

Urheberrechtsverletzungen in Filesharing-Netzwerken

von **Philipp Homar**
und **Ines Traxler**

– Folgerungen aus EuGH C-597/19 – *Mircom*

Obwohl der Konsum von Musik und Filmen zunehmend über zugangsbasierte Streaming-Services (bspw Spotify, Netflix, Amazon Prime Video, Amazon Music) erfolgt, zeigt die rezente Rsp,¹⁾ dass der Austausch von Werken über peer-to-peer Filesharing-Netzwerke („Internettauschbörsen“) nach wie vor von Relevanz ist. Mit der E in der Rs *Mircom*²⁾ entwickelt der EuGH die Jud zur urheberrechtlichen Beurteilung des Filesharings weiter. Die E bringt Klarheit hinsichtlich der Rechtsverletzung der Nutzer, die Werke in Filesharing-Netzwerken bereitstellen, sowie hinsichtlich der Durchsetzung der urheberrechtlichen Ansprüche. Sie zeigt gleichzeitig mehrere Problembereiche auf, denen das Urheberrecht begegnet, wenn sich Nutzungspraktiken in dezentrale Netzwerkinfrastrukturen verlagern.

I. URHEBERRECHTSVERLETZUNGEN BEIM FILESHARING

Wenn urheberrechtlich geschützte Werke über Filesharing-Netzwerke ausgetauscht werden, kommen mehrere Verletzungen der Verwertungsrechte in Betracht. Der Download eines Werks aus einer Internettauschbörse wird in aller Regel das Vervielfältigungsrecht iSd § 15 UrhG verletzen, da er von einer – die gesetzlich zulässige Vervielfältigung zum eigenen und privaten Gebrauch iSd § 42 Abs 2, 4, 6 und 7 UrhG ausschließenden – (offensichtlich)³⁾ rechtswidrig zugänglich gemachten Vorlage angefertigt wird.⁴⁾ Wenn der herunterladende Nutzer das Werk – wie idR üblich – auch anderen Nutzern zum Download bereitstellt, scheidet eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch iSd § 42 Abs 4 UrhG zudem daran, dass sie dem Zweck der öffentlichen Zugänglichmachung dient.⁵⁾

A. Zurverfügungstellung durch die Nutzer der Plattform

Im Mittelpunkt des Verfahrens *Mircom* steht die Frage, ob die Nutzer eines Filesharing-Netzwerks, die Werke ande-

ren Nutzern des Netzwerks zum Download bereitstellen, eine öffentliche Zurverfügungstellung iSd § 18a UrhG vornehmen. In der Rsp und im Schrifttum wurde diese Frage bislang keiner genauen Prüfung unterzogen, da die Verletzung (im Ergebnis richtig) angenommen wurde.⁶⁾ Bei genauerer Betrachtung werfen die dezentrale Netzwerkstruktur sowie die Funktionsweise der Filesharing-Software aber Probleme auf, die eine vertiefte Auseinandersetzung erfordern.

1. Zurverfügungstellung durch Bereitstellung von „Dateifragmenten“

Bei einem auf dem BitTorrent-Protokoll beruhenden Filesharing-Netzwerk werden die bereitgestellten Dateien nicht zentral gehostet, sondern dezentral von den im Netzwerk verbundenen Nutzern bereitgestellt.⁷⁾ Aufgrund der dezentralen Struktur wird bei einem Download von dem Endgerät eines einzelnen Nutzers nicht die gesamte (ein Werk enthaltende) Datei heruntergeladen, sondern nur Teile der Datei iSv Datenpaketen („Dateifragmente“ oder „Dateisegmente“).⁸⁾ Derjenige, der den Download anfertigt, verbindet die von den verschiedenen Nutzern heruntergeladenen Dateifragmente mit Hilfe des BitTorrent-Clients zu einer Gesamtdatei und erhält dadurch eine Kopie des gesamten Werks. Vereinzelt wird daraus der Schluss gezogen, dass ein einzelner Nutzer den anderen Nutzern keine „vollständige und lauffähige, das fragliche Werk (oder Teile davon) enthaltende Datei“, sondern lediglich (urheberrechtlich unbeachtlichen) „Datenmüll“ zum Herunterladen bereitstellt und daher keine Zurverfügungstellung iSd § 18a UrhG vornimmt.⁹⁾ Diese Beurteilung lässt sich jedoch aus mehreren Gründen nicht aufrechter-

Univ.-Prof. Mag. Dr. Philipp Homar, Professor für Intellectual Property an der Johannes Kepler Universität in Linz / Zentrum für Geistiges Eigentum, Medien- und Innovationsrecht (Donau Universität Krems).

Mag.^a Ines Traxler, Universitätsassistentin am Lehrstuhl für Intellectual Property an der Johannes Kepler Universität in Linz.

- 1) Vgl auch OGH 4 Ob 121/17y – *BitTorrent*, MR 2017, 317 (*Daum*) = EvBl 2018, 316 (*Homar*); EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]*, MR 2017, 187 (*Fischer*); BGH I ZR 228/19 – *Saints Row*, MMR 2021, 404; BGH I ZR 186/16 – *Konferenz der Tiere*, MMR 2018, 303 (*Solmecke/Burgemeister*).
- 2) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom*
- 3) Ob das Kriterium der „Offensichtlichkeit“ mit der EuGH-Rsp in Einklang steht, wird bezweifelt (vgl dazu *Zemann in Kucsko/Handig*, urheber.recht², § 42 Rz 16).
- 4) Vgl ErRV 687 BlgNR 25. GP 5; SA GA *Szpunar*, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 51; vgl dazu näher *Homar in Dillenz/Gutman/Thiele/Burgstaller*, UrhG³, § 42 Rz 57 ff und Rz 96. Zur Anwendbarkeit des Ausschlusses von Vervielfältigungen zum eigenen Schul- und Sammlungsgebrauch vgl *Homar in Dillenz/Gutman/Thiele/Burgstaller*, UrhG³, § 42 Rz 98.
- 5) § 42 Abs 5 UrhG; ErRV 687 BlgNR 25. GP 5.

- 6) Vgl etwa *Appl*, Digitalisierung, Vernetzung und das Recht der öffentlichen Wiedergabe im Schlaglicht der Plattform Economy, MR 2018 H 3 Beilage, 37 (41 f); *Gaderer in Kucsko/Handig*, urheber.recht², § 18a Rz 34.
- 7) *Appl*, MR 2018 H 3 Beilage, 37 (42); OGH 4 Ob 121/17y – *BitTorrent*, MR 2017, 317 (*Daum*) = EvBl 2018, 316 (*Homar*).
- 8) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 43 f; vgl auch *Solmecke/Bärenfänger*, Urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Dateifragmenten – Nutzlos = Schutzlos, MMR 2011, 567 (568), wonach es so gut wie nie vorkommt, dass ein Nutzer einem anderen ein gesamtes Werk übermittelt.
- 9) Vgl LG Frankenthal 6 S 22/15, ZUM-RD 2016, 648.

halten, weswegen ihr der EuGH (ebenso wie der BGH)¹⁰⁾ zu Recht einen Riegel vorschleibt.

a) Dateifragment mit geschütztem Werkteil

Zunächst verletzt ein Nutzer, von dem im Zuge eines Downloads nur ein einzelnes Dateifragment abgerufen wird, das Zurverfügungstellungsrecht, wenn das Fragment einen geschützten Werkteil (§ 1 Abs 2 UrhG) beinhaltet. Dafür ist erforderlich, dass sich die Eigentümlichkeit des § 1 Abs 1 UrhG auch in diesem Fragment widerspiegelt, dieses somit zumindest ein Element beinhaltet, das Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Schöpfers ist.¹¹⁾ In der Rsp wurde dies bereits bei einem Ausschnitt von sieben Sekunden und 27 Kadern aus einem Film angenommen.¹²⁾ Bei der Bereitstellung von Sprachwerken (bspw E-Books oder Musikstücken mit Text oder Filmen mit Dialogen) kann bereits die Bereitstellung eines Fragments ausreichen, welches einen aus elf Wörtern bestehenden Auszug beinhaltet.¹³⁾ Wenn von einem Nutzer aber lediglich kleinste Dateifragmente heruntergeladen werden, besteht tatsächlich die Möglichkeit, dass darin kein urheberrechtlich schutzfähiger Werkteil enthalten ist. Sofern aber Lichtbilder („Fotografien“) oder audiovisuelle Inhalte (Musikstücke, Filme, Videos etc) bereitgestellt werden, sind die daran bestehenden Leistungsschutzrechte des Licht- bzw Laufbildherstellers iSd § 73 f UrhG sowie des Schallträgerherstellers iSd § 76 UrhG zu beachten. Diese setzen keine Eigentümlichkeit voraus und erfassen damit auch die Nutzung kleinster „Partikel“ (etwa einer zweisekündigen Rhythmussequenz)¹⁴⁾ eines Schallträgers¹⁵⁾ bzw eines Licht- oder Laufbilds.¹⁶⁾ Einschränkend ist aber (sowohl hinsichtlich des urheberrechtlichen als auch des leistungsschutzrechtlichen Schutzes) vorauszusetzen, dass

eine sinnliche Wahrnehmbarkeit des bereitgestellten Werkteils oder Teils eines leistungsschutzrechtlichen Schutzgegenstands möglich ist.¹⁷⁾ Dies ist gegeben, wenn der heruntergeladene Inhalt unter Zuhilfenahme von Software (etwa dem BitTorrent-Client oder eines Medienplayers)¹⁸⁾ im Wege der Vorschau angesehen werden kann. Sofern vom Endgerät eines Nutzers tatsächlich nur ein einzelnes Dateifragment heruntergeladen wird, wird dies aufgrund der geringen Größe des Fragments nicht möglich sein.¹⁹⁾ Allerdings wird das einzelne Fragment wahrnehmbar, sobald es mit ausreichend weiteren Fragmenten, die von Dateien anderer Nutzer des Netzwerks heruntergeladen werden, zur Gesamtdatei oder zumindest zu einer die Vorschau ermöglichenden Datei verbunden wird. Folglich kann auch ein einzelnes Fragment, das ein Nutzer für einen Download beisteuert, mittelbar durch Verbindung mit anderen im Netzwerk bereitgestellten Fragmenten und Verwendung eines Medienplayers sinnlich wahrgenommen werden.²⁰⁾ Dass die sinnliche Wahrnehmbarkeit eines einzelnen Fragments von einer Handlung (iSv der Bereitstellung weiterer Fragmente und Software zum Abspielen) durch Dritte abhängt, ist unerheblich.²¹⁾ Die E in der

10) BGH I ZR 186/16 – *Konferenz der Tiere*, MMR 2018, 303 (Solmecke/Burgemeister).

11) EuGH C-403/08 und C-429/08 – *FAPL* Rz 156, GRURInt 2011, 1063 = MR 2011, 272 (Wittmann); EuGH C-5/08 – *Infopaq* Rz 39, MR-Int 2009, 91; Bernsteiner in *Dillenz/Gutman/Thiele/Burgstaller*, UrhG³, § 1 Rz 25 und 57 ff.

12) OGH 4 Ob 178/06i – *St. Stephan*, MR 2007, 84 (Walter).

13) EuGH C-5/08 – *Infopaq* Rz 51, MR-Int 2009, 91. Folglich wurde eine Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts auch bei der Bereitstellung von (als Sprachwerke geschützten) Computerprogrammen bejaht (BGH I ZR 64/17 – *Dead Island* Rz 12, GRUR 2018, 1044; BGH I ZR 68/16 – *Ego-Shooter* Rz 10, GRURR 2017, 484).

14) EuGH C-476/17 – *Pelham* Rz 2 und 29, MR-Int 2019, 108.

15) BGH I ZR 19/14 – *Tauschbörse I* Rz 27 – GRUR 2016, 176; BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 20, GRUR 2016, 184; BGH I ZR 19/16 – *Loud* Rz 12, NJW 2018, 65; BGH I ZR 48/15 – *Everytime we touch* Rz 19, GRUR 2016, 1280; BGH I ZR 169/12 – *Bearshare*, GRUR 2014, 657.

16) BGH I ZR 186/16 – *Konferenz der Tiere* Rz 17 ff, MMR 2018, 303 (Solmecke/Burgemeister); BGH I ZR 154/15 – *Afterlife* Rz 10, GRUR 2017, 386; BGH I ZB 77/11 – Begriff »in gewerblichem Ausmaß« Rz 32 f, ZUM-RD 2012, 587; BGH I ZR 1/15 – *Tannöd* Rz 22, ZUM 2016, 1030. Da das Bereitstellen im Wege des Filesharings nicht unter die grundrechtlich verbürgte Freiheit der Kunst (Art 13 GRG; Art 10 EMRK; Art 17a StGG) fällt (BGH I ZR 186/16 – *Konferenz der Tiere* Rz 17 ff, MMR 2018, 303 (Solmecke/Burgemeister)), kommt das vom EuGH im Kontext des Audio-Samplings aufgestellte Kriterium der Wiedererkennbarkeit (vgl dazu *Homar*, Enge Handlungsspielräume für das Sampling, ZUM 2019, 731 (733)) grds nicht zur Anwendung.

17) Vgl OGH 4 Ob 208/09f – *Mozart Symphonie No 41*, MR 2010, 206 (Walter): „Ein Verletzungstatbestand liegt erst dann vor, wenn das Werk in der verwerteten Form wahrnehmbar ist“; vgl hinsichtlich des Vervielfältigungsrechts OGH 4 Ob 345/98h – *Radio Melody III*, MR 1999, 94 (Walter); vgl für den Download verschlüsselter Werke *Burgstaller/Hermann*, Urheberrechtliche Relevanz von KI-generierten sowie verschlüsselten Inhalten, ÖBI 2020, 148 (154).

18) Die Erforderlichkeit dieser Tools ändert nichts, da auch digitalisierte Werke nur mit Hilfe von Abspielgeräten wiedergegeben werden können. Insoweit ist die mittelbare sinnliche Wahrnehmbarkeit ausreichend (vgl dazu *Homar in Dillenz/Gutman/Thiele/Burgstaller*, UrhG³, § 15 Rz 11). Deshalb sind auch in verschlüsselter Form übermittelte Daten (vgl auch die Ausführungen des vorlegenden Gerichts in EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 33) sinnlich wahrnehmbar, sofern der abrufende Nutzer mit seinem BitTorrent-Client die Wiedergabe vornehmen kann.

19) Im Verfahren *Mircom* gingen die Rechteinhaber davon aus, dass dies ab dem Download von 20 % einer Datei möglich ist: wenngleich „fragmentarisch und von äußerst ungewisser Qualität“ (EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 34). GA Szpunar ging dagegen davon aus, dass die Segmente nicht vor der Zusammenstellung der vollständigen Datei verwendbar sind (SA GA Szpunar, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 45).

20) Dies erfordert das Vorhandensein von anderen Anbietern, die entsprechende Dateien zum Download bereithalten, wovon idR auszugehen sein wird, da vom Endgerät des Nutzers sonst wohl nicht nur eines, sondern mehrere Fragmente heruntergeladen worden wären. Anders wäre es nur, wenn lediglich ein einzelner Nutzer eine Datei im Netzwerk bereitstellt und der Download abbricht, bevor eine für die Vorschau ausreichende Anzahl an Dateifragmenten von ihm heruntergeladen wurden.

21) Auch wenn ein Werk in digitalisierter Form in Verkehr gebracht wird, werden die für das Abspielen notwendigen Abspielgeräte idR von Dritten in Verkehr gebracht. Im ggst Kontext ist die Wahrnehmbarkeit freilich nicht (nur) von dem legalen Beziehen eines Abspielgeräts, sondern von dem unrechtmäßigen Herunterladen weiterer Dateifragmente abhängig. Es wäre aber widersinnig, wenn sich ein Nutzer, der ein Dateifragment in das Netzwerk einstellt, darauf berufen könnte, dass die sinnliche Wahrnehmbarkeit seines Fragments an der Illegalität der Beziehung weiterer Dateifragmente scheitert. Dies wäre auch in sich widersprüchlich, da gerade die Ansicht verfolgt wird, →

Rs *Mircom* stützt diese Ansicht: Denn der EuGH geht auf die Frage der sinnlichen Wahrnehmbarkeit nicht näher ein und qualifiziert das Bereitstellen von Segmenten unabhängig davon (Arg „*obwohl*“), dass diese erst nach dem Herunterladen eines bestimmten Prozentsatzes aller Segmente nutzbar sind, als öffentliche Zugänglichmachung.²²⁾ Ebenso verdeutlicht dies die Feststellung, wonach es für die Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts keines Nachweises bedarf, „*dass der betreffende Nutzer zuvor eine Mindestmenge an Segmenten heruntergeladen hat*“.²³⁾ Wenn es damit ausreichen kann, dass der Nutzer bislang nur ein einzelnes Dateifragment aus dem Netzwerk heruntergeladen hat und anderen Nutzern folglich auch (noch) nicht mehr Fragmente zur Verfügung stellen kann, kann die Verletzung nicht an der fehlenden sinnlichen Wahrnehmbarkeit eines einzelnen Fragments scheitern.

b) Nutzer des Netzwerks als Mittäter

Das Beisteuern eines einzelnen Dateifragments für einen Download ist aber selbst dann relevant, wenn dieses aufgrund der geringen Größe keinen Werkteil beinhaltet und an dem Inhalt auch keine Leistungsschutzrechte bestehen²⁴⁾ oder diese (aufgrund der kürzeren Schutzdauer)²⁵⁾ bereits erloschen sind. Der BGH leitet dies daraus ab, dass ein einzelner Nutzer durch die Bereitstellung des Fragments seiner Datei einen Beitrag dazu leistet, dass im Kollektiv der Nutzer („Schwarm“) das gesamte Werk zur Verfügung gestellt wird. Folglich haftet dieser Nutzer aufgrund eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens mit den anderen Nutzern des Netzwerks als Mittäter einer gemeinschaftlich begangenen Zurverfügungstellung iSd § 18a UrhG.²⁶⁾ Die Anwendung der Mittäterschaft auf Nutzer, die in einer dezentralen Netzwerkstruktur arbeitsteilig zusammenwirken, lässt sich auch mit dem österreichischen Verständnis der Mittäterschaft iSd § 1301 ABGB in Einklang bringen.²⁷⁾ Schließlich scheitert die Annahme eines vor-

sätzlichen Zusammenwirkens²⁸⁾ nicht an der Anonymität der Nutzer, da ein Mittäter „*nicht alle Einzelheiten der Handlung*“ der anderen,²⁹⁾ und damit auch nicht deren Identität, kennen muss.³⁰⁾ Ebenso wenig scheitert die Haftung eines Nutzers an der fehlenden Kausalität seines Beitrags.³¹⁾ Die Behauptung eines Nutzers, dass der (durch die Zurverfügungstellung des gesamten Werks entstandene) Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sein Dateifragment nicht bereitgestellt hätte, da andere Nutzer des Netzwerks das gleiche Dateifragment bereitgestellt haben und es bei Hinwegdenken seiner Handlung einfach von den Endgeräten der anderen heruntergeladen worden wäre, kann seine Haftung nicht beseitigen. Zwar hat der einzelne Nutzer in der dezentralen Struktur eines Filesharing-Netzwerks tatsächlich für sich betrachtet keine *conditio sine qua non* für den Schaden gesetzt; aufgrund der Haftung bei kumulativer³²⁾ und überholender³³⁾ Kausalität ist dies aber auch nicht zwingend notwendig.³⁴⁾ Ebenso wenig kann

(Walter); *Ofner in Kucsko/Handig*, urheber.recht², § 81 Rz 30; *Griss*, Haftung für Dritte im Wettbewerbsrecht und im allgemeinen Zivilrecht, JBl 2005, 69.

28) Vgl zu dem Erfordernis des vorsätzlichen Zusammenwirkens der Mittäter *Griss*, JBl 2005, 69; *Riedler*, ZR IV SchRBT GesSch⁴, Rz 2/114; *Reischauer in Rummel*, ABGB³, § 1301 Rz 2 und § 1302 Rz 1; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07}, § 1302 Rz 64. Die Zusammenwirkung besteht in der arbeitsteiligen Zurverfügungstellung eines Werks iSd § 18a UrhG.

29) *Griss*, JBl 2005, 69.

30) Vgl ausdrücklich BGH I ZR 186/16 – *Konferenz der Tiere* Rz 27, MMR 2018, 303 (*Solmecke/Burgemeister*).

31) Der (ausdrückliche) Nachweis der mangelnden Kausalität eines Mittäters würde dessen Haftung grds ausschließen (OGH 8 Ob 112/19g – *Haftung*, ZfG 2020, 70; OGH 2 Ob 97/16b, EvBl 2017, 731 (*Spitzer*)). Aufgrund der Gemeinschaftlichkeit der Handlung besteht bei der Mittäterschaft ein (widerlegbarer) Kausalitätsverdacht (*Reischauer in Rummel*, ABGB³, § 1301 Rz 1; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I⁴ B/2/Rz 39 sowie D/5/Rz 15 und 20; *Gruber*, Kausalität bei Mittätern und Pflicht zur Schadensverhinderung, JBl 2017, 612 (612); vgl jedoch *Griss*, JBl 2005, 69, wonach es bei gemeinschaftlicher Schädigung nicht auf einen bestimmten Tatbeitrag eines Mittäters ankommt; vgl für das Abweichen von dieser ehemals hM *Kozioł*, Haftpflichtrecht I⁴, D/5/Rz 15 f).

32) Vgl *Reischauer in Rummel*, ABGB³, § 1302 Rz 13; *Riedler*, ZR IV SchRBT GesSch⁴, Rz 2/52; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07}, § 1302 Rz 40 f.

33) Vgl *Reischauer in Rummel*, ABGB³, § 1302 Rz 14; *Riedler*, ZR IV SchRBT GesSch⁴, Rz 2/53; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07}, § 1302 Rz 52; *Zoppel*, Die Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität bei einer Unterlassung, ALJ 2019, 19 (24 ff).

34) Das Problem, dass bei Hinwegdenken der Zurverfügungstellung eines Fragments durch den Nutzer (A) dieses vom Endgerät eines anderen Nutzers (B) heruntergeladen worden wäre, entspricht am ehesten dem der kumulativen Kausalität: Denn es setzen beide Nutzer (A und B) durch das Bereitstellen ihres jeweiligen Fragments im Netzwerk Ursachen, die gleichzeitig (iSd Zurverfügungstellung) wirksam werden. Bei Hinwegdenken der Bereitstellung des Fragments durch den Nutzer A wäre der Schaden ebenso eingetreten, da diesfalls das Fragment vom Endgerät des B heruntergeladen worden wäre (vgl zu diesen Kriterien die Nachweise bei Fn 32). Von der überholenden Kausalität unterscheidet sich die ggst Situation, indem die beiden Zurverfügungstellungen des A und B nicht zeitversetzt, sondern gleichzeitig wirken. Auch wenn das Fragment tatsächlich vom Endgerät des Nutzers A heruntergeladen wird, setzt der Nutzer B durch die erfolgte Zurverfügungstellung seines→

→ dass die Bereitstellung einzelner Fragmente (mangels sinnlicher Wahrnehmbarkeit) keine Urheberrechtsverletzung darstellt. Das ggst Szenario ist nicht mit dem Fall vergleichbar, dass jemand ein Werk verschlüsselt (und damit nicht sinnlich wahrnehmbar) in Verkehr bringt und ein Dritter die Verschlüsselung „hackt“ (insofern unzutreffend *Solmecke/Bärenfänger*, MMR 2011, 567 (571)). Denn der ein Fragment bereitstellende Nutzer ist sich darüber bewusst, dass dieses durch das Zusammenwirken mit anderen Nutzern im Netzwerk für andere wahrnehmbar wird. Hinsichtlich der Verschlüsselung wäre die Parallele daher dahingehend zu ziehen, dass jemand ein Werk mit einem Schlüssel verschlüsselt, von dem er weiß, dass dieser öffentlich zugänglich ist.

22) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 59.

23) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 46.

24) Dies ist nur bei Sprachwerken (bspw „E-Books“) denkbar, da an audiovisuellen Inhalten in aller Regel wohl mehrere der Leistungsschutzrechte der §§ 66 ff UrhG bestehen.

25) Vgl § 68 Abs 3 UrhG, § 74 Abs 6 UrhG, § 76 Abs 5 UrhG, § 76a Abs 4 UrhG, § 76d Abs 4 UrhG.

26) BGH I ZR 186/16 – *Konferenz der Tiere* Rz 24 ff, MMR 2018, 303 (*Solmecke/Burgemeister*).

27) Vgl zur Mittäterschaft *Reischauer in Rummel*, ABGB³, § 1301 Rz 2; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07}, § 1302 Rz 6; sowie speziell für die Haftung als Mittäter einer Urheberrechtsverletzung OGH 4 Ob 221/03h – *Weinatlas*, MR 2004, 117 (*Walter*); OGH 4 Ob 34/09t – *Alfons Walde*, MR 2010, 334.

die Haftung eines Nutzers aufgrund des Umstands entfallen, dass seine Zurverfügungstellung eines nichtschutzfähigen Dateifragments für sich alleine betrachtet nicht geeignet war, den (durch die Zurverfügungstellung des gesamten Werks entstandenen) Gesamtschaden herbeizuführen, sondern dieser erst durch das Zusammenwirken mit den von anderen Nutzern bereitgestellten Fragmenten entsteht³⁵⁾ und sein Beitrag dazu geringfügig oder gleich Null ist.³⁶⁾

c) *Rechtsverletzung bereits durch Abrufbarkeit mehrerer Dateifragmente*

Bei genauerer Betrachtung bietet sich, selbst wenn vom Endgerät eines Nutzers tatsächlich nur ein nichtschutzfähiges Dateifragment abgerufen wird, ein weiterer Anknüpfungspunkt für eine Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts iSd § 18a UrhG abseits des Zusammenwirkens mit den anderen Nutzern im Wege der Mittäterschaft. Denn das Zurverfügungstellungsrecht knüpft an die Verschaffung der Zugriffsmöglichkeit iSd Bereithaltung des Werks zum (orts- und zeitunabhängigen) Abruf an.³⁷⁾ Ob das Werk tatsächlich abgerufen wird, ist unerheblich.³⁸⁾ Deshalb reicht es für die Verwirklichung des Tatbestands des Zurverfügungstellungsrechts iSd § 18a UrhG aus, dass im Zuge eines Downloads vom Endgerät eines Nutzers eine Mehrzahl an Dateifragmenten – deren Inhalt zusammen betrachtet die Schwelle eines schutzfähigen Werkteils iSd § 1 Abs 2 UrhG überschreitet und für sich genommen potentiell wahrgenommen³⁹⁾ werden kann – abgerufen werden *könnte*. Ob die dezentrale Struktur des Netzwerks tatsächlich ausschließt, dass bei einem Download mehrere Datenpakete aus der Datei eines einzelnen Nutzers abgerufen werden,⁴⁰⁾ insb wenn dieser auf seinem Endgerät eine

Datei mit dem gesamten Werk gespeichert hat, über eine hohe Upload-Bandbreite verfügt und nur eine beschränkte Anzahl an anderen Anbietern im Netzwerk ist, kann bezweifelt werden.⁴¹⁾ Sofern dies nicht ausgeschlossen ist, würde der Nutzer für die Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts jedenfalls nicht (nur) als Mittäter, sondern (auch) als unmittelbarer Täter haften, da er den Tatbestand des § 18a UrhG alleine verwirklicht.⁴²⁾

2. *Zurverfügungstellung in voller Kenntnis der Folgen des Verhaltens*

Kern der Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts iSd § 18a UrhG durch Nutzer eines peer-to-peer Filesharing-Netzwerks ist, dass diese die Dateifragmente typischerweise nicht nur von den verschiedenen Anbietern herunterladen, sondern die heruntergeladenen Fragmente in der Folge selbst anderen Nutzern wiederum zum Download bereitstellen.⁴³⁾ Wie der BGH festhält, geht „der Download [...] also mit dem Angebot zum Upload einher.“⁴⁴⁾

→ Dateifragments nicht nur ein hypothetisches Ereignis („Reserveursache“), sondern grds ein reales Ereignis (vgl zu alledem die Nachweise bei Fn 33). Im Unterschied zur kumulativen und überholenden Kausalität hätte die Bereitstellung eines Dateifragments durch einen Nutzer aber nicht für sich alleine ausgereicht, den Gesamtschaden herbeizuführen, sondern es kann die einzelne Bereitstellung eines Fragments den gesamten Schaden nur in Zusammenwirkung mit den anderen Nutzern des Netzwerks hervorrufen.

- 35) Dies entspricht der Haftung bei „summierten Einwirkungen“ (vgl *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I⁴, B/2/124; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1,07}, § 1302 Rz 67).
- 36) Dies entspricht der Haftung bei „minimaler Kausalität“ (vgl *Reischauer* in *Rummel*, *ABGB*³, § 1302 Rz 16; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I⁴, B/2/120; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1,07}, § 1302 Rz 64).
- 37) v. *Ungern-Sternberg* in *Schricker/Loewenheim*, *Urheberrecht*⁶, § 19a Rz 6; *Gaderer* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*², § 18a Rz 19; vgl auch § 18a Abs 1 UrhG: „dass es [...] zugänglich ist“. Ausdrücklich auch BGH I ZR 19/14 – *Tauschbörse I* Rz 64, GRUR 2016, 176; BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 51, GRUR 2016, 184.
- 38) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 47; EuGH C-306/05 – *SGAE* Rz 43, MR-Int 2006, 145 (*Mahr*); EuGH C-466/12 – *Svensson* Rz 19, MR 2014, 27 (*Walter*); EuGH C-527/15 – *Stichting Brein [Filmspeler]* Rz 36, MR-Int 2017, 33 (*Walter*); EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 31, MR 2017, 187 (*Fischer*); EuGH C-161/17 – *Renckhoff* Rz 20, MR-Int 2018, 85 (*Walter*); BGH I ZR 19/14 – *Tauschbörse I* Rz 28, GRUR 2016, 176; BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 20, GRUR 2016, 184.
- 39) S dazu die Nachweise bei Fn 17.

40) Aufgrund des Schutzes von Werkteilen (§ 1 Abs 2 UrhG) ist es nicht notwendig, dass die gesamte Datei von dem Endgerät eines Nutzers abgerufen wird (insofern unzutreffend *Solmecke/Bärenfänger*, MMR 2011, 567 (568); *Heinemeyer/Kreitlow/Nordmeyer/Sabellek*, Kampf gegen Filesharing als Modell verfehlter Mehrfachkompensation? – Fragen zur Schadenshöhe, zu Gesamtschuldnern und Beweisen bei Tauschbörsen, MMR 2012, 279 (279 ff)).

41) Vgl auch SA GA *Szpunar*, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 46. Sofern der Abruf mehrerer Fragmente vom Endgerät eines Nutzers nicht ausgeschlossen ist, würde auch die oben beschriebene Problematik der Kausalität des einzelnen Nutzers nicht bestehen.

42) Dies steht auch mit der E des EuGH in der Rs *FAPL/Murphy* in Einklang, die das Vervielfältigungsrecht betraf. Darin wurde festgehalten, dass es für die Frage, ob die Zwischenspeicherung von (fortlaufend überschriebenen) Werkfragmenten im Speicher eines Satellitencoders eine Vervielfältigung darstellt, auf das „zusammengesetzte Ganze der gleichzeitig wiedergegebenen – also zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhandenen – Fragmente“ ankommt (EuGH C-403/08 und C-429/08 – *FAPL* Rz 157, GRURInt 2011, 1063 = MR 2011, 272 (*Wittmann*)). Selbst wenn diese durchaus kontroverse (vgl *Schulze* in *Dreier/Schulze*, *Urheberrechtsgesetz*⁶, § 19 Rz 9; *Homar* in *Dillenz/Gutman/Thiele/Burgstaller*, *UrhG*³, § 15 Rz 27) Zergliederung auf das Zurverfügungstellungsrecht zu übertragen sein sollte, würde es nichts an dem Ergebnis ändern. Denn es käme nicht darauf an, ob bzw wie viele Fragmente ein Nutzer zu einem bestimmten Zeitpunkt tatsächlich übermittelt, sondern zum potentiellen Abruf bereithält. Folglich wurde dieser Aspekt trotz bestehendem Bewusstsein über die Bereitstellung in einzelnen Datenpaketen (vgl EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 44) in den bisherigen Verfahren auch nicht thematisiert (vgl auch BGH I ZR 19/14 – *Tauschbörse I* Rz 64, GRUR 2016, 176; BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 51, GRUR 2016, 184).

43) Vgl EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 32; OGH 4 Ob 121/17y – *BitTorrent*, MR 2017, 317 (*Daum*) = EvBl 2018, 316 (*Homar*); *Heinemeyer/Kreitlow/Nordmeyer/Sabellek*, MMR 2012, 279 (280); vgl auch die instruktive Beschreibung des GA *Szpunar* (SA GA *Szpunar*, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 42 ff). Darin liegt der technische Vorteil gegenüber einem zentralen Hosten der Dateien, da die Upload-Kapazitäten der Downloader mitgenutzt werden (OGH 4 Ob 121/17y – *BitTorrent*, MR 2017, 317 (*Daum*) = EvBl 2018, 316 (*Homar*); *Appl*, MR 2018 H 3 Beilage, 37 (42)).

44) BGH I ZR 186/16 – *Konferenz der Tiere* Rz 26, MMR 2018, 303 (*Solmecke/Burgemeister*).

Die Nutzer halten die von ihnen erfolgreich heruntergeladenen Dateifragmente bereits zum Download durch andere bereit, bevor sie die gesamte Datei vollständig heruntergeladen haben.⁴⁵⁾

In Einklang mit der stRsp⁴⁶⁾ des EuGH zu Art 3 InfoSoc-RL ist auch für eine Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts durch den Nutzer eines Filesharing-Netzwerks Voraussetzung, dass dieser den anderen Nutzern des Netzwerks „in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens“, also vorsätzlich,⁴⁷⁾ Zugang zu dem Werk oder sonstigen Schutzgegenstand gewährt.⁴⁸⁾ Zwar hat GA Szpunar vorgebracht, dass das Kriterium der Vorsätzlichkeit nur auf Handelnde angewendet werden sollte, bei denen die Zurverfügungstellung nicht ihren Ursprung nimmt;⁴⁹⁾ demgegenüber sollte es auf Personen wie die Nutzer des Filesharing-Netzwerks, von denen die Zurverfügungstellung unmittelbar ausgeht, keine Anwendung finden.⁵⁰⁾ In Anbetracht eines verschuldensunabhängige Ansprüche vermittelnden Urheberrechts wäre dies durchaus konsequent; der EuGH ist dem GA in diesem Punkt aber nicht gefolgt. Demnach hängt die Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts durch die Nutzer eines Filesharing-Netzwerks von ihrer Vorsätzlichkeit darüber ab, dass sie Werke aus dem Netzwerk nicht nur herunterladen, sondern auch anderen Nutzern zum Download bereitstellen. Nach allgemeinen Grundsätzen reicht dazu *dolus eventualis* aus.⁵¹⁾ Deshalb genügt es, wenn ein Nutzer zwar primär Werke

aus dem Filesharing-Netzwerk herunterlädt, um diese selbst zu verwenden, dabei aber zumindest billigend in Kauf nimmt, dass er durch das Herunterladen gleichzeitig eine Bereitstellung an andere vornimmt.⁵²⁾

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die Übermittlung der heruntergeladenen Dateifragmente an andere Nutzer idR automatisch (dh ohne weiteres Zutun) erfolgt, sofern ein Nutzer in seinem Client-Programm die Uploadfunktion nicht deaktiviert hat.⁵³⁾ MaW wird die Funktion des Hochladens nicht aktiviert („opt-in“), sondern sie ist aktiv, sofern sie nicht deaktiviert wird („opt-out“). Der EuGH setzt im ggst Kontext aber eine *aktive* Erklärung des Einverständnisses voraus.⁵⁴⁾ Dies lässt sich jedoch nicht allein aus dem Umstand ableiten, dass der Nutzer ein Dateifragment hochlädt und daher (offensichtlich) die Uploadfunktion seiner Filesharing-Software nicht deaktiviert hat. Schließlich könnte der Nutzer von der Uploadfunktion überhaupt keine Kenntnis haben. Folglich ist ein unterbliebenes „opt-out“ aus der Upload-Funktion nur erheblich, wenn der Nutzer den mit Gebrauch der Filesharing-Software stattfindenden Upload zumindest für möglich gehalten und sich (durch das Unterlassen der Deaktivierung) damit abgefunden hat.⁵⁵⁾ Dies ist konsequent, sofern man das Kriterium des Handelns in voller Kenntnis der Folgen akzeptiert. Problematisch ist aber die vom EuGH gewählte Formulierung, wonach dem Einverständnis eine ordnungsgemäße Information über die Uploadfunktion der Filesharing-Software vorangehen muss.⁵⁶⁾ Jedenfalls geht es im ggst Kontext zu weit, die Information über die Upload-Funktion und die Erklärung des Einverständnisses an rechtsgeschäftlichen Grundsätzen⁵⁷⁾ (etwa iSv einer Vereinbarung von AGB) oder an dem datenschutzrechtlichen Transparenzprinzip⁵⁸⁾ zu messen. Deshalb muss auch egal sein, ob der Nutzer die Information über die Uploadfunktion der Client-Software (iSd Einbeziehungs-kontrolle von AGB) vor einem etwaigen Vertrag mit dem Anbieter der Client-Software⁵⁹⁾ erhält und ausdrücklich sein Einverständnis erklärt oder erst danach im Zuge des Gebrauchs (etwa durch das Anzeigen der Upload-Geschwindigkeit oder das Verhältnis der Download-Upload-Aktivität)⁶⁰⁾ darüber informiert wird und die Software weiterverwendet. Ebenso muss für die Vorsätzlichkeit der Zurverfügungstellung unerheblich sein, aus welcher Quelle der Nutzer die Information über die Uploadfunktion erhal-

45) OGH 4 Ob 121/17y – BitTorrent, MR 2017, 317 (Daum) = EvBl 2018, 316 (Homar); Heinemeyer/Kreitlow/Nordmeyer/Sabellek, MMR 2012, 279 (280).

46) Vgl EuGH 22.06.2021, C-682/18 und C-683/18 – YouTube Rz 68; EuGH C-306/05 – SGAE Rz 42, MR-Int 2006, 145 (Mahr); EuGH C-351/12 – OSA Rz 32, MR-Int 2014, 35 (Walter); EuGH C-162/10 – Phonographic Performance (Ireland) Rz 31, MR-Int 2012, 23 (Walter); EuGH C-117/15 – Reha Training Rz 46, MR-Int 2016, 65 (Walter); EuGH C-403/08 und C-429/08 – FAPL Rz 195, GRURInt 2011, 1063 = MR 2011, 272 (Wittmann); EuGH C-160/15 – GS Media Rz 35, MR-Int 2017, 23 (Walter); EuGH C-527/15 – Stichting Brein [Filmspeler] Rz 31, MR-Int 2017, 33 (Walter); EuGH C-610/15 – Stichting Brein [The Pirate Bay] Rz 26, MR 2017, 187 (Fischer); EuGH C-753/18 – Stim und SAMI Rz 32, MR-Int 2020, 72 (Walter); EuGH C-135/10 – SCF Rz 82, MR-Int 2012, 14 (Walter); EuGH C-392/19 – VG Bild-Kunst Rz 30, MR-Int 2021, 13 (Walter); EuGH C-637/19 – BY/CX Rz 23, MR-Int 2020, 109 (Walter).

47) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – Mircom Rz 49.

48) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – Mircom Rz 48.

49) Dies würde etwa auf den Betreiber der Filesharing-Plattform zutreffen. Dieser stellt selbst nicht die Werke, sondern nur die Plattform zur Verfügung, über welche die von den Nutzern bereitgestellten Werke auffindbar werden. Da die Zurverfügungstellung damit nicht bei ihm den Ursprung nimmt, begehrt der Plattformbetreiber nur eine eigene Handlung der Zurverfügungstellung, wenn er vorsätzlich tätig wird.

50) SA GA Szpunar, 17.12.2020, C-597/19 – Mircom Rz 58 f. Auch der OGH bezeichnet das Erfordernis eines Wissenselements des Handelnden im Kontext der Verlinkung als zutreffend, weil es durch die „Linksetzung zu einer anderen Webseite ja jederzeit technisch leicht möglich ist, den Inhalt der verlinkten Webseite zu verändern, wodurch aus ursprünglich ‚legalen‘ Links ‚illegale‘ Links werden können“ (OGH 4 Ob 121/17y – BitTorrent, MR 2017, 317 (Daum) = EvBl 2018, 316 (Homar)).

51) Reischauer in Rummel, ABGB³, § 1294 Rz 22; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03}, § 1294 Rz 59; Koziol, Haftpflichtrecht I⁴, C/2/Rz 22; Riedler, ZR IV SchRBT GesSch⁴, Rz 2/82.

52) So auch BGH I ZR 186/16 – Konferenz der Tiere Rz 27, MMR 2018, 303 (Solmecke/Burgemeister).

53) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – Mircom Rz 49.

54) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – Mircom Rz 49.

55) In diesem Fall wäre *dolus eventualis* gegeben.

56) Vgl EuGH 17.06.2021, C-597/19 – Mircom Rz 49 und 59.

57) Im ggst Kontext geht es nicht um die Etablierung von Rechten und Pflichten im Verhältnis des Nutzers zum Betreiber der Filesharing-Plattform bzw zum Anbieter der Client-Software; entscheidend ist die Annahme der Vorsätzlichkeit im Verhältnis zu den Rechteinhabern.

58) Vgl Art 7 DSGVO und Art 12 ff DSGVO.

59) Dabei muss es sich nicht zwingend um den Betreiber der Plattform handeln, über welche die Metadaten zum Download bereitgestellt werden.

60) Darauf hat GA Szpunar ausdrücklich hingewiesen (SA GA Szpunar, 17.12.2020, C-597/19 – Mircom Rz 56).

ten hat. Deshalb führt es ebenso zur Zurverfügungstellung in voller Kenntnis der Folgen, wenn der Nutzer zwar nicht vom Anbieter der Client-Software über die Uploadfunktion informiert wurde, diese aber allgemein bekannt ist. Aufgrund der umfassenden Berichterstattung und der bereits ergangenen Rsp ist von einer allgemeinen Bekanntheit auszugehen, selbst wenn Nutzer über kein technisches Spezialwissen verfügen.⁶¹⁾

Bei gegebener Kenntnis über die Uploadfunktion erfolgt eine Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts selbst dann, wenn der tatsächliche Upload vom Endgerät eines Nutzers automatisch (also ohne weitere Bestätigung oder Freigabe durch den Nutzer) erfolgt.⁶²⁾ Mangels Tätigkeit in voller Kenntnis der Folgen muss ein Eingriff in das Zurverfügungstellungsrecht dem EuGH folgend jedoch scheitern, wenn ein Nutzer nachweisen kann, dass er die Uploadfunktion seiner Filesharing-Software deaktiviert hatte, die Deaktivierung aber (aus für ihn nicht erkennbaren Gründen) den Upload nicht verhindert hat.⁶³⁾

3. Öffentlichkeit der Zurverfügungstellung

Das Kriterium der Öffentlichkeit der Zurverfügungstellung ist bei dem Upload im Rahmen eines Filesharing-Netzwerks unweigerlich erfüllt. Die Bereitstellung richtet sich an die Gesamtheit der Nutzer des Netzwerks und damit an eine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten und betrifft recht viele Personen.⁶⁴⁾

Zu erwähnen ist jedoch, dass der EuGH auch im ggst Kontext auf das Kriterium des neuen Publikums abstellt.⁶⁵⁾ Mit diesem Kriterium wird der Kreis der zustimmungspflichtigen „Anschlussnutzungen“, die auf einer ursprünglichen Zurverfügungstellung aufbauen, auf solche beschränkt, die sich (im Vergleich zur ursprünglichen Zurverfügungstellung) an ein neues Publikum richten.⁶⁶⁾ Die

Zurverfügungstellung muss sich dazu an ein Publikum richten, an das der Urheber bei der Gestattung der ursprünglichen Zurverfügungstellung nicht gedacht hat.⁶⁷⁾ Wenn Nutzer im Filesharing-Netzwerk zur Verfügung gestellte Werke herunterladen und anschließend ihrerseits im Netzwerk zur Verfügung stellen, würden sich aber grds sowohl die ursprüngliche als auch die neuerliche Zurverfügungstellung jeweils an das gleiche Publikum (iSd Gesamtheit der am Netzwerk teilnehmenden Nutzer) richten. Der EuGH umgeht dieses Problem jedoch pragmatisch: Da die ursprüngliche Zurverfügungstellung ohne Zustimmung der Rechteinhaber vorgenommen wurde, existiert kein Publikum, an welches diese gedacht haben könnten; folglich richtet sich jede daran anschließende Zurverfügungstellung an ein neues Publikum.⁶⁸⁾ Dadurch nimmt ein Nutzer, der ein Werk aus dem Netzwerk herunterladet und Fragmente davon wiederum im Netzwerk bereitstellt, eine an ein neues Publikum gerichtete und daher zustimmungspflichtige öffentliche Zurverfügungstellung vor.⁶⁹⁾ Daran ändert sich nichts, wenn die bereitgestellten Werke im Internet (bspw auf Webseiten, Streaming-Services, Videotheken etc) auch mit Zustimmung der Rechteinhaber ohne das Herunterladen beschränkende Maßnahmen veröffentlicht werden.⁷⁰⁾ Im Ergebnis ist dieser Beurteilung zuzustimmen. Zu kritisieren ist aber, dass der EuGH das Kriterium des neuen Publikums im gegenständlichen Kontext überhaupt heranzieht. Schließlich fertigt jeder Nutzer des Netzwerks durch den Download eine eigenständige Kopie an und stellt in der Folge diese eigene, auf seinem Endgerät befindliche Datei öffentlich zur Verfügung. Wie GA Szpunar zutreffend anmerkt, nimmt diese Zurverfügungstellung allein bei diesem Nutzer ihren Ursprung und nicht, wie es für Anschlusswiedergaben (wie beispielsweise dem Setzen eines Hyperlinks oder dem Bereitstellen der Filesharing-Platt-

61) Ausdrücklich BGH I ZR 186/16 – *Konferenz der Tiere* Rz 27, MMR 2018, 303 (Solmecke/Burgemeister). GA Szpunar hat dies auch daraus abgeleitet, dass es sich bei den BitTorrent-Clients um keine (vorinstallierte) Standardsoftware handelt, sondern deren Installation und Nutzung „spezifisches Know-how“ erfordern und über die Uploadfunktion zudem in Tutorials informiert wird (SA GA Szpunar, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 55); vgl auch Heinemeyer/Kreitlow/Nordmeyer/Sabellek, MMR 2012, 279 (283). Bei Annahme einer allgemeinen Bekanntheit ist es im Ergebnis auch unerheblich, ob die volle Kenntnis über die Folgen des Verhaltens objektiv (iSv einem durchschnittlichen Nutzer) oder subjektiv (aus der Perspektive des konkreten Nutzers) zu beurteilen ist.

62) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 49 und 59.

63) Eine Haftung dieses Nutzers kann sich aber hinsichtlich einer Verletzung des Vervielfältigungsrechts ergeben, die er durch einen Download vornimmt. Zudem käme eine Haftung hinsichtlich der Zurverfügungstellung in Betracht, wenn der Nutzer von den Rechteinhabern auf seinen Upload hingewiesen wurde und durch Weiterverwendung der Filesharing-Software in der Folge weitere Uploads durchführt.

64) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 55; vgl für die Öffentlichkeit aus der Sicht des Plattformbetreibers bereits EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 42, MR 2017, 187 (Fischer).

65) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 56.

66) Vgl *Appl*, MR 2018 H 3 Beilage, 37 (38); *Petz/Thiele in Dillenz/Gutman/Thiele/Burgstaller*, UrhG³, § 18a Rz 13. Vgl zum Kriterium des neuen Publikums weiterführend *Ohly*, Unmittelbare

und mittelbare Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach dem „Córdoba“-Urteil des EuGH, GRUR 2018, 996 (998 ff).

67) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 51; EuGH 22.06.2021, C-682/18 und C-683/18 – *YouTube* Rz 70; EuGH C-161/17 – *Renckhoff* Rz 24, MR-Int 2018, 85 (Walter); EuGH C-348/13 – *BestWater* Rz 14, MR-Int 2014, 120 (Walter); EuGH C-431/09 und C-432/09 – *Airfield* Rz 72, MR-Int 2012, 70 (Walter); EuGH C-351/12 – *OSA* Rz 31, MR-Int 2014, 35 (Walter); EuGH C-466/12 – *Svensson* Rz 24, MR 2014, 27 (Walter); EuGH C-117/15 – *Reha Training* Rz 45, MR-Int 2016, 65 (Walter); EuGH C-403/08 und C-429/08 – *FAPL* Rz 197, GRURInt 2011, 1063 = MR 2011, 272 (Wittmann); EuGH C-160/15 – *GS Media* Rz 37, MR-Int 2017, 23 (Walter); EuGH C-527/15 – *Stichting Brein [Filmspelers]* Rz 33, MR-Int 2017, 33 (Walter); EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 28, MR 2017, 187 (Fischer); EuGH C-161/17 – *Renckhoff* Rz 24, MR-Int 2018, 85 (Walter); EuGH C-263/18 – *Tom Kabinet* Rz 70, MR 2020, 27 (Hornar); EuGH C-392/19 – *VG Bild-Kunst* Rz 32, MR-Int 2021, 13 (Walter).

68) Vgl auch SA GA Szpunar, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 64.

69) Selbiges gilt für den Betreiber der Filesharing-Plattform (vgl EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 45, MR 2017, 187 (Fischer)).

70) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 57; vgl auch EuGH C-161/17 – *Renckhoff* Rz 36, MR-Int 2018, 85 (Walter).

form)⁷¹⁾ eigentlich charakteristisch ist, bei einer anderen Person.⁷²⁾ Dass die Datei zuvor bereits von einem anderen Nutzer und parallel von anderen Nutzern des Netzwerks ebenfalls öffentlich zur Verfügung gestellt wurde bzw wird, sollte daran nichts ändern.⁷³⁾

B. Zurverfügungstellung durch den Betreiber der Plattform

Seit der EuGH-Rsp in der Rs *The Pirate Bay* ist klar, dass neben den Nutzern auch der Betreiber einer auf dem BitTorrent-Protokoll beruhenden Filesharing-Plattform eine eigenständige Zurverfügungstellung iSd § 18a UrhG vornimmt.⁷⁴⁾ Die Zurverfügungstellung des Plattformbetreibers scheitert nicht daran, dass dieser die Werke nicht auf einem eigenen (zentralen) Server bereithält, sondern nur die Plattform bereitstellt, und auch über diese nicht die Werke, sondern lediglich Torrent-Files bereitgestellt werden, die als „Wegweiser“⁷⁵⁾ ein Auffinden der gewünschten Dateien auf Endgeräten der Plattformnutzer und ein (direktes) Herunterladen von diesen ermöglichen.⁷⁶⁾ Begründet wird dies vor allem damit, dass der Betreiber einer auf dem BitTorrent-Protokoll beruhenden Filesharing-Plattform die Torrent-Dateien erfasst und indexiert, wodurch die „Werke, auf die diese Torrent-Dateien verweisen, von den Nutzern dieser Filesharing-Plattform leicht aufgefunden und heruntergeladen werden können.“⁷⁷⁾ Zudem wird auf das Anbieten einer Suchmaschine, die Indexierung und Einteilung der im Netzwerk zur Verfügung gestellten Werke in Kategorien (Kategorisierung) und Überprüfung dieser Einteilung sowie das Löschen von veralteten oder fehlerhaften

Torrent-Dateien und aktive Filtern bestimmter Inhalte abgestellt.⁷⁸⁾ Zusammen mit dem Umstand, dass ein sehr großer Teil der Nutzer Werke ohne Zustimmung der Rechteinhaber zur Verfügung stellt, führt dies im Ergebnis zu einer Tätigkeit in voller Kenntnis der Folgen des Verhaltens und damit zu einer eigenen Zurverfügungstellung des Betreibers.⁷⁹⁾ Dies hat der OGH bestätigt.⁸⁰⁾

Die Annahme einer eigenen Zurverfügungstellung durch den Betreiber einer auf dem BitTorrent-Protokoll beruhenden Filesharing-Plattform bleibt auch nach der EuGH-E in der Rs *YouTube/Cyando* zutreffend.⁸¹⁾ Der EuGH hat darin entschieden hat, dass Betreiber von Filehosting-Diensten wie *Uploaded* und Online-Plattformen wie *YouTube*, die über die bloße Bereitstellung der Plattform hinaus keinen Beitrag zur Zurverfügungstellung der Nutzer setzen, grds keine eigene Zurverfügungstellung vornehmen.⁸²⁾ Dies lässt sich aber nicht auf Betreiber von Filesharing-Plattformen wie *The Pirate Bay* übertragen, deren „hauptsächliche oder überwiegende Nutzung [...] in der unrechtmäßigen öffentlichen Zugänglichmachung geschützter Inhalte besteht“.⁸³⁾

71) Die Zurverfügungstellung des Plattformbetreibers hängt deshalb von dem Kriterium des neuen Publikums ab (vgl SA GA Szpunar, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Fn 33).

72) Ausdrücklich SA GA Szpunar, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 61. Der EuGH wendet das Kriterium des neuen Publikums aber auch in dem Fall an, dass auf einer Webseite ein auf eigenem Server gespeichertes Foto zur Verfügung gestellt wird, welches zuvor von einer anderen Webseite heruntergeladen wurde (EuGH C-161/17 – *Renckhoff* Rz 35 ff, MR-Int 2018, 85 (Walter)).

73) Insofern wäre es wohl überzeugender, die Zurverfügungstellung einer heruntergeladenen Datei als ein besonderes technisches Verfahren zu qualifizieren, das sich von den bisher verwendeten unterscheidet (EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 51), da das Kriterium des neuen Publikums dann unerheblich wäre. Der erforderliche Unterschied zu dem bisherigen Verfahren würde darin bestehen, dass der Nutzer nicht (wie ein Linksetzer) an der ursprünglichen Zurverfügungstellung teilnimmt, sondern eine eigenständige Zurverfügungstellung vornimmt, bei welcher der Nutzer alleine über die Einleitung und Beendigung der Nutzung sowie die Auswahl des Werks entscheidet.

74) EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 48, MR 2017, 187 (Fischer).

75) Vgl OGH 4 Ob 121/17y – *BitTorrent*, MR 2017, 317 (Daum) = EvBl 2018, 316 (Homar): „Marktplatz mit Wegweisern“.

76) Vgl die instruktiven Beschreibungen der BitTorrent-Technik bei EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 9 f, MR 2017, 187 (Fischer); OGH 4 Ob 121/17y – *BitTorrent*, MR 2017, 317 (Daum) = EvBl 2018, 316 (Homar); Appl, MR 2018 H 3 Beilage, 37 (42); *Solmecke/Bärenfänger*, MMR 2011, 567 (567 ff); *Heinemeyer/Kreitlow/Nordmeyer/Sabellek*, MMR 2012, 279 (279 f).

77) EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 38, MR 2017, 187 (Fischer).

78) EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 38, MR 2017, 187 (Fischer).

79) EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 36 ff, MR 2017, 187 (Fischer). Zudem hat der Betreiber in Blogs und Foren ausdrücklich das Ziel kundgetan, den Nutzern geschützte Werke zur Verfügung zu stellen und diese zum Anfertigen von Kopien der Werke animiert (EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 45, MR 2017, 187 (Fischer)).

80) OGH 4 Ob 121/17y – *BitTorrent*, MR 2017, 317 (Daum) = EvBl 2018, 316 (Homar).

81) Dies ergibt sich daraus, dass der EuGH eine Zurverfügungstellung durch den Betreiber des Filehosting-Dienstes *Uploaded* und der Online-Plattform *YouTube* zwar grds ablehnt, in der Folge aber die Umstände anführt, unter denen sich eine Zurverfügungstellung durch den Betreiber doch ergeben kann. Dabei führt er an, dass der Betreiber, „obwohl er weiß oder wissen müsste, dass über seine Plattform im Allgemeinen durch Nutzer derselben geschützte Inhalte rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht werden, nicht die geeigneten technischen Maßnahmen ergreift, die von einem die übliche Sorgfalt beachtenden Wirtschaftsteilnehmer in seiner Situation erwartet werden können, um Urheberrechtsverletzungen auf dieser Plattform glaubwürdig und wirksam zu bekämpfen“ oder „auf seiner Plattform Hilfsmittel anbietet, die speziell zum unerlaubten Teilen solcher Inhalte bestimmt sind, oder ein solches Teilen wesentlich fördert, wofür der Umstand sprechen kann, dass der Betreiber ein Geschäftsmodell gewählt hat, das die Nutzer seiner Plattform dazu verleitet, geschützte Inhalte auf dieser Plattform rechtswidrig öffentlich zugänglich zu machen“ (EuGH 22.06.2021, C-682/18 und C-683/18 – *YouTube* Rz 102). Diese Umstände treffen auf den Betreiber einer BitTorrent-Plattform zweifellos zu.

82) EuGH 22.06.2021, C-682/18 und C-683/18 – *YouTube* Rz 102.

83) Vgl insb EuGH 22.06.2021, C-682/18 und C-683/18 – *YouTube* Rz 100; vgl zur Qualifikation von *The Pirate Bay* EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]* Rz 45, MR 2017, 187 (Fischer). Freilich lässt das vom EuGH aufgestellte Kriterium offen, wann genau eine Plattform die Schwelle zur hauptsächlichlichen oder überwiegenden Nutzung für rechtswidrige Zurverfügungstellungen überschreitet. Dies wird sich nur im Einzelfall in Anbetracht aller Umstände beurteilen lassen, zu denen auch das Geschäftsmodell und der Umstand, inwieweit der Plattformbetreiber Maßnahmen zur Verhinderung und Beendigung rechtsverletzender Zurverfügungstellungen setzt, zählen (vgl EuGH 22.06.2021, C-682/18 und C-683/18 – *YouTube* Rz 100 ff).

II. RECHTS DURCHSETZUNG

Sofern die Zurverfügungstellungen durch die Nutzer des Filesharing-Netzwerks weder durch eine gesetzliche Ausnahme noch durch eine Zustimmung der Rechteinhaber gedeckt sind, können die Rechteinhaber die urheberrechtlichen Ansprüche iSd §§ 81 ff UrhG (somit vor allem die verschuldensunabhängigen Ansprüche auf Unterlassung iSd § 81 UrhG, Beseitigung iSd § 82 UrhG und angemessenes Lizenzentgelt iSd § 86 UrhG sowie bei Verschulden einen Anspruch auf Schadenersatz iSd § 87 UrhG) geltend machen.⁸⁴⁾ Zur Identifikation der Nutzer besteht zudem ein Auskunftsanspruch iSd § 87b UrhG. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit eines Unterlassungsanspruchs gegen Vermittler iSd § 81 Abs 1a UrhG.

A. Passivlegitimation

Mit der Annahme einer Zurverfügungstellung durch die Nutzer und einer eigenständigen Zurverfügungstellung durch den Betreiber der Filesharing-Plattform ist nun unionsrechtlich abgesichert, dass den Rechteinhabern für ihre Ansprüche iSd § 81 ff UrhG grds zwei Passivlegitimiertere zur Verfügung stehen.⁸⁵⁾ Dies ist die Folge der EuGH-Rsp, mit der dieser den Tatbestand des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung iSd Art 3 InfoSoc-RL auf mittelbare Handlungen – wie jene der Bereitstellung eines Links oder einer Plattform, auf der andere eine Zurverfügungstellung vornehmen – erweitert hat. Vermittler iSd § 81 Abs 1a UrhG, die (grds nach Abmahnung)⁸⁶⁾ zur Sperrung des Zugangs zu Filesharing-Plattformen verpflichtet werden können, sind vor allem Access-Provider,⁸⁷⁾ ggf aber auch der Anbieter eines (ungesicherten) WLANs.⁸⁸⁾ Diese Vermittler können zudem iSd § 87b Abs 3 UrhG auf Auskunft über die Identität des Verletzers in Anspruch genommen werden.

B. Beweiserfordernisse

Bei der Rechtsdurchsetzung tragen die Rechteinhaber (nach dem allgemeinen Grundsatz) die Behauptungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der geltend gemach-

ten Ansprüche.⁸⁹⁾ Ein Vorgehen gegen einen einzelnen Nutzer des Filesharing-Netzwerks wegen Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts iSd § 18a UrhG erfordert dabei den Nachweis, dass von seinem Endgerät ausgehend die Möglichkeit zum Download eröffnet wurde; ein tatsächlicher Abruf durch einen anderen Nutzer des Netzwerks muss nicht nachgewiesen werden.⁹⁰⁾ Der BGH lässt es für die Inanspruchnahme des Inhabers eines Internetanschlusses grds genügen, wenn die Abrufbarkeit von einer ihm (zum Tatzeitpunkt) zugewiesenen IP-Adresse nachgewiesen wird.⁹¹⁾ Konkret hat ein Rechteinhaber die Abrufbarkeit einer sein Werk oder leistungsschutzrechtlichen Schutzgegenstand beinhaltenden Datei darzulegen, was etwa durch dokumentierten Download, ggf aber auch durch einen digitalen Fingerabdruck („Hash-Wert“), mit dem eine Datei im Filesharing-Netzwerk aufgefunden werden kann, oder über Dateizeichnungen (etwa Interpret und Titel) erbracht werden kann.⁹²⁾ Wie dargelegt reicht auch der Nachweis, dass von einem Nutzer zwar nicht die gesamte Datei, aber einzelne Dateifragmente heruntergeladen werden konnten, sofern diese selbst schutzfähig sind; andernfalls kann dieser Nutzer als Mittäter belangt werden.⁹³⁾

89) BGH I ZR 75/14 – *Tauschbörse III* Rz 37, GRUR 2016, 191; BGH I ZR 19/16 – *Loud* Rz 14, NJW 2018, 65; BGH I ZR 154/15 – *Afterlife* Rz 14, GRUR 2017, 386.

90) Ausdrücklich BGH I ZR 19/14 – *Tauschbörse I* Rz 28, GRUR 2016, 176; BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 20, GRUR 2016, 184.

91) Vgl BGH I ZR 186/16 – *Konferenz der Tiere* Rz 12, MMR 2018, 303 (*Solmecke/Burgemeister*); BGH I ZR 19/14 – *Tauschbörse I* Rz 29 ff, GRUR 2016, 176; BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 21 ff, GRUR 2016, 184. Daraus leitet der BGH die Vermutung für die Täterschaft des Anschlussinhabers ab, wenn zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung keine andere Person den Anschluss nutzen konnten oder es sich um einen Familienanschluss handelt (vgl BGH I ZR 19/16 – *Loud* Rz 14, NJW 2018, 65; BGH I ZR 75/14 – *Tauschbörse III* Rz 37, GRUR 2016, 191; BGH I ZR 48/15 – *Everytime we touch* Rz 31, GRUR 2016, 1280; BGH I ZR 154/15 – *Afterlife* Rz 14, GRUR 2017, 386). Sofern eine Nutzungsmöglichkeit des Anschlusses durch Dritte gegeben war, weil der Anschluss nicht hinreichend gesichert oder bewusst anderen zur Nutzung überlassen wurde, folgert der BGH eine sekundäre Darlegungslast des Anschlussinhabers (vgl dazu BGH I ZR 48/15 – *Everytime we touch* Rz 33, GRUR 2016, 1280; BGH I ZR 169/12 – *BearShare* Rz 16 ff, GRUR 2014, 657; BGH I ZR 154/15 – *Afterlife* Rz 15, GRUR 2017, 386).

92) Vgl BGH I ZR 75/14 – *Tauschbörse III* Rz 26 ff, GRUR 2016, 191. Der Nachweis, dass ein Nutzer eine Verbindung mit dem Netzwerk aufgebaut hat (vgl EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 30), kann jedoch nicht ausreichen; schließlich können grds auch urheberrechtlich zulässige Nutzungen (bspw Bereitstellungen gemeinfreier Inhalte) stattfinden.

93) Sofern sich tatsächlich nur feststellen lässt, dass von einem Nutzer nur einzelne Dateifragmente abrufbar waren, wäre zudem der Nachweis erforderlich, dass diese einen schutzfähigen Werkteil und/oder durch ein Leistungsschutzrecht geschützte „Partikel“ enthalten (s oben Pkt I.A.1.a) „Dateifragment mit geschütztem Werkteil“). Sollte der Nachweis des Bereitstellens eines Dateifragments mit geschütztem Inhalt nicht gelingen, bleibt nur die Inanspruchnahme des Nutzers als Mittäter einer gemeinschaftlichen Zurverfügungstellung. Dies erfordert den Nachweis, dass eine Datei mit geschütztem Inhalt aus dem Filesharing-Netzwerk heruntergeladen werden konnte und der konkrete Nutzer in zeitlichem Zusammenhang dazu ein Fragment dieser Datei bereitgehalten hat (vgl BGH I ZR 186/16 – *Konferenz der Tiere* Rz 26, MMR 2018, 303 (*Solmecke/Burgemeister*)).

84) Zusätzlich kann auch eine durch unrechtmäßigen Download begangene Vervielfältigung verfolgt werden.

85) Vgl auch *Ohly*, Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen »GS Media«, »Filmspeler« und »The Pirate Bay«: Abenddämmerung für die Störerhaftung, ZUM 2017, 793 (796); *Ohly*, GRUR 2018, 996 (966); v. *Ungern-Sternberg* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht⁶, § 15 Rz 59.

86) Das Erfordernis der Abmahnung besteht, sofern der Access-Provider unter den §§ 13 ff ECG haftungsprivilegiert ist.

87) EuGH C-314/12 – *UPC Telekabel Wien*, ÖBI 2014, 189 (*Heidinger*); OGH 4 Ob 121/17y – *BitTorrent*, MR 2017, 317 (*Daum*) = EvBl 2018, 316 (*Homar*); OGH 4 Ob 22/15m – *kinox.to*, MR 2015, 201 (*Walter*); OGH 4 Ob 71/14s – *UPC Telekabel II/kino.to*, MR 2014, 201 (*Walter*). Diese wären als Vermittler sowohl für die Rechtsverletzung der Nutzer als auch des Plattformbetreibers zu qualifizieren.

88) EuGH C-484/14 – *Mc Fadden*, ÖBI 2017, 49 (*Handig*). Klarerweise wäre auch der Betreiber einer Filesharing-Plattform Vermittler für die Nutzer, die Werke zur Verfügung stellen. Jedoch kann gegen diesen auch wegen seiner eigenen Rechtsverletzung vorgegangen werden.

Zudem erfordert die EuGH-Rsp den Nachweis, dass dieser Nutzer die Zurverfügungstellung in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens vorgenommen hat.⁹⁴⁾ Dies kann sich freilich eindeutig aus der verwendeten Filesharing-Software ergeben, vor allem wenn diese über die Uploadfunktion informiert oder beim Gebrauch ersichtlich macht. Fraglich ist aber, ob sich ermitteln lässt, welche Client-Software ein Nutzer zur Teilnahme in einem Filesharing-Netzwerk verwendet. Klarerweise kann dies die Rechtsverfolgung nicht verunmöglichen. Da die Rsp von einer allgemeinen Kenntnis über die Uploadfunktion ausgeht,⁹⁵⁾ wird die Teilnahme in einem Filesharing-Netzwerk wohl die Vermutung begründen, dass der Nutzer eine Zurverfügungstellung in voller Kenntnis der Folgen vornimmt.

C. Geltendmachung finanzieller Ansprüche

Da sich in Filesharing-Netzwerken mehrere Anknüpfungen für Verletzungen des Zurverfügungstellungsrechts ausmachen lassen, ist zu klären, was daraus für die Geltendmachung der finanziellen Ansprüche (sohin des verschuldensunabhängigen Anspruchs auf angemessenes Lizenzentgelt iSd § 86 UrhG und des Schadenersatzanspruchs iSd § 87 UrhG) folgt. Jedenfalls können Nutzer auch dann finanziell in Anspruch genommen werden, wenn sie die Zurverfügungstellung nicht gewerbsmäßig vorgenommen haben.⁹⁶⁾ Bezüglich des Umfangs der Inanspruchnahme ist aber – je nach Nachweisbarkeit der erfolgten Zurverfügungstellung – zu differenzieren: Sofern sich die Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts eines Nutzers darauf bezieht, dass dieser einzelne (geschützte Werkteile oder Teile von Leistungsschutzrechtlichen Schutzgegenständen beinhaltende) Dateifragmente zur Verfügung gestellt hat, kann dieser Nutzer grds nicht auf das volle angemessene Entgelt iSd § 86 UrhG bzw den vollen Ersatz des Schadens iSd § 87 UrhG in Anspruch genommen werden, der sich für die Zurverfügungstellung des gesamten Werks oder Schutzgegenstands ergeben würde. Die volle Inanspruchnahme des Nutzers ist jedoch möglich, wenn sich der Vorwurf auf die Mittäterschaft an der gemeinschaftlichen Zurverfügungstellung stützt, da sämtliche Mittäter, die Fragmente für ein aus dem Netzwerk herunterladbares Werk bzw einen herunterladbaren Schutzgegenstand zur Verfügung stellten, solidarisch haften (§ 89 UrhG, § 1302 ABGB).⁹⁷⁾ Ebenso kann der Nutzer

auf das volle Entgelt bzw Ersatz des vollen Schadens in Anspruch genommen werden, wenn nachgewiesen wird, dass von seinem Endgerät das Herunterladen der gesamten (das Werk oder den Schutzgegenstand enthaltenden) Datei möglich war. Dass in diesem Fall mehrere Nutzer auf das volle angemessene Entgelt bzw Ersatz des vollen Schadens in Anspruch genommen werden können, entspricht keiner (ungerechtfertigten) Überkompensation, da mehrere voneinander unabhängige Quellen für einen Download des gesamten Werks bzw Schutzgegenstands eröffnet wurden.⁹⁸⁾

Parallel können in allen Fällen die Ansprüche auch gegen den Betreiber der Filesharing-Plattform erhoben werden. Insofern kann es tatsächlich zu einer doppelten Geltendmachung der Ansprüche für eine Downloadquelle kommen; dies ergibt sich aber zwangsläufig, wenn der EuGH die Bereitstellung der Filesharing-Plattform als eigene Handlung der Wiedergabe iSd Art 3 InfoSoc-RL qualifiziert.⁹⁹⁾

D. Höhe der finanziellen Ansprüche

Bei der Festlegung der Höhe des angemessenen Entgelts bzw Schadenersatzes stellt die Rsp auf die Intensität der Abrufbarkeit ab, die etwa von der Anzahl der Teilnehmer im Filesharing-Netzwerk sowie der Attraktivität des bereitgestellten Werks oder Schutzgegenstands abhängt.¹⁰⁰⁾ Unerheblich für den Grund und die Höhe der Ansprüche ist jedenfalls, ob es bei rechtmäßigem Verhalten der Nutzer des Filesharing-Netzwerks zum Abschluss eines Lizenzvertrags oder Kauf eines Tonträgers etc gekommen wäre.¹⁰¹⁾

E. Aktivlegitimation von „Copyright Trolls“

Eine Klarstellung bringt die E *Mircom* hinsichtlich der Aktivlegitimation von sogenannten „Copyright Trolls“, worunter (vereinfacht) Personen verstanden werden, die

das für die Zurverfügungstellung angemessene Entgelt bzw der dadurch verursachte Schaden eingeklagt werden. Dies kann allerdings nicht dazu führen, dass nach Inanspruchnahme eines Nutzers keine weitere Geltendmachung mehr möglich ist, sofern das Werk aufgrund der Zurverfügungstellung durch die übrigen Nutzer weiterhin abrufbar bleibt. Gleichzeitig kann es nicht möglich sein, dass die übrigen Nutzer, die (theoretisch) Regressansprüchen des belangten Nutzers ausgesetzt sind, zusätzlich dazu ihrerseits zur Gänze in Anspruch genommen werden und sie damit insgesamt mehr zahlen, als für die Zurverfügungstellung, an der sie beteiligt waren, angemessen ist.

94) Bei Inanspruchnahme eines Nutzers als Mittäter einer gemeinschaftlichen Zurverfügungstellung ist zudem der Nachweis der Vorsätzlichkeit hinsichtlich des Zusammenwirkens mit den anderen Nutzern des Netzwerks erforderlich. Diese wird aber zwangsläufig mit der Vorsätzlichkeit über das Hochladen verbunden sein.

95) S Nachweise bei Fn 61.

96) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 89.

97) Vgl Thiele in *Dillenz/Gutman/Thiele/Burgstaller*, UrhG³, § 89 Rz 14; St. Korn in *Kucsko/Handig*, urheber.recht², § 89 Rz 4. Wie dargelegt erfordert dies den Nachweis, dass aus dem Netzwerk die Gesamtdatei heruntergeladen werden konnte und der Nutzer in zeitlichem Zusammenhang dazu ein Fragment dieser Datei zur Verfügung gestellt hat (s Fn 93). Die Solidarhaftung wirft in Anbetracht des Netzwerkcharakters durchaus Probleme auf: Wenn von einer gemeinschaftlichen Zurverfügungstellung der Nutzer des Filesharing-Netzwerks ausgegangen wird, kann nach dem Grundsatz der Solidarhaftung insgesamt nur einmal

98) Vgl auch BGH I ZR 19/14 – *Tauschbörse I* Rz 64, GRUR 2016, 176; BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 51, GRUR 2016, 18; BGH I ZR 75/14 – *Tauschbörse III* Rz 56, GRUR 2016, 191. Sofern ein Foto unrechtmäßig auf mehreren Internetseiten zur Verfügung gestellt wird, haften auch sämtliche Webseitenbetreiber, obwohl ein an dem Foto Interessierter ggf nur eine Webseite aufrufen wird.

99) EuGH C-610/15 – *Stichting Brein [The Pirate Bay]*, MR 2017, 187 (Fischer).

100) Vgl BGH I ZR 19/14 – *Tauschbörse I* Rz 61, GRUR 2016, 176; BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 46, GRUR 2016, 184.

101) BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 41, GRUR 2016, 184; BGH I ZR 48/15 – *Everytime we touch* Rz 96 f, GRUR 2016, 1280; BGH I ZR 75/14 – *Tauschbörse III* Rz 54, GRUR 2016, 191.

ein auf die Monetarisierung von Urheberrechtsverletzungen ausgerichtetes Geschäftsmodell verfolgen.¹⁰²⁾ Wie die Ausführungen des EuGH zeigen, sind in diesem Kontext zwei Aspekte relevant.

Zunächst ist das Vorgehen eines „Copyright Trolls“ oftmals dadurch charakterisiert, dass dieser nicht eigene Urheber- oder Leistungsschutzrechte geltend macht, sondern die Verletzung „fremder“ Urheber- und/oder Leistungsschutzrechte verfolgt.¹⁰³⁾ Da auch derivative Rechteinhaber (Werknutzungsberechtigte, Inhaber abgetretener Leistungsschutzrechte, Verwertungsgesellschaften) unter den Schutz der Enforcement-RL fallen,¹⁰⁴⁾ kann ein Werknutzungsrecht oder abgetretenes Leistungsschutzrecht jedenfalls eine taugliche Grundlage für die Verfolgung von Rechtsverletzungen bilden. Möglich ist zudem eine Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, die von den Urhebern oder Leistungsschutzberechtigten zediert wurden, auch wenn den Zessionaren kein Werknutzungsrecht eingeräumt oder Leistungsschutzrecht abgetreten wurde.¹⁰⁵⁾ Dass eine solche Person für mehrere Urheber und Leistungsschutzberechtigte einschreitet und Rechte bzw Ansprüche akkumuliert, kann an ihrer Aktivlegitimation nichts ändern.

Darüber hinaus ist problematisch, wenn ein „Copyright Troll“ die ihm zustehenden Rechte „nicht nutzt und offenbar auch nicht zu nutzen beabsichtigt“,¹⁰⁶⁾ sondern sich auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber mutmaßlichen Verletzern beschränkt. Darin kann ein verwerfliches Geschäftsmodell gesehen werden, welches auf der Monetarisierung von Rechtsverletzungen aufbaut und diese eigentlich nicht (über die Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen) zu ver-

hindern versucht.¹⁰⁷⁾ Doch auch unter diesen Umständen fällt eine zur Rechtsverfolgung berechtigte Person grds¹⁰⁸⁾ unter den Schutz der Enforcement-RL¹⁰⁹⁾ und kann gegen Rechtsverletzer etwa den Schadenersatzanspruch iSd § 87 UrhG sowie zu deren Ausforschung den Auskunftsanspruch iSd § 87b UrhG geltend machen.¹¹⁰⁾ Dies steht mit dem Grundsatz, wonach es im österreichischen Urheberrecht zu keiner Verwirkung kommt, in Einklang.¹¹¹⁾ Zu ergänzen wäre, dass die Klagebefugnis nicht nur ungeachtet des Umstands aufrecht bleibt, dass Rechtsverletzungen bislang nicht verfolgt oder unterbunden wurden; auch wenn der Rechteinhaber das Werk nicht verwertet oder keine Lizenzen erteilt, bleibt die Klagebefugnis bestehen.

F. Missbräuchliche Rechtsausübung

Unzulässig ist die Verfolgung von Rechtsverletzungen aber, wenn das Vorgehen die Schwelle zur missbräuchlichen Rechtsausübung überschreitet. Zwar findet sich im UrhG keine Norm, die prinzipiell bestehende Ansprüche iSd § 81 ff UrhG im Fall der missbräuchlichen Ausübung begrenzt; es wird aus § 1295 Abs 2 ABGB aber eine ungeschriebene Generalklausel abgeleitet, „die die allgemeine Begrenzungsfunktion der ‚guten Sitten‘ auf subjektive Rechte im allgemeinen erstreckt“.¹¹²⁾ Diese Begrenzung ist auch für urheberrechtliche Ansprüche anerkannt.¹¹³⁾ Von einer missbräuchlichen Ausübung wird demnach ausgegangen, wenn der Rechtsausübende ohne jegliches sonstige Interesse mit reiner Schädigungsabsicht handelt¹¹⁴⁾ oder der Schädigungszweck (bzw das unlautere Motiv) zumindest eindeutig im Vordergrund steht.¹¹⁵⁾ Andererseits wird auch Rechtsmissbrauch angenommen, wenn zwischen den Interessen des Handelnden und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht.¹¹⁶⁾ Im Zweifel ist jedoch von keiner missbräuchlichen Ausübung auszugehen.¹¹⁷⁾

102) Vgl EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 35; sowie die SA GA Szpunar, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 73; s dazu genauer Sag, Copyright Trolling, An Empirical Study, 6 (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2404950> [2.8.2021]).

103) Vgl für Patenttrolle *Ohly*, „Patenttrolle“ oder: Der patentrechtliche Unterlassungsanspruch unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt? – Aktuelle Entwicklungen im US-Patentrecht und ihre Bedeutung für das deutsche und europäische Patentsystem, GRUR Int 2008, 787 (787).

104) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 68 f.

105) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 73 f. Der EuGH beschränkt die Klagebefugnis von Zessionaren auf die in Art 4 Enforcement-RL aufgelisteten Berechtigten, also insb auf Lizenznehmer und Verwertungsgesellschaften. Es ist aber kein Grund erkennbar, warum Zessionare, denen die Urheber oder Leistungsschutzberechtigten kein Werknutzungsrecht erteilt haben, den ihnen übertragenen Schadenersatzanspruch nicht einklagen können sollen (vgl auch *Leistner* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht⁶, § 97 Rz 49; SA GA Szpunar, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 89). Diese Zessionare würden aber nicht unter den Schutz der Enforcement-RL fallen. Nicht möglich ist es, dass einem Zessionar Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche abgetreten werden, ohne dass diesem auch Werknutzungsrechte eingeräumt oder Leistungsschutzrechte abgetreten werden (vgl RIS-Justiz RS0077263; *Thiele* in *Dillenz/Gutman/Thiele/Burgstaller*, UrhG³, § 81 Rz 47; *Leistner* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht⁶, § 97 Rz 49).

106) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 70. Die Nutzung bezieht sich wohl auf die Verhinderung von Rechtsverletzungen (EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 37), kann sich aber auch auf die Verwertung und die Vergabe von Werknutzungsbewilligungen und Werknutzungsrechten beziehen.

107) Vgl die zweite Frage des Vorlagegerichts (EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 37).

108) Anders wäre dies, wenn die Rechtsausübung als missbräuchlich zu qualifizieren wäre (s dazu unten im Text).

109) Konkret Art 4 lit b Enforcement-RL.

110) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 67 ff und 96.

111) OGH 4 Ob 195/09v, EvBl-LS 2010, 119; OGH 4 Ob 73/99k – *Konflikte*, MR 1999, 229 (*Walter*); *Thiele* in *Dillenz/Gutman/Thiele/Burgstaller*, UrhG³, § 90 Rz 8.

112) *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}, § 1295 Rz 85.

113) Vgl OGH 4 Ob 104/11i – *Natascha K/Phantombild V*, MR 2012, 138 (*Walter*); OGH 4 Ob 229/02h – *Hundertwasserhaus II*, MR 2003, 41. Vgl für die auf § 242 dBGB gestützte dRsp BGH I ZR 129/19 – *Al Di Meola*, GRUR 2020, 1087.

114) OGH RIS-Justiz RS0026271; *Harrer/Wagner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴, § 1295 Rz 169a.

115) OGH 4 Ob 229/02h – *Hundertwasserhaus II*, MR 2003, 41; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³, § 1295 Rz 61; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}, § 1295 Rz 88; *Harrer/Wagner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴, § 1295 Rz 169a.

116) OGH RIS-Justiz RS0026265; OGH 4 Ob 104/11i – *Natascha K/Phantombild V*, MR 2012, 138 (*Walter*); OGH 4 Ob 186/04p – *Ausschreibungsdatenbank*, MR 2005, 108. Krit *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³, § 1295 Rz 61.

117) Vgl OGH 18.04.2007, 7 Ob 49/07t; *Kefferpütz* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht⁵, § 97a Rz 34.

1. Auskunftsanspruch allein zur Erzielung einer „gütlichen Einigung“

Im Verfahren *Mircom* stand die Frage der Missbräuchlichkeit des Anspruchs gegen einen Access-Provider iSd § 87b Abs 3 UrhG im Fokus, mit welchem dieser zur Auskunft über die Identität seiner Kunden verpflichtet wird, die (vermeintliche) Rechtsverletzungen in Filesharing-Netzwerken begangen haben.¹¹⁸⁾ Nach dem bisher Gesagten ist klar, dass die Geltendmachung dieses Anspruchs nicht allein deshalb missbräuchlich sein kann, weil er von einer Person erhoben wird, die ein auf die Verfolgung von Rechtsverletzungen ausgerichtetes Geschäftsmodell (iSv einem „Copyright-Troll“) verfolgt. Wenn diese Person grds zur Erhebung eines Anspruchs auf Schadenersatz gegen den Rechtsverletzer berechtigt ist,¹¹⁹⁾ kann für den zur Ausübung des Schadenersatzanspruchs erforderlichen Auskunftsanspruch iSd § 87b Abs 3 UrhG nichts anderes gelten.¹²⁰⁾

Bedenken wirft die Legitimation des Auskunftsanspruchs jedoch auf, wenn der Auskunftssuchende primär das Interesse verfolgt, mit den Kunden des Access-Providers eine gütliche Einigung verbunden mit pauschaler Entschädigung zu erzielen und im Fall des Scheiterns auf das Erheben einer Klage auf Schadenersatz verzichtet.¹²¹⁾ Problematisch ist dies insofern, weil mit der Nichterhebung des Schadenersatzanspruchs die gerichtliche Klärung wegfällt, ob der erhobene Anspruch berechtigt ist.¹²²⁾ Ein solches Vorgehen weckt damit Zweifel an der Substantiiertheit der behaupteten Rechtsverletzung. Nach der EuGH-Rsp ist ein Auskunftsanspruch gegen einen Access-Provider jedoch nicht allein deshalb missbräuchlich, weil der Auskunftssuchende eine gütliche Einigung mit dem potentiellen Rechtsverletzer anstrebt.¹²³⁾ Diese Sichtweise spiegelt sich auch im nationalen Prozessrecht wider, schließlich sollte ein Gerichtsprozess stets *ultima ratio* sein¹²⁴⁾ und es können sowohl vor Klageeinbringung (prätorischer Vergleich iSd § 433 Abs 1 ZPO)¹²⁵⁾ als auch während des anhängigen Verfahrens („Prozessvergleich“ iSd § 204 ZPO) Vergleiche geschlossen werden, was zeigt, dass verglei-

chende Streitbelegungen als grds zweckdienlich angesehen werden.¹²⁶⁾

2. Sonstige Anknüpfungspunkte der Missbräuchlichkeit, insb von Abmahnungen

Auch wenn in der Geltendmachung der urheberrechtlichen Ansprüche trotz primärer Absicht, gütliche Einigungen zu erzielen, an sich noch kein Rechtsmissbrauch zu erblicken ist, bleibt zu hinterfragen, ob in gewissen Fällen nicht doch eine rechtsmissbräuchliche Rechtsausübung vorliegen kann. Unionsrechtlicher Prüfungsmaßstab dafür sind das in Art 3 Abs 2 Enforcement-RL festgelegte Missbrauchsverbot sowie die in Abs 1 leg cit normierten Grundsätze der Erforderlichkeit, Fairness und Gerechtigkeit. Wie gewohnt überlässt der EuGH diese Beurteilung den nationalen Gerichten,¹²⁷⁾ gibt diesen gleichzeitig aber Kriterien vor, die bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind. Einerseits zählen zu diesen die „Art und Weise“ des Vorgehens und des Vorschlags der gütlichen Einigung. Andererseits ist zu berücksichtigen, ob im Fall des Scheiterns der Einigung keine Klage zur Geltendmachung der Forderung erhoben wird und aus der Zugehörigkeit eines Nutzers zu einem Filesharing-Netzwerk wirtschaftliche Einnahmen erzielt werden sollen, ohne die in diesem Netz bewirkten Urheberrechtsverletzungen konkret zu bekämpfen.¹²⁸⁾ Das primäre Abzielen auf gütliche Einigungen und das Vorgehen als „Copyright Troll“ (iSd Monetarisierung von Rechtsverletzungen ohne Bekämpfungsabsicht) sind somit *per se* betrachtet unproblematisch, im Rahmen einer Gesamtbeurteilung dann aber doch von Relevanz und entsprechend zu würdigen.

Anhaltspunkte für die Missbräuchlichkeit lassen sich in der iZm Abmahnungen ergangenen deutschen Rsp sowie aus § 97a dUrhG gewinnen. Überblicksmäßig lassen sich die Kriterien klassifizieren in solche, die sich beziehen auf:

- die Person und das Vorgehen des Abmahnenden, inkl der Höhe des mit der Abmahnung verbundenen Aufwand- und Kostenersatzes. Dabei wird es als verwerflich gesehen, wenn der vorwiegende Zweck in der Begründung eines Anspruchs auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung gegen den (potentiellen) Verletzer besteht¹²⁹⁾ oder „die Abmahn-tätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht, der Anspruchsberechtigte die Belastung des Gegners mit möglichst hohen Prozesskosten bezweckt oder der Abmahnende systematisch überhöhte Abmahngebühren oder Vertragsstrafen verlangt“.¹³⁰⁾ Das Betreiben eines Abmahngeschäfts in „eigener Regie“ zur alleinigen Erzielung von Gebühreneinnahmen wird ebenso als missbräuchlich eingestuft.¹³¹⁾ Ebenso kann das Aus-

118) Vgl zur Qualifikation eines Access-Providers als Vermittler iSd § 87b Abs 3 UrhG EuGH C-557/07 – *LSG/Rz 46*, MR 2009, 40 (*Daum*); OGH 4 Ob 41/09x – *LSG/Tele2*, MR 2009, 251. Theoretisch wäre auch der Betreiber der Filesharing-Plattform Vermittler für die Nutzer und daher zur Auskunft verpflichtet.

119) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 67 ff und 96.

120) Vgl insb EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 83.

121) Vgl die Ansicht des Vorlagegerichts in EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 79.

122) Art 8 Enforcement-RL bestimmt insb auch, dass der Auskunftsanspruch nur „im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums“ besteht. Dieses Tatbestandselement findet sich jedoch nicht in § 87b Abs 3 UrhG. Dies wird aber nicht als richtlinienwidrige Umsetzung zu werten sein, da es sich um eine bloße Mindestharmonisierung handelt (Art 2 Abs 1 Enforcement-RL; *Walter/Göbel* in *Walter/von Lewinski*, *European Copyright Law*, Rz 13.2.4).

123) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 84.

124) *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹, Rz 22.

125) Auch in diesem Fall würde keine gerichtliche Geltendmachung des Schadenersatzanspruches vorliegen (*Clavara/Kapp* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO, § 433 Rz 16).

126) *Kodek* in *Fasching/Konecny*, *Zivilprozessgesetz*³, III/2 § 433 Rz 1/1.

127) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 93 ff.

128) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 95.

129) BGH I ZR 150/18 – *Der Novembermann*, ZUM 2019, 864; BGH I ZR 106/10 – *Ferienluxuswohnung*, ZUM-RD 2013, 68.

130) BGH I ZR 129/19 – *Al Di Meola*, GRUR 2020, 1087; vgl auch BGH I ZR 248/16 – *Abmahnaktion II* Rz 21, GRUR 2019, 199.

131) BGH I ZR 129/19 – *Al Di Meola* Rz 16, GRUR 2020, 1087;

senden einer Vielzahl an Abmahnungen in nur wenigen Tagen für Rechtsverletzungen, die durch massenhaft systematisches Durchforsten identifiziert wurden, für ein missbräuchliches Vorgehen sprechen.¹³²⁾ Wenn aber auch Rechtsverletzungen massenhaft begangen werden, kann das massenmäßige Erheben und Abmahnen uE nicht jedenfalls missbräuchlich sein.¹³³⁾ Darüber hinaus nennt § 97a dUrhG inhaltliche Kriterien, die eine Abmahnung enthalten muss, widrigenfalls sie unwirksam ist.¹³⁴⁾

- die Höhe des in den Raum gestellten Schadens iSd § 87 UrhG oder angemessenen Entgelts iSd § 86 UrhG sowie des zur gütlichen Einigung vorgeschlagenen Pauschalbetrags.¹³⁵⁾ Ob das unterbreitete Vergleichsangebot unangemessen ist, ist im Lichte des möglichen Schadenersatzbetrages zu beurteilen,¹³⁶⁾ dessen Höhe freilich (rechtssicher) erst nach einer gerichtlichen Klärung feststehen würde. Sofern der geltend gemachte Pauschalbetrag im Lichte der theoretisch einklagbaren Ansprüche insgesamt angemessen ist, sieht es der BGH als unerheblich, wenn in der Abmahnung zusätzlich Werke oder Rechtsverletzungen angeführt sind, die der Rechteinhaber im Verletzungsprozess nicht darlegen könnte.¹³⁷⁾

Da sich beim Filesharing mehrere Rechtsverletzungen ausmachen lassen, ist speziell auf die Problematik der mehrfachen Rechtsverfolgung einzugehen. Grundsätzlich ist die Vornahme gesonderter Abmahnungen wegen eigenständiger Rechtsverletzungen nicht missbräuchlich;¹³⁸⁾ schließlich kann dem Abmahnenden zur effektiven Vermeidung künftiger Rechtsverletzungen nicht verwehrt werden, gegen jeden Rechtsverletzer vorzugehen.¹³⁹⁾ Stellt ein Nutzer in einem Filesharing-Netzwerk daher mehrere Werke bereit, begeht er dadurch mehrere Zurverfügungstellungen, wodurch die mehrfache Abmahnung dieses Nutzers grds nicht rechtsmissbräuchlich ist. Anders wird dies aber sein, wenn ein Nutzer mehrere Abmahnungen erhält, obwohl alle geltend gemachten Urheber- und Leistungsschutzrechte vom selben Inhaber wahrgenommen werden.¹⁴⁰⁾ Da eine Zurverfügungstellung iSd § 18a

UrhG eine Dauerhandlung ist, ist bspw bei einer Bereithaltung über mehrere Tage von einer einheitlichen Rechtsverletzung auszugehen, wodurch eine gesonderte Abmahnung für jeden Tag, an dem die Abrufbarkeit möglich war, nicht gerechtfertigt ist. Die Dauer der Zurverfügungstellung kann aber die Höhe der geltend gemachten Forderung beeinflussen.¹⁴¹⁾ Zu einer Mehrfachabmahnung kann es ferner kommen, wenn ein Rechteinhaber parallel mehrere Nutzer oder gleichzeitig die Nutzer und den Betreiber der Filesharing-Plattform in Anspruch nimmt. Auch dies ist grds zulässig, soweit die Belangten jeweils eigene Rechtsverletzungen begehen.¹⁴²⁾ Ein paralleles Vorgehen gegen mehrere Nutzer erfordert deshalb den Nachweis, dass von deren Endgeräten jeweils eine Datei mit dem gesamten Werk oder Schutzgegenstand oder zumindest Dateifragmente mit schutzfähigen Teilen heruntergeladen werden konnten. Steht jedoch nicht fest, dass die bereitgestellten Dateifragmente tatsächlich schutzfähige Inhalte beinhaltet haben, können die Nutzer nur als Mittäter einer gemeinschaftlichen Zurverfügungstellung belangt werden. Aufgrund der Solidarhaftung kann in diesem Fall grds jeder auf das gesamte angemessene Entgelt iSd § 86 UrhG oder den gesamten Schaden iSd § 87 UrhG in Anspruch genommen werden.¹⁴³⁾ Im Fall der Mittäterschaft erzeugt eine parallele Abmahnung der einzelnen Nutzer zwar eine mehrfache Last des Aufwand- und Kostenersatzes, dem eine einheitliche Zurverfügungstellung zugrunde liegt; dies wird aber gerechtfertigt sein, da sich die Nutzer wohl nicht gemeinsam¹⁴⁴⁾ belangen lassen und das parallele Vorgehen zur wirksamen Rechtsverfolgung erforderlich scheint. Schließlich würde sich aufgrund der Netzwerkstruktur nichts an der Abrufbarkeit ändern, wenn lediglich ein das Werk bereitstellender Nutzer in Anspruch genommen wird.

Die prinzipielle Zulässigkeit des Anstrebens gütlicher Einigungen ohne tatsächlicher Klagsabsicht darf aber jedenfalls nicht dahingehend missbraucht werden, dass breitflächig Abmahnungen mit zweifelhafter Grundlage in der Hoffnung versendet werden, dass ein gewisser Teil der abgemahnten Personen die geltend gemachten Ansprüche schon bedienen werde.¹⁴⁵⁾ Darin ließe sich jedenfalls

BGH I ZR 248/16 – *Abmahnaktion II* Rz 21, GRUR 2019, 199.

132) OLG Nürnberg, 3 U 410/13, BeckRS 2013, 22269.

133) So auch *Spindler in Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien⁴, § 97a Rz 12: Massenabmahnung zur Verfolgung massenhafter Verstöße zulässig.

134) Auch wenn der österreichischen Rechtsordnung eine vergleichbare Bestimmung fremd ist, ist davon auszugehen, dass dennoch gewisse inhaltliche Anforderungen an solche Abmahnungen zu stellen sind, wobei uE dem Abgemahnten zumindest klar erkennbar sein muss, hinsichtlich welcher vorgeworfenen Rechtsverletzung die Abmahnung erfolgt.

135) Vgl BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 70, GRUR 2016, 184: vorrangig sachfremder Zweck der Realisierung einer möglichst hohen Geldforderung.

136) BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 70, GRUR 2016, 184.

137) BGH I ZR 7/14 – *Tauschbörse II* Rz 70, GRUR 2016, 184.

138) BGH I ZR 106/10 – *Ferienluxuswohnung* Rz 23, ZUM-RD 2013, 68; BGH I ZR 150/18 – *Der Novembermann*, ZUM 2019, 864; *Kefferpütz in Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht⁵, § 97a Rz 31 und 33.

139) *Kefferpütz in Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht⁵, § 97a Rz 34.

140) *Kefferpütz in Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht⁵, § 97a Rz 30 f;

Wimmers in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht⁶, § 97a Rz 34.

141) Vgl v. *Ungern-Sternberg in Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht⁶, § 19a Rz 67.

142) S dazu oben Punkt II. Vgl zur Zulässigkeit BGH I ZR 106/10 – *Ferienluxuswohnung* Rz 23, ZUM-RD 2013, 176; *Kefferpütz in Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht⁵, § 97a Rz 33.

143) S dazu genauer oben Fn 97.

144) In BGH I ZR 300/02 – *MEGA SALE* Rz 16, GRUR 2006, 243 wurden Anhaltspunkte für einen Missbrauch gesehen, wenn „ein Gläubiger bei einem einheitlichen Wettbewerbsverstoß gegen mehrere verantwortliche Unterlassungsschuldner getrennte Verfahren anstrengt und dadurch die Kostenlast erheblich erhöht, obwohl eine streitgenössische Inanspruchnahme auf der Passivseite mit keinerlei Nachteilen verbunden wäre“. An der Möglichkeit zum gemeinsamen Vorgehen scheitert es im ggst Kontext aber.

145) Vgl für die Berücksichtigung, ob lediglich gütliche Einigungen verfolgt werden BGH I ZR 17/18 – *Berechtigte Gegenabmahnung* Rz 45, GRUR 2021, 752: Spätere Einleitung des Gerichtsverfahrens als Indiz gegen die Missbräuchlichkeit gewertet; OLG Nürnberg 3 U 410/13, BeckRS 2013, 22269.

ein missbräuchliches Geschäftsmodell erkennen, vor allem, wenn wie im Verfahren *Mircom* die Nutzung pornographischer Filme abgemahnt wird.¹⁴⁶⁾ Schließlich könnten die betroffenen Personen aus reiner Verlegenheit zahlen, da sie eine tatsächliche Klärung der Begründetheit des Anspruchs in einem Prozess scheuen.¹⁴⁷⁾

Eine effektive Verhinderung missbräuchlicher Rechtsverfolgungen ließe sich vor allem durch die Handhabe des gegen den Access-Provider gerichteten Anspruchs auf Auskunft über die Identität der Nutzer gewährleisten, da dieser eine Filterwirkung für missbräuchliche Rechtsverfolgungen ausüben kann. Freilich lässt sich die Missbräuchlichkeit der Rechtsverfolgung auf dieser Ebene nur schwer beurteilen, weil dies eine Berücksichtigung der Motive und Hintergründe des Auskunftssuchenden und seines (bisherigen) Vorgehens sowie die Art und Weise der (erst nach Auskunftserteilung erfolgenden) Belangung der Kunden bedürfte. Die Filterfunktion wird sich deshalb nur über die in § 87b Abs 3 UrhG verlangte inhaltliche Begründung des Auskunftsanspruchs („*schriftliches und ausreichend begründetes Verlangen*“, „*hinreichend konkretisierte Angaben über die den Verdacht der Rechtsverletzung begründenden Tatsachen*“) erfüllen lassen. Der Umstand, dass sich die Abrufbarkeit einer ein Werk oder einen Schutzgegenstand¹⁴⁸⁾ enthaltenden Datei oder eines Fragments davon von einer bestimmten IP-Adresse feststellen ließ, wird jedoch eine ausreichende Verdachtslage begründen.¹⁴⁹⁾

G. Datenschutzrechtliche Grenzen der Rechtsdurchsetzung gegen Nutzer

Bei der Rechtsverfolgung von Urheberrechtsverletzungen in Filesharing-Netzwerken lässt sich oftmals nur nachweisen, dass ein Werk oder Schutzgegenstand von einem Anschluss mit einer bestimmten (dynamischen) IP-Adresse heruntergeladen werden konnte. Damit wird die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Speicherung dieser IP-Adressen und des Erlangens einer Auskunft über die Identität der Person, der zum Tatzeitpunkt eine IP-Adresse zugewiesen war, zur „Nagelprobe“ der gegen die Nutzer von Filesharing-Netzwerken gerichteten Rechtsdurchsetzung.

Aus dem Blickwinkel der DSGVO kann sich die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zuge der Durchsetzung urheberrechtlicher Ansprüche auf berechnigte Interesse iSv Art 6 Abs 1 lit f DSGVO stützen.¹⁵⁰⁾ Die DSGVO verhindert damit grds¹⁵¹⁾ weder die Speicherung von IP-

Adressen durch den Rechteinhaber zur Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs gegen den Access-Provider gem § 87b Abs 3 UrhG noch eine Datenverarbeitung durch den Access-Provider, die dieser zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs vornimmt.¹⁵²⁾

Da dynamische IP-Adressen aber zugleich Verkehrsdaten sind,¹⁵³⁾ hängt die Rechtmäßigkeit ihrer Verarbeitung nicht nur von den Bestimmungen der DSGVO, sondern auch von den auf der ePrivacy-RL beruhenden Vorschriften des TKG ab.¹⁵⁴⁾ Für den Access-Provider bedeutet dies, dass er die in § 99 TKG normierten Beschränkungen der Speicherung und Übermittlung zu beachten hat. Daraus ergibt sich eine zentrale Einschränkung für die Verfolgung der von den Nutzern von Filesharing-Netzwerken begangenen Rechtsverletzungen. Denn eine (über Verrechnungszwecke hinausgehende)¹⁵⁵⁾ Speicherung der zugewiesenen dynamischen IP-Adressen erfordert eine gesetzliche Grundlage iSd Art 15 ePrivacy-RL, die aufgrund von § 99 Abs 1 TKG zudem im TKG selbst vorgesehen sein müsste.¹⁵⁶⁾ Für die zivilrechtliche Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen fehlt bislang aber eine entsprechende Grundlage und der in § 87b Abs 3 UrhG vorgesehene urheberrechtliche Auskunftsanspruch kann diese – wie der OGH entschieden hat – nicht substituieren.¹⁵⁷⁾ Der EuGH hat dies (implizit) bestätigt.¹⁵⁸⁾ Damit läuft der Auskunftsanspruch iSd § 87b Abs 3 UrhG spätestens ins Leere, wenn der Access-Provider die IP-Adressen aufgrund seiner Lösungs- bzw. Anonymisierungspflicht nicht mehr (personenbezogen) gespeichert hat. Doch selbst wenn der Auskunftsanspruch innerhalb der Frist gestellt wird, in der der Access-Provider die IP-Adressen noch rechtmäßig iSd § 99 TKG gespeichert hat, scheitert die Verarbeitung (iSd Auslesens und Abgleichens) zur Übermittlung des Namens und der Adresse eines Anschlussinhabers am Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung.¹⁵⁹⁾ Ob dies in Anbetracht der von den Nutzern begangenen Verletzungen des Urheberrechts gerechtfertigt und zudem unionsrechtskonform ist, kann bezweifelt werden.¹⁶⁰⁾ Das Unionsrecht hindert den nationalen Gesetzgeber jedenfalls nicht daran, eine entsprechende gesetzliche Grundlage für (gerechtfertigte, verhältnismäßige und nicht missbräuchliche) Auskünfte vorzusehen.¹⁶¹⁾

146) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 2.

147) Vgl SA GA *Szpunar*, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 73.

148) Der Auskunftssuchende muss freilich die Rechte an diesem Werk oder Schutzgegenstand wahrnehmen oder vom Rechteinhaber dazu ermächtigt worden sein.

149) Vgl auch SA GA *Szpunar*, 17.12.2020, C-597/19 – *Mircom* Rz 106.

150) Vgl EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 109 f mit Verweis auf EuGH 22.11.2012, C-119/12 – *Probst* Rz 19. Sofern aufgrund der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen an pornographischen Filmen im Zuge der Datenverarbeitung uU Rückschlüsse auf die sexuelle Orientierung und das Sexualleben der vermeintlichen Rechtsverletzer getroffen werden können, würde dies eine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten darstellen, die unter Anwendung des Art 9 Abs 2 lit f DSGVO ebenso zulässig sein kann.

151) Anders wäre dies, wenn die Rechtsverfolgung nicht gerechtfertigt, unverhältnismäßig oder missbräuchlich wäre (EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 132).

152) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 132.

153) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 113; vgl auch OGH 4 Ob 141/07z – *LSG/Tele2*, MR 2007, 437 (*Walter*).

154) Vgl EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 113.

155) § 99 Abs 2 TKG.

156) Vgl auch *Riesz* in *Riesz/Schilchegger*, TKG, § 99 Rz 16 und 18.

157) OGH 4 Ob 41/09x – *LSG/Tele2*, MR 2009, 251. Gegen eine solche Klassifizierung des § 87b Abs 3 UrhG spricht auch, dass in diesem Fall eine Verjährungsfrist von dreißig Jahren gelten würde (§ 1489 ABGB), was dem Erfordernis einer begrenzten Aufbewahrungsfrist iSd Art 15 Abs 1 ePrivacy-RL nicht gerecht werden würde.

158) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom*

159) Vgl EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 127.

160) Vgl *Schachter* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht², § 87b Rz 34.

161) EuGH 17.06.2021, C-597/19 – *Mircom* Rz 125 und 132. Vgl bereits EuGH C-557/07 – *LSG*, MR 2009, 40 (*Daum*).

III. CONCLUSIO

Die E *Mircom* bestätigt, dass Nutzer durch das Bereitstellen von Werken in Filesharing-Netzwerken das Zurverfügungstellungsrecht iSd § 18a UrhG verletzen. Die dezentrale Bereitstellung, aufgrund derer von einem einzelnen Nutzer ggf nur einzelne Fragmente einer Datei heruntergeladen werden, ändert daran nichts. Durch die Vergabe dynamischer IP-Adressen und deren Qualifikation als Ver-

kehrsdaten begegnet die Durchsetzung der urheberrechtlichen Ansprüche gegen einzelne Nutzer – *de lege lata* – aber maßgeblichen Hindernissen. Bis zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Speicherung der Verkehrsdaten durch den Access-Provider und die weitere Verarbeitung zur Übermittlung der Identität des Anschlussinhabers werden Rechteinhaber daher oftmals mit Sperrverfügungen gegen Access-Provider das Auslangen finden müssen. □