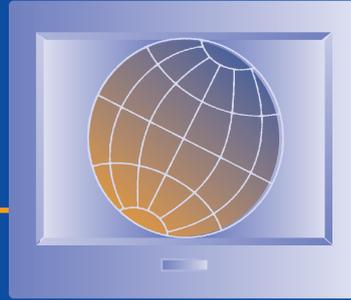


# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

2  
K&R

- Editorial: IT-Sicherheitsgesetz – Bundesregierung muss europäische Einbettung sicherstellen · *Oliver Süme*
- 73 Die unbeachtete Zweistufigkeit von Providerauskünften in Filesharingfällen · *Johannes Zimmermann*
- 77 Datenschutz und unlauterer Wettbewerb · *Christian Galetzka*
- 83 Neues Fotorecht im öffentlichen Raum · *Dr. Hendrik Wieduwilt*
- 86 Wenn die NSA mitliest – berufsrechtliche Herausforderungen und technische Möglichkeiten sicherer Mandantenkommunikation per E-Mail · *Dr. Laura Kubach* und *Thomas Gutsche*
- 90 Zu kurz für's Fernsehen? · *Dr. Michael R. Kogler*
- 94 Aktuelle Lizenzgebühren in Patentreferenz-, Know-how- und Computerprogrammlicenz-Verträgen: 2013/2014 · *Dr. Michael Groß*
- 99 Neues zu Creative Commons-Lizenzen · *Dr. Ansgar Koreng*
- 103 EuGH: Datenschutzregeln gelten auch bei nicht rein privater Videoüberwachung  
mit Kommentar von *Dr. Markus Lang*
- 106 BGH: Sind IP-Adressen personenbezogene Daten?  
mit Kommentar von *Nikolaus Bertermann*
- 111 BGH: Nur Anspruch auf Nachtrag statt Richtigstellung bei zulässiger Verdachtsberichterstattung  
mit Kommentar von *Dr. Axel von Walter*
- 121 BGH: Schadensersatzanspruch bei vorzeitig beendeter Internetauktion  
mit Kommentar von *Jörg Dittrich*

Beihefter 1/2015

Netzneutralität und Medienvielfalt  
*Prof. Dr. Hubertus Gersdorf*

18. Jahrgang

Februar 2015

Seiten 73 – 144



RA Johannes Zimmermann, Koblenz\*

# Die unbeachtete Zweistufigkeit von Providerauskünften in Filesharingfällen

## Ein deutsches Datendesaster

*Inhaber urheberrechtlicher Verwertungsrechte können zum Zweck der Verfolgung von Ansprüchen aus Verletzungshandlungen in Filesharingnetzwerken die IP-Adressen der beteiligten Internetanschlüsse feststellen. Zur Ermittlung von Namen und Anschrift des Anschlussinhabers benötigen sie aber eine Auskunft des Internetserviceproviders. Für den abgemahnten Anschlussinhaber bleiben dabei die einzelnen Schritte von der Feststellung der IP-Adresse bis zur Bekanntgabe von Namen und Adresse meistens intransparent, oft wird noch nicht einmal deutlich, welche Beteiligten im Einzelnen mitgewirkt hatten. Der nachfolgende Artikel beleuchtet das Verfahren und setzt sich mit der Frage auseinander, ob in der Praxis dem Richtervorbehalt des § 101 Abs. 9 UrhG genügt wird, wenn an der Auskunftserteilung mehr Personen als die am Gestattungsverfahren Beteiligten mitwirken.*

### I. Ausgangssituation

Häufig ist in Abmahnungen und Klageschriften wegen Urheberrechtsverletzungen in Filesharingnetzwerken zu lesen, dem Internetserviceprovider des Abgemahnten sei vom zuständigen LG die Erteilung der Auskunft von Namen und Adresse des Abgemahnten gestattet worden, und dieser habe die Auskunft auch erteilt. Nicht selten teilen allerdings die Abgemahnten erstaunt mit, sie hätten mit dem die Auskunft erteilenden Unternehmen überhaupt keinen Internetaccessvertrag, sondern mit einem ganz anderen Anbieter.

Dieses Phänomen tritt auf, wenn der Abgemahnte Internetleistungen von einem Unternehmen bezieht, das selbst kein eigenes Netz betreibt. Solche Unternehmen bieten in eigenem Namen Internetleistungen an, die sie ihrerseits vom Netzbetreiber beziehen, dessen Netz sie nutzen müssen. Diese Anbieter werden daher üblicherweise als Reseller<sup>1</sup> bezeichnet. Sind sie mit dem Netzbetreiber im Konzern verbunden, ist dieser Begriff allerdings wenig verbreitet. Im Folgenden sollen diese Unternehmen daher als „Endkundenanbieter“ bezeichnet werden, in Abgrenzung zum „Netzbetreiber“. Der Begriff „Reseller“ beschreibt im Folgenden solche Endkundenanbieter, die mit dem Netzbetreiber nicht im Konzern verbunden sind. Der Begriff „Internetserviceprovider“ ist missverständlich, weil er sowohl den Netzbetreiber als auch den Endkundenanbieter beschreiben kann. Er ist für die Intransparenz der Auskunftserteilung mit ursächlich und soll daher im Folgenden nicht verwendet werden.

Die IP-Adresse, die der Rechteinhaber durch Ermittlungs- oder auf Neudeutsch: „Antipiracy“-Unternehmen feststellen lässt, wird vom Netzbetreiber vergeben. Steht fest, welcher Netzbetreiber die IP-Adresse vergeben hat, kann dieser anhand der bei ihm gespeicherten Daten die Benutzererkennung des Anschlusses ermitteln. In einem zweiten Schritt wird anhand der Benutzererkennung festgestellt, welcher Person der Anschluss zugeordnet ist. Ist der Netzbetreiber gleichzeitig auch Endkundenanbieter des Anschlussinhabers, fallen diese beiden Schritte zusammen, der Netzbetreiber kann dann aus seinem eigenen Datenbestand den Namen und die Adresse des Anschlussinhabers ermitteln und diese dem Rechteinhaber mitteilen. Handelt es sich bei dem Endkundenanbieter um einen externen Reseller, kann der Netzbetreiber lediglich die Benutzererkennung und deren Zuordnung zu diesem erkennen. Zur Feststellung der Identität des Endkunden ist daher die Einholung einer weiteren Auskunft beim Reseller erforderlich. Gehört der Endkundenanbieter demgegenüber demselben Konzern an wie der Netzbetreiber, teilt Letzterer Namen und Adresse des Endkunden mit.<sup>2</sup>

Da sich anhand der IP-Adresse nur der diese vergebende Netzbetreiber feststellen lässt, wird in dem nach § 101 Abs. 9 UrhG durchzuführenden Gestattungsverfahren auch nur dieser beteiligt. Nur diesem wird auch die Erteilung der Auskunft über Namen und Anschrift des Anschlussinhabers gestattet. Ist ein Reseller im Spiel, bleibt dessen Beteiligung am Gestattungsverfahren hingegen aus. Er erteilt Auskunft über Namen und Anschrift des Anschlussinhabers, ohne dass ihm dies ausdrücklich gerichtlich gestattet wurde.

In der Praxis erweist sich die Verschiedenheit von Netzbetreiber und Endkundenanbieter als Regelfall, da einerseits Reseller-Anschlüsse weit verbreitet sind, und andererseits auch große Telekommunikationsunternehmen wie die Telekom konzernintern den Netzbetrieb und das Endkundengeschäft auf verschiedene Gesellschaften aufgeteilt haben.

### II. Rechtslage bei externem Reseller

Da bei genauer Betrachtung zwei Auskünfte statt nur einer eingeholt werden, stellt sich die Frage, ob der Reseller allein aufgrund des unter Beteiligung des Netzbetreibers

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

1 Ausführlicher zu Resellern etwa BVerwG, 2.12.2003 – BVerwG 6 C 20.02, ZUM-RD 2004, 198; *Schadow*, MMR 1998, V, VI f.

2 Zur Frage der Rechtmäßigkeit vgl. unten III.

ergangenen Gestattungsbeschlusses die Identität des Endkunden bekanntgeben darf, und, falls dies nicht der Fall ist, ob eine dennoch erteilte Auskunft im gerichtlichen Verfahren gegen den Anschlussinhaber verwertet werden darf.

### 1. Erfordernis einer zweiten Gestattung

Ob der Rechteinhaber auch dem Reseller die Auskunftserteilung gerichtlich gestatten lassen muss, ist soweit ersichtlich bislang noch nicht gerichtlich geklärt. Das AG Koblenz hält dies in zwei jüngst erlassenen Hinweisbeschlüssen<sup>3</sup> für erforderlich. Das OLG Köln hat dies in einem Beschwerdeverfahren gegen einen Gestattungsbeschluss offen gelassen.<sup>4</sup> Für entbehrlich hält ein solches zweites Gestattungsverfahren ausgerechnet der Bundesbeauftragte für den Datenschutz. Die knappe Begründung lautet, es handle sich um eine Bestandsdaten-Auskunft nach § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG, für die kein richterlicher Beschluss erforderlich sei.<sup>5</sup> Doch damit macht man sich die Sache zu leicht. Selbstverständlich ist es richtig, dass Name und Anschrift des Anschlussinhabers, die der Reseller allein mitteilt, nicht als Verkehrs-, sondern als Bestandsdaten zu qualifizieren sind.<sup>6</sup> Das sind sie aber auch dann, wenn die Auskunft direkt vom Netzbetreiber erteilt wird und kein Reseller im Spiel ist. Und nur die Auskunft über diese Daten ist – unabhängig von der Einbindung eines Resellers – gemäß § 101 Abs. 3 UrhG Inhalt des Auskunftsanspruchs.<sup>7</sup> Dementsprechend lautet der Tenor des Gestattungsbeschlusses: „Der Beteiligten wird gestattet, der Antragstellerin unter Verwendung von Verkehrsdaten im Sinne des § 3 Nr. 30 TKG über den Namen und die Anschrift [...] Auskunft zu erteilen...“.<sup>8</sup> Wollte man das Gestattungserfordernis davon abhängig machen, ob das in Anspruch genommene Unternehmen nur Bestandsdaten oder auch Verkehrsdaten herausgeben soll, wäre die Durchführung des Gestattungsverfahrens daher stets entbehrlich. Es wäre dann aber auch zu erwarten, dass der Gesetzgeber eine solche Einschränkung in den Gesetzestext oder zumindest in die Gesetzesbegründung aufnimmt. Beides ist jedoch nicht der Fall.

Der Wortlaut des § 101 Abs. 9 UrhG schreibt vielmehr die richterliche Gestattung vor, wenn die Auskunftserteilung nur „unter Verwendung von Verkehrsdaten“ erfolgen kann. Dies trifft aber auch und gerade auf die Auskunftserteilung durch den Reseller zu. Denn dieser kann die Identität des Anschlussinhabers nur anhand der Benutzerkennung sowie unter Verwendung von Datum und Uhrzeit der Verbindung feststellen, allesamt Daten, die in § 96 Abs. 1 TKG ausdrücklich als Verkehrsdaten beschrieben werden. Darüber hinaus erfolgt die Auskunftserteilung unter Verwendung der IP-Adresse, die zwar der Reseller zur Auskunftserteilung nicht benötigt, unter deren Verwendung der Rechteinhaber aber den Reseller ermittelt und zur Auskunft auffordert. Für den Wortlaut des § 101 Abs. 9 UrhG reicht dies aus, erforderlich ist nur, dass die Auskunft nur „unter Verwendung von Verkehrsdaten“ erteilt werden kann, nicht aber dass diese Verwendung gerade durch den Auskunftspflichtigen stattfindet.

Doch nicht nur dem Wortlaut von § 101 Abs. 9 UrhG entspricht das Erfordernis einer an den Reseller gerichteten Gestattung, insbesondere Sinn und Zweck des Richtervorbehalts fordern eine solche. Der Richtervorbehalt dient auch der Entlastung von Internet Providern und Telekommunikationsunternehmen von der Prüfung, ob eine offensichtliche Rechtsverletzung vorliegt.<sup>9</sup> Wie aber soll der Reseller ohne ausdrücklich gesetzlich bestimmter Ausnah-

me vom auch im FamFG-Verfahren geltenden<sup>10</sup> Grundsatz der Inter-Partes-Wirkung gerichtlicher Entscheidungen Rechtssicherheit aus einem Beschluss schöpfen, der sich nicht an ihn richtet, und auf den er mangels Beteiligung am Gestattungsverfahren keinen Einfluss hat? Dabei bedarf gerade der Reseller in besonderem Maße der Rechtssicherheit, ist es doch dieser, der die entscheidende Verbindung zwischen einem Kommunikationsvorgang und der an diesem beteiligten Person liefert. Mit seiner Auskunft, und erst mit dieser wird der Besucher einer Internetseite und Nutzer einer IP-Adresse individualisiert, mit der Folge, dass man nicht nur weiß, mit wem er Kontakt hatte, sondern in der Regel auch dessen Inhalt kennt, worin die besondere Bedeutung für das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen liegt,<sup>11</sup> und was auch erst die besondere Bedeutung für das Grundrecht auf Gewährung der Telekommunikationsfreiheit nach Art. 10 GG begründet. Die Brisanz der Auskunftserteilung liegt mit anderen Worten in der Offenbarung, welcher Person der betroffene Internetanschluss zugeordnet ist, wohingegen die auf die Bekanntgabe des zwischengeschalteten Resellers beschränkte Auskunft des Netzbetreibers mit Blick auf die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen des Anschlussinhabers von untergeordneter Bedeutung ist.

Es ist auch gerade die letzte Stufe der Auskunftserteilung, die Verknüpfung von Verkehrsdaten mit Namen und Anschrift des Anschlussinhabers, die der Gesetzgeber bei der Schaffung von § 101 Abs. 9 UrhG im Blick hatte, als er in die Gesetzesbegründung aufnahm, dass es um Auskünfte zur Ermittlung potentieller Rechtsverletzer gehe.<sup>12</sup> Ausführungen zu Auskünften des Inhalts, dass ein Telekommunikationsunternehmen schlicht auf ein anderes verweist, sucht man in den Gesetzgebungsmaterialien und in § 101 Abs. 3 UrhG hingegen vergeblich.

Auch den Belangen des Anschlussinhabers dient die an den Reseller gerichtete Gestattung. Das Gericht kann und muss im Rahmen seiner Entscheidung aktuelle Entwicklungen berücksichtigen, zumal zwischen der Auskunft des Netzbetreibers und dem zweiten Gestattungsverfahren einige Zeit vergehen kann. So wären bei Durchführung weiterer Gestattungsverfahren unter Beteiligung des Resellers in der Redtube-Affäre zahlreiche Auskünfte vermutlich nicht erteilt worden.<sup>13</sup> Zudem besteht durchaus die Möglichkeit, dass das LG, in dessen Bezirk der Reseller seinen Sitz hat, die Rechtslage anders beurteilt als das für den Netzbetreiber zuständige LG.

3 AG Koblenz, 15. 12. 2014 – 153 C 2070/14; 2. 1. 2015 – 153 C 3184/14.

4 OLG Köln, 27. 11. 2012 – 6 W 181/12, K&R 2013, 132 f.

5 <http://www.bfdi.bund.de/DE/Themen/KommunikationsdiensteMedien/Internet/Artikel/AuskunftsrechtsBeiUrheberrechtsverstoss.html>.

6 Vgl. auch OLG Köln, 2. 11. 2012 – 6 W 181/12, K&R 2013, 132 f.

7 Dass in der Praxis der Netzbetreiber neben Namen und Anschrift regelmäßig auch die Benutzerkennung des betroffenen Anschlusses, und damit im Gegensatz zum Reseller ein Bestandsdatum gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 TKG mitteilt, kann ebenfalls nicht maßgeblich sein, da sich der Gestattungstenor nicht auf die Auskunft über die Benutzerkennung erstreckt, und die entsprechende Mitteilung bereits aus diesem Grunde rechtswidrig ist. Dass nebenbei die Mitteilung der Benutzerkennung auch dann erfolgt, wenn diese nicht für weitere Ermittlungen benötigt wird, weil kein Reseller beteiligt ist und der Netzbetreiber selbst Auskunft über Namen und Adresse des Anschlussinhabers erteilen kann, ist eine weitere Fragwürdigkeit in der Beauskunftungspraxis.

8 Exemplarisch BGH, 16. 3. 2013 – 1 ZB 50/12.

9 BT-Drs. 16/5048, S. 40.

10 Zur Inter-Partes-Wirkung im FamFG-Verfahren: *Ulrici*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Aufl. 2013, § 48 Rn. 41.

11 Vgl. BVerfG, 2. 3. 2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, NJW 2010, 833, 845.

12 BT-Drs. 16/5048, S. 39.

13 Wie sich die Beurteilung innerhalb kürzester Zeit ändern kann, zeigt etwa LG Köln, 24. 1. 2014 – 209 O 188/13, MMR 2014, 193.

Auch das vorhersehbare Argument, die Durchführung zweier Gestattungsverfahren sei in der Gesetzesbegründung nicht vorgesehen, ist bei genauer Betrachtung ein Scheinargument. Wirklich notwendig ist nämlich auch bei einem Reselleranschluss lediglich eine einzige richterliche Gestattung – die an den Reseller gerichtete. Denn die Bekanntgabe der Identität des Resellers ist in § 101 Abs. 3 UrhG nicht vorgesehen, so dass sich auch das Gestattungserfordernis nach § 101 Abs. 9 UrhG nicht hierauf beziehen kann. Die Durchführung zweier aufeinanderfolgender Gestattungsverfahren kann dadurch vermieden werden, dass der Netzbetreiber, nachdem ihm die Löschung der IP-Adressen untersagt wurde, ohne gerichtliche Gestattung Auskunft über die Zuordnung einzelner IP-Adressen zu Reselleranschlüssen erteilt und das Gestattungsverfahren unter Beteiligung des Netzbetreibers hinsichtlich dieser Anschlüsse nicht weiterbetrieben wird.

## 2. Beweisverwertungsverbot

Erweist sich die Auskunft des Resellers ohne eine an diesen gerichtete Gestattung als rechtswidrig, stellt sich die Frage, ob hieraus ein Beweisverwertungsverbot folgt. Geprüft wird dies üblicherweise anhand einer Abwägung der auf beiden Seiten betroffenen Rechtspositionen. Betroffen sind dabei von der Auskunftserteilung einerseits das Eigentumsrecht des Rechteinhabers und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, andererseits das Recht des Anschlussinhabers auf Privatsphäre und das der Telekommunikationsfreiheit.<sup>14</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Richtervorbehalt gerade auch wegen der besonderen Schutzwürdigkeit von Verkehrsdaten eingeführt wurde.<sup>15</sup>

a) Vor dem Einstieg in die Abwägung der betroffenen Rechtspositionen darf zunächst festgestellt werden, dass es in der hier behandelten Konstellation an der für derartige Situationen prägenden Konfliktsituation mangelt. Geht es etwa um die Einführung entwendeter Daten,<sup>16</sup> der Bekundungen eines Lauschzeugen<sup>17</sup> oder – im Strafprozess – die Verwertung von Erkenntnissen aus rechtswidrig abgehörten Telefonaten,<sup>18</sup> stellt sich die Position des Beweisführers so dar, dass er zur Rechtsdurchsetzung auf sein Beweismittel setzen muss, da die Einwilligung des Betroffenen regelmäßig nicht einzuholen bzw. eine richterliche Anordnung nicht nachholbar ist. Das besondere Interesse des Beweisführers an der Verwertung des gewonnenen Beweismittels ergibt sich in derartigen Fällen also daraus, dass er andernfalls sein Beweismittel endgültig verliert – und mit diesem ggf. den ganzen Prozess.

Im Fall der Resellerauskunft stellt sich die Situation anders dar. Der Rechteinhaber muss bei der Rechtsverfolgung nicht auf die rechtswidrig gewonnene Information setzen oder auf andere Beweismittel ausweichen. Er hat vielmehr die Möglichkeit, dasselbe Beweismittel erneut, und diesmal rechtmäßig zu erlangen, indem er die gerichtliche Gestattung nach § 101 Abs. 9 UrhG nachholt. Da der Reseller für die Auskunftserteilung nicht die flüchtige IP-Adresse benötigt, sondern lediglich die auch zu späteren Zeitpunkten noch vorhandene Benutzererkennung des betroffenen Anschlusses, kann sich der Rechteinhaber die Auskunft bis zur Verjährung des Auskunftsanspruchs erneut erteilen lassen. Es besteht daher bereits regelmäßig keine Notwendigkeit, die Verwertung der Auskunft überhaupt erst in Erwägung zu ziehen.

b) Im Rahmen der Abwägung, ob eine rechtswidrige Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot zur Folge

haben soll, ist zu berücksichtigen, dass dem Richtervorbehalt eine besondere Bedeutung zukommt. Bei Beweiserhebungsverboten im Bereich der Telekommunikation ist anerkannt, dass die Missachtung des Richtervorbehalts regelmäßig zu einem Verwertungsverbot führt.<sup>19</sup> Ausnahmsweise verwertbar sind die Erkenntnisse nur bei besonders schweren Rechtsverletzungen.<sup>20</sup> Dies führt zu dem Ergebnis, dass jedenfalls in einem Strafprozess wegen illegalen Filesharings kein Fall von der Ausnahme des Verwertungsverbots vorläge. Denn bei dem in § 106 Abs. 1 UrhG enthaltenen Strafrahmen und der Einordnung als Antragsdelikt gemäß § 109 UrhG wird man von einer besonders schweren Rechtsverletzung nicht sprechen können.

Weshalb die Frage in einem Zivilprozess anders zu beantworten wäre, ist nicht ersichtlich. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der einzelne Teilnehmer an Filesharingnetzwerken nur einen minimalen und ohne Weiteres ersetzbaren Tatbeitrag zur weiteren unkontrollierten Verbreitung des urheberrechtlich geschützten Werkes leistet.<sup>21</sup> Es kann auch keine Rolle spielen, dass bereits vor der an den Netzbetreiber gerichteten Gestattung ein Gericht die Rechtslage und die Voraussetzungen für die Auskunftserteilung geprüft hat, zumal diese Entscheidung nicht von dem für die an den Reseller gerichtete Gestattung zuständigen Richter stammt.<sup>22</sup> Dem Anspruch auf den gesetzlichen Richter genügt dies nicht.

c) Zu berücksichtigen sind auch die ungewöhnlich weitreichenden Folgen einer Beweisverwertung. Im Regelfall hat die Verwertung unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt erlangter Beweismittel keine Auswirkungen auf die Beweislastverteilung. Im Strafprozess, dem Hauptanwendungsgebiet von Richtervorbehalten, bleibt selbst im Fall der Verwertbarkeit solchermaßen erlangter Beweismittel der Grundsatz der Unschuldsvermutung bestehen.

In Filesharingfällen stellt sich die Situation anders dar. Mit der Verwertung der Auskunft steht die Person des Anschlussinhabers fest. Dieser muss zwar nicht notwendigerweise für die Urheberrechtsverletzung verantwortlich sein, sieht sich aber mit einer prozessualen Situation konfrontiert, in der dem klagenden Rechteinhaber höchstrichterlich aufgestellte Beweiserleichterungen<sup>23</sup> zugutekommen. Die Verwertung der rechtswidrig erlangten Auskunft hat daher eine ungewöhnliche prozessuale Schlechterstellung des beklagten Anschlussinhabers zur Folge, die unmittelbar zu seinem Prozessverlust führen kann, wenn er seiner

14 Zu Letzterer ausdrücklich BT-Drs. 16/5048, S. 39; zum Spannungsverhältnis auf europäischer Ebene EuGH, 29. 1. 2008 – C-275/06, K&R 2008, 165, 166.

15 BT-Drs. 16/5048, S. 39.

16 Vgl. LG Düsseldorf, 11. 10. 2010 – 4 Qs 50/10, NStZ-RR 2011, 84; FG Köln, 15. 12. 2010 – 14 V 2484/10, DSiRE 2011, 1076 f.

17 BGH, 17. 2. 2010 – VIII ZR 70/07, BB 2010, 1175, 1177 f.; BVerfG, 9. 10. 2002 – 1 BvR 1611/96, BVerfGE 106, 28, 35 ff.

18 Vgl. BGH, 17. 3. 1982 – 4 StR 640/82, BGHSt 31, 304, 308 f.; BGH, 11. 11. 1998 – 3 StR 18/98, BGHSt 44, 243, 248 ff.

19 Vgl. BGH, 6. 8. 1987 – 4 StR 333/87, BGHSt 35, 32, 34; BGH, 17. 3. 1983 – 4 StR 640/82, BGHSt 31, 304, 306 f.; BGH, 11. 11. 1998 – 3 StR 18/98, BGHSt 44, 243, 248 ff.; zum Verwertungsverbot bei bewussten Verfahrensverstößen auch BVerfG, 9. 11. 2010 – 2 BvR 2101/09, NJW 2011, 2417.

20 BGH, 11. 11. 1998 – 3 StR 18/98, BGHSt 44, 243, 248 ff.

21 Vgl. hierzu AG Köln, 12. 3. 2014 – 125 C 495/13.

22 Dies gilt jedenfalls dann, wenn für den Reseller ein anderes LG zuständig ist als für den Netzbetreiber, kann aber in Abhängigkeit vom Geschäftsverteilungsplan auch dann der Fall sein, wenn beide Unternehmen ihren Sitz im selben Landgerichtsbezirk haben.

23 Vgl. zu tatsächlicher Vermutung und sekundärer Beweislast in solchen Fällen: BGH, 8. 1. 2014 – I ZR 169/12, K&R 2014, 513, 514 f.

sekundären Darlegungslast nicht genügen und auch die hieraus folgende<sup>24</sup> tatsächliche Vermutung seiner Täterschaft nicht widerlegen kann, auch und gerade wenn die Person des eigentlichen Täters unbeleuchtet bleibt. Gerade in dieser Situation liegt der primäre Nutzen der Auskunft für den Rechteinhaber. In der Praxis ist dieser nicht an weiteren Ermittlungen interessiert, Fälle, in denen zunächst der Anschlussinhaber angeschrieben und um Auskunft über die Person des Täters oder zumindest der in Betracht kommenden Nutzer des Internetanschlusses gebeten wird, sind dem Autor nicht bekannt und dürften in der Praxis auch kaum vorkommen. Vielmehr entspricht es der üblichen Vorgehensweise, nach Erhalt der Auskunft unmittelbar den Anschlussinhaber abzumahnern und im anschließenden gerichtlichen Verfahren die höchststrichlerlich aufgestellten Beweiserleichterungen zur Begründung einer Haftung zu nutzen, die nach den tatsächlichen Gegebenheiten ggf. nicht bestünde.

Gerade wenn – wie im Regelfall – das gerichtliche Verfahren nicht auf die Ermittlung des wahren Täters, sondern auf die Inanspruchnahme des Anschlussinhabers unter Ausnutzung von Beweiserleichterungen abzielt, gebietet das Recht des Rechteinhabers aus Art. 14 GG nicht die Verwertbarkeit des rechtswidrig gewonnenen Beweises. Mögen die materiell-rechtlichen Ansprüche des Rechteinhabers gegen Täter und Störer Gegenstand des Rechts aus Art. 14 GG sein, der Eintritt einer günstigen prozessrechtlichen Beweissituation, um den es ihm eigentlich geht, ist es nicht.

### III. Konzerndatenverarbeitung durch den Netzbetreiber

Die Ursache für die stiefmütterliche Behandlung der Gestattung im zweistufigen Auskunftserteilungsverfahren in Literatur und Rechtsprechung dürfte in der mangelnden Transparenz des Verfahrens liegen, nicht aber in der zahlenmäßigen Geringfügigkeit solcher Fälle. Das Phänomen, dass Netzbetreiber und Endkundenanbieter nicht identisch sind, betrifft auch solche Fälle, in denen Netzbetreiber und Endkundenprovider unterschiedliche, aber demselben Konzern angehörige Gesellschaften sind, und damit einen Großteil der Fälle, u. a. alle Endkundenanschlüsse bei der Deutschen Telekom.<sup>25</sup> In diesen Fällen fällt die Zweistufigkeit des Verfahrens nicht auf, weil einerseits die Verschiedenheit von Netzbetreiber und Endkundenanbieter häufig nicht erkannt wird, andererseits die Auskunft dem Rechteinhaber durch den Netzbetreiber übermittelt wird, was im Wege eines Auftragsdatenverarbeitungsmodells bewerkstelligt wird.<sup>26</sup>

Bei der Konzernauftragsdatenverarbeitung erhebt zunächst der Endkundenanbieter die zur Vertragsabwicklung erforderlichen Daten wie Namen und Anschrift des Kunden und verknüpft diese mit der ebenfalls zu speichernden Benutzererkennung. Die Datenverarbeitung erfolgt dann wiederum durch den Netzbetreiber, und zwar im Rahmen eines Auftragsdatenverarbeitungsverhältnisses. Dies kann etwa den Inhalt haben, dass sämtliche vom Endkundenanbieter erhobenen Daten beim Netzbetreiber gespeichert und von diesem verarbeitet werden, und zwar gemäß § 11 Abs. 3 S. 1 BDSG nur im Rahmen der Weisungen des Endkundenanbieters, der wiederum gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 BDSG verantwortliche Stelle ist. Das Auftragsdatenverarbeitungsmodell der Deutschen Telekom soll demgegenüber in der Weise funktionieren, dass bei der Netz-

betreibergesellschaft keine Endkundendaten gespeichert werden, diese aber zum Zweck der Auskunftserteilung auf den Datenbestand des Endkundenanbieters zugreifen kann, so dass Letzterer weiterhin verantwortliche Stelle bleibt.<sup>27</sup>

Bei genauer Betrachtung stellt sich die Situation nicht anders dar als beim Vorhandensein externer Reseller. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Auftragsdatenverarbeitungsmodells bleibt nach der Auftragsdatenverarbeitungsabrede der Endkundenanbieter verantwortliche Stelle. Die erteilte Auskunft stammt damit nur scheinbar vom Netzbetreiber, da dieser nicht als solcher auftritt, sondern als verlängerter Arm des Endkundenanbieters, sozusagen als datenschutzrechtlicher Besitzdiener. Stammen die Daten zu Namen und Auskunft des Anschlussinhabers aus dem Datenbestand des Endkundenanbieters, muss sich daher nicht anders als in Resellerfällen die Gestattung zur Auskunftserteilung an diesen richten. Dass er die Auskunft nicht eigenhändig erteilt, sondern hierzu einen Dritten anweist, kann hierfür nicht entscheidend sein. Auch bei einem solchen Modell bleiben Adressat des Gestattungsbeschlusses und auskunftserteilende Stelle verschieden, es wird dies nur verschleiert. Hinsichtlich der Verwertbarkeit der auf diesem Wege übermittelten Daten existieren gegenüber der Auskunft durch den Reseller<sup>28</sup> mithin keine Besonderheiten.

### IV. Fazit

Sind Netzbetreiber und Endkundenanbieter nicht identisch, bedarf es einer an Letzteren gerichteten Gestattung gemäß § 101 Abs. 9 UrhG, wenn dieser einem Inhaber von Urheberrechten gemäß § 101 Abs. 2; Abs. 3 UrhG Namen und Anschrift eines Anschlussinhabers mitteilen soll. Ohne diese Gestattung erfolgt die Auskunftserteilung rechtswidrig. In einem gerichtlichen Verfahren gegen den Anschlussinhaber sind die so erlangten Daten nicht verwertbar.

Was auffällt ist, die vorstehend behandelten Fragen in der Rechtsprechung außer vom OLG Köln<sup>29</sup> und vom AG Koblenz<sup>30</sup> nicht angesprochen wurden. Dies hat zu einer jahrelangen rechtswidrigen und gleichwohl nicht hinterfragten Beauskunftungspraxis der Endkundenanbieter geführt. Folgt man einer inoffiziellen Hochrechnung,<sup>31</sup> wurde in den Jahren 2008 bis 2013 eine siebenstellige Zahl von Abmahnungen wegen illegalen Filesharings ausgesprochen. Wegen der bereits erwähnten Verbreitung der Verschiedenheit von Netzbetreiber und Endkundenanbieter lässt dies den Schluss zu, dass in diesem Zeitraum mehrere hunderttausend Auskünfte ohne richterliche Gestattung erteilt wurden, die einer solchen bedurft hätten, und dies – wie die mangelnde Diskussion der Materie zeigt – offenkundig bedenkenlos.

24 Zum Verhältnis von sekundärer Darlegungslast und tatsächlicher Vermutung ausführlich *Zimmermann*, MMR 2014, 368, 370; in der Sache ebenso aber ohne ausdrückliche Begründung: BGH, 8. 1. 2014 – I ZR 169/12, K&R 2014, 513, 514 ff.

25 Netzbetreiber ist in diesen Fällen die Deutsche Telekom AG, Endkundenprovider die Telekom Deutschland GmbH.

26 Im Konzern der Deutschen Telekom etwa wurde dies mindestens bis Juli 2013 so praktiziert.

27 So jedenfalls stellt die Deutsche Telekom AG dies in einem an den Autor gerichteten Schreiben vom 4. 7. 2014 dar.

28 Vgl. hierzu oben II. 2.

29 OLG Köln, 27. 11. 2012 – 6 W 181/12, K&R 2013, 132 f.

30 AG Koblenz, 15. 12. 2014 – 153 C 2070/14; 2. 1. 2015 – 153 C 3184/14.

31 <http://www.iggdaw.de/filebase/index.php/Filebase/14-Statistiken-Abmahnwahn/>.