

**2. April 2009**

**Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums**

**Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes  
Zum Fragebogen der Europäischen Kommission zur Einschätzung der neuen  
Regelungen**

## Zusammenfassung

- a) Urheberrechtsverletzungen im Internet werden auch nach Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie und Einführung der Begrenzung von Abmahngebühren mit unverhältnismäßig hohen zivilrechtlichen Forderungen sanktioniert.
- b) Der Begriff des „gewerblichen Ausmaßes“ in Art. 8 RL und § 101 Abs. 1 UrhG gibt den Gerichten einen erheblichen Ermessensspielraum, der dazu führt, dass bereits geringfügige Urheberrechtsverletzungen ohne gewerblichen oder kommerziellen Bezug mit einem Auskunftsanspruch und einer Abmahnung sanktioniert werden.
- c) Für die Speicherung und Herausgabe der Verkehrsdaten gibt es noch keine ausdrückliche Rechtsgrundlage. Gerichte handeln hier in einer rechtlichen Grauzone.
- d) Der in der Durchsetzungsrichtlinie und im deutschen Urheberrecht verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spielt in der gerichtlichen Praxis nahezu keine Rolle. Der Begriff des „gewerblichen Ausmaßes“ ist damit die (einzig) entscheidende Tatbestandsvoraussetzung für den zivilrechtlichen Auskunftsanspruch.
- e) Die Bundesregierung wird gebeten, im Rahmen der Richtlinienevaluierung und der Umsetzung im deutschen Urheberrecht dafür einzutreten, dass der Begriff des „gewerblichen Ausmaßes“ in der Richtlinie 2004/48/EG durch eine klarere und unmissverständlichere Formulierung unter strenger Wahrung der Verhältnismäßigkeit und des Datenschutzes zu ersetzen ist.

## Im Einzelnen:

Der Verbraucherzentrale Bundesverband bedankt sich beim Bundesministerium der Justiz für die Gelegenheit, zur Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums Stellung zu beziehen.

Verbraucher kommen mit den Regelungen zum Schutz des geistigen Eigentums vor allem dann in Berührung, wenn sie im Internet Urheberrechtsverstöße begehen oder ihnen solche Verstöße von Rechtsinhabern vorgeworfen werden. In den meisten Fällen handelt es sich dabei um die Beteiligung an Tauschbörsen, wobei urheberrechtlich geschützte Dateien im Internet angeboten und heruntergeladen werden.

Die dabei einschlägigen deutschen Regelungen des Urheberrechts beruhen nur teilweise auf der europäischen Durchsetzungsrichtlinie. Andererseits sind in der Durchsetzungsrichtlinie insoweit nur einzelne Aspekte von Interesse. Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich deshalb auf die verbraucherpolitisch relevanten Fragestellungen des vorgelegten Fragebogens. Dies sind die Frage 4.1 zum „Recht auf Auskunft“ und die Frage 11 zum „gewerblichen Ausmaß“ von Urheberrechtsverletzungen. Im Rahmen der urheberrechtlichen Abmahnungen ist das gewerbliche Ausmaß die entscheidende Voraussetzung für das Recht auf Auskunft. Die beiden Fragen waren deshalb gemeinsam zu beantworten.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Von der Beantwortung der Frage 4.1 anhand einer *Punkteskala*, die Ausschließlich das „Ausfindigmachen“ des Verletzers bewertet, wird abgesehen, da ein solches Punkteergebnis ohne Berücksichtigung der Schwere des Verstoßes und der Verhältnismäßigkeit des Auskunftsanspruchs politisch missverständlich wäre.

*4.1: Inwieweit haben gerichtliche Anordnungen bezüglich des Rechts auf Auskunft dazu beigetragen, Verletzer ausfindig zu machen? Führen Sie die Bewertung anhand einer Skala von 1 - 5 durch. Bitte erläutern Sie Ihre Bewertung.*

*11: Die in Artikel 6 (2), 8 (1) und 9 (2) vorgesehenen Maßnahmen müssen nur in Bezug auf in gewerblichem Ausmaß begangene Handlungen angewandt werden. Wie wird dieses Kriterium von den Gerichten Ihres Landes angewandt?*

## **1. Problembeschreibung**

Hauptanwendungsfall für den neuen urheberrechtlichen Auskunftsanspruch sind die Nutzungen von Musik, Filmen oder Software in Tauschbörsen. Hier protokollieren die Rechtsinhaber breitflächig und automatisiert IP-Adressen von Nutzern, die widerrechtlich geschützte Werke zum Download anbieten. Namen und Adresse kann der Rechtsinhaber ohne Inanspruchnahme des Internet Service Providers nicht herausbekommen, weil nur der Provider über die Information verfügt, welchem Internet-Zugang eine bestimmte IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesen war.

Der Auskunftsanspruch zur Ermittlung von Verbrauchern, denen Urheberrechtsverletzungen vorgeworfen werden, richtet sich deshalb gegen den Internet Service Provider des betroffenen Verbrauchers. Es handelt sich demnach um einen Auskunftsanspruch gegenüber Dritten im Sinne von § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG. Der Auskunftsanspruch gegenüber dem Internet Service Provider besteht nur, wenn die Urheberrechtsverletzung ein „gewerbliches Ausmaß“ erreicht hat. In welchem Umfang die gerichtlichen Anordnungen dazu beitragen, Verletzer ausfindig zu machen, hängt demnach vor allem von der Auslegung des Begriffs „gewerbliches Ausmaß“ ab.

## **2. Rechtsprechung zum „gewerblichen Ausmaß“**

Obwohl der Auskunftsanspruch gegenüber Internet Service Providern in Deutschland erst zum 1. September 2008 umgesetzt wurde, sind bereits verschiedene Tendenzen bei der gerichtlichen Auslegung des Begriffs „gewerbliches Ausmaß“ erkennbar. Nach den bislang bekannt gewordenen Urteilen soll es bereits ausreichen, dass ein Verbraucher ein einziges Album online in einer Tauschbörse zum Download anbietet.

Dieser Rechtsauffassung schlossen sich die Landgerichte Köln, Bielefeld, Oldenburg, Frankfurt am Main und Nürnberg an.<sup>2</sup> Auch das OLG Köln bestätigte diese Auslegung, indem es das Handeln einer Privatperson beim Angebot eines einzelnen, vollständigen Albums, welches sich in der relevanten Verkaufsphase befinde, einem gewerblichen Anbieter gleichstellte.<sup>3</sup> Eine Person, die der Öffentlichkeit ein gesamtes Album „zum Erwerb anbietet“, trete wie ein gewerblicher Anbieter auf. Die Person könne und wolle nicht mehr kontrollieren, in welchem Umfang von seinem Angebot Gebrauch gemacht wird. Eine Rechtsverletzung im "gewerblichen Ausmaß" liege vor, wenn ein gesamtes Musikalbum in der relevanten Verkaufs- bzw. Verwertungsphase über eine Internettauschbörse öffentlich angeboten werde.

---

<sup>2</sup> LG Köln Az.: 28 AR 4/08; LG Bielefeld Az.: 4 O 328/08; LG Oldenburg Az.: 5 O 2421/08; LG Frankfurt am Main Az.: 2-06 O 534/08; LG Nürnberg Az.: 3 O 8013/08.

<sup>3</sup> OLG Köln Az.: 6 Wx 2/08.

Eine andere Auffassung vertraten demgegenüber das LG Frankenthal und das OLG Zweibrücken<sup>4</sup>, die beim Angebot eines Computerprogramms im Wert von 25 Euro das „gewerbliche Ausmaß“ verneinten, weil es keine Rechtsverletzung von erheblicher Qualität darstelle.

Die unterschiedliche Rechtsprechung zum Begriff „gewerbliches Ausmaß“ zeigt, dass neben regionalen Abweichungen auch eine Tendenz besteht, im Falle von Musikdownloads bereits bei geringfügigen Urheberrechtsverletzungen von einem „gewerblichen Ausmaß“ auszugehen. Die Bezugnahme auf die „relevante Verkaufsphase“ in der Entscheidung des OLG Köln lässt erkennen, dass offensichtlich auch der entstandene Schaden auf Seiten des Rechtsinhabers bei der Auslegung des „gewerblichen Ausmaßes“ herangezogen wird.

### **3. Bewertung**

Aus Sicht des Verbraucherzentrale Bundesverbandes ist diese Entwicklung in der Rechtsprechung äußerst beunruhigend. Keinesfalls geht es in dieser Diskussion um die Bagatellisierung von Urheberrechtsverletzungen. Bei der Verfolgung und zivilrechtlichen Ahndung der Verstöße muss aber – so wie in allen Fragen des Rechtsschutzes – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden.

Das Auskunftsbegleichen ist der Ausgangspunkt von Abmahnungen, die häufig mit erheblichen Kostenforderungen gegenüber Verbrauchern verbunden sind. Die betroffenen Verbraucher sind regelmäßig Eltern, die den Urheberrechtsverstoß selbst nicht begangen haben. Sie sind angesichts der verlangten Geldforderungen nicht selten finanziell und rechtlich überfordert. Die zivilrechtliche Ahndung von Urheberrechtsverstößen mit kostenintensiven Abmahnungen darf deshalb erst bei Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle möglich sein. Dieser Auffassung haben sich auch die Bundesregierung und der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie angeschlossen.

Die dementsprechend vom OLG Zweibrücken zu Recht geforderte Erheblichkeit des Urheberrechtsverstoßes wird von der offenbar herrschenden Rechtsprechung nahezu vollständig aufgegeben. Wenn ein einziges Album, das auch als eine einheitliche Datei im Internet legal verkauft wird, bereits mit gewerblichem Handeln gleichgesetzt wird, ist die von der Richtlinie und dem deutschen Urheberrecht intendierte Unterscheidung zwischen kommerziellen und privaten Interessen bei der Urheberrechtsverletzung nicht mehr erkennbar.

#### **a) Abgrenzung von privatem und gewerblichem Handeln**

In allen genannten Urteilen handelte es sich um Verletzungen von Urheberrechten in Tauschbörsen. Diese werden nahezu uneingeschränkt nicht zu gewerblichen Zwecken begangen, sondern von Privatpersonen, die nicht planmäßig und dauerhaft mit Gewinn- oder Einnahmeerzielungsabsicht handeln. Dies zeigt, dass es den meisten Gerichten zufolge keineswegs auf die Abgrenzung von gewerblichem und nicht-gewerblichem Handeln nach den üblichen rechtlichen Maßstäben ankommt. Mitunter wird gewerbliches Handeln völlig sachfremd damit begründet, dass eine „private“ Nutzung (die dann als begriffliches Gegenstück der gewerblichen Nutzung gegenübergestellt wird) im urheberrechtlichen Sinne im Online-Bereich *nie* vorliege. Die Gerichte lassen den Auskunftsanspruch offensichtlich auch zu, wenn Handeln zu privaten Zwecken einen vermuteten Schaden herbeiführt, der nach ihrer Ansicht –

<sup>4</sup> LG Frankenthal Az: 6 O 325/08; OLG Zweibrücken Az.: 3 W 184/08.

ohne dass dies definierbar oder wirtschaftlich beziffert worden wäre – gewerblichem Handeln entspricht.

Mit den Beweggründen des deutschen und des EU-Gesetzgebers sind diese Entscheidungen nur schwerlich vereinbar. In der Beschlussempfehlung des Bundestags<sup>5</sup> wird auf den 14. Erwägungsgrund<sup>6</sup> der Richtlinie verwiesen, nach dem sich in gewerblichem Ausmaß vorgenommene Rechtsverletzungen dadurch auszeichnen, dass sie „zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen werden“. „Handlungen, die in gutem Glauben von Endverbrauchern vorgenommen werden, sind hiernach in der Regel nicht erfasst.“

In der Gegenäußerung der Bundesregierung zu einer Stellungnahme des Bundesrates auf den Regierungsentwurf für das Durchsetzungsgesetz heißt es: „Der Begriff „in gewerblichem Ausmaß“ entstammt der Richtlinie und wurde in den Gesetzentwurf übernommen, wo dies notwendig war. Im Markengesetz und Urheberrechtsgesetz setzt der Auskunftsanspruch auch nach geltendem Recht voraus, dass im geschäftlichen Verkehr gehandelt worden ist. Der Gesetzentwurf hat insofern auf die dort eingeführten Begriffe zurückgegriffen, gerade um an die bisherige Regelung zum Auskunftsanspruch anzuknüpfen, die in der Praxis eingeführt ist und keine Schwierigkeiten bereitet.“ Auch hierin geht die Bundesregierung offensichtlich davon aus, dass ein gewerbliches Ausmaß nur vorliegen kann, wenn es um gewerbliche – also dauerhafte, planmäßige auf Gewinn- oder Erwerbserzielung ausgerichtete – Handlungen geht.

In den von den Gerichten entschiedenen Fällen ging es dagegen um Handlungen von Privatpersonen, die offensichtlich nicht der Gewinnerzielung dienen. Die Gerichte hätten sich hier zumindest mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob Tauschbörsennutzer mit ihrem Verhalten wirtschaftliche Vorteile bezwecken (zum Beispiel weil sie durch die Teilnahme an Tauschbörsen Geld sparen wollen) und ob es sich im jeweiligen Fall um Urheberrechtsverletzungen von „Endverbrauchern in gutem Glauben“ gehandelt hat. Solche Überlegungen standen jedoch bei der Entscheidungsfindung offensichtlich nicht im Vordergrund, sondern vielmehr eine eigene Einschätzung der Gerichte über den durch solche Handlungen angerichteten Schaden sowie eine subjektive Bewertung darüber, ob die Auskunft erteilt und der Nutzer verfolgt werden soll oder nicht.

Die Formulierung in § 101 Abs. 1 Satz 2 UrhG, wonach sich Indizien auf ein gewerbliches Ausmaß aus der Schwere und der Anzahl der Rechtsverletzung(en) ergeben sollen, fördert offensichtlich eine solche Haltung. Die Gerichte legen ihre eigene Bewertung der Situation und deren Folgen als Entscheidungsmaßstab zugrunde; es wird nicht mehr anhand des eigentlich entscheidenden Aspekts, der Motivation und Zielsetzung der rechtswidrigen Nutzungshandlung, unterschieden. Hierdurch verschwimmt die Trennung zwischen gewerblichen und nicht-gewerblichen Nutzungshandlungen: Verbraucher werden – nicht zuletzt aufgrund der gesetzlichen Formulierungen – mit gewerblichen Rechtsverletzern auf eine Stufe gestellt.

---

<sup>5</sup> BT-Drucks. 16/8783, S. 50.

<sup>6</sup> Dieser lautet: „Nur bei in gewerblichem Ausmaß vorgenommenen Rechtsverletzungen müssen die Maßnahmen nach Artikel 6 Absatz 2, Artikel 8 Absatz 1 und Artikel 9 Absatz 2 angewandt werden. Unbeschadet davon können die Mitgliedstaaten diese Maßnahmen auch bei anderen Rechtsverletzungen anwenden. In gewerblichem Ausmaß vorgenommene Rechtsverletzungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen werden; dies schließt in der Regel Handlungen aus, die in gutem Glauben von Endverbrauchern vorgenommen werden.“

## b) Verhältnismäßigkeit

Mit der Frage der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs setzt sich die Rechtsprechung – soweit erkennbar – kaum auseinander, obwohl der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowohl im Urheberrechtsgesetz (§ 101 Abs. 4) wie auch in der Durchsetzungsrichtlinie ausdrücklich erwähnt wird. Die Rechtsprechung stützt den Auskunftsanspruch allein auf das „gewerbliche Ausmaß“ (§ 101 Abs. 1 UrhG), die „offensichtliche Rechtsverletzung“ (§ 101 Abs. 2 UrhG) und die zumindest zweifelhafte datenschutzrechtliche Eingriffsbefugnis in § 101 Abs. 9 UrhG.

Bei dieser Anwendung bleibt weitgehend unberücksichtigt, dass die Durchsetzungsrichtlinie den Auskunftsanspruchs ausdrücklich unter einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt stellt (Art. 8 (1)). Dementsprechend hat auch der Europäische Gerichtshof den Auskunftsanspruch einschränkend interpretiert. Der EuGH hat deutlich gemacht, dass aus der Richtlinie keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten erwächst, einen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch ohne Berücksichtigung der Grundrechte der Betroffenen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorzusehen:

*„68. Es ist daher Sache der Mitgliedstaaten, bei der Umsetzung der genannten Richtlinien darauf zu achten, dass sie sich auf eine Auslegung derselben stützen, die es ihnen erlaubt, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen. Bei der Durchführung der Maßnahmen zur Umsetzung dieser Richtlinien haben die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten nicht nur ihr nationales Recht im Einklang mit diesen Richtlinien auszulegen, sondern auch darauf zu achten, dass sie sich nicht auf eine Auslegung dieser Richtlinien stützen, die mit diesen Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiert“<sup>7</sup>*

Noch ist nicht absehbar, ob die bislang in Deutschland ergangene Rechtsprechung einer höchststrichterlichen Kontrolle Stand halten wird. Es zeichnet sich aber ab, dass die Ausgestaltung des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs den Gerichten einen erheblichen Beurteilungsspielraum einräumt.

Die rechtspolitisch wesentliche Frage, in welchen Fällen die individuelle Rechtsdurchsetzung gegenüber Verbrauchern auf dem umstrittenen Abmahnungsweg mit hohen Geldforderungen im Einzelfall verfolgt werden soll, wird damit auf die Rechtsprechung verlagert. Die bislang vorwiegend von den Staatsanwaltschaften getroffene Entscheidung über den Auskunftsanspruch wird damit wiederum nicht politisch gelöst, sondern lediglich den Zivilgerichten übertragen.

## c) Datenschutz

Dem Begriff des „gewerblichen Ausmaßes“ kommt dabei auch eine erhebliche **datenschutzrechtlicher Dimension** zu, weil die allgemeinen Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs gleichzeitig die datenschutzrelevanten Auskünfte der Internet Service Provider begrenzen. Das zeigt die zitierte Entscheidung des OLG Köln, welches die Herausgabe von Verkehrsdaten der betroffenen Verbraucher allein auf Grundlage der urheberrechtlichen Verfahrensbestimmung des § 101 Abs. 9 UrhG für zulässig erachtet hat.

---

<sup>7</sup> EuGH, Urteil vom 29.01.2008 – C.275/06 (Promusicae/Telefonica).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits die Datenspeicherung, die zu Abrechnungszwecken regelmäßig nicht erforderlich ist, keine Rechtsgrundlage im TKG findet. Wenn auf diese Daten ohne nähere datenschutzrechtliche Prüfung zurückgegriffen werden soll, muss auch die datenschutzrechtliche Dimension im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs stärker berücksichtigt werden, als dies bislang in der Legaldefinition des „gewerblichen Ausmaßes“ § 101 Abs. 1 UrhG der Fall ist.

#### **d) Begrenzung der Abmahnungskosten (§ 97 a Abs. 2 UrhG)**

Schließlich sollte auch im Rahmen der grundsätzlich sehr zu begrüßenden Begrenzung von Abmahnungskosten nicht übersehen werden, dass die Auslegung des Begriffs „gewerbliches Ausmaß“ nicht ohne Folge bleiben wird. Die Begrenzung der Abmahnungsaufwendungen auf 100 Euro (§ 97 a Abs. 2 UrhG) steht unter dem Vorbehalt, dass die Urheberrechtsverletzung „unerheblich“ ist und sich „außerhalb des geschäftlichen Verkehrs“ ereignete.

Wenn aber bereits bei der Prüfung des Auskunftsanspruchs das „gewerbliche Ausmaß“ und die datenschutzrechtliche Eingriffsbefugnis bejaht wurde, ist kaum vorstellbar, dass im gleichen Verfahren bei der Entscheidung über die Abmahngebühr sowohl die „Erheblichkeit“ wie auch der „geschäftliche Verkehr“ in Abgrenzung zum „gewerblichen Ausmaß“ verneint wird. Die auch nach Auffassung der Bundesregierung rechtspolitisch unbedingt erforderliche Begrenzung der Abmahngebühren wird deshalb bei den Tauschbörsenfällen voraussichtlich gar nicht zur Anwendung kommen und somit praktisch weitgehend leerlaufen.

Diese Befürchtung scheint sich nach ersten Erfahrungen mit Abmahnungen seit dem 1. September 2008 bereits zu bestätigen. Nach ersten Erkenntnissen der Verbraucherzentralen beschränken die Rechtsanwälte der Rechtsinhaber ihre Abmahnungsgebühren auch dann nicht im Sinne von § 97 a Abs. 2 UrhG, wenn es sich lediglich um eine einzelne öffentlich zugänglich gemachte Datei – beispielsweise auf einer privaten Homepage - handelt. Hierzu tragen vermutlich auch die weiteren restriktiven Tatbestandsmerkmale in § 97 a Abs. 2 UrhG bei; Gerichtsentscheidungen liegen hierzu bislang jedoch noch nicht vor.<sup>8</sup>

### **3. Schlussfolgerungen und Empfehlung**

Offensichtlich reichen weder die Vorgaben in der Durchsetzungsrichtlinie noch in deren Umsetzung im deutschen Urheberrechtsgesetz aus, um den Auskunftsanspruch, die damit verbundenen datenschutzrechtlichen Eingriffe und die mit einer Abmahnung gegenüber Verbrauchern verbundenen finanziellen Folgen der notwendigen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterwerfen.

Die Bundesregierung wird deshalb gebeten, im Rahmen der Richtlinienevaluierung und der Umsetzung im deutschen Urheberrecht dafür einzutreten, dass der Begriff des „gewerblichen Ausmaßes“ in der Richtlinie 2004/48/EG durch eine klarere und unmissverständlichere Formulierung unter strenger Wahrung der Verhältnismäßigkeit und des Datenschutzes zu ersetzen ist.

---

<sup>8</sup> Vgl. aber OLG Brandenburg, Urteil vom 03.02.2009, Az.: 6 U 58/08, Verwendung eines Fotos in einer Online-Auktion: <http://www.olg.brandenburg.de/sixcms/media.php/1411/PM%20Foto-Urheberrecht%20Internetauktion.pdf>