

Volltext zu MIR Dok.: 128-2007
Veröffentlicht in: MIR 04/2007
Gericht: OLG Dresden
Aktenzeichen: 14 U 1071/06
Entscheidungsdatum: 28.11.2006
Vorinstanz(en): LG Leipzig, Az. 5 O 4391/05

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=630

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 DRESDEN IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

In dem Rechtsstreit

Klägerin und Berufungsbeklagten

gegen

Beklagte zu 1) bis 3) und Berufungskläger

Beklagter zu 4)

wegen Unterlassung und Forderung

hat der 14. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2006 durch

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Leipzig vom 12.05.2006 (Az.: 05 O 4391/05) wird zurückgewiesen.
- II. Die Beklagten haben die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

- III. Die Revision wird zugelassen.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 Prozent des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Streitwert: 100.000,00 EUR

Tatbestand:

Gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wird anstelle des Tatbestandes auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Darüber hinaus wird folgende Ergänzung vorgenommen:

Die Beklagten haben gegen das landgerichtliche Urteil Berufung eingelegt und diese im Wesentlichen durch Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags begründet.

Sie beantragen:

unter Abänderung des am 12.05.2006 verkündeten Urteils des Landgerichts Leipzig, Az.: 05 O 4391/05, die Klage abzuweisen,

hilfsweise,
die Revision zuzulassen.

Klägerin beantragt,

Berufung zurückzuweisen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung sowie die Berufungserwiderung und die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Landgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Das Angebot der Beklagten stellt einen Eingriff in das der Klägerin gemäß §§ 87 Abs. 1 Nr. 2, 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG zustehende Senderecht dar. Danach hat sie die ausschließliche Befugnis über die Vervielfältigung ihrer Sendungen zu disponieren. Die Beklagten können sich weder auf die Schrankenregelung des § 44 a UrhG noch auf die Privilegierung des Privatgebrauchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 oder § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG berufen. Dagegen liegt keine Verletzung des Senderechts vor, soweit es um das Recht der Weitersendung (§§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, 15 Abs. 2 Nr. 3, 20 UrhG) sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, 15 Abs. 2 Nr. 2, 19 a UrhG) geht. Die Beklagten haften ferner wegen eines Wettbewerbsverstößes unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchtatbestandes nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, da das von ihnen eingesetzte Altersverifikationssystem nicht den Anforderungen entspricht, die sich aus den Vorschriften des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags (JMStV) ergeben.

1. Ein Eingriff in das Weitersenderecht (§§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, 15 Abs. 2 Nr. 3, 20 UrhG) scheidet aus, da unter dem Begriff der "Weitersendung" nur eine gleichzeitige und nicht eine zeitverschobene Weitersendung zu verstehen ist (*Schricker/v. Ungern-Sternberg*, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 87 Rdnr. 31, m. w. N.). Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, erfolgt die Abgabe des Datenstroms aus dem Bereich der Erstbeklagten an ihre Nutzer über das Internet nicht zeitgleich, sondern zeitversetzt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass es aufgrund der erforderlichen Aufbereitung des Sendesignals für die Weiterleitung im Internet im Wege des sog. Streaming notgedrungen zu Zeitverzögerungen kommt.

2. Entgegen der Auffassung des Landgerichts verletzt das Angebot der Beklagten auch nicht das vom Senderecht der Klägerin umfasste Recht auf öffentliche Zugänglichmachung (§§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, 15 Abs. 2 Nr. 2, 19 a UrhG). Zwar trifft es zu, dass der Kunde der Beklagten die fragliche Sendung "von Orten seiner Wahl" und "zu Zeiten seiner Wahl" ansehen kann, weil die gespeicherte Sendung an jedem beliebigen Ort zu jeder Zeit durch einen PC abgerufen werden kann. Auch das Merkmal eines "Zugänglichmachens" wird durch die Möglichkeit eines interaktiven Abrufs verwirklicht (so OLG Köln GRUR-RR 2006, 5 – Personal Video Recorder; *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2005, § 16 Rdnr. 13). Allerdings fehlt es an einer Zugänglichmachung gegenüber der "Öffentlichkeit". Das Geschäftsmodell der Beklagten zu 1) ist nämlich dadurch gekennzeichnet, dass jede einzelne konkrete Aufzeichnung nur jedem einzelnen Kunden, der sie aufgezeichnet hat, zum interaktiven Abruf zugänglich gemacht wird (*Dreier*, FS Ullmann, 2006, S. 37, 44). Wenn man gleichwohl auf die Gesamtheit aller Nutzer abstellt (so OLG Köln GRUR-RR 2006, 5 - Personal Video Recorder), so wird dabei außer Acht gelassen, dass sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19 a UrhG (ebenso wie die übrigen Nutzungsrechte) immer nur auf jeweils ein konkretes Werk bezieht, das Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden muss (*Dreier*, ebenda). Auch bei § 19 a UrhG bedarf es einer Öffentlichkeit im Sinne des § 15 Abs. 3. Danach ist die Zugänglichmachung nur öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Dies setzt zumindest die Möglichkeit eines zeitversetzten Zugriffs durch eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit voraus. Hieran fehlt es, wenn, wie im vorliegenden Fall, nur einer bestimmten Person mittels eines entsprechenden Zugangscodes eine bestimmte Sendung "zugänglich gemacht" wird.

3. Das Angebot der Beklagten zu 1) verletzt jedoch das Senderecht der Klägerin im Hinblick auf das ihr zustehende Vervielfältigungsrecht (§§ 87 Abs. 1 Nr. 2, 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG). Die Beklagte zu 1) erfüllt den Tatbestand einer Vervielfältigung (a). Diese ist weder durch die Schrankenbestimmung des § 44 a UrhG (b) noch durch die Privilegierung des Privatgebrauchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG (c) bzw. § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG (d) gerechtfertigt.

a) Die Speicherung der Sendungen der Klägerin auf dem Server der Beklagten zu 1) über das Internet fällt unter den Begriff der Vervielfältigung, der in einem weiten und umfassenden Sinne zu verstehen ist. Vervielfältigung ist jede körperliche Festlegung eines Werks, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen (siehe etwa BGH GRUR 1991, 449, 453 – Betriebssystem; *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 16 Rdnr. 5, m. w. N.). Unzweifelhaft ist dabei die Vervielfältigungstechnik sowie die Art und Anzahl der Zwischenschritte, die zur letztendlichen Wahrnehmung notwendig sind (*Schricker/Loewenheim*, a. a. O., Rdnr. 9 ff.; *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 16 Rdnr. 6 f.). Die Fixierung der digitalen bzw. digitalisierten Sendeimpulse auf den Speichermedien des Servers der Beklagten zu 1) stellt eine körperliche Festlegung dar. Diese wird dem einzelnen Kunden dadurch sinnlich wahrnehmbar, dass er sie auf seinen PC herunterladen und sie sich dort aufgrund ihrer Umsetzung in eine schnelle Folge optisch wahrnehmbarer Bildschirmanzeigen ansehen kann (LG Braunschweig ZUM-RD 2006, 396, 398 – Online Video Recorder).

b) Die Anwendung der Schranke des § 44 a UrhG kommt nicht in Betracht, da die von der Beklagten zu 1) vorgenommenen Aufzeichnungen der Sendungen der Klägerin keine nur vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen darstellen. Der Zweck der Regelung des § 44 a UrhG besteht darin, Festlegungen, die nach der weiten Fassung des Vervielfältigungsbegriffs rechtlich als Vervielfältigung zu qualifizieren sind, von der Verfügungsbefugnis des Rechtsinhabers freizustellen, so dass diese ohne dessen Zustimmung erfolgen können. Beispiele sind die Speicherungen in Servern von Netzwerken oder in Arbeitsspeichern von Computern, die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung besitzen, sondern das effiziente Funktionieren der Übertragungssysteme ermöglichen sollen (*Schricker/Loewenheim*, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 44 a Rdnr. 1). Die Aufzeichnungen der Programme der Klägerin durch die Beklagte zu 1) sind nicht vorübergehend und flüchtig, denn sie sind nicht besonders kurzlebig und rasch vergänglich, wie beispielsweise bei der Abspeicherung im Arbeitsspeicher eines Computers, wo sie im weiteren Verlauf der Arbeitssitzung bzw. beim Abschalten des Geräts automatisch gelöscht werden (*Schricker/Loewenheim*, a. a. O., Rdnr. 5, unter Hinweis auf KG GRUR-RR 2004, 228, 231 – Ausschnittdienst). Sie sind auch nicht begleitend, da es sich nicht um Vervielfältigungen handelt, die lediglich beiläufig im Zuge eines technischen Verfahrens entstehen, wie beim Caching, bei dem vom Benutzer heruntergeladene Informationen vorübergehend auf dem Server des Anbieters gespeichert werden, um bei einem erneuten Zugriff Übertragungszeit zu sparen (*Schricker/Loewenheim*, ebenda, unter Hinweis auf Erwägungsgrund 33 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft). Außerdem geben die Beklagten mit ihrem Geschäftsmodell selbst zu erkennen, dass der Vervielfältigung eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt.

c) Auch die Voraussetzungen für eine Privilegierung des Privatgebrauchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG liegen nicht vor. Danach sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern zulässig, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen und soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage

verwendet wird. Dreh- und Angelpunkt der Beurteilung ist im vorliegenden Zusammenhang, ob die Vervielfältigung durch den Nutzer oder aber durch die Beklagte zu 1) vorgenommen wird. Nur wenn ersteres der Fall wäre, könnte die Privilegierung nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG eingreifen. Hersteller der Aufzeichnungen ist entgegen deren Auffassung die Beklagte zu 1) und nicht der Endnutzer. Maßgebend für diese Beurteilung ist nicht, wie die Beklagten meinen, die Frage, wer bei formal begrifflicher, technischer Betrachtung die Herrschaft über den Herstellungsvorgang ausübt. Es kommt nicht auf den eher zufälligen Umstand an, wer "auf den Knopf drückt", um den Herstellungsvorgang einzuleiten. Angesichts der immer schneller fortschreitenden technischen Entwicklung, die der Gesetzgeber beim Erlass von Schrankenbestimmungen kaum voraussehen konnte, gelangen begriffliche Definitionen schnell an ihre Grenzen (so im Ansatz auch Dreier, "De fine": Vom Ende des Definierens? - Zur Abgrenzung von Münzkopierern, Personal Videorecordern und Serverdiensten, FS Ullmann, 2006, S. 37 ff., insbesondere auch S. 49). Die Auslegung des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG, insbesondere hinsichtlich der Frage, wer als Hersteller der Vervielfältigungen anzusehen ist, kann deshalb nicht unter bloßem Rückgriff auf den technischen Vorgang erfolgen. Sie darf sich nicht auf eine oberflächliche, rein deskriptive Betrachtung beschränken, sondern hat eine normative Bewertung vorzunehmen, die insbesondere am Schutzzweck der gesetzlichen Regelung auszurichten ist (so auch LG Braunschweig ZUM-RD 2006, 396, 398 – Online Video Recorder). Ausschlaggebend sind dabei vor allem folgende Kriterien:

aa) Den Ausgangspunkt der Beurteilung bildet der vom BGH in seiner Rechtsprechung mit Nachdruck betonte Grundsatz, dass das Verständnis der privilegierenden Norm sich vor allem an den technischen Gegebenheiten im Zeitpunkt der Einführung des Privilegierungstatbestands zu orientieren hat (BGH GRUR 1997, 459, 463, unter Hinweis auf BGHZ 17, 266, 282 = GRUR 1955, 492 – Grundig-Reporter; siehe auch BGH, a. a. O., 464). Der Gesetzgeber selbst habe bei der Begründung der Privilegierungstatbestände des § 53 UrhG keinen Zweifel daran gelassen, dass die zur persönlichen Nutzung geschaffene Vergünstigung nicht jede neue Nutzungsmöglichkeit zulasse, es sei vielmehr zu bedenken, dass ein Festhalten an bisherigen Regelungen zur teilweisen Aushöhlung des Urheberrechts führen könne (BGH GRUR 1997, 459, 463 – CB-Infobank I, unter Hinweis auf BT-Drucks. IV/270, S. 31 f.; BT-Drucks. 10/837, S. 9 ff.; Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der Urheberrechtsnovellen, 1985, BT-Drucks. 11/4929, S. 5; BT-Drucks. 11/5958, S. 4). Darüber hinaus folgt aus der systematischen Stellung der Schrankenbestimmungen als Ausnahmenvorschrift, dass die Regelungen, und damit auch § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG, grundsätzlich eng auszulegen sind (BGH, a. a. O., 463 – CB-Infobank I; *Schricker/Melichar*, UrhG, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 44 a ff., Rdnr. 15, m. w. N.). Diese Grundsätze werden auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der BGH ausnahmsweise auch eine erweiternde Auslegung für zulässig erklärt hat (siehe BGH ZUM 2002, 740 – Elektronischer Pressespiegel; BGH ZUM 2005, 651, 652 – Wirtschaftswoche). Die besonderen Umstände und die darauf beruhenden Erwägungen, die den hierzu ergangenen Entscheidungen zugrunde lagen, lassen sich auf den Streitfall nicht übertragen.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG im Lichte der historischen Verhältnisse, wie sie zum Zeitpunkt der Einführung der Privilegierung vorlagen, restriktiv auszulegen ist, um der Gefahr einer teilweisen Aushöhlung des Vervielfältigungsrechts zu begegnen. Eine extensive Interpretation im Sinne einer dynamischen Anpassung der Privilegierung an neue technische Verhältnisse ist mit diesem Grundsatz nicht vereinbar.

bb) Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Regelung des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG von der Vorstellung des Gesetzgebers geprägt ist, dass derjenige, der die Privilegierung in Anspruch nimmt, die Vervielfältigungen zum Zwecke des privaten Gebrauchs selbständig ohne Einschaltung eines Dritten herstellt, wie dies bei der Anfertigung von Fotokopien oder aber der Aufzeichnung von Fernsehsendungen durch einen häuslichen Videorekorder der Fall ist. An dieser auf eine enge Auslegung angelegte Grundkonzeption hat auch die Novelle von 2003 im Kern nichts geändert, da sie lediglich einige Klarstellungen und nur geringfügige Änderungen mit sich gebracht hat (*Schricker/Loewenheim*, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 53 Rdnr. 11). Klargestellt wurde, dass privater Gebrauch nur durch natürliche Personen erfolgen kann, nicht Erwerbszwecken dienen darf und dass es sich bei den Vervielfältigungen sowohl um analoge als auch um digitale Vervielfältigungen handeln kann (*Schricker/Loewenheim*, ebenda). Eine Neuerung besteht darin, dass die Möglichkeit des Herstellenlassens von Kopien durch Dritte eingeschränkt wurde und es sich nunmehr um eine unentgeltliche Herstellung handeln oder die Herstellung mittels fotomechanischer Verfahren erfolgen muss. Aus der Gegenüberstellung zur Regelung des § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG, die speziell die Konstellationen erfasst, in denen der zur Vervielfältigung Befugte die Vervielfältigungsstücke "durch einen Anderen herstellen lässt", folgt, dass von § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG nur die völlig eigenverantwortliche Herstellung abgedeckt wird. Bestätigt wird diese Einschätzung auch dadurch, dass nach der Rechtsprechung des BGH selbst das privilegierte Herstellenlassen durch einen Dritten nur in Fällen vorliegen kann, in denen der Dritte lediglich "notwendiges Werkzeug" des eigentlich privilegierten Privatnutzers ist (BGH GRUR 1997, 459, 462 – CB-Infobank I; ebenso unter Hinweis auf die Entscheidung LG Braunschweig ZUM-RD 2006, 396, 399 – Online-Video-Recorder). Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG ein Dritter noch

nicht einmal als Werkzeug eingesetzt werden darf, um in den Genuss der Privilegierung des Privatgebrauchs zu gelangen. In Anbetracht dessen erweist sich das Argument, dass das Geschäftsmodell der Beklagten zu 1) lediglich als die Bereitstellung eines ausgelagerten Videorekorders anzusehen ist, der den häuslichen Videorekorder ersetzt, als nicht durchschlagend. Sie bietet eine Leistung an, die sich als ein Gesamtpaket darstellt, das sich nicht auf die von ihr behauptete bloße Zurverfügungstellung eines Speicherplatzes für die Aufzeichnung von Sendungen reduzieren lässt.

cc) Entscheidend ist, dass sie darüber hinaus dem Endnutzer die Vervielfältigung durch den Empfang der Sendung beschafft (so auch LG Braunschweig ZUM-RD 2006, 396, 400 – Online-Video-Recorder). Wie auch der Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung mehrfach ausgeführt hat, erbringt die Beklagte zu 1) gegenüber den Endnutzern eine Dienstleistung. Diese lässt sich nicht in verschiedene Einzelkomponenten aufspalten, sondern ist in ihrer Gesamtheit zu bewerten. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass es das System der Beklagten zu 1) ermöglicht, die Sendungen der Klägerin weltweit und völlig unabhängig davon zu empfangen, ob in der fraglichen Region die Sendungen ausgestrahlt oder über Kabel empfangen werden können. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Empfangs- und Aufzeichnungsmöglichkeiten, die dem privaten Endnutzer selbst zur Verfügung stehen. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen würde, dass sich die Tätigkeit der Beklagten zu 1) darauf beschränkt, dass sie den Endnutzern die auf deren Veranlassung erfolgenden Aufzeichnungen lediglich übermittelt, so wäre dies entgegen der Auffassung der Beklagten kein hinreichender Grund, um eine Privilegierung anzunehmen, die einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht legitimiert. Immerhin hat der BGH sogar den Versand reprographischer Vervielfältigungen, für die sich der Besteller auf eine Privilegierung nach § 53 UrhG berufen kann, als einen Vorgang gewertet, der einen Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung begründet (BGH GRUR 1999, 707 – Kopienversanddienst). Eine solche Lösung aufgrund einer rechtsanalogen Anwendung anderer Vergütungsregelungen wäre auch im vorliegenden Zusammenhang sachgerecht, da es den Sendeunternehmen vor allem um eine angemessene Kompensation für die Nutzung ihrer Programme und einen Ausgleich für eventuell entstehende Verluste bei den Werbeeinnahmen geht (in diesem Sinne auch *Dreier*, FS Ullmann, 2006, 37, 50). Eine solche Regelung zu schaffen, welche die Entwicklung neuer Dienstleistungsangebote ermöglichen würde, die durchaus im Interesse der Verbraucher liegen, ist aber dem Gesetzgeber bzw. allenfalls der höchstrichterlichen Rechtsprechung (wie in der Entscheidung "Kopienversanddienst", GRUR 1999, 707, 4. LS) vorbehalten.

dd) Es bleibt deshalb festzuhalten, dass sich die Beklagte zu 1) mit ihrem Geschäftsmodell eine urheberrechtsrelevante Nutzung in einem Ausmaß und einer Intensität erschließt, die sich mit den eine Privilegierung rechtfertigenden Erwägungen nicht mehr vereinbaren lässt (LG Braunschweig ZUM-RD 2006, 396, 400 – Online Video Recorder, unter Hinweis auf BGH GRUR 1997, 459, 463 – CB-Infobank I). Dies gilt umso mehr, als das Sendeunternehmen zwar an einer Vergütung nach § 54 Abs. 1 UrhG für die Sendung eigener Produktionen als Filmhersteller und gegebenenfalls auch als Tonträgerhersteller partizipiert, aufgrund des ausdrücklichen Ausschlusses von § 54 Abs. 1 UrhG in § 87 Abs. 4 UrhG jedoch nicht mit ihrem eigenen Leistungsschutzrecht nach § 87 UrhG (*Dreier*, a. a. O., S. 47). Dieser Ausschluss der für öffentlich-rechtliche Sendeunternehmen als verfassungskonform angesehen worden ist (BVerfGE 78, 101, 102 f.) steht im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 lit. d) der Richtlinie 2001/29/EG, wonach "die Rechtsinhaber" – und mithin auch die in der Richtlinie gleichfalls erwähnten Sendeunternehmen – im Fall der Privatkopie einen gerechten Ausgleich erhalten müssen (*Dreier*, ebenda; siehe auch *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 87 Rdnr. 24; siehe dazu auch *Götting*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 47 ff.). Nach dem Gebot einer engen, an den historischen Verhältnissen zum Zeitpunkt der Einführung der Schrankenregelung orientierten Auslegung, ist eine Einschränkung des Vervielfältigungsrechts schon dann zu verneinen, wenn Zweifel daran bestehen, dass die neue Verwertungsform von der Privilegierung erfasst wird.

ee) Eine erweiterte Auslegung steht im Widerspruch zum Beteiligungsgrundsatz, wonach der Urheber tunlichst angemessen an dem wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes zu beteiligen ist (siehe dazu *Schricker/Schricker*, UrhG, 3. Aufl. 2006, Einl. Rdnr. 15). Sie ließe sich außerdem nicht mit dem in Art. 9 Abs. 2 RBÜ sowie Art. 13 TRIPS-Übereinkommen niedergelegten Dreistufentest (Schranken-Schranke) vereinbaren. Danach sind Beschränkungen und Ausnahmen von ausschließlichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle zu begrenzen, die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzen. Die Vervielfältigung der Sendungen der Klägerin würde deren Interessen unzumutbar beeinträchtigen, wenn ihr keine Möglichkeit eingeräumt würde, die systematische wirtschaftliche Verwertung ihrer Programme zu unterbinden bzw. hierfür eine angemessene Beteiligung zu erlangen.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass der Tatbestand der Privilegierung des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG nicht erfüllt ist, da die Vervielfältigungen nicht von den Endnutzern, sondern von der Beklagten zu 1) hergestellt werden.

d) Auch die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG greift nicht ein. Danach darf der zur Vervielfältigung Befugte die Vervielfältigungsstücke auch durch einen Anderen herstellen lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Beklagte zu 1) lediglich als ein "notwendiges Werkzeug" (so BGH GRUR 1997, 459, 462 – CB-Infobank I) fungiert und die Endnutzer die Vervielfältigungen durch sie herstellen lässt, was nicht zweifelsfrei erscheint, so sind jedenfalls die übrigen Voraussetzungen für eine Anwendung der Privilegierung nicht erfüllt.

aa) Die Vervielfältigungen erfolgen jedenfalls nicht unentgeltlich, sondern die Tätigkeit der Beklagten zu 1) ist auf Gewinnerzielung ausgerichtet und beschränkt sich nicht bloß auf die Erstattung der Unkosten (siehe dazu *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 53 Rdnr. 16; *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 53 Rdnr. 16).

bb) Die Beklagte zu 1) kann auch nicht damit gehört werden, dass sie den Endnutzern lediglich einen virtuellen Videorekorder für die Aufzeichnung der Sendungen der Klägerin zur Verfügung stellt. Dagegen spricht bereits, dass die Regelung unabhängig von der Unentgeltlichkeit als weiteres privilegierendes Kriterium die Vervielfältigung mittels fotomechanischer (oder ähnlicher) Verfahren anerkennt. Der Gesetzgeber hatte dabei vor allem gewerbliche Kopierunternehmen im Auge, die Vervielfältigungen auf Veranlassung eines Kunden vornehmen (siehe BGH GRUR 1997, 459, 462, unter Hinweis auf BT-Drucks. IV/270, S. 74). Wäre er davon ausgegangen, dass dieser Vorgang von der "Unentgeltlichkeit" erfasst wird, da diejenigen, die die Vervielfältigung veranlassen haben, ihr Entgelt nur für die Nutzung des Fotokopierers bezahlen, so hätte es der gesonderten Freistellung der Vervielfältigung dieses fotomechanischen (oder ähnlichen) Verfahrens nicht bedurft. Ebenso wie Copyshops, die auf Bestellung ihrer Kunden hergestellte Vervielfältigungen entgeltlich anbieten, bietet auch die Beklagte zu 1) die von ihr auf Veranlassung der Endnutzer aufgezeichneten Fernsehsendungen entgeltlich an. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber anlässlich der letzten Novelle im Jahre 2003 bewusst die Herstellung von digitalen Vervielfältigungen oder Vervielfältigungen auf Bild- oder Tonträgern durch Andere nur zulassen wollte, wenn dies unentgeltlich geschieht. Damit sollte Missbräuchen vorgebeugt und der private Charakter solcher Vervielfältigungen betont werden (*Schricker/Loewenheim*, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 53 Rdnr. 16, unter Hinweis auf Amtl. Begr. BT-Drucks. 15/38, S. 20).

4. Hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen.

a) Die Beklagten haften unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG wegen der Verletzung der einschlägigen Bestimmungen des Jugendschutzes nach dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV), da das Altersverifikationssystem den Anforderungen an den Jugendschutz nicht genügt. Es ist zum einen durch die Eingabe einer anderweitig beschafften Personalausweisnummer leicht zu umgehen. Zum anderen wird nicht hinreichend berücksichtigt, dass bereits ein Sechzehnjähriger gemäß § 1 Personalausweisgesetz (PersAuswG) nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist, einen Personalausweis zu besitzen. Aus diesem Grunde wird nicht gewährleistet, dass Personen, die zwischen 16 und 18 Jahre alt sind, keinen Zugang zu Sendungen erlangen, die erst ab Vollendung des 18. Lebensjahres freigegeben sind.

b) Die Klägerin ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 3 als Mitbewerberin klagebefugt, da sie in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zur Beklagten zu 1) steht. Es liegt jedenfalls ein Substitutionswettbewerb vor, da davon ausgegangen werden kann, dass die Abnehmer das Angebot der Beklagten zu 1) nachfragen, statt sich unmittelbar die Fernsehsendungen der Klägerin anzusehen, so dass die Klägerin durch die Verringerung der Einschaltquoten Verluste bei den Werbeeinnahmen entstehen.

5. Auch die vormaligen Geschäftsführer der Beklagten zu 1) haften als Mitstörer auf Unterlassung, da die Beendigung der Organstellung die Wiederholungsgefahr nicht entfallen lässt. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass das Geschäftsmodell so oder im Kern in gleicher Weise als Einzelkaufmann oder als Verantwortlicher einer anderen Firma weiterbetrieben oder wieder aufgenommen wird (BGH GRUR 1976, 579, 583 - Tylosin).

6. Die Beklagten zu 2)-4) schulden der Klägerin auch dem Grunde nach Schadensersatz, so dass die diesbezüglich begehrte Feststellung vom Landgericht zu Recht ausgesprochen wurde. Aus deren Organstellung ergibt sich ein Organisationsverschulden. Bei der gebotenen Einholung eines qualifizierten Rechtsrats hätten sie erkennen können, dass die rechtliche Zulässigkeit des Geschäftsmodells zumindest zweifelhaft ist und deshalb davon Abstand nehmen müssen, wenn sie nicht das Risiko einer Haftung auf Schadensersatz in Kauf nehmen wollten. Wer das Risiko eingeht, trotz einer unklaren Rechtslage eine geschäftliche Tätigkeit

aufzunehmen, handelt zumindest fahrlässig. In Anbetracht dessen ist auch der von der Verpflichtung zum Schadensersatz abhängige Auskunftsanspruch begründet.

Hinsichtlich aller anderen Rechtsfragen wird auch auf die zutreffenden Ausführungen des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

II.

Die Entscheidung über die Kostentragung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO; der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 711, 708 Nr. 10. Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.