



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

§ 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16, § 53 Abs. 1, § 85, § 97 UrhG

Leitsatz:

Der Nutzer eines Internetmusikdienstes, der durch Setzen eines Titels in eine Wunschliste einen automatisierten Prozess in Gang setzt, bei dem zunächst durch Überwachen von zahlreichen Webradios eine Kopiervorlage ermittelt und sodann eine Kopie des Wunschtitels erstellt wird, ist nicht als Hersteller der Kopie gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG anzusehen.

OLG München, Urteil vom 22. November 2018 – 29 U 3619/17

- *musicmonster* -

Aktenzeichen: **29 U 3619/17**
7 O 9061/17 Landgericht München I

Verkündet am 22.11.2018
Die Urkundsbeamtin:

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

S.
- Klägerin und Berufungsbeklagte -

gegen

1) D.-

2) H.,

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Müller sowie Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht Cassardt und Richterin am Oberlandesgericht Dr. Holzinger auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 22.11.2018

für Recht erkannt:

- I. Die Berufungen der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 21.09.2017 werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass das Wort „Geschäftsführer“ in Ziffer I. des Tenors durch „Vorstand“ ersetzt wird.
- II. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Beklagten als Gesamtschuldner 6/60 zu tragen. Darüber hinaus hat die Beklagte zu 1) 35/60 und der Beklagte zu 2) 19/60 der Kosten zu tragen.
- III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte zu 1) kann die Vollstreckung aus Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 26.667,00 € und der Beklagte zu 2) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 13.334,00 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Hinsichtlich Ziffer II. des landgerichtlichen Tenors können beide Beklagte jeweils die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 2.500,00 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Im Übrigen können die Beklagten jeweils die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des zu vollstreckenden Betrags leistet.
- IV. Die Revision zum Bundesgerichtshof wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagten Unterlassungs-, Auskunfts-, Schadensersatzfeststellungs- und Kostenerstattungsansprüche wegen der Vervielfältigung der Titel des Albums „Immer noch Mensch“ des Künstlers Tim Bendzko im Rahmen des Musikdienstes *musicmonster.fm* geltend.

Die Klägerin ist ein internationaler Musikkonzern. Ihr stehen die ausschließlichen Nutzungsrechte an den Tonaufnahmen des Künstlers Tim Bendzko zu, die auf dem Musikalbum mit dem Titel „Immer noch Mensch“ enthalten sind.

Die Beklagte zu 1) betreibt unter www.musicmonster.fm einen Internetdienst, bei dem registrierte Kunden Musikwünsche hinterlegen können. Der Beklagte zu 2) ist seit 2009 Vorstand der Beklagten zu 1).

Die Beklagte zu 1), vertreten durch den Beklagten zu 2), hat am 26.07.2010 mit der Z., die nunmehr als E. firmiert, einen Kooperationsvertrag geschlossen. Hinsichtlich dessen Inhalts wird auf Anlage BB1 Bezug genommen.

Laut dem Internetauftritt der Beklagten zu 1) ist die Nutzung ihres Dienstes bis zu 14 Tage kostenlos möglich. Volumenunabhängige Nutzungstarife sind ab 7,90 € pro Monat verfügbar.

Am 25.04.2017 hat D. K. ein Nutzerkonto bei der Beklagten zu 1) erstellt und die elf Musiktitel des Musikalbums „Immer noch Mensch“ des Künstlers Tim Bendzko ausgewählt. Er hat dabei eine sich am Inhalt des Albums anlehrende Auswahlliste verwendet. Am 28.04.2017 standen alle ausgewählten Titel zum Download zur Verfügung. Alle Aufnahmen waren vollständig und wiesen keine Unterbrechungen durch Moderation, Werbung, Nachrichten oder ähnliches auf. Sie haben eine Qualität von 192 kBit/s.

Die Klägerin hat die Beklagten mit Schreiben vom 28.04.2017 (Anlage K 6) wegen unerlaubter Vervielfältigung der Musikaufnahmen, die auf dem Album „Immer noch Mensch“ enthalten sind, abgemahnt und hierfür Kosten in Höhe von 1.531,90 € geltend gemacht.

Die Beklagte zu 1) stellt ihren Dienst auf ihrer Webseite wie folgt dar:



Zur technischen Funktionsweise ihres Dienstes tragen die Beklagten vor, Musiktitel, die von ihren Kunden in deren Wunschliste eingetragen werden, würden anschließend mittels einer vollautomatisiert ablaufenden Software in den Sendungen von etwa 400 Internetradios gesucht und, soweit sie gefunden werden, mitgeschnitten und auf einem cloud-basierten individuellen Speicherplatz des Kunden abgelegt, wo dieser auf die erstellte Vervielfältigung zugreifen und diese auf seinen Computer herunterladen könne. Die von der Firma Z. bereitgestellte Suchmaschinenteknik „lausche“ ständig an zahlreichen Radio-Streams. Es handele sich um eine leistungsfähige Suchtechnik, um die Musikwünsche der Nutzer in den überwachten Webradios zu ermitteln. Werde ein Titel erkannt, so werde ein Link an die Aufnahmesoftware der Fa. S. übermittelt. Dem Nutzer werde von der Firma S. jeweils ein Speicherbereich auf einem Online-speicher und eine darin installierte Aufnahmesoftware ohne weitere Kosten zur Verfügung gestellt.

Die Klägerin begehrt eine Entscheidung auf der Grundlage des Beklagtenvorbringens zur technischen Funktionsweise des Dienstes.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass sich die Beklagte zu 1) nicht darauf berufen könne, das Speichern der Musikdateien sei von der Privilegierung des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG gedeckt. Herstellerin der gespeicherten Datei sei nicht der Nutzer des Musikdienstes *musicmonster.fm*, sondern die Beklagte zu 1). Die Grundsätze der BGH-Entscheidungen zu Online-Videorecordern seien auf die Beklagte zu 1) nicht anzuwenden, denn die Auswahl, wo konkret aufgenommen werde, träfen nicht der Nutzer, sondern die Beklagten.

Die Beklagten sind der Auffassung, Hersteller der Kopien seien die Nutzer des Internetdienstes *musicmonster.fm*. Sie würden mit der Auswahl eines Wunschtitels einen rein technischen Vorgang auslösen, der dann zu der Speicherung des Titels führe. Eine Haftung der Beklagten scheide auch deshalb aus, weil nicht sie, sondern die Firmen Z. und S. den Dienst betrieben. Die Beklagte zu 1) vermittele lediglich den Kunden den Zugriff auf diesen Dienst.

Eine Haftung des Beklagten zu 2) komme auch nicht in Betracht, weil es sich bei der Frage der Einschätzung als Privatkopie um eine komplizierte juristische Wertung handle, die er als Nichtjurist nicht abschließend beurteilen könne. Er habe aufgrund der Gutachten der Rechtsanwälte D. & Kollegen vom 22.10.2010 (Anlage Nr. 16) und der Anwälte T. & Partner vom 27.01.2010 (Anlage Nr. 15), den zahlreichen Artikeln zur Rechtmäßigkeit der Aufnahmen sowie des rechtskräftigen Urteils des Kammergerichts vom 28.03.2012 (Az. 24 U 20/11), das zum ursprünglich von der Beklagten zu 1) betriebenen Client-System ergangen sei, überhaupt keine Veranlassung gehabt, an der rechtlichen Zulässigkeit des Vorgehens zu zweifeln. Es liege daher zumindest ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor.

Das Landgericht hat der Klage durch Urteil vom 21.09.2017, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, vollumfänglich stattgegeben und wie folgt erkannt:

- I. Die Beklagten werden unter Androhung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 Euro für jeden Fall der Zuwiderhandlung, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, hinsichtlich der Beklagten zu 1) zu vollziehen am Geschäftsführer, verurteilt,

es zu unterlassen, die Tonaufnahmen

„Hinter dem Meer“
„Keine Maschine“
„Leichtsinn“
„Warum ich Lieder singe“
„Nicht das Ende“
„Wie wir sind“
„Immer noch Mensch“
„Sternstaub“
„Reparieren“
„Winter“
„Beste Version“

des Musikalbums „Immer noch Mensch“ des Künstlers Tim Bendzko zu vervielfältigen, wenn dies geschieht wie im Zeitraum zwischen dem 25.04.2017 und 28.04.2017 festgestellt und über die Internetseite www.musicmonster.fm geschehen (Anlage K 4 (Seite 1,2,3,4,)).

- II. Die Beklagten werden verurteilt, der Klägerin Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen, wie häufig die unter Ziffer I aufgeführten Tonaufnahmen über das Internet von Nutzern des Dienstes [musicmonster.fm](http://www.musicmonster.fm) gewünscht, im Rahmen des Geschäftsmodells vervielfältigt und von Nutzern des Dienstes [musicmonster.fm](http://www.musicmonster.fm) abgerufen worden sind.
- III. Die Beklagten werden verurteilt, an die Klägerin folgende Beträge zu zahlen:
- die Beklagte zu 1) 1.021,27 Euro
 - die Beklagte zu 2) 510,63 Euro
- jeweils zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 04.07.2017.
- IV. Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1. und 2. gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin sämtlichen durch die unerlaubte Vervielfältigung der unter Ziffer I. aufgeführten Tonaufnahmen entstandenen Schaden zu ersetzen.
- V. [Kosten]
- VI. [vorläufige Vollstreckbarkeit]
- VII. [Streitwert]

Die im Tenor des landgerichtlichen Urteils in Bezug genommenen Seiten 1-4 der Anlage K 4 entsprechen nachfolgenden Einlichtungen:

Anzeige

Das: Bearbeiten Ansicht Chronik Lesezeichen Extras Hilfe

MusikMonster.FM - 2451u... X +

11/290 Songs Mitgliederbereich von Martin Schneider Logout

HOME CHARIS SAMPLER GENRE ALBUM HISTORIE Wunschscheife

Neueste Alben

20.04.2017 10:45:41

Strange Attractor - Alphanale	Cara Mia - Andy Borg
As The Stages Burn! (Live at Wacken 2016) - Arch Enemy	Golden Days - Brian May & Kerry Ellis
Das Blut so laut - City	Infinite - Deep Purple
Binge & Purgatory - Deez Nuts	Silent Light - Dominic Miller
Bonnie & Clyde - Fantasy	Pure Comedy - Father John Misty
The Far Field - Future Islands	Schön ist die Welt - Jay Alexander & Adrian Warum & Orchester der Kulturen
Emotionen - Joel Brandenstein	The Search for Everything - John Mayer

Suchen 25 Treffer pro Seite

Artist Titel Suchen

HOME MEINE DATEN MEINE DATEN WUNSCHLISTE fertige Songs

Wunschliste fertige Songs

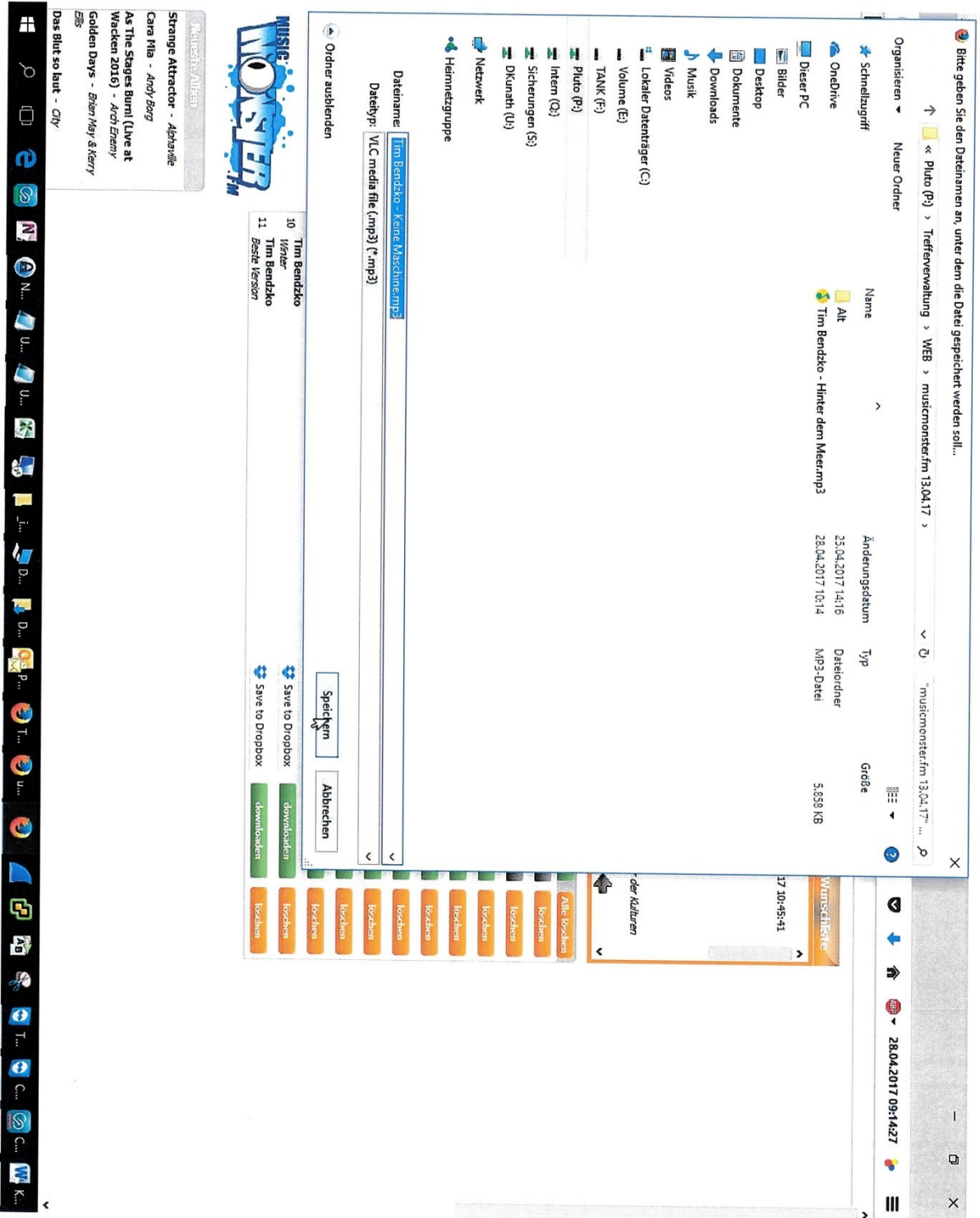
1	Tim Bendzko	Hilfer dem Meer	Alle downloaden	Alle hochladen
2	Tim Bendzko	Keine Maschine	Save to Dropbox	hochladen
3	Tim Bendzko	Leichtschon	Save to Dropbox	hochladen
4	Tim Bendzko	Warum ich Lecker esse	Save to Dropbox	hochladen
5	Tim Bendzko	Nacht das Ende	Save to Dropbox	hochladen
6	Tim Bendzko	Wie wir sind	Save to Dropbox	hochladen
7	Tim Bendzko	Immer noch Mensch	Save to Dropbox	hochladen
8	Tim Bendzko	Sternenstaub	Save to Dropbox	hochladen
9	Tim Bendzko	Reparieren	Save to Dropbox	hochladen
10	Tim Bendzko	Werter	Save to Dropbox	hochladen
11	Tim Bendzko	Beste Version	Save to Dropbox	hochladen

Wunschscheife

Strange Attractor - Alphanale
Cara Mia - Andy Borg
As The Stages Burn! (Live at Wacken 2016) - Arch Enemy
Golden Days - Brian May & Kerry Ellis
Das Blut so laut - City

The screenshot shows a web browser window displaying a music website. The browser's address bar shows the URL: <https://www.musicmonster.fm/26/rmj/0e/rmj/seo/rmcontent/7/savedsongs.htm>. The page title is "MusicMonster.FM - 24Stu...". The website has a navigation menu with options: HOME, CHARTS, SAMPLER, GENRE, ALBUM, HISTORY, and Wunschliste. A "Logout" button is also visible. The main content area is titled "Neueste Alben" and lists several albums, including "Strange Attractor - Alphanille", "As The Stages Burnt (Live at Wacken 2016) - Arch Enemy", "Das Blut so laut - City", "Binge & Purgatory - Deez Nuts", "Bonnie & Clyde - Fantasy", "The Far Field - Future Islands", and "Emotionen - Joel Brandenstein". A "Wunschliste" (Wishlist) is also visible, listing items like "Tim Bendzko - Hinter dem Meermp3", "Hinter dem Meer", "Keine Maschine", "Liebster", "Tim Bendzko", "Warum ich Lecker", "Tim Bendzko", "Nicht das Ende", "Tim Bendzko", "Wie wir sind", "Tim Bendzko", "Zimmer noch Mens", "Tim Bendzko", "Sternstaub", "Tim Bendzko", "Reparieren", "Tim Bendzko", "Wörter", "Tim Bendzko", and "Beste Version". A dialog box is open in the foreground, asking "Offnen von Tim Bendzko - Hinter dem Meermp3". It provides details: "Sie möchten folgende Datei öffnen:", "Tim Bendzko - Hinter dem Meermp3", "Vom Typ: VLC media file (mp3) (5.7 MB)", and "Von: http://80.82.216.246". Below this, it asks "Wie soll Firefox mit dieser Datei verfahren?" and offers two options: "Öffnen mit OGMusic (Standard)" and "Datei speichern". There is a checkbox for "Für Dateien dieses Typs immer diese Aktion ausführen". At the bottom of the dialog are "OK" and "Abbrechen" buttons. The background of the dialog shows a list of items with "Alle herunterladen" and "Alle löschen" buttons.

The screenshot shows a web browser window displaying a music website. The browser's address bar shows the URL: <https://www.musicmonster.fm/2s5u...>. The website header includes navigation links like 'HOME', 'GENRES', 'SAMPLER', 'GEMIS', 'ALBEN', and 'HISTORIK'. A search bar is visible with the text 'Suchen'. The main content area features a 'Neueste Alben' (Newest Albums) section with a list of albums including 'Strange Attractor - Alphaside', 'As The Stages Burnt (Live at Wacken 2016) - Arch Enemy', and 'Das Blut so laut - City'. A 'Wunschliste' (Wish List) is also visible, listing tracks by 'Tim Bendzko'. A dialog box is open in the foreground, asking 'Sie möchten folgende Datei öffnen:' (Do you want to open the following file?). The file is 'Tim Bendzko - Keine Maschine.mp3' (4.5 MB) with a URL 'http://80.82.216.246'. The dialog offers options to 'Öffnen mit CQMUSIC (Standard)' or 'Datei speichern' (Save file). The website's footer shows the date '20.04.2017 10:45:41'.



Gegen das landgerichtliche Urteil wenden sich unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags die Beklagten mit ihren Berufungen. Sie beantragen:

Das Urteil des Landgerichts München I vom 21.09.2017 - Az. 7 O 9061 / 17 wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 22.11.2018 Bezug genommen.

II.

Die Berufungen der Beklagten sind zulässig, aber nicht begründet. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche zu.

1. Entgegen den Ausführungen der dem Verfahren nicht beigetretenen Streitverkündeten E. liegt ein Verstoß gegen § 315 Abs. 1 Satz 1 ZPO hinsichtlich des landgerichtlichen Urteils nicht vor. Wie von Amts wegen zu überprüfen war, wurde das Urteil vom 21.09.2017 von Richter am Landgericht S. und den Richterinnen am Landgericht H. und Dr. K. unterschrieben, somit dem Richter und den Richterinnen, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben.

2. Der Unterlassungsantrag ist zulässig und begründet.

a) Der Unterlassungsantrag in der Fassung gemäß Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils, den sich die Klägerin durch ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung zu Eigen gemacht hat, ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Hinsichtlich des Verbots der Vervielfältigungen wird auf die Website des Dienstes der Beklagten zu 1) während eines bestimmten Zeitraumes, über den die Vervielfältigungen vorgenommen wurden, Bezug genommen. Jedenfalls da die Parteien sich darüber einig sind, welche Funktionsweise des

Dienstes der Beurteilung zugrunde gelegt werden soll – die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 22.11.2018 ausdrücklich klargestellt, dass die Entscheidung auf der Grundlage des Beklagtenvortrags zur technischen Funktionsweise des Dienstes erfolgen soll - ist eine Aufnahme der technischen Funktionsweise des Dienstes in den Antrag zur hinreichenden Bestimmtheit nicht erforderlich (vgl. *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, 37. Aufl. § 12 Rn. 2.38). Zudem hat auch der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen *Internet-Videorecorder* (GRUR 2009, 845) und *Internet-Videorecorder II* (GRUR 2013, 618) und auch in seinen Urteilen vom 22.09.2009, Az. I ZR 175/07 (juris) und vom 11.04.2013, Az. I ZR 151/11 (juris) die hinreichende Bestimmtheit der Anträge nicht in Frage gestellt, obwohl in den dortigen Anträgen lediglich auf die Angebote unter www.shift.tv bzw. www.save.tv Bezug genommen wurde, ohne dass die Funktionsweise der Angebote in den Anträgen dargestellt war und dies, obwohl die Funktionsweise der Dienste in den dortigen Entscheidungen streitig geblieben ist.

b) Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist gemäß § 97 Abs. 1, § 85, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG gegen die Beklagte zu 1) begründet.

aa) Die Klägerin ist als Inhaberin der Tonträgerherstellerrechte an den Aufnahmen des Künstlers Tim Bendzko auf dem Album „Immer noch Mensch“ gemäß § 85 UrhG aktivlegitimiert.

bb) Die Tonaufnahmen sind durch die Speicherung auf dem nutzerindividuellen Speicherplatz des Zeugen D. K. vervielfältigt worden (§ 16 Abs. 1 UrhG). Ein Einverständnis der Klägerin mit der Erstellung dieser Vervielfältigungen liegt nicht vor.

cc) Die Beklagte zu 1) ist im Hinblick auf diese Vervielfältigungen Täterin. Sie stellen Vervielfältigungen durch die Beklagte zu 1) dar.

Dem steht nicht entgegen, dass die Vervielfältigungen nach dem maßgeblichen Vortrag der Beklagten das Ergebnis eines vollautomatisierten technischen Prozesses sind, der allein durch den Kunden durch Setzen der Songs in die Wunschliste ausgelöst wird. Zwar kommt es für die Frage, wer Hersteller einer Vervielfältigung ist, zunächst allein auf eine technische Betrachtung an, da die Vervielfältigung als körperliche Festlegung eines Werkes ein rein technischmechanischer Vorgang ist und Hersteller der Vervielfältigung derjenige ist, der diese körperliche Festlegung technisch bewerkstelligt, wobei es ohne Bedeutung ist, ob er sich dabei technischer Hilfsmittel bedient, selbst wenn diese von Dritten zur Verfügung gestellt werden (BGH GRUR

2009, 845 Tz. 16 – *Internet-Videorecorder* m.w.N.). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Vervielfältigung nicht gleichwohl demjenigen zuzurechnen ist, der die technischen Hilfsmittel für die Herstellung zur Verfügung stellt. So wird die Herstellung einer zentralen Kopiervorlage („Masterkopie“), die der Herstellung von kundenindividuellen Vervielfältigungen auf kundenindividuellen Speicherplätzen dient, demjenigen zugerechnet, der die technischen Hilfsmittel für die Vervielfältigung zur Verfügung stellt, obwohl es auch bei der Erstellung einer Masterkopie der Nutzer ist, der die körperliche Festlegung technisch bewerkstelligt (vgl. BGH, Urteil vom 11.04.2013, Az. I ZR 151/11, juris, dort Tz. 18). Die Vervielfältigungen sind somit nicht schon allein deshalb der Beklagten zu 1) nicht zuzurechnen, weil es der Nutzer ist, der den technischen vollautomatisierten Prozess, der letztlich zur Vervielfältigung führt, in Gang setzt.

Zwar sind die Aspekte, die im Falle der Erstellung einer „Masterkopie“ dazu führen, dass dem Nutzer die Herstellung der Kopie nicht zuzurechnen ist, nämlich dass dieser nur an die Stelle des Vervielfältigungsgeräts tritt und als notwendiges Werkzeug eines anderen, nämlich des Dienstbetreibers tätig wird (vgl. BGH GRUR 2009, 845 Tz. 17 – *Internet-Videorecorder*), hier nicht maßgeblich und die Vervielfältigungsstücke werden auch anders als im Falle einer Masterkopie für den eigenen Gebrauch des Nutzers und nicht für den Diensteanbieter hergestellt (vgl. BGH a.a.O. Tz. 18 – *Internet-Videorecorder*). Vorliegend ist es jedoch nicht gerechtfertigt, den Nutzer als Hersteller der Kopien anzusehen, nur weil er einen automatisiert ablaufenden Prozess, der letztlich zur Vervielfältigung führt, in Gang setzt. Dies deshalb, weil der Nutzer den von der Beklagten angebotenen Dienst nicht nutzt, um zu einem bestimmten Zeitpunkt von einer bestimmten Kopiervorlage eine Vervielfältigung herzustellen, sondern der Nutzer dem Dienst der Beklagten zu 1) durch Aufnahme eines Titels in die Wunschliste vielmehr quasi nur einen dann automatisiert durchgeführten Auftrag erteilt, eine Kopie von einem bestimmten Werk anzufertigen, ohne den Zeitpunkt der Anfertigung oder die Kopiervorlage zu bestimmen. Es bleibt völlig der Beklagten zu 1) überlassen, durch Überwachen welcher Webradios in welcher Art und Weise sie eine Kopiervorlage ermittelt und den Kundenwunsch erfüllt. Die Nutzer bedienen sich des Dienstes der Beklagten zu 1) nicht nur für die Fertigung der Kopie als solcher, sondern auch und gerade für das vorgelagerte Heraussuchen der Kopiervorlage. Da den Nutzern die Kenntnis fehlt, welches Webradio wann welche Titel spielt, macht gerade diese dem eigentlichen Kopiervorgang vorgelagerte Rechercheleistung den von der Beklagten angebotenen Dienst für die Nutzer attraktiv. Auch wenn diese vom Dienst der Beklagten miterbrachte Rechercheleistung für sich genommen urheberrechtlich nicht relevant ist, ist sie gleichwohl für die Beurteilung, ob eine gemäß § 53 Abs. 1 UrhG privilegierte Privatkopie des Nutzers vor-

liegt, von Bedeutung (vgl. BGH GRUR 1997, 459, 463 – *CB-infobank I*). Die vom Dienst der Beklagten zu 1) miterbrachte, dem eigentlichen Kopiervorgang hier zwingend vorgeschaltete Rechercheleistung geht über das hinaus, was in § 53 Abs. 1 UrhG privilegiert werden sollte, nämlich allein die Herstellung einer Privatkopie durch den Nutzer oder durch einen von diesem beauftragten Dritten auch unter Verwendung technischer Hilfsmittel. Bei der Auslegung des § 53 Abs. 1 UrhG ist zu berücksichtigen, dass Ausnahmen und Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden dürfen, in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstandes nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden (vgl. Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG; EuGH MMR 2018, 80 Tz. 31 – *VCAST Limited/RTI SpA*). Die vom Grundsatz des Vervielfältigungsrechts des Rechteinhabers abweichende Vorschrift des § 53 Abs. 1 UrhG ist eng auszulegen (vgl. EuGH a.a.O. Tz. 31 - *VCAST Limited/RTI SpA*). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es nicht gerechtfertigt, die Vervielfältigung vorliegend dem Nutzer zuzurechnen, diesen als „Hersteller“ anzusehen, nur weil die Vervielfältigung das Ergebnis eines von diesem in Gang gesetzten automatisierten Prozesses ist. Der Dienst der Beklagten erweitert und erleichtert die Möglichkeiten des Nutzers beträchtlich, sich aus allgemein zugänglichen Quellen, nämlich den Webradios, durch die Anfertigung von Vervielfältigungen eine Sammlung der gewünschten Songs zuzulegen, ohne hierfür an die Rechteinhaber ein Entgelt zu leisten. Da die hierfür maßgebliche Leistung, nämlich das Auffinden einer Kopiervorlage, nicht durch den Nutzer, sondern den Dienst der Beklagten erbracht und kontrolliert wird, hat er auch keine Kontrolle hinsichtlich des sich anschließenden Kopiervorgangs, denn dieser schließt sich automatisiert an den nicht vom Nutzer kontrollierten Vorgang des Auffindens der Kopiervorlage an, so dass die am Ende des automatisierten Prozesses stehende Vervielfältigung der Beklagten zu 1) und nicht dem Nutzer zuzurechnen ist.

Entgegen der Auffassung der Beklagten (vgl. insbesondere das von der Beklagten zu 1) erholte Rechtsgutachten von Professor Dr. P., Anlage BB 2) ergibt sich aus der Entscheidung *Kopienversanddienst* des Bundesgerichtshofs (NJW 1999, 1953) nicht, dass eine dem eigentlichen Kopiervorgang vorgelagerte Recherche der Kopiervorlage für die Frage, ob es sich um eine nach § 53 Abs. 1 UrhG privilegierte Privatkopie handelt, irrelevant wäre. Dass es bei einem einer öffentlichen Bibliothek erteilten Kopierauftrag hinsichtlich der Privilegierung keine Rolle spielt, dass der Bibliothek nicht vorgegeben wird, von welcher Vorlage - wenn etwa mehrere Exemplare einer Zeitschrift, in der das Werk abgedruckt ist, vorhanden sind - die Kopie gezogen wird und nicht mitgeteilt wird, wo – etwa in welchem Regal der Bibliothek – sich ein

Werksexemplar, das als Kopiervorlage genommen werden kann, befindet, hat mit der hier vorgelagerten komplexen vollautomatisierten Recherche einer Kopiervorlage durch „Belauschen“ hunderter Webradios, die gerade die besondere vom Nutzer in Anspruch genommene Leistung darstellt, nichts zu tun.

dd) Einer Täterschaft der Beklagten zu 1) steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte zu 1) die angebotenen Leistungen nicht selbst, sondern durch die Subunternehmen Z. und S. erbringen lässt. Die Beklagte zu 1) tritt als Anbieter des Dienstes *musicmonster.fm* am Markt auf. Es handelt sich um ein eigenes Angebot der Beklagten zu 1), die die notwendigen Implementierungen auf ihrer Website *www.musicmonster.fm* vorgenommen hat (vgl. Ziffer 2. (5) des Kooperationsvertrags, Anlage BB1), damit mittels der von der Z. bereitgestellten Software die Webradios „belauscht“ und die aufzuzeichnenden Songs aufgefunden werden. Dass die notwendige Software nicht von der Beklagten zu 1), sondern ihrem Kooperationspartner Z., jetzt E., entwickelt wurde, ist unerheblich. Ebenso kommt es nicht darauf an, dass die Aufnahmesoftware und der Speicherplatz nicht von ihr selbst, sondern von der Firma S. bereitgestellt werden. Es handelt sich um ein einheitliches Angebot der Beklagten zu 1), die die angebotenen Leistungen dann im bewussten und gewollten Zusammenwirken, also mittäterschaftlich mit ihren Kooperationspartnern erbringt. Die Auffassung der Beklagten zu 1), das Verfahren sei im Hinblick auf das beim OLG Hamburg anhängige Berufungsverfahren Az. 5 U 18/17 auszusetzen, weil, wenn das OLG Hamburg die Verurteilung der Firmen Z. M. und S. UG (vgl. Urteil des LG Hamburg vom 06.12.2016, Az. 310 O 379/14, Anlage K 10) bestätige, feststehe, dass sie nicht Täterin sein könne, ist unzutreffend. Zum einen, weil im am OLG Hamburg anhängigen Fall nicht ein Angebot der Beklagten zu 1), sondern der Z. M. GmbH streitgegenständlich ist, und zum anderen, weil eine Täterschaft der Kooperationspartner gerade für und nicht gegen eine mittäterschaftliche Haftung der Beklagten zu 1) im streitgegenständlichen Fall spricht.

c) Der Unterlassungsanspruch besteht nicht nur gegen die Beklagte zu 1), sondern auch gegen den Beklagten zu 2) als Vorstand der Beklagten zu 1). Die Frage, ob sich jemand als Täter oder Teilnehmer in einer die zivilrechtliche Haftung begründenden Weise an der deliktischen Handlung eines Dritten beteiligt hat, beurteilt sich nach den im Strafrecht entwickelten Rechtsgrundsätzen. Eine persönliche Haftung des Geschäftsführers für deliktische Handlungen der von ihm vertretenen Gesellschaft besteht danach nur, wenn er daran entweder durch positives Tun beteiligt war oder wenn er sie auf Grund einer nach allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts begründeten Garantienstellung hätte verhindern müssen (BGH GRUR 2015, 672 Tz. 80 – Video-

spiel-Konsolen II; BGH GRUR 2014, 883 Tz. 13 – *Geschäftsführerhaftung*). Für die Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft gilt nichts anderes. Grundlage des Geschäftsmodells der Beklagten zu 1) ist der mit der Firma Z. abgeschlossene Kooperationsvertrag vom 26.07.2010 (Anlage BB1). Die Beklagten selbst erklären die Funktionsweise ihres Dienstes anhand der im Kooperationsvertrag getroffenen Regelungen. Da der Beklagte zu 2) diesen Kooperationsvertrag für die Beklagte zu 1) abgeschlossen hat, beruht die Funktionsweise des Dienstes der Beklagten zu 1) unmittelbar auf dem Handeln des Beklagten zu 2).

3. a) Der Schadensersatzanspruch, dessen Feststellung beantragt ist, ergibt sich aus § 97 Abs. 2 UrhG. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Schadensersatzfeststellungsantrag weder zu unbestimmt, noch geht er zu weit. Auch Klageanträge sind der Auslegung zugänglich (vgl. *Greger* in *Zöller*, ZPO, 32. Aufl. § 253 Rn. 12 m.w.N.). Entscheidend ist der objektive, dem Empfänger vernünftigerweise erkennbare Sinn (*Greger* in *Zöller* a.a.O. Vor § 128 Rn. 25). Der objektive, vernünftigerweise erkennbare Sinn der begehrten Schadensersatzfeststellung beschränkt sich darauf, dass die Klägerin die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten für die ihnen gemäß Ziffer I. verbotenen Vervielfältigungen begehrt.

b) Der Auskunftsanspruch besteht gemäß § 242 BGB als unselbständiger Hilfsanspruch zur Bezifferung des Schadens.

c) Das sowohl für den Schadensersatz- als auch für den Auskunftsanspruch notwendige Verschulden der Beklagten ist gegeben.

Die Beklagten handelten zumindest fahrlässig. Der Beklagte zu 2), dessen Verschulden der Beklagten zu 1) gemäß § 31 BGB zuzurechnen ist, kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, es habe seinerseits ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorgelegen. Das Verschulden der Beklagten ergibt sich daraus, dass sie sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt haben, in dem sie eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit ihres Verhaltens in Betracht ziehen mussten (vgl. BGH GRUR 2010, 623 Tz. 32 - *Restwertbörse*). Dass sie sich mit dem Dienst *musicmonster.fm* in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt haben, ist offensichtlich. Die Beklagten bieten ihren Kunden gegen Entgelt an, diesen Aufnahmen von den von ihnen gewünschten Musiktiteln zu besorgen. Hierfür benötigten die Beklagten grundsätzlich Vervielfältigungsrechte bezüglich der Musikwerke, über die sie jedoch nicht verfügen. Dieses Problem versuchen die Beklagten dadurch zu

lösen, dass sie den Dienst technisch so ausgestalten, dass in Betracht kommt, die Vervielfältigungen als Privatkopien ihrer Nutzer anzusehen. Dass dadurch die Grenzen der zulässigen Privatkopie berührt und möglicherweise auch überschritten werden, liegt auf der Hand.

Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Dienstes der Beklagten liegt nicht vor. Auch das rechtskräftige Urteil des Kammergerichts vom 28.03.2012 (Az. 24 U 20/11, juris) ist nicht zum Dienst der Beklagten in der nunmehr betriebenen Form ergangen. Gegenstand des Urteils des Kammergerichts war vielmehr die Beurteilung eines Musikdienstes, bei dem auf die Endgeräte der Nutzer eine Client-Software aufgespielt wurde und die Speicherung der Songs nicht in einer Cloud, sondern nur auf den Endgeräten der Nutzer erfolgte. Dass die im Rahmen dieses Dienstes erfolgten Vervielfältigungen als zulässige Privatkopien angesehen wurden, rechtfertigt kein Vertrauen dahingehend, dass dies bei der hier vorliegenden Gestaltung des Dienstes genauso zu sehen ist. Ebenso wenig durften die Beklagten aus Presseveröffentlichungen aus dem Jahr 2008 (Anlage B 3), in denen die genaue Funktionsweise der Dienste gar nicht dargestellt wurde, darauf schließen, dass die Vervielfältigung der Musiktitel im Rahmen des hier streitgegenständlichen Dienstes urheberrechtlich unbedenklich ist.

Auch die vorgelegten von der Firma Z. erhalten rechtsanwaltlichen Stellungnahmen (Anlage Nr. 15 und 16 zum Schriftsatz des Beklagten zu 2) vom 02.11.2018) zur urheberrechtlichen Zulässigkeit rechtfertigen nicht, einen etwaigen Verbotsirrtum als unvermeidbar anzusehen. Vielmehr ergibt sich aus der rechtlichen Bewertung der Rechtsanwälte T. & Partner vom 27.01.2010 (Anlage Nr. 15) gerade nicht die urheberrechtliche Unbedenklichkeit des Dienstes. Zwar werden die Vervielfältigungen in dem Gutachten im Ergebnis als urheberrechtlich zulässig angesehen. Dass diese Beurteilung nicht zwingend ist, geht aus der Stellungnahme jedoch deutlich hervor. So wird im Fazit (S. 10 der Anlage Nr. 15) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die aufgeworfenen Fragestellungen, insbesondere wie „intelligent“ eine Aufnahmesoftware und ein Vermittlungsdienst sein dürfen, in dieser Form in der Rechtsprechung noch nicht beurteilt worden sind. Im Hinblick auf die Problematik, dass die Kopiervorlage nicht vom Nutzer bestimmt wird, ist in der Stellungnahme (S. 9/10) ausdrücklich ausgeführt:

„Lediglich die Frage der Auswahl der Kopiervorlage ist an dieser Stelle noch offen. Denn dies ist tatsächlich der einzige Vorgang, der vom Nutzer selbst nicht beeinflussbar ist. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Z. lediglich redaktionelle Tätigkeiten vornimmt und die Verbindung der User mit dem Internetradio durch die jeweiligen Partnerunternehmen durchgeführt wird.

Daher erscheint es uns ohne weiteres möglich, im Rahmen einer Gesamtwürdigung diesen Umstand soweit nach hinten treten zu lassen, sodass die übrigen Aspekte, nämlich die Verfügungsgewalt über das Aufnahmegerät selbst soweit in den Vordergrund rücken zu lassen, dass Z. damit nicht als Hersteller der jeweiligen Kopie angesehen wird.

...“

Auch nach der Stellungnahme der Rechtsanwälte wird es daher lediglich als möglich, keineswegs aber als zwingend dargestellt, dass Z. nicht als Hersteller der Kopien angesehen wird. Da die Beklagte zu 1) sich von der Z. ausdrücklich hat bestätigen lassen, dass aufgrund der Nutzung in Form einer White-Label-Lösung alle Entscheidungen zur urheberrechtlichen Rechtmäßigkeit des Z.-Dienstes, in Bezug auf die Aufnahmetechnologie, in Gänze auch auf www.musicmonster.fm anwendbar sind (Anlage Nr. 17 zum Schriftsatz des Beklagten zu 2) vom 02.11.2018), wurde den Beklagten somit durch die Stellungnahme der Rechtsanwälte T. & Partner (Anlage Nr. 15) sogar vor Augen geführt, dass auch eine andere rechtliche Beurteilung des Dienstes in Betracht zu ziehen ist.

4. Der Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Kosten ergibt sich aus § 97a Abs. 3 UrhG. Die Klägerin hat durch ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten beide Beklagten abmahnen lassen (Anlage K 6). Dadurch sind gesetzliche Gebühren in der geltend gemachten Höhe (1,3 Geschäftsgebühr aus einem Gegenstandswert von 50.000,00 € zzgl. 20,00 € Auslagenpauschale) entstanden, die nach der Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 22.11.2018 auch gegenüber der Klägerin abgerechnet wurden. Falls eine Zahlung noch nicht erfolgt sein sollte, hat sich der entstandene Freistellungsanspruch durch die Erfüllungsverweigerung der Beklagten in einen Zahlungsanspruch umgewandelt.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 286 Abs. 1 Satz 2, § 288 BGB.

III. Zu den Nebenentscheidungen:

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1, § 100 ZPO.
2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

3. Die Revision war zuzulassen. Die Rechtssache hat wegen der zu klärenden Fragen der Grenzen der zulässigen Privatkopie gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Müller
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Cassardt
Richter am Bayerischen
Obersten Landesgericht

Dr. Holzinger
Richterin
am Oberlandesgericht