

Zur Haftung von YouTube nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB

von Dr. Felix Laurin Stang*

abgedruckt in ZUM 2017, S. 380

I. Einleitung

Haftet YouTube für YouTube-Videos? Die höchstrichterliche Klärung dieser vermeintlich einfachen, nach wie vor aber umstrittenen¹ Frage des geltenden Urheberrechts ist vorerst vertagt, nachdem sich die GEMA und YouTube Anfang November 2016 auf den Abschluss eines Vergleichs geeinigt haben.² In der Folge dieses Vergleichs, der eine Zahlung von YouTube für die Nutzung von Musikwerken auf der Plattform für Vergangenheit und Zukunft vorsieht, hat die GEMA ihre anhängigen Klagen gegen YouTube auf Unterlassung³ und Schadensersatz⁴ zurückgezogen. Der BGH wird auf absehbare Zeit also keine Gelegenheit haben, in dieser für die Verantwortlichkeit von Hosting-Plattformen für sogenannten „User-generated-Content“ prototypischen Sachverhaltskonstellation für Rechtsklarheit zu sorgen.

YouTube bleibt jedoch auch nach dem Vergleich ein Ort der Urheberrechtsverletzungen. Wer in der Suchmaske „Hörbuch“ eingibt, was von der Auto-Complete-Funktion von YouTube auf „Hörbuch komplett“ vervollständigt wird, erhält 197.000 Treffer⁵. Für den Suchbegriff „Serien“ – YouTube schlägt „Serien auf deutsch ganze Folgen“ vor – präsentiert die Plattform 1.120.000 Ergebnisse⁶. Selbst bei einem Abzug von autorisiertem Content ist davon auszugehen, dass ein beträchtlicher Anteil des YouTube-Contents ohne Zustimmung der Rechteinhaber hochgeladen wird. An den Einnahmen, die YouTube durch Einblendung von Werbung in den Videos oder auf der Plattform⁷ erzielt, partizipieren Rechteinhaber in diesen Fällen regelmäßig nicht. Die hochladenden Nutzer

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt bei Raue LLP in Berlin. Der Verfasser dankt Robert Heine, Céline Lalé, Matthias Leistner, Peter Stingel und Hannah Wirtz für Hinweise und Anregungen.

¹ Vgl. zuletzt Ludyga, ZUM 2016, 1013.

² Vgl. Totz, MMR-Aktuell 2016, 382905.

³ Zuletzt OLG Hamburg, ZUM-RD 2016, 83.

⁴ Zuletzt OLG München, ZUM 2016, 447.

⁵ Stand 13. Januar 2017.

⁶ Stand 13. März 2017.

⁷ Stichproben zeigen, dass YouTube neben Werbung in den Videos nach wie vor auch Bannerwerbung an anderen Orten der Plattform zeigt. So erscheint etwa eine Werbung für den Online-Hörbuchanbieter „Audible“ neben der Trefferliste für „Hörbuch komplett“ [Stand 13. Januar 2017]. Der Trefferliste „Serien auf deutsch ganze Folgen“ vorangestellt erscheint eine Werbung für IBM [Stand 13. März 2017]. Daneben monetarisiert YouTube mittlerweile auch seine besonders stark frequentierte Startseite mit Banner- und Videowerbung, etwa für Zalando [Stand 13. März 2017].

handeln meist anonym und YouTube gibt ihre Identitäten nur in seltenen Fällen preis.⁸ Gegen eine eigene täterschaftliche Verantwortlichkeit und eine sich daraus ergebende Zahlungspflicht für die Nutzung der Inhalte konnte sich YouTube bislang bei den Instanzgerichten erfolgreich zur Wehr setzen.⁹ Rechteinhabern bleibt nur die Möglichkeit, eine Beseitigung ihrer Inhalte im Wege des „Notice-and-takedown“-Verfahrens von YouTube zu verlangen sowie nach aktuellem Stand der Rechtsprechung auch die Einhaltung einer aus der Störerhaftung abgeleiteten, in die Zukunft gerichteten Pflicht zur Verhinderung gleichartiger Rechtsverletzungen („Notice-and-staydown“)¹⁰ durchzusetzen. Eine direkte Beteiligung an den Werbeeinnahmen kommt hingegen bisher nur bei freiwilliger Autorisierung des Contents im Rahmen des Partnerprogramms von YouTube in Betracht. Einen Anteil an diesen Einnahmen gibt YouTube jedoch erst ab einer bestimmten Klickzahl bzw. Höhe der Werbeeinnahmen und – mit Ausnahme individueller Absprachen mit großen Vertragspartnern wie der GEMA oder Major Labels – nur in einer von YouTube einseitig festgesetzten Höhe ab¹¹. Einzelnen Rechteinhabern war es damit bislang verwehrt, die Zahlung einer angemessenen, d.h. einer auf Basis uneingeschränkter urheberrechtlicher Verantwortung gerichtlich überprüfaren marktüblichen Vergütung für die Nutzung ihrer Rechte durchzusetzen.

Die Pflicht zur Zahlung einer solchen angemessenen Vergütung ist denkbar im Rahmen einer gesetzlichen Vorschrift, die in der Diskussion über eine Vergütungspflicht von Hosting-Plattformen bisher – soweit ersichtlich – nicht thematisiert wurde: § 816 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Vorschrift regelt die bereicherungsrechtliche Herausgabepflicht des Begünstigten einer unentgeltlichen Verfügung durch einen Nichtberechtigten, die gegenüber dem Berechtigten wirksam ist. Sie könnte im Zusammenhang mit dem Hochladen fremder urheberrechtlich geschützter Werke durch Nutzer auf Plattformen wie YouTube zum Tragen kommen. Dafür müssten die Nutzer, die Werke bei YouTube hochladen, als Nichtberechtigte gegenüber dem Plattformbetreiber eine Verfügung über diese Werke treffen. Diese Verfügung müsste zum einen gegenüber den Rechteinhabern wirksam und zum anderen unentgeltlich sein. Dies soll nachfolgend untersucht werden.

II.

Anwendungsbereich des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB

§ 816 Abs. 1 S. 2 BGB ist nach herrschender Meinung ein Sonderfall der bereicherungsrechtlichen Durchgriffshaftung.¹² Als Anwendungsfall der ansonsten im BGB zurückgedrängten Versionsklage¹³ durchbricht die Vorschrift in ihrem traditionellen Anwendungsbereich den Grundsatz der

⁸ Vgl. hierzu etwa OLG München, ZUM-RD 2012, 88.

⁹ OLG Hamburg, ZUM-RD 2016, 83; OLG München, ZUM 2016, 447; allein das LG Hamburg entschied in einem später aufgehobenen Urteil, YouTube hafte als Täter für Urheberrechtsverletzungen aufgrund eines Zu-Eigen-Machens der Inhalte, vgl. LG Hamburg, MMR-2010, 833.

¹⁰ OLG Hamburg, ZUM-RD 2016, 83; vgl. hierzu auch BGH, ZUM 2013, 288, Rn. 32 – Alone in the Dark.

¹¹ Nach aktuellem Stand zahlt YouTube im Rahmen der Bestimmungen des YouTube-Partnerprogramms 55% der Netto-Werbeeinnahmen, jedoch erst bei Erreichen der Summe von 100 USD.

¹² Vgl. Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, 2002, S. 263; NK-BGB/von Sachsen Gessaphe, 3. Aufl. 2016, BGB § 816 Rn. 23.

¹³ Vgl. Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, 2002, S. 263. NK-BGB/von Sachsen Gessaphe, 3. Aufl. 2016, BGB § 812 Rn. 128 sowie § 816 Rn. 23

Kondiktionsfestigkeit des gutgläubigen Erwerbs beweglicher und unbeweglicher Sachen.¹⁴ Trotz der (sachenrechtlichen) Wirksamkeit des Erwerbs ist der unentgeltliche Erwerber herausgabepflichtig. Er erscheint weniger schutzwürdig, weil sich sein Erwerb auf Kosten des Berechtigten als unverdientes Geschenk darstellt, das ihm nicht verbleiben darf.¹⁵

Die Vorschrift hat auch außerhalb der Fallkonstellation des gutgläubigen Erwerbs Bedeutung. Der Grund hierfür liegt darin, dass auch zunächst unwirksame Verfügungen eines Nichtberechtigten nachträglich wirksam werden können, etwa durch eine Genehmigung des Berechtigten nach §§ 185 Abs. 2 S. 1, 184 Abs. 1 BGB.¹⁶ Nach allgemeiner Auffassung wird der unberechtigt Verfügende durch eine solche rückwirkende Genehmigung nicht zum Berechtigten.¹⁷

Die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung einer zunächst unwirksamen Verfügung weitet den Anwendungsbereich des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auch auf Verfügungen über Rechte aus, deren gutgläubiger Erwerb anders als im Sachenrecht nicht in Betracht kommt.¹⁸ Ein Rechteinhaber kann bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen den Kreis der Anspruchsgegner durch nachträgliche Genehmigung einer rechtswidrigen Verfügung über seine Rechte erweitern und anstelle der Inanspruchnahme des Verfügenden beim Begünstigten der Verfügung den Gegenwert des Erlangten abschöpfen.¹⁹ § 816 Abs. 1 S. 2 BGB kommt damit auch für urheberrechtliche Sachverhalte in Betracht. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschrift ergibt sich dabei aus § 102a UrhG.

Obwohl die Anwendung der bereicherungsrechtlichen Vorschriften der §§ 812 ff. BGB auf urheberrechtliche Sachverhalte anerkannt ist, kam der Herausgabeanspruch des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB im urheberrechtlichen Kontext bislang nur selten zum Tragen. Die – soweit ersichtlich – einzig veröffentlichten Entscheidungen stammen vom LG Köln und nachgelagert vom OLG Köln aus dem Jahr 1998.²⁰ Klägerin war die VG Bild-Kunst. Sie verlangte von einem Kunstbuchverlag Zahlung einer Vergütung für die Nutzung von Werken aus ihrem Repertoire für den Band „Kunst des 20. Jahrhunderts – Museum Ludwig Köln“. Die Urheber, deren Rechte ausschließlich zur Wahrnehmung bei der VG Bild-Kunst lagen, hatten sich gegenüber dem Verlag mit einer unentgeltlichen Veröffentlichung und Verbreitung ihrer Werke einverstanden erklärt. Die VG Bild-Kunst stellte sich auf den Standpunkt, dass diese Einverständniserklärungen aufgrund der bereits ausschließlich bei der VG Bild-Kunst liegenden Rechte Verfügungen von Nichtberechtigten seien – und bekam Recht. Im Ergebnis hatte der Kunstbuchverlag der VG Bild-Kunst knapp 20.000 € fiktive Lizenzgebühren zu bezahlen, die diese wiederum an die wahrnehmungsberechtigten Urheber der veröffentlichten Kunstwerke ausschütten konnte.

¹⁴ Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, § 816 Rn. 12.

¹⁵ MüKoBGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, BGB § 816 Rn. 61; Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, § 816 Rn. 12.

¹⁶ Vgl. RGZ 106, 44, 45; RGZ 115, 31, 34; BGH, GRUR 1955, 447, 449 – „Pechmarie“.

¹⁷ MüKoBGB/Bayreuther, 7. Aufl. 2015, BGB § 185 Rn. 43; Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, § 816 Rn. 7.

¹⁸ Vgl. hierzu etwa für das Urheberrecht BGH, GRUR 1952, 530, 531.

¹⁹ Strittig ist, ob dem Berechtigten neben § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auch gegen den unberechtigt Verfügenden Ansprüche nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen (zum Streitstand Staudinger/Lorenz, Neubearbeitung 2007, § 816 Rn. 27).

²⁰ OLG Köln, ZUM 1998, 505; die erstinstanzliche Entscheidung des LG Köln ist abgedruckt in ZUM 1998, 168.

Für den hier untersuchten Zusammenhang ist das Urteil neben der unproblematischen Anwendbarkeit des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB für das Urheberrecht vor allem im Hinblick auf den Begriff der Unentgeltlichkeit von Bedeutung. Obwohl der Verlag für die Herstellung und Verbreitung des Kunstbandes Investitionen tätigte, die auch den Künstlern Vorteile brachten, weil die Verbreitung ihnen Bekanntheit verschaffte, hatten weder das LG Köln noch das OLG Köln durchgreifende Zweifel an der Unentgeltlichkeit der Einwilligungen in die Veröffentlichung. Diese Erkenntnis wird im Zusammenhang mit den Verfügungen von Rechten an YouTube im Folgenden noch eine Rolle spielen.

III.

Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 2 auf YouTube

1. Verfügung eines Nichtberechtigten

Unter einer Verfügung im Sinne des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB ist nach allgemeiner Definition ein Rechtsgeschäft zu verstehen, durch das bestehende Rechte aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert werden²¹. Gegenstand der Verfügung können Sachen oder Rechte sein.²² Unter den Begriff der Verfügung fällt damit auch die Einräumung von Nutzungsrechten an urheberrechtlichen Schutzgegenständen.²³ Dies schließt die Einräumung einfacher Nutzungsrechte mit ein, da diese nach zutreffender Ansicht des BGH nicht lediglich schuldrechtlichen, sondern – wie ausschließliche Nutzungsrechte auch – dinglichen Charakter haben.²⁴

Regelungen zur Rechteeinräumung finden sich in den allgemeinen Nutzungsbedingungen von Google²⁵, die Nutzer von YouTube bei aktiver Nutzung der Dienste akzeptieren müssen, sowie in den YouTube-Nutzungsbedingungen²⁶. Keine Rechteeinräumung enthalten hingegen die

²¹ BGH, NJW 1999, 1026, 1027; MüKoBGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, BGB § 816 Rn. 9 u. 62.

²² NK-BGB/von Sachsen Gessaphe, 3. Aufl. 2016, BGB § 816 Rn. 6.

²³ Vgl. BGH, GRUR 1999, 579, 580 – Hunger und Durst; OLG Köln, ZUM 1998, 505.

²⁴ BGH, GRUR 2009, 946, 948 – Reifen Progressiv, Rn. 20.

²⁵ Abrufbar unter <https://www.google.de/intl/de/policies/terms/regional.html> [zuletzt abgerufen am 13. März 2017]. Den Google-Nutzungsbedingungen müssen Nutzer bei der Anlegung eines Nutzerkontos zustimmen, was erforderlich ist, um Inhalte auf YouTube hochladen zu können. Die relevanten Passagen in den allgemeinen Nutzungsbedingungen von Google zur Rechteeinräumung lauten wie folgt: „Indem Sie urheberrechtlich oder sonst rechtlich geschützte Inhalte in unsere Dienste einstellen, räumen Sie Google und den zur Google Gruppe gehörenden Unternehmen sowie den Vertragspartnern von Google unentgeltlich die notwendigen, nicht ausschließlichen, weltweiten und zeitlich unbegrenzten Rechte ein, diese Inhalte ausschließlich zum Zweck der Erbringung des jeweiligen Dienstes und lediglich in dem dafür nötigen Umfang zu nutzen. Damit Google den jeweiligen Dienst anbieten kann, müssen die Inhalte zum Beispiel gespeichert und auf Servern gehostet werden. Das Nutzungsrecht umfasst daher insbesondere das Recht, die Inhalte technisch zu vervielfältigen. Weiterhin räumen Sie Google das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung Ihrer Inhalte ausschließlich für den Fall ein, dass Sie wegen der Natur des jeweiligen Dienstes eine öffentliche Zugänglichmachung beabsichtigen oder Sie ausdrücklich eine öffentliche Zugänglichmachung bestimmt haben.“

²⁶ Abrufbar unter <https://www.youtube.com/t/terms> [zuletzt abgerufen am 13. März 2017]. Die für die Rechteeinräumung relevante Passage in den Nutzungsbedingungen von YouTube lautet:

„10.1 Indem Sie Nutzerübermittlungen bei YouTube hochladen oder posten, räumen Sie A. YouTube eine weltweite, nicht-exklusive und gebührenfreie Lizenz ein (mit dem Recht der Unterlizenzierung) bezüglich der Nutzung, der Reproduktion, dem Vertrieb, der Herstellung derivativer Werke, der Ausstellung und der Aufführung der Nutzerübermittlung im Zusammenhang mit dem Zur-Verfügung-Stellen der Dienste und anderweitig im Zusammenhang mit dem Zur-Verfügung-Stellen der Webseite und YouTubes Geschäften, einschließlich, aber ohne Beschränkung auf Werbung für und den Weitervertrieb der ganzen oder von Teilen der Webseite (und auf ihr basierender derivativer Werke) in gleich welchem Medienformat und gleich über welche Verbreitungswege;“

Google-AdSense-Online-Nutzungsbedingungen sowie die Bestimmungen des YouTube-Partnerprogramms, die beide erst akzeptiert werden müssen, wenn die Videos auf Wunsch der hochladenden Nutzer durch Einblendung von Werbung monetarisiert werden sollen²⁷.

Lässt man die teilweise vorgebrachten Zweifel an ihrer AGB-rechtlicher Wirksamkeit²⁸ beiseite, räumen Nutzer YouTube nach den vorgenannten Nutzungsbedingungen durch das Hochladen von Videomaterial das weltweite, nicht-ausschließliche Recht zu dessen Nutzung im Rahmen der Plattform ein, insbesondere zur Speicherung, öffentlichen Zugänglichmachung sowie zur Verbindung der Videos mit Werbung.²⁹ Auch wenn die Rechteübertragung jederzeit widerruflich ist, ermöglicht sie YouTube bis zu einem Widerruf insbesondere, im Umfeld der zum Abruf per Streaming angebotenen Videos Werbung zu vermarkten.

Abgesehen von Videos, die Rechteinhaber selbst bei YouTube hochladen oder autorisieren, handelt es sich bei den Einräumungen dieser Rechte durch die Nutzer um Verfügungen durch Nichtberechtigte iSd. § 816 Abs. 1 S. 2 BGB. Nach dem auch für bereicherungsrechtliche Ansprüche geltenden Schutzlandprinzip³⁰ ist § 816 Abs. 1 S. 2 BGB anwendbar im Hinblick auf denjenigen Teil der weltweiten Rechteinräumung, der sich auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland bezieht.

2. Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Berechtigten und Unmittelbarkeit

Die Einräumung von Nutzungsrechten an YouTube durch Nichtberechtigte ist für sich betrachtet von vornherein unwirksam, da das deutsche Recht keinen gutgläubigen Rechteerwerb kennt. Wie bereits erläutert, haben Rechteinhaber aber die Möglichkeit, die Rechteinräumungen nachträglich nach §§ 185 Abs. 2 S. 1, 184 Abs. 1 BGB zu genehmigen.³¹ Die Genehmigung kann dabei auch konkludent erfolgen, etwa in Form der Erhebung einer Zahlungsklage.³² Sie kann nach § 158 Abs. 2 BGB zudem auf die Vergangenheit beschränkt werden. Eine Genehmigung der Rechteinräumung hat damit nicht zwingend eine völlig Aufgabe der Rechte zur Folge. Vielmehr kann zum Zwecke der reinen Vermögensabschöpfung bei bereits erfolgter Rechtsverletzung eine zeitlich beschränkte Teilgenehmigung erfolgen und mit einer Beseitigungsaufforderung im Rahmen des „Notice-and-Takedown“-Verfahrens von YouTube oder prozessual mit der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen für die Zukunft kombiniert werden.

²⁷ Die Google-AdSense-Online-Nutzungsbedingungen sind abrufbar unter <https://www.google.com/adsense/localized-terms?hl=de> [zuletzt abgerufen am 13. März 2017]. Nach Ziffer 7 erwirbt ausdrücklich keine der Vertragsparteien geistige Eigentumsrechte. Die Bestimmungen des YouTube-Partnerprogramms werden eingeblendet, wenn man die Monetarisierung eines YouTube-Kanals aktiviert.

²⁸ Vgl. etwa Solmecke/Dam, MMR 2012, 71.

²⁹ Siehe oben Fn. 25 und 26.

³⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO iVm. Art. 13 Rom II-VO, vgl. hierzu Grünberger, in Hüßtege/Mansel, BGB, Rom-Verordnungen – EuErbVO – HUP, 2. Aufl. 2015, Art. 13 Rn. 1; zur alten Rechtslage BGH, NJW 1998, 1395.

³¹ Siehe hierzu bereits oben unter A.III.2

³² BGH, NJW 1989, 2622, 2624 mwN; BGH, GRUR 2005, 670, 671.

3. Unentgeltlichkeit der Verfügung

Zentraler Begriff des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB, der üblicherweise die größten Schwierigkeiten bei der Anwendung der Vorschrift bereitet, ist die Unentgeltlichkeit der Verfügung.³³ Die Auslegung des Begriffes durch Rechtsprechung und Literatur ist weder einheitlich noch in allen Einzelheiten geklärt. Im Wesentlichen lassen sich jedoch zwei Gegenpositionen unterscheiden.³⁴

a) Rechtsgeschäftlicher und ökonomischer Unentgeltlichkeitsbegriff

Bei einer *rechtsgeschäftlichen* Auslegung des Unentgeltlichkeitsbegriffs des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB ist unter Rückgriff auf die im Schenkungsrecht nach § 516 BGB geltende Definition maßgeblich, ob sich die Parteien über die Unentgeltlichkeit der Verfügung geeinigt haben.³⁵ Entscheidend ist dafür der Inhalt der *causa* der Verfügung.³⁶ In Betracht kommen sämtliche Verträge, bei denen keine synallagmatische, kausale oder konditionale Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung besteht³⁷, wobei die Gegenleistung für die Verfügung nicht notwendiger Weise in einer Geldzahlung bestehen muss.³⁸ Dies sind in erster Linie die gesetzlich vertypen unentgeltlichen Verträge, insbesondere die Schenkung,³⁹ sowie daneben auch die gesetzlich nicht vertypen Gefälligkeitsverhältnisse, sofern ein entsprechender rechtsgeschäftlicher Bindungswille der Parteien besteht.⁴⁰ Der mangels Entgeltlichkeit eingeschränkte Schutz des Vertrauens auf das Behaltendürfen der Leistung, der sich in § 816 Abs. 1 S. 2 BGB widerspiegelt, gehört hier zu den typischen Strukturmerkmalen der Rechtsgeschäfte.⁴¹

Bei einem *ökonomisch* orientierten Verständnis des Unentgeltlichkeitsbegriffs, das auch den wenigen Urteilen des BGH zu § 816 Abs. 1 S. 2 BGB zugrunde liegt,⁴² ist primär

³³ Vgl. Staudinger/Lorenz, Neubearbeitung 2007, § 816 Rn. 28.

³⁴ Übersicht bei Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, 2002, S. 273. Der nur vereinzelt vertretene dritte Begründungsansatz, wonach ein Anspruch gegen den Erwerber immer dann gestattet ist, wenn der Anspruch gegen den Nichtberechtigten ins Leere geht, hat sich nicht durchgesetzt und soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden, vgl. hierzu eingehend Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, 2002, S. 269 ff.

³⁵ Siehe Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, § 816 Rn. 14; Jauernig/Stadler, 16. Aufl. 2015, BGB § 816 Rn. 19; Martinek, in: Herberger/Martinek/Rüßmann, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 816 Rn. 31; Jülch, JA 2012, 326, 328; Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, 2002, S. 291.

³⁶ Jülch, JA 2012, 326, 328; Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, § 816 Rn. 14; Martinek, in: Herberger/Martinek/Rüßmann, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 816 Rn. 31. Die in den Nutzungsbedingungen getroffene Rechtswahl kann für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit im Rahmen des Anspruchs nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB, für dessen Anwendung das Schutzlandprinzip gilt, dabei allerdings keine Rolle spielen, da vom Schutzland nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO gem. Art. 8 Abs. 3 Rom II-VO nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann (nach Art. 13 Rom II-VO auch für bereicherungsrechtliche Ansprüche; zur alten Rechtslage BGH NJW 1998, 1395, 1396).

³⁷ Vgl. BeckOGK/Herresthal (Stand 1.1.2017) BGB § 311 Rn. 42.

³⁸ Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, § 516 Rn. 8 mwN.

³⁹ Also die Schenkung (§ 516 BGB), einschließlich der gemischten Schenkung, die Leihe (§ 598 BGB), der Auftrag (§ 662 BGB), die unentgeltliche Verwahrung (§ 690 BGB), die Bürgschaft (§ 765 BGB) sowie das unverzinsliche Darlehen (§ 488 BGB), vgl. BeckOGK/Herresthal (Stand 1.1.2017) BGB § 311 Rn. 42.

⁴⁰ BeckOGK/Herresthal (Stand 1.1.2017) BGB § 311 Rn. 42.

⁴¹ Lorenz/Eichborn, JuS 2017, 6, 7.

⁴² Siehe vor allem BGH, JZ 1954, 360 sowie BGHZ 37, 363, 369 allerdings teilweise korrigiert durch BGHZ 47, 393; zur Einordnung insgesamt Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, 2002, S. 273f.

darauf abzustellen, ob der Begünstigte den Gegenstand erlangt hat, ohne als Gegenleistung dafür etwas aus seinem Vermögen aufzuopfern, was von wirtschaftlichem Wert ist und daher vom Berechtigten beim Nichtberechtigten abgeschöpft werden kann.⁴³ Hierbei ist nach überwiegender Auffassung auf die Sicht des Begünstigten der Verfügung abzustellen.⁴⁴ Eine die Unentgeltlichkeit ausschließende Gegenleistung kann auch hier nicht-finanzieller Art sein.⁴⁵

Auch bei einem mehr ökonomischen Verständnis des Unentgeltlichkeitsbegriffs spielt der Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen Nichtberechtigtem und Erwerber eine nicht unerhebliche Rolle. Dies wird in der zweiten sog. „Spielbank“-Entscheidung des BGH deutlich. Zu entscheiden war, ob die Zahlung eines (zuvor veruntreuten) Geldbetrags an eine Spielbank im Rahmen eines Glücksspiels als entgeltliche oder unentgeltliche Verfügung anzusehen ist. Anders als noch in seiner ersten „Spielbank“-Entscheidung⁴⁶ verneinte der BGH die Unentgeltlichkeit. Zur Begründung führte er aus, dass dem Spielenden bei gültigem Spielvertrag als Gegenleistung für die Zahlung des Einsatzes eine Gewinnchance eingeräumt werde.⁴⁷ Die noch in der ersten Spielbank-Entscheidung hervorgehobene wirtschaftliche Wertlosigkeit einer nichtverwirklichten Gewinnchance für den Berechtigten wird nach Auffassung des BGH durch die konkrete vertraglich wirksame Absprache einer Gegenleistung überlagert.

b) Übertragung auf den Betrieb der Plattform YouTube

Überträgt man die dargestellten Grundsätze auf die Einräumung von Nutzungsrechten an YouTube durch die hochladenden Nutzer, ergeben sich daraus folgende Konsequenzen: Legt man den rein rechtsgeschäftlichen Unentgeltlichkeitsbegriff zugrunde, stellt sich in erster Linie die Frage, welche Rechtsnatur die Vereinbarung zwischen YouTube und den Nutzern über die Einräumung von Rechten hat (hierzu unter aa). Bei Zugrundelegung des ökonomischen Unentgeltlichkeitsbegriffs ist daneben zu untersuchen, ob YouTube aus eigener Sicht für die Einräumung der Nutzungsrechte eine Gegenleistung erbringt, die einen wirtschaftlichen Wert darstellt und daher vom Berechtigten abgeschöpft werden kann (hierzu unter bb).

⁴³ BGHZ 37, 363, 369; nur bezüglich der konkreten Anwendung auf den Einzelfall teilweise wieder eingeschränkt durch BGHZ 47, 393; BeckOK BGB/Wendehorst BGB, 41. Edition, § 816 Rn. 8; NK-BGB/vonSachsen Gessaphe, 3. Aufl. 2016, BGB § 816 Rn. 28; Buck-Heeb, in: Ermann, BGB, 14. Aufl. 2014, § 816 Rn. 12; wohl auch MüKoBGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, BGB § 816 Rn. 63.

⁴⁴ BGH JZ 1954, 360; BGHZ 37, 363, 369 allerdings teilweise korrigiert durch BGHZ 47, 393; dem allgemein zustimmend: Staudinger/Lorenz, Neubearbeitung 2007, § 816 Rn. 28; Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, § 816 Rn. 14; Herberger/Martinek/Rüßmann/Martinek, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 816 Rn. 31.

⁴⁵ Allgemeine Auffassung, vgl. nur BGH NJW 2009, 2737.

⁴⁶ BGHZ 37, 363, 369.

⁴⁷ BGHZ 47, 393.

aa) Rechtsverhältnis zwischen YouTube und den Nutzern

Die rechtliche Diskussion über die Einordnung der Verträge zwischen Anbietern und Nutzern von Internetplattformen, insbesondere von sozialen Netzwerken, zu denen im weiteren Sinne auch YouTube gezählt werden kann, ist nach wie vor nicht abgeschlossen.⁴⁸ Im Wesentlichen sind zwei Gegenpositionen zu unterscheiden:

Ein Teil der Literatur geht von einem zweigeteilten Nutzungsverhältnis aus⁴⁹. Den ersten selbständigen, unentgeltlichen sowie einseitig verpflichtenden Teil bildet dabei die kostenlose Nutzung der Infrastruktur.⁵⁰ Den zweiten, davon unabhängigen Teil stellen die Leistungen der Nutzer an den Plattformbetreiber dar, wie etwa die datenschutzrechtliche Einwilligung oder eben auch die Rechteeinräumung.⁵¹

Nach anderer, wohl überwiegender Auffassung ist das Rechtsverhältnis zwischen Plattformbetreiber und Nutzer als einheitlicher Austauschvertrag zu bewerten, der die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Anbieter und Nutzer regelt, und zwar auch dann, wenn der Dienst kostenlos angeboten wird.⁵² Nach dieser Ansicht ist die Rechteeinräumung eine Gegenleistung für das Bereitstellen der Infrastruktur.⁵³

Beide Auffassungen können in ihrer Pauschalität nicht überzeugen. Eine generelle Zuordnung von Nutzungsbedingungen zu einer der beiden genannten Kategorien verbietet sich schon aufgrund der damit einhergehenden Unschärfe. Vielmehr sind der Vertragstyp und die mit ihm verbundene mögliche Unentgeltlichkeit des Vertrages oder einzelner vertraglicher Leistungen in jedem Einzelfall durch Auslegung des Leistungsumfangs und ihrer vertraglichen Verknüpfung miteinander zu ermitteln.⁵⁴

Untersucht man vor diesem Hintergrund die relevanten Nutzungsbedingungen von Google und YouTube, so fällt zunächst auf, dass die Rechteeinräumung von YouTube als Empfänger der Verfügung selbst als „gebührenfrei“ und sogar –

⁴⁸ Dieser Befund von Bräutigam, MMR 2012, 635 trifft nach wie vor zu.

⁴⁹ Vgl. Redeker, in: Hoeren et. al, Multimedia-Recht, 43. EL 2016, Teil 12 Rn. 415 ff.; Schwenke, WRP 2013, 37, 38; wohl auch Habel MMR 2008, 71, 74; hierzu kritisch Bräutigam, MMR 2012, 635, 636.

⁵⁰ Redeker, in: Hoeren et. al, Multimedia-Recht, 43. EL 2016, Teil 12 Rn. 422 ff.

⁵¹ So etwa Redeker, in: Hoeren et. al, Multimedia-Recht, 43. EL 2016, Teil 12 Rn. 415 ff.; wohl auch Habel MMR 2008, 71, 74.

⁵² Vgl. Bräutigam, MMR 2012, 635, 639f.; Bräutigam/v.Sonnleithner, in: Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, 1. Aufl. 2015, S. 43 Rn. 18; Jandt/Roßnagel, MMR 2011, 637, 639, Fn. 24.

⁵³ Schwenke, WRP 2013, 37, 38; Müller-Riemenschneider in Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 1. Aufl. 2017, Rn. 14; Bräutigam/v.Sonnleithner, in: Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, 1. Aufl. 2015, Kapitel 3.2.3, Rn. 18; in diese Richtung im Hinblick auf Daten auch Art. 3 Abs. 1 des Vorschlages der EU-Kommission für eine „Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“ vom 9. Dezember 2015, hierzu eingehend Metzger, AcP 2016, 817, 833 ff.

⁵⁴ In diese Richtung auch Bräutigam/v.Sonnleithner, in: Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, 1. Aufl. 2015, Kapitel 3.2.3, Rn. 14.

insoweit dem Wortlaut des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechend – als „unentgeltlich“ bezeichnet wird.⁵⁵

Weiter fällt auf, dass die Nutzungsbedingungen zwar an anderer Stelle von der Zurverfügungstellung von Diensten durch YouTube sprechen und die Bedingungen hierfür als „rechtlich bindende Vereinbarung“⁵⁶ regeln. Interessanterweise enthalten die Nutzungsbedingungen jedoch keine Regelungen über eine *Pflicht* von YouTube, die Dienste zur Verfügung zu stellen geschweige denn, dies als Gegenleistung für die Erbringung von Leistungen des Nutzers, wie etwa die Datenschutzeinwilligung oder die Einräumung von Nutzungsrechten, zu tun. Bei genauer Betrachtung enthalten die Nutzungsbedingungen überhaupt keine Pflicht von YouTube zur Erbringung einer Leistung. Im Gegenteil behalten sich Google und YouTube ausdrücklich das Recht vor, ihre Dienste jederzeit einzustellen.⁵⁷ Deren Zurverfügungstellung ist also nicht als Erfolg geschuldet. Vielmehr wird Nutzern lediglich die Erlaubnis eingeräumt, die Dienste zu nutzen.⁵⁸ Angesichts der jederzeitigen Möglichkeit der Einstellung der Dienste ist dabei nicht von einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Einräumung der Erlaubnis auszugehen. Vielmehr gewährt YouTube die Benutzung nach den eigenen Bedingungen rein faktisch, nicht jedoch als einklagbare Leistungspflicht, was angesichts der kaum überschaubaren Anzahl an Nutzern und der Masse an hochgeladenem Content im Hinblick auf die damit verbundenen Haftungsrisiken auch nachvollziehbar ist.⁵⁹

Das Angebot von YouTube gleicht damit in rechtlicher Hinsicht mehr einer allgemeinen Webseite, auf der Informationen freiwillig bereitgehalten werden und für Internetnutzer kostenlos abrufbar sind. Es unterscheidet sich von Host Providern im klassischen Sinn, die Nutzern dauerhaft die Zurverfügungstellung von Speicherplatz schulden und hierfür üblicherweise eine Gebühr verlangen⁶⁰.

⁵⁵ Vgl. oben Fn. 25 und 26.

⁵⁶ YouTube-Nutzungsbedingungen Ziffer 1.3, oben Fn. 26.

⁵⁷ Ziffer 6.5 der YouTube Nutzungsbedingungen (oben Fn. 26) lautet: „Sie nehmen zu Kenntnis und erklären sich damit einverstanden, dass YouTube als Teil dieser ständigen Erneuerung nach ausschließlich eigenem Ermessen (vorübergehend oder dauerhaft) damit aufhören kann, Ihnen oder Nutzern im Allgemeinen die Dienste (oder Funktionen innerhalb der Dienste) zur Verfügung zu stellen, ohne dass Ihnen dies zuvor mitgeteilt wird.“ Auch die Google-Nutzungsbedingungen sprechen davon, dass jeder Dienst eingestellt werden kann (oben Fn. 25).

⁵⁸ So Ziffer 6.1 der YouTube-Nutzungsbedingungen, oben Fn. 26.

⁵⁹ Vgl. zum fehlenden Rechtsbindungswillen bei hohem Haftungsrisiko Lorenz/Eichborn, JuS 2017, 6, 7; zur Pflicht zu Speicherung und Verfügbarkeit bei klassischen Host-Provider-Verträgen etwa Ballhausen/Roggenkamp, in: Kilian/Heussen, Computerrecht, 32. EL 2013, Teil 2 III Rn. 21 ff.; vgl. zu möglichen Änderungen auf die Vertragspflichten durch Verabschiedung und Umsetzung des Vorschlages der EU-Kommission für eine „Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“ vom 9. Dezember 2015 Metzger, AcP 2016, 817, 847f.

⁶⁰ Vgl. zur vertragsrechtlichen Einordnung von klassischen Host-Provider-Verträgen mit der Folge der Pflicht zur Speicherung und Verfügbarkeit Hoeren, in: v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, E-Commerce-Verträge, 30. EL 2011, Rn. 29; v.d. Bussche/Schelinski, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 1. B. Rn. 135; Ballhausen/Roggenkamp, in: Kilian/Heussen, Computerrecht, 32. EL 2013, Teil 2 III Rn. 21 ff.

Mangels Pflicht zur Erbringung einer Leistung durch YouTube lässt sich der Dienst keinem der Vertragstypen mit einklagbaren Hauptleistungspflichten zuordnen. Dies gilt für die teilweise für die Nutzungsbedingungen von Online-Plattformen angedachte Vertragsform der Miete⁶¹ oder des Dienstleistungsvertrags⁶² ebenso wie für den Auftrag⁶³ oder sogar die unentgeltlichen Verträge der Leihe oder Verwahrung, bei der die Gebrauchsüberlassung bzw. Aufbewahrung rechtsverbindlich geschuldet sind. Zutreffend spricht das OLG Hamburg bei dem Verhältnis zwischen YouTube und den hochladenden Nutzern insofern von einer „Einbahnstraße“, da der Nutzer „nur einseitig liefert“ und seine Inhalte nicht im Rahmen eines (Dienstleistungs-)Vertrags „in Verwahrung“ gibt.⁶⁴

Im Ergebnis ist daher von einer zeitlich undefinierten, jederzeit widerruflichen und damit rechtlich unverbindlichen Gebrauchsüberlassung der Dienste von YouTube an seine Nutzer auszugehen.⁶⁵ Sämtliche Bestimmungen in den Nutzungsbedingungen regeln – wie auch der Wortlaut vermuten lässt – dabei nur die Bedingungen der unverbindlich gewährten Nutzung, zu deren Einhaltung sich der Nutzer einseitig bindend verpflichtet. Mangels Pflicht zur Leistung stellt die Gebrauchsüberlassung der YouTube-Dienste an die Nutzer daher keine vertraglich geschuldete Gegenleistung für die Rechteeinräumung durch die Nutzer dar.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht im Falle der Monetarisierung der Inhalte durch Werbung nach entsprechender Aktivierung durch den Nutzer. Zwar sehen die hierfür zusätzlich geschlossenen Vereinbarungen zwischen YouTube und dem Nutzer (Google AdSense Online-Nutzungsbedingungen und Bestimmungen des YouTube-Partnerprogramms) eine Beteiligung des Nutzers an den Werbeeinnahmen von YouTube vor.⁶⁶ Die Zahlung der Werbeeinnahmen ist jedoch vertraglich ebenfalls nicht als Gegenleistung für die Rechteeinräumung ausgestaltet oder mit dieser auf andere Weise rechtlich verknüpft. Die Rechteeinräumung ist nicht Teil dieser Verträge, sondern der Nutzungsbedingungen von YouTube, dort ausdrücklich als „gebührenfrei“ geregelt und außerdem durch das Hochladen der Inhalte bereits abgeschlossen. Im Übrigen enthalten die gesonderten Bedingungen für die Monetarisierung keine rechtliche Verknüpfung mit einer Rechteeinräumung durch den Nutzer. Im Gegenteil: Die Google AdSense Online-Nutzungsbedingungen

⁶¹ In diese Richtung Berberich, MMR 2010, 736, 739.

⁶² Jandt/Roßnagel, MMR 2011, 637, 639, Fn. 24.

⁶³ Vgl. Redeker, in: Hoeren et. al, Multimedia-Recht, 43. EL 2016, Teil 12 Rn. 424.

⁶⁴ OLG Hamburg, MMR 2016, 269, 270.

⁶⁵ Vgl. zu dieser MüKo/Häublein, 7. Aufl. 2016, § 598 Rn. 5.

⁶⁶ Bei den Standardbestimmungen zurzeit 55% der Nettoeinnahmen, die YouTube durch Werbung erhält, die von YouTube oder von einem berechtigten Dritten auf den Video-Wiedergabeseiten oder in dem YouTube-Video Player in Verbindung mit dem Streaming des Inhalts angezeigt oder gestreamt werden. YouTube ist nach diesen Bestimmungen außerdem ausdrücklich nicht verpflichtet, überhaupt Werbung in Verbindung mit Videos anzuzeigen, und kann die Art und das Format von im YouTube-Dienst verfügbaren Anzeigen bestimmen.

regeln explizit, dass die Parteien gerade keine „geistigen Eigentumsrechte“ erwerben. Die Beteiligung an Werbeeinnahmen erfolgt nicht im Gegenzug für die (bereits abgeschlossene) Rechteeinräumung, sondern ausweislich der AdSense-Bedingungen für die Gestattung des Nutzers, Werbung auf der Video-Wiedergabeseite oder im Video selbst anzuzeigen.⁶⁷

Der Rechteeinräumung der Nutzer von YouTube steht damit keine im Vertrag rechtsverbindlich verknüpfte Gegenleistung gegenüber. Sie ist damit im Ergebnis bei rechtsgeschäftlicher Betrachtung als unentgeltlich einzustufen. Diesem Befund entspricht auch die ausdrückliche Bezeichnung der Rechteeinräumung als „unentgeltlich“ bzw. „gebührenfrei“ in den für YouTube geltenden Nutzungsbedingungen.

bb) Vermögensopfer von YouTube von wirtschaftlichem Wert?

Auch bei einer ökonomisch orientierten Betrachtung des Unentgeltlichkeitsbegriffes könnte die Gegenleistung von YouTube zum einen in der Bereitstellung der Dienste, zum anderen in der Beteiligung an möglichen Werbeeinnahmen liegen.

Unabhängig von einer rechtlichen Verpflichtung stellt YouTube seine Dienste den Nutzern jedenfalls faktisch zur Verfügung. Ob diese faktische Zurverfügungstellung der Dienste jedoch ein Vermögensopfer von YouTube darstellt, das als echte Gegenleistung für Leistungen der Nutzer fungiert, ist eher zweifelhaft. Zwar erfordert der Betrieb der Plattform erhebliche Investitionen. Diese Investitionen fließen jedoch unmittelbar ausschließlich in die Infrastruktur von YouTube und nicht als messbare Leistung im Sinne eines Vermögensopfers dem hochladenden Nutzer zu, das als echte Gegenleistung für dessen Rechteeinräumung angesehen werden könnte. YouTube tätigt diese Investitionen für eigene Zwecke, nämlich zur Erzielung von Gewinn mit Werbung, nicht hingegen als Gegenleistung für Rechte der hochladenden Nutzer. Hierfür spricht auch, dass sich YouTube – anders als klassische Host-Provider – vertraglich ausdrücklich nicht dazu verpflichtet, dem Nutzer die Infrastruktur zur Verfügung zu stellen, was auch bei einer ökonomischen Betrachtung der Unentgeltlichkeit nicht außer Betracht bleiben kann. Die „aktiven“, also hochladenden Nutzer sind, wie das OLG Hamburg treffend formuliert, lediglich „Zulieferer“ von Inhalten, die sie YouTube anders als bei klassischen Host-Providern gerade nicht „in Verwahrung“ geben. Daneben können auch alle anderen „passiven“ Nutzer die Dienste von YouTube nutzen. Die Vorteile der Zurverfügungstellung der Dienste sind für beide Nutzergruppen daher allenfalls mittelbare Folge der eigenen Investitionen von YouTube, aber kein als

⁶⁷ So die Formulierung in Ziffer 2 der Google AdSense Online-Nutzungsbedingungen, siehe oben Fn. 27.

Gegenleistung fungierendes Vermögensopfer, zu dem sich YouTube gegenüber den hochladenden Nutzern verpflichten würde.

In diesem Punkt zeigt der Fall Parallelen zum Rechtsstreit zwischen der VG Bild-Kunst und dem Kunstbuchverlag. Auch dieser hatte für die Veröffentlichung des Kunstbandes Investitionen getätigt. Diese flossen jedoch ebenfalls nicht den Künstlern als Gegenleistung für die Rechteeinräumung zu. Auch wenn die Künstler durch die Veröffentlichung Vorteile genossen, waren diese Vorteile keine Vermögensopfer des Verlags, sondern allenfalls mittelbare und vertraglich nicht geschuldete Folgen seiner zu eigenen Zwecken getätigten Investitionen. Hierin liegt die Parallele zu YouTube und zugleich der Unterschied zur zweiten „Spielbank-Entscheidung“ des BGH. Die Spielbank beließ es nicht bei Investitionen in den eigenen Geschäftsbetrieb, sondern erbrachte in Form der vertraglich geschuldeten Gewinnchance ein Vermögensopfer, das dem Spielenden als unberechtigt Verfügendem unmittelbar zufluss.⁶⁸

Anders ist dies im Hinblick auf die Beteiligung von Nutzern an Werbeeinnahmen von YouTube im Fall einer durch die Nutzer autorisierten Monetarisierung. Diese Zahlungen erfolgen nicht in der eigenen Sphäre von YouTube, sondern fließen den Nutzern unmittelbar zu. Allerdings ist hier ebenfalls zweifelhaft, ob YouTube die Beteiligung an den Werbeeinnahmen als Gegenleistung für die Rechteeinräumung erbringt. Legt man die in den diversen Nutzungsbedingungen zum Ausdruck kommende Betrachtung von YouTube zugrunde, die nach dem BGH für die Frage der Unentgeltlichkeit maßgeblich ist⁶⁹, werden die Anteile an den Werbeeinnahmen nicht als Gegenleistung für die Rechte, sondern als Gegenleistung für die Gestattung der Schaltung von Werbung ausbezahlt. Die – ohnehin bereits abgeschlossene – Rechteübertragung bleibt auch in diesem Fall „gebührenfrei“ bzw. „unentgeltlich“.⁷⁰ Auch eine sonstige rechtliche Verknüpfung der Werbebeteiligung mit den vom Nutzer eingeräumten Rechten wird in diesen Bestimmungen wie gezeigt ausdrücklich vermieden. Dies mag daran liegen, dass YouTube in seinem Selbstverständnis als bloßer technischer Plattformbetreiber und in Abgrenzung zu einem Inhabeanbieter nicht den Eindruck erwecken möchte, auf die Rechte der Nutzer für eine Monetarisierung überhaupt angewiesen zu sein. YouTube verweist vielmehr stets selbst darauf, die urheberrechtlichen Verwertungshandlungen nicht in eigener Person mit täterschaftlicher Verantwortung vorzunehmen. Auch dies spricht dafür, dass YouTube in seinem eigenen, nach außen getragenen Verständnis keine

⁶⁸ BGHZ 47, 393.

⁶⁹ Siehe hierzu bereits unter A.III.3.a).

⁷⁰ Siehe zur entsprechenden Formulierung der Nutzungsbedingungen von Google und YouTube oben unter Fn. 25 und 26.

Gegenleistung für eine Rechteeinräumung erbringt, auf die es nach eigener Einschätzung nicht angewiesen ist.

cc) Zwischenergebnis

Weder bei rechtsgeschäftlicher noch bei einer mehr ökonomischen Betrachtung des Leistungsaustausches zwischen YouTube und seinen Nutzern ist im Ergebnis von einer Entgeltlichkeit der Rechteeinräumung durch die Nutzer auszugehen. YouTube verpflichtet sich vertraglich zu keiner Leistung an seine Nutzer und erbringt auch faktisch im Gegenzug für die Rechteeinräumung kein Vermögensopfer, das als den Nutzern unmittelbar zufließende Gegenleistung anzusehen ist.

4. Unmittelbarkeit

Weitere Voraussetzung von § 816 Abs. 1 S. 2 BGB ist, dass der Bereicherungsschuldner aufgrund der vom Nichtberechtigten vorgenommenen, dem Berechtigten gegenüber wirksamen Verfügung „unmittelbar“ einen rechtlichen Vorteil erlangt.⁷¹ Aus diesem „Unmittelbarkeits“-Kriterium folgt laut BGH, dass der rechtliche Vorteil durch den Bereicherungsschuldner durch dieselbe Verfügung erlangt werden muss, die der Nichtberechtigte wirksam gegenüber dem Berechtigten trifft.⁷² Dies ist bei der Rechteeinräumung durch die Nutzer von YouTube der Fall.⁷³

5. Rechtsfolge: Herausgabe des Erlangten

Rechtsfolge des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Pflicht des Empfängers der Verfügung zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten. Beim Erwerb von urheberrechtlichen Nutzungsrechten hat der Bereicherungsschuldner nach § 818 Abs. 2 BGB den objektiven Wert dieser Rechte herauszugeben.⁷⁴ Die im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Haftung für Eingriffskonditionen anerkannte Berechnung dieses Wertes im Wege der Lizenzanalogie⁷⁵ ist auch auf den Anspruch nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB anzuwenden⁷⁶. Die dogmatische Begründung fällt hier sogar leichter als im Rahmen der Eingriffskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB. Bei dieser kann das Erlangte nach zutreffender Ansicht des BGH aufgrund der Rechtswidrigkeit des Eingriffs nicht die „Benutzungsbefugnis“ sein, weshalb auf die im Gebrauch liegende Anmaßung der Benutzungsbefugnis durch den Verletzer abgestellt werden

⁷¹ BGH, NJW 1969, 605.

⁷² Vgl. Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, § 816, Rn. 16. Daran fehlt es etwa, wenn der Nichtberechtigte das durch die Verfügung Erlangte zunächst seinem eigenen Vermögen einverleibt und aus diesem Vermögen eine neue unentgeltliche Zuwendung in gleicher Höhe tätigt: BGH, NJW 1969, 605; MüKoBGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, BGB § 816 Rn. 69.

⁷³ Vgl. im Ergebnis auch OLG Köln ZUM 1998, 505.

⁷⁴ LG Köln, ZUM 1998, 168, 170; bestätigt durch OLG Köln ZUM 1998, 505.

⁷⁵ Vgl. allgemein BGH, GRUR 1982, 301, 303 – Kunststoffhohlprofil II.

⁷⁶ So im Ergebnis auch LG Köln, ZUM 1998, 168, 170; im Nachgang bestätigend OLG Köln ZUM 1998, 505 jedoch ohne konkrete Ausführungen zu dieser Frage.

muss⁷⁷. Im Rahmen der Durchgriffskondition des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB genehmigt der Berechtigte die an sich unwirksame Verfügung des Nichtberechtigten allerdings, so dass das Erlangte in der Tat die Benutzungsbefugnis ist. Deren objektiver Wert besteht daher in der angemessenen und üblichen Lizenzgebühr für die Nutzung der Rechte.⁷⁸ Die Höhe der fiktiven Lizenzgebühr ist nach den üblichen Kriterien zu ermitteln.⁷⁹

Unerheblich für die Bestimmung der angemessenen Lizenz ist die höchstrichterlich noch ungeklärte Frage, ob YouTube die Rechte selbst nutzt oder ihre Nutzung durch die hochladenden Nutzer erfolgt. Die Benutzungsbefugnis hat nämlich auch unabhängig von ihrer tatsächlichen Ausübung einen Wert.⁸⁰ Für sog. Leerübertragungen nimmt der BGH in ständiger Rechtsprechung an, dass die Einräumung von Lizenzen unabhängig von einem Rechtsbestand des Schutzrechts dem Lizenznehmer eine wirtschaftliche Vorzugsstellung verschafft, die er ohne Lizenzvertrag nicht innegehabt hätte⁸¹ Der Lizenzvertrag kann nämlich auch dem Zweck dienen, Zweifel an der Erforderlichkeit einer Lizenzierung auszuräumen.⁸² Diese Ausführungen gelten ohne Abstriche auch für die von den Betreibern von Hosting-Plattformen veranlasste Einräumung von Nutzungsrechten durch ihre Nutzer. Auch hier ist die Frage der Erforderlichkeit einer Lizenzierung umstritten, eine tatsächlich erfolgende Einräumung von Rechten aber von wirtschaftlichem Wert. Nach zutreffender Feststellung des OLG München entzieht sich YouTube mit der Einräumung der Rechte nämlich jedenfalls dem Risiko, von Rechteinhabern auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden, und ermöglicht so den reibungslosen Betrieb der Plattform.⁸³ Aus demselben Grund schließt YouTube mit Verwertungsgesellschaften und anderen Rechteinhabern weltweit Lizenzverträge, obwohl sich YouTube stets auf den Standpunkt stellt, die Rechte nicht zu benötigen. Auch in dem hier untersuchten Kontext führt die von den Rechteinhabern genehmigte Rechteübertragung für YouTube dazu, dass die Nutzung der Inhalte unabhängig von der höchstrichterlich ungeklärten Frage der täterschaftlichen Verantwortung legal erfolgt und damit nicht dem Risiko einer (weitergehenden) Inanspruchnahme durch die Rechteinhaber ausgesetzt ist.

Der Wert der eingeräumten Rechte dürfte dabei dem Wert einer angemessenen Benutzungsbefugnis bzw. der tatsächlichen Nutzung entsprechen. Ein Abschlag erscheint schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil es für die Möglichkeiten zur Monetarisierung des Contents durch YouTube keinen Unterschied macht, ob die Inhalte bei strenger urheberrechtlicher Betrachtung von den hochladenden Nutzern verwertet werden oder ob YouTube die urheberrechtsrelevanten Nutzungshandlungen selbst vornimmt. Das wirtschaftliche Ergebnis ist in beiden Fällen identisch und fällt nicht unterschiedlich aus, je

⁷⁷ BGH, GRUR 1982, 301, 303 – Kunststoffhohlprofil II.

⁷⁸ Vgl. BGH, GRUR 2010, 623, 625, Rn. 33 – Restwertbörse.

⁷⁹ Vgl. BGH, GRUR 2010, 623, 625, Rn. 33 – Restwertbörse.

⁸⁰ Vgl. OLG München ZUM 1995, 792, in diesem Punkt unbeanstandet gelassen von BGH, NJW 1998, 1395.

⁸¹ BGH, GRUR 2012, 910 – Delcantos Hits.

⁸² BGH, GRUR 2012, 910, 912, Rn. 18 – Delcantos Hits.

⁸³ Vgl. hierzu OLG München, MMR 2016, 833, 835

nachdem, ob eine Streaming-Plattform seine Inhalte selbst beschafft oder die Beschaffung der Inhalte an seine Nutzer auslagert.

Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht der Umstand, dass die Höhe der Vergütung in den Lizenzvereinbarungen, welche YouTube mit der GEMA und anderen Wahrnehmungsgesellschaften sowie sonstigen Rechteinhabern geschlossen hat, nach den Aussagen der Lizenzpartner regelmäßig hinter einer angemessenen Vergütung zurückbleibt, die von urheberrechtlich voll verantwortlichen Anbietern, wie etwa Spotify, gezahlt wird. Denn YouTube kann vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung gegenüber seinen Lizenzpartnern bereits den Haftungsgrund bestreiten und sich auf den Standpunkt stellen, nicht in die urheberrechtlichen Verwertungsrechte einzugreifen⁸⁴. Dies erklärt einen gewissen Abschlag auf eine ansonsten übliche Vergütung. Bei § 816 Abs. 1 S. 2 BGB steht die Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Lizenz jedoch bereits dem Grunde nach fest. Ein Abschlag erscheint daher nicht gerechtfertigt.

6. Einklang mit den Wertungen der E-Commerce-Richtlinie

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass YouTube nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB gegenüber Rechteinhabern, die die an sich unwirksamen Rechteeinräumung durch die Nutzer an YouTube nachträglich genehmigen, zur Zahlung einer angemessenen Lizenz für diese Rechte verpflichtet ist.

Allerdings stellt sich die Frage, ob dieses Ergebnis in Einklang mit den Wertungen der E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG steht. Immerhin verlangt deren Art. 14 Abs. 1, dass Host-Provider nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich sein sollen. Außerdem enthält Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie ein Verbot allgemeiner Überwachungspflichten für die von ihnen gespeicherten Informationen. Die Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr für Inhalte, die zunächst ohne Zustimmung der Rechteinhaber hochgeladen wurden, könnte auf den ersten Blick als eine solche „Verantwortlichkeit“ von YouTube einzustufen sein und YouTube im Ergebnis zu allgemeinen Überwachungen der hochgeladenen Inhalte zwingen, um derartige Lizenzzahlungen zu vermeiden.

Zu beachten ist allerdings, dass der bereicherungsrechtliche Anspruch nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich einen *Herausgabeanspruch* enthält, der – wie Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche – kein Verschulden voraussetzt. Er hat damit trotz der im Bereich der Lizenzanalogie bestehenden Überschneidung mit dem Schadensersatzanspruch keine „Verantwortlichkeit“ für Inhalte im Sinne einer strafrechtlichen oder schadensersatzrechtlichen Haftung zum Gegenstand. Auf eine solche Haftung hatte der BGH die in § 10 TMG

⁸⁴ Vgl. hierzu OLG München, MMR 2016, 833, 835.

umgesetzten Haftungsprivilegierungen des Art. 14 RL 2000/31/EG von Anfang an beschränkt⁸⁵ und lag damit – trotz zwischenzeitlich aufkommender Zweifel⁸⁶ – auf einer Linie mit der Rechtsprechung des EuGH⁸⁷. Der Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB richtet sich lediglich auf eine Herausgabe von erlangten rechtlichen Vorteilen und auf eine Abschöpfung des Gegenwerts einer Verfügung, die deren Empfänger aufgrund ihrer Unentgeltlichkeit aus Billigkeitsgesichtspunkten nicht zwingend behalten können muss. Diese Abschöpfung bezieht sich – anders als der auch auf Gewinnherausgabe gerichtete Schadensersatzanspruch – nicht auf sämtliche mit der Nutzung des Erlangten in Zusammenhang stehenden Vorteile, sondern beschränkt sich auf eine Teilabschöpfung in Höhe der einfachen fiktiven Lizenz, letztlich also auf eine marktübliche Vergütung für die Nutzung der urheberrechtlichen Werke. In einer gesetzlichen Pflicht zur Zahlung einer solchen marktüblichen Vergütung für den Fall der unentgeltlichen Einräumung von Rechten an den Host-Provider ist kein Verstoß gegen die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie zu sehen. Denn diese sollen Host-Provider lediglich vor einer Haftung für fremde gespeicherte Inhalte im Sinne strafrechtlicher Verantwortlichkeit oder der Pflicht zur Zahlung von Schadensersatz bewahren⁸⁸, der – als Entschädigung für den gesamten tatsächlich erlittenen Schaden – auch das Doppelte der angemessenen Vergütung betragen kann.⁸⁹

Die Vorschrift des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB regelt im Zusammenhang mit Verfügungen über Rechte bei genauer Betrachtung außerdem nicht die Vergütungspflicht für rechts*widrige*, sondern – aufgrund der vom Rechtsinhaber nachträglich erforderlichen Genehmigung der Rechteübertragungen inzwischen – legitimierte und damit nach dem Willen des Rechteinhabers recht*mäßig* (gewordene) Inhalte. Die Möglichkeit eines Durchgriffs besteht hierbei nur deshalb, weil YouTube als Diensteanbieter das Rechtsverhältnis mit seinen Nutzern so ausgestaltet, dass es deren Leistungen ohne Gegenleistung entgegennimmt. Zwar nehmen auch unentgeltliche Dienste am Schutz der Haftungsprivilegierungen teil.⁹⁰ Allerdings ist der E-Commerce-Richtlinie kein allgemeines Verbot zu entnehmen, Host-Provider dazu zu verpflichten, rechtliche Vorteile, die sie durch unentgeltliche Verfügungen ihrer Nutzer erhalten, herauszugeben. Die E-Commerce-Richtlinie bietet im Rahmen der nationalen Regelungen zu Ansprüchen gegen Host-Provider vielmehr erheblichen Spielraum.⁹¹

⁸⁵ Vgl. BGH, GRUR 2004, 860, 862, Internetversteigerung I; BGH, GRUR 2007, 708, 710 – Internetversteigerung II; BGH, GRUR 2007, 890, 892 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; BGH, GRUR 2008, 702, 705 – Internetversteigerung III; zuletzt einschränkend noch BGH, GRUR 2016, 855, 857 – jameda.de II; vgl. hierzu Ohly, ZUM 2015, 308, 312.

⁸⁶ Vgl. Ohly, ZUM 2015, 308, 312.

⁸⁷ EuGH, GRUR 2016, 1146, 1149f, Rn. 72 ff – McFadden.

⁸⁸ So wohl im Ergebnis auch EuGH, GRUR 2016, 1146, 1149 f Rn. 72 ff. – McFadden, der sogar in der Pflicht zur Erstattung von Abmahn- und Gerichtskosten für die Durchsetzung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen keinen Verstoß gegen die E-Commerce-Richtlinie sieht (EuGH, aaO, Rn. 78).

⁸⁹ Vgl. EuGH, GRUR 2017, 264, 265 Rn. 33 – OTK/SFP.

⁹⁰ EuGH, MMR 2016, 63, 64, Rn. 30 – Papasavvas.

⁹¹ Ohly, ZUM 2015, 308, 313.

Im Übrigen sind Host-Provider dem Risiko eines Anspruchs aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB nicht schutzlos ausgeliefert, so dass sie zu dessen Verhinderung auf eine allgemeine Überwachung der von ihnen gespeicherten Information iSd. Art. 15 RL 2000/31/EG angewiesen wären. Es liegt vielmehr in der Hand der Hostprovider, Leistungen ihrer Nutzer nicht unentgeltlich entgegenzunehmen, sondern mit (vertraglich geschuldeten, nicht notwendigerweise finanziellen) Gegenleistungen zu verknüpfen, die sie aus dem Anwendungsbereich des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB heraus- und in den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung aus Art. 14 Abs. 1 RL 2000/31/EG („im Auftrag eines Nutzers gespeicherte Informationen“) hineinführen.

Im Ergebnis verstößt eine Vergütungspflicht nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB daher weder gegen die Haftungsprivilegierung nach Art. 14 Abs. 1 noch gegen das Verbot allgemeiner Prüfungspflichten aus Art. 15 Abs. 1 RL 2000/31/EG.

IV. Fazit

YouTube schuldet den Inhabern von urheberrechtlichen Schutzrechten nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB eine fiktive Lizenz im Sinne einer angemessenen Vergütung für geschützte Inhalte, die von Nutzern ohne Zustimmung der Rechteinhaber auf der Plattform hochgeladen wurden. Voraussetzung dafür ist, dass die Rechteinhaber die mit dem Hochladen ausweislich der Nutzungsbedingungen von YouTube verbundene Rechteeinräumung der nichtberechtigten Nutzer nachträglich – etwa durch Erhebung einer Zahlungsklage – genehmigen. Der auf Herausgabe der Vorteile der Verfügung der nichtberechtigten Nutzer an YouTube gerichtete Anspruch besteht, weil die Rechteeinräumung der Nutzer an YouTube sowohl bei rechtsgeschäftlicher Betrachtung unter Zugrundlegung der Nutzungsbedingungen von YouTube als auch bei einer ökonomisch orientierten Betrachtung nach den Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung zu § 816 Abs. 1 S. 2 BGB unentgeltlich, d.h. ohne Gegenleistung von YouTube erfolgt. Dies gilt sowohl für den Fall des einfachen Hochladens von Inhalten als auch für den Fall einer Monetarisierung durch YouTube. Denn auch im Falle einer Monetarisierung erfolgt die Beteiligung der Nutzer an den Werbeeinnahmen nicht als Gegenleistung für die (bereits abgeschlossene) Rechteeinräumung, sondern als Vergütung für die Gestattung der Schaltung von Werbung im Umfeld der Inhalte der Nutzer.

Die Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung entspricht auch dem Gesetzeszweck des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB. YouTube hat aufgrund der selbst vorgegebenen Unentgeltlichkeit der Verfügungen seiner Nutzer unter Billigkeitsgesichtspunkten kein rechtlich geschütztes Interesse an dem Behaltendürfen der Leistung. Die Vergütungspflicht überzeugt daher auch wertungsmäßig. YouTube lässt sich umfassende Rechte seiner Nutzer einräumen, um die Plattform durch Werbung gewinnbringend und störungsfrei betreiben zu können und dabei das Risiko der Inanspruchnahme durch die Rechteinhaber so gering wie möglich zu halten, erbringt hierfür aber keine (vertraglich geschuldete) Gegenleistung an seine Nutzer. Für die Inhaber der Rechte an den geschützten Inhalten

spielt es dabei im Ergebnis keine Rolle, ob die Plattform-Inhalte von YouTube unmittelbar selbst beschafft oder von den Nutzern hochgeladen – und damit durch YouTube nur mittelbar beschafft – werden. Die gewinnbringende Nutzung der Rechte kann in beiden Fällen im Ergebnis nicht unvergütet bleiben. Aufgrund der selbst gewählten Unentgeltlichkeit der mittelbaren Rechtebeschaffung durch die Nutzer ist YouTube dem Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB ausgesetzt, mit dem die rechtlichen Vorteile der Verfügungen der nichtberechtigten Nutzer im Wege der Lizenzanalogie abgeschöpft werden können.

Die als Rechtsfolge des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB bestehende Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung passt im Übrigen gut in die aktuelle Diskussion um eine Neuregelung des Haftungsregimes für Host-Provider auf europäischer Ebene⁹². Vom Ergebnis her betrachtet hat der über § 816 Abs. 1 S. 2 BGB für Rechteinhaber mögliche Weg des „Dulde und liquidiere“ dieselbe Stoßrichtung wie die von gewichtigen Teilen der Lehre in unterschiedlicher Ausgestaltung vorgeschlagene Reduzierung des Ausschließlichkeitsrechts der öffentlichen Zugänglichmachung auf einen Vergütungsanspruch im Falle der Nutzung auf Host-Provider-Plattformen⁹³. Die im Rahmen der Lizenzanalogie nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldete angemessene Vergütung kann bei Plattformen, die sich von ihren Nutzern unentgeltlich Rechte einräumen lassen, bereits *de lege lata* für einen interessengerechten Ausgleich zwischen Rechteinhabern und den Betreibern der Plattformen sorgen.

⁹² Vgl. Art. 13 des aktuellen Richtlinienvorschlags der EU-Kommission COM(2016)593 final.

⁹³ Vgl. etwa den in der FAZ veröffentlichten Vorschlag von Leistner/Metzger für ein Zwei-Stufen-Modell für die Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte durch Online-Plattformen, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html> [zuletzt besucht am 13. März 2017]; zuvor schon Leistner, ZUM 2016, 580, 590 ff. sowie Dreier/Leistner, GRUR-Beil. 2014, 13, 22 f.; mit gewissen Bedenken Ohly, ZUM 2015, 308, 316; siehe außerdem »Berliner Gedankenexperiment zur Neuordnung des Urheberrechts«, Stand: 27.8.2015, S. 15, abrufbar unter: <https://irights.info/wp-content/uploads/2015/08/Gedankenexperiment.pdf> [zuletzt abgerufen am 13. März 2017].