



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 21/99

Verkündet am:  
7. Juni 2001  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : nein  
BGHR : ja

Kauf auf Probe

ZPO § 256 Abs. 1

Eine Klage, die auf die Feststellung gerichtet ist, daß dem Beklagten kein Unterlassungsanspruch gegen den Kläger zusteht, falls dieser in Zukunft Tonträger im Wege des Kaufs auf Probe vertreiben sollte, an denen der Beklagte Rechte nach § 85 UrhG besitzt, ist nicht auf die Feststellung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses gerichtet. Dies gilt auch dann, wenn der Beklagte auf Anfrage bereits angekündigt hat, er werde gegen ein solches Verhalten gegebenenfalls rechtliche Schritte einleiten.

UrhG § 17 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1

Die zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung von Tonträgern im Rahmen eines Kaufs auf Probe fällt grundsätzlich auch dann unter das Vermietrecht, wenn dem Käufer bei fristgemäßer Rückgabe des Tonträgers der volle Kaufpreis erstattet wird.

BGH, Urt. v. 7. Juni 2001 - I ZR 21/99 - OLG Hamm  
LG Bochum



Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant und Dr. Büscher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 3. November 1998 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin vermietet und vertreibt Videokassetten und verkauft Compact-Discs (CDs). Die Beklagte ist ein Verlag, der sich mit der Verwertung von Musikwerken und Tonträgern befaßt.

Bis zum Herbst 1996 vermietete die Klägerin auch CDs. Nachdem die Beklagte sie deswegen mit Schreiben vom 9. Oktober 1996 abgemahnt hatte, verpflichtete sich die Klägerin unter Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens, Tonträger der Beklagten nicht mehr ohne deren ausdrückliche Zustimmung an Dritte zu vermieten.

Die Klägerin beabsichtigt, CDs auch im Wege eines Kaufs auf Probe zu vertreiben. Danach soll der Kunde die CD gegen Zahlung des vollen Kaufpreises erhalten. Binnen einer Frist von höchstens vier Tagen soll er jedoch erklären können, die CD nicht behalten zu wollen. In diesem Fall soll ihm, wenn die CD unbeschädigt ist, der Kaufpreis ohne Abzug erstattet werden.

Auf Anfrage teilte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 11. Juni 1997 mit, bei einem derartigen Kauf auf Probe sei das Vermietrecht (§ 17 Abs. 2 und 3 UrhG) betroffen; sie werde gegen ein solches Vorgehen rechtliche Schritte unternehmen.

Die Klägerin trägt vor, ihr Modell eines Kaufs auf Probe führe nicht zu einer zeitlich begrenzten Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt und sei deshalb nicht von einer Zustimmung der Rechteinhaber abhängig.

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, daß sie berechtigt ist, Tonträger, zu deren Vervielfältigung und Verbreitung die Beklagte im Sinne des § 85 UrhG berechtigt ist, im Wege des Kaufs auf Probe im Sinne der §§ 495 ff. BGB zu vertreiben, zum Kauf auf Probe anzubieten und mit dem

Hinweis der Möglichkeit zum Kauf auf Probe zu bewerben, nachdem die Tonträger in der Europäischen Union durch Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind.

Die Beklagte hat dagegen vorgebracht, der von der Klägerin beabsichtigte Vertrieb im Wege des Kaufs auf Probe falle unter das Vermietrecht, weil es dabei um eine verkappte Gebrauchsüberlassung auf Zeit gehe, die unmittelbar oder mittelbar den Erwerbszwecken der Klägerin diene.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen.

Mit ihrer (zugelassenen) Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat das Feststellungsbegehren der Klägerin als unbegründet angesehen. Es hat dabei offengelassen, ob die Klägerin nicht bereits aufgrund der Unterlassungserklärung, die sie auf die Abmahnung der Beklagten vom 9. Oktober 1996 abgegeben habe, verpflichtet sei, von dem beabsichtigten Modell eines Kaufs auf Probe Abstand zu nehmen. Der Inhalt der Unterlassungsverpflichtung habe in der mündlichen Berufungsverhandlung

nicht geklärt werden können. Dies sei aber auch nicht erforderlich, weil dem Vorhaben der Klägerin jedenfalls die gesetzliche Regelung des Vermietrechts (§ 17 Abs. 2 und 3 UrhG) entgegenstehe.

Das Modell der Klägerin beinhalte eine zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung, die mittelbar ihren Erwerbszwecken diene. Nach dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte sowie dem Sinn und Zweck des § 17 Abs. 2 UrhG werde eine solche Gebrauchsüberlassung von dem Tatbestand der Vermietung erfaßt. Die Kaufinteressenten könnten auf diese Weise eine CD bis zu vier Tagen nutzen und sodann nach freiem Belieben zurückgeben. Die Klägerin verfolge mit dieser - von anderen Wettbewerbern nicht angebotenen - Möglichkeit das Ziel, Kunden zu veranlassen, gerade ihr Geschäft aufzusuchen. Davon verspreche sie sich eine Ausweitung des entgeltlichen Absatzes ihrer Waren und damit ihres Gewinns.

II. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht ist zu Unrecht ohne weiteres davon ausgegangen, daß die Feststellungsklage zulässig ist.

1. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Gegenstand einer Feststellungsklage grundsätzlich die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses sein. Unter Rechtsverhältnis ist eine bestimmte, rechtlich geregelte Beziehung einer Person zu anderen Personen oder einer Person zu einer Sache zu verstehen (vgl. BGHZ 22, 43, 47; BGH, Urt. v. 31.5.2000 - XII ZR 41/98, NJW 2000, 2663, 2664).

Der Feststellungsantrag ist hier seinem Wortlaut nach nicht auf die Feststellung gegenwärtiger Rechtsbeziehungen der Klägerin zu der Beklagten gerichtet, sondern auf die Beantwortung der abstrakten Rechtsfrage, ob die Klägerin berechtigt ist, ihr Modell eines Kaufs auf Probe durchzuführen, wenn es sich dabei um Tonträger handelt, an denen die Beklagte Rechte als Tonträgerhersteller hat. Mit diesem Inhalt wäre der Klageantrag - als Antrag auf Feststellung der Rechtmäßigkeit eines Verhaltens - unzulässig (vgl. BGH, Urt. v. 19.4.2000

- XII ZR 332/97, NJW 2000, 2280, 2281; Urt. v. 4.10.2000 - VIII ZR 289/99, NJW 2001, 445, 447, m.w.N.).

Für die Auslegung von Prozeßerklärungen, die der Senat auch als Revisionsgericht selbst vornehmen kann (vgl. BGHZ 4, 328, 334; BGH, Urt. v. 29.6.2000 - I ZR 29/98, GRUR 2000, 907, 910 = WRP 2000, 1258 - Filialleiterfehler, m.w.N.), ist aber - ebenso wie bei materiell-rechtlichen Willenserklärungen - nicht allein der Wortlaut maßgebend. Entscheidend ist vielmehr der erklärte Wille, wie er auch aus Begleitumständen und nicht zuletzt der Interessenlage hervorgehen kann. Für die Auslegung eines Klageantrags ist daher auch die Klagebegründung heranzuziehen (vgl. BGH, Urt. v. 1.12.1997 - II ZR 312/96, NJW-RR 1998, 1005). Im Zweifel gilt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage entspricht (vgl. BGH, Urt. v. 6.6.2000 - VI ZR 172/99, NJW 2000, 3287, 3289, m.w.N.).

Der Klageantrag ist danach unter Heranziehung des Vorbringens der Klägerin dahingehend auszulegen, daß festgestellt werden soll, daß der Beklagten gegen die Klägerin kein Unterlassungsanspruch zusteht, falls diese

Tonträger im Wege des Kaufs auf Probe vertreibt und dabei auch Tonträger der Beklagten einbezieht (vgl. dazu auch BGHZ 119, 246, 248 - Rechtswegprüfung; Zöller/Greger, ZPO, 22. Aufl., § 256 Rdn. 3). Denn der Klägerin geht es - wie sie vorträgt - vor allem um Rechtssicherheit, bevor sie ihr Modell eines Kaufs auf Probe umsetzt.

Auch mit diesem Rechtsschutzziel bezieht sich der Antrag aber nicht auf ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis, soweit er darauf gerichtet ist festzustellen, ob der Beklagten gegebenenfalls gesetzliche Unterlassungsansprüche aus § 97 Abs. 1 i.V. mit § 85 Abs. 1, § 17 UrhG gegen das Vertriebsmodell der Klägerin zustehen können. Für die Gewährung gerichtlichen Schutzes nach § 256 Abs. 1 ZPO genügt es grundsätzlich nicht, daß ein Grund für die Befürchtung eines künftig entstehenden Rechtsverhältnisses gegeben ist (vgl. BGHZ 120, 239, 253; BGH, Urt. v. 10.10.1991 - IX ZR 38/91, NJW 1992, 436, 437; Urt. v. 29.9.1993 - VIII ZR 107/93, NJW-RR 1994, 175, 176). Die Klägerin bringt hier jedoch nicht einmal vor, daß gegen sie bereits ein vorbeugender Unterlassungsanspruch erhoben worden sei; sie befürchtet lediglich, bei einem (etwai- gen) Vertrieb von CDs im Wege des Kaufs auf Probe Unterlassungsansprü- chen der Beklagten ausgesetzt zu sein, weil diese in ihrem Schreiben vom 11. Juni 1997 erklärt hat, sie werde gegebenenfalls dagegen rechtliche Schritte einleiten. Eine solche Ankündigung, die nicht einmal die Androhung enthält, einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch geltend zu machen, begründet - anders als die Behauptung eines Unterlassungsanspruchs in einer Abmahnung wegen einer angeblich bereits begangenen Rechtsverletzung (vgl. dazu BGH, Urt. v. 13.12.1984 - I ZR 107/82, GRUR 1985, 571, 572 f. = WRP 1985, 212 - Feststellungsinteresse; Urt. v. 12.7.1995 - I ZR 85/93, GRUR 1995, 697, 699 = WRP 1995, 815 - FUNNY PAPER; Urt. v. 23.11.2000 - I ZR 93/98, GRUR



2001, 242, 243 = WRP 2001, 160 - Classe E, m.w.N.) - noch kein gegenwärtiges Rechtsverhältnis, das zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden kann. Es ist zudem noch offen, ob die Klägerin ihr Modell eines Kaufs auf Probe überhaupt einführt und ob dann auch Tonträger betroffen sind, an denen die Beklagte Rechte geltend machen kann.

Die Auslegung des Feststellungsantrags anhand seiner Begründung ergibt jedoch, daß sich die begehrte Feststellung auch darauf beziehen soll, daß der Beklagten kein vertraglicher Unterlassungsanspruch aus dem strafbewehrten Unterlassungsvertrag zusteht, den die Parteien nach dem Abmahnschreiben der Beklagten vom 9. Oktober 1996 geschlossen haben. Denn die Klägerin hat ihre Feststellungsklage auch damit begründet, daß sie befürchten müsse, nach Einführung des Modells eines Kaufs auf Probe von der Beklagten mit Vertragsstraforderungen aus dem Unterlassungsvertrag überzogen zu werden. Die Frage, ob ein bestimmtes geplantes Verhalten von einem bestehenden Unterlassungsvertrag erfaßt wird, betrifft aber ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis, das Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann (vgl. OLG Düsseldorf GRUR 1988, 789 = WRP 1988, 676). Die Klägerin hat auch ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung, ob die von ihr beabsichtigte Vertriebsform unter den Unterlassungsvertrag fällt.

2. Die Frage, ob das Vorhaben der Klägerin von dem Unterlassungsvertrag, den die Parteien geschlossen haben, erfaßt wird, hat das Berufungsgesicht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - noch nicht geprüft. Dies wird nachzuholen sein.

III. Für das weitere Verfahren wird auf folgendes hingewiesen:

Nach dem Vorbringen der Klägerin hat sie sich entsprechend der Abmahnung der Beklagten strafbewehrt verpflichtet, es zu unterlassen, Tonträger der Beklagten, die nach dem 1. Juli 1995 veröffentlicht worden sind, zu vermieten oder Dritten zeitlich zu überlassen, ohne hierfür über die notwendige ausdrückliche Zustimmung der Beklagten zu verfügen.

Im weiteren Verfahren wird gegebenenfalls zu prüfen sein, ob die Parteien einen Unterlassungsvertrag mit diesem Inhalt geschlossen haben. Sollte dies der Fall sein, kann für die Beurteilung der Auslegungsfrage, ob das geplante Modell eines Kaufs auf Probe von der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung der Klägerin erfaßt wird, von Bedeutung sein, ob ein solcher Vertrieb gegebenenfalls das Vermietrecht, das der Beklagten als Tonträgerhersteller kraft Gesetzes gemäß § 85 Abs. 1, § 17 UrhG an ihren Tonträgern zusteht, verletzen würde. Denn es wäre kaum anzunehmen, daß der Vertrieb von CDs im Wege des Kaufs auf Probe, der als solcher nicht Anlaß zu dem Unterlassungsvertrag zwischen den Parteien gegeben hat, unter den Unterlassungsvertrag fallen sollte, wenn damit die vertraglichen Rechte der Beklagten aus dem Unterlassungsvertrag über die gesetzlichen Ansprüche hinausgingen, die einem Tonträgerhersteller nach dem Urheberrechtsgesetz zustehen.

Die Frage, ob ein Vertrieb im Wege des Kaufs auf Probe unter das Vermietrecht fällt, ist zu bejahen. Nach § 17 Abs. 2 UrhG wird das Vermietrecht von einer nach dieser Vorschrift eintretenden Erschöpfung des Verbreitungsrechts nicht erfaßt. Der Begriff der Vermietung ist in § 17 Abs. 3 Satz 1 UrhG definiert als zeitlich begrenzte, unmittelbar oder mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung. Da mit der Regelung des Vermietrechts die

Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (ABl. Nr. L 346 v. 27.11.1992 S. 61 = GRUR Int. 1993, 144) umgesetzt worden ist, richtet sich die Auslegung des § 17 Abs. 2 und Abs. 3 UrhG nach den Vorschriften dieser Richtlinie. In Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie ist "Vermietung" definiert als die zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung zu unmittelbarem oder mittelbarem wirtschaftlichen oder kommerziellen Nutzen. Entsprechend dieser Definition ist der Begriff der "Vermietung" in § 17 Abs. 3 Satz 1 UrhG weit und als eigenständiger, von dem Begriff des Mietverhältnisses im Sinne der §§ 535 ff. BGB zu unterscheidender Begriff des Urheberrechts zu verstehen (vgl. Begründung zu Art. 1 Nr. 1 des Regierungsentwurfs eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucks. 13/115 S. 12; Reinbothe/von Lewinski, *The E.C. Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, 1993, S. 36; Erdmann in *Festschrift für Brandner*, 1996, S. 361, 369). Maßgebend ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, da das Vermietrecht den Zweck hat, den Berechtigten eine angemessene Beteiligung an den Nutzungen zu sichern, die aus der Verwertung ihrer Werke oder geschützten Leistungen gezogen werden (vgl. dazu insbesondere die 4., 5. und 7. Begründungserwägung der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie; vgl. auch EuGH, Urt. v. 28.4.1998 - Rs. C-200/96, Slg. 1998, I-1971 = GRUR Int. 1998, 596, 597 Tz. 22 - *Metronome Musik/Music Point Hokamp*; Begründung zu Art. 1 Nr. 1 des Regierungsentwurfs aaO S. 12; Erdmann aaO S. 369; Jacobs, GRUR 1998, 246, 250).

Eine zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung im Sinne des § 17 Abs. 3 Satz 1 UrhG ist danach jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Gegenstand dem Kunden für eine bestimmte Zeit in der Weise zur freien Verfügung über-

geben wird, daß ihm eine uneingeschränkte und wiederholbare Werknutzung ermöglicht wird (vgl. von Lewinski in Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert, Quellen des Urheberrechts, Band VI, Europ. Gemeinschaftsrecht II/2 S. 6; Schricker/Loewenheim, UrhG, 2. Aufl., § 17 Rdn. 29; Jacobs, GRUR 1998, 246, 249). Von einer zeitlichen Begrenzung der Gebrauchsüberlassung ist bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht nur dann auszugehen, wenn der Gegenstand innerhalb einer bestimmten Zeit zurückgegeben werden muß, sondern auch dann, wenn er innerhalb einer bestimmten Zeit zurückgegeben werden kann (vgl. Reinbothe/von Lewinski aaO S. 36; vgl. dazu auch - zu § 27 Abs. 1 UrhG a.F. - BGH, Urt. v. 2.2.1989 - I ZR 100/87, GRUR 1989, 417, 418 f. - Kauf mit Rückgaberecht).

Im Fall eines Kaufs auf Probe (§ 495 BGB) wird der gekaufte Tonträger dem Kunden - wirtschaftlich gesehen - zunächst für eine begrenzte Zeit zur freien Nutzung überlassen. Es steht im Belieben des Kunden, ob er durch Billigung des Kaufgegenstandes die zeitlich begrenzte Nutzungsmöglichkeit in einen dauerhaften Erwerb überführt. Damit ist der Tatbestand einer zeitlich begrenzten Gebrauchsüberlassung erfüllt. Darauf, ob die Rechtsform eines Kaufs auf Probe nur zu Umgehungszwecken gewählt worden ist oder aus der Sicht des Verkäufers der Verkaufsförderung dienen soll, kommt es nicht an.

Die Gebrauchsüberlassung im Rahmen des beabsichtigten Modells eines Kaufs auf Probe soll jedenfalls mittelbar den Erwerbszwecken der Klägerin dienen. Nach Art. 1 Abs. 2 der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie ist eine Vermietung nicht nur anzunehmen, wenn unmittelbar aus der Gebrauchsüberlassung ein wirtschaftlicher Nutzen gezogen werden soll, d.h. wenn diese entgeltlich ist, sondern auch dann, wenn nur ein mittelbarer wirtschaftlicher Nutzen

angestrebt wird (vgl. Reinbothe/von Lewinski aaO S. 39 f.; Schricker/Loewenheim aaO § 17 Rdn. 32). Dies ist hier der Fall. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts verfolgt die Klägerin mit dem Modell eines Kaufs auf Probe den Zweck, gerade auch für ihr sonstiges Warenangebot zu werben und dadurch ihren Gewinn zu steigern. Ob der in dieser Weise angestrebte mittelbare Erwerbszweck erreicht wird, ist für das Eingreifen des Vermietrechts unerheblich (vgl. Reinbothe/von Lewinski aaO S. 39).

IV. Auf die Revision der Klägerin war danach das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Bornkamm

Pokrant

Büscher