



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 32/19

Verkündet am:  
5. März 2020  
Uytterhaegen  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Internet-Radiorecorder

UrhG §§ 16, 53 Abs. 1 Satz 1, § 85 Abs. 1 Satz 1, § 97; Richtlinie 2001/29/EG Art. 2, Art. 5 Abs. 2 Buchst. b, Abs. 5

- a) Allein der Kunde ist als Hersteller einer Privatkopie im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG anzusehen, wenn die Vervielfältigung eines Musikstücks unter Nutzung der vollständig automatisierten Vorrichtung des Anbieters eines Internet-Radiorecorders angefertigt wird, sofern die Programmierung der Aufzeichnung einen Vorgang auslöst, der vollständig automatisiert ohne (menschlichen) Eingriff von außen abläuft (Fortführung von BGH, Urteil vom 22. April 2009 - I ZR 216/06, GRUR 2009, 845 Rn. 23 - Internet-Videorecorder I; Urteil vom 11. April 2013 - I ZR 152/11, GRUR 2013, 618 Rn. 11 - Internet-Videorecorder II).
- b) Ob sich der Nutzer eines Internet-Radiorecorders mit Erfolg auf die Schutzschranke des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG berufen kann, hängt davon ab, ob bei den im Rahmen des Internet-Radiorecorders stattfindenden Vervielfältigungen (offensichtlich) rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlagen verwendet worden sind. Darüber hinaus ist zu prüfen, ob das Ergebnis des Dreistufentests gemäß Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG einer Anwendung der Privatkopieschranke entgegensteht.

BGH, Urteil vom 5. März 2020 - I ZR 32/19 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert und Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Odörfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg - 5. Zivilsenat - vom 17. Januar 2019 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist ein Unternehmen der Tonträgerindustrie. Sie ist Inhaberin der ausschließlichen Nutzungsrechte des Tonträgerherstellers an den Aufnahmen des Musikalbums "Mit den Gezeiten" der Gruppe "Santiano".
- 2 Die Beklagte zu 1 bot auf der Internetseite [www.zeezee.de](http://www.zeezee.de) den Musikdienst "ZeeZee" an. Der Beklagte zu 2 war Geschäftsführer der Beklagten zu 1. Die Beklagte zu 3 erbrachte Internet- und Multimediadienstleistungen und stellte der Beklagten zu 1 den Web-Speicherplatz im Rahmen ihres Musikdienstes zur Verfügung. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beklagten zu 3 wurde mangels Masse abgelehnt; die Beklagte zu 3 wurde in-

zwischen aufgelöst und im Handelsregister gelöscht. Der Beklagte zu 4 war der Geschäftsführer der Beklagten zu 3.

3 Nutzer des Musikdienstes "ZeeZee" mussten zunächst einen Account bei der Beklagten zu 1 anlegen. Sodann konnten sie einzelne oder mehrere Musiktitel auswählen und in eine Wunschliste aufnehmen. Die gewünschten Titel wurden dem Nutzer sodann im Rahmen des Dienstes der Beklagten zu 1 zum Download bereitgestellt. Auf welchem technischen Weg dies geschah, ist zwischen den Parteien umstritten.

4 Die Klägerin ist der Ansicht, dass der Musikdienst der Beklagten zu 1 sich rechtswidriger Vervielfältigungen der von den Nutzern angeforderten Musikaufnahmen bediene, und sieht dadurch ihre Rechte als Inhaberin der Tonträgerherstellerrechte verletzt. Sie hat dazu vorgetragen, die Ermittler T. und S. hätten sich im März und April 2014 in den Musikdienst der Beklagten zu 1 eingeloggt und die 13 Musiktitel des Musikalbums "Mit den Gezeiten" der Gruppe "Santiano" in ihre Wunschliste aufgenommen. Die Musiktitel hätten wenig später von den Ermittlern auf ihre Rechner heruntergeladen werden können.

5 Die Klägerin hat - soweit in den Rechtsmittelinstanzen noch von Bedeutung - die Beklagten auf Unterlassung der Vervielfältigung der auf dem Musikalbum "Mit den Gezeiten" enthaltenen Tonaufnahmen in Anspruch genommen. Außerdem hat sie Auskunftserteilung, Feststellung der Schadensersatzpflicht sowie Ersatz von Abmahnkosten begehrt.

6 Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten. Sie machen unter anderem geltend, eine eventuell im Rahmen der Inanspruchnahme des Musikdienstes stattfindende Vervielfältigung werde durch den Nutzer vorgenommen und sei gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG als Vervielfältigung zum privaten Gebrauch zulässig.

7 Das Landgericht hat der Klage insoweit bis auf einen Teil des auf Abmahnkostenerstattung gerichteten Antrags stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat die Klägerin den Rechtsstreit betreffend die Beklagte zu 3 hinsichtlich des Unterlassungsantrags in der Hauptsache einseitig für erledigt erklärt. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Klage sich insoweit in der Hauptsache erledigt habe, und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen.

8 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten ihren auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

9 A. Das Berufungsgericht hat die Klage als zulässig und begründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

10 Die Klage sei zulässig. Soweit die Beklagte zu 3 inzwischen aufgelöst und im Handelsregister gelöscht worden sei, sei ihre Parteifähigkeit nicht entfallen.

11 Die Klage sei auch begründet. Der Klägerin stehe ein Unterlassungsanspruch wegen rechtswidriger Vervielfältigung der Musikaufnahmen des Albums "Mit den Gezeiten" gemäß § 85 Abs. 1, § 97 Abs. 1 UrhG gegenüber den Be-

klagen zu 1, 2 und 4 zu. Gegenüber der Beklagten zu 3 habe sich die Klage mit diesem Anspruch in der Hauptsache erledigt, weil infolge der eingetretenen Vermögenslosigkeit und Löschung im Handelsregister die Wiederholungsfahrerloschen sei. Die Klägerin sei als Tonträgerherstellerin im Sinne des § 85 Abs. 1 UrhG aktivlegitimiert. Der Abrufmöglichkeit der Musikaufnahmen habe sowohl nach dem Vortrag der Klägerin als auch nach dem Vortrag der Beklagten, auf den sich die Klägerin hilfsweise berufen habe, eine rechtswidrige Vervielfältigung der Tonaufnahmen zugrunde gelegen. Auch auf der Grundlage des Vortrags der Beklagten liege kein Fall der zulässigen Vervielfältigung zum privaten Gebrauch gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 UrhG vor. Hersteller der Vervielfältigungsstücke seien nicht die Kunden der Beklagten, sondern die Beklagten selbst, so dass die Schutzschranke der Privatkopie gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht eingreife. Auch die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG sei nicht einschlägig, da es an der erforderlichen Unentgeltlichkeit der Herstellung der Vervielfältigungsstücke fehle und es hier auch nicht um ein von dieser Vorschrift erfasstes Vervielfältigungsverfahren gehe. Die Beklagten zu 1, 2 und 4 seien passivlegitimiert und die Beklagte zu 3 sei dies bis zur Löschung im Register gewesen. Der Klägerin stünden auch die geltend gemachten Ansprüche auf Auskunft und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung zu. Die Beklagten hätten jeweils zumindest fahrlässig gehandelt. Die Klägerin habe darüber hinaus einen Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten.

12                    B. Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten ist begründet und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

13                    I. Die Revision ist uneingeschränkt zulässig. Der Entscheidungssatz des Berufungsurteils enthält keine Beschränkung der Revisionszulassung. Eine solche Beschränkung ergibt sich auch nicht aus den Entscheidungsgründen. Das Berufungsgericht hat dort zwar ausgeführt, die Revision sei zuzulassen, weil die Rechtssache wegen der zu klärenden Fragen der Grenzen der zulässigen Pri-

vatkopie gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG grundsätzliche Bedeutung habe. Damit ist indes lediglich der Grund für die Zulassung der Revision genannt. Das genügt nicht, um mit der notwendigen Sicherheit von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen. Der Grundsatz der Rechtsmittelklarheit gebietet, dass für die Parteien zweifelsfrei erkennbar ist, welches Rechtsmittel für sie in Betracht kommt und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2019 - I ZR 205/17, GRUR 2019, 850 Rn. 8 = WRP 2019, 1009 - Prozessfinanzierer II, mwN).

14           II. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Beklagte zu 3 gemäß § 50 Abs. 1 ZPO weiterhin parteifähig ist. Der gemäß § 56 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zu berücksichtigende Verlust der Parteifähigkeit tritt erst mit Vollbeendigung der juristischen Person ein (BGH, Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 77/05, GRUR 2008, 625 Rn. 10 = WRP 2008, 924 - Fruchtextrakt), also der Löschung der vermögenslosen Gesellschaft im Handelsregister (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2010 - II ZR 115/09, NJW-RR 2011, 115 Rn. 22). Bestehen dagegen Anhaltspunkte dafür, dass noch verwertbares Vermögen vorhanden ist, bleibt die Gesellschaft trotz der Löschung rechts- und parteifähig (BGH, NJW-RR 2011, 115 Rn. 22). Im Streitfall hat die Beklagte zu 3 das Rechtsmittel der Berufung eingelegt, das im Falle des Obsiegens einen Kostenerstattungsanspruch begründen kann und damit der Annahme der völligen Vermögenslosigkeit entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 2004 - XI ZR 40/03, BGHZ 159, 94, 101 [juris Rn. 22], mwN).

15           III. Die Revision ist begründet. Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann eine für die Begründetheit sämtlicher Klageanträge erforderliche rechtswidrige Verletzung des der Klägerin als Tonträgerherstellerin zustehenden ausschließlichen Vervielfältigungsrechts gemäß § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht bejaht werden. Das Berufungsgericht hat zwar mit Recht angenommen, dass es bei der Inanspruchnahme des Musikdienstes

der Beklagten zu 1 zu Vervielfältigungen gemäß § 16 Abs. 1 UrhG kommt (dazu unter B III 1). Mit der von ihm gegebenen Begründung kann jedoch das Eingreifen der Schutzschranke des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht verneint werden (dazu unter B III 2).

- 16            1. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass es bei der Inanspruchnahme des Musikdienstes der Beklagten zu 1 durch Nutzer zu einem für die Begründetheit sämtlicher Klageanträge erforderlichen Eingriff in das der Klägerin als Inhaberin der Tonträgerherstellerrechte gemäß § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG zustehende ausschließliche Recht kommt, den Tonträger zu vervielfältigen.
- 17            a) Gemäß § 97 Abs. 1 UrhG setzt der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch die Verletzung eines Urheberrechts oder eines anderen nach dem Urheberrechtsgesetz geschützten Rechts voraus. Gleiches gilt gemäß § 97 Abs. 2 UrhG für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch, der dem Feststellungsantrag und dem Antrag auf Auskunftserteilung zugrunde liegt. Die Begründetheit des Antrags auf Erstattung von Abmahnkosten setzt ebenfalls eine Verletzung des Urheberrechts oder eines anderen nach dem Urheberrechtsgesetz geschützten Rechts der Klägerin voraus (§ 97a Abs. 3 UrhG). Ein dafür erforderlicher Eingriff in das Vervielfältigungsrecht liegt im Streitfall vor.
- 18            b) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es bei der Inanspruchnahme des Musikdienstes der Beklagten zu 1 zu Vervielfältigungen im Sinne von § 16 UrhG gekommen ist.
- 19            aa) Eine Vervielfältigung im Sinne von § 16 Abs. 1 UrhG ist jede körperliche Festlegung eines Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Art mittelbar oder unmittelbar wahrnehmbar zu machen

(BGH, Urteil vom 23. Februar 2017 - I ZR 92/16, GRUR 2017, 793 Rn. 41 = WRP 2017, 956 - Mart-Stam-Stuhl, mwN). Eine Vervielfältigung ist auch die Übertragung des Werkes auf Vorrichtungen zur wiederholten Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen (Bild- oder Tonträger), gleichviel, ob es sich um die Aufnahme einer Wiedergabe des Werkes auf einen Bild- oder Tonträger oder um die Übertragung des Werkes von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen handelt (§ 16 Abs. 2 UrhG).

20           bb) Das Berufungsgericht hat offengelassen, auf welchem genauen technischen Weg den Nutzern des Musikdienstes der Beklagten zu 1 die gewünschten Musiktitel zum Download bereitgestellt werden. Es ist davon ausgegangen, dass eine Vervielfältigung nicht nur vorliege, wenn - wie die Klägerin vorgetragen habe - auf den Servern der Beklagten zu 3 eine Kopie der Musikaufnahmen des Tonträgers der Klägerin aufgespielt worden sei, sondern auch dann, wenn man den Tatsachenvortrag der Beklagten zugrunde lege, den sich die Klägerin hilfsweise zu Eigen gemacht habe. Danach hätten die Beklagten mit ihrem Dienst dem Nutzer auf dessen Veranlassung hin Mitschnitte aus Internet-Radiosendungen zur Verfügung gestellt. Der Dienst habe eine Vielzahl von Internetradios nach den Wunschtiteln des Nutzers durchsucht. Sei der vom Nutzer gewünschte Titel auf einem der überwachten Internetradios gespielt worden, sei dieser Titel in dem jeweiligen Online-Speicher des betroffenen Kunden im MP3-Format gespeichert worden. Die Beklagte zu 1 habe daher nur eine Vermittlung oder Verlinkung von Aufnahmemöglichkeiten betrieben. Mit der Eingabe des Musikwunsches habe der Nutzer eine vollautomatisch ohne Mitwirkung der Beklagten ablaufende Such- und Speicherfunktion in Gang gesetzt. Die Aufnahmen erfolgten ausschließlich auf dem Speicherplatz des jeweiligen Nutzers für diesen allein.

21           cc) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Tonaufnahmen auch auf der Grundlage dieses Vortrags der Beklagten gemäß § 85 Abs. 1, § 16

Abs. 2 UrhG vervielfältigt worden seien, als sie auf den cloud-basierten individuellen Speicherplätzen der Ermittler T. und S. abgelegt worden seien. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2009 - I ZR 216/06, GRUR 2009, 845 Rn. 14 = WRP 2009, 1001 - Internet-Videorecorder I) und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

- 22                    2. Mit Erfolg wendet sich die Revision jedoch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Eingriff in das Vervielfältigungsrecht der Klägerin sei rechtswidrig, weil die Voraussetzungen der Schutzschranke gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG auch unter Zugrundelegung des Vortrags der Beklagten nicht vorlägen.
- 23                    a) Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern zulässig, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen und soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird.
- 24                    b) Das Berufungsgericht hat angenommen, es liege kein Fall des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG vor, da nicht die privaten Nutzer des Musikdienstes, sondern die Beklagten als Hersteller der Vervielfältigungen anzusehen seien. Zwar sei bei Anfertigung einer Kopie mittels einer vollständig automatisierten Vorrichtung nicht der Betreiber der Vorrichtung, sondern derjenige als Hersteller der Vervielfältigung anzusehen, der sie bediene. Im vorliegenden Fall treffe der Kunde jedoch gerade keine eigene Bestimmung darüber, welches die Vorlage seines Vervielfältigungsstückes sein solle, das heißt, welche Radiosendung aufgezeichnet werde. Diese Entscheidung treffe vielmehr - auch nach Darstellung der Beklagten - die Software des Musikdienstes, welche die Internetradios "ablausche". Damit bestehe der Auftrag, den der Kunde den Beklagten erteile, nicht allein in der Fertigung eines Vervielfältigungsstückes, sondern auch in der

Recherche der Vervielfältigungsvorlage. Auf diesen Auswahlvorgang habe der Kunde keinen Einfluss. Dieser Vorgang möge automatisiert ablaufen, jedoch beruhe die Automatisierung auf einer Programmierung seitens der Beklagten, nicht des Kunden. Damit habe der Kunde über eine wesentliche Organisationsentscheidung des Vervielfältigungsvorgangs, nämlich die Auswahl der Vervielfältigungsvorlage, keine Organisationshoheit. Bei der Frage, ob zur Herstellung einer Aufzeichnung ein vollständig automatischer Prozess ausgelöst werde, komme es entscheidend darauf an, ob zum Zeitpunkt des Auslösens des Prozesses alle Angaben gemacht würden, um die vorzunehmende Aufnahme hinreichend zu individualisieren. Das sei hier nicht der Fall. Die Angabe lediglich eines "Suchziels" reiche nicht aus. Dies werde besonders deutlich, wenn es mehrere Einspielungen eines Werkes gebe, mithin verschiedene Musikaufnahmen bestünden. Dann erscheine völlig offen, welche Tonaufnahme bei Eingabe eines Titels am Ende vervielfältigt werde. Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

- 25           c) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Frage, wer sich gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG als Hersteller einer Vervielfältigung auf diese Schutzschranke berufen kann, zunächst allein auf eine technische Betrachtung an. Die Vervielfältigung ist als körperliche Festlegung eines Werkes ein rein technisch-mechanischer Vorgang. Hersteller der Vervielfältigung ist daher derjenige, der diese körperliche Festlegung technisch bewerkstelligt. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob er sich dabei technischer Hilfsmittel bedient, selbst wenn diese von Dritten zur Verfügung gestellt werden (BGH, GRUR 2009, 845 Rn. 16 - Internet-Videorecorder I; Loewenheim in Schriker/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl., § 53 UrhG Rn. 30; Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl., § 53 Rn. 14; Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl., § 53 UrhG Rn. 19). Erst wenn der Hersteller gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG bestimmt worden ist und festgestellt werden kann, dass der Hersteller die

Vervielfältigung im Auftrag eines Dritten angefertigt hat, ist zu prüfen, ob die Vervielfältigung gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG dem Auftraggeber zuzurechnen ist. Eine solche Zurechnung erfordert eine am Schutzzweck der Privilegierung des Privatgebrauchs nach § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG ausgerichtete normative Bewertung. Dabei ist maßgeblich darauf abzustellen, ob der Hersteller sich darauf beschränkt, gleichsam "an die Stelle des Vervielfältigungsgeräts" zu treten und als "notwendiges Werkzeug" des anderen tätig zu werden - dann ist die Vervielfältigung dem Besteller zuzurechnen -, oder ob er eine urheberrechtlich relevante Nutzung in einem Ausmaß und einer Intensität erschließt, die sich mit den Erwägungen, die eine Privilegierung des Privatgebrauchs rechtfertigen, nicht mehr vereinbaren lässt - dann ist die Vervielfältigung dem Hersteller zuzuordnen (BGH, GRUR 2009, 845 Rn. 17 und 52 - Internet-Videorecorder I). Im Rahmen dieser an normativen Maßstäben ausgerichteten Prüfung ist zudem darauf abzustellen, ob der Auftraggeber die Organisationshoheit über das Aufnahmegeschehen hat (vgl. Loewenheim in Schricker/Loewenheim aaO § 53 UrhG Rn. 30; BeckOK.UrhR/Grübler, 26. Edition [Stand: 15. Oktober 2019], § 53 UrhG Rn. 16; Wiebe in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., § 53 UrhG Rn. 10).

- 26           d) Nach diesen Grundsätzen ist allein der Kunde als Hersteller der Aufzeichnung eines Internet-Videorecorders anzusehen, wenn er eine Aufzeichnung unter Nutzung der vollständig automatisierten Vorrichtung des Anbieters des Internet-Videorecorders anfertigt, wobei seine Programmierung der Aufzeichnung einen Vorgang auslöst, der vollständig automatisiert ohne (menschlichen) Eingriff von außen abläuft. Die Aufzeichnung kann dem Anbieter des Internet-Videorecorders selbst dann nicht zugerechnet werden, wenn dieser sich nicht darauf beschränkt, seinen Kunden lediglich einen Speicherplatz für die Aufzeichnung der Sendungen zur Verfügung zu stellen, sondern ein Gesamtpaket von Leistungen anbietet (BGH, GRUR 2009, 845 Rn. 23 - Internet-

Videorecorder I; BGH, Urteil vom 11. April 2013 - I ZR 152/11, GRUR 2013, 618 Rn. 11 = WRP 2013, 793 - Internet-Videorecorder II).

27 e) Für Internet-Anwendungen zur Aufzeichnung von Musik gelten inso-  
weit keine anderen Maßstäbe als für Internet-Videorecorder (Niemann,  
CR 2009, 661, 664; Prill, Webradio-Streamripping, 2013, S. 128). Werden Ra-  
diomitschnitte auf den Servern des Diensteanbieters abgelegt, die danach von  
den Nutzern abgerufen werden können, hängt es daher von der technischen  
Ausgestaltung ab, ob darin eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts des Ur-  
hebers durch den Diensteanbieter zu sehen ist (Wiebe in Münchener Anwalts-  
handbuch IT-Recht, 3. Aufl., Teil 3 Rn. 229; BeckOK.UrhR/Stang, 26. Edition  
[Stand: 15. April 2019], § 85 UrhG Rn. 19).

28 f) Diese Maßstäbe stehen mit dem Unionsrecht in Einklang.

29 aa) Die Ausnahmen und Beschränkungen des in Art. 2 der Richtlinie  
2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und  
der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (nachfolgend:  
Richtlinie 2001/29/EG) genannten Vervielfältigungsrechts sind in Art. 5 dieser  
Richtlinie erschöpfend aufgeführt (EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019 - C-476/17,  
GRUR 2019, 929 Rn. 58 = WRP 2019, 1156 - Pelham u.a., mwN). Die Schutz-  
schränke der Privatkopie gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG hat ihre Grundlage in  
Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29/EG und ist daher unionsrechts-  
konform auszulegen (vgl. Loewenheim in Schricker/Loewenheim aaO § 53  
UrhG Rn. 10; Dreier in Dreier/Schulze aaO § 53 Rn. 2; BeckOK.UrhR/Grübler  
aaO § 53 UrhG Rn. 4).

30 bb) Gemäß Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29/EG können die  
Mitgliedstaaten hinsichtlich des in Art. 2 dieser Richtlinie vorgesehenen Vervielfältigungsrechts Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf Vervielfältigung

gen auf beliebigen Trägern durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch und weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke unter der Bedingung vorsehen, dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten, wobei berücksichtigt wird, ob technische Maßnahmen gemäß Art. 6 der Richtlinie auf das betreffende Werk oder den betreffenden Schutzgegenstand angewendet wurden.

31           Danach kommt die Beschränkung des Vervielfältigungsrechts nur einer natürlichen Person zugute, die eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch zu nicht kommerziellen Zwecken vornimmt. Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29/EG knüpft damit die Privilegierung ebenfalls an die Person, die die Vervielfältigung vornimmt. Dies kann auch eine Person sein, die eine Vervielfältigung unter Zuhilfenahme eines Dritten vornimmt, der eine Vervielfältigungsdienstleistung erbringt und die dazu erforderlichen Anlagen, Geräte oder Medien besitzt (vgl. EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2010 - C-467/08, Slg. 2010, I-10055 = GRUR 2011, 50 Rn. 48 - Padawan; Urteil vom 29. November 2017 - C-265/16, GRUR 2018, 68 Rn. 35 = WRP 2018, 48 - VCAST). Diese Auslegung von Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29/EG entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Auslegung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG (vgl. Wiebe in Spindler/Schuster aaO § 53 UrhG Rn. 12; Berberich, MMR 2018, 82).

32           g) Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze sind gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht die Beklagten zu 1 und 3, sondern die Kunden des Musikdienstes als Hersteller der Vervielfältigungen anzusehen.

33           aa) Der Streitfall ist nicht entscheidungserheblich anders gelagert als der des Internet-Videorecorders, über den der Senat bereits entschieden hat (GRUR 2009, 845 - Internet-Videorecorder I; GRUR 2013, 618 - Internet-Videorecorder II). Auch im Streitfall entscheidet allein der Nutzer darüber, welche Musikstücke mithilfe der von den Beklagten zu 1 und 3 bereitgestellten Software aufgezeichnet und in dem ihm zugewiesenen Speicherplatz abgelegt werden. Der Nutzer löst den Aufnahmevorgang aus, der dann - ohne Eingriffe der Beklagten zu 1 und 3 - vollkommen automatisiert abläuft. Dieser Vorgang unterscheidet sich nicht grundsätzlich von der Anfertigung der Kopie eines Musikstücks mithilfe eines Aufnahmegerätes. Auch dort ist allein der Nutzer des

Gerätes und nicht dessen Hersteller oder Verkäufer als Hersteller der Kopie anzusehen.

34           bb) Ob die vom Nutzer ausgelöste Speicherung auf seiner eigenen Festplatte (vgl. KG, Urteil vom 28. März 2012 - 24 U 20/11, juris Rn. 21), einem vom Anbieter zur Verfügung gestellten Speicherplatz (vgl. BGH, GRUR 2009, 845 Rn. 2 - Internet-Videorecorder I) oder einem von einem Dritten zur Verfügung gestellten Speicherplatz erfolgt, ist für die Frage, wer gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG Hersteller des Vervielfältigungsstücks ist, unerheblich (vgl. Graf Fringuelli/Nink, CR 2008, 791, 795). Die rein technische Betrachtung des Herstellerbegriffs führt auch im Bereich des sogenannten "Cloud-Computings" dazu, dass Speicherungen "in der Cloud" gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG zulässig sind, wenn der automatisierte Vorgang jeweils durch den Kunden in Gang gesetzt wird (Raue/Hegemann in Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl., § 3 Rn. 140).

35           cc) Der Umstand, dass der Nutzer - wie im Streitfall - den konkreten Zeitpunkt und die Quelle der Aufnahme nicht bestimmt, ändert nichts daran, dass alleine er durch seinen Aufnahmewunsch die Suche nach dem gewünschten Musikstück startet, die dann mit Hilfe der vom Betreiber des Dienstes zur Verfügung gestellten Hilfsmittel automatisch zu der zeitverzögerten Aufnahme führt, ohne dass dieser in den Aufnahmeprozess eingreift (vgl. Janisch/Lachenmann, MMR 2013, 213, 215; Spindler in Festschrift Wandtke, 2013, S. 517, 530; aA LG Köln, MMR 2007, 610, 611 [juris Rn. 27]; Niemann, CR 2009, 661, 665 f. mit Fn. 47). Nach dem vom Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrunde gelegten Beklagtenvortrag kennen oder bestimmen die Mitarbeiter der Beklagten zu 1 und 3 den Aufnahmezeitpunkt nicht. Die Beklagten zu 1 und 3 haben daher zwar eine generelle Herrschaft über die Aufnahme-Software; eine individuelle Herrschaft über den konkreten Aufnahmevorgang üben sie dagegen nicht aus, da sie diesen weder überwachen noch steuern. Deshalb stellen die Beklagten zu 1 und 3 dem Kunden lediglich die für die Aufzeichnung einer zulässigen Privatkopie erforderlichen Gerätschaften zur Verfü-

gung (vgl. Graf Fringuelli/Nink, CR 2008, 791, 795; Hofmann, MMR 2006, 793, 797). Das bloße Bereitstellen und Unterhalten einer technischen Infrastruktur begründet jedoch keine Herstellereigenschaft, so dass der das Vervielfältigungsgerät bedienende Nutzer als Hersteller im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG anzusehen ist (Dresel, WRP 2011, 1289, 1291).

36            dd) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Rechercheleistung des Musikdienstes der Beklagten zu 1 ohne Bedeutung für die Beurteilung, ob eine gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG privilegierte Privatkopie des Nutzers vorliegt.

37            (1) Der Herstellereigenschaft des Nutzers des Musikdienstes steht nicht entgegen, dass die Beklagte zu 1 festgelegt hat, welche Internetradios nach einem angefragten Titel durchsucht werden. Diese Festlegung ist nach dem vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Vortrag der Beklagten Teil der Programmierung, mit deren Hilfe der Nutzer vollautomatisiert die Vervielfältigungen anfertigt.

38            (2) Die Herstellereigenschaft der Beklagten zu 1 und 3 kann zudem nicht damit begründet werden, diese böten ein Gesamtpaket an Leistungen an. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich nichts anderes aus den Senatsentscheidungen "CB-infobank I" (Urteil vom 16. Januar 1997 - I ZR 9/95, BGHZ 134, 250) und "Kopienversanddienst" (Urteil vom 25. Februar 1999 - I ZR 118/96, BGHZ 141, 13). Beiden Entscheidungen lagen Fallgestaltungen zugrunde, in denen - anders als im Streitfall - außer Frage stand, dass die dortigen Beklagten die Vervielfältigungsstücke hergestellt hatten. Da sie die Vervielfältigungsstücke im Auftrag von Nutzern angefertigt hatten, stellte sich allerdings die Frage, ob die Vervielfältigungen den Nutzern als Auftraggebern oder den dortigen Beklagten als Herstellern zuzurechnen sind. Erst bei der Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, ob sich der Hersteller darauf be-

schränkt hat, gleichsam "an die Stelle des Vervielfältigungsgeräts" zu treten und als "notwendiges Werkzeug" des Auftraggebers tätig zu werden oder ob er - etwa durch das Angebot eines Gesamtpakets an Leistungen - eine urheberrechtlich relevante Nutzung in einem Ausmaß und in einer Intensität erschlossen hat, die es rechtfertigt, die Vervielfältigungen dem Hersteller zuzurechnen (vgl. BGHZ 134, 250, 260 bis 267 [juris Rn. 44 bis 54] - CB-infobank I; BGHZ 141, 13, 18 bis 25 [juris Rn. 27 bis 46] - Kopienversanddienst; BGH, GRUR 2009, 845 Rn. 52 f. - Internet-Videorecorder I und oben Rn. 25). Hier geht es indessen um die vorgelagerte Frage, ob die Beklagten zu 1 und 3 die Vervielfältigungsstücke hergestellt haben.

39 (3) Die Beklagten sind schließlich nicht aufgrund des technischen Umfangs und der Vielfältigkeit der Funktionen des Musikdienstes als Hersteller der Vervielfältigungen anzusehen. Eine nach wertender Betrachtung noch so umfangreiche oder intensive Hilfestellung ändert nichts an der allein nach technischen Gesichtspunkten zu beurteilenden, gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG privilegierten Herstellereigenschaft des Kunden. Vor diesem Hintergrund lässt sich eine urheberrechtliche Unzulässigkeit des Angebots einer Aufnahme von Web-radiosendern durch einen Internetdienst nicht damit begründen, dass die Vervielfältigungsdienstleistung in unzulässiger Weise mit weiteren Leistungen kombiniert wird (Rössel, NJW 2009, 3518).

40 C. Danach ist auf die Revision der Beklagten das angegriffene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht wird im wiedereröffneten Berufungsverfahren zu prüfen haben, ob die Klageanträge auch dann begründet sind, wenn die Nutzer des Musikdienstes der Beklagten zu 1 als Hersteller der Vervielfältigung gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG

anzusehen sind (dazu unter C I). Außerdem kommt eine Begründetheit der Klageanträge in Betracht, wenn das Berufungsgericht feststellen sollte, dass der von der Klägerin gehaltene Vortrag zur technischen Funktionsweise des Musikdienstes der Beklagten zu 1 zutrifft (dazu unter C II). Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren wird auf Folgendes hingewiesen:

41 I. Geht man auf der Grundlage des Beklagtenvortrags zu den technischen Abläufen davon aus, dass die Nutzer des Musikdienstes der Beklagten zu 1 die Hersteller der Vervielfältigungen sind, die zur Vorbereitung eines Downloads durch den Nutzer erforderlich sind, könnte es an der für die Begründetheit der Klageanträge erforderlichen deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit der Beklagten fehlen.

42 1. 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 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 (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 10. Januar 2019 - I ZR 267/15, GRUR 2019, 813 Rn. 107 = WRP 2019, 1013 - Cordoba II, mwN).

43            2. Die Annahme einer Täterschaft der Beklagten zu 1 und 3 und eine daran anknüpfende Verantwortlichkeit der Beklagten zu 2 und 4 aufgrund ihrer Geschäftsführerstellung scheidet nach diesen Grundsätzen aus. Wie vorstehend ausgeführt, sind auf der Grundlage des Beklagtenvortrags die Nutzer als Hersteller der Vervielfältigung anzusehen. Allein diese üben die Tatherrschaft über den Vervielfältigungsvorgang aus und kommen insoweit als unmittelbare Täter einer daran anknüpfenden Verletzungshandlung in Betracht. Die unmittelbare Handlungsherrschaft des Nutzers schließt die Annahme einer mittelbaren Täterschaft der Beklagten aus. Eine Mittäterschaft ist ebenfalls nicht gegeben, weil es aufgrund des automatisierten Ablaufs der in Rede stehenden Vorgänge an einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der Beklagten zu 1 und 3 mit dem Nutzer fehlt.

44            3. Allerdings kommt im Streitfall eine Verantwortlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe in Betracht.

45            a) Die Gehilfenhaftung setzt neben einer beihilfefähigen Haupttat eine objektive Beihilfehandlung und einen zumindest bedingten Vorsatz in Bezug auf die Haupttat voraus, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 - I ZR 136/17, GRUR 2019, 79 Rn. 25 = WRP 2019, 73 - Tork, mwN; vgl. aber auch Beschluss vom 13. September 2018 - I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132 Rn. 63 f. = WRP 2018, 1338 - YouTube; Beschluss vom 20. September 2018 - I ZR 53/17, GRUR 2018, 1239

Rn. 54 f. = WRP 2018, 1480 - uploaded; Goldmann in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 8 Rn. 413).

46            b) Eine beihilfefähige rechtswidrige Haupttat (§ 27 Abs. 1 StGB) könnte nach den Umständen des Streitfalls darin liegen, dass die mit Tatherrschaft die Vervielfältigung vornehmenden Nutzer des Musikdienstes der Beklagten zu 1 eine rechtswidrige Urheberrechtsverletzung gemäß § 97 Abs. 1 und 2 UrhG begangen haben. Dabei wird es auf die Frage ankommen, ob sich die Nutzer auf die Schutzschränke des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG berufen können. Insoweit wird zum einen zu prüfen sein, ob bei den im Rahmen des Musikdienstes der Beklagten zu 1 stattfindenden Vervielfältigungen (offensichtlich) rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlagen verwendet worden sind (vgl. zum Fall eines Internet-Videorecorders: Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar vom 7. September 2017 - C-265/16, juris Rn. 55 f. - VCAST zu Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29/EG; Czernik in Wandtke/Ohst, Praxishandbuch Medienrecht, 3. Aufl., Band 2, Kapitel 2, § 6 Rn. 279; Wiebe in Spindler/Schuster aaO § 53 UrhG Rn. 13). Darüber hinaus ist zu prüfen, ob das Ergebnis des Dreistufentests gemäß Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG einer Anwendung der Privatkopieschränke entgegensteht (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar vom 7. September 2017 - C-265/16, juris Rn. 60 bis 64 und 69 - VCAST; Lüft, GRUR-Prax 2019, 239).

47            c) In dem Unterhalten und Anbieten der technischen Infrastruktur des Musikdienstes der Beklagten zu 1 dürfte eine objektive Beihilfehandlung zu sehen sein. Auch der erforderliche Gehilfenvorsatz dürfte vorliegen. Hierfür reicht es aus, dass der Gehilfe die Tatumstände wenigstens in groben Zügen (BGH, Urteil vom 24. Januar 1984 - VI ZR 37/82, BGHZ 89, 383, 389 [juris Rn. 23]), die wesentlichen Merkmale der Haupttat (BGH, Urteil vom 18. April 1996 - 1 StR 14/96, NJW 1996, 2517 f. [juris Rn. 8]) kennt; die Einzelheiten der Tat (wann, wo, wem gegenüber und unter welchen Umständen) muss er ebenso

wenig kennen wie die Person des Haupttäters (vgl. BGH, Beschluss vom 7. November 2001 - 1 StR 455/01, NStZ 2002, 145, 146 [juris Rn. 5]; Urteil vom 25. Januar 2011 - XI ZR 195/08, NJW-RR 2011, 1193 Rn. 31 bis 40; Heine/Weißer in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 27 Rn. 29; Kühl in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl., § 27 Rn. 7; Goldmann in Harte/Henning aaO § 8 Rn. 413; MünchKomm.BGB/Wagner, 7. Aufl., § 830 Rn. 37). Diese Voraussetzungen dürften im Streitfall erfüllt sein. Die Beklagten zu 1 und 3 hatten Kenntnis von den im Rahmen des Betriebs des Musikdienstes zwangsläufig stattfindenden Vervielfältigungen.

48 Mit Recht hat das Berufungsgericht zudem angenommen, dass sich die Beklagten mit ihrem Geschäftsmodell erkennbar jedenfalls in einen Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt hätten, in dem sie eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit ihres Verhaltens in Betracht ziehen mussten. Damit liegt auch das erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit vor (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 68/08, GRUR 2010, 623 Rn. 32 = WRP 2010, 927 - Restwertbörse I, mwN). Die Revision der Beklagten macht ohne Erfolg geltend, die Beklagten hätten in Ansehung des Urteils des Kammergerichts vom 28. März 2012 (24 U 20/11, juris) auf die Rechtmäßigkeit ihres Tuns vertrauen dürfen. Ein entschuldbarer Rechtsirrtum ist damit nicht dargelegt. Voraussetzung hierfür ist nach den insoweit geltenden strengen Maßstäben das Vorliegen einer feststehenden (höchstrichterlichen) Rechtsprechung oder nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur, die durch das Urteil eines Oberlandesgerichts regelmäßig noch nicht begründet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 1974 - KZR 6/73, NJW 1974, 1903, 1904 f. [juris Rn. 27]; MünchKomm.BGB/Grundmann, 8. Aufl., § 276 Rn. 74).

49 d) Die im Unterlassungsantrag umschriebene Tathandlung "zu vervielfältigen oder vervielfältigen zu lassen" deckt auch die Verantwortlichkeit der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe ab. Es ist nicht erforderlich, die Besonderheiten der Haftung als Täter, Teilnehmer oder Störer im Klageantrag zum Ausdruck zu bringen. Es reicht aus, dass sich dies aus der Klagebegründung und, soweit das Gericht dem Klageantrag stattgibt, aus den Entscheidungsgründen ergibt, die zur Auslegung des Klageantrags bzw. des Verbotstextes heranzuziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 2016 - I ZR 140/14, GRUR 2016, 936 Rn. 15 = WRP 2016, 1107 - Angebotsmanipulation bei Amazon).

50 II. Wenn das Berufungsgericht feststellt, dass der von der Klägerin gehaltene Vortrag zur technischen Funktionsweise des Musikdienstes der Beklagten zu 1 zutrifft, dürfte die Klage begründet sein.

51 1. Der Klägerin stünde dann gegen die Beklagten zu 1, 2 und 4 ein Unterlassungsanspruch gemäß § 97 Abs. 1, § 85 Abs. 1, § 16 Abs. 2 UrhG zu; hinsichtlich der Beklagten zu 3 hätte sich der Rechtsstreit bezüglich des Unterlassungsantrags erledigt.

52 a) Ausgehend vom klägerischen Vortrag liegen rechtswidrige Vervielfältigungen der Tonaufnahmen vor.

53 Das Berufungsgericht hat angenommen, der von der Klägerin behauptete Vorgang, dass auf Servern der Beklagten zu 3 eine Kopie der Musikaufnahmen des Tonträgers aufgespielt worden sei und diese Kopie sodann auf Anfrage den Personen, die die Aufnahmen in ihrer Wunschliste gehabt hätten, zugänglich gemacht worden sei, sei als rechtswidrige Vervielfältigung zu beurteilen. Eine Vervielfältigung von Tonaufnahmen durch die Beklagten sei weder gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG noch gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG zulässig.

Bei einer nach dem Klägervortrag auf den Servern der Beklagten zu 3 erstellten Masterkopie, die als Vorlage der anschließend durch Download erstellten weiteren Kopien auf den Geräten der einzelnen Endnutzer diene, handele es sich weder um eine "einzelne Vervielfältigung eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch" im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG noch um das Ergebnis eines "unentgeltlichen Handelns" oder um eine "Vervielfältigung mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung" im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

54            b) Die Beklagten würden für diese rechtswidrige Vervielfältigung als Mit-  
täter haften.

55            aa) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, die Beklagte zu 1  
hafte als Täterin für die Vervielfältigung, da sie die Betreiberin der Internetseite  
www.zeezee.de und damit des auf der Internetseite angebotenen Dienstes  
"ZeeZee" sei.

56            bb) Der Beklagte zu 2 würde als seinerzeitiger Geschäftsführer der Be-  
klagten zu 1 haften.

57            (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagte zu 2 hafte als  
Geschäftsführer für die Handlung, welche der Beklagten zu 1 als Täterin zuzu-  
rechnen sei. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Entscheidung  
über den rechtlichen und technischen Aufbau des Geschäftsmodells der Be-  
klagten zu 1 als eine für dieses Unternehmen nicht nur wesentliche, sondern  
grundlegende Entscheidung auf Geschäftsführerebene getroffen worden sei.  
Der Beklagte zu 2 habe nicht geltend gemacht, er habe von dem im Verfahren  
ausführlich und streitig diskutierten Aufbau des Geschäftsmodells keine Kennt-  
nis gehabt und dieses nicht mitgetragen oder die Entscheidung über den Auf-

bau des Geschäftsmodells von der Geschäftsführerebene auf eine andere Person delegiert. Es komme nicht darauf an, ob der Beklagte zu 2 selbst die Programmierung vorgenommen habe. Sein Vortrag, er habe mit der tatsächlichen Funktionsweise des Dienstes und der Ausgestaltung der Software nichts zu schaffen gehabt, genüge nicht, um ihn aus der Haftung zu nehmen. Denn hier gehe es um die zentrale Funktion des Angebots der Beklagten zu 1. Eine Festlegung der Funktionsweise des "Online-Musikvermittlungsdienstes" ohne maßgebliche Einbindung der Geschäftsführung sei nicht vorstellbar. Dies gelte umso mehr in einem so sensiblen Bereich wie dem streitgegenständlichen. Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

58 (2) Nach der Rechtsprechung des Senats besteht eine persönliche Haftung des Geschäftsführers für deliktische Handlungen der von ihm vertretenen Gesellschaft nur, wenn er daran entweder durch positives Tun beteiligt war oder wenn er sie aufgrund einer nach allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts begründeten Garantenstellung hätte verhindern müssen (BGH, Urteil vom 18. Juni 2014 - I ZR 242/12, BGHZ 201, 344 Rn. 17 - Geschäftsführerhaftung; Urteil vom 27. November 2014 - I ZR 124/11, GRUR 2015, 672 Rn. 80 = WRP 2015, 739 - Videospiele-Konsolen II). Die schlichte Kenntnis von Rechtsverletzungen scheidet als haftungsbegründender Umstand aus. Erforderlich ist vielmehr grundsätzlich, dass die Rechtsverletzung auf einem Verhalten beruht, das nach seinem äußeren Erscheinungsbild und mangels abweichender Feststellungen dem Geschäftsführer anzulasten ist. Dazu rechnen Maßnahmen, über die typischerweise auf Geschäftsführerebene entschieden wird (BGHZ 201, 344 Rn. 19 - Geschäftsführerhaftung; BGH, GRUR 2015, 672 Rn. 83 - Videospiele-Konsolen II).

59 (3) Entgegen der Ansicht der Revision wird die Beurteilung des Berufungsgerichts den vorstehend dargestellten Maßstäben gerecht. Die Annahme, die Festlegung der Funktionsweise eines "Online-Musikvermittlungsdienstes"

sei ohne maßgebliche Einbindung der Geschäftsführung nicht vorstellbar, verstößt nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze und widerspricht auch nicht der Lebenserfahrung. Das Berufungsgericht hatte keinen Anlass anzunehmen, dies könnte im Streitfall ausnahmsweise deshalb nicht der Fall gewesen sein, weil die Beklagte zu 1 über erhebliche weitere Geschäftsfelder verfügen könnte, so dass die Geschäftsführung mit dieser Aufgabe nicht betraut gewesen wäre.

60                   cc) Auch die Beklagte zu 3 würde als Mittäterin für die Vervielfältigung haften.

61                   (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, bei Außerachtlassung insbesondere ihrer späteren Löschung aus dem Handelsregister hätte auch die Beklagte zu 3 als (Mit-)Täterin für den Eingriff in das Vervielfältigungsrecht der Klägerin zu haften. Die Vervielfältigungsstücke seien unstreitig jedenfalls unter Einsatz der Aufnahmetechnik der Beklagten zu 3 auf deren Server aufgespielt und dort vorgehalten worden. Damit habe die Beklagte zu 3 Tatherrschaft über die Herstellung der Kopien gehabt und sei damit jedenfalls Mittäterin. Nach den Gesamtumständen sei von einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der Beklagten zu 1 und 3 auszugehen. Sie seien arbeitsteilig vorgegangen. Der Dienst der Beklagten zu 1 funktioniere nach deren eigener Darstellung dergestalt, dass der Benutzer Musik aussuche und die von ihm gewünschte Musik durch die Aufnahmesoftware des Benutzers auf eigenem Speicherplatz aufgenommen werde. Hierzu weise die Beklagte zu 1 darauf hin, dass der Speicherplatz im Internet (Musikspeicher), die Aufnahmetechnik und die Rechnerleistung für die Aufnahmemöglichkeit im Rahmen der Aktivierung des Accounts ohne weitere Kosten durch die Beklagte zu 3 zur Verfügung gestellt und eingerichtet würden. Auch wenn die exakte Schnittstelle zwischen den Aufgaben der Beklagten zu 1 einerseits und der Beklagten zu 3 andererseits damit noch nicht vollständig bestimmt werde, machten diese Angaben doch hinreichend deutlich,

dass es um ein gemeinsames Aufnahme- und Speicherangebot gehe, welches nur auf der Grundlage einer umfassenden Abstimmung mit dem Ziel einer problemlosen Vertragserfüllung durch die Beklagten zu 1 und 3 gemacht werden könne. Dementsprechend gehe es nicht lediglich um die isolierte Bereitstellung von Speicherplatz, sondern um eine Einbindung der Beklagten zu 3 in den Vervielfältigungsvorgang selbst. Dies begründe die Haftung auch der Beklagten zu 3. Die Beklagte zu 3 sei nicht als reiner Hostprovider anzusehen, sondern entscheidend in den Aufnahmeprozess eingebunden. Auch diese Würdigung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

62 (2) Das Berufungsgericht ist verfahrensfehlerfrei von einer umfassenden Abstimmung zwischen den Beklagten zu 1 und 3 ausgegangen und hat damit nicht die Beurteilung der Beklagten geteilt, dass die Beklagte zu 3 ausschließlich die Aufnahmeleistung erbracht habe. Das Berufungsgericht hat sich ausdrücklich mit dem von den Beklagten und der Revision vorgebrachten Argument einer fehlenden täterschaftlichen Haftung von Host-Providern (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Mai 2012 - I ZR 57/09, MMR 2012, 815 Rn. 4) auseinandergesetzt; es hat die Beklagte zu 3 jedoch wegen deren entscheidender Einbindung in den Aufnahmeprozess in aus Rechtsgründen nicht zu beanstandender Weise nicht als Host-Provider eingestuft.

63 dd) Der Beklagte zu 4 würde als Geschäftsführer der Beklagten zu 3 haften.

64 Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, der Beklagte zu 4 hafte als Geschäftsführer für die im Unternehmen der Beklagten zu 3 begangenen Urheberrechtsverletzungen persönlich. Der tatsächlich geleistete Beitrag der Beklagten zu 3 in Gestalt der Bereitstellung insbesondere auch der Aufnahmetechnik erfordere eine Entscheidungskompetenz, die typischerweise auf der Geschäftsführerebene angesiedelt sei. Auch für die Beklagte zu 3 stehe das

konkrete Geschäftsmodell in Rede. Die Entscheidung über die Zusammenarbeit der Beklagten zu 1 und zu 3 sei danach auch bei letzterer auf der Geschäftsführerebene zu treffen gewesen. Diese Beurteilung lässt wiederum keinen Rechtsfehler erkennen.

65 c) Auf der Grundlage des klägerischen Vortrags wäre die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der Beklagten zu 3 entfallen, so dass sich der Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungsantrags in der Hauptsache erledigt hätte.

66 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, durch die Auflösung der Gesellschaft und deren Löschung im Handelsregister sei die konkrete Gefahr einer künftigen gleichartigen Rechtsverletzung durch diese Gesellschaft entfallen. Zwar lasse die Auflösung und Liquidation einer juristischen Person die Wiederholungsgefahr noch nicht entfallen. Abweichendes müsse jedoch gelten, wenn - wie hier - angesichts des konkreten Tatvorwurfs jede Wahrscheinlichkeit für eine Wiederaufnahme des unzulässigen Verhaltens durch den Verletzer beseitigt sei. Die Beklagte zu 3 sei nicht nur aufgelöst, sondern auch bereits im Handelsregister gelöscht worden. Zudem verfüge die Beklagte zu 3 nicht mehr über rechtsverletzende Produkte. Das streitgegenständliche Handeln der Beklagten zu 3 erfordere durch die Bereitstellung von Speicherplatz und Aufnahmetechnik ein mit erheblichen Investitionen verbundenes Auftreten im Rechtsverkehr, welches von einer im Handelsregister bereits gelöschten Gesellschaft ersichtlich nicht mehr geleistet werden könne, möge es insbesondere durch den vorliegenden Prozess auch noch nicht zur Vollbeendigung der Gesellschaft gekommen sein. Diese Würdigung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

67 bb) Allerdings lässt die bloße Auflösung einer Gesellschaft (vgl. dazu etwa §§ 60 ff. GmbHG) die Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Insoweit handelt es sich um eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse. Eine solche berührt die Wiederholungsgefahr nur dann, wenn durch sie jede Wahrscheinlichkeit für

eine Aufnahme des unzulässigen Verhaltens durch den Verletzer beseitigt ist. Davon kann bei einer nur aufgelösten Gesellschaft (BGH, GRUR 2008, 625 Rn. 23 - Fruchtextrakt) oder dem Eintritt des Unternehmens in die Liquidation (BGH, Urteil vom 14. Oktober 1999 - I ZR 90/97, GRUR 2000, 605, 608 [juris Rn. 39] = WRP 2000, 525 - comtes/ComTel, mwN) regelmäßig noch nicht ausgegangen werden. Im Streitfall ist die Beklagte zu 3 jedoch nicht nur aufgelöst, sondern bereits wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht worden. Die Würdigung des Berufungsgerichts, damit sei jede Wahrscheinlichkeit für eine Aufnahme des unzulässigen Verhaltens beseitigt, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

68            2. Der Klägerin stünde gegen die Beklagten auch ein Schadensersatzanspruch gemäß § 97 Abs. 2 UrhG zu, da die Beklagten zu 2 und 4 schuldhaft gehandelt hätten und die Beklagten zu 1 und 3 sich dieses Verschulden zurechnen lassen müssten.

69            Das Berufungsgericht hat insoweit angenommen, die Beklagten hätten jeweils zumindest fahrlässig gehandelt. Wer einen fremden urheberrechtlich geschützten Gegenstand nutzen wolle, müsse sich über den Bestand des Schutzes wie auch über den Umfang seiner Nutzungsberechtigung Gewissheit verschaffen. Insoweit bestehe eine Prüf- und Erkundigungspflicht, der die Beklagten zu 2 und zu 4 nicht ausreichend nachgekommen seien. Die Beklagten hätten sich erkennbar jedenfalls in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem sie eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit ihres Verhaltens hätten in Betracht ziehen müssen. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand (vgl. Rn. 45 und 48 zum Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Teil des Gehilfenvorsatzes).

70            D. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober

1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici, mwN). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist. Die Feststellung und Bewertung der tatsächlichen Umstände, die die Annahme einer Vervielfältigung durch eine natürliche Person im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29/EG begründen, obliegt den nationalen Gerichten.

Koch

Schaffert

Löffler

Schwonke

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 06.12.2016 - 310 O 379/14 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 17.01.2019 - 5 U 18/17 -