

JBB Rechtsanwälte, Christinenstraße 18/19, 10119 Berlin

Hanseatisches Oberlandesgericht
Sievekingplatz 2

20355 Hamburg

per beA

Berlin, 5. Juli 2023

Unser Zeichen: 23-0490

In dem Rechtsstreit

Sony Music Entertainment Germany GmbH u.a. ./ Pasche

- 5 U 54/23 -

bedanken wir uns für die Fristverlängerung. Namens und im Auftrag des Berufungsklägers, Beklagten und Widerklägers (nachfolgend als „Beklagter“ bezeichnet) begründen wir im Folgenden die am 3. Mai 2023 eingelegte Berufung. Wir beantragen,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 31. März 2023, 310 O 317/21, abzuändern und die Klage abzuweisen und auf die Widerklage die Klägerinnen als Gesamtschuldnerinnen zu verurteilen, an den Beklagten weitere EUR 1.492,66 zzgl. Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 21. November 2020 zu zahlen.

Begründung:

Die Berufung richtet sich gegen die Verurteilung des Beklagten und die teilweise Abweisung der Widerklage durch das Urteil der 10. Zivilkammer vom 31. März 2023. Die Berufung ist zulässig und begründet. Der gemäß § 529 ZPO relevante Sachverhalt gebietet eine andere Entscheidung. Das angegriffene Urteil verletzt an zentralen Stellen die

Dr. Martin Jaschinski ¹
Sebastian Biere ¹
Oliver BrexI ¹
Thorsten Feldmann, LL.M. (UCLA) ²
Dr. Till Jaeger ²
Thomas Nuthmann ¹
Julian Höppner, LL.M. (Edinburgh) ³
Robert Weist
Dr. Jeannette Viniol, LL.M. (Warwick) ¹
Marie Lenz, LL.M. (Edinburgh)
Martin Michel
Dr. Michael Funke ³
David Andrew Copland, Attorney at Law ⁴
Dr. Zeynep Balazünbül
Felix Plundrich
Karen Schiefelbein
Hannah Stegmaier
Marta Antochewicz, LL.M. (Viadrina)
Jan Zielke
Sebastian Wasner
Philipp Hellwig
Fee Rübener
Daniela Pfister, LL.M. (Vanderbilt)
David Lind

- ¹ Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz
Fachwältin für gewerblichen Rechtsschutz
² Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
³ Fachanwalt für Informationstechnologierecht
⁴ Of Counsel, zugelassen nach § 206 BRAO

Christinenstraße 18/19
10119 Berlin

Tel. + 49 30 443 765 0

Fax **FAXEMPFBANG DEAKTIVIERT**

Mail feldmann@jbb.de

Web www.jbb.de

Sitz der Partnerschaftsgesellschaft: Berlin
Registergericht: AG Charlottenburg, PR 609 B

Berliner Volksbank
IBAN DE96 1009 0000 5205 2220 08
BIC BEVODEBXXX

Rechte des Beklagten im Sinne von § 546 ZPO. Die Kammer hat insbesondere § 95a UrhG nicht richtig angewendet.

Das Landgericht hat den Beklagten zu Unrecht zu Unterlassung, Auskunftserteilung, Schadensersatz dem Grunde nach und zur Kostenerstattung verurteilt. Die Klägerinnen haben keine Ansprüche gegen den Beklagten. Vielmehr sind die Klägerinnen gesamtschuldnerisch verpflichtet, den Beklagten von den vorgerichtlichen Anwaltskosten in beantragter Höhe freizustellen. Der Beklagte hat weder Beihilfe zu einer Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen gemäß § 95a Abs. 1 UrhG noch zu einer Handlung gemäß § 95a Abs. 3 UrhG geleistet.

Zur Begründung des Berufungsantrags verweisen wir zunächst auf das komplette Vorbringen in der 1. Instanz. Dieses wird einschließlich aller Beweisantritte auch zum Gegenstand des hiesigen Berufungsverfahrens gemacht. Einbezogen in das Vorbringen in der Berufung sind insbesondere die Klageerwiderung vom 1. März und die Duplik vom 28. Dezember 2022. Im Folgenden sollen lediglich die wesentlichen Aspekte sowie zusätzliche Erwägungen angeführt werden.

A) Die Handlungen des Beklagten

I. Hosting und Zugangsvermittlung

Wie die Kammer zutreffend festgestellt hat, betreibt der Beklagte einen Web-Hosting-Dienst und damit im Kern - einen Dienst gemäß § 10 TMG, Art. 14 ECRL bzw. Art. 6 Digital Services Act (DSA, der die Art. 12 bis 15 ECRL ab dem 17. Februar 2024 ablösen wird). Der Dienst des Beklagten ist damit haftungsrechtlich ohnehin schon privilegiert. Entscheidend hinzu kommt die im angegriffenen Urteil auf Seite 5 getroffene Feststellung, dass die Software „youtube-dl“ nicht auf den Servern des Beklagten, sondern

„auf den Servern eines Dritten, GitHub,“

gespeichert ist.

Der auf Seite 6 im Tatbestand aufgeführte Screenshot zeigt eine bloße Informationsseite, die lediglich Links auf das entsprechende GitHub-Verzeichnis enthielt. Dies ist vor allem deswegen relevant, weil damit der Beklagte in Bezug auf die Software „youtube-dl“ selbst weder eigene Informationen im Sinne von § 7 Abs. 1 TMG bereithält noch fremde Informationen im Sinne von § 10 TMG speichert. Im telemedienrechtlichen Sinne stellt die Software „youtube-dl“ eine Information dar, zu der der Beklagte allenfalls den Zugang gemäß § 8 Abs. 1 TMG vermittelt: Ein Nutzer betritt die Website und klickt den Link: Der Beklagte hat den Link nicht selbst gesetzt. Die auf den Servern des Beklagten abgelegte Technologie leitet den Nutzer lediglich technisch an den GitHub-Server weiter.

Damit erbringt der Beklagte eine neutrale Leistung, die nicht nur von der Rechtsordnung geduldet, sondern in der Informationsgesellschaft für das Funktionieren eines offenen Kommunikations- und Meinungsmarktes absolut unerlässlich ist.

II. Kein Auskunftsanspruch

Bereits aus den erstinstanzlich festgestellten Tatsachen hinsichtlich der Tätigkeit des Beklagten folgt unmittelbar, dass die im Tenor zu 3. von der Kammer ausgeurteilte Auskunftsverpflichtung des Beklagten auf die Berufung aufgehoben werden muss. Denn unabhängig von allen anderen Erwägungen und unabhängig davon, ob die Unterlassungsansprüche der Klägerinnen begründet sind, ist der Beklagte aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht in der Lage, den von der Kammer in drei schmalen Sätzen auf Seite 34 der angefochtenen Entscheidung lapidar mit § 242 BGB bejahten Auskunftsanspruch zu erfüllen. Selbst wenn alle anderen Anträge der Klägerinnen begründet wären, was sie nicht sind (siehe dazu unten), sind die Klägerinnen mit ihren Auskunftsanträgen zurückzuweisen.

Die Klägerinnen verlangen Informationen von dem Beklagten als Inter-

mediär. Sie gestehen selbst zu, dass der Beklagte allenfalls als Teilnehmer oder Störer einer von einem Dritten begangenen Handlung haftet. Dies hat einen Grund: Der Beklagte verfügt nicht selbst über die Informationen die er benötigt, um die Auskunft zu erteilen. Er ist als Hosting-Dienstleister ferner nicht dazu berechtigt auf den Server zugreifen, auf dem (möglicherweise) die erforderlichen Informationen gespeichert sind. Außerdem hat der Beklagte keinerlei Zugriff auf die technische Infrastruktur Dritter, insbesondere kann er keinen Zugriff auf den GitHub-Server nehmen, um in Erfahrung zu bringen, wie viele Nutzer dort die Software heruntergeladen haben.

Im Einzelnen:

1. Tatsächliche Unmöglichkeit: Keine Kenntnis

Welche Links auf der Website youtube-dl.org wie oft geklickt wurden, entzieht sich der Kenntnis des Beklagten. Er kann sich diese Kenntnis auch nicht verschaffen. Er weiß nicht, ob die Informationen geloggt sind. Die Server des Hosting-Angebots des Beklagten sind in Umsetzung datenschutzrechtlicher Empfehlungen der Behörden standardmäßig so eingestellt, dass keine Log-Files gespeichert werden. Der Kunde des Beklagten kann diese Einstellung allerdings dahingehend verändern, dass Logfiles für sieben Tage vorgehalten werden. Soweit Logfiles gespeichert sind, verfügt über diese Informationen ausschließlich der Anbieter der Website youtube-dl.org. Die Logfiles können personenbezogene Daten oder Geschäftsgeheimnisse des Kunden enthalten, so dass diese in den ausschließlichen Zuweisungsgehalt des Kunden fallen.

Der Beklagte hat keine Kenntnis davon, ob der Anbieter der Website die Zugriffe auf die Website youtube-dl.org protokolliert hat, ob demnach Log-Files vorhanden und unverschlüsselt sind.

2. Zugriff auf Nutzungsdaten rechtlich unmöglich

Unterstellt es wären Log-Files vorhanden und der Beklagte könnte diese in Ermangelung ausreichender Verschlüsselung lesen, so dürfte

der Beklagte auf diese gleichwohl nicht zugreifen. Während des Nutzungsvorgangs werden, jedenfalls in Gestalt von IP-Adressen und/oder sonstigen Kennungen, personenbezogene Daten der Nutzer der Website youtube-dl.org erhoben. Der Beklagte als Hosting-Dienstleister verarbeitet diese Informationen im Rahmen von Art. 28 DSGVO weisungsgebunden. Art. 29 DSGVO verbietet es dem Beklagten, von diesen Daten überhaupt auch nur Kenntnis zu nehmen.

Um es ein wenig plastisch darzustellen: Was die Klägerinnen von dem Beklagten verlangen, kommt der Forderung an einen Hauseigentümer gleich, mittels eines Hausfriedensbruchs in das Büro eines Mieters oder Untermieters einzubrechen, dort die Aktenschränke nach Kaufverträgen zu durchsuchen, diese Akten zu sichten und daraus ermittelte Informationen in aufbereiteter Form an den Inhaber eines urheberrechtlichen Schutzrechts zu übermitteln.

Der Beklagte darf sich die von dem Auskunftsanspruch erfassten Informationen nicht verschaffen: Bei diesen Daten handelt es sich um Nutzungsdaten gemäß § 2 Nr. 3 TTDSG. Eine Befugnis zur Einsichtnahme von Nutzungsdaten durch ein Hosting-Unternehmen ist im TTDSG nicht geregelt. Eine solche ergibt sich insbesondere nicht aus den in § 22 TTDSG für bestimmte berechtigte Stellen getroffenen Regelungen über die Bestandsdatenauskunft. Das TTDSG regelt unter den strengen Voraussetzungen des § 24 TTDSG ein Auskunftsverfahren nur mit einer Abrufermächtigung für Behörden.

Ganz unabhängig von alledem kann der Beklagte nur aufgrund des Hostings der auf Seite 6 des Urteils abgebildeten Informationsseite keinerlei Auskunft darüber geben, ob, und falls ja, wie viele Downloads der Software youtube-dl stattgefunden haben. Wenn Logfiles gespeichert wären, die der Beklagte auslesen könnte und dürfte – was beides nicht der Fall ist – siehe oben, könnte höchstens Auskunft darüber gegeben werden, wie sich die Nutzer auf der Informationsseite bewegten. Der Beklagte könnte demnach ggf. auch mitteilen, welche Links wie oft geklickt wurden. Er könnte gerade nicht mitteilen, wie viele Downloads der Software youtube-dl stattgefunden haben und wie viel Umsatz aus dem

Vertrieb der Software generiert wurde, denn – siehe Urteil Seite 5, diese Software ist

„auf den Servern eines Dritten, GitHub,“

gespeichert.

Über die seine Kunden betreffenden Bestandsdaten (Tenor zu 3.3) darf der Beklagte nur unter den Voraussetzungen des eigens zur „Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum“ geschaffene § 21 TTDSG Auskunft erteilen. Die Klägerinnen hätten dieses Verfahren nach § 21 Abs. 3 und 4 TTDSG einleiten müssen. Das hiesige Verfahren kann die strengen Voraussetzungen von § 21 TTDSG nicht aushebeln.

Allerdings sind die Auskunftsansprüche auch deswegen unbegründet, weil die Klägerinnen keine Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten haben, wie wir im Folgenden ausführlich darlegen:

B) Keine Beihilfe

Die 10. Zivilkammer stützt die Verurteilung des Beklagten im Antrag zu I. auf jeweils wegen einer angeblichen Beihilfe zu einer Verletzung von § 95a Abs. 1 UrhG und im Antrag zu II. zu einer Verletzung von § 95a Abs. 3 UrhG. Beide Verurteilungen können unter dem Gesichtspunkt einer Beihilfe keinen Bestand haben.

I. Keine Haupttat im Hinblick auf eine Umgehung gemäß § 95a Abs. 1 UrhG

Laut Tenor zu 1. des Urteils vom 31. März 2023 hat es der Beklagte zu unterlassen, durch das Hosting der Website youtube-dl.org

„Dritten dabei Beihilfe zu leisten ... wirksame technische Schutzmaßnahmen zu umgehen“,

wobei diese Unterlassungsverpflichtung nur auf die unter Ziffer 1.1 bis 1.3. jeweils konkret benannten Titel bezieht, die angeblich zugunsten der Klägerinnen 1. bis 3. geschützt sind.

Die Gehilfenhaftung setzt zunächst eine beihilfefähige rechtswidrige Haupttat (§ 27 Abs. 1 StGB) voraus (BGH GRUR 2020, 738, Rn. 46 m.w.N.). Es bedarf einer „vorsätzlich begangene[n] rechtswidriger Tat“ (BGH, GRUR 2011, 1018 Rn. 24). Eine solche ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Die Kammer stützt die Verurteilung auf eine Beihilfe, obwohl es an einer rechtswidrigen Haupttat fehlt.

1. Die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils beziehen sich nicht auf eine oder drei konkrete Haupttaten eines Dritten, an denen der Beklagte als Gehilfe teilgenommen hat. Die Kammer stellt auch nicht auf die von den Klägerinnen auf den Beklagten angesetzte Ermittlungsperson Dominik Kunath ab, der angeblich am 20. September 2020 unter Verwendung der Software youtube-dl die streitgegenständlichen Titel heruntergeladen hat. Diese Tat war ohnehin nicht rechtswidrig, weil der Zeuge Kunath mit Wissen und Wollen der Klägerinnen und damit in tatbestandsausschließendem Einverständnis gehandelt hat.
2. Eine Wiederholungsgefahr besteht demnach nicht. Die von der Kammer unspezifisch in den Raum gestellte abstrakte „Begehungsgefahr“ (Seite 28 der Entscheidung) wird nicht näher begründet. Jedenfalls genügen die Ausführungen der Kammer nicht, um die Annahme einer konkreten Erstbegehungsgefahr zu rechtfertigen, die die zentrale Voraussetzung für einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch darstellt. An die Darlegung einer konkreten Erstbegehungsgefahr sind strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere muss dargetan werden, dass es unmittelbar zu besorgen ist, dass ein (vermeintlich) rechtswidrig handelnder Nutzer mit Wissen und Wollen des Beklagten die Website youtube-dl.org aufsucht, sich die Software herunterlädt

und dann die in den Ziffern 1.1 bis 1.3 genannten Titel herunterlädt.

Es genügt für die Annahme einer Beihilfehandlung des Beklagten an einer Umgehung im Sinne von § 95a Abs. 1 UrhG nicht, dass ein potenzieller Täter irgendwelche geschützten Tonaufnahmen herunterlädt. Vielmehr muss dargelegt und bewiesen sein, dass unmittelbar bevorsteht, dass die konkret klagegegenständlichen Tonaufnahmen unter Zuhilfenahme der Software youtube-dl nach Download von der Seite youtube-dl.org heruntergeladen werden, an denen die Klägerinnen meinen, Rechte innezuhaben. Wird dies zur Begründung einer konkreten Erstbegehungsgefahr nicht dargetan, mangelt es den Klägerinnen an der Aktivlegitimation.

3. Hinzu kommt, dass bei der von der Kammer in der angegriffenen Entscheidung lediglich im Sinne einer „Begehungsgefahr“ angenommenen Haupttat, dem jeweiligen Nutzer ohne überzeugende Begründung unterstellt, diesem sei bekannt, dass die Umgehung mit dem Ziel erfolge, den Zugang zu einem geschützten Werk zu ermöglichen.
- a) Zwar legt das Landgericht dabei abstrakt den richtigen Maßstab an (grobe Fahrlässigkeit, vgl. Dreyer in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, Urheberrecht, 4. Auflage 2018, § 95a Rn. 33, juris). Das Landgericht geht im Ausgangspunkt auch zutreffend davon aus, dass es nicht ausgeschlossen erscheint, dass manche Verwender von youtube-dl nicht erkennen, dass YouTube eine technische Schutzmaßnahme einsetzt, um das Herunterladen von Inhalten zu verhindern, und dass sie annehmen, youtube-dl schaffe nur eine Funktion, die die Betreiberin von YouTube nicht vorhält. Zur Begründung der gleichwohl hier anzunehmenden Bösgläubigkeit der Nutzer belässt es das Landgericht aber bei der folgenden unbelegten These:

„Der Durchschnittsnutzer muss jedoch erkennen, dass YouTube-Inhalte anders als Medieninhalte anderer Internetseiten nicht mittels eines einfachen Rechtsklicks herunterzuladen sind und es muss sich ihm aufdrängen, dass dies auf dem Einsatz einer Technologie bei YouTube erreicht wird und dass youtube-dl ein „Aushebeln“ dieses Schutzes erreicht. Es ist deshalb von Bösgläubigkeit der Durchschnittsnutzer auszugehen.“

Wer dieser Durchschnittsnutzer sein soll, warum dieser erkennen muss, dass YouTube-Inhalte nicht einfach heruntergeladen werden können, warum dies bei Medieninhalten anderer Internetseiten angeblich nicht der Fall ist, warum sich deswegen etwas aufdrängen muss: zu alledem trifft das angegriffene Urteil keinerlei konkrete Feststellungen.

Außerdem:

Die zentrale Annahme des Landgerichts, dass Streaming-Inhalte anderer Websites per schnödem Rechtsklick heruntergeladen werden können, ist mehr als nur zu hinterfragen: Dem Unterzeichner ist kein Streaming-Angebot für audiovisuelle Inhalte bekannt, in dem man mit einem simplen Rechtsklick die Inhalte auch herunterladen kann. Weder die ARTE-Mediathek noch die Mediatheken von ARD und ZDF ermöglichen trotz ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags und der Rechtmäßigkeit des Downloads ein Herunterladen nur mit einem Rechtsklick. Auch in den Videoangeboten der Online-Dienste des SPIEGEL, der Süddeutschen Zeitung und der FAZ kann man nicht per Rechtsklick die Medieninhalte downloaden. Von technischen Schutzmaßnahmen im Hinblick auf diese Inhalte ist nichts bekannt, aber auch nichts dargetan.

Darüber hinaus müsste sich in den Augen des Landgerichts der User dann wohl auch die Frage stellen, ob nicht bereits der Rechtsklick eine Umgehungsmaßnahme darstellt. Der Einsatz eines Download-Managers ist in Nutzerkreisen so üblich, dass

er der Anwendung „Rechtsklick“ oder der Nutzung üblicher Browserplugins gleichsteht.

Kurz: Der Rechtsklick ist selbst dann keine taugliche Vergleichshandlung für den Download eines Streaming-Inhalts, wenn keine technische Schutzmaßnahmen vorgesehen sind. Damit geht die vorstehend wiedergegebene Grundannahme des Landgerichts komplett fehl. Jedenfalls hätte es substantiierten Vortrags der Klägerinnen und entsprechender Überprüfung durch die Kammer bedurft, bevor eine derart weit reichende Feststellung hätte getroffen werden können. Dies hat das Landgericht versäumt.

II. Keine Kennzeichnung gemäß § 95d UrhG und gemäß Art. 246 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB

Zur Vermeidung von Ungewissheiten, was der Nutzer (im hiesigen Kontext der „Haupttäter“) im Hinblick auf eine mögliche Umgehung einer technischen Schutzmaßnahme weiß oder nicht weiß, hat der Gesetzgeber ein wirkungsvolles Instrument vorgesehen: die Kennzeichnungspflicht des § 95d UrhG. Nach Absatz 1 dieser Norm sind mit technischen Maßnahmen geschützte Werke

„deutlich sichtbar mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahmen zu kennzeichnen“

Eine nahezu identische Informationspflicht enthält Art. 246 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB, der Unternehmen wie die Betreiberin der Plattform YouTube bei Verbraucherverträgen verpflichtet, auf technische Schutzmaßnahmen für Medieninhalte hinzuweisen.

Auf die Schutzmaßnahmen sollen Nutzer sowohl bei Offline- als auch bei Online-Medien hingewiesen werden (Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider, 7. Aufl. 2022, UrhG § 95d Rn. 1). Die Kennzeichnung hat nicht unauffällig und versteckt, sondern „deutlich sichtbar“ zu erfol-

gen. In der Praxis haben sich stilisierte Logokennzeichen herausgebildet, die seit einigen Jahren eingesetzt werden, wie z. B. die nachfolgend wiedergegebene, seit 2002 von der IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) verwendete Grafik:



(BeckOK UrhR/Lindhorst, 38. Ed. 1.2.2023, UrhG § 95d Rn. 3)

Derartige Hinweise fehlen beim Streaming-Angebot von YouTube. Aus dem Fehlen einer solchen Kennzeichnung leitet der Nutzer im Umkehrschluss ab, dass eine technische Schutzmaßnahme nicht vorhanden ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn es unzählige technische Wege gibt, die vermeintliche Maßnahme zu umgehen. Nutzer*innen sind es seit Jahrzehnten gewohnt, Musiktitel aufgrund der Privatkopieschranke des § 53 UrhG aufzeichnen zu dürfen. Ohne Kennzeichnung gemäß § 94d UrhG wird diese Annahme auch bei rechtmäßig im Internet zum Abruf bereit gehaltenen Musiktiteln nicht erschüttert.

II. Keine Beihilfehandlung des Beklagten

Mit dem Hosting der Website youtube-dl.org hat der Beklagte keine Beihilfehandlung begangen. Dies gilt sowohl für die Verurteilung im Tenor zu 1. als auch im Tenor zu 2.

1. Auch in Bezug auf die weitere zentrale Voraussetzung der Beihilfehandlung hält sich das Landgericht zur Begründung der Verurteilung des Beklagten denkbar kurz. Auf Seite 30 bejaht es eine Beihilfehandlung mit einem Satz. Apodiktisch lässt die Kammer es genügen, dass der Beklagte Speicherplatz für eine Website zur Verfügung stellt, von der das Gericht vermutet („of-

fenbar“), diese diene allein dem Zweck, für die Software zu werben und Links zum Download zu setzen. Die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts und seine Ausführungen reichen jedoch nicht für die Annahme einer Beihilfehandlung des Beklagten aus.

2. Ob eine taugliche Beihilfehandlung vorliegt, beurteilt sich nach den im Strafrecht entwickelten Rechtsgrundsätzen (BGH GRUR 2011, 1018 Rn. 24 unter Verweis auf BGH, GRUR 2011, 152 Rdnr. 30 – Kinderhochstühle im Internet, m. w. Nachw.). Erforderlich ist eine Handlung, die geeignet ist, die Tatbegehung des Dritten objektiv zu fördern. Als Ausgleich für ein fehlendes Kausalitätserfordernis bei der Beihilfe ist zur Vermeidung einer ausufernden Haftung auch für die Gehilfenhandlung zu verlangen, dass dem Handelnden der Erfolg objektiv zurechenbar ist (Lackner/Kühl/Heger/Heger, 30. Aufl. 2023, StGB § 27 Rn. 2a). Auch eine unterstützende Handlung kann strafrechtlich nur zugerechnet werden, wenn sich die Tat in ihrer unterstützten Form als „Werk“ auch des Teilnehmers darstellt und wenn eine Untersagung der unterstützend wirkenden Handlung generalpräventiv verhaltenssteuernd sinnvoll ist, oder anders formuliert: wenn durch die Unterstützung eine unerlaubte Risikoerhöhung eingetreten ist, die sich wiederum im Erfolg der Haupttat niederschlagen muss (BeckOK StGB/Kudlich, 57. Ed. 1.5.2023, StGB § 27 Rn. 7; ähnlich etwa SK-StGB/Hoyer Rn. 23; Murmann JuS 1999, 548 (552)). Eine Alltagshandlung, die den Taterfolg nicht messbar erleichtert, muss als Beihilfe ausscheiden (vgl. BGH NStZ-RR 2018, 286 (288)).

Bei lebensnaher Betrachtung dessen, was dem Beklagten von den Klägerinnen zum Vorwurf gemacht wird, ist ihm die Umgehung einer Schutzmaßnahme nicht objektiv zurechenbar. Bei Lichte betrachtet hat das Verhalten des Beklagten keinerlei Auswirkung darauf, ob die Software youtube-dl von Dritten aus dem Angebot GitHub heruntergeladen wird und erst recht, ob ein Drit-

ter trotz Rolling Cipher die streitgegenständlichen Musikaufnahmen bei YouTube herunterlädt.

- a) Der Beklagte begeht in Bezug auf das Herunterladen der streitgegenständlichen Tonaufnahmen eine komplett neutrale Handlung. Er begünstigt nicht tendenziös die hier behaupteten Rechtsverletzungen von Dritten. Im Gegenteil: Die Handlung des Beklagten ist gesellschaftlich gewollt und von den Kommunikationsgarantien des Art. 5 GG erfasst, sie ist „berufstypisch“ und unterscheidet sich nicht von der Leistung anderer Unternehmen, die Dritten Speicherplatz zur Verfügung stellen. Im Hinblick auf die (nicht erfolgte) Haupttat hat der Beklagte keine spezifische Handlung begangen. Wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, liegt die Software youtube-dl.org nicht auf einem im Angebot des Beklagten verorteten Speicherplatz. Auf dem Speicherplatz des Beklagten betreibt der Dritte lediglich eine Informationsseite, die ihrerseits unter dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 GG steht. Wenn die im Angebot des Beklagten gehostete Website verschwindet, ist die Software an vielen weiteren Stellen und insbesondere bei GitHub selbst abrufbar. Jeder Internetnutzer kann die Software noch heute u.a. über folgende deutschsprachigen Websites herunterladen:

- chip.de
- heise.de
- de.wikipedia.org
- computerbild.de
- winfuture.de
- focus.de

Die Seiten sind wesentlich reichweitenstärker und suchmaschinenoptimierter als die Seite youtube-dl.org. Ferner werben die Drittangebote teilweise damit, dass der Download bei ihnen wegen eines Virenschutzes besonders sicher sei. Warum ein Nutzer ausgerechnet die von dem Beklagten gehostete Seite aufsuchen sollte, wenn zugleich seriöser gestaltete und dem Nutzer

bekannte Verlagsangebote existieren und aus welchem Grund ein besonderer Handlungsunwert im Hosting durch den Beklagten liegen soll, ist nicht zu erklären.

Zudem stellt die Software youtube-dl nicht das einzige Instrument dar, dessen sich YouTube-Nutzer bedienen können, um Videos herunterzuladen. Eine Risikoerhöhung geht mit der Handlung des Beklagten – der Zurverfügungstellung von Speicherplatz – demnach nicht einher.

- b) Noch viel weniger zurechenbar ist ein etwaiger Taterfolg in Bezug die Verurteilung im Tenor zu 1. Hier geht es nicht um das Hosting eines Links auf das Hosting-Angebot eines Dritten, sondern um das Tun eines weiteren selbständig handelnden Dritten, mit dem der Beklagte in keinerlei Verbindung steht, nämlich eines YouTube-Nutzers, der über die Drittwebsite youtube-dl.org zu GitHub gelangt, sich dort eine Software herunterlädt und schließlich unter Millionen bei YouTube verfügbarer Musikaufnahmen sich ausgerechnet die streitgegenständlichen Aufnahmen aussucht, um diese – abermals lebensnah – als Privatkopie zu speichern. Dem Landgericht ist darin nicht zu folgen. Der Beklagte hat durch sein Verhalten keine spezifische und keine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, die sich im eingetretenen Erfolg realisiert hat.
- c) Wir fassen zur Verdeutlichung zusammen: Das Landgericht rechnet dem Beklagten als Gehilfe einen Taterfolg deswegen objektiv zu, weil
- (1) auf einem von ihm zur Verfügung gestellten Speicherplatz
 - (2) ein eigenverantwortlich handelnder Dritter
 - (3) eine Informationsseite betreibt, auf der dieser
 - (4) einen Link gesetzt hat,
 - (5) der zu einem anderen Angebot führt,
 - (6) auf dem eine Software zum Download bereit gehalten,

- (7) nach Abschluss eines DMCA-Verfahrens als rechtskonform eingestuft wurde,
- (8) die es nur unter anderem ermöglicht,
- (9) YouTube-Videos downzuladen,

wobei im Hinblick auf den Tenor zu 1. hinzukommen muss, dass

- (10) ein weiterer Dritter die Website youtube-dl.org besucht,
- (11) dieser weitere Dritte dort einen bestimmten Link anklickt,
- (12) die Software youtube-dl vom Angebot GitHub herunterlädt,
- (13) bei youtube.com unter Millionen verfügbarer Musikaufnahmen ausgerechnet konkret einen der streitgegenständlichen Titel sucht und
- (14) durch Eingabe der youtube-URL mittels der zuvor installierten Software einen dieser Titel herunterlädt.

Das kann nicht verfangen. Die Auffassung des Landgerichts begründet in Wahrheit eine Gefährdungshaftung für das Betreiben eines Webhosting-Dienstes. Sie ist daher abzulehnen.

III. Kein Gehilfenvorsatz

Darüber hinaus fehlt es dem Beklagten an dem erforderlichen doppelten Gehilfenvorsatz.

- 1. Die Voraussetzungen einer Verantwortlichkeit gemäß § 10 TMG sind nicht erfüllt. Auch nach Erhalt der Abmahnung hatte der Beklagte keine Kenntnis von einer rechtswidrigen Handlung.

Nach richtiger Ansicht kann eine Verantwortlichkeit für einen Drittinhalt nur bei einer positiven Rechtskenntnis angenommen werden (BeckOK InfoMedienR/Hennemann, 40. Ed. 1.2.2023, TMG § 10; so auch Spindler/Schuster/Hoffmann/Volkman, Recht der elektronischen Medien, § 10, Rn. 25; Spindler/Schmitz/Spindler, Telemediengesetz, § 10, Rn. 29; so wohl

auch EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 109 – Google France; BGH GRUR 2010, 628 Rn. 39 – Vorschaubilder). Der Intermediär muss demnach nicht nur wissen, welcher konkrete Inhalt sich in dem von ihm gehosteten Angebot befindet, sondern auch, dass dieser Inhalt rechtswidrig ist.

Die Abmahnung der Klägerinnen vom 20. September 2020 hat dem Beklagten diese Kenntnis nicht verschafft. Zum einen ist in dieser Abmahnung der Sachverhalt falsch dargelegt: Die streitgegenständliche Software youtube-dl war nicht auf dem Server des Beklagten gespeichert. Sie war dort nur verlinkt. Eine Verlinkung von Informationen ist rechtlich anders zu beurteilen als eine Speicherung derselben. Darüber hinaus sind die Klägerinnen und Klägerinnenvertreter als Interessenvertreter bekannt dafür, einseitig Positionen zugunsten von Rechteinhabern und zulasten der Internetnutzer zu beziehen. Eine kritiklose Übernahme der von dieser Seite geäußerten Rechtsmeinungen verbietet sich. Vielmehr ist eine gesunde Skepsis angebracht. Die Skepsis des Beklagten wird auch durch äußere Umstände bestätigt: Die Software youtube-dl ist noch immer bei zahlreichen, durchweg seriösen Medienanbietern, u.a. chip.de, heise.de oder focus.de, erhältlich. Die YouTube-Videos sind entgegen gesetzlicher Vorgaben nicht mit der Kennzeichnung gemäß § 95d UrhG versehen. In der IT-Fachwelt ist nahezu unumstritten, dass die Rolling Cipher von YouTube keine wirksame technische Schutzmaßnahme darstellt. Dementsprechend ist auch das DMCA-Verfahren gegen GitHub, wo die Software zum Abruf bis heute bereit gehalten wird, ergebnislos eingestellt worden. Vor diesem Hintergrund war und ist der Schluss des Beklagten zwingend, dass die Klägerinnen mit ihrer Abmahnung und der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von youtube-dl schlichtweg falsch liegen.

Da der Beklagte demnach nicht gemäß § 10 TMG verantwortlich ist, scheidet eine Teilnehmerhaftung aus. Doch diese ist auch aus anderen Gründen nicht gegeben, was wir wie folgt begründen:

2. Zunächst muss dem Gehilfen überhaupt bewusst sein, dass der durch seine Handlung eine fremde Tat fördert (BGH NJW-RR 2005, 556). Erforderlich ist die Kenntnis von konkret drohenden Haupttaten (BGH GRUR 2013, 370 Rn. 17 – Alone in The Dark; GRUR 2013, 1030 Rn. 28 – File-Hosting-Dienst; BeckOK UrhR/Reber, 38. Ed. 15.1.2022, UrhG § 97 Rn. 37).

Dies ist in Bezug auf die im Tenor zu 1. ausgeurteilten Verbote evident zu verneinen:

Anders als in Sharehosting-Fällen befinden sich auf dem Server des Beklagten keine Links zu konkreten Musiktiteln, sondern nur ein Link auf ein Drittangebot, wo eine Software heruntergeladen werden kann. Der Beklagte hat keine Kenntnis davon, dass irgendjemand konkret beabsichtigt, die in seinem Hosting-Angebot gespeicherte Website youtube-dl.org aufzusuchen, dort einen bestimmten Link zu klicken, eine Software aus dem Drittangebot GitHub herunterzuladen, um schließlich aus Millionen verfügbarer Musikaufnahmen ausgerechnet die im Tenor zu 1. bezeichneten Musikaufnahmen herunterzuladen. Hierfür gibt es keinerlei objektiven Hinweise. Es fehlt an jeder konkreten Erstbegehungsgefahr.

3. Die Teilnahme an einer fremden Rechtsverletzung erfordert in Bezug auf diese tatbestandlichen Voraussetzungen darüber hinaus einen qualifizierten Vorsatz, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließt (BGH GRUR 2004, 860, 864 – Internet-Versteigerung I mwN). Eine bloß fahrlässige Teilnahme kommt nach allgemeinen Grundsätzen nicht in Betracht (vgl. etwa BGH GRUR 1984, 54 – Kopierläden; Schricker/Loewenheim/Leistner Rn. 63 f.). Eine nur generelle Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen (z.B. auf Plattformen) ist zur Begründung dieses Vorsatzes nicht ausreichend (OLG München ZUM 2017, 679; OLG München GRUR 2016, 612 – Allegro barbaro; OLG München ZUM-RD 2017, 337 – Gray's Anatomy; zum Ganzen

Dreier/Schulze/Spocht-Riemenschneider, 7. Aufl. 2022, UrhG § 97 Rn. 25)

Demzufolge fehlt dem Beklagten der Vorsatz auch im Hinblick auf die Verfügbarmachung der Software youtube-dl auf GitHub durch einen Dritten: Nach hiesiger Auffassung ist Rolling Cipher ohnehin keine wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne von § 95a UrhG (vgl. dazu unten C). Dies ist auch das Ergebnis des DCMA-Verfahrens, das in den USA in Bezug auf die Software geführt wurde. Die gesetzlich vorgesehene Kennzeichnung gemäß § 94d UrhG fehlt. Die Software wird auch in seriösen Drittangeboten (heise.de etc., siehe oben) zum Abruf bereit gehalten.

Auch die Abmahnung der Klägerinnen vom 20. September 2020 (Anlage K 10) hat dem Beklagten die notwendige Kenntnis nicht verschafft. Auf Seite 2 heißt es unter Ziffer 4:

„Sie bieten als Host der Internetseite <https://youtube-dl.org/> Nutzern die Möglichkeit, sich die Software YouTube-DL von Ihrem Server zu verschaffen“

Dies ist unzutreffend. Nutzer konnten sich die Software nicht von dem Server des Beklagten verschaffen. Wie der Beklagte unverzüglich nach Erhalt der Abmahnung durch eine Prüfung der Website nachvollziehen konnte, war die Software seinerzeit nicht auf den Servern des Beklagten gespeichert. Es befand sich dort nur eine Verlinkung zu dem Dienst GitHub. Die Klägerinnen haben den Beklagten demnach von einem falschen Sachverhalt in Kenntnis gesetzt.

C) Rolling Cipher keine wirksame technische Schutzmaßnahme

Die von YouTube verwendete „Rolling Cipher“ ist keine wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne von § 95 a Abs. 1 UrhG.

Dabei kann es dahin stehen, ob die Rolling Cipher als „technische Maßnahme“ im Sinne des § 95a UrhG anzusehen ist. Die Rolling Cipher ist jedenfalls nicht „wirksam“.

Technische Schutzmaßnahmen sind nach der Legaldefinition des § 92a Abs. 2 UrhG wirksam,

soweit durch sie die Nutzung eines geschützten Werkes oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstandes von dem Rechtsinhaber durch eine Zugangskontrolle, einen Schutzmechanismus wie Verschlüsselung, Verzerrung oder sonstige Umwandlung oder einen Mechanismus zur Kontrolle der Vervielfältigung, die die Erreichung des Schutzziels sicherstellen, unter Kontrolle gehalten wird.

Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

I. Nicht „von dem Rechtsinhaber“

Die Rolling Cipher ist kein Kontrollinstrument „der Rechtsinhaber“.

1. Die Rolling Cipher ist keine Technologie der Klägerinnen. Es ist eine von einem Dritten, nämlich der Betreiberin der Plattform YouTube eingesetzte Technologie. Soweit über die Rolling Cipher überhaupt eine Kontrolle ausgeübt wird, dann üben diese in technischer Hinsicht nicht die Klägerinnen aus. YouTube fungiert hier auch nicht als technischer Dienstleister, der die Kontrolle für die Klägerinnen ausübt.
2. YouTube nutzt die mit der Rolling Cipher (ggf.) intendierte Kontrolle für sich selbst aus, nämlich als Anreiz für Nutzer, einen Vertrag über YouTube-Premium abzuschließen. Das Geschäftsmodell von YouTube-Premium besteht im Wesentlichen darin, absichtlich Unannehmlichkeiten für den Nutzer zu schaffen, deren Beseitigung man sich abkaufen lassen möchte. Es handelt

sich um ein klassisches „Freemium“-Modell, bei der die Leistungsfähigkeit im kostenlosen Modell künstlich gedrosselt wird. Im „Urzustand“ ist YouTube von den Unannehmlichkeiten der Werbung und der fehlenden Downloadmöglichkeit befreit. Der psychologische Hintergrund dieses „Freemium“-Modells ist der Folgende:

Bei einer komplett kostenpflichtigen Ausgestaltung des Geschäftsmodells würden Nutzer eines Online-Dienstes nicht „angefixt“, weil sie die Großartigkeit des Angebots nicht erfahren könnten. Die freie Variante wird häufig lediglich zu Werbezwecken eingesetzt, um den User*innen den grundsätzlichen Nutzen des Dienstes vor Augen führen zu können, wobei allerdings weniger Leistungen angeboten werden als im kostenpflichtigen Standard-Repertoire des Dienstes. Die Leistung wird künstlich pessimiert und hinter die eigentlichen Möglichkeiten zurückgesetzt. Mit den Rechteinhabern hatte dies nichts zu tun. Möglicherweise hat sich YouTube in der Folgezeit gegenüber seinen Lizenzgebern verpflichtet, im kostenlosen Bereich die Rolling Cipher aufrecht zu erhalten, wie es von Herrn Dr. Nolte in Anlage K6 bestätigt wurde. Dies rechtfertigt aber nicht den Schluss des Landgerichts, YouTube setze die Rolling Cipher mit der Intention ein, das Herunterladen final zu erschweren. Das Gegenteil ist wahr: Die Rolling Cipher unterstützt YouTube dabei, Nutzer in kostenpflichtige Dienste zu überführen, wo sie nach Abschluss eines Abos die Inhalte herunterladen können.

3. Demnach geht auch der Hinweis der Klägerinnen fehl, YouTube setze mit der Rolling Cipher eine Verpflichtung seiner Lizenzgeber um. Zum einen hat das Landgericht nicht festgestellt, dass es sich bei diesen Lizenzgeberinnen um die hiesigen Klägerinnen handelt. Bereits die Annahme, YouTube setze die Rolling Cipher spezifisch für das Material der Klägerinnen ein, liegt damit fern.

4. Die auf Seite 21 des landgerichtlichen Urteils zitierten Nutzungsbedingungen von YouTube haben mit alledem nur insoweit zu tun, als sie bestätigen, dass Rolling Cipher eben nicht von den Rechtsinhabern (hier: den Klägerinnen) eingesetzt wird, sondern von YouTube. Die Nutzer benötigen wegen § 53 UrhG in aller Regel keine Vervielfältigungsrechte, um die hier in Rede stehenden Vervielfältigungsstücke der streitgegenständlichen Tonaufnahmen anfertigen zu dürfen.

II. Keine „Kontrolle“

§ 95a Abs. 2 UrhG verlangt darüber hinaus, dass durch die Schutzmaßnahme die Nutzung des Werks von dem Rechtsinhaber „unter Kontrolle“ gehalten wird.

1. Daran fehlt es bereits deswegen, weil jedermann jederzeit einen Premium-Vertrag im Dienst YouTube abschließen kann, der dazu führt, dass Titel nicht nur gestreamt, sondern dauerhaft vorgehalten werden können. Ob und mit wem YouTube einen Vertrag abschließt, ist allein Sache von YouTube. Die Rolling Cipher kann und soll dann nicht verhindern, dass Nutzer*innen die Titel nur flüchtig wahrnehmen. Wann demnach die Rolling Cipher ihre Wirkung entfaltet, entzieht sich der Kontrolle jedenfalls der Klägerinnen
2. Nicht „wirksam“ sind technische Schutzmaßnahmen, die mit Kenntnissen umgangen werden können, die einer Vielzahl von Standard-Anwendern vertraut sind, ohne dass sie hierfür über eigene vertiefte Programmiererfahrungen verfügen müssen (Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, 6. Aufl. 2022, UrhG § 95a Rn. 50).

Nach diesen Maßstäben ist Rolling Cipher nicht als wirksam einstuft.

Wie der Beklagte mehrfach vorgetragen hat, kann die Nutzung

der Tonaufnahmen aus dem Grund nicht über die Rolling Cipher kontrolliert werden, weil handelsübliche Browser Funktionen vorhalten, die in wenigen Schritten einen Download des Medieninhalts ermöglichen. Wichtig ist dabei, dass diese Funktionen bereits auf Anwenderebene ansetzen. Auch wenn diese als „Developer Tools“ o.ä. bezeichnet sein mögen, richten diese sich gerade auch an den Durchschnittsnutzer, weil kein Erwerb einer Software, die sich an Profis richtet, erforderlich ist. Es bedarf keiner überdurchschnittlichen IT-Kenntnisse, um über diese Funktionen Downloads aus Streaming-Diensten vorzunehmen.

Einen möglichen Weg beschreibt die Kammer in der angegriffenen Entscheidung ab Seite 23. Aber anders als die Zivilkammer 10 schlussfolgernd meint, hat ein durchschnittlicher Nutzer die Kenntnisse, mit diesen Werkzeugen umzugehen, um ein Herunterladen vorzunehmen:

So muss man bei Einsatz eines Firefox-Browsers zum Herunterladen von Audioinhalten nur das Video in dem Browser öffnen und dann das Menü des Browsers und dort die Anwendung „Web Developer Setting“ öffnen. In der dann erscheinenden Suchmaske muss man alle Daten nach „Audio“ filtern und die erste URL, die „videoplayback“ enthält, kopieren, indem man mit einem Rechtsklick ein Menü öffnen und dort den Befehl „URL kopieren“ anklicken. Diese URL muss in der Adresszeile des Browsers eingefügt werden. Danach müssen lediglich alle Elemente der URL ab „range“ entfernt werden. Dann erhält der Nutzer Zugriff auf die Audiodatei, die er problemlos speichern kann.

Wirksamkeit kann sich nicht allein daraus herleiten, dass Nutzer eine gewisse Anzahl von Arbeitsschritten unternehmen müssen, um einen dauerhaften Download durchzuführen. Alle notwendigen Arbeitsschritte sind öffentlich bekannt und es ist kein Ausdruck von Kontrolle, die durch die technische Maßnahme selbst erzielt werden würde, wenn User*innen nur aus Zeitgründen entscheiden einer glasklaren Anleitung nicht weiter zu folgen.

Mit derartigen Funktionen zum Download von Medienfiles verhält es sich nicht anders als mit dem Ausdrucken von Text-Websites: Die meisten Websites verfügen heute nicht mehr über eine spezifische Druckansicht mit einem eigenen Button für die Öffnung eines individuellen Kontextmenüs. Gleichwohl kann der Nutzer mittels seines Browsers und einiger Anpassungen im Druckmenü das annähernd gleiche Ergebnis erzielen, wie vom Websiteanbieter vorgesehene Druckansicht. Die Möglichkeit, eine Website über den Browser als Textseite auszudrucken, besteht gleichwohl. Ebenso wie im Fehlen einer Druckansicht eine „Kontrolle“ des Rechtsinhabers zu erblicken ist, ist in der Druckfunktion des Browsers eine Umgehung zu erblicken, selbst wenn die Website in ihren Nutzungsbedingungen klarstellt, dass Vielfältigkeiten des Textes nicht gestattet sind.

3. Schließlich können die Rechteinhaber die Nutzung ihrer Tonaufnahmen auch deswegen nicht durch die Rolling Cipher „unter Kontrolle halten“, weil inzwischen zahlreiche Computerprogramme und Browser-Add-Ons vollkommen unbeeinträchtigt auf dem Markt verfügbar sind, die ein Herunterladen von YouTube-Videos ermöglichen. Allein im Firefox-Browser werden auf die Suchanfrage „youtube Download“ 291 Add-Ons angezeigt, das beliebteste hat fast 2.000.000 Nutzer. Wie die Zivilkammer 10 auf Seite 25 der angegriffenen Entscheidung durch die Bezugnahme auf eine Entscheidung der Zivilkammer 8 feststellt, können solche Add-Ons vom durchschnittlichen Nutzer installiert werden, ohne dass hierfür über das Optionsmenü in den Einstellungsbereich gewechselt werden muss.
4. Hinzu kommt, dass der Google-Konzern, der auch YouTube betreibt, selbst das Habitat für Unterschreitung des Mindestschutzes der Rolling Cipher erschaffen hat: Anleitungen zur Umgehung von Rolling Cipher sind über die Google-Suchmaschine auffindbar, mit der Software „Chrome“ hat Google einen eigenen Browser mit implementierten Developer Tools entwickelt, über

den jederzeit Videos von YouTube heruntergeladen werden können. Dadurch hat Google selbst die Kontrolle über die Nutzung an durch Rolling Cipher geschütztem Material an die Nutzer abgegeben.

III. Erreichung des Schutzziels

Technische Schutzmaßnahmen sind gemäß § 95 Abs. 2 S. 2 UrhG nur dann wirksam, wenn sie die „Erreichung des Schutzziels“ sicherstellen. Mit dieser Einschränkung wird zugleich der durchschnittliche Nutzer näher definiert, den die Schutzmaßnahme im Blick hat, um Downloads zu verhindern. Soweit das Schutzziel der Rolling Cipher entgegen den vorstehenden Ausführungen darin bestehen sollte, Downloads zu verhindern, ist die Frage zu stellen, welcher Personenkreis der durchschnittlichen Nutzer überhaupt an Downloads interessiert ist. Denn exklusiv für diese Personengruppe ist die technische Schutzmaßnahme bestimmt.

1. Der erkennende Senat hat in seiner später aus anderen Gründen aufgehobenen Entscheidung vom 20. Februar 2008, 5 U 68/07, die Wirksamkeit anhand des konkreten Schutzziels richtigerweise differenziert betrachtet. Der erkennende Senat führt darin wörtlich aus (OLG Hamburg Urt. v. 20.2.2008 – 5 U 68/07, BeckRS 2009, 28332, beck-online):

„Die Wirksamkeit einer Sicherungsmaßnahme hat sich deshalb ebenfalls ebenso wie die Frage, auf welche Fähigkeiten zur Überwindung von Schutzmechanismen abzustellen ist, stets an dem mit ihr verfolgten Schutzzweck zu orientieren. Hiervon geht ersichtlich auch der Wortlaut von § 95a UrhG aus, wenn in Abs. 2 Satz 2 von solchen technischen Maßnahmen die Rede ist, „die die Einreichung des Schutzziels sicherstellen“ (Hervorhebung durch den Senat). Nicht jede (technische) Maßnahme ist gleichermaßen geeignet, ein Schutzgut in alle denkbaren Richtungen zu sichern. Vielmehr bieten bestimmte (technische) Maßnahmen nur Schutz gegen eine bestimmte Art von Angriffen, wäh-

rend sie gegenüber andersartigen Angriffen nicht oder nicht hinreichend wirksam sind. Diese Selbstverständlichkeit mag ein simples Beispiel aus einem anderen Bereich verdeutlichen: Eine auf Sand gebaute, nur unterhalb der äußeren Begrenzungen gegründete, aber nicht mit einem vollständigen Fundament versehene Festung mit verstärkten Außenmauern bietet wirksamen Schutz gegenüber Eindringlingen, die „von der Landseite“ die äußeren Mauern überwinden wollen. Gegenüber Eindringlingen, die hingegen versuchen, sich mittels eines Tunnels unter den Mauern hindurch in das Innere der Festung vorzugraben, sind die Schutzmechanismen der verstärkten Mauern indes wirkungslos. Insoweit bedarf es zusätzlicher und andersartiger Sicherungen in Form eines flächendeckenden stabilen Fundaments, um auch insoweit ein Eindringen wirksam verhindern zu können“

[Hervorhebung nur hier]

Es ist also bei der Beurteilung der Wirksamkeit konkret herauszuarbeiten, von wem der Angriff kommt. Die Berufung auf einen nicht näher definierten „Durchschnittsnutzer“ des geschützten Angebots genügt nach Auffassung des Senats nicht. Es ist auf die Kenntnisse und Fähigkeiten desjenigen abzustellen, an den sich nicht das Angebot richtet, sondern die Schutzmaßnahme (OLG Hamburg Ur. v. 20.2.2008 – 5 U 68/07, BeckRS 2009, 28332, beck-online):

„Insbesondere ist dem Landgericht darin beizupflichten, dass für die Frage, von welchem Kenntnis- und Erfahrungshorizont des Nutzers bei der Überwindung etwaiger Schutzmechanismen auszugehen ist, nach den Umständen des Einzelfalls zu differenzieren ist. Zwar richtet sich das Angebot der Klägerin unter www...de an jedermann. Dies gilt indessen nicht für die Schutzmaßnahmen zur Verwirklichung des sekundären Schutzziels.“

[Hervorhebung nur hier]

2. Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts krankt daran, dass der „Durchschnittsnutzer“ nicht sorgfältig herausgearbeitet wird. Die Kammer scheint den Durchschnittsnutzer in jedem beliebigem YouTube-Nutzer zu erblicken, der sich nur Videos anschauen möchte, an einem Speichern von audiovisuellen Dateien auf einem lokalen Speicher aber nicht interessiert ist. Dabei verkennt die Kammer, dass die Rolling Cipher – sofern man sie als Instrument zur Verhinderung von Downloads ansieht – gerade zu dem Zweck entwickelt wurde, Nutzer, die an Downloads interessiert sind, von Vervielfältigungen abzuhalten. Und gerade für diese Nutzergruppe ist die Rolling Cipher nicht wirksam. Sie erreicht gerade in der relevanten Gruppe das Schutzziel nicht.

Zutreffend stellt die Zivilkammer 8 des Landgerichts Hamburg in der im angefochtenen Urteil ab Seite 24 zitierten Entscheidung folgende These auf:

Im streitgegenständlichen Fall der Website YouTube ist das Informationsangebot darauf angelegt, mit dem Browser die Videos zu streamen, nicht jedoch herunterzuladen. Aus diesem Grund besteht für einen durchschnittlichen Nutzer im Regelfall kein Anlass, auf Entwicklertools zurückzugreifen.

3. Auf diesen Durchschnittsnutzer beruft sich die Zivilkammer 10 im angefochtenen Urteil. Allerdings ist der dort definierte Durchschnittsnutzer bei der Nutzung seines Browsers nur darauf aus, zu streamen, nicht herunterzuladen. Es liegt in der Natur der Sache, dass er nicht auf „Entwicklertools“ zugreift, weil er nur am Streaming interessiert ist. Nach hiesiger Auffassung mag es diesen „streaming-bejahenden“ Durchschnittsnutzer geben, nur ist dies nicht der Durchschnittsnutzer, den YouTube bei der Entwicklung von Rolling Cipher im Auge hatte.

Denn – wir simplifizieren – der „Streamuser“ ist ein anderer Nutzer-Phänotyp als der „Downloader“.

- a) Der „Streamuser“ ist tatsächlich ein Mainstreamnutzer, der sich nicht für die Untiefen seines Browsers interessiert. Ihm ist lediglich an einem schlichten Mediengenuss gelegen. Er benötigt keine eigenen Dateien auf seiner Festplatte. Er benutzt ohnehin meist sein iPhone oder sein iPad, das ein separates Abspeichern von Mediendateien ohnehin nur unter großen Verrenkungen ermöglicht, weil es keine richtigen Datei-manager gibt. Dieser „Streamer“ benötigt keine Musikfiles, weil er über ein Spotify-Abo oder ein iTunes-Abo verfügt. Um diesen Streamuser brauchen sich also weder die Klägerinnen noch YouTube zu kümmern, wenn es um die Verhinderung von Downloads geht, weil der Streamuser ohnehin keine Dateien herunterlädt, die ihm nur den teuren lokalen Speicher zumüllen.
 - b) Personeller Maßstab für die Beurteilung der Wirksamkeit muss hier vielmehr derjenige, der Interesse an der plattformunabhängigen Verfügbarkeit von Musikvideos und Audiodateien unabhängig von einem Internetzugang hat und – entgegen dem modernen Trend – Musik noch aus körperlichen Dateien konsumiert und sich eine eigene Musikbibliothek aufbaut, die er auf seinem Rechner speichert. Diese Nutzer mögen wir als „Downloader“ bezeichnen, andere bezeichnen sie als: Nerds.
4. Zwar wurde Rolling Cipher für den Nutzer-Phänotyp des „Downloaders“ entwickelt, für diesen ist Rolling Cipher aber nicht wirksam. Denn dieser Phänotyp des Users trachtet gerade nach Downloads und ist bereit, dafür einige geringe Anstrengungen zu unternehmen, solange er kostenlos an Musik kommt. Diese Spielart des „durchschnittlichen Users“ geht selbstverständlich mit öffentlich zugänglichen Anleitungen im Internet um. Die autodidaktische Erweiterung des eigenen Könnens gehört im Rahmen einer weitverbreiteten „Tutorial-Kultur“ zu einem üblichen

Verhalten im digitalen Raum und ist Ausdruck einer zeitgenössischen Umsetzung einer Gebrauchsanweisung durch mediale Gegebenheiten.

Entsprechende Anleitungen finden große Verbreitung und bilden im Zusammenspiel mit marktüblichen Browserfunktionen die Basis für eine unproblematische Umgehung der Rolling Cipher und damit der Verfehlung des Schutzziels. Diese Nutzer müssen lediglich der Anleitung folgen. Es bedarf per se keines „versierten Hackers“. Die originäre Kenntnis ist in Anbetracht der großen Verbreitung von Umgehungshinweisen ebenfalls nicht erforderlich.

D) Verhältnismäßigkeit

Auch die Ausführungen der Kammer zur Verhältnismäßigkeit überzeugen nicht.

Wir verweisen zunächst auf die Ausführungen in der Klageerwiderung ab Seite 37ff. Das Landgericht prüft auf Seite 27 der angegriffenen Entscheidung alternative Möglichkeiten für YouTube, Inhalte zu schützen und kommt zu dem Schluss, dass diese noch einschneidender für die Nutzer wären, weil sie – etwa durch eine Verschlüsselung – noch viel weniger in der Lage wären, YouTube-Inhalte herunterzuladen.

Die vom Landgericht vorgenommene Prüfung ist allerdings nur Teil der gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Kammer konzentriert sich dabei auf den Schutz der YouTube-Inhalte. Es hätte darüber hinaus aber noch prüfen müssen, ob sein auf § 95a Abs. 3 UrhG ausgesprochenes Verbot legale Nutzungsmöglichkeiten der Software youtube-dl übermäßig unterbindet. Dies hat das Landgericht versäumt.

Eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung ist das zwingende Korrektiv für die epische Breite der Tatbestände des § 95a Abs. 3 UrhG. Wer sich auf den Schutz technischer Maßnahmen beruft, muss daher darlegen und beweisen, dass die Rechtsverfolgung verhältnismäßig ist. Auch

wenn man annimmt, dass sämtliche Videos auf YouTube mit wirksamen technischen Maßnahmen geschützt wären, hätten legale Nutzungsmöglichkeiten der Software youtube-dl noch einen erheblichen eigenen Zweck und Nutzen. Dies hatte der Beklagte unter Beweisantritt bereits erstinstanzlich vorgetragen. Die Software youtube-dl unterstützt das Herunterladen von Videos von einer Vielzahl von Webseiten. Das Bestreiten der Klägerinnen mit Nichtwissen ist unerheblich, der Beklagte hat einen Auszug und einen Link zur vollständigen Liste der mehr als 1000 unterstützten Webseiten vorgelegt, ebenso Aussagen von Content Creatoren, Menschenrechts- und Rechtsberatungsorganisationen sowie von Journalisten, die darlegen, dass sie die Software youtube-dl zu verschiedenen rechtmäßigen Zwecken und ausdrücklich auch zum Herunterladen von Inhalten anderer Plattformen und Webseiten nutzen (vgl. Klageerwiderung, S. 4 ff.; Anlagen B2 und B3). Auch das als Anlage B15 vorgelegte Schreiben von WITNESS erbringt aus unserer Sicht den Nachweis, dass die Software youtube-dl zum Herunterladen von Inhalten verschiedener Webseiten, darunter Facebook und Twitter, eingesetzt wird. Wegen der Vielseitigkeit wird die Software youtube-dl beispielsweise auch für Archivzwecke verwendet. Der Hauptzweck der Software youtube-dl ist nicht das Herunterladen von urheberrechtlich geschützten Inhalten von YouTube und deren Konvertierung in Audio-dateien, die Software ist ein echter Multifunktionsdienst, der das Herunterladen von Video- und Audioinhalten von einer großen Zahl von Webseiten und Diensten zu allen möglichen Zwecken erlaubt und auch dazu eingesetzt wird. Dies spiegelt auch der von den Klägerinnen in Bezug genommene Quelltext der Software wider. Im GitHub-Repository sind verschiedene Skripte für das Herunterladen der Inhalte verschiedenster Webseiten und Dienste hinterlegt (Anlage B14), das Skript zum Herunterladen der Inhalte von YouTube ist darunter nur eines von zahlreichen, regelmäßig aktualisierten Skripten. Dies belegt die praktische Relevanz des Einsatzes von youtube-dl für das Herunterladen von Inhalten anderer Webseiten.

Schließlich weisen wir erneut darauf hin, dass die Klägerinnen ihrer Darlegungs- und Beweislast bezüglich der tatsächlichen Nutzung der Software nicht ansatzweise nachgekommen sind. Die Darstellung der

Klägerinnen erschöpft in einem Hinweis auf den Namen der Software und einer unergiebigem Wiederholung der Rechtsauffassung der Klägerinnen, dass YouTube wirksame technische Maßnahmen einsetze.

In diesem Zusammenhang geht die landgerichtliche Entscheidung auch dahingehend fehl, dem Beklagten eine sekundäre Darlegungslast aufzuerlegen: Die Klägerinnen haben den Beklagten als Intermediär, nicht als Täter in Anspruch genommen. Der Beklagte ist weder Produzent noch in die Vertriebsorganisation eingebunden. Anders als der unmittelbar Handelnde und/oder der Täter und anders als die Klägerinnen, die nach einem Verbot der Technologie trachten, hat er keinerlei eigene Erkenntnisquellen über die Nutzungsszenarien der Software. Es ist daher mit dem zivilprozessualen Grundsatz der Waffengleichheit und dem Gleichheitssatz unvereinbar, von dem zivilprozessualen Grundsatz, dass jede Seite die für sie günstigen Tatsachen vorzutragen hat, abzuweichen.

Die Einreichung des Schriftsatzes erfolgt über das besondere elektronische Anwaltspostfach.

[elektronisch unterzeichnet]

Thorsten Feldmann

Rechtsanwalt