

Volltext zu MIR Dok.: 272-2007
Veröffentlicht in: MIR 07/2007
Gericht: OLG München
Aktenzeichen: 29 U 1638/06
Entscheidungsdatum: 10.05.2007
Vorinstanz(en): LG München I, Az. 7 O 11479/04

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1295

www.medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

In dem Rechtsstreit

- Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagter -
- Klägerin, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

gegen

- Beklagter, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -
- Beklagter, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München ... auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. Januar 2007

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufungen der Kläger und der Beklagten wird das Teilurteil des Landgerichts München I vom 15. Dezember 2005 teilweise geändert und insgesamt wie folgt gefasst:

1. Die Beklagten werden verurteilt, es - bei Meidung von Ordnungsgeld von 5,- € bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten - gegenüber dem Kläger zu 1. zu unterlassen,

die Aufsätze

- *On the definition of word hyperbolic groups* von Robert H. Gilman in der Zeitschrift *Mathematische Zeitschrift*, Band 242, 2002, Heft 3, S. 529 - 541 (herausgegeben von Springer Verlag GmbH),
- *The Validity of Physiological Variables to Assess Training Intensity in Kayak Athletes* von David Bishop in der Zeitschrift *International journal of sports medicine*, 2004, Heft 1, S. 68-72 (herausgegeben von Georg Thieme Verlag KG) und
- *Alfred Werners Koordinationstheorie* von Lutz H. Grade in der Zeitschrift *Chemie in unserer Zeit*, 2002, Heft 3, S. 168 - 175 (herausgegeben von Wiley-VCH GmbH & Co. KG aA)

per E-Mail, FTP aktiv oder Internet Download (FTP passiv) von Deutschland aus

- a) an Besteller in Deutschland zu versenden oder versenden zu lassen und/oder
- b) an Bibliotheken im In- und Ausland zu versenden oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich ihre Auftraggeber, weitergeben oder weiterversenden.

2. Die Beklagten werden verurteilt, es - bei Meidung von Ordnungsgeld von 5,- € bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten - gegenüber dem Kläger zu 2. zu unterlassen,

die Aufsätze

- *Scanning probe microscopy installed with nanotube probes and nanotube tweezers* von Yoshikazu Nakayama in der Zeitschrift *Ultramicroscopy*, vol. 91, 2002, S. 49 - 56 (herausgegeben von Elsevier B. V.),
- *Introduction to Stephen G. West's Murray Award Address* von Avrif Thorne in der Zeitschrift *Journal of personality*, vol. 71, Heft 3, S. 297 - 298 (herausgegeben von Blackwell Publishing Ltd.) und
- *Modeling Small Aluminium Chlorohydrate Polymers* von Pophristic/Klein/Holerca in der Zeitschrift *Journal of Physical Chemistry A*, vol. 108, 2003, Heft 1, S. 113 - 120 (herausgegeben von der American Chemical Society)

per E-Mail, FTP aktiv oder Internet Download (FTP passiv) von Deutschland aus

- a) an Besteller in Deutschland zu versenden oder versenden zu lassen und/oder
- b) an Bibliotheken im In- und Ausland zu versenden oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich ihre Auftraggeber, weitergeben oder weiterversenden.

3. Die Beklagten werden verurteilt, gegenüber dem Kläger zu 1. über Art und Umfang der in Ziffer 1. genannten Nutzungen und dem Kläger zu 2. über Art und Umfang der in Ziffer 2 genannten Nutzungen seit dem 1. April 2004 jeweils Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen. Insbesondere sind anzugeben:

- a) die Anzahl der vom jeweiligen Aufsatz und/oder Beitrag versandten oder elektronisch übermittelten Kopien oder Vervielfältigungen;

- b) die Anzahl derjenigen Kopien oder Vervielfältigungen gemäß a), die an Bibliotheken im In- und Ausland versandt oder elektronisch übermittelt wurden, die diese Beiträge an Dritte, nämlich ihre Auftraggeber, in Deutschland, Österreich oder der Schweiz weitergeben oder weiterversenden, sowie die Namen und Anschriften dieser Bibliotheken, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
- c) die in Rechnung gestellten und/oder erhaltenen Beträge für die jeweilige Lieferung der Kopien oder Vervielfältigungen, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
- d) die erzielten Bruttoumsätze und der erzielte Gewinn.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagten jeweils jeglichen Schaden zu ersetzen haben,

- a) der den Verlagen Springer Verlag GmbH, Georg Thieme Verlag KG oder Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KG aA durch ihre in Ziffer 1. genannten Handlungen seit dem 13. September 2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen des Klägers zu 1.;
- b) der den Verlagen Elsevier B. V., Blackwell Publishing Ltd. oder der American Chemical Society durch ihre in Ziffer 2. genannten Handlungen seit dem 13. September 2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen des Klägers zu 2.

5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Von der Abweisung ausgenommen sind Ansprüche wegen des Versands der Aufsätze gemäß Ziffern 1. und 2. per E-Mail, FTP aktiv und FTP passiv an Nutzer in Österreich, und der Schweiz sowie des Versands dieser Aufsätze per Post oder Fax an Bibliotheken im Ausland zur Aushändigung an deren Auftraggeber. Ferner ausgenommen sind Ansprüche hinsichtlich der übrigen klagegegenständlichen Aufsätze, soweit der Versand an Nutzer in Österreich und der Schweiz sowie an ausländische Bibliotheken zur Aushändigung an deren Auftraggeber betroffen ist.

6. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Im Übrigen werden die Berufungen zurückgewiesen.

II. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Kläger 2/3 und die Beklagten 1/3 zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Jeder der Beklagten kann die Vollstreckung in der Hauptsache durch Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,- € abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Jede Partei kann die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

IV. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

Teil 1

Die Parteien streiten um die Zulässigkeit eines Kopienversanddienstes.

Der Kläger zu 1., der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e. V., vertritt die Interessen der Verleger und Buchhändler. Die Verlagsunternehmen Springer Verlag GmbH, Georg Thieme Verlag KG und Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KG aA räumten ihm die Nutzungsrechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Zugänglichmachung und zur weiteren Nutzung an folgenden in von diesen herausgegebenen wissenschaftlichen Zeitschriften veröffentlichten Aufsätzen zur Geltendmachung im eigenen Namen ein und ermächtigten ihn auch, diese Rechte im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen:

- *On the definition of word hyperbolic groups* von Robert H. Gilman in der Zeitschrift *Mathematische Zeitschrift*, Band 242, 2002, Heft 3, S. 529 - 541 (herausgegeben von Springer Verlag GmbH),
- *The Validity of Physiological Variables to Assess Training Intensity in Kayak Athletes* von David Bishop in der Zeitschrift *International journal of sports medicine*, 2004, Heft 1, S. 68-72 (herausgegeben von Georg Thieme Verlag KG) und
- *Alfred Werners Koordinationstheorie* von Lutz H. Grade in der Zeitschrift *Chemie in unserer Zeit*, 2002, Heft 3, S. 168 - 175 (herausgegeben von Wiley-VCH GmbH & Co. KG aA).

Die Klägerin zu 2. ist das internationale Gegenstück zum Kläger zu 1. für Verlage, die sich mit der Herausgabe von wissenschaftlichen Zeitschriften auf dem Gebiet der Naturwissenschaften, der Technik und der Medizin befassen. Die Verlage Elsevier B. V., Blackwell Publishing Ltd. und der American Chemical Society räumten ihr die Nutzungsrechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Zugänglichmachung und zur weiteren Nutzung an folgenden in von diesen herausgegebenen wissenschaftlichen Zeitschriften veröffentlichten Aufsätzen zur Geltendmachung im eigenen Namen ein und ermächtigten sie auch, diese Rechte im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen:

- *Scanning probe microscopy installed with nanotube probes and nanotube tweezers* von Yoshikazu Nakayama in der Zeitschrift *Ultramicroscopy*, vol. 91, 2002, S. 49 - 56 (herausgegeben von Elsevier B. V.),
- *Introduction to Stephen G. West's Murray Award Address* von Avrif Thorne in der Zeitschrift *Journal of personality*, vol. 71, Heft 3, S. 297 - 298 (herausgegeben von Blackwell Publishing Ltd.) und
- *Modeling Small Aluminium Chlorohydrate Polymers* von Pophristic/Klein/Holerca in der Zeitschrift *Journal of Physical Chemistry A*, vol. 108, 2003, Heft 1, S. 113 - 120 (herausgegeben von der American Chemical Society).

Der Beklagte zu 1. ist der Träger der Universitätsbibliothek Augsburg, die wiederum Mitglied des 2002 ins Vereinsregister eingetragenen und mittlerweile als gemeinnützig anerkannten Beklagten zu 2. ist. Dieser betreibt keine eigene Bibliothek, sondern fungiert seit dem 1. Januar 2003 als übergeordneter Dachverein seiner Mitgliedsbibliotheken. Er organisiert den gemeinsam betriebenen Lieferdienst *Subito*, der 1997 als Testbetrieb seinen Dienst aufnahm. Federführend ist seit dem 1. Januar 2000 die Technische Informationsbibliothek Hannover, die der Kläger zu 1. bereits 1994 wegen des von ihr damals betriebenen Kopienversanddienstes verklagt hatte; jenes Verfahren endete mit Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25. Februar 1999 - I ZR 118/96 (GRUR 1999, 707 ff. - *Kopienversanddienst*).

Subito ist eine 1994 durch den Bundesminister für Bildung und Wissenschaft und den Präsidenten der Kultusministerkonferenz ins Leben gerufene Initiative von Bund und Ländern mit dem Ziel, ein elektronisches Informationssystem bereitzustellen, das von der Suche nach wissenschaftlicher Information (Recherche) über die Bestellung bis zur Lieferung reicht. Im Rahmen des *Subito*-Lieferdienstes stellen die dem Beklagten zu 2. angeschlossenen Bibliotheken Nutzern auf Anfrage und gegen Entgelt, das vom Beklagten zu 2. erhoben und kassiert wird, Kopien von einzelnen wissenschaftlichen Aufsätzen aus Zeitschriften bereit, die in einer der angeschlossenen Mitgliedsbibliotheken einstehen.

Die Auslieferung der bestellten Kopie über die Mitgliedsbibliotheken erfolgt nicht nur per Post und Telefax, sondern auch per E-Mail, FTP aktiv oder Internet-Download (FTP passiv). Beim Versand per E-Mail erhält der Besteller eine eingescannte Grafikdatei des gewünschten Aufsatzes als Anhang zu einer E-Mail zugeschickt. Beim Versand per FTP aktiv hinterlegt die liefernde Bibliothek das elektronische Dokument auf dem FTP-Server des Bestellers. Dieser entscheidet dann über den Zeitpunkt, zu dem er das Dokument öffnet und betrachtet sowie über den weiteren Zeitpunkt, zu dem er das Dokument gegebenenfalls ausdruckt. Als Alternative hierzu hinterlegt die liefernde Bibliothek beim Versand das elektronische Dokument für einen gewissen Zeitraum auf ihrem eigenen FTP-Server und schickt dem Besteller per E-Mail einen spezifischen und jeweils neu erstellten Link auf eine Seite des FTP-Servers (FTP passiv). Der Empfänger entscheidet

dann über den Zeitpunkt, zu dem er den FTP-Server der Lieferantin aufsucht, um dort das Dokument zu betrachten, herunterzuladen und gegebenenfalls auszudrucken. Bei Weiterleitung der Linkadresse ist es auch anderen Personen möglich, diese Internetseite zu betrachten und das dort hinterlegte Dokument herunterzuladen.

Mit *Subito* werden weltweit sämtliche Endverbraucher angesprochen und bedient, gleichviel, ob sie wissenschaftlich, gewerblich, nicht-gewerblich oder aus sonstigen Motiven tätig sind und mit wissenschaftlicher Literatur versorgt werden wollen. Dabei werden die Nutzer in folgende Nutzergruppen mit unterschiedlichen Preislisten unterteilt:

Nutzergruppe 1: Schüler, Auszubildende, Studierende, Mitarbeiter der Hochschulen, Mitarbeiter der überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungseinrichtungen; Mitarbeiter sämtlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts

Nutzergruppe 2: Firmenbibliotheken, selbständige und sonstige kommerzielle Benutzer

Nutzergruppe 3: Privatpersonen

Nutzergruppe 4: Bibliotheken in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein

Nutzergruppe 8: Bibliotheken von Einrichtungen außerhalb Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und Liechtensteins, die überwiegend aus öffentlichen Mitteln gefördert werden und am Leihverkehr (ILL) teilnehmen

Für die Nutzergruppen 4 und 8 betreiben die Beklagten seit dem 1. Januar 2002 den ebenfalls entgeltlichen *Subito Library Service*, dessen Kunden nicht Endverbraucher sind, sondern in- und ausländische Bibliotheken, die ihrerseits Endverbraucher beliefern.

Die Beklagten bezeichnen *Subito* als den fünftgrößten weltweit tätigen Erbringer von Endnutzerdienstleistungen für Dokumentenlieferungen. Das durchschnittliche Bestellaufkommen liegt bei derzeit etwa 4000 Bestellungen pro Arbeitstag. Dabei werden Bestellungen aus 56 Ländern bearbeitet.

Da die Kläger die Rechte ihrer Verlage verletzt sahen, kam es zu außergerichtliche Verhandlungen zwischen den Parteien, die trotz Beteiligung der zuständigen Ministerien von Bund und Ländern weitgehend erfolglos blieben.

Im April und Mai 2004 veranlassten die Kläger Testbestellungen bei der Universitätsbibliothek Augsburg, die alle angebotenen Übermittlungswege, die Länder Deutschland, Österreich und die Schweiz sowie die sechs oben genannten Aufsätze betrafen.

Der Kläger zu 1. trägt vor, die Verlage Springer Verlag GmbH, Georg Thieme Verlag KG und Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KG aA hätten ihm nicht nur die Nutzungsrechte an den ersten drei oben genannten Aufsätzen, sondern auch diejenigen an sämtlichen weiteren von diesen Verlagen herausgegebenen wissenschaftliche Zeitschriften und den darin abgedruckten Beiträgen und Aufsätzen zur Geltendmachung im eigenen Namen eingeräumt und ihn auch ermächtigt, diese Rechte im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Die Klägerin zu 2. trägt in entsprechender Weise vor, die Verlage Elsevier B. V., Blackwell Publishing Ltd. und der American Chemical Society hätten ihr nicht nur die Nutzungsrechte an den letzten drei oben genannten Aufsätzen, sondern auch diejenigen an sämtlichen weiteren von diesen Verlagen herausgegebenen wissenschaftlichen Zeitschriften und den darin abgedruckten Beiträgen und Aufsätzen zur Geltendmachung im eigenen Namen eingeräumt und sie auch ermächtigt, diese Rechte im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Die Kläger sehen durch *Subito* die wirtschaftliche Existenz der von ihnen vertretenen Verlage bedroht. Sie hätten einen deutlichen Rückgang der Zeitschriftenabonnements von Bibliotheken festgestellt, der mit Sparmaßnahmen alleine nicht mehr erklärbar sei. Vielmehr propagierten die Mitgliedsbibliotheken des Beklagten zu 2. eine Substitution der Abonnements durch das *Subito*-Angebot. Dies führe aufgrund der weltweiten Verfügbarkeit des *Subito*-Angebots via E-Mail und Internet schließlich dazu, dass weltweit ein einziges Bibliotheksexemplar einer Zeitschrift ausreichen würde, um die weltweite Nachfrage zu befriedigen. Dies entziehe den Verlagen die wirtschaftliche Grundlage. Zudem beeinträchtige das Angebot der Beklagten auch die eigenen elektronischen Dokumentenlieferdienste der Verlage. Die Verlage investierten im Rahmen der wissenschaftlichen Qualitätskontrolle durch das Peer-Review-Verfahren erhebliche Geldbeträge, so dass sie den sui-generis-Schutz des § 87b Abs. 1 UrhG für Datenbanken in Anspruch nehmen könnten. Aufgrund des Sprungs in das digitale Zeitalter seien die von *Subito* vorgenommenen Nutzungshandlungen auch nicht nach den Grundsätzen der Entscheidung *Kopiervermittlungsdienst* des Bundesgerichtshofs durch eine gesetzliche Lizenz privilegiert. Auch der E-Mail-Versand

stelle ein öffentliches Zugänglichmachen dar, da die Beklagten jedem beliebigen Besteller und damit der gesamten Öffentlichkeit ihre Dienste anböten. Für einen Analogieschluss mit den vom Bundesgerichtshof im *Kopiersenddienst*-Urteil aufgestellten Grundsätzen bestehe kein Raum, da Schranken des Urheberrechts ohnehin eng auszulegen seien und der Versand von Grafikdateien keine Weiterentwicklung von Post und Telefax darstelle, sondern eine Vorstufe zur Volltextdatei und damit ein aliud. Auch werde im Fall einer Ausweitung der Privilegierung des § 53 UrhG auf den Versand elektronischer Kopien der Dreistufentest nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167 v. 22. Juni 2001, S. 10), Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS und Art. 10 WCT nicht (mehr) erfüllt. Hinsichtlich des *Subito Library Service* gelte dies auch für analoge Übermittlungswege; ein privilegierter Fernleihverkehr setze nach den Grundsätzen des internationalen Leihverkehrs die körperliche Versendung des ausgeliehenen Werkes voraus.

Die Kläger haben mit ihrer Klage zuletzt folgende Anträge verfolgt:

1. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] gegenüber dem Kläger zu 1. zu unterlassen,

a) Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von Verlagen Springer Verlag GmbH, Georg Thieme Verlag KG oder Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KG aA publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere Beiträge aus den in Anlagen K 1 a - c aufgelisteten Zeitschriften der genannten Verlage und hieraus wiederum insbesondere die Aufsätze

- *On the definition of word hyperbolic groups* von Robert H. Gilman in der Zeitschrift *Mathematische Zeitschrift*, Band 242, 2002, Heft 3, S. 529 - 541 (herausgegeben von Springer Verlag GmbH);
- *The Validity of Physiological Variables to Assess Training Intensity in Kayak Athletes* von David Bishop in der Zeitschrift *International journal of sports medicine*, 2004, Heft 1, S. 68-72 (herausgegeben von Georg Thieme Verlag KG);
- *Alfred Werners Koordinationstheorie* von Lutz H. Grade in der Zeitschrift *Chemie in unserer Zeit*, 2002, Heft 3, S. 168 - 175 (herausgegeben von Wiley-VCH GmbH & Co. KG aA)

per E-Mail, FTP aktiv oder Internet Download (FTP passiv) von Deutschland aus an Besteller in Deutschland, Österreich oder der Schweiz anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen;

b) Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den in 1. a) genannten Verlagen publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere aus den in Anlagen K 1 a - c genannten Zeitschriften oder die in 1. a) genannten Aufsätze, per E-Mail, FTP Aktiv, Internet Download (FTP passiv), Post oder Fax von Deutschland aus an Bibliotheken im In- oder Ausland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, weitergeben oder weiter versenden.

2. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] gegenüber der Klägerin zu 2. zu unterlassen,

a) Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den Verlagen Elsevier B. V., Blackwell Publishing Ltd. oder der American Chemical Society publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere Beiträge aus den in Anlagen K 1 d - f aufgelisteten Zeitschriften der genannten Verlage und hieraus wiederum insbesondere die Aufsätze

- *Scanning probe microscopy installed with nanotube probes and nanotube tweezers* von Yoshikazu Nakayama in der Zeitschrift *Ultramicroscopy*, vol. 91, 2002, S. 49 - 56 (herausgegeben von Elsevier B. V.),
- *Introduction to Stephen G. West's Murray Award Address* von Avrif Thorne in der Zeitschrift *Journal of personality*, vol. 71, Heft 3, S. 297 - 298 (herausgegeben von Blackwell Publishing Ltd.) und

- *Modeling Small Aluminium Chlorohydrate Polymers* von Pophristic/Klein/Holerca in der Zeitschrift *Journal of Physical Chemistry A*, vol. 108, 2003, Heft 1, S. 113 - 120 (herausgegeben von der American Chemical Society)

per E-Mail, FTP aktiv oder Internet Download (FTP passiv) von Deutschland aus an Besteller in Deutschland, Österreich oder der Schweiz anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen;

- b) Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den in 2. a) genannten Verlagen publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere aus den in Anlagen K 1 d - f genannten Zeitschriften oder die in 2. a) genannten Aufsätze, per Email, FTP aktiv, Internet Download (FTP passiv), Post oder Fax von Deutschland aus an Bibliotheken im In- oder Ausland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, weitergeben oder weiter versenden.

3. Die Beklagten werden verurteilt, gegenüber dem Kläger zu 1. über Art und Umfang der in Antrag 1. genannten Nutzungen und gegenüber der Klägerin zu 2. über Art und Umfang der in Antrag 2. genannten Nutzungen seit dem 1. Januar 2003 jeweils Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen. Insbesondere sind anzugeben:

- a) die einzelnen Aufsätze und/oder Beiträge aus den Zeitschriften, von denen Kopien versandt oder elektronisch übermittelt wurden, nebst Angaben des jeweiligen Autors und der jeweiligen Fundstelle;
- b) die Anzahl der vom jeweiligen Aufsatz und/oder Beitrag versandten oder elektronisch übermittelten Kopien oder Vervielfältigungen, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
- c) die Anzahl derjenigen Kopien oder Vervielfältigungen gem. a) und b), die an Bibliotheken im In- oder Ausland versandt oder elektronisch übermittelt wurden, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, in Deutschland, Österreich oder der Schweiz weitergeben oder weiter versenden, sowie die Namen und Anschriften dieser Bibliotheken, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
- d) die in Rechnung gestellten und/oder erhaltenen Beträge für die jeweilige Lieferung der Kopien oder Vervielfältigungen, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
- e) die erzielten Bruttoumsätze und den erzielten Gewinn.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagten jeglichen Schaden als Gesamtschuldner zu ersetzen haben,

- a) der den in Antrag 1. genannten Verlagen durch die in Antrag 1. genannten Handlungen seit dem 1. Januar 2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen des Klägers zu 1;
- b) sowie der den in Antrag 2. genannten Verlagen durch die in Antrag 2. genannten Handlungen seit dem 1. Januar 2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen der Klägerin zu 2.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie haben die Auffassung vertreten, die von ihnen im Rahmen ihres öffentlichen Auftrags vorgenommenen Nutzungshandlungen erfolgten nicht entgeltlich im Sinne des § 53 Abs. 1 UrhG, da kein Gewinn erzielt werde. Jedenfalls seien sie gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 Buchst. a UrhG nach den Grundsätzen der Entscheidung *Kopienversanddienst* sowie auf Grund eines mit der Verwertungsgemeinschaft Wort (VG

Wort) abgeschlossenen Gesamtvertrags *Kopienversanddienst* zulässig. Insoweit bestehe eine technische Gleichwertigkeit im Sinne eines Verfahrens mit ähnlicher Wirkung gem. § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 UrhG zwischen der Versendung als Telefax und der Versendung als E-Mail, insbesondere da es mittlerweile auch möglich sei, ein Telefax papierlos mittels eines Computers sowohl zu senden, als auch zu empfangen. Die im Rahmen des *Subito*-Versanddienstes vorgenommenen Vervielfältigungshandlungen seien als analog anzusehen, dem jeweiligen Auftraggeber zuzurechnen und von dessen Recht auf Privatkopie nach § 53 UrhG gedeckt. Bei keiner der Versendungsarten käme es zu einem öffentlichen Zugänglichmachen der Texte im Sinne des § 19a UrhG, da nur der jeweilige Besteller mittels eines Passwortes auf die erstellte Kopie zugreifen könne. Bei ausländischen Bestellern sei aufgrund des Schutzlandprinzips auf die deutschen Privilegierungstatbestände abzustellen. Unabhängig hiervon werde – mit Ausnahme der sechs konkret bezeichneten Artikel - bestritten, dass die im Klageantrag aufgeführten Aufsätze und Beiträge die nach § 2 Abs. 2 UrhG erforderliche Schöpfungshöhe erreichten und den jeweiligen Verlagen von den Autoren, auch vor dem Aufkommen der neuen Nutzungsart der elektronischen Versandes, alle geltend gemachten Rechte eingeräumt worden seien; die Werke seien jedenfalls zum Teil wegen Zeitablaufs gemeinfrei geworden. Es bestehe auch keine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr in Bezug auf elektronische Volltextdokumente, da die Mitgliedsbibliotheken des Beklagten zu 2. ausschließlich Grafikdateien versendeten; eine Versendung von Volltextdateien ohne die vorherige Einholung der dazu erforderlichen Nutzungsrechte sei zu keiner Zeit geplant gewesen. Die einzelnen Hefte genossen keinen sui-generis-Schutz als Datenbankwerke gem. § 87a ff. UrhG. Das Peer-Review-Verfahren werde den Verlagen von der öffentlichen Hand unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Der *Subito Library Service* sei als Fortentwicklung des Fernleihverkehrs durch die § 17 Abs. 2, § 27 Abs. 2 UrhG gerechtfertigt. Unzutreffend sei, dass ein privilegierter Fernleihverkehr die körperliche Versendung des ausgeliehenen Werkes voraussetze, da im Rahmen der Fernleihe bereits seit 1953/54 bei Aufsätzen im Regelfall kopierte Werke zum Einsatz kämen. Die von den Klägern geltend gemachten Ansprüche seien jedenfalls verwirkt; der Kläger zu 1. sei unstreitig im Rahmen der „Arbeitsgruppe Recht“ seit November 1997 in die Gründung und den Ausbau des *Subito*-Angebots eingebunden gewesen. Zunächst habe er in Übereinstimmung mit den anderen Beteiligten die Auffassung vertreten, dass die von *Subito* vorgenommenen Nutzungshandlungen im Wege der Bibliothekstantieme sowie einer gesonderten Tantieme in Analogie zu § 27 Abs. 2 und 3, § 49 Abs. 1, § 54a Abs. 2 i. V. m. § 54h Abs. 1 UrhG zu vergüten seien. Dies gelte jedenfalls im Hinblick auf den *Subito Library Service*, da der Kläger zu 1. in einer gemeinsamen Erklärung vom 16. Mai 1997 insoweit ausdrücklich eine Ausnahme zugestanden habe.

Dem haben die Kläger entgegengehalten, dass einer Verwirkung aufgrund der Duldung des Pilotprojekts *Subito* durch Ziffer 2.1 Buchst. a der Gemeinsamen Erklärung des Klägers zu 1. und der Bundesvereinigung Deutscher Bibliotheksverbände (vgl. Anlage B 7) die Grundlage entzogen sei, in der erklärt werde, dass aus der Duldung des Pilotvorhabens keiner Seite Rechtsfolgen erwachsen. Jedenfalls greife der Verwirkungseinwand keinesfalls auch auf die ausländischen Verlage durch, denn diese seien durch den Kläger zu 1. nicht vertreten worden.

Am 15. Dezember 2005 hat das Landgericht folgendes Teilurteil (Gz.: 7 O 11479/04; in juris nachgewiesen) erlassen:

1. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] gegenüber dem Kläger zu 1. zu unterlassen,

die Aufsätze

- *On the definition of word hyperbolic groups* von Robert H. Gilman in der Zeitschrift *Mathematische Zeitschrift*, Band 242, 2002, Heft 3, S. 529 - 541 (herausgegeben von Springer Verlag GmbH);
- *The Validity of Physiological Variables to Assess Training Intensity in Kayak Athletes* von David Bishop in der Zeitschrift *International journal of sports medicine*, 2004, Heft 1, S. 68-72 (herausgegeben von Georg Thieme Verlag KG);
- *Alfred Werners Koordinationstheorie* von Lutz H. Grade in der Zeitschrift *Chemie in unserer Zeit*, 2002, Heft 3, S. 168 - 175 (herausgegeben von Wiley-VCH GmbH & Co. KG aA)

per E-Mail, FTP aktiv und FTP passiv von Deutschland aus an Bibliotheken im In- und Ausland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich ihre Auftraggeber, weitergeben oder weiterversenden.

2. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] gegenüber der Klägerin zu 2. zu unterlassen,

die Aufsätze

- *Scanning probe microscopy installed with nanotube probes and nanotube tweezers* von Yoshikazu Nakayama in der Zeitschrift *Ultramicroscopy*, vol. 91, 2002, S. 49 - 56 (herausgegeben von Elsevier B. V.),
- *Introduction to Stephen G. West's Murray Award Address* von Avrif Thorne in der Zeitschrift *Journal of personality*, vol. 71, Heft 3, S. 297 - 298 (herausgegeben von Blackwell Publishing Ltd.) und
- *Modeling Small Aluminium Chlorohydrate Polymers* von Pophristic/Klein/Holerca in der Zeitschrift *Journal of Physical Chemistry A*, vol. 108, 2003, Heft 1, S. 113 - 120 (herausgegeben von der American Chemical Society)

per E-Mail, FTP aktiv und FTP passiv von Deutschland aus an Bibliotheken im In- und Ausland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich ihre Auftraggeber, weitergeben oder weiterversenden.

3. Die Beklagten werden verurteilt, gegenüber dem Kläger zu 1. über Art und Umfang der in Ziffer 1. genannten Nutzungen und der Klägerin zu 2. über Art und Umfang der in Ziffer 2 genannten Nutzungen seit dem 1. Januar 2003 jeweils Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen. Insbesondere sind anzugeben:

- a) die Anzahl derjenigen Kopien oder Vervielfältigungen gemäß 1. und 2., die an Bibliotheken im In- und Ausland elektronisch übermittelt wurden, die diese Beiträge an Dritte, nämlich ihre Auftraggeber, in Deutschland, Österreich oder der Schweiz weitergeben oder weiterversenden, sowie die Namen und Anschriften dieser Bibliotheken, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
- b) die in Rechnung gestellten und/oder erhaltenen Beträge für die jeweilige Lieferung der Kopien oder Vervielfältigungen, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
- c) die erzielten Bruttoumsätze und der erzielte Gewinn.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagten jeglichen Schaden als Gesamtschuldner zu ersetzen haben,

- a) der den Verlagen Springer Verlag GmbH, Georg Thieme Verlag KG oder Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KG aA durch die in Ziffer 1. genannten Handlungen seit dem 1. Januar 2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen des Klägers zu 1.;
- b) sowie den Verlagen Elsevier B. V., Blackwell Publishing Ltd. oder der American Chemical Society durch die in Ziffer 2. genannten Handlungen seit dem 1. Januar 2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen der Klägerin zu 2.

5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Von der Abweisung ausgenommen sind Ansprüche wegen des Versands der Aufsätze gemäß Ziffern 1. und 2. per E-Mail, FTP aktiv und FTP passiv an Nutzer in Österreich, und der Schweiz sowie des Versands dieser Aufsätze per Post oder Fax an Bibliotheken im Ausland zur Aushändigung an deren Auftraggeber. Ferner ausgenommen sind Ansprüche hinsichtlich der übrigen klagegegenständlichen Aufsätze, soweit der Versand an Nutzer in Österreich und der Schweiz sowie an ausländische Bibliotheken zur Aushändigung an deren Auftraggeber betroffen ist.

6. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Auf die tatsächlichen Feststellungen in diesem Urteil wird ergänzend Bezug genommen. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Soweit Lieferungen an Besteller im Ausland angegriffen seien, hätten die Kläger zum Ausdruck gebracht, dass sie auch hinsichtlich der behaupteten Verletzungshandlungen im Ausland Schutz begehrten. Grenzüberschreitende Handlungen seien wegen des im Urheberrecht geltenden Schutzlandprinzips nach jeder der angesprochenen nationalen Rechtsordnungen zu untersuchen; urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen der Beklagten müssten demnach sowohl nach deutschem Recht als auch nach dem Recht im Land des Bestellers privilegiert sein. Soweit ausländisches Recht betroffen sei, sei der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif, weil der Inhalt des jeweiligen ausländischen Rechts von den Parteien noch nicht ausreichend aufbereitet worden sei.

Nach deutschem Recht könnten sich die Kläger nur auf die ihnen unstreitig eingeräumten Nutzungsrechte an den sechs ausdrücklich genannten Aufsätzen berufen. Soweit sich die Klageanträge auf andere Aufsätze bezögen, sei die Aktivlegitimation bestritten und von den Klägern nicht dargelegt worden.

Die sechs konkret genannten Aufsätze seien nach deutschem Recht unstreitig urheberrechtsschutzfähig. Sie genössen jedoch keinen Schutz als Teile eines Sammel- oder Datenbankwerks, da nicht dargetan sei, dass die wissenschaftlichen Zeitschriften, in denen sie veröffentlicht wurden, Sammelwerke seien, deren Elemente systematisch oder methodisch angeordnet seien und hinsichtlich der Anordnung der einzelnen Artikel im jeweiligen Heft einen schöpferischen Gehalt aufwiesen.

Der Kopienversanddienst des Beklagten zu 2. greife in das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) und - soweit nicht die Privilegierung des § 53 UrhG greife - auch in das Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG) ein. Die Texte würden in Deutschland vervielfältigt und verbreitet. Soweit sie nicht durch den Privilegierten, sondern - wie beim *Subito Library Service* - durch eine andere Bibliothek bei den Mitgliedsbibliotheken des Beklagten zu 2. bestellt würden, scheide eine Berufung auf § 53 UrhG wegen dessen Absatz 6 Satz 1 aus; die angefragte Bibliothek habe keinerlei Einfluss darauf, ob sich derjenige, der die Bestellung bei der anfragenden Bibliothek veranlasst habe, auf einen Privilegierungsstatbestand berufen könne.

Dagegen würden die Texte nicht i. S. d. § 19a UrhG öffentlich zugänglich gemacht. Beim Versand per E-Mail sei allgemein anerkannt, dass ein Werk nicht öffentlich wiedergegeben werde, da es an einen bestimmten Empfänger adressiert sei. Aber auch beim Versand per FTP passiv seien Dritte durch den nur dem Besteller mitgeteilten Link auf eine durch Firewall geschützte FTP-Seite vom Zugang ausgeschlossen. Ebenso verhalte es sich bei der Versandart FTP aktiv, da es dort allein im Verantwortungsbereich des Bestellers liege, seinen FTP-Server durch eine Firewall zu schützen und die Textkopie nur im Rahmen des ihm zgedachten Umfangs zu nutzen.

Die von den Beklagten im Zeitraum vom 1. Januar 2003 bis zum 13. September 2003 vorgenommenen Vervielfältigungen für den Versand im Inland seien durch die weite Fassung des bis zum letztgenannten Datum geltenden § 53 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a UrhG a. F. unabhängig davon privilegiert gewesen, ob es sich um analoge oder digitale, entgeltlich oder unentgeltlich hergestellte Kopien gehandelt habe. Auch ein Eingriff in die Rechte des Datenbankherstellers liege nicht vor. Es fehle am Merkmal des wiederholten und systematischen Eingriffs gemäß § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG, weil sich die Bestellungen auf eine Vielzahl unterschiedlicher Aufsätze verteilten und nicht immer auf dieselben. Da die Klageanträge auch keine wettbewerbswidrigen Handlungen, sondern allein urheberrechtliche Nutzungshandlungen beschrieben, komme im Rahmen der Privilegierung die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen nicht in Betracht.

Der Versand von Kopien an Besteller im Inland sei auch ab dem 13. September 2003 durch die neue Fassung des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a i. V. m. Satz 3, Satz 2 Nr. 1 und 2 UrhG gerechtfertigt. Insbesondere sei auch dann, wenn eine Grafikdatei versandt werde, von einer analogen Nutzung i. S. d. § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UrhG auszugehen, weil diese nur auf einem Bildschirm betrachtet oder ausgedruckt werden könne. Zwar könne sie auf weitere Speichermedien kopiert werden, das ändere aber nichts an den beschränkten Möglichkeiten der Endnutzung. Ohne weitere technische Maßnahmen, etwa die Verwendung eines Texterkennungsprogramms, sei es nicht möglich, nach einzelnen Textstellen innerhalb des Grafikdokuments zu suchen oder einzelne Textpassagen in einen anderen elektronischen Text als dessen Teil, d. h. durch Angleichung von Schriftbild und Formatierung, einzubinden. Letztendlich liege das Dokument nur als noch nicht ausgedrucktes Telefax vor; eine digitale Nutzung sei somit nicht möglich.

Der Kopienversand per Post oder Telefax an inländische Bibliotheken zur Aushändigung an deren Auftraggeber im Rahmen der Fernleihe bzw. des *Subito Library Service* sei durch eine analoge Anwendung der § 17 Abs. 2, § 27 Abs. 2 UrhG gerechtfertigt. Diese Vorschriften setzten zwar ihrem Wortlaut nach voraus, dass ein Original oder ein Vervielfältigungsstück, hinsichtlich dessen Erschöpfung eingetreten ist, weiterver-

breitet bzw. verliehen werde, während im Streitfall die von den Mitgliedsbibliotheken verbreiteten Vervielfältigungen von diesen selbst angefertigt worden seien. Es bestehe jedoch spätestens seit 1966 die bis zur vorliegenden Klage zu keinem Zeitpunkt in Zweifel gezogene Praxis, im Rahmen der Fernleihe Zeitschriftenaufsätze geringen Umfangs grundsätzlich nur in Reproduktion zu liefern und aus Praktikabilitätsabwägungen auch nicht zurückzugeben. Nachdem alle Beteiligten seit gut einem halben Jahrhundert von der Zulässigkeit dieser Praxis ausgegangen seien, für die seit vielen Jahren praktizierten Versandformen Post und Telefax aus einer zum Gewohnheitsrecht erstarkten Analogie zu § 17 Abs. 2, § 27 Abs. 2 UrhG i. V. m. § 242 BGB; den berechtigten Interessen der Urheber und Inhaber von Nutzungsrechten sei durch die Ausschüttungsbeurteilung an der Bibliothekstantieme gemäß § 27 Abs. 2 Satz 1 UrhG ausreichend Genüge getan. Dagegen habe sich hinsichtlich der neuen und zwischen den beteiligten Kreisen umstrittenen Versandarten E-Mail, FTP aktiv und FTP passiv keine gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung herausbilden können. Eine solche ergebe sich auch nicht aus dem Gesamtvertrag *Kopierversanddienst*, da dieser die Abgeltung urheberrechtlicher Ansprüche nur insoweit regle, als der Versand ohne Zustimmung der Rechteinhaber zulässig sei.

Die den Klägern zustehenden Ansprüche seien nicht verwirkt. In der Erklärung aus dem Jahr 1997 sei vereinbart worden, dass die Abläufe im Rahmen der Pilotprojekte keine Rechtsfolgen präjudizierten und das Ergebnis von keiner Seite später als Argumentationsbasis einseitig benutzt werde. Daher könne aus der Vereinbarung weder ein Verzicht noch eine Verwirkung hergeleitet werden. Die Klägerin zu 2. sei an dieser Erklärung ohnehin nicht beteiligt gewesen.

Gegen das Urteil wenden sich sowohl die Kläger als auch die Beklagten mit ihren Berufungen.

Die Kläger sind der Auffassung, das Landgericht habe ihre Klage zu Unrecht zum Teil abgewiesen. Zur Begründung wiederholen und vertiefen sie ihren Vortrag aus dem ersten Rechtszug. Sie sind insbesondere der Auffassung, das Landgericht habe verkannt, dass die Zeitschriften Datenbanken darstellten. Zudem stellten die Zeitschriften auch Datenbankwerke dar, da die Einordnung der Aufsätze unter verschiedene Kriterien wie *Wasserchemie*, *Chemiedidaktik* oder *Fotochemie* eine hinreichend individuelle Leistung sei; es bedürfe durchaus individueller Einschätzung, inwieweit Beiträge unter den einen oder anderen Gesichtspunkt einzuordnen seien. Das Landgericht sei auch zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Aktivlegitimation für jeden einzelnen Aufsatz, dessentwegen Ansprüche geltend gemacht würden, nachgewiesen werden müsse. Angesichts der Gesamtumstände der massenhaften Nutzung von Aufsätzen und Zeitschriften sei das nicht erforderlich. Insoweit könnten sie - die Kläger - sich auf die Vermutungen des § 10 Abs. 2 UrhG, der Art. 4 und Art. 5 der Richtlinie 2004/48/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. L 157 vom 30. April 2004, S. 45) sowie die GEMA-Vermutungen zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit der entsprechenden Werke und zur Rechtsinhaberschaft berufen.

Die Kläger stellen folgende Anträge:

- I. Das Teilurteil des Landgerichts wird aufgehoben, soweit darin die Klage abgewiesen worden ist. Demgemäß erhalten die Ziffern 1 bis 4 des Teilurteils folgende Fassung:
 1. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] gegenüber dem Kläger zu 1. zu unterlassen,
 - a) Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den Verlagen Springer Verlag GmbH, Georg Thieme Verlag KG oder Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KG aA publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere Beiträge aus den in Anlage K 1 a - c aufgelisteten Zeitschriften der genannten Verlage und hieraus wiederum insbesondere die Aufsätze
 - *On the definition of word hyperbolic groups* von Robert H. Gilman in der Zeitschrift *Mathematische Zeitschrift*, Band 242, 2002, Heft 3, S. 529 - 541 (herausgegeben von Springer Verlag GmbH);
 - *The Validity of Physiological Variables to Assess Training Intensity in Kayak Athletes* von David Bishop in der Zeitschrift *International journal of sports medicine*, 2004, Heft 1, S. 68-72 (herausgegeben von Georg Thieme Verlag KG);
 - *Alfred Werners Koordinationstheorie* von Lutz H. Grade in der Zeitschrift *Chemie in unserer Zeit*, 2002, Heft 3, S. 168 - 175 (herausgegeben von Wiley-VCH GmbH & Co. KG aA)

per E-Mail, FTP aktiv oder Internet Download (FTP passiv) von Deutschland aus an Besteller in Deutschland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen;

- b) Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den in a) genannten Verlagen publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere aus den in Anlage K 1 a - c genannten Zeitschriften oder die in a) genannten Aufsätze, per E-Mail, FTP aktiv, Internet Download (FTP passiv), Post oder Fax von Deutschland aus an Bibliotheken in Deutschland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, weitergeben oder weiterversenden;
- c) die drei in a) konkret genannten Aufsätze per E-Mail, FTP aktiv oder Internet Download (FTP passiv) von Deutschland aus an Bibliotheken im Ausland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, weitergeben oder weiterversenden.

2. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] gegenüber der Klägerin zu 2. zu unterlassen,

- a) Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den Verlagen Elsevier B.V., Blackwell Publishing Ltd. oder der American Chemical Society publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere Beiträge aus den in Anlage K 1 d - f aufgelisteten Zeitschriften der genannten Verlage und hieraus wiederum insbesondere die Aufsätze
 - *Scanning probe microscopy installed with nanotube probes and nanotube tweezers* von Yoshikazu Nakayama in der Zeitschrift *Ultramicroscopy*, vol. 91, 2002, S. 49 - 56 (herausgegeben von Elsevier B. V.),
 - *Introduction to Stephen G. West's Murray Award Address* von Avrif Thorne in der Zeitschrift *Journal of personality*, vol. 71, Heft 3, S. 297 - 298 (herausgegeben von Blackwell Publishing Ltd.) und
 - *Modeling Small Aluminium Chlorohydrate Polymers* von Pophristic/Klein/Holerca in der Zeitschrift *Journal of Physical Chemistry A*, vol. 108, 2003, Heft 1, S. 113 - 120 (herausgegeben von der American Chemical Society)

per E-Mail, FTP aktiv oder Internet Download (FTP passiv) von Deutschland aus an Besteller in Deutschland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen;

- b) Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den in a) genannten Verlagen publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere aus den in Anlage K 1 d - f genannten Zeitschriften oder die in a) genannten Aufsätze, per E-Mail, FTP aktiv, Internet Download (FTP passiv), Post oder Fax von Deutschland aus an Bibliotheken in Deutschland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, weitergeben oder weiterversenden;
- c) die drei in a) konkret genannten Aufsätze per E-Mail, FTP aktiv oder Internet Download (FTP passiv) von Deutschland aus an Bibliotheken im Ausland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, weitergeben oder weiterversenden.

3. Die Beklagten werden verurteilt, gegenüber dem Kläger zu 1. über Art und Umfang der in Ziffer 1 genannten Nutzungen und gegenüber dem Kläger zu 2. über Art und Umfang

der in Ziffer 2 genannten Nutzungen seit dem 1. Januar 2003 jeweils Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen. Insbesondere sind anzugeben:

- a) die einzelnen Aufsätze und/oder Beiträge aus den Zeitschriften, von denen Kopien versandt oder elektronisch übermittelt wurden, nebst Angabe des jeweiligen Autors und der jeweiligen Fundstelle;
 - b) die Anzahl der vom jeweiligen Aufsatz und/oder Beitrag versandten oder elektronisch übermittelten Kopien oder Vervielfältigungen;
 - c) die Anzahl derjenigen Kopien oder Vervielfältigungen gemäß a) und b), die an Bibliotheken im In- oder Ausland versandt oder elektronisch übermittelt wurden, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, in Deutschland, Österreich oder der Schweiz weitergeben oder weiterversenden, sowie die Namen und Anschriften dieser Bibliotheken, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
 - d) die in Rechnung gestellten und/oder erhaltenen Beträge für die jeweilige Lieferung der Kopien oder Vervielfältigungen, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
 - e) die erzielten Bruttoumsätze und den erzielten Gewinn.
4. Es wird festgestellt, dass die Beklagten jeglichen Schaden als Gesamtschuldner zu ersetzen haben,
- a) der den Verlagen Springer Verlag GmbH, Georg Thieme Verlag KG oder Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KG aA durch die in Ziffer 1 genannten Handlungen seit dem 1. Januar 2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen des Klägers zu 1.;
 - b) sowie den Verlagen Elsevier B. V., Blackwell Publishing Ltd. oder der American Chemical Society durch die in Ziffer 2 genannten Handlungen seit dem 1. Januar 2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen der Klägerin zu 2.;

II. Hilfsweise werden zu den Anträgen I 1 und 2 zusätzlich folgende Anträge gestellt:

Die Anträge I 1 und 2 werden zusätzlich mit der Maßgabe gestellt, dass den Beklagten verboten wird, die Beiträge in der genannten Art im geschäftlichen Verkehr auf die genannte Weise anzubieten, wie es von den Beklagten insbesondere durch ihr Handbuch (Anlage K 13) angeboten wird und demgemäß praktiziert worden ist.

III. Hilfsweise wird zu den Anträgen I. und II. beantragt, die dort genannten Verpflichtungen auf Beiträge und Aufsätze aus den dort genannten Zeitschriften der dort genannten Verlage zu beschränken, die seit dem 1. Januar 1991 in den genannten Zeitschriften der ebenfalls genannten Verlage erschienen sind.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung der Kläger zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angegriffene Urteil gegen die Angriffe der Kläger. Zu ihrer eigenen Berufung wiederholen und vertiefen sie ihre Auffassung, dass sämtliche von ihnen vorgenommenen Nutzungshandlungen gerechtfertigt seien.

Sie beantragen zu ihren eigenen Berufungen,

das landgerichtliche Urteil aufzuheben, soweit sie verurteilt worden sind, und die Klage insoweit abzuweisen.

Der Beklagte zu 2. beantragt des Weiteren

2. hilfsweise, das landgerichtliche Urteil aufzuheben, soweit er hierdurch verurteilt worden sei und sich das Urteil auch auf die traditionelle Fernleihe durch ihn beziehe;
3. weiter hilfsweise, den Rechtsstreit unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Die Kläger beantragen hierzu,

die Berufungen der Beklagten zurückzuweisen.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll des Termins vom 25. Januar 2007 Bezug genommen.

Teil 2

Die zulässigen Berufungen sind teilweise begründet.

A) Die Klage ist zulässig. Insbesondere sind die Klageanträge auch insoweit hinreichend bestimmt (vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), als sie allgemein auf Zeitschriften - einschließlich solcher, die noch gar nicht gegründet sind - bestimmter Verlage und auf Aufsätze - einschließlich solcher, die noch nicht geschrieben sind - in bestimmten Zeitschriften abstellen.

Nach der genannten Vorschrift dürfen ein Unterlassungsantrag und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 S. 1 ZPO) nicht mehr klar umrissen sind, der Beklagte sich deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung darüber überlassen bleibt, was dem Beklagten verboten ist (vgl. BGH GRUR 2005, 692 [693] - „statt“-Preis m. w. N.).

Danach bestehen gegen die Klageantragsfassungen im Streitfall keine Bedenken. Die Kläger haben zum Ausdruck gebracht, dass sie hinsichtlich jedes Aufsatzes, der das formale Kriterium der Veröffentlichung in einer von den genannten Verlagen herausgegebenen Zeitschrift erfüllt, Ansprüche geltend machen. Damit ist der Sachverhalt, zu dem die Kläger der Entscheidung des Gerichts herbeiführen wollen, hinreichend klar umrissen und erlaubt den Beklagten eine erschöpfende Verteidigung (nicht zuletzt mit dem Einwand, die urheberrechtliche Schutzfähigkeit sei nicht für alle solchermaßen abstrakt beschriebenen Aufsätze dargetan). Die Beklagten können auch im Zeitpunkt einer möglichen Verletzungshandlung unschwer feststellen, ob eine bestimmte Zeitschrift von den genannten Verlagen herausgebracht wird und ob ein von ihnen in Betracht gezogener Aufsatz in einer solchen Zeitschriften erschienen ist (vgl. BGH GRUR 1999, 325 [327] - *Elektronische Pressearchive*; GRUR 1997, 459 [460] - *CB-Infobank I*).

Ob den Klägerin die mit der Klage verfolgten Ansprüche für alle derartigen Aufsätze - auch solche, die noch nicht existieren - zustehen, ist eine Frage der Begründetheit der Klage. Das gilt auch hinsichtlich solcher Aufsätze, die zwar bereits veröffentlicht sind, aber in den Anträgen nur abstrakt dadurch beschrieben werden, dass sie in Zeitschriften der genannten Verlage erschienen seien.

B) Die Klage ist - soweit ihre Streitgegenstände in das Berufungsverfahren gelangt sind - überwiegend unbegründet, da den Klägern lediglich hinsichtlich der sechs ausdrücklich benannten Aufsätze Ansprüche zustehen, nicht jedoch hinsichtlich der lediglich abstrakt beschriebenen Aufsätze. Die den Klägern zustehenden Ansprüche gehen jedoch über den ihnen im landgerichtlichen Urteil zugesprochenen Teil hinaus; andererseits hat das Landgericht den Klägern in Teilbereichen auch mehr zugesprochen, als ihnen zusteht. Entsprechend haben die Berufungen beider Seiten teilweise Erfolg.

I. Die Klageansprüche können nicht aus dem sui-generis-Schutz für Datenbanken gemäß § 87a ff. UrhG hergeleitet werden.

1. Gemäß § 87a Abs. 1 Satz 1 UrhG ist eine Datenbank eine Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind; hinzu kommt das Erfordernis, dass deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert.

Der Begriff beschränkt sich nicht auf elektronische Datenbanken, sondern erfasst auch Datensammlungen, die auf andere Weise - etwa in gedruckter Form - zusammengestellt sind (vgl. BGH, Beschl. v. 29. September 2006 - I ZR 261/03 - *Sächsischer Ausschreibungsdienst* Tz. 8; in juris nachgewiesen; BGH GRUR 2007, 137 - *Bodenrichtwertsammlung* Tz. 9 m. w. N.).

Die erforderliche systematische oder methodische Anordnung dient der Wiedergewinnung der in die Datensammlung aufgenommenen Elemente und unterscheidet eine Datenbank von einem bloßen Datenhaufen als Sammlung, die zwar Informationen liefert, der es aber an einem Mittel zur Verarbeitung der einzelnen Elemente, aus denen sie besteht, fehlt (vgl. EuGH, Urt. v. 9. November 2004 - C-444/02 [in GRUR Int. 2005, 239 als *FIXTURES MARKETING I* bezeichnet, in GRUR 2005, 254 als *Fixtures Fußballspielpläne II*] Tz. 31). Eine Datenbank zeichnet sich dadurch aus, dass sie mehr ist als die Summe ihres Inhalts (vgl. *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 87a Rz. 4).

Der Begriff der mit der Beschaffung des Inhalts einer Datenbank verbundenen Investition bezeichnet die der Suche nach vorhandenen unabhängigen Elementen und deren Sammlung in dieser Datenbank gewidmeten Mittel unter Ausschluss der Mittel, die für das Erzeugen der unabhängigen Elemente als solches eingesetzt werden. Das Ziel des Schutzes durch das Schutzrecht sui generis besteht darin, einen Anreiz für die Einrichtung von Systemen für die Speicherung und die Verarbeitung vorhandener Informationen zu geben und nicht für das Erzeugen von Elementen, die später in einer Datenbank zusammengestellt werden können (vgl. EuGH GRUR 2005, 244 - *BHB-Pferdewetten* Tz. 31). Der Begriff der mit der Überprüfung des Inhalts der Datenbank verbundenen Investition erfasst die Mittel, die der Kontrolle der Richtigkeit der ermittelten Elemente bei der Erstellung der Datenbank und während des Zeitraums des Betriebs dieser Datenbank gewidmet werden, um die Verlässlichkeit der in der Datenbank enthaltenen Information sicherzustellen. Die Mittel, die Überprüfungsmaßnahmen im Laufe des Stadiums der Erzeugung von Daten oder sonstigen Elementen gewidmet werden, die anschließend in einer Datenbank gesammelt werden, stellen dagegen Mittel dar, die die Elementenerzeugung betreffen und daher bei der Beurteilung, ob eine wesentliche Investition vorliegt, nicht berücksichtigt werden können (vgl. EuGH, a. a. O., - *BHB-Pferdewetten* Tz. 34).

2. Danach liegen im Streitfall keine Datenbanken vor.

Die periodische Veröffentlichung von Aufsätzen in Zeitschriften ist für sich genommen nicht mehr als eine Sammlung, die zwar Informationen liefert, der es aber an einem Mittel zur Verarbeitung der einzelnen Elemente, aus denen sie besteht, fehlt. Die Anordnung der Aufsätze folgt keinem Strukturprinzip, sondern dem Zufall von Manuskripteingang und Dauer der redaktionellen Bearbeitung einschließlich des Peer-Review-Verfahrens. Selbst wenn eine Zeitschrift in jedem ihrer Hefte nach einzelnen Untergebieten gegliedert sein sollte, erlaubte auch diese Grobeinteilung noch nicht, einzelne Elemente auf einfache Weise zu finden (vgl. KG GRUR-RR 2001, 102 - *Stellenmarkt*; vgl. auch OLG München GRUR-RR 2001, 228 f. - *Übernahme fremder Inserate*).

Allenfalls könnte dem - meist jährlich - nachgelieferten Index einer Zeitschrift die erforderliche methodische oder systematische Anordnung zukommen, da es diese Zusammenstellung der Fundstellen ist, die das Auffinden eines bestimmten Aufsatzes ermöglicht. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass für dessen Erstellung wesentliche Investitionen erforderlich wären. Insbesondere fallen die von den Klägern angeführten Kosten für die Herstellung der einzelnen Zeitschriftenhefte einschließlich der Kosten für das Peer-Review-Verfahren bereits bei der Erzeugung der einzelnen Aufsätze als Elemente an und nicht erst bei der Zusammenstellung des Indexes; sie kommen deshalb für die Begründung eines Datenbankcharakters nicht in Betracht.

3. Im Übrigen wäre die Berufung auf einen Schutz als Datenbank nicht geeignet, Ansprüche hinsichtlich aller jemals von den in den Klageanträgen genannten Verlage veröffentlichten Zeitschriftenaufsätze zu begründen, da die Rechte des Datenbankherstellers gemäß § 87d UrhG bereits fünfzehn Jahre nach der Veröffentlichung der Datenbank erlöschen.

II. Auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes für Sammel- und Datenbankwerke (vgl. § 4 UrhG) hat die Klage keinen Erfolg.

Da die Aufsätze, für die die Kläger Schutz in Anspruch nehmen, schon nicht Teile von Datenbanken sind, aus denen die Beklagten sie entnehmen würden, können sich die Kläger auch nicht auf Ansprüche wegen der Verletzung von Datenbankwerken gemäß § 4, § 97 UrhG berufen.

Die Zeitschriften sind auch keine Sammelwerke im Sinne des § 4 Abs. 1 UrhG, da es ihnen an einer persönlichen geistigen Schöpfung i. S. d. § 2 Abs. 2 UrhG bei der Zusammenstellung der Elemente gebricht. Insbesondere kann in der thematischen Zuordnung eines Aufsatzes zu einem Untersachgebiet keine derartige Leistung gesehen werden; vielmehr ergibt sich eine solche Zuordnung aus objektiven Kriterien, die keinen Raum für eine schöpferische Tätigkeit lassen.

Im Übrigen würde - selbst wenn man sie unterstellte - eine auf Grund der Auswahl oder Anordnung der Elemente gegebene persönliche geistige Schöpfung eines Sammelwerks durch die Entnahme einzelner darin veröffentlichter Artikel nicht berührt, wenn die Entnahme - wie im Streitfall - keinerlei Bezug zu Auswahl und Anordnung in der Zeitschrift hat, sondern unabhängig davon lediglich wegen des eigenständigen Inhalts des Aufsatzes erfolgt.

III. Die in das Berufungsverfahren gelangten Klageansprüche können hinsichtlich der sechs konkret bezeichneten Aufsätze - jedoch nicht darüber hinaus - weitgehend auf die Verletzung urheberrechtlicher Nutzungsrechte gestützt werden.

1. Im Streitfall kann lediglich bei den sechs ausdrücklich benannten Aufsätzen davon ausgegangen werden, dass urheberrechtlich schutzfähige Werke vorliegen.

a) Die Parteien haben unstreitig gestellt, dass diese sechs Aufsätze urheberrechtlich schutzfähig seien. Das ist dahin zu verstehen, dass die tatsächlichen Merkmale, die die rechtliche Bewertung als urheberrechtlich schutzfähig erlauben, bei allen sechs Aufsätzen unstreitig sind. Entsprechend geht auch der Senat bei diesen sechs Aufsätzen von einer Qualität als Werk i. S. d. § 2 Abs. 2 UrhG aus.

b) Dagegen kann die Werksqualität hinsichtlich anderer Aufsätze, die in Zeitschriften der von den Klägern repräsentierten Verlage erschienen sind oder noch erscheinen werden, nicht festgestellt werden.

aa) Die Kläger haben auf Sachvortrag hierzu verzichtet. Jedenfalls für künftige Aufsätze wäre entsprechendes Vorbringen auch nicht möglich.

bb) Die Kläger können sich hinsichtlich der nicht konkret genannten Aufsätze, für die sie urheberrechtlichen Schutz beanspruchen, nicht auf eine Vermutungswirkung berufen.

(1) Die Anwendung einer Vermutung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit, wie sie zu Gunsten von Wertungsgesellschaften besteht, ist im Streitfall nicht angezeigt. Den Klägern fehlt es schon an der tatsächlichen Monopolstellung, die Voraussetzung für eine solche Vermutung ist (vgl. BGH GRUR 1986, 62 [63] - GEMA-Vermutung / m. w. N., Schulze in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 13b UrhWG Rz. 2).

(2) Im Übrigen käme die Anwendung einer derartigen Vermutung nur bei konkret bestimmten Werken in Betracht. Nur an einem konkret bestimmten Werk könnte die Vermutung von den Beklagten widerlegt werden. Ein auf eine Vermutung gestütztes allgemeines, an generellen Kriterien orientiertes Verbot, wie es die Kläger anstreben, würde den Beklagten die Möglichkeit zur Widerlegung der Vermutung im Erkenntnisverfahren nehmen und in das wegen einzelner Verstöße einzuleitende Vollstreckungsverfahren verlagern.

Es besteht mithin die Möglichkeit, dass die abstrakte Beschreibung in den Klageanträgen auch solche Aufsätze erfasst, hinsichtlich derer die Kläger keine Rechte innehaben und die Beklagten eine entsprechende Vermutung widerlegen könnten (etwa rein deskriptive Beiträge, die keinerlei Schöpfungshöhe aufweisen, oder Plagiate, bei denen die Nutzungsrechte beim plagiierten Urheber oder dessen Verlag liegen). Damit besteht die Gefahr, dass ein auf diese Anträge gestütztes Verbot zu weit geht und die Beklagten teilweise zu Unrecht belastet.

Das kann auch nicht mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, dass es den Klägern nicht zuzumuten sei, die Beklagten mit dem Ziel zu überwachen, die Nutzung weiterer konkreter Aufsätze festzustellen, und deswegen neue Erkenntnisverfahren anzustrengen. Denn auch eine so weitgehende abstrakte Verurteilung der Beklagten, wie sie die Kläger anstreben, hätte für sich keinen Wert, wenn nicht durch eine Überwachung des weiteren Verhaltens der Beklagten konkrete Verletzungsfälle zum Gegenstand von Vollstreckungsverfahren gemacht würden. Ist aber eine - wie auch immer geartete - Überwachung der Beklagten zur Durchsetzung der von den Klägern in Anspruch genommenen Rechte hinsichtlich der Gesamtheit der von ihnen veröffentlichten Artikel ohnehin notwendig, ist nicht zu erkennen, weshalb das zum Anlass genommen werden sollte, den Beklagten Verteidigungsmöglichkeiten im Erkenntnisverfahren abzuschneiden.

Im Fall der den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Beiträge aus Zeitschriften kann das Fehlen der Voraussetzungen urheberrechtlichen Schutzes nicht als Ausnahmefall angesehen werden, der als solcher von dem auf das Urheberrecht gestützten Klagebegehren auch nicht erfasst werde (so aber für ein die Verwertung von Zeitungsartikeln in einer Datenbank betreffenden Klagebegehren BGH GRUR 1997, 464 [465] - *CB-Infobank II*), denn dann wäre schon der Umfang der Klage nicht absehbar und diese mangels Bestimmtheit unzulässig. Dem steht im Streitfall auch - wie oben unter A) dargelegt - entgegen, dass die Kläger eindeutig für alle Aufsätze, die die in den Anträgen formulierten Kriterien erfüllen, Ansprüche geltend machen.

2. Hinsichtlich der sechs von den Klägern konkret bezeichneten Aufsätze ist der Vortrag der Kläger zur Einräumung der streiterheblichen Nutzungsrechte und den Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft unbestritten geblieben.

Hinsichtlich anderer Aufsätze, die in Zeitschriften der von den Klägern repräsentierten Verlage erschienen sind oder noch erscheinen werden, könnte dagegen auch dann nicht von einer Rechtsinhaberschaft und somit auch nicht von der Aktivlegitimation der Kläger auf der Grundlage der Einräumung von Nutzungsrechten durch die Verlage ausgegangen werden, wenn die urheberrechtliche Schutzfähigkeit sämtlicher Aufsätze unterstellt würde. Es gibt keinen Erfahrungssatz dahingehend, dass die Verlage die uneingeschränkte Übertragung aller Nutzungsrechte für alle bisher bei ihnen erschienenen Aufsätze durchgesetzt haben. Noch weniger kann davon ausgegangen werden, dass sie eine derartig umfassende Rechteeinräumung für alle Zukunft werden durchsetzen können. Deshalb kann auch bei Unterstellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit nicht ohne weiteren Vortrag zwingend von der Rechtsinhaberschaft der Verlage ausgegangen werden kann. Auch auf die GEMA-Vermutung zur Wahrnehmungsbefugnis einer Verwertungsgesellschaft (vgl. BGH, a. a. O., - *GEMA-Vermutung I*) oder die Vermutungsregelungen des § 10 Abs. 2 UrhG oder des Art. 5 der Richtlinie 2004/48/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. L 157 vom 30. April 2004, S. 45) können sich die Kläger nicht berufen, wobei es ohne Belang ist, ob die Richtlinie trotz bislang fehlender Umsetzung in nationales Recht insoweit unmittelbar angewendet werden könnte. Wegen der Abstraktheit der Beschreibung der Aufsätze, die den Beklagten jede Widerlegungsmöglichkeit nimmt, ist insoweit ebenso wenig Raum für die Anwendung einer Vermutungsregelung wie bei der Frage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit.

3. Der Versand der sechs Aufsätze durch die Beklagten verletzte teilweise die klägerischen Nutzungsrechte.

a) Soweit die Beklagten Kopien der sechs Aufsätze in elektronischer Form (per E-Mail, FTP aktiv oder FTP passiv) versandten, verletzen sie das Vervielfältigungsrecht des jeweils entsprechenden Klägers aus § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG. Dagegen war deren Versand per Post oder Telefax gerechtfertigt.

aa) Sowohl beim Versand in elektronischer Form als auch beim Versand per Post oder Telefax werden bereits im Inland Vervielfältigungsstücke hergestellt. Insbesondere werden beim elektronischen Versand nicht erst beim Empfänger, sondern bereits bei der versendenden Bibliothek im Inland Dateien angefertigt, die Vervielfältigungen des jeweiligen Aufsatzes darstellen (vgl. *Wandtke/Grassmann ZUM 2006, 889 [890 f.]*). Darin liegt ein Eingriff in das jeweils den Verlagen eingeräumte Vervielfältigungsrecht gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG.

bb) Diese Eingriffe waren nach dem bis zum Ablauf des 12. September 2003 geltenden Urheberrecht insgesamt gerechtfertigt, sind es nach dem seitdem geltendem Recht jedoch nur, soweit ein Versand per Post oder Telefax erfolgt.

(1) Hinsichtlich des Versandwegs Post oder Telefax ist lediglich der Versand an andere inländische Bibliotheken zur Weitergabe an deren Auftraggeber streitgegenständlich, wie sich daraus ergibt, dass dieser Versandweg lediglich in den Berufungsklageanträgen I. 1. b) und I. 2. b) genannt wird, die auf andere Bibliotheken im Inland als Empfänger abstellen, während er in den Berufungsklageanträgen I. 1. a) und I. 2. a), die auf die unmittelbaren Besteller als Empfänger abstellen, nicht aufgeführt ist. Die Zulässigkeit eines Kopienversanddienstes per Post oder Telefax unmittelbar an die Besteller ist bereits durch den Bundesgerichtshof festgestellt (vgl. BGH GRUR 1999, 707 ff. - *Kopienversanddienst*).

Auch der streitgegenständliche Kopienversanddienst per Post oder Telefax an andere Bibliotheken zur Weitergabe deren Auftraggeber ist gerechtfertigt. Der Senat nimmt auf die Ausführungen des Landgerichts zu einer gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigung unter F. I. der Entscheidungsgründe (= Bl. 34 f. UA) Bezug und schließt sich ihnen an. Angesichts des Umstands, dass die öffentlichen deutschen Bibliotheken bereits im Jahre 1971 fast die Hälfte von nahezu einer Million Bestellungen von auswärts durch den Versand von Ko-

prien erledigt haben (vgl. *Katzenberger* GRUR 1973, 629 [635] m. w. N.; vgl. auch die Darstellung von *Spangenberg* in GRUR 1980, 700 [702, Fn. 18]) und das von allen Beteiligten als rechtmäßig angesehen wurde, ist das Landgericht zu Recht von einer gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigung dieser Praxis ausgegangen. Es ist nicht ersichtlich, wie neuere Entwicklungen, die sich im Wesentlichen im Bereich der digitalen Datennutzung abspielen, eine grundsätzlich andere Bewertung der Fernleihe durch Kopienversand per Post oder Telefax gebieten und damit einer Jahrzehnte lang gebilligten Praxis die Rechtsgrundlage entziehen könnten.

(2) Der elektronische Versand - der sowohl hinsichtlich der Übermittlung unmittelbar an die Besteller als auch hinsichtlich der Übermittlung an andere Bibliotheken zur Weitergabe an diejenigen, die dort bestellt haben, Streitgegenstand ist - wurde durch die Änderung des Urheberrechtsgesetzes zum 13. September 2003 durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. September 2003 (BGBl. S. 1774) unzulässig.

aaa) Bis zum Ablauf des 12. September 2003 war der elektronische Versand durch § 53 UrhG in der damals geltenden Fassung (im Folgenden: § 53 a. F.) gerechtfertigt.

Diese lautete:

§ 53 Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch

[...]

(2) Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen

[...]

4. zum sonstigen eigenen Gebrauch

a) wenn es sich um kleine Teile eines erschienenen Werkes oder um einzelne Beiträge handelt, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind,

[...]

Die Regelung in § 53 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a UrhG a. F. unterschied nicht nach der Art der Vervielfältigung und erfasste deshalb - wie die anderen Tatbestände des § 53 UrhG a. F. - auch solche Vervielfältigungen, die digitale Nutzungen erlaubten (vgl. BT-Drs. 15/38, S. 20: „Die vorgeschlagenen Änderungen in § 53 dienen vor allem der Klarstellung hinsichtlich der Geltung des § 53 auch für die digitale Vervielfältigung.“).

Da bei den Bestellern einzelner Kopien wissenschaftlicher Aufsätze von einer Verwendung zum eigenen Gebrauch i. S. d. § 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG a. F. auszugehen ist, konnten sich diese selbst auf die genannte Privilegierung berufen. Die Anfertigung von Kopien der Bibliotheken für die Übermittlung an den Besteller ist nur diesem zuzurechnen, so dass auch der Kopienversanddienst der Beklagten an dessen Privilegierung teilnahm (vgl. BGH, a. a. O., - *Kopienversanddienst*, S. 709 f.).

bbb) Dieser Rechtfertigungstatbestand ist mit der Änderung des Urheberrechtsgesetzes zum 13. September 2003 durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. September 2003 (BGBl. S. 1774) weggefallen. Durch Art. 1 Abs. 1 Nr. 15 Buchst. b jenes Gesetzes wurden § 53 Abs. 2 UrhG folgende Sätze angefügt:

²Dies gilt im Fall des Satzes 1 Nr. 2 nur, wenn zusätzlich

1. die Vervielfältigung auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung vorgenommen wird oder

2. eine ausschließlich analoge Nutzung stattfindet oder

3. [...].

³Dies gilt in den Fällen des Satzes 1 Nr. 3 und 4 nur, wenn zusätzlich eine der Voraussetzungen des Satzes 2 Nr. 1 oder 2 vorliegt.

Die nunmehr für eine Privilegierung erforderlichen Voraussetzungen des § 53 Abs. 2 Satz 3 UrhG erfüllt der elektronische Versand der Beklagten nicht.

α) Die Voraussetzung des § 53 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. Satz 2 Nr. 1 UrhG ist nicht gegeben, da die beim elektronischen Versand anfallenden Vervielfältigungen weder auf Papier noch einem ähnlichen Träger mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung vorgenommen werden (a. A. *Wandtke/Grassmann*, a. a. O., S. 893 f. mit de lege ferenda beachtlichen Gründen).

Die Vorschrift des § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 UrhG beruht auf Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167 v. 22. Juni 2001, S. 10; im Folgenden: Informationsgesellschafts-Richtlinie). Nach deren Erwägungsgrund 40 soll eine Nutzung im Zusammenhang mit der Online-Lieferung von geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen nicht - generell - unter die Ausnahme oder Beschränkung zu Gunsten bestimmter nicht kommerzieller Einrichtungen wie der Öffentlichkeit zugänglicher Bibliotheken fallen, während gemäß Erwägungsgrund 37 die nationalen Regelungen über die Reproduktion unberührt bleiben sollten. Dem folgend wollte der Gesetzgeber gerade digitale Kopien von den Privilegierungen des § 53 Abs. 2 Nr. 3 und 4 UrhG ausschließen (vgl. BT-Drs. 15/38 S. 21: „Für alle Formen reprografischer Vervielfältigungen [Satz 2 Nr. 1]“, Hervorhebung nur hier; *Loewenheim* in: *Schricker*, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 53 Rz. 32a). Entsprechend wird auch im Entwurf der Bundesregierung eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 15. Juni 2006 (BT-Drs. 16/1828) der Kopienversand in elektronischer Form erstmals angesprochen (vgl. § 53a Abs. 1 Satz 2 UrhG-E) und diese Regelung als vorsichtige Übertragung des für den Post- und Faxversand ausgewogenen Verhältnisses in das digitale Umfeld bezeichnet (a. a. O., S. 27 li. Sp. unten). Bei der Anfertigung digitaler Vervielfältigungen kann deshalb von einem Verfahren mit ähnlicher Wirkung wie fotomechanische Verfahren i. S. d. derzeit geltenden § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 UrhG nicht gesprochen werden.

Mit dieser Auslegung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu seiner Auffassung, dass mit der ähnlichen Formulierung „durch Ablichtung eines Werkstücks oder in einem Verfahren vergleichbarer Wirkung“ in § 54a Abs. 1 UrhG auch digitale Vervielfältigungsverfahren erfasst werden (vgl. Senat GRUR-RR 2006, 126 [127] - *CD-Kopierstationen*; GRUR-RR 2006, 121 [122 f.] - *PCs*). Denn § 54a Abs. 1 UrhG regelt die Vergütungspflicht für alle gemäß § 53 UrhG erlaubten Nutzungen, zu denen jedenfalls im Rahmen des § 53 Abs. 1 UrhG auch digitale Vervielfältigungen gehören, und muss daher auch diese erfassen. Dagegen regelt § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 UrhG die gegenüber der Vergütungspflicht vorrangige Frage, was erlaubt ist.

β) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ermöglichen die im Rahmen des elektronischen Kopienversands angefertigten digitalen Kopien auch dann nicht ausschließlich analoge Nutzungen, wie sie die Regelung des § 53 Abs. 2 Satz 3, Satz 2 Nr. 2 UrhG für eine Privilegierung verlangt, wenn sie als Grafikdateien erstellt werden.

Solche Dateien können vom Empfänger - anders als bei rein analogen Vorgängen - ohne jeden Qualitätsverlust kopiert und elektronisch an Dritte versandt werden. Selbst wenn sie nicht unter Anpassung der Formate der in ihnen abgebildeten Texte in andere Textdateien eingefügt werden können, so besteht doch ohne weiteres die Möglichkeit, sie als Grafikdatei einzufügen. All das sind Nutzungsmöglichkeiten, die rein digitaler Natur sind. Dass noch weitere Nutzungen digitaler Natur denkbar sind, die bei Grafikdateien nicht erfolgen können - etwa Volltextrecherchen in den abgebildeten Aufsätzen -, ist für das Nichtvorliegen der Privilegierung unerheblich, denn die genannte Vorschrift schließt nicht nur vollumfängliche digitale Nutzungen von der Erlaubnis aus, sondern erlaubt vielmehr die Vervielfältigung nur dann, wenn ausschließlich analoge Nutzungen stattfinden, und schließt damit auch solche Vervielfältigungen aus, die nur wenig leistungsfähige digitale Nutzungen erlauben.

a-2) Dass die Voraussetzungen einer Privilegierung gemäß § 53 Abs. 1 UrhG regelmäßig vorliegen, ist nicht ersichtlich.

Nach dieser Vorschrift sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch zulässig, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen. Bei dem von den Beklagten betriebenen Versanddienst kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese Voraussetzungen bei den Bestellern vorliegen.

a-3) Für eine Analogie zu anderen Schranken des Vervielfältigungsrechts fehlt es angesichts der Entstehungsgeschichte der aktuellen Regelungen der Privilegierungstatbestände an einer Regelungslücke. Art. 5 Abs. 2 Buchst. c) der Informationsgesellschafts-Richtlinie erlaubt zwar Ausnahmen und Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts in Bezug auf bestimmte Vervielfältigungshandlungen von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, die - wenngleich nicht allgemein (vgl. Erwägungsgrund 40), so doch für wissenschaftliche und Unterrichtszwecke (vgl. Erwägungsgrund 34) - auch hinsichtlich der Online-Lieferung geschützter Werke eröffnet sind. Das kann aber angesichts des eindeutig entgegenstehenden Wortlauts der nationalen Vorschrift, mit der die Richtlinie umgesetzt wurde, auch bei Berücksichtigung der - vom Senat anerkannten -

Bedeutung des Projekts der Beklagten für Wissenschaft und Forschung nicht de lege lata, sondern allenfalls de lege ferenda berücksichtigt werden.

a-4) Mangels Privilegierung des Bestellers ist jede Art des elektronischen Kopienversands unzulässig, ohne dass es darauf ankäme, ob dieser unmittelbar an den Besteller oder vermittelt einer weiteren Bibliothek erfolgt.

b) Die Kläger können keine Ansprüche aus einer Verletzung des Rechts, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen (Verbreitungsrecht, vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 2, § 17 Abs. 1 UrhG), geltend machen.

Zwar wird beim Kopienversand per Post - der nur hinsichtlich der Übermittlung an eine andere inländische Bibliothek zum Zweck der Weitergabe an deren Auftraggeber Gegenstand des Berufungsverfahrens ist (s. o. a] bb] [1]) - in dieses Recht eingegriffen. Der Eingriff ist jedoch aus den oben unter a) bb) (2) dargelegten Gründen gewohnheitsrechtlich gerechtfertigt.

Bei der unkörperlichen Übermittlung, wie sie beim Versand per Telefax oder dem elektronischen Versand stattfindet, wird in das Verbreitungsrecht nicht eingegriffen (vgl. *Loewenheim*, a. a. O. § 17 Rz. 5; *Schulze*, a. a. O., § 17 Rz. 6).

c) Auch aus dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (vgl. § 15 Abs. 2 Nr. 2, § 19a UrhG) können die Kläger keine Ansprüche herleiten.

aa) Als Teil des Rechts der öffentlichen Wiedergabe (vgl. § 15 Abs. 2 UrhG) ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung das Recht, ein Werk der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist (vgl. § 19a UrhG). Eine Wiedergabe ist gemäß § 15 Abs. 3 UrhG öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist; zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.

Dieser Öffentlichkeitsbegriff ist auch auf Handlungen vor der Änderung des Urheberrechtsgesetzes zum 13. September 2003 anwendbar (vgl. BT-Drs. 15/38, S. 17: „Die Definition der Öffentlichkeit einer Wiedergabe in dem neu gefassten § 15 Abs. 3 entspricht inhaltlich im Wesentlichen dem bisher geltenden Recht.“), als das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung noch als unbenanntes Recht der Verwertung des Werks in unkörperlicher Form in dem umfassenden Verwertungsrecht aus § 15 UrhG a. F. geregelt war (vgl. BGH GRUR 2003, 958 [961] - *Paperboy*).

bb) Die Voraussetzung der Öffentlichkeit ist im Streitfall bei keiner der drei von den Beklagten praktizierten elektronischen Versandarten gegeben.

Im Streitfall erfolgt der Versand der Grafikdatei per E-Mail nur jeweils an den einzelnen Besteller eines ganz bestimmten Aufsatzes. Jedenfalls in einer solchen Gestaltung, die nicht das wahllose Streuen eines einheitlichen Inhalts per E-Mail an eine Vielzahl von Empfängern zum Gegenstand hat, kann nicht die Rede davon sein, dass die Grafikdatei für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt sei; vielmehr ist sie nur für eine einzige Person bestimmt und berührt deshalb das Recht der öffentlichen Wiedergabe in keiner seiner Ausprägungen (vgl. v. *Ungern-Sternberg* in: *Schricker*, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 20 Rz. 50, *Dreier*, a. a. O., § 19a Rz. 7; *Ehrhardt* in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 19a Rz. 31; vgl. auch *Dreyer* in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Urheberrecht, 2004, § 20 Rz. 25).

In gleicher Weise wird bei der Übertragung per FTP aktiv die Grafikdatei lediglich auf dem Server des jeweiligen Bestellers hinterlegt. Eine Bestimmung für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit ist nicht gegeben.

Auch bei der Übertragung per FTP passiv ist - selbst wenn sie von den Beklagten mit dem mehrdeutigen Begriff des Internet Downloads bezeichnet worden ist, der auch für andere Übermittlungsarten verwendet wird, die das Recht der öffentlichen Wiedergabe berühren mögen - nur jeweils ein einzelner Besteller Adressat der Zugänglichmachung. Der Schutz des bibliothekseigenen Servers gegen die Erfassung durch Suchmaschinen mittels einer Firewall und die Benutzung eines bei jedem Versandvorgang neu erstellten Links zeigen, dass auch bei dieser Versandart die Grafikdatei nur für einen einzigen Empfänger bestimmt ist.

Dass der Besteller bei allen drei Formen des elektronischen Versands die Möglichkeit hat, seinerseits Dritten den Zugriff auf die Grafikdatei zu ermöglichen - etwa durch deren Weiterversendung oder die Übermittlung des erforderlichen Links -, ist für die Beurteilung des sich zwischen der jeweiligen Bibliothek und dem Besteller abspielenden Versandvorgangs ohne Belang. Eine derartige - möglicherweise urheberrechtsverletzende - Weitergabe wäre nicht mehr der Bibliothek, sondern allein dem Besteller zuzurechnen.

IV. Weitergehende wettbewerbsrechtliche Ansprüche stehen den Klägern nicht zu.

Es trifft zwar zu, dass die Vervielfältigung von Zeitschriftenbeiträgen auf Bestellung auf den Leistungen der Verleger der betreffenden Zeitschriften aufbaut und geeignet ist, deren Umsatz zu beeinträchtigen. Soweit die Beklagten keine urheberrechtlichen Nutzungsrechte verletzen, käme jedoch die Anwendung des Wettbewerbsrechts nur in Betracht, wenn besondere Umstände vorliegen würden, welche die beanstandeten Handlungen trotz ihrer urheberrechtlichen Unbedenklichkeit als unlauter im Sinne des § 3 UWG erscheinen ließen (vgl. BGH, a. a. O., - *Paperboy*, S. 962; a. a. O., - *Kopienversanddienst*, S. 711). Auf solche Umstände stellen die zur Entscheidung stehenden Klageanträge jedoch nicht ab. Insbesondere lässt auch die Einschränkung auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr im Berufungshilfsantrag Ziffer II. der Kläger nicht erkennen, worin die wettbewerbliche Unlauterkeit des angegriffenen Verhaltens liegen könnte.

V. Wegen der Verletzung ihrer Vervielfältigungsrechte stehen den Klägern die geltend gemachten Ansprüche teilweise zu.

1. Die Kläger können gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG Unterlassungsansprüche geltend machen. Diese reichen jedoch nicht soweit, dass sie die dazu gestellten Anträge vollständig trügen.

a) Zum einen erstrecken sich die Unterlassungsanträge nicht nur auf die sechs konkret bezeichneten Aufsätze und gehen daher zu weit.

Zum anderen können auch nicht alle beantragten Begehungsweisen untersagt werden. Zwar stellen die Unterlassungsanträge zu Recht auf das Versenden der sechs Aufsätze per E-Mail, FTP aktiv oder FTP passiv ab, da bei diesen Versandarten notwendigerweise im Inland rechtsverletzende Vervielfältigungen hergestellt werden. Sie treffen insoweit die Verletzungshandlungen; das gilt auch für die Antragsvarianten des Versendenlassens.

Dagegen stellt das Anbieten des elektronischen Versands noch keine Verletzungshandlung dar. Das folgt daraus, dass das Anbieten nur beim - im Streitfall nicht verletzten - Verbreitungsrecht gemäß § 17 Abs. 1 UrhG, nicht aber beim - im Streitfall einzig verletzten - Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 Abs. 1 UrhG eine rechtlich relevante Nutzungshandlung ist. Das bloße Anbieten, Vervielfältigungen vorzunehmen, kann daher urheberrechtlich nicht untersagt werden. Insoweit gehen die Anträge zu weit; das gilt auch für die Antragsvarianten des Anbietenlassens.

b) Das hat folgende Auswirkungen auf das Berufungsverfahren:

Die Berufung der Kläger ist begründet, soweit das Landgericht die Unterlassungsanträge hinsichtlich des elektronischen Versendens abgewiesen hat. Sie ist dagegen nicht begründet, soweit die Kläger eine weitergehende Verurteilung zur Unterlassung verfolgen; entsprechende Ansprüche, insbesondere über die sechs Aufsätze hinaus, stehen den Klägern nämlich nicht zu.

Die Berufung der Beklagten ist hinsichtlich der Unterlassungsansprüche nur insoweit begründet, als sie das Landgericht zum Unterlassen des Anbieten oder Anbietenlassens des elektronischen Versands der Aufsätze verurteilt hat.

2. Die Kläger können Schadensersatzansprüche geltend machen. Diese reichen jedoch nicht soweit, dass sie die gestellten Feststellungsanträge vollständig trügen.

a) Die Beklagten sind nur insoweit gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG zum Schadensersatz verpflichtet, als sie urheberrechtliche Nutzungsrechte schuldhaft verletzen. Die Kläger haben ein rechtliches Interesse an der Feststellung dieser Verpflichtung (vgl. BGH GRUR 2003, 900 [901] - *Feststellungsinteresse III* m. w. N.). Allerdings kommt eine Feststellung der gesamtschuldnerischen Verpflichtung im Streitfall nicht in Betracht.

aa) Die Vorgehensweise der Beklagten war bis zur Änderung des § 53 a. F. UrhG mit Wirkung zum 13. September 2003 gerechtfertigt (s. o. III. 3. a) bb) [2] aaa)], so dass Rechtsverletzungen erst ab diesem Zeitpunkt stattgefunden haben können.

bb) Die Kläger können auf Grund der festgestellten Verletzung der Nutzungsrechte an den sechs Aufsätzen verlangen, dass auch die Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen möglicher anderer Handlungen, die in die Nutzungsrechte an diesen Aufsätzen eingreifen, festgestellt wird; hinsichtlich anderer Aufsätze kommt die Feststellung einer Schadensersatzpflicht dagegen mangels Feststellung einer Rechtsverletzung nicht in Betracht.

Mit Bezug auf die sechs Aufsätze ist die Feststellung der Schadensersatzpflicht jedoch nicht auf die durch die Testbestellungen der Kläger ausgelösten Lieferungen im April und Mai 2004 beschränkt. Die Schadensersatzpflicht wegen der Verletzung eines Immaterialgüterrechts durch gleich liegende Handlungen kann in der Regel bereits dann festgestellt werden, wenn mindestens ein Verletzungsfall nachgewiesen wird. Erforderlich ist allerdings, dass die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung durch weitere rechtlich gleich zu beurteilende Handlungen gegeben ist. Voraussetzung dafür, dass die Schadensersatzpflicht auch hinsichtlich anderer Handlungen als der konkret festgestellten Verletzungshandlungen festgestellt wird, ist jedoch, dass dabei über alle Einwendungen, die den Bestand des Klageanspruchs oder seine Durchsetzbarkeit berühren, abschließend entschieden werden kann. Es muss deshalb feststehen, dass auch noch nicht festgestellte, aber vom Urteilsausspruch mit erfasste Verletzungshandlungen nicht anders als schuldhaft begangen worden sind (vgl. BGH GRUR 2006, 421 - *Markenparfümverkäufe* Tz. 47 m. w. N.).

Für die Zeit ab der Rechtsänderung zum 13. September 2003 traf die Beklagten zumindest der Vorwurf der Fahrlässigkeit, weil sie erkennen hätten müssen, dass sich die Rechtslage zu ihrem Nachteil geändert hatte. Bei einer zweifelhaften Rechtsfrage, in der sich noch keine einheitliche Rechtsprechung gebildet hat und die insbesondere nicht durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt ist, muss durch strenge Sorgfaltsanforderungen verhindert werden, dass das Risiko der zweifelhaften Rechtslage dem anderen Teil zugeschoben wird. Fahrlässig handelt daher, wer sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht ziehen muss (vgl. BGH GRUR 2002, 248 [252] - *SPIEGEL-CD-ROM* m. w. N.). Das gilt für alle rechtsverletzenden Formen des Versands der sechs Aufsätze seit dem 13. September 2003 in gleicher Weise, so dass die Feststellung einer über die konkret festgestellten Verletzungshandlungen hinausgehenden Schadensersatzpflicht zulässig ist.

cc) Hinsichtlich der Schadensersatzfeststellung kommt - anders als bei dem begleitenden Auskunftsanspruch (s. u. 3. a) aa) - eine Beschränkung auf Verletzungshandlungen ab dem Zeitpunkt der ersten bekannten solchen Handlung nicht in Betracht (vgl. BGH GRUR 1995, 50 [53 f.] - *Indorektal/Indohexal*, wo dem Schadensersatzfeststellungsantrag unter III. 2. ohne zeitliche Beschränkung, dem Auskunftsantrag dagegen unter III. 3. mit einer solchen Beschränkung stattgegeben wurde). Zum einen geht mit der bloßen Feststellung der Schadensersatzpflicht keine Ausforschung einher, wie sie mit einem zeitlich unbeschränkten Auskunftsanspruch verbunden wäre. Zum anderen könnte eine Teilabweisung des Feststellungsantrags für die Zeit vor der ersten im Rechtsstreit bekannten Verletzungshandlung in Rechtskraft erwachsen und so dem Verletzten Schadensersatzansprüche entziehen, die er ansonsten im Falle des nachträglichen Bekanntwerdens früherer Verletzungshandlungen ohne weiteres geltend machen könnte.

dd) Eine Feststellung der gesamtschuldnerischen Haftung der beiden Beklagten kommt nicht in Betracht. Soweit einer der Beklagten einen der Aufsätze ohne Einschaltung des anderen elektronisch versandte (also die Universitätsbibliothek Augsburg ohne Vermittlung des Beklagten zu 2. oder eine andere Bibliothek auf Vermittlung des Beklagten zu 2. ohne Einschaltung der Universitätsbibliothek Augsburg), besteht kein Grund, den jeweils anderen Beklagten hierfür in die Haftung zu nehmen.

b) Das hat folgende Auswirkungen auf das Berufungsverfahren:

Die Berufung der Kläger gegen die teilweise Abweisung ihrer Schadensersatzfeststellungsanträge ist unbegründet, da sie keine über die im landgerichtlichen Urteil festgestellten hinausgehenden Schadensersatzansprüche geltend machen können.

Die Berufung der Beklagten ist hinsichtlich der Schadensersatzfeststellung insoweit begründet, als das Landgericht ihre Verpflichtung zum Schadensersatz ohne zeitliche Beschränkung auf die Zeit ab dem 13. September 2003 und ihre gesamtschuldnerische Haftung festgestellt hat.

3. Die Kläger können Auskunftsansprüche geltend machen. Diese reichen jedoch nicht so weit, dass sie die dazu gestellten Anträge vollständig trügen.

a) Den Klägern stehen zur Vorbereitung der Durchsetzung der Schadensersatzansprüche aus § 242 BGB Auskunftsansprüche zu (vgl. BGH GRUR 2005, 857 [860] - *HIT BILANZ*; *Wild* in: *Schricker*, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 97 Rz. 81 m. w. N.).

aa) Diese Ansprüche sind ihrem Inhalt nach auf die Erteilung von Auskünften über den konkreten Verletzungsfall - d.h. über die konkrete Verletzungshandlung einschließlich solcher Handlungen, die ihr im Kern gleichartig sind (s. o. 2. a) bb)) - beschränkt; ein Anspruch auf Auskunftserteilung besteht dagegen nicht auch über mögliche andere Verletzungsfälle, denn das liefe darauf hinaus, unter Vernachlässigung allgemein gültiger Beweislastregeln der Ausforschung Tür und Tor zu öffnen (vgl. BGH GRUR 2006, 504 - *Parfümtestkäufe* Tz. 34 m. w. N.; GRUR 2006, 319 - *Alpensinfonie* Tz. 38). Aus diesem Grund käme jedenfalls ein Auskunftsanspruch hinsichtlich anderer als der sechs konkret benannten Aufsätze selbst dann nicht in Betracht, wenn die Kläger die urheberrechtliche Schutzfähigkeit anderer Aufsätze und ihre entsprechende Aktivlegitimation nachgewiesen hätten.

Der Ausspruch bedarf deshalb auch der zeitlichen Beschränkung auf den Beginn des April 2003 als den Zeitpunkt, für den eine Verletzungshandlung erstmalig feststeht (vgl. BGH GRUR 2003, 892 [893] - *Alt Luxemburg* zum Wettbewerbsrecht; GRUR 1988, 307 [308] - *Gaby* zum Kennzeichenrecht). An diesem einer uneingeschränkten Ausforschung der Verhaltensweise des Verletzers vorbeugenden Erfordernis ist ungeachtet der in der Literatur (vgl. *Dreier*, a. a. O., § 97 Rz. 81; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 2. Aufl. 2003, vor §§ 14 - 19 Rz. 140; *Jestaedt*, GRUR 1993, 219 [222]; *Tilman*, GRUR 1990, 160 ff.; *Krieger*, GRUR 1989, 802 ff.) geübten Kritik und einer abweichenden Praxis des X. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs für das von diesem zu beurteilende Patent-, Gebrauchsmuster- und Sortenschutzrecht (vgl. BGH GRUR 2005, 668 [669] - *Aufbereiter*; GRUR 2004, 755 [756] - *Taxameter*; GRUR 1992, 612 [616] - *Nicola*) für das hier zu beurteilende Urheberrecht festzuhalten, da es unangemessen erscheint, einen Verletzer rückwirkend einer allgemeinen Auskunftspflicht über vorangegangene Verhaltensweisen zu unterwerfen (vgl. BGH, a. a. O., - *Indorektal/Indohexal*, S. 54).

Die Voraussetzungen dafür, dass der das Auskunftsrecht weitgehend beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben billigerweise (und ausnahmsweise) eine andere Beurteilung gebieten könnte (vgl. BGH, a. a. O., - *Indorektal/Indohexal*; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2007, Kap. 38 Rz. 7), sind weder von den Klägern vorgetragen noch sonst ersichtlich. Insbesondere begründet der Betrieb des Kopienversanddienstes für sich noch keine hohe Wahrscheinlichkeit, dass gerade die sechs Aufsätze, wegen derer die Klage erfolgreich ist, auch schon vor den Bestellungen durch die Kläger versandt worden wären.

bb) Angesichts des Umstands, dass die Beklagten für Bibliotheken im In- und Ausland unterschiedliche Preislisten benutzen, können die Kläger auch nach diesen Nutzern differenzierende Auskünfte verlangen.

b) Das hat folgende Auswirkungen auf das Berufungsverfahren:

Die Berufung der Kläger hat hinsichtlich der Auskunftsansprüche insoweit Erfolg, als über jede Art des elektronischen Versands der sechs Aufsätze Auskunft zu erteilen ist.

Die Berufung der Beklagten hat insoweit Erfolg, als sie zur Auskunft über Handlungen vor der ersten Verletzungshandlung verurteilt worden sind.

Teil 3

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Bei der Kostenverteilung ist nicht allein auf das - allenfalls sehr grob abschätzbare - Zahlenverhältnis zwischen den Aufsätzen, hinsichtlich derer eine Verurteilung erfolgt, und denjenigen, hinsichtlich derer das nicht der Fall ist, abzustellen, sondern auch auf die für alle Aufsätze einheitlich zu beantwortenden Fragen nach der Rechtswidrigkeit der Eingriffe.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision ist zuzulassen. Die Rechtssache wirft Rechtsfragen auf, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen können, insbesondere nach der Reichweite der Privilegierung des § 53 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a UrhG. Sie hat deshalb grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).