datei innerhalb ihrer relevanten Verwertungsphase öffentlich zugänglich gemacht wird (vgl. *Senat*, GRUR-RR 2009, 9, 11 [= MMR 2008, 820] – Ganz anders; B. v. 21.7.2010 – 6 W 79/10; ebenso *OLG Schleswig* GRUR-RR 2010, 239, 240 [= MMR 2011, 111 (Ls.)]; für kurz nach der Erstveröffentlichung angebotene Dateien i.E. ebenso *LG Frankfurt/M.* GRUR-RR 2009, 15, 16 [= MMR 2008, 829]; *OLG Karlsruhe* GRUR-RR 2009, 379, 381 [= MMR 2010, 419]; *OLG Hamburg* NJOZ 2010, 1222, 1223 [= MMR 2010, 338]; anders für einmalige Download-Angebote *OLG Zweibrücken* GRUR-RR 2009, 12, 13 [= MMR 2009, 43]; *OLG Oldenburg* MMR 2009, 188, 189).

Eine hinreichend umfangreiche Datei liegt jedenfalls dann vor, wenn ein gesamtes Musikalbum oder ein Film angeboten wird. Dabei ist es unerheblich, ob der Verletzte Rechte an dem gesamten Musikalbum innehat oder nur an einem einzelnen Titel. Denn es genügt, dass eine Rechtsverletzung gewerblichen Ausmaßes vorliegt; nicht erforderlich ist es, dass der Antragsteller selbst in diesem Ausmaß in seinen Rechten verletzt ist (vgl. *Senat* GRUR-RR 2009, 9, 11 [= MMR 2008, 820]).

Ob sich ein Werk in der relevanten Verwertungsphase befindet, kann nur im Einzelfall bestimmt werden. Nicht ausreichend ist es, dass überhaupt Verwertungshandlungen vorgenommen werden. Dies würde der oben dargestellten gesetzgeberischen und auch vom *Senat* geteilten Wertung, wie die geschützten Rechte abzuwägen sind, nicht entsprechen. Es haben sich aber Fallgruppen herausgebildet, in denen eine Rechtsverletzung gewerblichen Ausmaßes angenommen werden kann:

a) Eine solche liegt zunächst in dem in der Beschlussempfehlung des *Rechtsausschusses* genannten Fall vor, dass eine besonders umfangreiche Datei, wie ein vollständiger Kinofilm oder ein Musikalbum oder Hörbuch, vor oder unmittelbar nach ihrer Veröffentlichung in Deutschland widerrechtlich im Internet öffentlich zugänglich gemacht wird (BT-Drs. 16/8783, S. 50). Denn in dieser Phase ist der Rechteinhaber von Veröffentlichungen seines Werks durch Dritte besonders empfindlich betroffen. Den Zeitraum „unmittelbar nach“ der Veröffentlichung bemisst der *Senat* für Werke der Unterhaltungsmusik auf sechs Monate (vgl. *Senat*, B. v. 21.7.2010 – 6 W 63/10 u. 6 W 69/10; B. v. 26.7.2010 – 6 W 98/10). Bei Hörbüchern, Hörspielen und ähnlichen nicht besonders aktualitätsbezogenen Werkgruppen hat der *Senat* dagegen längere Verwertungsphasen angenommen, ohne einen zeitlichen Rahmen zu benennen (vgl. B. v. 4.6.2009 – 6 W 48/09 u. 6 W 46/09 [= MMR 2010, 421]; B. v. 15.12.2010 – 6 W 166/10).

b) Nach Ablauf dieser Frist bedarf es besonderer Umstände, um ein Fortdauern der relevanten Verwertungsphase annehmen zu können. So kann bei einem fortdauernden besonders großen kommerziellen Erfolg des Werks die relevante Verwertungsphase noch nicht als beendet angesehen werden. Für Musikalben hat der *Senat* insoweit in mehreren Entscheidungen eine Platzierung in den TOP 50 der Verkaufscharts der Musikindustrie zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung als ausreichend angesehen (vgl. B. v. 8.1.2010 – 6 W 153/09; B. v. 13.4.2010 – 6 W 28/10; B. v. 26.7.2010 – 6 W 98/10 u. 6 W 77/10; B. v. 21.10.2010 – 6 W 87/10). Dasselbe gilt, wenn ein Titel auf einem Album zu diesem

Zeitpunkt eine besonders gute Chartplatzierung aufweist (vgl. B. v. 18.11.2010 – 6 W 185/10: Platz 2 der Single-Charts). Ggf. kann auch anhand weiterer Umstände neben der Chartplatzierung des Titels das Fortdauern der relevanten Verwertungsphase festgestellt werden (vgl. B. v. 13.4.2010 – 6 W 28/10 für ein 8 Monate altes Erstwerk einer Künstlergruppe, das nach vier Monaten in einer Neuveröffentlichung erschienen war und von dem ein Titel zur Zeit der Rechtsverletzung in den Single-Charts platziert war). Bei Hörbüchern mag zudem von Bedeutung sein, wie umfangreich das Werk ist und welchen Erfolg das zu hörende Buch hat. Gegen ein Andauern der relevanten Verwertungsphase spricht es dagegen, wenn das Werk zu Ausverkaufspreisen verramscht wird (vgl. B. v. 26.7.2010 – 6 W 77/10; B. v. 15.12.2010 – 6 W 166/10). Hierfür genügen aber nicht Preisschwankungen, wie sie sich etwa durch Sonderangebote ergeben können. Denn solche können auch noch innerhalb der Verwertungsphase als Marketinginstrument eingesetzt werden.

2. Nach diesen Maßstäben hat die Beschwerde insoweit Erfolg, als das Werk „Horst Schlämmer – Isch kandidiere“ betroffen ist; i.Ü. ist sie unbegründet.

a) Das Filmwerk „Horst Schlämmer – Isch kandidiere“ ist am 21.12.2009 in einer zum Verkauf bestimmten Form veröffentlicht worden. Dieser Zeitpunkt lag weniger als ein halbes Jahr vor dem Zeitpunkt der verfahrensgegenständlichen Rechtsverletzungen. Besondere Umstände, die ein Abweichen von dem o.g. Grundsatz, dass eine Rechtsverletzung gewerblichen Ausmaßes vorliegt, wenn ein Werk weniger als sechs Monate nach seiner Veröffentlichung im Internet zum Herunterladen angeboten wird, rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich.

Soweit das *LG* auf den Kinostart des Films abgestellt haben sollte, steht dies mit der *Rspr.* des *Senats* nicht im Einklang. Die Verwertung durch den Verkauf von DVDs stellt eine grundlegend andere Nutzungsart dar als der Verleih an Lichtspielhäuser. Erst mit dem Start des DVD-Verkaufs wird der Öffentlichkeit das Werk in die Hand gegeben. Gerade diese Nutzungsmöglichkeit wird durch illegale Angebote im Internet besonders eingeschränkt. Daher beginnt die hier relevante Verwertungsphase erst mit der Veröffentlichung des Films als DVD.

b) Dagegen lag der Verkaufsstart der DVD-Version des Filmwerks „Männersache“ zum Zeitpunkt der Rechtsverletzungen bereits mehr als ein halbes Jahr zurück. Besondere Umstände, auf Grund derer ein Andauern der Verwertungsphase über den Zeitraum von sechs Monaten angenommen werden könnte, liegen nicht vor.

Ohne Erfolg macht die Beschwerde insb. geltend, es müssten sämtliche Verwertungsmöglichkeiten geschützt werden, insb. müsste von einem Fortdauern der relevanten Verwertungsphase bis zu dem Zeitpunkt der Auswertung durch das Angebot in Video-On-Demand-Diensten angenommen werden.

Wie bereits dargelegt, ist i.R.d. Auskunftsanspruchs das Interesse des Rechteinhabers an der Verwertung des Werks mit den grundrechtlich geschützten Positionen der Anschlussinhaber abzuwägen. Für den Auskunftsanspruch genügt daher nicht jede Rechtsverletzung, sondern nur eine solche, die ein gewerbliches Ausmaß erreicht. Der Auskunftsanspruch wird daher nur so lange gewährt, bis die wirtschaftliche Verwertung im Wesentlichen abgeschlossen ist. Dies war aber – auch nach den von der Bf. vorgelegten Zahlen – zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung der Fall. So lagen die Verkaufszahlen unmittelbar nach Veröffentlichung des Filmwerks auf DVD in einer Woche bei über 10.000 Stück (in der dritten Verkaufswoche sogar bei 16.913), woraus sich ein Umsatz im deutlich sechsstelligen Bereich ergab (in der Spitze von € 228.829,22). Diese Zahlen haben sich bis zum Ende der sog. Erstvermarktung (= Verkauf im Fachhandel)

führt darüber hinaus konsequenterweise dazu, dass die € 100,- Deckelungs-Regelung des § 97a Abs. 2 UrhG in diesen Konstellationen keine Anwendung finden kann. Dies kann jedoch vom Gesetzgeber kaum gewollt sein. In der Begr. zum Gesetzesentwurf des § 97a UrhG wurde u.a. auf die Besonderheiten zu den Kosten der IP-Ermittlung hingewiesen (vgl. BT-Drs. 16/5048, S. 49). Dies zeigt den Willen des Gesetzgebers, dass die Vorschrift gerade auch Filesharing-Fälle erfassen sollte. Die Norm, die die Abmahnkosten des Rechtsanwalts unter bestimmten Voraussetzungen auf € 100,- begrenzt, verlangt für ihre Anwendbarkeit u.a., dass eine nur unerhebliche Rechtsverletzung vorliegt. Die Unerheblichkeit der Rechtsverletzung ist allerdings nur dann anzunehmen, wenn sie in ihrem Ausmaß unter qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten gering ist (vgl. BT-Drs. 16/5048, S. 49; Dreier/Schulze, 3. Aufl. 2008, § 97a Rdnr. 17; LG Köln MMR 2010, 559, 560). Bejaht man i.R.d. § 101 Abs. 1 u. 2 UrhG bei dem illegalen Anbieten einer einzigen Datei die besondere Schwere der Rechtsverletzung und somit das gewerbliche Ausmaß, so kann nicht gleichzeitig eine nur unerhebliche Rechtsverletzung i.S.d. § 97a Abs. 2 UrhG angenommen werden. Zudem schließen sich die Begriffe der Verletzung im „gewerblichen Ausmaß“ i.S.d. § 101 Abs. 1 und 2 UrhG und „Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs“ i.S.d. § 97a Abs. 2 UrhG gegenseitig aus. Ob eine Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs begangen wurde, hängt von dem Umstand ab, ob das Anbieten der Datei in der Art und Weise erfolgt ist, wie es bei gewerblich Handelnden anzunehmen wäre (vgl. AG Frankfurt/M., U. v. 1.02.2010 – 30 C 2353/09-75). Bejaht man folglich das gewerbliche Ausmaß nach § 101 Abs. 1 und 2 UrhG, so ist es kaum möglich, zugleich eine Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs nach § 97a Abs. 2 UrhG anzunehmen.

Auch die vom OLG Köln festgelegten Fallgruppen, die eine Rechtsverletzung im gewerblichen Ausmaß im Einzelfall vermuten lassen sollen, erscheinen untauglich für das Festlegen von geeigneten Richtlinien.

Das Gericht nimmt an, dass sich das gewerbliche Ausmaß aus dem hohen Wert des angebotenen Werks ergeben kann, und nennt dabei als Beispiel ein Computerprogramm, dessen aktuelle Version zu einem Preis von € 499,- verkauft wird. Würde man den Auskunftsanspruch von dem Kaufpreis des Werks im Handel abhängig machen, würde dies auf eine Klassengesellschaft innerhalb der jeweiligen Branche hinauslaufen. Es kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass nur noch diejenigen Werke vom Urheberrecht voll geschützt werden, die auf Grund ihrer Bekanntheit oder auf Grund des vergangenen Erfolgs des Entwicklers oder Künstlers zu einem höheren Preis verkauft werden können. Auch unbekannte Urheber müssen ein Recht haben, ihre (kostengünstigeren) Werke durch Auskunftsansprüche nach § 101 UrhG sichern zu können.

Die zweite Fallgruppe für die Annahme einer Rechtsverletzung gewerblichen Ausmaßes setzt nach dem OLG voraus, „dass eine hinreichend umfangreiche Datei innerhalb ihrer relevanten Verwertungsphase öffentlich zugänglich gemacht wird“. Der hinreichende Umfang einer Datei sei bei dem Anbieten eines gesamten Musikalbums oder Films anzunehmen, und zwar unabhängig davon, ob der Anspruchsteller nur an einem oder an mehreren Titeln des Albums Rechte hat. Auch diese Fallgruppe kann nicht befürwortet werden. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Auskunftsanspruch eines Rechtsinhabers davon abhängig gemacht wird, ob sein Musikwerk in einer Tauschbörse isoliert angeboten wird oder zufälligerweise als Teil eines Musikalbums wie „Bravo-Hits“. Darüber hinaus ist der Umfang einer Datei als Kriterium für die Feststellung der Schwere der Rechtsverletzung untauglich. So lässt es sich kaum rechtfertigen, dass

eine Softwaredatei, die eine bestimmte Größe nicht erreicht, weniger Schutz im Vergleich zu einem umfangreicheren Programm genießen soll (so auch LG Frankenthal MMR 2009, 487). Die Programmhersteller würden zudem zukünftig indirekt gehalten sein, ihre Softwareprogramme künstlich aufzublähen, um in den „geschützten Bereich“ des Auskunftsanspruchs zu gelangen.

Schließlich sind auch die Kriterien zur Verwertungsphase eines Werks zu bemängeln. Das OLG Köln sieht als relevante Verwertungsphase für Werke der Unterhaltungsmusik die ersten sechs Monate nach der Veröffentlichung an. Längere Verwertungsphasen werden hingegen bei Hörbüchern, Hörspielen und „ähnlichen nicht besonders aktualitätsbezogenen Werkgruppen“ angenommen. Es ist fragwürdig, warum die Frage des gewerblichen Ausmaßes i.S.d. § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG von der Aktualität des Werks abhängig gemacht wird. In vielen denkbaren Konstellationen zeigt sich, dass die Aktualität eines Werks kein geeignetes Kriterium für eine besondere Schwere der Rechtsverletzung darstellt. So gibt es Musikwerke – wie derzeit das Lied „We are the people“ von der Band „Empire of the sun“ (Werbung Vodafone) – die erst durch eine Werbekampagne einem breiten Publikum bekannt werden, obwohl sie schon Jahre zuvor veröffentlicht wurden. In diesen Fällen wäre die relevante Verwertungsphase bereits abgelaufen. Dies gilt auch für Fallkonstellationen, bei denen ein Künstler über Jahre hinweg Songs veröffentlicht, die jedoch erst dann bekannt werden, nachdem er mit einem neuen Lied die Charts erobert und auf sich aufmerksam machen kann. Als weiteres Beispiel kann auch der nach dem Deutschland-sucht-den-Superstar-Sieg von Mehrzad Mahrashi erfolgten Aufruf von Facebook- bzw. StudiVZ-Usern dienen, das Lied „Stairway To Heaven“ von Led Zeppelin oder den Song aus den 90ern „Boomerang“ von Blümchen zu kaufen. Dadurch sollte verhindert werden, dass der neue DSDS-Song nicht auf Platz 1 der Musikcharts steigt. Hierbei gelang es den kaufkräftigen Usern tatsächlich, die beiden „eingestaubten“ Songs zurück in die Top-Charts zu bringen. Auch dieses Fallbeispiel zeigt, dass das Kriterium der Aktualität zu Fehlergebnissen führen kann.

Das OLG Köln lässt zwar nach Ablauf der 6-Monats-Frist unter besonderen Umständen die Möglichkeit offen, dass dennoch eine relevante Verwertungsphase angenommen werden kann. Dies sei nach Ansicht des Gerichts bei einem „fortdauernden besonders großen kommerziellen Erfolg des Werks“ wie etwa einer günstigen Chartplatzierung zur Zeit der Rechtsverletzung möglich. Allerdings wären die eben benannten Beispiele bzgl. Songs, die nachträglich z.B. durch Werbekampagnen oder durch eine spätere Berühmtheit eines Künstlers bekannt werden, auch unter Berücksichtigung dieser Ausnahmen nicht erfasst, da bei diesen kein „fortdauernder kommerzieller Erfolg“ des Werks angenommen werden kann. Vielmehr liegt entweder ein erstmaliger oder ein erneuter kommerzieller Erfolg vor. Schließlich läuft das Kriterium der Chartplatzierung auf eine Benachteiligung von unbekannteren Künstlern hinaus, die ebenfalls die Rechte an ihren Werken geltend machen wollen.

Auch bei Hörbüchern macht das Gericht die Verlängerung der relevanten Verwertungsphase davon abhängig, welchen Erfolg oder welchen Umfang diese haben. Die eben aufgezeigten Schwachstellen dieser Kriterien bei Musiktiteln müssen hier ebenso gelten.

Zu guter Letzt überzeugen auch die Ausführungen des Gerichts zu dem Zeitpunkt des Beginns der relevanten Verwertungsphase bei Kinofilmen nicht. Entgegen der Ansicht des Gerichts sollte der Beginn der relevanten Verwertungsphase bei einem Kinofilm nicht erst zum Start des DVD-Verkaufs angenommen wer-

auf unter 1.000 Stück reduziert. Der Beginn der Zweitvermarktung (= Verkauf über alle Vertriebskanäle ggf. auch zu günstigeren Preisen) in der 17. Woche nach der Veröffentlichung hat die Verkaufszahlen noch einmal auf über 3.000 Stück ansteigen lassen. Nach Ablauf der sechs Monate lagen die Verkaufszahlen dann auch auf diesem Absatzmarkt nur bei ca. 10% der anfänglichen Verkaufszahlen, zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung sogar nur noch bei deutlich unter 1.000 Stück bei einem Umsatz von nur noch rd. € 6.000,- in einer Woche. Der Senat verkennt nicht, dass auch dies – insb. auf lange Sicht – zu erheblichen Einnahmen führen wird und illegale Angebote für den Rechteinhaber zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen führen können. Gleichwohl belegen diese Zahlen, dass die Verwertung zu einem weit überwiegenden Anteil in den ersten sechs Monaten erfolgt. ...

Anmerkung

RA Christian Solmecke, LL.M.,

Geschäftsführer DIKRI, Cologne Business School/

RRef. Nasmin Khan, WILDE BEUGER SOLMECKE, Köln

Das *OLG Köln* versucht in seiner Entscheidung, den Begriff des „gewerblichen Ausmaßes“ i.R.d. Auskunftsanspruchs nach § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG für die sog. Filesharing-Fälle zu konkretisieren. Es stellt dabei präzise Maßstäbe auf und führt Beispiele an, um eine gewisse Richtschnur für zukünftige Verfahren zu erstellen, bei denen es um die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen geht.

Der Drittauskunftsanspruch aus § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG soll es einem Urheberrechtsinhaber ermöglichen, von Access-Providern Auskunft über einen Anschlussinhaber zu verlangen, sofern dessen IP-Adresse z.B. beim illegalen Anbieten einer vom Urheberrecht betroffenen Datei in einer sog. Tauschbörse identifiziert wurde. Der Auskunftsanspruch gem. § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG setzt dabei nach st. Rspr. neben der Erbringung der Dienstleistung in gewerblichem Ausmaß durch den Dritten voraus, dass die Urheberrechtsverletzung selbst im gewerblichen Ausmaß begangen wurde (vgl. *OLG Oldenburg* MMR 2009, 188, 189, m.w.Nw; *OLG Zweibrücken* MMR 2009, 43).

Problematisch in diesem Zusammenhang ist, dass es beim Verfahren zur Feststellung von Urheberrechtsverletzungen in Tauschbörsen aus technischen Gründen in den meisten Fällen nicht möglich ist, nachzuweisen, dass mehr als eine Datei zum Upload bereitgestellt wurde. Das rechtsverletzende Anbieten von Dateien erfolgt grds. zu unterschiedlichen Zeitpunkten, sodass der Filesharer mit unterschiedlichen IP-Adressen arbeitet. Daher fällt es den Antragstellern in den meisten Fällen mit der Vorlage nur einer IP-Adresse schwer, das rechtsverletzende Anbieten einer Vielzahl von Dateien nachzuweisen. Die Anzahl der tatsächlich angebotenen Dateien ist damit bei der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs noch unklar.

In diesem Zusammenhang stellt sich nun insb. die Frage, ob schon das Anbieten einer einzigen Datei eine Rechtsverletzung gewerblichen Ausmaßes i.S.d. § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG begründen kann. Wo die Grenzen des gewerblichen Ausmaßes zu ziehen sind, ist umstritten.

Nach § 101 Abs. 1 Satz 2 UrhG kann sich das gewerbliche Ausmaß sowohl aus der Anzahl der Rechtsverletzungen als auch aus der Schwere der Rechtsverletzung ergeben. Um ein gewerbliches Ausmaß bei dem Anbieten eines einzigen Werks annehmen zu können, muss somit die Schwere der Rechtsverletzung bejaht werden. Der *Rechtsausschuss des Bundestags* äußerte in seiner Beschlussempfehlung zwar die Vorstellung, dass dies möglich sei (BT-Drs. 16/8783, S. 50), allerdings ist dem nicht zuzustimmen. Auch bei der weitesten denkbaren Auslegung des Begriffes „gewerbliches Ausmaß“ kann der Wortlaut des Geset-

zes eine solche Einzelfallkonstellation nicht erfassen (so auch *OLG Oldenburg* MMR 2009, 188, 189; *LG Kiel*, B. v. 2.9.2009, 2 O 221/09, MMR 2010, 118 (Ls.); *LG Frankenthal* MMR 2009, 487, 489).

Das *OLG Köln* bejaht in seinem Beschluss dennoch die Möglichkeit einer Rechtsverletzung gewerblichen Ausmaßes bei dem Anbieten eines einzigen geschützten Werks. Die Begründung für diese Annahme vermag jedoch nicht zu überzeugen.

Schon die Inhalte der RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums sprechen gegen eine solche Annahme. Nach dem Erwägungsgrund 14 der RL werden Rechtsverletzungen dann im gewerblichen Ausmaß begangen, wenn sie zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen werden. Ausgeschlossen werden in der Regel solche Handlungen, die in gutem Glauben von Endverbrauchern vorgenommen wurden. Auf diese Definition verweist auch der *Rechtsausschuss des Bundestags* in seiner Beschlussempfehlung zu § 101 Abs. 1 UrhG (BT-Drs. 16/8783 S. 50). Es erscheint fraglich, wie aus dem illegalen Anbieten einer einzigen Datei das Verfolgen eines solchen wirtschaftlichen oder kommerziellen Zwecks festgestellt werden soll. Insb. indiziert auch das öffentliche Zugänglichmachen der Datei in einer Tauschbörse nicht ein Handeln zur Erreichung wirtschaftlicher Vorteile (anders *OLG Köln*, B. v. 21.7.2010 – 6 W 79/10). Üblicherweise wollen die Filesharing-User durch das kostenlose Anbieten von Dateien keine wirtschaftlichen Ziele verfolgen. Vielmehr erfolgt das Anbieten in den meisten Fällen als Folge der Funktionsweise des Tauschbörsen-Programms. Wurde eine Datei heruntergeladen, wird diese in der Regel automatisch anderen Usern zum Herunterladen zur Verfügung gestellt. Das Interesse der User richtet sich damit hauptsächlich darauf, die Daten für die eigene Nutzung zu erlangen und nicht darauf, diese anderen Nutzern zur Verfügung zu stellen (so auch *LG Kiel*, a.a.O.).

Ein Vergleich zu § 19b MarkenG zeigt, dass der Begriff „gewerbliches Ausmaß“ ein gewisses geschäftliches Handeln des Verletzers verlangt. § 19b MarkenG gewährt dem verletzten Markenrechtsinhaber Ansprüche auf Vorlage bestimmter Unterlagen ggü. dem Verletzer. Voraussetzung hierfür ist, dass eine Rechtsverletzung im gewerblichen Ausmaß begangen wurde. In diesem Zusammenhang wird der Begriff „gewerbliches Ausmaß“ so ausgelegt, dass sich dieser inhaltlich mit dem von einer Kennzeichenrechtsverletzung vorausgesetzten „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ deckt (vgl. *Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 19b Rdnr. 7; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 3. Aufl. 2010, Rdnr. 4). Beim öffentlichen Zugänglichmachen einer einzigen Datei in einer Tauschbörse durch einem privaten Filesharer fehlt es jedoch an geschäftlichen Elementen wie etwa bei einer auf den wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit außerhalb des privaten Bereichs. Daher ist ein „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ und somit eine Rechtsverletzung „im gewerblichen Ausmaß“ nicht anzunehmen.

Zudem spricht die nach § 101 Abs. 4 UrhG zu wählende Verhältnismäßigkeit gegen die Vorstellung, auch einzelne Up- bzw. Downloads könnten ein „gewerbliches Ausmaß“ darstellen. Durch den Auskunftsanspruch werden neben den Bestandsdaten auch Verkehrsdaten des Nutzers übermittelt, sodass dieser in seinem Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG betroffen ist (vgl. *OLG Oldenburg* MMR 2009, 188, 189 m.w.Nw.). Das Auskunftsinteresse des Rechtsinhabers ist in den Fällen eines einzigen Uploads als gering einzustufen, sodass die grundrechtlich geschützten Interessen des Einzelfall-Filesharers i.R.e. Abwägung eindeutig überwiegen.

Die Erstreckung des Begriffes des gewerblichen Ausmaßes auf Fälle des Anbietens einzelner Werke in Online-Tauschbörsen

den, sondern bereits zum Zeitpunkt der Veröffentlichung im Kino. Zwar wird das Filmwerk erst zu dem Verkaufsbeginn der DVDs der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt, es ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum Rechtsverletzungen in Tauschbörsen, die bereits zum Zeitpunkt des Kinostarts durchgeführt werden, weniger Auswirkungen auf die anknüpfende Verkaufsphase der DVDs haben sollen als das spätere illegale Uploaden. Ein potenzieller DVD-Käufer unterscheidet bei der Kaufentscheidung nicht, ob er das Filmwerk bereits zum Kinostart heruntergeladen hat und daher nicht mehr benötigt oder ob er dies erst zu Beginn der DVD-Verkaufsphase getan hat. Ihm kommt es nur darauf an, ob er den Film bereits besitzt und nutzen kann. Zudem setzt sich das *OLG* in Widerspruch, da es in der gleichen Entscheidung an anderer Stelle ausführt, dass eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß anzunehmen ist, wenn z.B. ein vollständiger Kinofilm vor oder unmittelbar nach der Veröffentlichung widerrechtlich im Internet öffentlich zugänglich gemacht wird (mit Verweis auf BT-Drs. 16/8783, S. 50). Das *Gericht* setzt den Beginn der relevanten Verwertungsphase an dieser Stelle somit nicht erst an den Start der DVD-Verkaufsphase. Neben diesem Widerspruch im selben Beschluss besteht ein solcher auch zu einer anderen Entscheidung, die lediglich ein halbes Jahr zuvor ergangen ist. So hat das *OLG Köln* in einem B. v. 21.7.2010 das gewerbliche Ausmaß einer Rechtsverletzung angenommen, obwohl diese zu einem Zeitpunkt begangen wurde, bei dem das Filmwerk gerade erst im Kino angelaufen war (vgl. *OLG Köln*, B. v. 21.7.2010 – 6 W 79/10). Demnach hat es den Beginn der relevanten Verwertungsphase bei dieser Entscheidung wohl schon in dem Kinostart des Films gesehen.

Insgesamt kann das *OLG Köln* mit seiner Entscheidung leider nicht für Rechtssicherheit im Gebiet der Filesharing-Fälle sorgen. Die Bejahung des gewerblichen Ausmaßes von Rechtsverletzungen im Fall des illegalen Anbietens einer einzigen Datei in einer Tauschbörse führt letztlich zu unverhältnismäßigen Ergebnissen und kann nicht befürwortet werden. Die vom *Gericht* aufgestellten Richtlinien hinsichtlich des Begriffs des „gewerblichen Ausmaßes“ werden den vielfältigen Fallkonstellationen der Praxis nicht gerecht und überzeugen daher nicht. Zudem führen sie einseitig zu einer Stärkung von Rechten bekannter Urheber und sorgen dadurch für eine Ungleichbehandlung in der jeweiligen Branche.