
Datum: 08.01.2021
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 45/20
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2021:0108.6U45.20.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 14 O 57/19
Normen: UrhG §§ 53 Abs. 1 Satz 1; 97 Abs. 1; Richtlinie 2001/29/EG Art. 5 Abs. 5

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 13.02.2020 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 14 O 57/19 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen trägt die Klägerin.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin ist ein Unternehmen der Tonträgerindustrie. Die Beklagte zu 1 (Beklagte) betreibt einen Internetdienst unter der URL www.flatster.com. Der Beklagte zu 2 ist ihr Geschäftsführer. Die Beklagte bietet auf ihrer Website www.flatster.com registrierten Kunden

1

2

3

an, sich Musiktitel auszusuchen und ihre Titelauswahl in einer Wunschliste zu speichern. Sie gibt weiter an, dass sodann die Sendung eines Musiktitels mitgeschnitten werde, sobald dieser in einem angeschlossenen Webradio gespielt werde. Eine Kopie werde dann in einem Speicherplatz des Kunden abgelegt, von wo aus die Musikaufnahmen wiedergegeben und heruntergeladen werden könnten. Hierfür bietet die Beklagte drei Tarifvarianten an. Daneben gibt es das Testangebot „flatstar FREE“, bei dem 20 Songs aus einem bestimmten eingeschränkten Bereich gratis bezogen werden können.

Am 11.01.2019 überprüfte die Ermittlungsfirma pro Media GmbH im Auftrag der Klägerin den Dienst der Beklagten. Hierzu meldete sich der Zeuge M. über ein zuvor von ihm eingerichtetes Nutzerkonto bei dem Dienst der Beklagten an und suchte nach Titeln des Künstlers Thomas Anders. Sodann nahm er die 14 streitgegenständlichen Titel in seine Wunschliste auf. Am 14.01.2019 meldete er sich erneut bei dem Dienst der Beklagten an und stellte fest, dass 13 Titel als Mp3 Dateien zum Herunterladen bereit standen. Am 16.01.2019 stand auch der weitere Titel zum Herunterladen bereit. Die Tonaufnahmen waren vollständig, ohne jegliche Unterbrechungen durch Moderation, Werbung, Nachrichten etc. und wiesen eine gleichbleibend gute Qualität von 192 kBit/s auf. 4

Die Klägerin mahnte die Beklagten mit Schreiben vom 21.01.2019 ab und forderte sie in Bezug auf die streitgegenständlichen Musiktitel zur Unterlassung, Auskunftserteilung, Anerkennung einer Schadensersatzverpflichtung und Zahlung der Abmahnkosten in Höhe von insgesamt 1.973,90 € aus einem Gegenstandswert von 100.000 € auf. Es erfolgte keine Reaktion von Beklagtenseite und die Titel waren weiterhin bei der Beklagten verfügbar. 5

Die Klägerin hat vorgetragen, dass ihr die ausschließlichen Nutzungsrechte an den Tonaufnahmen des Künstlers Thomas Anders auf dem Musikalbum mit dem Titel „Ewig mit dir“ zustünden. Ohne ihre Zustimmung sei die Nutzung selbst dann, wenn die technische Funktionsweise tatsächlich der Beschreibung der Beklagten entspreche, nicht zulässig. Spätestens durch das Abspeichern der Musikdateien auf dem Server der Beklagten werde in ihr Vervielfältigungsrecht aus §§ 85, 16 UrhG eingegriffen. Auf § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG könnten sich die Beklagten nicht berufen, weil nicht die Kunden, sondern die Beklagte selbst Herstellerin der Vervielfältigungen sei. Auch ein Herstellenlassen im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG liege nicht vor, da das Angebot der Beklagten durch die Recherche der Kopiervorlage über das bloße mechanische Vervielfältigen hinausgehe und zudem entgeltpflichtig sei. Ferner sei das Angebot der Beklagten als öffentliche Wiedergabe der Musiktitel zu werten und verletze daher ihr Recht aus § 19a UrhG. Die Verletzungshandlungen seien dem Beklagten zu 2 als Geschäftsführer der Beklagten zuzurechnen, da die Entscheidung über den rechtlichen und technischen Aufbau des Geschäftsmodells der Beklagten als eine für das Unternehmen grundlegende Entscheidung auf Vorstandsebene getroffen worden sein dürfte. 6

Die Klägerin hat beantragt, 7

1. die Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 €, Ordnungshaft höchstens zwei Jahre) zu unterlassen, die Tonaufnahmen 8

„Das Leben ist jetzt“ 9

„Sie sagte doch sie liebt mich“ 10

11

„Ewig mit dir“	
„Wir sind eins“	12
„Menschen“	13
„So wie es ist“	14
„Gemeinsam allein“	15
„Hätte, wäre, wenn“	16
„Ich wollte mich nie mehr verlieben“	17
„Viva la vida“	18
„Giganten“	19
„Wunder gibt es auch für dich“	20
„Was bleibt“	21
„Hätt's nie ohne dich geschafft“	22
des Musikalbums „Ewig mit dir“ des Künstlers Thomas Anders zu vervielfältigen und öffentlich zugänglich zu machen, wie im Zeitraum zwischen dem 11.01.2019 und 16.01.2019 festgestellt und über die Internetseite www.flatster.com geschehen;	23
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihr Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen, wie häufig die unter Ziffer 1 aufgeführten Tonaufnahmen über das Internet von Nutzern des Dienstes flatster gewünscht, im Rahmen des Geschäftsmodells vervielfältigt und von Nutzern des Dienstes flatster abgerufen worden sind;	24
3. die Beklagten zu verurteilen, an sie folgende Beträge zu zahlen:	25
- die Beklagte 1.315,93 €,	26
- der Beklagte 657,97 €,	27
jeweils zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit;	28
4. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihr sämtlichen durch die unerlaubte Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung der unter Ziffer 1. aufgeführten Tonaufnahmen entstandenen Schaden zu ersetzen.	29
Die Beklagten haben beantragt,	30
die Klage abzuweisen.	31
Die Beklagten haben vorgetragen, dass die durch den Download entstehenden Vervielfältigungsstücke gem. § 53 Abs.1 UrhG nicht in das insoweit bestehende ausschließliche Recht der Klägerin eingriffen, denn die Vervielfältigungsstücke seien von dem jeweiligen Kunden hergestellte Privatkopien bzw. die Herstellung sei dem Kunden	32

zuzurechnen. Mit der Inanspruchnahme des Musikdienstes löse der Nutzer einen rein technischen Vorgang aus, der vollständig automatisiert ohne menschlichen Eingriff von außen ablaufe. Die Beklagte habe daher keine Organisationshoheit über den Aufnahmevorgang. Sie mache die streitgegenständlichen Werke auch nicht öffentlich zugänglich. Ein Zugänglichmachen setze voraus, dass Dritten der Zugriff auf das sich in der Sphäre des Vorhaltenden befindliche geschützte Werk eröffnet werde. Daran fehle es ebenso wie an der "Öffentlichkeit", da eine auf Kundenwunsch erstellte Musikdatei nicht einer unbestimmten Zahl potentieller Leistungsempfänger zur Verfügung gestellt werde, sondern stets nur einem einzigen Nutzer über dessen persönlichen, nur ihm eröffneten Account zugänglich sei. Auch liege keine neue Form der technischen Übertragung vor, da sich das System der Beklagten bereits im Internet abrufbarer Inhalte bediene und nicht durch ein neues Medium ein neues Publikum erschließe.

Mit Urteil vom 13.02.2020 hat das Landgericht der Klage antragsgemäß stattgegeben. Die Beklagte habe in das Vervielfältigungsrecht der Klägerin nach § 16 UrhG eingegriffen. Hersteller der Vervielfältigungsstücke seien nicht die Kunden der Beklagten, sondern die Beklagte selbst, so dass weder die Schutzschranke der Privatkopie, § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG, eingreife noch mangels Unentgeltlichkeit der Herstellung der Vervielfältigungsstücke die Schutzschranke des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG. Außerdem habe die Beklagte die Klägerin in ihrem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, § 19a UrhG, verletzt. 33

Mit ihrer Berufung halten die Beklagten ihr Begehren auf Abweisung der Klage aufrecht. Die rechtliche Bewertung des Landgerichts sei bezüglich der Vervielfältigungshandlung nach den Entscheidungen des BGH vom 05.03.2020, Az. I ZR 6/19 und I ZR 32/19, nicht mehr haltbar. Die Verurteilung könne auch im Hinblick auf § 19a UrhG keinen Bestand haben. Vor dem Hintergrund der aktuellen BGH-Rechtsprechung könne die wertende Betrachtung des Landgerichts bezüglich der Handlung der Wiedergabe nicht mehr aufrechterhalten werden. Zudem fehle es am Merkmal der Öffentlichkeit. 34

Die Beklagten beantragen, 35

das am 13.02.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Köln, Az.: 14 O 57/19, aufzuheben und die Klage abzuweisen. 36

Die Klägerin beantragt, 37

die Berufung gegen das am 13.02.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Köln, Az.: 14 O 57/19, zurückzuweisen. 38

Die angefochtene Entscheidung sei im Ergebnis nicht zu beanstanden. Der BGH vertrete zwar die Auffassung, dass im Rahmen des Geschäftsmodells der Beklagten die Nutzer als Hersteller der streitgegenständlichen Musikaufnahmen anzusehen seien, so dass eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts durch die Beklagte als Täterin ausscheide. Allerdings hafte die Beklagte unter dem Gesichtspunkt einer Beihilfehandlung, die der BGH gerade nicht ausgeschlossen habe. Im Übrigen stelle die von der Beklagten erbrachte Vermittlung nach europäischem Recht auch eine öffentliche Wiedergabe i.S.d. § 19a UrhG dar. 39

II. 40

Die Berufung ist zulässig. Sie ist insbesondere nach dem Ende der Aussetzung fristgerecht begründet worden. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. 41

42

Die Klägerin hat gegenüber den Beklagten keinen Unterlassungsanspruch aus § 97 Abs. 1 UrhG; die Annexansprüche auf Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung, Auskunftserteilung und Erstattung der Abmahnkosten folgen dem Schicksal des Unterlassungsanspruchs. Es steht zwar in zweiter Instanz außer Streit, dass der Klägerin an den streitgegenständlichen Musiktiteln das nach § 16 UrhG geschützte Vervielfältigungsrecht und das nach § 19a UrhG geschützte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zustehen, die Beklagten haben jedoch diese Rechte der Klägerin nicht widerrechtlich verletzt.

1. Das Vervielfältigungsrecht ist nach § 16 Abs. 1 UrhG das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl. Eine Vervielfältigung ist auch die Übertragung des Werkes auf Vorrichtungen zur wiederholten Wiedergabe von Tonfolgen (Tonträger), § 16 Abs. 2 UrhG. Das Speichern der streitgegenständlichen Titel auf den Servern der Beklagten stellt eine solche Vervielfältigung dar. 43

Hersteller der Vervielfältigungsstücke sind die Kunden der Beklagten, nicht die Beklagten. Dies ist in zweiter Instanz in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unstreitig. 44

Bei der Inanspruchnahme eines Internet-Musikdienstes, der seinem Kunden mittels einer vollautomatisiert ablaufenden Software Mitschnitte von von diesem ausgewählten Musiktiteln aus den Sendungen einer Vielzahl von Internetradios erstellt und sodann auf einem cloud-basierten individuellen Speicherplatz zum Download bereitstellt, ist allein der Kunde als Hersteller der Radiomitschnitte anzusehen (s. BGH, Urteile vom 05.03.2020, I ZR 6/19 - musicmonster - und I ZR 32/19 - Internet-Radiorecorder). Ausgehend von der danach gebotenen rein technischen Betrachtung (s. auch bereits BGH, Urteil vom 22.04.2009, I ZR 216/06 – Internet-Videorekorder) stellen die Kunden der Beklagten die Vervielfältigungsstücke selbst her, die Beklagte tritt dabei gleichsam an die Stelle eines Tonbandgerätes und fungiert als bloßes Werkzeug. Soweit die Klägerin in erster Instanz – abweichend von dem Tatsachenvortrag der Beklagten – davon ausgegangen war, dass die Beklagte zunächst Masterkopien auf ihrem Server aufspielt und diese dann nach Anfrage ihren Kunden zugänglich macht, hält sie hieran in zweiter Instanz nicht mehr fest. Die Beklagten hatten im Übrigen bereits in erster Instanz unwidersprochen vorgetragen, dass jedenfalls den Prozessbevollmächtigten der Klägerin aus einem in Hamburg geführten Zivilverfahren und einem Strafverfahren bekannt sei, dass sie tatsächlich keine zentrale Kopie der Musikstücke vorhalten. 45

Für die von der Klägerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18.12.2020 angeregte EuGH-Vorlage zur Überprüfung der Ansicht des BGH, dass für die Herstellereigenschaft auf eine rein technische Betrachtungsweise abzustellen ist, sieht der Senat keine Veranlassung. 46

Der Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs. 1 UrhG richtet sich gegen denjenigen, der das fremde Urheberrecht bzw. verwandte Schutzrecht verletzt. Passivlegitimiert ist, wer die Rechtsverletzung als Täter selbst begeht oder daran als Teilnehmer beteiligt ist oder wer als Störer haftet, d.h. ohne Täter oder Teilnehmer zu sein willentlich und adäquat-kausal zu einer Rechtsverletzung beiträgt. 47

a) Für die Haftung als Täter oder Teilnehmer einer deliktischen Handlung wie einer Urheberrechtsverletzung gelten die strafrechtlichen Grundsätze zur Täterschaft und Teilnahme. Täter ist danach, wer die Zuwiderhandlung selbst oder in mittelbarer Täterschaft begeht (§ 25 Abs. 1 StGB). Mittäterschaft (vgl. § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB) erfordert eine gemeinschaftliche Begehung, also ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken. Maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ist die 48

Tatherrschaft. Danach ist Täter, wer den zum Erfolg führenden Kausalverlauf beherrscht, während als Teilnehmer verantwortlich ist, wer einem mit Tatherrschaft handelnden Dritten Hilfe leistet oder dessen Tatentschluss hervorruft. Fehlen die objektiven oder subjektiven Voraussetzungen einer Haftung als Täter oder Teilnehmer, kommt lediglich eine allein zur Unterlassung und Beseitigung verpflichtende Verantwortlichkeit als Störer in Betracht. Diese Grundsätze gelten auch, wenn die Prüfung der Umstände des Einzelfalls ergibt, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem Unterlassen liegt. Auch dann kommt bei einer durch mehrere Personen verursachten Rechtsverletzung sowohl eine Täter- oder Teilnehmerhaftung als auch eine Störerhaftung in Betracht. In einem solchen Fall schließt die Tatherrschaft des unmittelbar Handelnden die Annahme aus, er werde als Tatmittler von einem bloß mittelbar oder tatferner Handelnden beherrscht. In Betracht kommt dann allenfalls Mittäterschaft, die eine gemeinschaftliche Tatbegehung und damit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraussetzt (BGH, Urteil vom 05.03.2020, I ZR 32/19, juris, Tz. 42).

aa) Da allein die Kunden der Beklagten die Tatherrschaft über den Vervielfältigungsvorgang ausüben, scheidet eine unmittelbare oder mittelbare Täterschaft der Beklagten und eine daran anknüpfende Geschäftsführerhaftung des Beklagten zu 2 aus. Für Mittäterschaft fehlt es aufgrund des vollständig automatisierten Verfahrens an einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der Beklagten mit den Nutzern (vgl. BGH, Urteil vom 05.03.2020, I ZR 32/19, juris, Tz. 43). 49

bb) Für eine Haftung der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 05.03.2020, I ZR 32/19, juris, Tz. 45 ff.) fehlt es bereits an einer rechtswidrigen Haupttat. Außerdem ist der erforderliche Gehilfenvorsatz nicht feststellbar. 50

(1) Die Nutzer des Musikdienstes der Beklagten können sich bei der Herstellung der Vervielfältigungsstücke auf die Schutzschranke des § 53 Abs. 1 UrhG berufen. Danach sind zulässig einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird. § 53 UrhG beruht auf Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29/EG (Info-RL) und ist insoweit richtlinienkonform auszulegen. Die Beschränkung steht daher vor allem unter dem Vorbehalt des gerechten Ausgleichs zu Gunsten der Urheber, Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL. Außerdem steht die Schrankenregelung in § 53 UrhG unter dem Vorbehalt des Dreistufentest nach Art. 5 Abs. 5 Info-RL als Schranken-Schranke. 51

(a) Der Internet-Radiorecorder der Beklagten ist ein Musikdienst für Privatpersonen; die Nutzer fertigen als natürliche Personen zum privaten Gebrauch einzelne Kopien. Anhaltspunkte dafür, dass der Internet-Radiorecorder auf rechtswidrige Vorlagen zurückgreift, gibt es nicht. 52

(aa) Ob es sich um eine offensichtlich rechtswidrig erstellte Vorlage handelt, richtet sich nach der Art der Vorlage und den Gegebenheiten ihrer Zurverfügungstellung (s. Loewenheim/Stieper in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl., § 53 Rn. 19). Diese Begleitumstände sind im vorliegenden Fall in jeder Hinsicht unauffällig. Das Angebot der Beklagten ist entgeltlich und jedermann zugänglich; als unentgeltlich wird nur ein kleines Testpaket beworben. Die Funktionsweise des angebotenen Internet-Radiorecorders wird nachvollziehbar – und zutreffend – erklärt. Davon, dass das Musikangebot der Web-Radiosender rechtswidrig ist, kann nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Öffentliche Sendungen können seit jeher für den Privatgebrauch legal aufgezeichnet werden. 53

Aufzeichnungen vollautomatisch an digitale Erkennungssignale zu knüpfen statt an einen persönlichen Suchvorgang, entspricht dem Stand der Technik. Dass im konkreten Fall alle Tonaufnahmen vollständig, ohne jegliche Unterbrechungen durch Moderation, Werbung, Nachrichten etc. und in gleichbleibend guter Qualität von 192 kBit/s aufgezeichnet worden sind, lässt keinen Schluss auf eine rechtswidrige Vorlage zu.

(bb) Soweit § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG nur „offensichtlich“ rechtswidrige Quellen von der Privatkopieschranke ausnimmt und diese Einschränkung als mit dem Unionsrecht unvereinbar nicht zu berücksichtigen sein könnte (streitig, zum Meinungsstand s. z.B. Dreyer in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 53 Rn. 31, m.w.N.; vgl. auch Schaefer, Die digitale Privatkopie im Zeitalter der „Exception based Business Models“, GRUR 2020, 1248, 1250 ff.), kommt es hierauf vorliegend nicht an. Durch das Kriterium der Offensichtlichkeit soll gewährleistet werden, dass der Verbraucher nicht mit unerfüllbaren Prüfpflichten belastet wird, wobei die Beweislast für die (offensichtliche) Rechtswidrigkeit nach dem Willen des Gesetzgebers beim Rechteinhaber liegen soll (s. BT-Dr. 16/1828, S. 26). Die Klägerin hat nicht schlüssig dargelegt und mit geeigneten Mitteln unter Beweis gestellt, dass die Vorlagen zwar nicht offensichtlich aber tatsächlich rechtswidrig waren. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände spricht im Gegenteil eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Aufnahmen aus legalen Quellen – legalen Internet-Radiosendungen – stammen. Heute ist praktisch jeder Musiktitel online legal und kostenlos verfügbar (vgl. auch Schaefer, Die digitale Privatkopie im Zeitalter der „Exception based Business Models“, GRUR 2020, 1248, 1255).

54

(b) Ein gerechter Ausgleich für die Privatkopien zu Gunsten der Urheber erfolgt über § 54 ff. UrhG. Das vom deutschen Gesetzgeber zum Ausgleich der Einschränkungen des Vervielfältigungsrechts eingeführte Vergütungssystem für Geräte- und Speichermedien sowie für bestimmte Betreiber von Kopiergeräten ist dem Grunde nach mit der Info-RL vereinbar (s. BGH Urteil vom 09.02.2012, I ZR 43/11 - Digitales Druckzentrum, juris, Tz. 26 ff., 32). Vergütungspflichtig sind Geräte wie u.a. PC's, Laptops, Tablets, Mobiltelefone pp. sowie Speichermedien wie z.B. Festplatten, Speicherkarten pp., deren Typ – allein oder in Verbindung mit anderen Geräten oder Speichermedien oder Zubehör – zur Vornahme von Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch i.S.v. § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG genutzt wird. Entscheidend ist dabei nicht die jeweilige Nutzung der einzelnen Geräte oder Speichermedien, sondern die typische Nutzung zur Vervielfältigung im Wege der Kopie zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch (s. Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl., § 54 Rn. 6 ff.). Vor diesem Hintergrund kann nicht festgestellt werden, dass hier tatsächlich überhaupt kein Ausgleich erfolgt - unabhängig davon, dass nach dem in §§ 53, 54 ff. UrhG vorgegebenen System der Verbindung von gesetzlicher Lizenz mit einem kraft Gesetz bestehendem Vergütungsanspruch der „gerechte Ausgleich“ gerade nicht für jeden konkreten Einzelfall zu prüfen ist. Eine von der Klägerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18.12.2020 angeregte EuGH-Vorlage kommt insoweit nicht in Betracht.

55

Dass unklar sein mag, inwieweit sich das System der Kopierabgabe auch in Zeiten des zunehmenden Cloud-Computing aufrechterhalten und durchsetzen lässt (s. Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl., § 53 Rn. 1), steht dem über §§ 54 ff. UrhG gewährleisteten gerechten Ausgleich als solchem nicht entgegen. Der Gesetzgeber hat bei der Novellierung des Urheberrechts im sog. 2. Korb bewusst auch für digitale Vorlagen an der erlaubnisfrei zulässigen Privatkopie festgehalten, trotz Musikaufnahmedienste und intelligenter Aufnahmesoftware (s. hierzu z.B. Lüft in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 5. Aufl., vor §§ 44a ff. Rn. 8 ff., § 53 Rn. 4 ff.; Schaefer, Die digitale Privatkopie im Zeitalter der „Exception based Business Models“, GRUR 2020, 1248, 1250 Fn. 35, 1252).

56

(c) Nach den begrenzenden Vorgaben des Dreistufentests gem. Art. 5 Abs. 5 Info-RL müssen nationale Schrankenbestimmungen auf bestimmte Sonderfälle beschränkt sein, und sie dürfen darüber hinaus weder die normale Verwertung der Werke beeinträchtigen, noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzen. In seiner Internet-Radiorecorder-Entscheidung hat der BGH (Urteil vom 05.03.2020, I ZR 32/19, juris, Tz. 46) bezüglich der ersten und dritten Stufe auf die Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar vom 07.09.2017, C-265/16, juris, Tz. 60 bis 64 und 69 verwiesen (dagegen nicht auch auf die Tz. 65 ff. betreffend die zweite Stufe):

58

Die erste und die dritte Stufe des Drei-Stufen-Tests bestehen darin, zu prüfen, ob die Ausnahme in Sonderfällen angewandt wird, in denen die berechtigten Rechte der Urheberrechtlichsinhaber nicht ungebührlich verletzt werden. Da jede Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers dessen Rechte einschränkt und damit in gewisser Weise verletzt, verlangt diese Regel, dass die Anwendung einer bestimmten Ausnahme auf Situationen beschränkt wird, in denen dies durch den Zweck der Ausnahme gerechtfertigt ist. Nur dieser Zweck kann nämlich die durch die Anwendung der Ausnahme verursachte Rechtsverletzung rechtfertigen.

Auch wenn die Gründe für die Privatkopieausnahme in verschiedenen Faktoren gesucht werden können, ist doch gemeinhin anerkannt, dass ihr wesentlicher Zweck darin liegt, dass es für die Urheberrechtlichsinhaber unmöglich oder jedenfalls sehr schwierig ist, die Nutzung der geschützten Werke durch Personen, die über einen rechtmäßigen Zugang verfügen, zu kontrollieren. Außerdem könnte eine solche Kontrolle einen unzulässigen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Privatleben der Nutzer darstellen (45).

Diese Rechtfertigung trifft jedoch auf eine Dienstleistung wie sie von VCAST erbracht wird nicht zu. Deren Dienst beschränkt sich nämlich nicht auf die Privatsphäre des Nutzers, weil die Phase vor der Erstellung der Vervielfältigung, nämlich die Gewährung des Zugangs zu den Sendungen durch VCAST, im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit dieses Unternehmens öffentlich geschieht und von den Urheberrechtlichsinhabern leicht kontrolliert werden kann. Nichts spricht dagegen, dass diese verlangen, um Erlaubnis gebeten zu werden, und dass VCAST um eine solche Erlaubnis ersucht. Der Zweck der Privatkopieausnahme rechtfertigt somit nicht die Verletzung der Urheberrechte, die den Urheberrechtlichsinhabern aus einer Anwendung dieser Ausnahme auf Dienste wie dem von VCAST erbrachten entstehen würde.

Ich möchte hervorheben, dass die Situation von VCAST sich von jener der anderen Betreiber unterscheidet, die den Nutzern Anlagen oder Geräte zur Aufzeichnung zur Verfügung stellen oder Vervielfältigungsdienste anbieten. Diese Anlagen, Geräte und Dienste können nämlich für die Vervielfältigung geschützter Werke genutzt werden, gleichzeitig aber auch anderen Zwecken dienen. Hinzu kommt, dass die Identität der möglicherweise vervielfältigten Werke und somit die der Rechtsinhaber im Voraus nicht bekannt ist. Es würde somit keinen Sinn machen, von den genannten Betreibern zu verlangen, die Urheberrechtlichsinhaber um Einverständnis für den Verkauf oder die Vermietung solcher Anlagen oder die Erbringung von Dienstleistungen zu bitten. Dagegen zielt ein Dienst wie der von VCAST erbrachte ausschließlich auf die Zurverfügungstellung und Vervielfältigung geschützter Werke ab, die im Voraus (in den Fernsehprogrammen) konkret bestimmt sind und deren Rechtsinhaber somit bekannt sind.

Im Fall der Kopien von Werken aus illegalen Quellen hat der Gerichtshof entschieden, dass die Anwendung der Privatkopieausnahme die Interessen der Urheberrechtsinhaber ungebührlich verletzen würde, da sie verpflichtet wären, über die private Nutzung der Werke durch die Nutzer hinaus Piraterie zu tolerieren (46). Ebenso würde die Anwendung der Privatkopieausnahme auf Dienste, die leicht unter das normale Ausschließlichkeitsrecht der Rechtsinhaber fallen können, deren Interessen ebenfalls ungebührlich verletzen.

...

Somit stünde die Anwendung der in Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29 vorgesehenen Ausnahme auf Dienste wie den von VCAST erbrachten meines Erachtens nicht im Einklang mit den in Art. 5 Abs. 5 dieser Richtlinie festgelegten Anforderungen.

Nach diesen Maßstäben steht das Ergebnis des Dreistufentests auf der ersten und dritten Stufe einer Anwendung der Privatkopie-Schranke hier nicht entgegen. Auch die Forderungen der zweiten Stufe sind gewahrt. 59

(aa) Das Erfordernis der Beschränkung auf bestimmte Sonderfälle (erste Stufe) ist erfüllt. Die hier in Rede stehende Bestimmung des § 53 Abs. 1 UrhG regelt einen bestimmten Sonderfall und ist daher auch immer nur in diesem bestimmten Sonderfall anwendbar. Sie beschränkt das Vervielfältigungsrecht für den besonderen Fall der Kopie zum privaten Gebrauch. Die erste Stufe verlangt dagegen nicht, dass die einen Sonderfall regelnde Ausnahme oder Beschränkung ihrerseits nur in einem – bezogen auf die Schrankenregelung – Sonderfall angewendet wird (s. BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 139/15 – Afghanistan Papiere II, juris, Tz. 58). 60

(bb) Eine Beeinträchtigung der normalen Verwertung des Werkes (2. Stufe) liegt nicht vor. Voraussetzung hierfür ist, dass die fragliche Nutzung zur herkömmlichen Nutzung in unmittelbarem Wettbewerb tritt, also in die Primärverwertung eingegriffen wird, die Schranke somit zwangsläufig den Umfang an Verkäufen oder anderen rechtmäßigen Transaktionen im Zusammenhang mit geschützten Werken verringern würde (s. BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 139/15 – Afghanistan Papiere II, juris, Tz. 59; Stieper in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl., vor §§ 44a ff. Rn. 31). Dies steht im Streitfall nicht zu besorgen. Die Vervielfältigung der Musikwerke in Form einer Privatkopie zielt allein auf den Genuss / das Hören der Werke ab. Eine wirtschaftliche Verwertung durch die Nutzer wäre über die Privatkopieschranke nicht mehr gedeckt. Das Anhören der privat kopierten Werke stellt eine normale Verwertung der Werke dar, durch die der Internetnutzer in den Genuss der von den Internetradiosendern bewirkten öffentlichen Wiedergabe der Werke gelangen kann. Da die Erstellung der betreffenden Kopien einen Bestandteil des Anhörens der Werke bildet, kann sie eine solche Verwertung der Werke nicht beeinträchtigen (vgl. Leenen in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 5. Aufl., Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 163; EuGH, Urteil vom 95.06.2014, C-360/13, juris, Tz. 60 f.). Der Nutzer tritt mit der Vervielfältigung zum privaten Werkgenuss gerade nicht in einen unmittelbaren Wettbewerb zur herkömmlichen Nutzung durch die Klägerin. 61

Dass die Beklagte mit ihrem streitgegenständlichen Angebot in einem unmittelbaren Wettbewerb zur Klägerin stehen mag, ist ohne Belang. Abzustellen ist im Rahmen der für eine Beihilfehandlung zunächst erforderlichen Haupttat allein auf die Nutzer, die als „Täter“ / 62

Hersteller der Vervielfältigungsstücke zwar in das Vervielfältigungsrecht der Klägerin eingreifen, sich aber auf die Privatkopieschranke berufen können. Warum bei der Anwendung des Drei-Stufen-Tests – systemwidrig – auch die funktionale Rolle des Dienstes und dessen Folge für die Rechteinhaber Berücksichtigung finden sollte, ist von der Klägerin nicht näher begründet worden. Die im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18.12.2020 angeregte EuGH-Vorlage ist nicht veranlasst.

Soweit die Klägerin auf die VCAST-Entscheidung des EuGH (Urteil vom 29.11.2017, C-265/16) verweist, weicht diese in tatsächlicher Hinsicht wesentlich vom streitgegenständlichen Sachverhalt ab. Der von VCAST erbrachte Videodienst bestand im Kern in einer öffentlichen Widergabe von über eine eigene Empfangsanlage aufgezeichneter Fernsehsendungen und ist unter diesem Gesichtspunkt – nicht dem der Vervielfältigung – vom EuGH als rechtswidrig bewertet worden. VCAST stellte ihren Kunden im Internet ein System zur Bildaufzeichnung in einem Speicherbereich in der „Cloud“ für terrestrisch ausgestrahlte Sendungen von italienischen Fernsehstationen zur Verfügung, wobei die ausgestrahlten Sendungen zunächst aufgezeichnet und dann den Kunden über das Internet zur Verfügung gestellt wurden; die Dienstleistung besaß insoweit eine Doppelfunktion: Sie gewährleistete zugleich die Vervielfältigung und die Zurverfügungstellung der von VCAST erfassten Werke und Gegenstände (s. Urteil vom 29.11.2017, C-265/16, juris, Tz. 14, 38, 46). 63

Insoweit sind auch die Erwägungen des Generalanwalts Szpunar zur zweiten Stufe in seinen Schlussanträgen vom 07.09.2017, C-265/16, juris, Tz. 65 bis 68 für den vorliegenden Fall ohne Belang. Die privaten Nutzer des Angebots der Beklagten konkurrieren weder auf dem Werbemarkt noch auf einem sonstigen Markt mit der Klägerin als Inhaberin der Verwertungsrechte an den streitgegenständlichen Musiktiteln. 64

(cc) Schließlich fehlt es auch an einer ungebührlichen Verletzung der berechtigten Interessen des Rechtsinhabers (dritte Stufe). Für die Rechteinhaber wäre es auch hier - ebenso wie bei der Verwendung analoger Aufnahmegeräte - nahezu unmöglich, die Nutzung der geschützten Werke durch die Kunden der Beklagten, die mittels des Internets über einen rechtmäßigen Zugang zu den in den Web-Radios gesendeten Musiktiteln verfügen, zu kontrollieren. Der von der Beklagten angebotene Musikdienst beschränkt sich im Gegensatz zu dem von VCAST angebotenen Dienst auf die Privatsphäre der Nutzer. Nichts geschieht öffentlich. Die Beklagte wird aufgrund des nach einer „Bestellung“ vollkommen automatisch ablaufenden Prozesses mit dem Ergebnis einer Speicherung des gewünschten Musiktitels auf einem nur dem Besteller zugänglichen individuellen Speicherplatz lediglich als Werkzeug ihrer Nutzer tätig. Sie übernimmt gerade nicht in einem öffentlichen Bereich die gezielte Beschaffung der Vorlage (z.B. in Form einer Masterkopie), auf die dann die Kunden zurückgreifen können. Insoweit kann die Beklagte vor der Vervielfältigung auch nicht bei den Rechteinhabern um eine Kopie-Erlaubnis nachfragen. 65

(2) Unabhängig vom Erfordernis einer rechtswidrigen Haupttat fehlt es für eine Beihilfehandlung der Beklagten jedenfalls auch am Gehilfenvorsatz. Erforderlich ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Vor dem Hintergrund der Internet-Videorekorder-Entscheidung des BGH (Urteil vom 22.04.2009, I ZR 216/06) kann angesichts der inzwischen unstrittigen Tatsache, dass nicht die Beklagte, sondern die Nutzer Hersteller der Vervielfältigungen sind, den Beklagten nicht vorgeworfen werden, sich mit ihrem Geschäftsmodell erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen zu bewegen. Bei der nach der Rechtsprechung des BGH gebotenen rein technischen Betrachtung zur Herstellerfrage durften die Beklagten auf das Eingreifen der vom Gesetzgeber bewusst auch für mit intelligenter Aufnahmesoftware gefertigte digitale Kopien beibehaltenen 66

Privatkopieschranke des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG vertrauen. Wäre in Fällen der vorliegenden Art (vollautomatisiert ablaufende Software-Mitschnitte ohne Speicherung im Herrschaftsbereich des Diensteanbieters) die Privatkopieschranke grundsätzlich nach dem Dreistufentest ausgeschlossen, hätte der BGH bereits im Verfahren „Internet-Videorecorder“ eine eigene Entscheidung treffen können. Der BGH hatte in seiner „Segelanweisung“ neben der Tatsachenfeststellung (wer hat gespeichert?) dagegen nur eine weitere Prüfung des Senderechts gefordert (Urteil vom 22.04.2009, I ZR 216/06, juris, Tz. 16, 49 ff., 57). Dass Geschäftsmodelle wie das der Beklagten, mit denen Schranken des Urheberrechts kommerziell nutzbar gemacht werden, zu unbilligen Ergebnissen führen mögen (vgl. z.B. Schaefer, Die digitale Privatkopie im Zeitalter der „Exception based Business Models“, GRUR 2020, 1248 ff.), wäre ggf. vom Gesetzgeber zu korrigieren. Der Vorwurf des Gehilfenvorsatzes kann indes nicht daran anknüpfen, dass die gesetzlichen Vorgaben nach Maßgabe der aktuellen Rechtsprechung des BGH ausgeschöpft werden.

b) Eine Störerhaftung wird von der Klägerin nicht geltend gemacht. Es sind weder Tatsachen vorgetragen noch sonst ersichtlich, aus denen eine solche Haftung hergeleitet werden könnte. Die Funktionsweise des Internet-Radiorecorders ist von den Beklagten zutreffend dargelegt worden. 67

2. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist nach § 19a UrhG das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, das es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Im vorliegenden Fall fehlt es am Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit. Die jeweils neu auf Anfrage in einem vollständig automatisierten Verfahren gefertigten, nicht auf eine Masterkopie zurückgreifenden Tonaufzeichnungen befinden sich auf einem individuellen Speicherplatz. Dass dann, wenn jeweils nur eine einzelne Aufnahme einer Sendung auf Bild- oder Tonträger jeweils nur einer einzelnen Person zugänglich gemacht wird, kein „öffentliches“ Zugänglichmachen vorliegt, hat der BGH für den parallel gelagerten Fall eines Internet-Videorecorder bereits ausdrücklich entschieden (Urteil vom 22.04.2009, I ZR 216/06 - Internet-Videorecorder, juris, Tz. 24 ff.): 68

d) Die vom Berufungsgericht bestätigte Verurteilung der Beklagten nach den Klageanträgen zu I 1, I 2 und II stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Das Angebot „Shift.TV“ der Beklagten zu 1 verstößt nicht gegen das Recht der Klägerin, ihre Funksendungen öffentlich zugänglich zu machen (dazu aa). ... 69

aa) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, die Beklagte zu 1 verletze nicht dadurch das Recht der Klägerin, ihre Funksendungen öffentlich zugänglich zu machen (§§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2, § 15 Abs. 2 Nr. 2, § 19a UrhG), dass sie die Sendungen der Klägerin auf den „Persönlichen Videorecordern“ der Kunden speichere und zum Abruf zur Verfügung stelle. 70

Falls die Beklagte zu 1 - und nicht der jeweilige Kunde - die Sendungen der Klägerin auf den „Persönlichen Videorecordern“ der Kunden abspeichert, macht sie diese Sendungen damit allerdings im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 UrhG insoweit zugänglich, als die Kunden die Sendungen dann von jedem Ort und zu jeder Zeit (§ 19a UrhG) über einen PC abrufen können. Es fehlt jedoch, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, an einem Zugänglichmachen gegenüber der Öffentlichkeit. Das Zugänglichmachen einer Funksendung ist im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 UrhG öffentlich, wenn diese einer Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird (§ 15 Abs. 3 UrhG). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn - wie im Streitfall - jede einzelne Aufzeichnung nur jedem einzelnen Kunden zugänglich ist (...). 71

Es kommt nicht darauf an, ob die Kunden, die die Vervielfältigung einer bestimmten Sendung aus dem Programm der Klägerin bestellt und erhalten haben, in ihrer Gesamtheit eine Öffentlichkeit im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG bilden. Auf die Gesamtheit dieser Kunden kann nicht abgestellt werden. Das in § 19a UrhG geregelte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung bezieht sich auf die Bereithaltung eines Werkes zum Abruf durch Mitglieder der Öffentlichkeit von Orten und Zeiten ihrer Wahl (...). Daher kann in dem an jedermann gerichteten Angebot zur Aufzeichnung und zum Abruf künftig ausgestrahlter und gespeicherter Sendungen kein öffentliches Zugänglichmachen gesehen werden, weil sich das betreffende Werk zur Zeit des Angebots nicht in der Zugriffssphäre des Vorhaltenden befindet (...). Auch soweit die Beklagte zu 1 Sendungen der Klägerin unmittelbar an die „Persönlichen Videorecorder“ einzelner Kunden weiterleitet, hält sie diese nicht in ihrer Zugriffssphäre zum Abruf für eine Öffentlichkeit bereit (...).

Diese Argumentation ist ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragbar. Auch die Beklagte macht die Musiktitel jeweils nur den einzelnen Kunden zugänglich und hält sie nicht in ihrer Zugriffssphäre für eine Öffentlichkeit zum Abruf bereit; auf die Gesamtheit der Kunden ist nicht abzustellen (s. auch BGH Urteil vom 11.04.2013, I ZR 152/11 - Internet-Videorecorder II, juris, Tz. 22; v. Ungern-Sternberg in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl., § 19a Rn. 94).

Aus den von der Klägerin angeführten Entscheidungen des EuGH (Urteil vom 31.05.2016, C-117/15 - Reha Training, juris, Tz. 40; Urteil vom 29.11.2017, C-265/16 – VCAS, juris, Tz. 45) folgt nichts anderes. Die den Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte sind mit dem vorliegenden nicht vergleichbar: VCAST verwendete eine zentrale Speicherung, auf die für die Kundenanfragen zurückgegriffen wurde (s.o.). In den Räumen der Reha Training konnten sich Patienten über dort installierte Fernsehgeräte Fernsehsendungen ansehen (s. Urteil vom 31.05.2016, C-117/15, Rn. 12). Beides stellt unproblematisch eine „öffentliche“ Zugänglichmachung dar.

Für die von der Klägerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18.12.2020 angeregte EuGH-Vorlage besteht auch bezüglich der Auslegung des § 19a UrhG keine Veranlassung.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision wegen der mit der Sache aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen und im Interesse der Rechtsvereinheitlichung durch Entwicklung höchstrichterlicher Leitlinien zugelassen, § 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO.

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 100.000,00 €.