

Beweisfragen bei der Inanspruchnahme des Anschlussinhabers

A. Einleitung

Die Anonymität im Internet ist für Vertreter des freien Internets eine elementare Säule der digitalen Welt, die zwar früher noch unantastbar war, mittlerweile jedoch auf publizistischer Ebene zur Debatte steht.¹ Denn im Internet versteckt die Anonymität die Identität des Einzelnen wie ein verzauberter Tarnumhang. Getreu der Floskel „die Gelegenheit macht den Dieb“ kommt es gerade deshalb zu vielen Rechtsverletzungen. Überwiegend werden im Internet Urheberrechte und Persönlichkeitsrechte angegriffen.² Für eine effektive Bestrafung bzw. Unterbindung der Rechtsverletzung ist Kenntnis über die Täterschaft bzw. Urheberschaft der rechtsverletzenden Handlung notwendig. Allerdings ist mit der anonymen Nutzung das elementare Problem der Rechtsdurchsetzung eng verknüpft: Wer ist der Täter?

Im Kern ist diese Frage die Ursache für die Beweisfragen bei der Inanspruchnahme von Anschlussinhabern. Die Gerichte befassen sich gegenwärtig mit Abmahnungen wegen Urheberrechtsverletzungen, die vor geraumer Zeit mittels Filesharing über private WLAN-Anschlüsse begangen wurden.³ Folglich wird der Fokus dieser Arbeit auf die Inanspruchnahme solcher privater Anschlussinhaber liegen. Die Anzahl der Abmahnungen hat zwar stark abgenommen. Seit der Gesetzesreform 2013 ist die Zahl von 575.800 im Jahre 2010 zu 74.574 im Jahre 2014 deutlich zurückgegangen.⁴ Zudem ergab sich aus einer Studie der EU-Kommission, dass Filesharing geringeren wirtschaftlichen Schaden anrichtet als erwartet.⁵ Dennoch beschäftigt das Filesharing immer noch sowohl die erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung⁶

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar am Saarländischen Oberlandesgericht. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die der Verfasser im Sommersemester 2019 im Rahmen seines Zertifikatsstudiums („IT-Recht und Rechtsinformatik“) angefertigt hatte.

¹ *Horchert*, Klarnamenpflicht im Internet, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/klarnamenpflicht-im-internet-warum-anonymitaet-im-netz-so-wichtig-ist-a-1268306.html> (abgerufen am 17.09.2019).

² *Hoeren/Sieber/Holzengel MMR-HdB/Hoeren*, Stand: Februar 2019, Teil 18.2, Rn. 2.

³ *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2019, 1 (7).

⁴ Vgl. Bundesregierung, 30.7.2018, BT-Drs. 19/3644, S. 9.

⁵ *Dobusch*, Beitrag vom 20.09.2017, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2017/eu-kommission-versteckte-unbequeme-piraterie-studie-zwei-jahre-vor-der-oeffentlichkeit/> (abgerufen am 17.09.2019).

⁶ LG Frankfurt a. M., ZUM-RD 2019, 221 (221 ff.); AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.).

als auch die höchstrichterliche Rechtsprechung.⁷

Hierbei sieht der typische Sachverhalt der richterlichen Praxis in etwa folgendermaßen aus:

Auf dem Arbeitstisch des Richters landet eine Klageschrift eines Unternehmens, das die Rechte von Urhebern wahrnimmt. Beantragt wird Schadensersatz und Ersatz der Abmahnkosten gegenüber einer älteren Frau. Die Beklagte soll als Anschlussinhaberin nachweislich zu einer bestimmten Zeit ein Zombie-Ego-Shooter-Videospiel im Wege des Filesharing über ein P2P-Netzwerk öffentlich zugänglich gemacht haben. Es kommt dann zur mündlichen Verhandlung, in der der Richter letztlich entscheiden muss, ob diese Frau, die nach eigenen Behauptungen noch nie ein Videospiel gespielt hat und sich offensichtlich weder mit Filesharing noch mit P2P-Netzwerken auskennt, Täterin der Verletzungshandlung ist. Überraschend für den außenstehenden Laien ergeht in solchen Fällen öfter als erwartet ein positives Urteil für den Kläger.⁸ Der Richter entscheidet, dass er tatbestandlich davon überzeugt ist, dass die ältere Frau eine Filesharing-Software wie „Gnutella“ oder „Bittorrent“ herunterlud und installierte, daraufhin ein Zombie-Ego-Shooter-Videospiel wie „Resident Evil“ suchte, herunterlud und dabei das Spiel öffentlich zugänglich machte.

Wie der Richter Schritt für Schritt zu einer solchen dem Bauchgefühl eines jeden Durchschnittsbürgers widersprechenden Entscheidung kommt, wird der wesentliche Gegenstand dieser Untersuchung (B.) sein. Anschließend wird die Kritik an dem Vorgehen der Rechtsprechung vorgestellt (C.) und dazu ergangene erst- und zweitinstanzliche Entscheidungen mit Rücksicht auf die Kläger- und Beklagten-seite analysiert (D.). Vorerst soll noch der tatsächliche Weg zur Inanspruchnahme des Anschlussinhabers vorgezeichnet und die erforderlichen materiell-rechtlichen Grundlagen erläutert werden.

I. Der tatsächliche Weg zur Inanspruchnahme

Die Inanspruchnahme des Anschlussinhabers erfolgt tatsächlich in mehreren Schritten. Zu Beginn beauftragt der Rechteinhaber eine Ermittlungsfirma (auch Logfirma genannt), welche sich darauf spezialisiert hat, in P2P-Tauschbörsen Urheberrechtsverletzungen aufzuspüren. Die Logfirma ermittelt dabei die IP-Adresse des Verletzers mittels einer besonderen Software und übermittelt diese an den

⁷ BVerfG, GRUR 2019, 606; EuGH, GRUR 2018, 1234; BGH, GRUR-RR 2017, 484.

⁸ So ähnlich in LG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.04.2018, 2-03 S 17/17, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/lg-frankfurt-urteil-vom-19-04-2018-2-03-s-17-17> (abgerufen am 23.08.2021).

Rechteinhaber zurück.⁹ Im nächsten Schritt wendet sich der Rechteinhaber an den jeweiligen betroffenen Internet Service Provider (ISP), der nach §§ 113b, 96 TKG Protokoll darüber führen muss, welche dynamische IP-Adresse von welchem Anschlussinhaber zu welchem Zeitpunkt genutzt wurde. Der ISP darf diese Daten jedoch nicht ohne richterliche Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG herausgeben. Daher hat der Rechteinhaber insgesamt drei Anträge zu stellen. Zunächst verlangt er gegenüber dem ISP Herausgabe der Information, welcher Anschluss zu dem ermittelten Zeitpunkt der ermittelten IP-Adresse zugeordnet war und die Anschrift des Inhabers des konkreten Anschlusses. Des Weiteren stellt der Rechteinhaber zwei Anträge an das zuständige Landgericht. Zum einen beantragt er eine richterliche Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG und zum anderen beantragt er im Wege einer einstweiligen Verfügung ein Unterlassen des ISP, die relevanten Logdateien zu löschen.¹⁰ Nachdem das Gericht den ISP verpflichtet, die Identität des Anschlussinhabers und dessen Anschrift preiszugeben, und der ISP diese Verpflichtung erfüllt hat, wendet sich der Rechteinhaber im letzten Schritt unmittelbar an den Anschlussinhaber und verlangt Schadensersatz und Ersatz der Abmahnkosten.

II. Materiell-rechtliche Grundlagen

Schadensersatz verlangt der Rechteinhaber nach § 97 Abs. 2, Abs. 1 UrhG, weil er von einer Täterschaft des Anschlussinhabers bzgl. einer Verletzung des § 19a UrhG ausgeht. Problematisch ist die Begründung verschiedener Tatbestandsmerkmale außerhalb der täterschaftlichen Verantwortlichkeit. Oft wird der urheberrechtliche Schutz der konkret ermittelten zum Download verfügbaren Datei in Frage gestellt, wenn sie nur ein Dateifragment ist, welche die Nutzung des Werkes nicht ermöglicht.¹¹ Andere umstrittene Fragen sind die Bestimmung des Gegenstandswerts bzw. des Schadens¹² und die Verjährung¹³ des Schadensersatzanspruchs. Die Abmahnkosten versucht der Rechteinhaber nach § 97a Abs. 3 Satz 1 UrhG ersetzt zu bekommen. Auch hier verursachen einige Voraussetzungen des Anspruchs juristisch mühsame Hürden. Grundlage des Abmahnanspruchs ist ein Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs. 1 UrhG,¹⁴ sodass sich ähnliche Probleme wie beim Schadensersatzanspruch ergeben. Hinzu kommt die streitige Frage, ob bei einem privaten

⁹ *Völmann-Stickelbrock*, FS Schilken, 2015, 539 (548); *Lutz*, VuR 2010, 337, (340).

¹⁰ *Völmann-Stickelbrock*, FS Schilken, 2015, 539 (541 f.).

¹¹ BGH, MMR 2018, 303 (304 f.); *Reuther*, MMR 2018, 433 (435).

¹² BGH, NJW 2016, 942 (948 f.); OLG Köln, ZUM 2012, 697 (700 f.); jurisPK-Internetrecht/*Heckmann/Paschke*, 6. Aufl. 2019, Kapitel 3.2, Rn. 242 ff.; *Obergfell*, NJW 2016, 910 (911).

¹³ AG Düsseldorf, MMR 2015, 752 (752); *Reuther*, MMR 2018, 433 (436).

¹⁴ BeckOK UrhR/*Reber*, Stand: 15.07.2019, UrhG, § 97a, Rn. 18.

Anschlussinhaber die Deckelung des Erstattungsanspruchs gemäß § 97a Abs. 3 Satz 2 UrhG Anwendung findet oder ob nach § 97a Abs. 3 Satz 4 UrhG davon eine Ausnahme wegen Unbilligkeit zu machen ist.¹⁵

Im prozessrechtlichen Vordergrund beider Ansprüche steht jedoch die Begründung der Täterschaft des Anschlussinhabers als Mammutaufgabe des klägerseitigen Anwalts. Dieser Nachweis ist umso relevanter geworden, als der Gesetzgeber mit § 8 Abs. 1 Satz 2 TMG die Störerhaftung der Anschlussinhaber abschaffte.¹⁶ Denn mit der Täterschaft des Anschlussinhabers steht und fällt das gesamte Begehren des Rechteinhabers. Mithin sollen die Beweisfragen um die anderen materiell-rechtlichen Probleme im Folgenden ausgeblendet werden, um die besonderen Beweisfragen bei der Begründung der Täterschaft zu erkunden und zu würdigen.

B. Die Rechtsprechung des BGH

Die beschwerliche Ausgangssituation des Rechteinhabers ist es, dass er die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, die täterschaftliche Verantwortlichkeit des Beklagten nachzuweisen.¹⁷ Er muss den Richter im Prozess entsprechend dem Beweismaß des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO davon überzeugen, dass der Anschlussinhaber die Verletzungshandlung eigenhändig begangen hat. Nach dem Regelbeweismaß erfordert dies keine unumstößliche Gewissheit und auch keine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Vielmehr muss sich das Gericht in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.¹⁸ Auf erstem Blick scheint die Erfüllung dieser äußerst hohen Anforderungen zum Nachweis der Täterschaft des Anschlussinhabers aufgrund der geringen zur Verfügung stehenden Beweismittel nahezu unmöglich. Allerdings hat der BGH mit mehreren Entscheidungen zwei prozessrechtliche Modifikationen im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt. Dabei wird dem Kläger mit der tatsächlichen Vermutung der Täterschaft des privaten Anschlussinhabers einerseits und mit der sekundären Darlegungslast des privaten Anschlussinhabers andererseits prozessual „unter die Arme gegriffen“.

¹⁵ AG Bochum, BeckRS 2018, 1143; AG Charlottenburg, BeckRS 2017, 127021; BeckOK UrhR/*Reber* (Fn. 14), § 97a, Rn. 27 f.

¹⁶ Bundesregierung, BT-Drs. 18/12202, 1; *Ohly*, JZ 2019, 251 (252).

¹⁷ Hoeren/Sieber/Holznapel MMR-HdB/*Sesing* (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 67.

¹⁸ BGH, NJW 2004, 777 (778); BGH, NJW 1970, 946 (947); Hk-ZPO/*Saenger*, 8. Aufl. 2019, § 286 ZPO, Rn. 13.

I. Tatsächliche Vermutung

Erstmals in dem Urteil vom 12.05.2010 („Sommer unseres Lebens“)¹⁹ hat der BGH eine tatsächliche Vermutung für die Täterschaft des privaten Anschlussinhabers angenommen.²⁰ Die tatsächliche Vermutung ist allgemein betrachtet ein von der Rechtsprechung in der Vergangenheit bereits viel verwendetes rechtliches Konstrukt, welches der Überwindung praktischer Nachweisprobleme dient.²¹ Ihre dogmatische Herkunft ist umstritten, da sie von der Rechtsprechung teilweise als Anscheinsbeweis bzw. Indizienbeweis²² und teilweise als Beweislastumkehr²³ behandelt wird. Überwiegend spricht sich die Literatur in solchen Fällen der Haftung eines Anschlussinhabers für einen Anscheinsbeweis aus.²⁴ Jedenfalls ist ihre Rechtsnatur nicht für die konkreten Beweisfragen derart entscheidend, dass sie hier umfassend zu erörtern ist. Weitgehend besteht nämlich Einigkeit, dass die tatsächliche Vermutung allgemein auf einem Satz der alltäglichen Lebenserfahrung beruhen muss, deren Wahrscheinlichkeit so hoch ist, dass sie eine entsprechende Schlussfolgerung im konkreten Einzelfall zulässt.²⁵ Ein Erfahrungssatz knüpft folglich – ähnlich einem Anscheinsbeweis – an das Vorliegen von bestimmten tatsächlichen Umständen und vermutet dann einen gewissen Umstand, wenn dieser nach allgemeiner Lebenserfahrung folgt.²⁶ Konkret nimmt die Rechtsprechung in Fällen der Inanspruchnahme privater Anschlussinhaber an, dass der Anschlussinhaber den Upload des Werkes eigenhändig begangen hat, wenn die Handlung einerseits dem Anschluss zuzuordnen ist und andererseits keine ernsthafte Möglichkeit besteht, dass ein Dritter die Handlung hätte begehen können.²⁷

¹⁹ BGH, MMR 2010, 565 (565 f.).

²⁰ BGH, MMR 2014, 547 (548); BGH, MMR 2013, 388 (390).

²¹ BGH, NJW 2002, 3165 (3165); BVerwG, ZIP 1999, 202 (202); BGH, NJW 1986, 1244 (1244); OLG Hamm, GRUR 1988, 717 (717); vgl. auch Zöllner/Greger, ZPO, 32. Aufl. 2018, Vor § 284, Rn. 33.

²² BGH NJW 2012, 2435 (2439); OLG München, MMR 2016, 195 (196).

²³ BGH NJW 2012, 2427 (2429 f.); dagegen wiederum BGH, NJW 2010, 363 (364).

²⁴ Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 286, Rn. 25; MüKoZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 292, Rn. 7; Hoeren/Sieber/Holzner MMR-HdB/Sesing (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 72; Völzmann-Stückelbrock, FS Schilken, 2015, 539 (544 ff.).

²⁵ Laumen, MDR 2015, 1 (3); Hoeren/Sieber/Holzner MMR-HdB/Sesing (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 69.

²⁶ Hk-ZPO/Saenger (Fn. 18), § 286 ZPO, Rn. 38, 42.

²⁷ BGH, NJW 2018, 68 (69); BGH, NJW 2017, 78 (80); BGH, NJW 2016, 953 (955); vgl. auch Sesing, MMR 2016, 376 (378 f.).

1. Zuordnung der Eingriffshandlung an den Anschluss

Zunächst muss der Kläger also den Richter überzeugen, dass die rechtsverletzende Eingriffshandlung vom Anschluss des in Anspruch genommenen Anschlussinhabers stammt. Die bereits genannten Schritte hinsichtlich der Ermittlung der IP-Adresse durch die Logfirma und der Herausgabe der Informationen des Anschlussinhabers gegenüber dem ISP hat der Rechteinhaber darzulegen und im Fall des Bestreitens mit den zulässigen Beweismitteln der ZPO zu beweisen.

a) Nachweis des Ermittlungsverfahrens

Für den Nachweis der Ermittlung der IP-Adresse durch die Logfirma muss der Rechteinhaber zum einen eine zuverlässige Ermittlungssoftware²⁸ genutzt haben und zum anderen die Protokollergebnisse der Logfirma vorlegen. Hierbei entdeckt i.d.R. die Ermittlungssoftware anhand des Hashwertes der Datei eine IP-Adresse, von der aus die Datei hochgeladen wird, und trägt diese nebst Zeitstempel in ein Protokoll ein. Diese Suche mittels Hashwert kann allerdings zu fehlerhaften Ergebnissen führen, da es zu Kollisionen der Hashwerte kommen kann. Zwei Dateien können denselben Wert haben, sodass fälschlicherweise angenommen werden würde, dass von einem Anschluss ein Eingriff in das Recht aus § 19a UrhG vorläge.²⁹ Die Zuverlässigkeit des Ermittlungsvorgangs der Logfirma muss durch einen Mitarbeiter desselben Unternehmens glaubhaft bestätigt werden.³⁰ Unzureichend ist die alleinige Vorlage von Ausdrucken der beauftragten Ermittlungsfirma.³¹

Für den Nachweis der Zuordnung der IP-Adresse zum Anschlussinhaber durch den ISP sind i.d.R. eine zuverlässige Protokollierung des ISPs und das Vorlegen der Logdatei erforderlich, aus dem sich die konkrete Zuordnung ergibt.³² Die alleinige Vorlage einer Excel-Datei der Ergebnisse eines ISPs ist nicht ausreichend.³³

²⁸ Lutz, VuR 2010, 337 (440); unzureichende Begründung der Zuordnung wegen veralteter Ermittlungssoftware in LG Frankenthal, ZUM-RD 2015, 277 (277 ff.).

²⁹ LG Frankenthal, MMR 2009, 487 (488); LG Köln, BeckRS 2008, 23649.

³⁰ BGH, GRUR 2016, 176 (179).

³¹ LG Hamburg, ZUM-RD 2008, 303 (303); jurisPK-Internetrecht/Heckmann/Paschke (Fn. 12), Kap. 3.2, Rn. 260.

³² AG Bielefeld, ZUM 2018, 736 (736 f.).

³³ LG Köln, Urt. v. 17.05.2018 – 14 S 2/17 –, juris, Rn. 26 ff.

b) Fehlerquellen

Problematisch ist die Vielzahl an Fehlerquellen hinsichtlich der Logdateien sowohl der Logfirma als auch der ISPs.³⁴ Zwar ist davon auszugehen, dass bei den ISPs die Zuordnung der IP-Adressen sich seit dem Beschluss des Landgerichts Köln aus dem Jahre 2008³⁵ verbessert haben. Damals wurde in einer Vielzahl von Verfahren von der Staatsanwaltschaft festgestellt, dass die Quote der fehlerhaften, nicht zuzuordnenden IP-Adressen deutlich über 50 % aller angezeigten Fälle betrug.

Heute können die Datenverarbeitungsprogramme, welche die Logdateien erstellen, trotzdem noch an Anwendungsfehlern oder systemischen Fehlern leiden. Diese Programme arbeiten auch grundsätzlich automatisiert, sodass wegen des Fehlens einer menschlichen Kontrollinstanz die Fehlerwahrscheinlichkeit höher ist. Hinzu kann auch die i.d.R. zuverlässige Software im Einzelfall fehlerhafte Ergebnisse liefern, bedingt durch Serverprobleme, Updates oder sonstige Änderungen der Software. Es kann wegen verschiedener Zeiteinstellungen einerseits bei dem Logprogramm der Ermittlungsfirma und andererseits dem Logprogramm des ISPs dazu kommen, dass der falsche Anschlussinhaber ermittelt wird.³⁶ Schließlich ist eine bewusste Manipulation der Ergebnisse des Programms durch das Personal des ISPs oder der Logfirma denkbar.³⁷

Mithin reicht eine Einfachermittlung, d.h. das Ermitteln einer IP-Adresse, von der aus nur eine rechtsrelevante Eingriffshandlung zu lediglich einem einzigen Zeitpunkt nachweisbar ist, üblicherweise nicht zum Nachweis aus. Zur Überzeugung des Gerichts ist eine sogenannte „echte Mehrfachzuordnung“ notwendig, um das Risiko der Fehlerwahrscheinlichkeit zu minimieren und vernünftige Zweifel an der Richtigkeit zum Schweigen zu bringen.³⁸ Die ermittelten IP-Adressen sind dynamisch, d.h. sie sind nicht statisch derart, dass sie permanent demselben Anschlussinhaber zugeordnet werden. Vielmehr ändert sich die Zuordnung der IP-Adressen bei jeder Einwahl ins Internet.³⁹ Deswegen sind die vernünftigen Zweifel zum Schweigen gebracht, wenn über einen längeren Zeitraum verschiedene IP-Adressen

³⁴ Vgl. AG Köln, ZUM-RD 2018, 39 (41); *Härtling*, Internetrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1678; *Lutz*, VuR 2010, 337 (340 f.); *Suwelack*, Die ökonomische Analyse des Filesharings, S. 166; *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2017, 217 (230).

³⁵ LG Köln, BeckRS 2008, 23649.

³⁶ Vgl. AG Köln, ZUM-RD 2018, 39 (41); *Lutz*, VuR 2010, 337 (341).

³⁷ *Heckmann/Paschke* in jurisPK-Internetrecht, Kap. 3.2, Rn. 259.

³⁸ AG Köln, ZUM-RD 2018, 39 (39); jurisPK-Internetrecht/*Heckmann/Paschke* (Fn. 12), Kap. 3.2, Rn. 265.

³⁹ Hoeren/Sieber/Holzsnagel MMR-HdB/*Sieber* (Fn. 2), Teil 1, Rn. 55; *Grosskopf*, CR 2007, 122 (123).

durch die Logfirma ermittelt werden und alle letztlich ein und demselben Internetanschluss zugeordnet werden.⁴⁰ Eine zu enge zeitliche Diskrepanz wurde vom AG Köln bei Ermittlungen um 22:01:38 Uhr und um 22:10:07 Uhr angenommen.⁴¹

2. Keine ernsthafte Möglichkeit eines anderen Täters

Weitere Voraussetzung der tatsächlichen Vermutung ist die Darlegung und im Falle des Bestreitens der Beweis, dass zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung keine anderen Personen den Anschluss hätten benutzen können.⁴² Dabei muss die ernsthafte Möglichkeit, dass ein bekannter oder unbekannter Dritter die Tat hätte begehen können, ausgeschlossen werden. Erst dann ist die tatsächliche Vermutung „entkräftet“ bzw. „erschüttert“.⁴³

a) Unbekannte Dritte als Täter

Zum Ausschluss der Nutzungsmöglichkeit des Anschlusses durch einen unbekanntem Dritten ist eine hinreichende Sicherung des Anschlusses notwendig.⁴⁴ Damit ist in Anlehnung an das Urteil „Sommer unseres Lebens“ wohl zumindest eine WPA2- oder WPA3-Verschlüsselung gemeint.⁴⁵ WPA wurde damals vom BGH für unzureichend erklärt, obwohl neben Juristen⁴⁶ auch Stimmen der Informatik⁴⁷ sich für eine hinreichende Sicherung durch WPA aussprachen.

Interessanterweise ist seit dem „Dead Island“-Urteil des BGH von 2018 jedoch unstreitig geklärt, dass sich eine Passwortpflicht weder für gewerbliche noch private Anschlussinhaber bei Inbetriebnahme des Anschlusses ergibt.⁴⁸ Damit führt der unverschlüsselte Anschluss nicht mehr zur Störerhaftung des Anschlussinhabers.⁴⁹ Die WLAN-Anbieter können bei Rechtsverletzungen vom Gericht nur noch mittels Sperranordnung verpflichtet werden, ihren Anschluss zu verschlüsseln, vgl. § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 4 TMG. Seit der dritten Änderung des TMG ist die Passwortpflicht entfallen, da der Gesetzgeber das „offene WLAN“ auch bei Privatpersonen

⁴⁰ AG Köln, ZUM-RD 2018, 39 (40 f.).

⁴¹ AG Köln, ZUM-RD 2018, 39 (39).

⁴² BGH, NJW 2018, 65 (65).

⁴³ Vgl. unterschiedliche Begriffe in BGH, MMR 2013, 388 (390).

⁴⁴ BGH, NJW 2017, 1961 (1962); BGH, NJW 2017, 78 (80).

⁴⁵ BGH, NJW 2010, 2061 (2063).

⁴⁶ *Nenninger*, NJW 2010, 2064 (2064); *Mantz*, MMR 2010, 568 (569).

⁴⁷ *Sorge*, CR 2011, 273 (273 ff.).

⁴⁸ BGH, GRUR 2018, 1044 (1048 ff.); vgl. auch *Ohly*, JZ 2019, 251 (252); *Spindler*, GRUR 2018, 1012 (1013).

⁴⁹ *Lüthge*, GRUR-Prax 2018, 443 (443 f.); *Sesing*, EWIR 2018, 731 (732).

fördern will.⁵⁰ Mithin wäre ein Rechteinhaber Opfer einer juristischen Schachmatt-situation, würde der Beklagte sich mit dem Einwand verteidigen, er habe seinen Anschluss nicht hinreichend verschlüsselt. Die Grundlage der tatsächlichen Vermutung würde zerfallen, sodass sowohl eine Täterhaftung als auch eine Störerhaftung nicht mehr in Betracht kommen würde.

b) Bekannte Dritte als Täter

Neben dem Ausschluss der ernsthaften Nutzungsmöglichkeit durch unbekannte Dritte muss der Rechteinhaber weiter darlegen, dass kein dem Anschlussinhaber bekannter Dritter als Täter in Betracht kommt. Die tatsächliche Vermutung gilt nämlich auch bei einem Familienanschluss, bei dem mehrere Personen selbstständigen Zugang haben.⁵¹ Die Vermutung ist erschüttert, wenn der Anschlussinhaber bewusst anderen Personen den Anschluss zur selbstständigen Nutzung überlassen hat und diese als Täter in Betracht kommen.⁵² Es kommt nicht auf die Zugriffsmöglichkeit des Dritten im Allgemeinen, sondern auf die Situation im Verletzungszeitpunkt an. Diese vom Anschlussinhaber bekannten Dritten müssen daher mit Rücksicht auf Nutzverhalten, Kenntnisse und Fähigkeiten sowie in zeitlicher Hinsicht Gelegenheit gehabt haben, die fragliche Verletzungshandlung ohne Wissen und Zutun des Anschlussinhabers zu begehen.⁵³

Würde man sich nun vorstellen, der BGH hätte die tatsächliche Vermutung für solche Filesharing-Fälle isoliert ohne die sekundäre Darlegungslast entwickelt, ergebe sich der offensichtliche Bedarf dieser zweiten prozessrechtlichen Modifikation. Der Anschlussinhaber könnte nämlich durch die Bekanntgabe von geringen Informationen über die in Betracht kommenden Nutzer, denen er den selbstständigen Zugang verschafft hat, den Vortrag des Klägers bestreiten. Dann würde aufgrund der Beweisbedürftigkeit⁵⁴ des Vortrags das Gericht die Beweisaufnahme eröffnen. Dort müsste der Rechteinhaber dann den nahezu unmöglichen Vollbeweis⁵⁵ der Täterschaft erbringen. Dies würde ihm aufgrund der fehlenden Möglichkeiten, die konkrete Nutzung des Anschlusses zum relevanten Zeitpunkt nachzuvollziehen, nicht gelingen. Ihm fehlt nämlich der Einblick in die Nutzungssphäre des Anschlusses. Zur Auflösung dieses Informationsgefälles⁵⁶ hat daher der BGH eng mit der tatsäch-

⁵⁰ Bundesrat, BRat-Drs. 276/17 (B), S. 3.

⁵¹ BGH, NJW 2017, 78 (81).

⁵² BGH, GRUR 2017 386 (387); BGH, NJW 2017, 78 (80); BGH, MMR 2014, 547 (548).

⁵³ BGH, NJW 2017, 78 (81).

⁵⁴ MüKoZPO/Prütting (Fn. 24), § 284, Rn. 93.

⁵⁵ Musielak/Voit/Foerste (Fn. 24), § 286, Rn. 24.

⁵⁶ Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl. 2019, Kap. 22,

lichen Vermutung die sekundäre Darlegungslast als zweite prozessrechtliche Modifikation entwickelt.

II. Sekundäre Darlegungslast

Abermals erstmalig in der „Sommer unseres Lebens“-Entscheidung hat der BGH angenommen,⁵⁷ dass den privaten Anschlussinhaber eine sekundäre Darlegungslast trifft. Hierzu hat der BGH nach mehreren Entscheidungen⁵⁸ eine Reihe von Grundsätzen und Kriterien aufgestellt. Bevor jedoch auf diese eingegangen wird, soll vorerst die Rechtsnatur der sekundären Darlegungslast untersucht werden, um den Sinn und Zweck der Anwendung dieser Beweiserleichterung für die Fälle der Inanspruchnahme des Anschlussinhabers zu veranschaulichen.

1. Rechtsnatur

Grundsätzlich muss der Prozessgegner des Trägers der Darlegungslast vor Gericht auf das substantiierte gegnerische Vorbringen selbst substantiiert erwidern, soweit ihm das möglich und zumutbar ist.⁵⁹ Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn die behaupteten Umstände im Wahrnehmungsbereich des Darlegungspflichtigen liegen oder lagen.⁶⁰ Hat dieser hinreichende Umstände vorgetragen, so bemisst sich der Umfang der Substantiierungslast des Gegners an diesem Vortrag.⁶¹ Schlichtes Bestreiten genügt dem Prozessgegner nur, wenn der ursprüngliche Träger der Darlegungslast lediglich allgemeine Behauptungen aufgestellt hat.⁶² Reicht dem Prozessgegner also zum substantiierten Gegenvortrag hinsichtlich gewisser Umstände ein einfaches Bestreiten, so entstehen erhebliche Beweisprobleme, wenn der Träger der Darlegungs- und Beweislast keinen Einblick in die behaupteten Vorgänge hat.

Beweisermittlungsanträge, die nicht der Ausforschung von vorgetragene(n) Tatsachen dienen, sondern die Ausforschung von Tatsachen erst ermöglichen sollen, sind nicht zulässig.⁶³ Vorprozessual können nicht immer mit Hilfe von materiell-rechtlichen Auskunftsansprüchen, Informationsdefizite überwunden werden, da solche

Rn. 2. Hoeren/Sieber/Holzner/MMR-HdB/Sesing (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 10.

⁵⁷ BGH, MMR 2010, 565 (565 f.).

⁵⁸ BGH, NJW 2017, 1961 (1962); BGH NJW 2017, 78 (81); BGH, NJW 2016, 953 (955); BGH, NJW 2014, 2360 (2361).

⁵⁹ BGH, NJW 2015, 475 (476); Musielak/Voit/Stadler (Fn. 24), § 138 Rn. 10.

⁶⁰ BGH, NJW 2010, 1357 (1358).

⁶¹ BGH, NJW 1996, 1826 (1827); BGH, NJW 1991, 2707 (2709).

⁶² BGH, NJW-RR 2017, 842 (843).

⁶³ BGH, NJW 1995, 2111 (2112); Dölling, NJW 2013, 3121 (3124); Zöller/Greger (Fn. 21), Vor § 284, Rn. 8c.

Ansprüche nur in vereinzelten Bereichen bestehen.⁶⁴ Auch kommt eine Umkehr der Beweislast aufgrund fehlender normativer Regelung (vgl. § 292 ZPO) i.d.R. nicht in Betracht.⁶⁵ Eine prozessuale Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei lehnt die Rechtsprechung ab.⁶⁶ Vielmehr soll laut BGH keine Partei verpflichtet sein, dem Gegner die für den Prozesssieg benötigten Informationen zu verschaffen. Nur ausnahmsweise soll dem Gegner wegen seiner Erklärungslast aus § 138 Abs. 2 ZPO zugemutet werden, nähere Angaben über die relevanten und zu seinem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse preiszugeben, mithin höhere Anforderungen an das substantiierte Bestreiten zu stellen. Diese prozessrechtliche Modifikation soll sogar verfassungsrechtlich geboten sein, wenn anderenfalls grundrechtlich geschützte Positionen des Gegenübers vereitelt werden.⁶⁷ Die sekundäre Darlegungslast soll dabei nichts an der Beweislast ändern, sondern gerade eine Beweislastenscheidung verhindern. Sie knüpft daher an greifbare Anhaltspunkte des gegnerischen Vortrags, welche sich außerhalb des Wahrnehmungsbereichs des Trägers der sekundären Darlegungslast befinden.⁶⁸ Allerdings kann sich aus der sekundären Darlegungslast eine Pflicht zu Nachforschungen ergeben.⁶⁹ Dagegen folgt aus ihr keine Pflicht zur Benennung von Zeugen oder zur Mitteilung von deren ladungsfähiger Anschrift.⁷⁰ Bei Nichterfüllung der sekundären Darlegungslast wird der Vortrag des primär Darlegungspflichtigen nach § 138 Abs. 3 ZPO als Geständnis betrachtet. Genügt dieser hingegen seiner Darlegungslast, ist die weitere Beweisführung wiederum Sache des primär Beweispflichtigen. Dieser muss jedoch nicht den Vollbeweis der streitigen Tatsache erbringen, sondern er muss bloß die Behauptungen des Trägers der sekundären Darlegungslast widerlegen.⁷¹

2. Konkreter Umfang bei privaten Anschlussinhabern

Bei der Inanspruchnahme von privaten Anschlussinhabern gelingt es dem Rechteinhaber meist zur Begründung der Täterschaft, die Zuordnung der urheberrechtlichen Eingriffshandlung zu dem Anschluss des Anschlussinhabers durch umfassenden

⁶⁴ Z.B. §§ 402, 666, 1379, 1605, 2127, 2314 BGB, § 233 I HGB, § 131 AktG, § 19 MarkenG, § 140b PatG, § 101 UrhG, § 10 UmweltHG, § 84a AMG, § 33g GWB.

⁶⁵ MüKoZPO/*Prittting* (Fn. 24), § 292 ZPO, Rn. 26; Hk-ZPO/*Saenger* (Fn. 18), § 292, Rn. 8.

⁶⁶ BGH, NJW 1990, 3151 (3151).

⁶⁷ BVerfG, NJW 2000, 1483 (1483).

⁶⁸ Z.B. „gewisse Wahrscheinlichkeit“ in BGH, NJW 2012, 3774 oder „schlüssige Indizien“ in BGH, NJW 2015, 947.

⁶⁹ BGH, NJW 2014, 2360 (2361); BGH, NJW 2012, 3774 (3775 f.).

⁷⁰ BGH, NJW 2008, 982 (984).

⁷¹ Vgl. OLG Saarbrücken, NJW 2015, 879 (880); BGH, NJW-RR 1996, 952 (952); *Stieper*, ZP 123, 27 (37).

Vortrag über das Ermittlungsverfahren nachzuweisen. Jedoch kann der Rechteinhaber i.d.R. lediglich pauschal bzw. „ins Blaue hinein“ behaupten, dass der Anschlussinhaber die Tat eigenhändig begangen hat.⁷² Für genauere Ausführungen fehlt ihm der Einblick in die Nutzungssphäre des Anschlusses. Daher folgt aus der sekundären Darlegungslast des Anschlussinhabers die Pflicht, zumutbar nachzuforschen, wer als Täter in Frage kommt. Gibt es nach dem Vortrag des Anschlussinhabers mehrere selbstständige, ihm bekannte Nutzer des Anschlusses und kommt von diesen keiner als Täter in Betracht, so lebt die Vermutung der Täterschaft ihm gegenüber wieder auf, sofern es auch an konkreten Darlegungen fehlt, die hinreichend für die Täterschaft eines unbekanntem Dritten sprechen.⁷³ Äußerst bedeutend ist dabei das Bestimmen des Umfangs bzw. der Schwelle, ab dem die konkret in Rede stehende Nachforschung dem Anschlussinhaber unzumutbar ist.⁷⁴ Aufgrund eingehender Recherche der Rechtsprechung der letzten Jahre ergeben sich grundsätzlich drei Gruppen der gebotenen Nachforschungen – endgerätspezifische, nutzerspezifische und dateispezifische Nachforschungen.

a) Endgerätspezifische Nachforschungen

Zum Teil betreffen die Nachforschungen grob gesagt die Endgeräte im Haushalt des privaten Anschlussinhabers. Einerseits ist relevant, wie viele mit dem Anschluss verbundene Endgeräte existieren, die für das Filesharing geeignet sind. Früher waren einzelne Gemeinschafts-PCs bzw. Familienrechner üblich, die beispielsweise im Zimmer der Eltern aufbewahrt wurden.⁷⁵ Von Bedeutung kann auch sein, wer Kenntnis des Zugangspassworts zu dem Rechner hatte.⁷⁶ Heute ist es eher der Fall, dass jeder einzelne Nutzer mindestens ein eigenes Endgerät besitzt, das mit dem Anschluss verbunden ist.⁷⁷

Andererseits hat der Anschlussinhaber zu untersuchen, ob die rechtsrelevante Datei oder Filesharing-Software wie Bittorrent oder Gnutella auf dem Endgerät zu finden ist.⁷⁸ Die Prüfung beschränkt sich hierbei allerdings aus grundrechtlichen

⁷² Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen (Fn. 56), Kap. 22, Rn. 31; Hoeren/Sieber/Holznapel MMR-HdB/Sesing (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 9.

⁷³ BVerfG, MMR 2017, 165 (165 f.); BGH, GRUR 2016, 1280 (1284).

⁷⁴ Hoeren/Sieber/Holznapel MMR-HdB/Sesing (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 11.

⁷⁵ BGH, GRUR 2016, 1280, (1283); AG Kassel, Urt. v. 06.06.2017, 410 C 3434/16, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/ag-kassel-urteil-vom-06-06-2017-az-410-c-343416> (abgerufen am 23.08.2021).

⁷⁶ BGH, GRUR 2016, 176 (181).

⁷⁷ Vgl. zur Knappheit der IP-Adressen: Freund/Schnabel, MMR 2011, 495 (499); Hoeren/Sieber/Holznapel MMR-HdB/Sieber (Fn. 2), Teil 1, Rn. 57.

⁷⁸ Unterlassene Prüfung bei BGH, GRUR 2016, 1280 (1284) und BGH, GRUR 2016, 191

Erwägungen nur auf die von dem Anschlussinhaber selbst genutzten Endgeräte. Nicht zumutbar ist es, beispielsweise den Computer des Ehegatten auf Filesharing-Software zu untersuchen.⁷⁹ Hinzu könnte die Anzahl der Nutzerkonten bei einem Familienrechner von Bedeutung sein. Gegebenenfalls ist zu untersuchen, wer ein Admin-Recht innehatte und damit in der Lage war, Filesharing-Software zu installieren.⁸⁰

Fraglich ist, ob es von Vorteil wäre, wenn der Router des Anschlussinhabers Log-Dateien erstellen würde, die den Datenverkehr der Endgeräte mit externen Servern protokollieren. Hersteller von Routern könnten gesetzlich zur Führung solcher Logprogramme verpflichtet werden. Damit könnte im Ergebnis sicher ermittelt werden, von welchem Endgerät die Eingriffshandlung stammt. Mit Rücksicht auf den heutigen Trend, dass jeder ein eigenes Endgerät zum Internetzugang nutzt und der Familienrechner ausstirbt,⁸¹ könnte man auch von einer neuen tatsächlichen Vermutung der Täterschaft des Endgeräthinhabers ausgehen.

Das würde in solchen Filesharing-Fällen einerseits die Rechtsdurchsetzung im Internet vereinfachen und andererseits den Anschlussinhaber vor der Haftung rechtswidriger Handlungen von Nutzern seines Anschlusses schützen. Auch würde dem Anschlussinhaber die unangenehme Situation erspart bleiben, zu entscheiden, ob er den ihm bekannten und oft nahestehenden Nutzer anzeigt. Der Preis dafür wäre der Verlust von weiterer Anonymität im Internet. Letztlich stolpert man also über die Gretchenfrage, die sich bei der Rechtsdurchsetzung im Internet immer wieder stellt: Soll Anonymität weiterhin eine unantastbare Säule des Internets darstellen? Hierbei ist eine gesellschaftliche Entwicklung zu beobachten, wonach aufgrund von deliktischen Handlungen (z.B. Hate-Speech)⁸² und rechtsgeschäftlichen Handlungen im Internet (z.B. Amazon verlangt nun Daten des Personalausweises zur Bestätigung des Alters)⁸³ das Verlangen nach einem Abbau von Anonymität im Internet und die Akzeptanz für diese Maßnahme kontinuierlich wächst.

(194 f.); vgl. auch AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.).

⁷⁹ BGH, ZUM-RD 2018, 3 (3); BGH, GRUR 2017, 386 (386).

⁸⁰ BGH, GRUR 2016, 176 (181).

⁸¹ *Freund/Schnabel*, MMR 2011, 495 (499); Hoeren/Sieber/Holzengel MMR-HdB/Sieber (Fn. 2), Teil 1, Rn. 57.

⁸² *Nolte*, ZUM 2017, 552 (552 ff.).

⁸³ Chip Digital GmbH, Beitrag vom 24.08.2019, abrufbar unter https://praxistipps.chip.de/amazon-prime-video-alter-bestaetigen_31087 (abgerufen am 17.09.2021).

b) Nutzerspezifische Nachforschungen

Weiter kann man eine Gruppe der Nachforschungen als nutzerspezifisch kategorisieren. Darunter versteht man vorrangig die Verhältnisse und Umstände derjenigen Nutzer, denen der Anschlussinhaber bewusst Zugang verschafft hat. Dies sind i.d.R. die eigenen Kinder, die Bekannten oder auch die Freunde der Kinder des Anschlussinhabers.⁸⁴ In einem Fall wurde beispielsweise eine Täterschaft des Anschlussinhabers verneint, weil er u.a. angab, dass seine Söhne und die Freunde seiner Söhne aufgrund von LAN-Partys Zugang zu dem Anschluss hatten. Damit kam jeder von ihnen als Täter ernsthaft in Betracht, sodass er seine sekundäre Darlegungslast erfüllt hatte.⁸⁵

Auf jeden Fall muss der Anschlussinhaber die ihm bekannten Nutzer zur Täterschaft zumindest befragen.⁸⁶ Dabei hat er auch zu erfragen, wie der jeweilige Nutzer den Anschluss generell nutze.⁸⁷ Die pauschale Behauptung des Anschlussinhabers der bloß theoretischen Möglichkeit des Zugriffs von im Haushalt lebenden Dritten reicht nicht aus.⁸⁸ Vielmehr muss auch konkret das Nutzungsverhalten des in Betracht kommenden Dritten erläutert werden, z.B. dass die Kinder, die Zugang zum Anschluss hatten, nur eine halbe Stunde pro Tag den Familienrechner nutzen dürfen.⁸⁹ Nicht umfasst von den zumutbaren Nachforschungen ist die Überwachung und Dokumentation der Nutzung der Endgeräte von Dritten. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat entschieden, dass die Grundrechte des Anschlussinhabers in solchen Fällen aus Art. 7 GR-Charta und Art. 6 Abs. 1 GG im Verhältnis zu denen des Rechteinhabers aus Art. 17 Abs. 2 GR-Charta und Art. 14 Abs. 1 GG überwiegen.⁹⁰

Von Bedeutung kann auch sein, ob die bekannten Nutzer die erforderlichen technischen Kenntnisse und Fähigkeiten haben, um Filesharing zu betreiben.⁹¹ Bei Kin-

⁸⁴ LG Hannover, Urt. v. 26.02.2018, 18 S 57/17, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/lg-hannover-urteil-vom-26-02-2018-az-18-s-57-17> (abgerufen am 23.08.2021).

⁸⁵ LG Frankfurt a. M., ZUM-RD 2019, 221 (221 ff.).

⁸⁶ AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.); Angaben zum Nutzungsverhalten der Ehefrau, aber nicht zu den Kindern in LG Bielefeld, Urt. v. 06.02.2018, 20 S 99/16, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/lg-bielefeld-urteil-vom-06-02-2018-az-20-s-99-16> (abgerufen am 23.08.2021).

⁸⁷ BVerfG, MMR 2017, 165 (165); AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.); LG Hannover, Urt. v. 26.02.2018, 18 S 30/17, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/lg-hannover-urteil-vom-26-02-2018-az-18-s-30-17> (abgerufen am 23.08.2021).

⁸⁸ BGH, NJW 2016, 953 (956); LG München, MMR 2015, 196 (196).

⁸⁹ BGH, GRUR 2016, 1280 (1283).

⁹⁰ BGH, ZUM-RD 2018, 3 (3); BGH, GRUR 2017, 386 (386).

⁹¹ LG Frankfurt a. M., ZUM-RD 2019, 221 (221 ff.).

dem unterhalb des Grundschulalters ist in aller Regel davon auszugehen, dass die Kinder diese Fähigkeiten und Kenntnisse nicht haben.⁹² Ob jemand der deutschen Sprache nicht mächtig ist, ist belanglos.⁹³

Was die Nutzer zum konkreten Tatzeitpunkt getan haben, ist insofern von Relevanz, als dass es dem Dritten tatsächlich möglich gewesen sein sollte, den Anschluss zur Tatausführung zu nutzen. Nicht zu verlangen ist, welcher Nutzer zu welcher Uhrzeit Zugang zum Internet hatte.⁹⁴ Die Rechtsprechung ist sich einig, dass der Umstand, dass der Nutzer nicht zu dem Zeitpunkt zu Hause war, unbedeutend ist, da die persönliche Anwesenheit für Filesharing nicht notwendig ist.⁹⁵ Dass jemand zum Tatzeitpunkt (z. B. um 3 Uhr morgens)⁹⁶ schlief, ist auch irrelevant.

Sollte der Anschlussinhaber nicht hinreichend darlegen, dass ihm bekannte Dritte als Täter in Betracht kommen, und stattdessen dafür plädieren, dass ein unbekannter Dritter der Täter sei, dann ist mehr als nur ein bloßes Behaupten erforderlich. Beispielsweise kann hierzu eine gravierende Sicherheitslücke des Anschlusses vorgetragen werden.⁹⁷ Auch käme die Vorlage eines Sachverständigengutachtens in Betracht, welches Sicherheitsmängel der Endgeräte oder des Anschlusses aufzeigt.

c) Dateispezifische Nachforschungen

Letztlich können auch dateispezifische Nachforschungen notwendig sein. Ob die Datei einen Film, ein Computerspiel oder ein Musikstück zum Gegenstand hat, kann nämlich den Rahmen der zumutbaren Nachforschungen mitbestimmen. Eventuell befindet sich die hochgeladene Datei sogar auf einem Endgerät, das den Anschluss nutzt.⁹⁸

Je nach Dateityp hat der Anschlussinhaber zu erforschen, wer von den bekannten Nutzern ein naheliegendes Interesse an der Datei haben könnte. Der BGH geht zwar in seiner „Ego-Shooter“-Entscheidung davon aus, dass „Ego-Shooter“ von vielen

⁹² AG Kassel, Urt. v. 06.06.2017, 410 C 3434/16, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/ag-kassel-urteil-vom-06-06-2017-az-410-c-343416> (abgerufen am 23.08.2021).

⁹³ AG Charlottenburg, Urt. v. 28.11.2017, 206 C 282/17, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/ag-charlottenburg-urteil-vom-28-11-2017-az-206-c-282-17> (abgerufen am 23.08.2021).

⁹⁴ JurisPK-Internetrecht/*Heckmann/Paschke* (Fn. 12), Kap. 3.2, Rn. 88; *Solmecke/Rüther/Büring*, MMR 2016, 153 (155).

⁹⁵ BGH, GRUR 2016, 1280, (1284 f.); AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.).

⁹⁶ AG Charlottenburg, Urt. v. 30.05.2017, 224 C 418/16, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/ag-charlottenburg-urteil-vom-30-05-2017-az-224-c-418-16-rka-rechtsanwaeltereichelt-klute-gbr> (abgerufen am 23.08.2021).

⁹⁷ BGH, GRUR 2017, 386 (387).

⁹⁸ BVerfG, MMR 2017, 165 (165); BGH, GRUR 2016, 1280 (1284).

Frauen gespielt würden und deswegen die Vermutung der Täterschaft der Anschlussinhaberin nicht entfalle.⁹⁹ Nach einer anderen Entscheidung des BGH sei bei dem Upload von Musikdateien der Musikgeschmack des Anschlussinhabers für die Vermutung der Täterschaft gleichgültig, „weil er auch ohne ein eigenes musikalisches Interesse eine große Anzahl von Audiodateien beispielsweise für gesellige Anlässe, zur Überlassung an Dritte oder aus technischem Interesse an der Funktionsweise einer Internetausgabebörse mithilfe einer Filesharing-Software auf seinem Computer installiert haben kann“.¹⁰⁰ Damit ist jedoch der Dateityp nicht belanglos. Der Musikgeschmack kann unter Umständen die ernsthafte Möglichkeit der Täterschaft eines Dritten mitbegründen, sodass sie ebenfalls zu erkunden ist. Beispielsweise wurde auch entschieden, dass ein Kind unter sechs Jahren nicht als Täter in Betracht käme, weil anzunehmen sei, dass ein solches Kind kein Interesse an einem Computerspiel hätte, das an Personen ab 18 Jahren gerichtet ist.¹⁰¹

3. Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung

Im Folgenden sollen nun zwei wegweisende höchstrichterliche Urteile vorgestellt werden, die die Bedeutung der Grundrechte i.R.d. des Umfangs der sekundären Darlegungslast anschaulich aufbereitet haben.

a) EuGH, Urt. v. 18.10.2018, C-149/17 – Bastei Lübbe/Strotzer

Dem EuGH wurde auf Vorlage des Landgerichts München¹⁰² die Frage gestellt, ob die richterrechtlichen Modifikationen des BGH hinsichtlich der sekundären Darlegungslast mit Art. 8 Abs. 1, Abs. 2, 3 Abs. 1 RL 2001/29/EG und mit Art. 3 Abs. 2 RL 2004/48/EG vereinbar seien. Insbesondere wurde hier in Frage gestellt, ob der Anschlussinhaber Nachforschungen bezüglich des konkreten Nutzungsverhaltens von ihm bekannten Dritten durchführen müsste oder ob lediglich das Nennen der potenziellen Nutzer ausreiche. Hierzu hat der EuGH zunächst die sich widerstreitenden Grundrechtspositionen gegenübergestellt. Das Recht auf Familienschutz nach Art. 7 GR-Charta des Anschlussinhabers stünde in solchen Fällen dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 UAbs. 1 GR-Charta und dem Recht auf Schutz des geistigen Eigentums nach Art. 17 Abs. 2 GR-Charta des Rechteinhabers gegenüber. Der EuGH hat sodann entschieden, es

⁹⁹ BGH, MMR 2018, 311 (312 f.).

¹⁰⁰ BGH, GRUR 2016, 191 (195).

¹⁰¹ AG Kassel, Urt. v. 06.06.2017, 410 C 3434/16, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/ag-kassel-urteil-vom-06-06-2017-az-410-c-343416> (abgerufen am 23.08.2021).

¹⁰² LG München, GRUR-RR 2017, 188 (188).

dürfe keinen absoluten Schutz eines dieser Grundrechtspositionen geben.¹⁰³ Mithin müssten im Einzelfall die Grundrechte abgewogen werden, in welchem Umfang Nachforschungen konkret geboten sind. Hierbei sei es dem Anschlussinhaber mit Rücksicht auf den Aufwand des Rechteinhabers zur Ermittlung des Anschlusses und dem Interesse an Rechtsdurchsetzung zumutbar, die ihm bekannten Nutzer des Anschlusses auszufragen, ob sie Täter waren und wie sie den Anschluss generell nutzen.

b) BVerfG, Beschl. v. 18.02.2019, 1 BvR 2556/17 – Loud

„Schweigen schützt Eltern nicht vor Haftung“¹⁰⁴ hieß es in der Presse, nachdem das Bundesverfassungsgericht seine Pressemitteilung zum „Loud“-Verfahren veröffentlichte. Die Eltern hatten als Anschlussinhaber nach Abmahnung durch den Rechteinhaber nachgeforscht, wer denn Täter der vorgeworfenen Rechtsverletzung gewesen sein könnte, die von ihrem Anschluss stammte. Dabei gestand eines ihrer Kinder die Tat. Jedoch wollten die Eltern dies dem Rechteinhaber nicht offenbaren. Der BGH entschied dann, dass sie ihre sekundäre Darlegungslast nicht erfüllt hätten, sodass ihr Vortrag als Zugeständnis gewertet werden würde. Damit seien sie als Täter verantwortlich. Die Eltern erhoben sodann Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht. Das Gericht nahm eine Grundrechtsabwägung vor zwischen dem Recht auf Familienschutz (Art. 6 Abs. 1 GG) und dem Recht auf Eigentum (Art. 14 GG). Es kam zu dem Ergebnis, dass in dem hiesigen Fall die Grundrechte bzw. Interessen des Rechteinhabers überwiegen, sodass die Annahme der Täterschaft der Eltern zulässig sei.¹⁰⁵

Hinsichtlich der Begründung der Grundrechtsabwägung wurde das Urteil wenig bis kaum kritisiert. Dagegen haben sich einige Stimmen erhoben, die die Vermutung der Täterschaft in Frage stellten. Problematisch war nämlich, dass es nicht nur einen Anschlussinhaber gab, sondern die Eltern gemeinsam Anschlussinhaber waren. Die bekannte richterrechtliche Täterschaftsvermutung knüpft jedoch nur an den Sachverhalt, bei dem nur ein einziger Anschlussinhaber vorliegt. Dieses Problem wurde in der Urteilsbegründung schlicht ignoriert.¹⁰⁶

¹⁰³ EuGH, GRUR 2018, 1234 (1237).

¹⁰⁴ Spiegel-Online, Beitrag vom 03.04.2019, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/bundesverfassungsgericht-zu-fileshearing-schweigen-schuetzt-eltern-nicht-vorhaftung-a-1261076.html> (abgerufen am 17.09.2019).

¹⁰⁵ BVerfG, GRUR 2019, 606 (606).

¹⁰⁶ Vgl. *Geisler*, jurisPR-BGHZivilR 23/2017, Anm. 3 (unter C und D); *Holznapel*, jurisPR-WettbR 1/2018 Anm. 1 (unter IV); *Köhler*, ZUM 2018, 27 (29f.); *Spindler*, GRUR 2018, 16 (17); *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2018, 225 (239).

C. Kritik an der Rechtsprechung des BGH

Insgesamt haben mit der tatsächlichen Vermutung und der sekundären Darlegungslast die richterrechtlichen Modifikationen in der Literatur erwartungsgemäß nicht nur zustimmenden, sondern auch sehr kritischen Widerhall gefunden.

I. Dogmatische Grundlage

Unklar ist wie die beiden Konstrukte zueinanderstehen sollen.¹⁰⁷ Während das Landgericht München davon ausgeht, dass sie nebeneinanderstehen,¹⁰⁸ vertritt das Oberlandesgericht München, dass sie ineinandergreifen.¹⁰⁹ Der BGH hat diese Frage bisher umgangen.¹¹⁰

Die tatsächliche Vermutung wird isoliert auch stark kritisiert. Zum einen ist die Rechtsnatur strittig (siehe oben). Hierzu wird teilweise vertreten, es gebe keinen Erfahrungssatz, der dafür spreche, dass ein Anschlussinhaber selbst der Täter ist. Die Anknüpfung an den Betrieb des Anschlusses in Kombination mit der Nichtnennung des Täters begründe nämlich – anders als die eigenhändige Begehung – eben keine Täterschaft.¹¹¹ Vereinzelt wird auch die Unvereinbarkeit der Vermutung mit § 8 Abs. 3, Abs. 1 Satz 1, 2 TMG vertreten. Der Sinn und Zweck dieser Norm, namentlich die gesetzlich angeordnete Haftungsprivilegierung des Anschlussinhabers, würde auf prozessualen Wege hierdurch umgangen werden.¹¹² Wiederum andere vertreten, die tatsächliche Vermutung sei in Kombination mit der sekundären Darlegungslast überflüssig. Die sekundäre Darlegungslast allein würde zur Begründung der Täterschaft ausreichen.¹¹³

Daneben herrscht Uneinigkeit über die rechtliche Grundlage der sekundären Darlegungslast, da sie nicht im Gesetz normiert ist.¹¹⁴ Während Teile der Rechtsprechung auf die in § 138 Abs. 1 ZPO normierte Vollständigkeits- und Wahrheitspflicht

¹⁰⁷ *Schaub*, GRUR 2016, 152 (152).

¹⁰⁸ LG München, ZUM-RD 2016, 308 (312).

¹⁰⁹ OLG München, MMR 2016, 195 (197).

¹¹⁰ BGH, GRUR 2016, 191 (191 ff.).

¹¹¹ *Köhler*; ZUM 2018, 27 (29); *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2018, 225 (238 f.).

¹¹² *Köhler*; ZUM 2018, 27 (29).

¹¹³ *Sesing* in Hoeren/Sieber/Holznapel MMR-HdB, Teil 18.5, Rn. 73; *Sesing/Eusterfeldhaus*, MMR 2016, 376 (381).

¹¹⁴ Überblick zum Streitstand in: Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen (Fn. 56), Kap. 22, Rn. 26 ff.

abstellen,¹¹⁵ vertreten andere Teile der Rechtsprechung¹¹⁶ und des Schrifttums,¹¹⁷ die Rechtsgrundlage ergebe sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Andere behaupten die sekundäre Darlegungslast folge aus der Prozessförderungspflicht der Parteien¹¹⁸ oder dem Gebot der Waffengleichheit im Prozess.¹¹⁹ Die überzeugende Ansicht leitet die Modifikation aus der Erklärungspflicht aus § 138 Abs. 2 ZPO ab.¹²⁰ Die Auferlegung der sekundären Darlegungslast trage nämlich dazu bei, dass die darlegungsbelastete Partei lediglich von ihrer Substantiierungslast in zumutbarer Weise befreit werde.

II. Aushöhlung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes

Ein erheblicher Vorwurf der Literatur ist die Aushöhlung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes durch die prozessualen Modifikationen. Der Grundsatz ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und aus dem Rechtsstaatsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 3 GG.¹²¹ Danach ist man grundsätzlich nicht verpflichtet, sich zu eigenen Lasten zu äußern bzw. Verwandte zu belasten. Es ist auch laut BGH zunächst keine Partei im Zivilprozess gezwungen, „dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt“.¹²² Wiederum hat laut BGH jede Partei „in zumutbarer Weise dazu beizutragen, dass der Prozessgegner in die Lage versetzt wird, sich zur Sache zu erklären und den gegebenenfalls erforderlichen Beweis anzutreten“.¹²³ Diese widersprüchlichen Thesen würden die Gefahr begründen, dass eine dem deutschen Recht fremde, allgemein prozessuale

¹¹⁵ RGZ 166, 240 (242).

¹¹⁶ BGH, NJW-RR 2009 1482 (1484); BGH, NJW-RR 2006, 1415 (1418); BGH, NJW 1962, 2149 (2150); BGH, NJW 1961, 826 (828).

¹¹⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 77. Aufl. 2019, ZPO, § 138 Rn. 30; Frohn, JuS 1996, 243 (249); Staudinger/Olzen/Looschelders, BGB, Neubearb. 2015, § 242, Rn. 1115; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 110, Rn. 16; Hk-ZPO/Saenger (Fn. 18), § 286, Rn. 92; Thomas/Putzo/Seiler, 40. Aufl. 2019, ZPO, Vor § 284, Rn. 18a; Seutemann, MDR 1997, 615 (619).

¹¹⁸ BGH NJW 1990, 3151 (3152); Gottwald, FS Prütting, 2018, 297 (299); Schlosser, JZ 1991, 599 (607 f.).

¹¹⁹ Solmecke/Rüthers/Herkens, MMR 2013, 217 (218).

¹²⁰ BGH NJW-RR 2015, 1279 (1280); BGH, NJW 2004, 3623 (3625); Wieczorek/Schütze/Ahrens, 4. Aufl. 2019, ZPO, Vor § 286, Teil A, Rn. 45; Zöller/Greger (Fn. 21), Vor. § 284, Rn. 34; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen (Fn. 56), Kap. 22, Rn. 29; Kieth, MDR 2003, 781 (783); Peters, FS Schwab, 1990, 399 (401, 407 f.).

¹²¹ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kretschmer, 5. Aufl. 2017, StGB, § 142, Rn. 19.

¹²² BGH, NJW 1990, 3151 (3151).

¹²³ BGH, NJW-RR 2007, 488 (489 f.); siehe auch Völzmann-Stickelbrock, FS Schilken, 2015, 539 (547).

Aufklärungspflicht entstehe.¹²⁴ Wobei zu erwähnen ist, dass international eine generelle prozessuale Dokumentenvorlagepflicht Zustimmung erlangt.¹²⁵ Teile der deutschen Literatur vertreten, man müsse diese Aufklärungspflicht nicht richterrechtlich durch die Hintertür, sondern gesetzlich durch den Haupteingang klären. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis müsse durch eine ZPO-Reform umgekehrt werden. Parteien müssten dann allgemein zur Aufklärung beitragen und nur bei Unzumutbarkeit könnten sie Informationen zurückhalten.¹²⁶

III. Rechtsunsicherheit und mangelnde Bestimmtheit

Besonders problematisch ist die durch die Rechtsprechung verursachte Rechtsunsicherheit und mangelnde Bestimmtheit. Der konkrete Umfang der sekundären Darlegungslast ist in der Praxis nahezu unbestimmbar.¹²⁷ Erwünscht ist eine präzisere Regelung des Umfangs,¹²⁸ da sie durch die einzelfallbezogene Durchbrechung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes zu einem schwer prognostizierbaren Institut werde.¹²⁹ Praktisch werde dann die Täterschaft des Anschlussinhabers durch das Zusammenspiel der prozessrechtlichen Modifikationen konstruiert.¹³⁰

Ebenfalls problematisch ist, dass sich der einzelne Anschlussinhaber mittlerweile durch den Einwand, sein Anschluss sei unverschlüsselt und damit für jedermann zugänglich, und aufgrund der Befreiung des Anschlussinhabers von einer allgemeinen Verschlüsselungspflicht bzw. dem Wegfall der Störerhaftung die Begründung der tatsächlichen Vermutung verhindern kann. Dadurch werde nämlich ernsthaft möglich, dass ein unbekannter Dritter die Rechtsverletzung begangen hat.

¹²⁴ *Specht*, NJW 2018, 3686 (3689); *Schlosser*, JZ 1991, 599 (600 ff.) ; *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken, 2015, 539 (547).

¹²⁵ *Huber*, Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren, S. 392.

¹²⁶ *Zöller/Greger* (Fn. 21), Vor § 284, Rn. 34d; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Prütting (Fn. 56), Kap. 21 Rn. 5 f.; *Waterstraat*, ZZP 118 (2005), 459 (474 ff.).

¹²⁷ *Hofmann*, ZUM 2014, 654 (654 ff.); *Hohlweck*, GRUR 2014, 940 (942 f.); *Neurauter*, GRUR 2014, 660 (660 f.); *Schaub*, NJW 2018, 17 (17); *Solmecke/Rüther/Herkens*, MMR 2013, 217 (218 ff.); *Weber*, ZUM 2014, 710 (710 ff.).

¹²⁸ *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, S. 142; *Greger*, BRAK-Mitt 2005, 150 (151).

¹²⁹ *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, S. 66 f.; *Zöller/Greger* (Fn. 21), Vor § 284, Rn. 34d; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen (Fn. 56), Kap. 22, Rn. 38.

¹³⁰ *Geisler*, FS Büscher, 2018, 483 (495); *Köhler*, ZUM 2018, 27 (29 f.); *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2018, 225 (239).

IV. Stellungnahme

Die Kritik bezüglich der dogmatischen Notwendigkeit einer Kombination der beiden Rechtsinstitute der tatsächlichen Vermutung und der sekundären Darlegungslast überzeugt.

Das Informationsungleichgewicht zwischen Anschlussinhaber und Rechteinhaber löst sich bereits durch die alleinige Verwendung der sekundären Darlegungslast auf. Denn das Rechtsinstitut der sekundären Darlegungslast bewirkt gleichsam die auf Darlegungsebene entfaltende Wirkung der tatsächlichen Vermutung und macht diese damit obsolet. Bei einer sekundären Darlegungslast genügt nämlich dem primär Darlegungspflichtigen zur Substantiierung einerseits die pauschale Behauptung der unmittelbar anspruchsbegründenden Tatsache und andererseits die substantiierte Darlegung von konkreten mittelbaren Tatsachen, die auf die unmittelbare Tatsache schließen lässt. Die konkrete Darlegung der unmittelbaren Tatsache ist dem primär Darlegungspflichtigen aufgrund des unzumutbaren Zugriffs auf die sich in der Sphäre des Gegners befindlichen Informationen erlassen.

Diese Erkenntnis folgt aus der aktuellen Rechtsprechung des BGH im Rahmen der Fahrzeughalterhaftung für Vertragsstrafen auf Privatparkplätzen.¹³¹ In dem vom BGH entschiedenen Fall bestand zwischen Fahrzeughalter und Parkplatzbetreiber ein vergleichbares Informationsungleichgewicht. Der Parkplatzbetreiber ermittelte anhand des Kennzeichens den Halter eines Kraftfahrzeugs, das unberechtigt auf dem Parkplatz abgestellt wurde. Nach dem BGH durfte der Betreiber den unmittelbaren Nachweis der Abgabe einer konkludenten Willenserklärung des Halters dadurch erbringen, dass er die mittelbaren Tatsachen nachwies, dass der Anspruchsgegner der Halter des rechtswidrig abgestellten Fahrzeugs war und sonst kein Dritter ernsthaft als Fahrzeugführer in Betracht kam. Der BGH wendete hierbei einzig das Institut der sekundären Darlegungslast, ohne das in Rechtsprechung und Literatur streitige Institut der tatsächlichen Vermutung zu gebrauchen, und kam dennoch zu einem sachgerechten Ergebnis.

Im Übrigen vermögen die weiteren Bedenken an der Rechtsprechung nicht zu überzeugen. Der Nemo-Tenetur-Grundsatz genießt als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und des Rechts auf ein faires Verfahren zwar Verfassungsrang. Jedoch entfaltet er eine geringere Schutzwirkung im Zivilverfahren als im Strafverfahren aufgrund der unterschiedlich drohenden Rechtsfolgen für den Einzelnen.¹³² Der durch die sekun-

¹³¹ BGH, NJW 2020, 755 (757 f.).

¹³² Vgl. Leibholz/Rinck/Burghart, GG, Art. 20 Rn. 1234, 1361 ff.

däre Darlegungslast mittelbare Eingriff in den Nemo-Tenetur-Grundsatz zulasten des Anschlussinhabers ist durch das zivilrechtliche Interesse des Rechteinhabers auf Rechtsdurchsetzung als eigenständiger Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips¹³³ gerechtfertigt, da sonst das schutzwürdige Recht des Rechteinhabers im Internet faktisch zu einer leeren Hülse verkommen würde.¹³⁴

Von Rechtsunsicherheit und mangelnder Bestimmtheit kann ebenfalls keine Rede sein, da die Bestimmung des Umfangs der sekundären Darlegungslast an den konkreten Umständen des Einzelfalls bemessen wird und daher der Regelung durch abstrakt-generelle Rechtsnormen unzugänglich ist. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat hierzu geeignete Bewertungsmaßstäbe aufgestellt. Es ist daher im Einzelfall zunächst Aufgabe der Rechtsanwälte in ihrer Rolle als Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO), diesen konkreten Umfang anhand der Umstände des Einzelfalls einzuschätzen¹³⁵ und ihre Mandantschaft darüber aufzuklären. Die abschließende Entscheidung über den konkreten Umfang bleibt dem jeweilig zuständigen Gericht vorbehalten.

D. Analyse der erst- und zweitinstanzlichen Rechtsprechung

Eingehend wurde erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung der letzten Jahre untersucht und ausgewertet. Hierbei konnten einige Schlüsse bezüglich der Rechteinhaber und der Anschlussinhaber gezogen werden.

I. Perspektive des Rechteinhabers

Zunächst ist eine klare Steigerung der prozessualen Erfolgstendenz für Rechteinhaber zu erkennen.¹³⁶ Es werden offensichtlich immer überzeugendere Verfahren zur Ermittlung des Anschlussinhabers eingesetzt und prozessual ausführlich vorgebracht.¹³⁷ Die Gerichte beanstanden diese Verfahren immer weniger bzw. vertrauen diesen immer mehr. Ursächlich hierfür ist wohl die steigende Expertise einerseits der spezialisierten Fachanwälte für IT-Recht, gewerblichen Rechtsschutz oder

¹³³ Vgl. Leibholz/Rinck/Burghart (Fn. 132), Art. 20 Rn. 1201.

¹³⁴ Vgl. auch die Abwägungsentscheidungen des BVerfG, NJW 2019, 1510 (1510 ff.) und des EuGH, NJW 2019, 33 (33 ff.).

¹³⁵ Aufgrund der anwaltlichen Vorsicht ist wohl eine weite Auslegung geboten.

¹³⁶ LG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.04.2018, 2-03 S 17/17, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/lg-frankfurt-urteil-vom-19-04-2018-2-03-s-17-17> (abgerufen am 23.08.2021); AG Bielefeld, ZUM 2018, 736 (736 f.); LG Frankfurt a. M., GRUR-RS 2019, 40450.

¹³⁷ Anders noch LG Frankenthal, ZUM-RD 2015, 277 (277 ff.), wo veraltete Ermittlungssoftware genutzt wurde; vgl. auch Reuther, MMR 2018, 433, der aktuelle Probleme des Filesharings erläutert und die technische Nachverfolgung nicht erwähnt.

Urheber- und Medienrecht, die i.d.R.¹³⁸ die Rechteinhaber vertreten, und andererseits der spezialisierten Richter, die aufgrund des § 105 UrhG in den Ländern installiert wurden. Sie kennen sich sowohl mit den anspruchsvollen technischen Anforderungen als auch mit den neusten Entwicklungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus.

II. Perspektive des Anschlussinhabers

Das genaue Gegenteil scheint sich auf der Beklagtenseite durchzusetzen. Zwar verbuchen vereinzelt noch einige Anschlussinhaber Prozesssiege.¹³⁹ Es ist aber in vielen Urteilsbegründungen zwischen den Zeilen erkennbar, dass oft falsch anwaltlich beraten wird. Anstatt präzise vorzutragen, welche Personen im fraglichen Zeitpunkt den Anschluss gefährdungsrelevant genutzt haben, stellen viele Anschlussinhaber Behauptungen derart auf, dass gerade keiner der anderen Nutzer als Täter in Betracht kommen.¹⁴⁰ Es wird dann auf Seiten der Anschlussinhaber appelliert, ein unbekannter Hacker habe die Tat begangen oder die Ermittlung sei falsch ausgeführt worden. Allerdings werden dazu nur unzureichende Ausführungen gemacht.¹⁴¹ Notwendig für solche Einwände wären nicht nur bloße Behauptungen, sondern auch konkrete an Tatsachen geknüpfte Angaben. Hierzu wäre beispielsweise der Vortrag über eine Sicherheitslücke oder die Vorlage eines Sachverständigengutachtens, welches plausible Fehler des Ermittlungsverfahrens oder der Sicherheit des Anschlusses aufzeigt, hilfreich. Zu vermuten ist, dass für die fehlerhafte anwaltliche Beratung u.a. auch fehlendes technisches Verständnis über Filesharing und Kenntnis der aktuellen Entwicklung der Rechtsprechung ursächlich ist. Mit Rücksicht auf die Rechtsprechung der letzten Jahre beauftragen private Anschlussinhaber weniger Fachanwälte der spezialisierten Bereiche und eher lokale, ihnen vertraute Allgemeinanwälte, die eben nicht die Zeit dafür haben, sich derart in ein Thema „reinzuknien“ wie ein Fachanwalt.¹⁴²

¹³⁸ Siehe Kanzlei „rka-Rechtsanwälte“, die viele Prozesse für Rechteinhaber gewonnen hat, abrufbar unter <https://rka-law.de/news/> (abgerufen am 18.09.2019).

¹³⁹ LG Frankfurt a. M., ZUM-RD 2019, 221 (221 ff.); AG Frankenthal, GRUR-RR 2018, 444 (444 ff.); AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.).

¹⁴⁰ Köhler, ZUM 2018, 27 (32).

¹⁴¹ AG Bielefeld, ZUM 2018, 736 (736 f.).

¹⁴² <https://www.lto.de/recht/juristen/b/allgemeinwaelt-land-fachanwalt-infrastruktur-interview-dav-praesidentin-kindermann-anwaltstag/> (abgerufen am 18.09.2019).

III. Bewertung

Alles in allem sind das materielle Recht und das Prozessrecht der Haftung des Anschlussinhabers wegen mangelnder gesetzlicher Normen und ständig neuer höchst-richterlicher Rechtsprechung komplexer denn je zuvor. Kaum verwunderlich ist daher, dass in den letzten Jahren die anwaltliche Beratung auf Seiten der Rechteinhaber besser und auf Seiten der Anschlussinhaber mangelanfälliger wird. Die privaten Anschlussinhaber können sich anders als die Rechteinhaber wohl nicht immer den spezialisierten Fachanwalt leisten. Zur Folge schaffen es viele Anschlussinhaber nicht, ihre sekundäre Darlegungslast zu erfüllen bzw. substantiierten Gegenvortrag vorzubringen. Die Komplexität der Rechtsmaterie kann nur durch Unterstützung von allen Seiten abgebaut werden. Einerseits könnten die spezialisierten Richter im Prozess, ohne dabei ihre Unparteilichkeit zu gefährden, den Anschlussinhabern (und ihren Anwälten) vehementer vor Augen führen, welche Anforderungen an die Erfüllung der sekundären Darlegungslast im jeweiligen Fall gestellt werden. Das Schrifttum könnte daneben aktuelle und für die Praxis taugliche Übersichten für Allgemeinanwälte erstellen.¹⁴³ Eventuell wäre sogar vom Gesetzgeber eine Normierung der sekundären Darlegungslast im Gesetz wünschenswert, um mehr Rechtsklarheit zu schaffen.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit

Die Rechtsprechung verfolgt mit der Kombination der tatsächlichen Vermutung und der sekundären Darlegungslast das Ziel, den Schutz des Urheberrechts im Internet durch die Inanspruchnahme der Anschlussinhaber als Täter durchzusetzen. Während früher noch das Hauptproblem der gerichtlichen Verfahren die Begründung der Zuordnung der Eingriffshandlung von dem Anschluss war,¹⁴⁴ ist heute die Unsicherheit bezüglich des Umfangs der sekundären Darlegungslast das Problem. Statistisch urteilen die Gerichte immer mehr zugunsten der Rechteinhaber. Ursache dafür ist die Komplexität der Rechtsmaterie. Überlegt werden sollte daher, ob eine Gesetzesreform hilfreich wäre, um die anwaltliche Beratung der privaten Anschlussinhaber zu erleichtern. Die früher erfolgsversprechenden Angriffe der Anschlussinhaber auf die Richtigkeit der Ermittlungsverfahren, sind aufgrund der nun jahrelangen Erfahrung der Rechteinhaber mit diesem Problem nahezu stichfest geworden. Kostengünstiger scheint es wohl für Anschlussinhaber zuhause den Detektiv zu spielen und selbst den Täter zu finden, um Anwalts- und Gerichtskosten zu sparen. Erst wer

¹⁴³ Zuletzt *Solmecke/Rüther/Büring*, MMR 2016, 153 (155).

¹⁴⁴ Vgl. *Lutz*, VuR 2010, 337 (340 f.).

ernstlich neben seiner eigenen Täterschaft auch die seiner Freunde und Verwandte ausschließt, sollte einen Sachverständigen beauftragen, um die erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Täterschaft eines unbekanntes Hackers zu begründen. Nur dann scheint es sinnvoll, sich vor Gericht zu wehren.