



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Entscheidung vom 1. Juli 2008

Aktenzeichen: 11 U 52/07

In dem Rechtsstreit

...

gegen

...

hat der 11. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch die Richter ? aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20.05.2008 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 05.10.2007 (Az.: 2/3 O 19/07) abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann eine Vollstreckung des Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Unterlassung des Einstellens einer Tonträgerproduktion in sog.

Tauschbörsen im Internet sowie Schadens- und Aufwendungsersatz.

Die Klägerin vermarktet den Tonträger ??? mit einer Aufnahme des Künstlers A. Sie beauftragte die Firma B AG zur Überwachung des Titels im Internet. Mit der von diesem Unternehmen entwickelten Software lässt sich feststellen, von welchem Anschlussinhaber eine Datei zum Herunterladen im Internet angeboten wird.

Am 08.09.2006 um 18.32 Uhr wurde mit Hilfe dieser Software ein Nutzer mit der IP-Adresse ? erfasst, der zu

diesem Zeitpunkt den Tonträger ??? anderen Teilnehmern der Tauschbörse C zum Download anbot.

Nach den im Rahmen der eingeleiteten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen eingeholten Auskünften der D war die IP-Adresse zum fraglichen Zeitpunkt dem Internetanschluss des Beklagten zugeordnet (Bl. 41 ff. d.A).

Die Klägerin begehrt Unterlassung, Zahlung von Schadensersatz nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie in Höhe von 150,- ? sowie Erstattung der Kosten für das vorgerichtliche Abmahnschreiben in Höhe von 325,90 ?.

Sie hat behauptet, es sei davon auszugehen, dass der WLAN ?Anschluss des Beklagten aktiviert, aber nicht ausreichend gesichert gewesen sei.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu ? 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, die Tonträgerproduktion ??? mit Darbietungen des Künstlers A im Internet in so genannten Tauschbörsen über Peer-to-Peer-Netzwerke bereitzustellen oder auf sonstige Weise der Öffentlichkeit zugänglich zu machen;
2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin ? 475,90 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 %punkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.09.2006 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, vor Urlaubsantritt habe er einen Sammelstecker und damit sämtliche technischen Geräte, also seine komplette PC-Anlage und auch den Router abgeschaltet. Sein WLAN-Router sei nicht aktiviert gewesen. Ferner hat er bestritten, dass die IP-Adresse richtig ermittelt worden sei.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringen Teil der Zinsforderung stattgegeben. Wegen der tatsächlichen Feststellungen erster Instanz und der Begründung der Entscheidung wird auf das angefochtene Urteil vom 05.10.2007 (Bl. 156 ff. d. A.) Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags den Klageabweisungsantrag weiter verfolgt.

Insbesondere ist er der Auffassung, das Landgericht habe die von der Klägerin vorgelegten Erkenntnisse ? seine IP-Adresse ? der Entscheidung wegen eines Beweisverwertungsverbotes nicht zugrunde legen dürfen, da es sich dabei um Verkehrsdaten i. S. v. § 3 Nr. 30 TKG handele, die dem Fernmeldegeheimnis unterlägen. Die gewünschte Datenauskunft der Staatsanwaltschaft Frankfurt/M. auf das entsprechende Begehren der Klägerin habe daher eines richterlichen Beschlusses gemäß §§ 100 g, 100 h StPO bedurft.

Die von der Staatsanwaltschaft vorgenommene ?Entschlüsselung der IP-Adresse? stelle einen Grundrechtseingriff dar, der nicht aus sachfremden Erwägungen allein zur Beschaffung von Beweismitteln für ein Zivilverfahren hätte erfolgen dürfen. Die auf unzulässige Art beschafften Erkenntnisse hätten deshalb nicht zur Grundlage des Urteils gemacht werden dürfen.

Die von der Kammer angenommene Rechtsverletzung sei ausgeschlossen. Jedenfalls wäre sie nicht fahrlässig verursacht worden. Bei der dargelegten Konzeption der Computeranlage habe er, der Beklagte, als IT-Laie davon ausgehen müssen, dass die Anlage gegen unberechtigte Zugriffe von Außen absolut geschützt sei. Die von der Klägerin als sicherste Methode eingestufte WPA 2-Verschlüsselung sei im in Rede stehenden Zeitpunkt noch nicht verwendungsfertig gewesen.

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 05.10.2007 verkündeten Urteils des Landgerichts Frankfurt/M. die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres früheren Vorbringens. Sie meint, der Inhaber eines Internet-Anschlusses eröffne eine Gefahrenquelle und habe daher sicherzustellen, dass sein Anschluss nicht durch Dritte für Rechtsverletzungen genutzt werde. Das Überlassen eines Internetzugangs berge die nicht unwahrscheinliche Möglichkeit, dass Dritte Rechtsverletzungen der vorliegenden Art im Schutze der vom Anschlussinhaber geschaffenen Anonymität begehen. In Printmedien, Rundfunk und Fernsehsendungen werde immer wieder über missbräuchliche Nutzung von WLAN-Verbindungen berichtet.

Deshalb habe der Inhaber einer WLAN-Verbindung durch ein individualisiertes Passwort sicherzustellen, dass Dritte die Verbindung nicht unautorisiert nutzen können. Es verstehe sich von selbst, dass mitgelieferte Standard-Passwörter durch persönliche Passwörter abzuändern sind. In allen aktuellen Bedienungsanleitungen zu WLAN-Routern sowie durch Installationsfirmen werde darauf hingewiesen, dass WLAN-Verbindungen nicht ausreichend mit einer sogenannten WEP- oder WPA-Verschlüsselung geschützt werden können, sondern die sicherste Methode die Verwendung von WPA 2 sei. Auch sei allgemein bekannt, dass Verbraucher ihren WLAN-Router nicht direkt ans Fenster oder eine Außenwand stellen sollen, damit über die eigenen vier Wände hinaus eine möglichst geringe Sendereichweite bestehe. Zu all diesen üblichen Sicherungsmaßnahmen trage der Beklagte nichts vor. Sie, die Klägerin, bestreite weiterhin mit Nichtwissen, dass der Beklagte vor seinem Urlaub den Sammelstrom abgeschaltet habe, an dem die gesamte PC-Anlage angeschlossen gewesen sein solle.

Der Vortrag des Beklagten, er habe eine strukturierte Verkabelung verlegt und in Betrieb genommen, sei in sich widersprüchlich und im Detail nicht einlassungsfähig. Der Beklagte sei darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass sein Anschluss ggfs. von einem Dritten missbraucht worden sei und er den Missbrauch nicht zu vertreten habe. Aufgrund der Auskunft von F stehe fest, dass zum festgestellten Zeitpunkt eine Verbindung vom Anschluss des Beklagten zum Internet bestanden habe. Der Beklagte müsse daher substantiiert vortragen und ggfs. beweisen, dass eine unbefugte Benutzung nicht von ihm zu vertreten sei. Dem Beklagten sei es selbstredend zumutbar, seinen Internet-Anschluss zu überwachen und zu verhindern, dass über eine missbräuchliche Nutzung seines Anschlusses Rechte Dritte verletzt würden. Eine weitergehende Aufweichung der Störerhaftung würde Rechtsverletzungen im Internet Tür und Tor öffnen.

Wegen aller weitergehenden Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung hat Erfolg.

1.) Der Beklagte haftet nicht als Störer auf Unterlassung.

a) Störer ist, wer in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung eines geschützten Rechtsguts beigetragen und zumutbare Sicherungsmaßnahmen unterlassen hat (BGH, NJW 2004, 3102 ? Internet-Versteigerung). Die Überlassung eines Internetzugangs an einen Dritten beinhaltet die keineswegs unwahrscheinliche Möglichkeit einer Schutzrechtsverletzung durch diesen. Deshalb können für den Anschlussinhaber Prüfungs- und ggfs. Handlungspflichten zur Vorbeugung gegen solche Rechtsverletzungen bestehen. Der Inhaber eines Internet-Anschlusses, der einem Dritten den Zugang zum Internet ermöglicht,

kann nach den Grundsätzen der Störerhaftung bei Verletzung einer Überwachungspflicht für die von einem Dritten begangenen Schutzrechtsverletzungen haften, wenn die Zugangsmöglichkeit hierfür adäquat kausal war.

b) Dieselben Pflichten sollen auch den Inhaber eines Internet-Anschlusses treffen, der eine unverschlüsselte WLAN-Verbindung betreibt (LG Hamburg, CR 2006, 780; LG Mannheim, MMR 2007, 537 sowie OLG Karlsruhe, Beschluss v.11.06.2007 ? 6 W 20/07; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.12.2007, I-20 W 157/07, zitiert nach Juris, OLG Hamburg, Beschluss v. 11.10.2006Az.: 5 W 152/06; OLG Köln, Beschluss v. 08.05.2007, Az.: 6 U 244/06). Zur Begründung der Störerhaftung genügt nach dieser Rechtsprechung, dass ein Internetzugang geschaffen wird, der auf diese Weise objektiv für Dritte nutzbar ist. Denn der kabellose WLAN-Anschluss eröffnet die Möglichkeit, dass Dritte sich ? ohne Wissen und Wollen des Anschlussinhabers ? unbemerkt in das Netzwerk einloggen und dessen Anschluss ?mitbenutzen?. Ein WLAN-Netzwerk lässt sich auf diese Weise in einem Umkreis von mehreren hundert Metern empfangen.

Ob Urheberrechtsverletzungen von dem betreffenden Computer aus begangen worden sind, oder ob Dritte unter Ausnutzung eines ungesicherten WLAN-Netzes auf den Internetzugang zugegriffen haben, soll ohne Bedeutung sein, weil ohne den geschaffenen Internetzugang weder die eine noch die andere Möglichkeit bestanden hätte (so insb. OLG Düsseldorf a.a.O).

c) Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen (vgl. u.a. Gercke, CR 07, 55; Ernst, MMR 07, 538; Hornung, CR 07, 88 jeweils m. w. N.).

Auch nach Auffassung des Senats bestehen dagegen in Fällen wie dem hier zu entscheidenden durchgreifende Bedenken, weil die Grenzen der Störerhaftung dadurch unzumutbar erweitert werden.

aa) Das Landgericht hat dahinstehen lassen, ob der Beklagte selbst die Verletzungshandlung begangen hat (LGU 7), weil nicht auszuschließen sei, dass die Rechtsverletzung durch andere, nicht bekannte Nutzer erfolgte, für die der Beklagte einzustehen habe.

bb) Jedenfalls aufgrund des Sach- und Streitstands im Berufungsrechtszug ist indes davon auszugehen, dass der Beklagte die Rechtsverletzung nicht selbst begangen hat.

Die Klägerin hat weder bestritten, dass sich der Beklagte zum fraglichen Zeitpunkt im Urlaub befand, noch dass die PC ? Anlage in einem abgeschlossenen Büroraum stand, zu dem kein Dritter Zugang hatte. Der Beklagte hat seine Darstellung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmals wiederholt. Bestritten hat der Klägervertreter ? wie schon zuvor ? nur, dass der Beklagte vor Urlaubsantritt den zentralen Stromstecker gezogen habe und der Router deaktiviert gewesen sei.

War der Beklagte aber unstreitig urlaubsabwesend und hatte kein Dritter Zugang zu dem PC, so kann die rechtsverletzende Handlung nur von einem Dritten begangen worden sein kann, der die WLAN ? Verbindung des Beklagten von außerhalb nutzte, um sich Zugang zu dessen Internet ? Anschluss zu verschaffen.

d) Für diese ? wie zu unterstellen ist ? vorsätzliche rechtswidrige Urheberrechtsverletzung eines Dritten haftet der Beklagte nicht als Störer.

Schuldner eines Unterlassungsanspruchs kann zwar auch sein, wer seinen Telefon-/Fax- oder Telex-Anschluss einem Dritten überlässt, der dann seinerseits von diesem Anschluss aus eine das Schutzrecht verletzende Handlung begeht. Ihren Grund findet diese Haftung jedoch nicht schon in der Überlassung des Anschlusses als solcher. Die Verantwortlichkeit des Dritten folgt vielmehr daraus, dass er die auf diese Weise ermöglichten Rechtsverletzungen nicht unterbunden hat, obwohl er dazu als Inhaber des Anschlusses die Möglichkeit gehabt hätte und ein derartiges Einschreiten von ihm mit Blick auf die aus dieser Stellung resultierenden Befugnisse und die Überlassung des Anschlusses zu erwarten war (BGH, WRP 99, 1045 ? Räumschild).

Der Inhaber eines Internet ? Anschlusses im privaten Bereich kann vor allem dann als Störer auf

Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn der Anschluss von Familienangehörigen mitbenutzt wird, wobei in der Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, inwieweit im familiären Bereich verdachtsunabhängige Prüfungspflichten bestehen (vgl. LG Mannheim, MMR 07, 267; LG Hamburg CR 06, 780; MMR 07, 131).

Der Senat hat entschieden, dass ein Ehemann seine Frau, der er seinen Account für den Handel auf einer Verkaufsplattform überlässt, nicht ständig überwachen muss, solange er keine konkreten Anhaltspunkte für Rechtsverletzungen hat (Urteil v. 16.05.2006, Az.: 11 U 45/05).

Das gleiche gilt nach der Rechtsprechung des Senats bei Zurverfügungstellung des Internetanschlusses im Verhältnis des Anschlussinhabers zu seinen Kindern. Auch wenn Urheberrechtsverletzungen im Internet häufig vorkommen und darüber in den Medien umfangreich berichtet wird, hat ein Anschlussinhaber nicht bereits deshalb Anlass, ihm nahe stehende Personen - wie enge Familienangehörige - bei der Benutzung seines Anschlusses zu überwachen (Urteil v.- 20.12.2007, Az.: 11 W 58/07 = MDR 08, 403 = CR 08, 243 = OLG 08, 111).

Selbst wenn man dem nicht folgt (vgl. etwa Stang/Hübner, CR 08, 244), sondern eine anlassunabhängige Überwachungspflicht des Anschlussinhabers annimmt,ginge eine uneingeschränkte Haftung des WLAN ? Anschlussinhabers deutlich weiter, weil er für das vorsätzliche Verhalten beliebiger Dritter, die mit ihm in keinerlei Verbindung stehen, eintreten müsste. Das stößt schon deswegen auf Bedenken, weil mit Hilfe der Störerhaftung die einen eigenverantwortlich Handelnden treffende Pflicht, sich recht- und gesetzmäßig zu verhalten, nicht über Gebühr auf Dritte ausgedehnt werden darf (BGH GRUR 1997, 313 ? Architektenwettbewerb).

Auch in anderen Fällen setzt die Störerhaftung die Verletzung von Prüfungspflichten voraus und genügt der Umstand für sich allein nicht, dass der auf Unterlassung in Anspruch Genommene Rechtsverletzungen etwa durch Eröffnung einer Internet ?Plattform für Versteigerungen oder den Abdruck von Werbeanzeigen ermöglicht (BGH GRUR 04, 860 ?Internetversteigerung;GRUR 99, 410 -Möbelklassiker). Prüf- und Handlungspflichten setzen aber stets konkrete Hinweise und Erkenntnisse im Hinblick auf rechtswidrige Handlungen Dritter voraus.

Diese Einschränkung erscheint auch für die Störerhaftung eines WLAN ? Anschlussbetreibers im privaten Bereich erforderlich. Auch er haftet nach Auffassung des Senats nicht generell wegen der abstrakten Gefahr eines Missbrauchs seines Anschlusses von außen, sondern erst, wenn konkrete Anhaltspunkte hierfür bestehen (ähnlich Ernst, Gercke jew. a.a.O.).

Der Beklagte hat weder seinen Anschluss einem Dritten überlassen, noch hatte er ? nach dem festgestellten Sachverhalt ? konkrete Anhaltspunkte für rechtswidrige Handlungen Dritter.

e) Der Senat verkennt nicht, dass die Feststellung und Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen im Internet, insbesondere durch rechtswidrige öffentliche Zugänglichmachung (§ 19 a UrhG), erschwert wird, wenn eine Störerhaftung erst bei konkreten Anhaltspunkten für derartige Rechtsverletzungen besteht, zumal die Mitbenutzung eines Internet-Anschlusses durch ein WLAN-Netz für den Anschlussinhaber in der Regel nicht erkennbar sein dürfte(Gercke a.a.O.). Diese technischen Umstände rechtfertigen es nach Ansicht des Senats aber nicht, die Störerhaftung über ihre allgemeine anerkannten Grenzen hinaus zu einer Art Gefährdungshaftung zu erweitern.

f) Verantwortlicher Störer kann zwar auch sein, wer die Möglichkeit einer Rechtsverletzung, zu der er einen adäquat kausalen Beitrag geleistet hat, nicht erkannt hat, sie aber hätte erkennen und mit zumutbaren Mitteln verhindern können. Es erscheint aber schon fraglich, ob die Unterhaltung eines WLAN ?Anschlusses im Falle der ?Mitbenutzung? durch einen vorsätzlich handelnden Dritten noch als adäquater Beitrag zu einer dabei erfolgenden Urheberrechtsverletzung angesehen werden könnte.

Der Gesichtspunkt der adäquaten Verursachung steht einer zu weiten Ausdehnung der Störerhaftung

entgegen. Eine Haftung kann daher nicht aus Mitwirkungshandlungen an solchen Verstößen hergeleitet werden, die ihm billigerweise nicht zugerechnet werden können (Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. § 8 Rn. 151). Bei der Prüfung der Adäquanz geht es im Ergebnis darum, ganz unwahrscheinliche Schadensverläufe auszuschließen (Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl. 2008, vor § 249 Rn. 60). Dem Senat liegen keine konkreten Erkenntnisse darüber vor, wie hoch statistisch die Wahrscheinlichkeit ist, dass sich ein außenstehender Dritter über ein WLAN ?Netz einen fremden Internetanschluss zu Nutze macht, um auf diese Weise Dateien mit urheberrechtsverletzendem Inhalt im Internet einzustellen. Das Landgericht hat zwar gemeint, es sei allgemein bekannt, dass ungeschützte WLAN ? Verbindungen von Dritten missbraucht werden können, um über einen fremden Internetanschluss ins Internet zu gelangen. Es ist indes weder ersichtlich, worauf diese Feststellung beruht, noch ergeben sich daraus Anhaltspunkte dafür, wie wahrscheinlich ein solcher Mißbrauch ist (zur Adäquanz ohne nähere substantielle Feststellungen auch LG Hamburg a.a.O.).

g) Jedenfalls erscheint die Verhinderung der vorsätzlichen Rechtsverletzung eines Dritten mit den vom Landgericht für erforderlich gehaltenen Maßnahmen nicht zumutbar. Danach könnte ein Anschlussinhaber der Störerhaftung nur entgehen, wenn er seinen Computer stets nur mit der neuesten Schutztechnik versehen nutzt und die dafür erforderlichen finanziellen Mittel aufbringt. So hat das Landgericht Hamburg erkannt, der mit der Inanspruchnahme fachkundiger Hilfe verbundene Kostenaufwand sei verhältnismäßig (LG Hamburg, CR 07, 54).

Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Die Inanspruchnahme als Störer wäre für den Beklagten nur zumutbar, wenn sie sich aufgrund einer gebotenen Abwägung aller Interessen noch als verhältnismäßig erwiese.

Dem steht aber entgegen, dass der Beklagte im Interesse der Klägerin unter Umständen sogar finanzielle Mittel aufwenden müsste, um einen vorsätzlich rechtswidrigen Eingriff eines Dritten, dessen Handeln dem Beklagten unter keinem Gesichtspunkt zuzurechnen ist, zu vermeiden. Das erscheint jedenfalls unzumutbar, solange nicht konkrete Anhaltspunkte für rechtsverletzende Handlungen bestehen. Die Interessen der Klägerin werden dadurch nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt und die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung nicht unzumutbar erschwert, weil immer dann, wenn der Anschlussinhaber von konkreten Rechtsverletzungen erfahren hat, seine Prüfungs- und Überwachungspflicht einsetzt (Ernst a.a.O.).

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass der Anschlussinhaber es regelmäßig nicht bemerken wird, wenn sich ein Dritter in sein Netzwerk einloggt und über seinen Anschluss rechtsverletzende Beiträge in das Internet einstellt. Die Verantwortlichkeit eines Dritten für vorsätzlich rechtswidriges Tun anderer würde überdehnt, wenn jeder Anschlussinhaber allein wegen der zu befürchtenden Beweisschwierigkeiten der Tonträgerhersteller als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden könnte, weil er seinen Anschluss nicht nach neuesten technischen Standards sichert.

Dass der Beklagte hier solche Anhaltspunkte hatte, ist weder vorgetragen, noch ersichtlich.

2. Der Klägerin steht ? erst recht ? kein Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch zu.

a) Eine Störerhaftung begründet lediglich einen Unterlassungsanspruch, niemals dagegen einen Schadensersatzanspruch (BGH GRUR 02, 618 ? Meißner Dekor; GRUR 04, 860 ? Internet-Versteigerung I; LG Mannheim, CR 07, 537; a. A. Piper/Ohly, OWG, 4. Aufl. § 8 Rn. 152). Auf die Störerhaftung kommt es nur an, wenn der eingetretene Erfolg nicht auf einer rechtswidrigen und schuldhaften Handlung des in Anspruch genommenen Schuldners beruht. Der Erörterung einer Störerhaftung hätte es deshalb nicht bedurft, wenn dem Beklagten Fahrlässigkeit vorzuwerfen wäre.

b) Anhaltspunkte für ein fahrlässiges Handeln des Beklagten sind ? entgegen den knappen Ausführungen des Landgerichts ? nicht gegeben.

Liegt die Verletzungshandlung ? wie hier - in einem Unterlassen (der erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen), so ist Rechtswidrigkeit nur gegeben, wenn der Schädiger gegen eine Rechtspflicht

zum Handeln verstoßen hat (Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl. 2008, vor § 249 Rn. 84). In Betracht käme als Rechtspflicht zum Handeln nur eine Verkehrssicherungspflicht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der eine Gefahrenlage ? gleich welcher Art ? schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern.

Andererseits kann nicht jeder abstrakten Gefahr durch vorbeugende Maßnahmen begegnet werden. Es bedarf daher nur solcher Sicherungsmaßnahmen, die ein verständiger und umsichtiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren, und die ihm den Umständen nach zumutbar sind.

Entscheidend ist, ob nach den gesamten Umständen noch von einer ?nahe liegenden Gefahr? gesprochen werden kann. Hierzu hat das Landgericht weder konkrete Feststellungen getroffen, noch erlaubt der Vortrag der Klägerin entsprechende Schlussfolgerungen. Der Vortrag der Klägerin, das Risiko, dass Dritte sich über einen fremden WLAN ? Anschluss Zugang zum Internet verschaffen könnten, sei allgemein bekannt, in den Medien würde hierüber immer wieder berichtet, ist viel zu allgemein, um Rückschlüsse auf das tatsächliche Risiko und den Kenntnisstand des Beklagten zuzulassen. Ungeachtet dessen erscheint zweifelhaft, inwieweit derartige Warnungen und Berichte nicht in erster Linie den Schutz des Anschlussinhabers und seiner Dateien vor dem Zugriff Dritter betreffen, und weniger die Gefahr der Verletzung von Urheberrechten Dritter durch Missbrauch eines WLAN ? Anschlusses.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergibt sich auch aus dem Schreiben der E ? GmbH vom 02.04.2007 Bl. 127 d.A.) nichts anderes. Der dortige Hinweis auf den Schutz vor Viren und ungewollten Zugriffen bezieht sich ersichtlich auf das Risiko eines Zugriffs auf den Datenbestand des Beklagten und nicht das Risiko eines Einwählens in dessen WLAN ? Router zum Zwecke der Verletzung der Urheberrechte Dritter im Internet.

Im Übrigen erscheint eher zweifelhaft, dass das Risiko eines solchen Missbrauchs allgemein bekannt ist.

Nach Erhebungen aus der Praxis sollen die Sicherheitsprobleme weithin unbekannt sein oder als nicht erheblich bewertet werden (vgl. die Hinweise bei Hornung a.a.O. S. 89).

Nach allem scheidet ein Verschuldensvorwurf gegenüber dem Beklagten aus.

3.) a) Da die Klage schon aus den dargelegten Gründen keinen Erfolg hat, kann offen bleiben, ob sie auch im Hinblick auf den gestellten Antrag als unbegründet abzuweisen wäre. Nachdem feststeht, dass der Beklagte keine Tonträgerproduktion in Tauschbörsen über Peer-to-Peer ? Netzwerke bereitgestellt haben kann, sondern deren Bereitstellung allenfalls durch einen ungeschützten WLAN ? Anschluss ermöglicht hat, ist der Unterlassungsantrag ersichtlich nicht auf die konkrete Verletzungsform ausgerichtet. Verfehlt der Antrag aber die konkrete Verletzungsform, so ist er insgesamt unbegründet (Jacobs in Großkommentar UWG, vor § 13 D Rn. 98).

b) Dahingestellt bleiben kann auch, ob die von der Klägerin ermittelten Daten des Beklagten einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, wofür nach Auffassung des Senats allerdings spricht, dass es sich bei der dynamischen IP ? Adresse um Verkehrsdaten und keineswegs um Bestandsdaten handeln dürfte (Bock in: Beck'scher TKG ? Kommentar, 3. Aufl. § 113, Rn. 24; Bär, MMR 2005, 626; Hoeren, WISTRA 05, 13;).

Denn es geht dabei nicht nur um eine Information, die dem dem Eintrag in einem Telefonbuch vergleichbar ist, sondern um die Ermittlung, wer mit wem zu welchem Zeitpunkt worüber und wie lange kommuniziert hat (LG München, Beschl. v. 12.03.2008, Az.: 5 QS 19/08 zit. nach juris).

Deshalb hätte es zur Herausgabe der dem Fernmeldegeheimnis unterliegenden Daten eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses nach § 100 g StGB bedurft (vgl. auch BVerfG 1 BvR 256/08). Erkenntnisse, die ohne die erforderliche richterliche Anordnung erlangt worden sind, unterliegen auch im Zivilprozess einem

Verwertungsverbot (Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl. § 286 Rn. 15 a ff).

4.) Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin als unterliegende Partei zu tragen (§ 91 Abs. 1 ZPO).

Die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war zuzulassen, weil die Entscheidung eine Frage betrifft, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO).

(Unterschriften)