



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 311/98

Verkündet am:
5. Juli 2001
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

SPIEGEL-CD-ROM

UrhG § 31 Abs. 4 und 5, § 97; BGB § 242 Cd

- a) Hat ein Fotograf einer Zeitschrift das Recht eingeräumt, eine seiner Fotografien abzdrukken, erstreckt sich diese Nutzungsrechtseinräumung nicht auf eine später erschienene CD-ROM-Ausgabe der Jahrgangsbände der Zeitschrift.
- b) Ist die erforderliche Zustimmung zu einer solchen CD-ROM-Ausgabe nicht eingeholt worden, kann der Fotograf mit Hilfe des Unterlassungsanspruchs gegen die ungenehmigte Verwertung seiner Werke oder Leistungen vorgehen. Dem steht nicht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen, auch wenn der Fotograf aufgrund vertraglicher Treuepflichten bei rechtzeitiger Anfrage verpflichtet gewesen wäre, einer Nutzung seiner Fotografien im Rahmen der CD-ROM-Ausgabe zuzustimmen.
- c) Wird der Verletzer auf Ersatz des im Wege der Lizenzanalogie berechneten Schadens in Anspruch genommen, führt die Zahlung nicht zum Abschluß eines Lizenzvertrags und damit auch nicht zur Einräumung eines Nutzungsrechts.

BGH, Urteil vom 5. Juli 2001 – I ZR 311/98 – OLG Hamburg
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Starck, Prof. Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 5. November 1998 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels aufgehoben, soweit der Beklagte hinsichtlich der Aufnahmen des Fotografen B. zur Unterlassung verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 8, vom 19. August 1997 zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist ein Verein, in dem etwa 900 Berufsfotografen organisiert sind. In dem beklagten Verlag erscheint das Nachrichtenmagazin DER SPIEGEL. Die

Parteien streiten darüber, ob der Beklagte berechtigt ist, zusätzlich zu einer seit Anfang der achtziger Jahre angebotenen Mikrofiche-Ausgabe die in der Vergangenheit im SPIEGEL veröffentlichten Fotografien erneut als CD-ROM-Jahrgangsausgaben zu verbreiten. Anlaß hierfür ist, daß der Beklagte seit etwa April/Mai 1993 die zu diesem Zwecke digitalisierten SPIEGEL-Ausgaben der Jahrgänge seit 1989 (ohne Werbung) als CD-ROM-Version anbietet, ohne zuvor die Zustimmung der Fotografen einzuholen, von denen die in diesen Ausgaben veröffentlichten Fotografien stammen. Nachfolgend ist beispielhaft eine Seite der Ausgabe 1993 (Heft 21, Seite 225) wiedergegeben:



Der Kläger hat sich von den 64 im Tenor des Berufungsurteils namentlich aufgeführten Mitgliedern Ansprüche "wegen ungenehmigter Nutzung von Aufnahmen auf den CD-ROM ... für die SPIEGEL-Jahrgänge 1989 bis 1993" abtreten lassen. Er hat vorgetragen, aufgrund telefonischer Rechtseinräumung seien zwischen 1989 und 1993 insgesamt 7.685 Fotografien dieser Fotografen im SPIEGEL veröffentlicht worden und damit auch auf den CD-ROM-Jahrgangsausgaben enthalten. Zum Zeitpunkt der Rechtseinräumung sei von einer Nutzung auf CD-ROM keine Rede gewesen. Seine Mitglieder hätten erst zwischen Ende 1993 und 1995 von den hier in Rede stehenden fünf CD-ROM-Ausgaben erfahren. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, in der CD-ROM-Nutzung liege eine neue Nutzungsart, die der Zustimmung der Berechtigten bedurft hätte.

Der Kläger hat für 702 Fotografien nähere Angaben zur Person des Fotografen und zur Veröffentlichungsstelle im SPIEGEL gemacht. Die Zahlungsklage hat er – als Teilklage – auf diese 702 Fälle beschränkt. Er hat – soweit für das

Revisionsverfahren von Bedeutung – zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. an ihn 21.210 DM nebst 4 % Zinsen aus 21.060 DM ab 29. November 1996 und aus 21.210 DM ab 16. Juni 1998 zu zahlen;
2. es zu unterlassen, die Aufnahmen der (in einer Anlage aufgeführten 64) Fotografen auf CD-ROM (SPIEGEL-Jahrgänge 1989 bis 1993) zu verbreiten oder verbreiten zu lassen.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat die Anspruchsberechtigung des Klägers in Frage gestellt und vorgebracht, daß ihm die Zuordnung der Fotografien zu den einzelnen Fotografen nicht möglich sei. Lediglich hinsichtlich eines Teils der Aufnahmen, für die der Kläger die Veröffentlichung unter Nennung des jeweiligen SPIEGEL-Heftes im einzelnen vorgetragen hatte (dies betrifft 25 der 64 im Unterlassungsantrag aufgeführten Fotografen), hat der Beklagte die Verwendung für die CD-ROM nicht bestritten. Im übrigen hat der Beklagte die Ansicht vertreten, daß es sich bei den in Rede stehenden CD-ROM-Ausgaben um ein Substitutionsprodukt für die Mikrofiche-Ausgabe und die Jahrgangsbände handele.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Hamburg CR 1998, 32). Das Berufungsgericht hat durch Grund- und Teilurteil den Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem oben wiedergegebenen Unterlassungsantrag unter namentlicher Nennung der fraglichen 64 Fotografen stattgegeben (OLG Hamburg CR 1999, 322 = MMR 1999, 225 = ZUM 1999, 78).

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nur in geringem Umfang begründet. Sie hat nur insoweit Erfolg, als der Beklagte hinsichtlich der Aufnahmen des Fotografen B. zur Unterlassung verurteilt worden ist. Im übrigen bleibt der Revision der Erfolg versagt.

I. Das Berufungsgericht hat die Klage als zulässig erachtet und in der beanstandeten Nutzung eine Urheberrechtsverletzung gesehen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der Unterlassungsantrag sei hinreichend bestimmt. Insbesondere sei es im Streitfall verzichtbar gewesen, die einzelnen Fotografien nach Fotograf und Erscheinungsdatum der jeweiligen SPIEGEL-Ausgabe näher zu bezeichnen. Was den Unterlassungsantrag angehe, könne der Kläger zwar nicht aus abgetretenem Recht vorgehen, weil der Unterlassungsantrag nicht isoliert abgetreten werden könne. Der Kläger sei aber insoweit von den 64 in Rede stehenden Fotografen ermächtigt, als Prozeßstandschafter ihre Ansprüche geltend zu machen.

Dem Beklagten seien von den Rechtsinhabern weder ausdrücklich noch konkludent Nutzungsrechte für die erfolgte Digitalisierung eingeräumt worden. Der Beklagte sei lediglich zur Veröffentlichung der Fotos im SPIEGEL und wohl auch auf Mikrofiche berechtigt. Im Hinblick auf die wesentlich intensiveren Nutzungsmöglichkeiten stelle die CD-ROM-Nutzung eine neue, im Vergleich zur Zeitschrift, zum Jahrgangsband und auch zum Mikrofiche selbständige Nutzungsart dar. Es handele sich nicht allein um eine neue Übermittlungstechnik, sondern um ein neues Produkt, das sich schon äußerlich stark von den herkömmlichen Nut-

zungsarten unterscheide. So benötige die CD-ROM anders als der Jahrgangsband kaum Platz, nutze sich nicht ab, sei leicht reproduzierbar. Die Rechercheoption erlaube eine schnellere Suche, und die CD-ROM könne im Serverbetrieb an mehreren Computern parallel genutzt werden. Da die auf der CD gespeicherten Bilder – wenn erst einmal digitalisiert – ohne Qualitätsverlust über das Datennetz verbreitet werden könnten, seien die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers bei der Übertragung seiner Fotografien auf CD-ROM besonders gefährdet. Hieran ändere auch der Umstand nichts, daß die hier in Rede stehende CD-ROM technisch noch nicht auf neuestem Stand sei und die Fotografien noch nicht die Qualität der gedruckten Ausgabe erreichten. Um von einer Rechtseinräumung ausgehen zu können, hätten die Rechte der elektronischen Nutzung gesondert benannt werden müssen. Andernfalls greife die Zweckübertragungslehre (§ 31 Abs. 5 UrhG) ein mit der Folge, daß sich der Umfang der eingeräumten Rechte nach dem Vertragszweck richte. Da CD-ROM-Versionen von Wochenmagazinen und Tageszeitungen vor 1993 noch nicht üblich gewesen seien, könne nicht davon ausgegangen werden, daß sich der Vertragszweck auf diese Nutzungsart erstreckt habe. Unter diesen Umständen könne offenbleiben, ob eine Einräumung der Rechte daran gescheitert wäre, daß es sich bei der CD-ROM-Ausgabe zum Zeitpunkt der Rechtseinräumung um eine neue Nutzungsart gehandelt habe.

Ob die Fotografen, deren Rechte der Kläger geltend mache, eine Pflicht zur Einwilligung in die zusätzliche Nutzung treffe, bedürfe ebenfalls keiner Entscheidung; denn aus einer solchen Verpflichtung erwachse – schon weil sonst die Schutzbestimmung des § 31 Abs. 5 UrhG zu sehr ausgehöhlt werde – kein Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, wenn die zusätzliche Nutzung ohne Einwilligung erfolge.

Der Zahlungsantrag sei dem Grunde nach gerechtfertigt. Hinsichtlich der Höhe des geltend gemachten Schadens bedürfe es aber noch des Sachverständigenbeweises. Auch sei der Unterlassungsantrag nicht durch die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs ausgeschlossen. Erst wenn der Kläger den Schaden im Wege der Lizenzanalogie berechne und der Beklagte diesen Schaden erstattet habe, sei der Beklagte als zur Nutzung berechtigt anzusehen.

II. Soweit der Beklagte zur Unterlassung verurteilt worden ist, hält das Berufungsurteil der revisionsrechtlichen Prüfung im wesentlichen stand.

1. Entgegen der Ansicht der Revision bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Unterlassungsklage.

a) Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Unterlassungsantrag, mit dem der Klage stattgegeben worden ist, hinreichend bestimmt ist (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

Im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Klage stellt sich nicht die Frage, ob der Kläger hinsichtlich aller im Tenor des Berufungsurteils namentlich aufgeführten Fotografen eine Verletzung der Urheber- oder Leistungsschutzrechte dargetan hat (dazu unten unter II.2.a). Denn es handelt sich insoweit um eine Frage nicht der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der Klage. Ist eine in der Vergangenheit liegende Verletzungshandlung dargetan, richtet sich der Unterlassungsantrag gegen weitere, im Kern gleichartige Verletzungshandlungen. Die Klage hätte daher nicht zwingend darauf beschränkt bleiben müssen, dem Beklagten die Verwendung von Aufnahmen der namentlich genannten Fotografen in zurückliegenden CD-ROM-Ausgaben des SPIEGEL – hier der Jahrgänge 1989 bis 1993 – zu untersagen. Beträfe der Unterlassungsausspruch zukünftige CD-

ROM-Ausgaben, wäre eine Bezeichnung der näheren Fundstelle, wie sie die Revision unter Hinweis auf § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO für notwendig hält, naturgemäß ausgeschlossen. Zweifel hinsichtlich der Bestimmtheit ergäben sich daraus ebensowenig wie im vorliegenden Fall, in dem der Unterlassungsausspruch auf bereits einmal erschienene Aufnahmen beschränkt ist. Kommt es zum Streit darüber, ob eine Aufnahme vom Gläubiger des Unterlassungstitels stammt, ist die Urheberschaft in derartigen Fällen notfalls im Vollstreckungsverfahren zu klären. Dies ist eine zwingende Folge des Umstands, daß sich der geltend gemachte Anspruch nicht auf die konkrete Verletzungsform beschränkt, sondern auch auf die Unterlassung im Kern gleichartiger Verletzungshandlungen gerichtet ist.

Im Streitfall hat der Kläger seinen Antrag zwar auf eine Verwendung der Fotografien in den Jahrgangsausgaben von 1989 bis 1993 beschränkt, so daß an sich eine genaue Bezeichnung der jeweiligen Fundstelle möglich gewesen wäre. Damit wäre jedoch eine noch weitergehende, rechtlich nicht gebotene Beschränkung des begehrten Unterlassungstitels verbunden gewesen. Im übrigen weist die Revisionserwiderung mit Recht darauf hin, daß dem Parteivorbringen, auf das sich das Berufungsurteil insoweit bezieht (dazu unten unter II.2.a), auch die Fundstellen der einzelnen Fotografien entnommen werden können.

b) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß angenommen, daß der Kläger in gewillkürter Prozeßstandschaft tätig geworden ist.

Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Kläger nicht durch Abtretung Inhaber der Unterlassungsansprüche der in Rede stehenden 64 Fotografien geworden ist. Denn eine (isolierte) Abtretung solcher Ansprüche ist im Hinblick auf die damit verbundene Veränderung des Leistungsinhalts ausge-

schlossen (vgl. BGHZ 119, 237, 241 – Universitätseblem; Roth in MünchKomm. BGB, 3. Aufl., § 399 Rdn. 20).

Das Berufungsgericht hat jedoch die unwirksamen Abtretungserklärungen ohne Rechtsfehler in der Weise umgedeutet, daß der Kläger dazu ermächtigt werden sollte, diese Ansprüche im eigenen Namen durchzusetzen. Diese Ermächtigung ist wirksam. Insbesondere steht ihr – entgegen der Auffassung der Revision – nicht entgegen, daß der in Prozeßstandschaft geltend zu machende Anspruch nicht abtretbar ist (BGH, Urt. v. 17.2.1983 – I ZR 194/80, GRUR 1983, 379, 381 = WRP 1983, 395 – Geldmafiosi). Zwar ist die gewillkürte Prozeßstandschaft in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für unzulässig gehalten worden, wenn das einzuklagende Recht höchstpersönlichen Charakter hat und mit dem Rechtsinhaber, in dessen Person es entstanden ist, so eng verknüpft ist, daß die Möglichkeit, seine gerichtliche Geltendmachung einem Dritten im eigenen Namen zu überlassen, dazu in Widerspruch stünde (BGH GRUR 1983, 379, 381 – Geldmafiosi, m.w.N.). Handelt es sich aber um Rechte oder rechtlich geschützte Positionen, die zusammen mit den Ansprüchen, die sie schützen sollen, übertragbar sind, hat die Rechtsprechung, auch wenn die geltend zu machenden Ansprüche für sich allein nicht übertragbar sind, die Ermächtigung zur gerichtlichen Verfolgung von Rechten zugunsten des materiell Berechtigten stets für zulässig erachtet, wenn der Ermächtigte an der Rechtsverfolgung ein eigenes rechtsschutzwürdiges Interesse hat (BGH GRUR 1983, 379, 381 – Geldmafiosi, m.w.N.). Zu den Rechten, zu deren gerichtlicher Wahrnehmung der Rechtsinhaber einen Dritten wirksam ermächtigen kann, zählen danach auch die aus den urheberrechtlichen Verwertungsrechten fließenden Unterlassungsansprüche. Sie können – obwohl nicht isoliert abtretbar – im Falle der Einräumung von Nutzungsrechten von anderen als den ursprünglichen Rechtsinhabern geltend gemacht

werden. Auch ihrer Geltendmachung im Wege der Prozeßstandschaft steht grundsätzlich nichts entgegen.

Für eine gewillkürte Prozeßstandschaft des Klägers fehlt es auch nicht an dem erforderlichen eigenen schutzwürdigen Interesse (vgl. BGH, Urt. v. 9.10.1997 – I ZR 122/95, GRUR 1998, 417, 418 = WRP 1998, 175 – Verbandsklage in Prozeßstandschaft). Beim Kläger handelt es sich um einen Berufsverband, bei dem ohne weiteres – auch ohne daß Feststellungen zum Satzungszweck getroffen sind – davon auszugehen ist, daß die Geltendmachung von Ansprüchen der hier in Rede stehenden Art zu seinen Aufgaben gehört und daß er daher ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Rechtsverfolgung hat.

2. Die vom Kläger geltend gemachten Unterlassungsansprüche der 64 Fotografen sind bis auf eine Ausnahme begründet. Der Beklagte hat in den CD-ROM-Ausgaben des SPIEGEL der Jahre 1989 bis 1993 Aufnahmen von 63 Fotografen veröffentlicht, deren Rechte der Kläger geltend macht. Hierin liegt eine Verletzung der Urheber- und Leistungsschutzrechte dieser Fotografen, da dem Beklagten entsprechende Nutzungsrechte nicht eingeräumt waren (§ 2 Abs. 1 Nr. 5, §§ 16, 17, 72, 97 Abs. 1 UrhG). Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß die Fotografen verpflichtet gewesen wären, ihm die entsprechenden Nutzungsrechte einzuräumen.

a) Das Berufungsgericht hat es versäumt, im einzelnen Feststellungen dazu zu treffen, ob und in welcher Weise der Beklagte in die Urheber- oder Leistungsschutzrechte derjenigen Fotografen eingegriffen hat, deren Ansprüche der Kläger geltend macht. Da der Kläger die geltend gemachten Unterlassungsansprüche ausschließlich auf Verletzungshandlungen in der Vergangenheit stützt, kommt von vornherein ein Unterlassungsanspruch nur derjenigen Fotografen in

Betracht, deren Aufnahmen vom Beklagten in der Vergangenheit für die SPIEGEL-Ausgaben auf CD-ROM verwendet worden sind.

Dem Berufungsurteil kann allerdings entnommen werden, daß nach dem unstreitigen Parteivorbringen jeweils mindestens eine Aufnahme von 63 Fotografen auf den CD-ROM-Ausgaben des SPIEGEL der Jahre 1989 bis 1993 enthalten ist. Dabei hat sich das Berufungsgericht für die Aufnahmen von 25 Fotografen auf das vom Beklagten nicht (mehr) bestrittene Vorbringen des Klägers in den Schriftsätzen vom 31. Juli 1997 (dort Seite 2 = GA I 98 unter Verweis auf Anlage K3) und vom 18. Februar 1998 (dort Seite 4 = GA I 168), für die Aufnahmen weiterer 13 Fotografen auf das Vorbringen in den Schriftsätzen vom 4. September (dort Seite 2/3 = GA II 207/208) und 30. September 1998 (GA II 232) sowie für die Aufnahmen der restlichen 25 Fotografen auf die vom Beklagten mit Schriftsatz vom 21. Juli 1997 (GA I 90) vorgelegte Anlage B 12 gestützt (BU 9 und 12); diese Anlage enthält eine Aufstellung, aus der sich ergibt, hinsichtlich welcher Fotografen der Beklagte eine Nutzung einräumt.

Danach lassen sich dem Berufungsurteil auch bei Heranziehung des zitierten Parteivorbringens lediglich für einen Fotografen (B.) keine Hinweise darauf entnehmen, ob und in welcher Weise seine Aufnahmen vom Beklagten in den CD-ROM-Ausgaben des SPIEGEL verwendet worden sind. Das Berufungsurteil kann daher insoweit, als es dem Kläger auch hinsichtlich der Aufnahmen dieses Fotografen einen Unterlassungsanspruch zugebilligt hat, keinen Bestand haben.

b) Der Beklagte war nicht berechtigt, die Aufnahmen der verbleibenden 63 Fotografen ohne deren Zustimmung für die CD-ROM-Ausgabe des SPIEGEL zu

verwenden. Ihm waren für diese Verwertung Nutzungsrechte weder ausdrücklich noch konkludent eingeräumt worden.

aa) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob es sich bei der hier in Rede stehenden CD-ROM-Ausgabe eines im Wochenrhythmus erscheinenden Nachrichtenmagazins um eine im maßgeblichen Zeitraum noch unbekannte Nutzungsart i.S. des § 31 Abs. 4 UrhG handelt. Für das Revisionsverfahren ist daher zugunsten des Beklagten zu unterstellen, daß die fragliche CD-ROM-Nutzung im maßgeblichen Zeitraum – der im Streitfall Ende 1988 beginnt, als der Beklagte sich Rechte für den Abdruck von Fotografien für die ersten Ausgaben des SPIEGEL im Jahre 1989 einräumen ließ – bereits bekannt war.

bb) Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, daß sich die erfolgte Rechtseinräumung nicht auf die CD-ROM-Nutzung erstreckt. Dies entspricht auch der überwiegenden Auffassung im Schrifttum (Schrickler in Schrickler, Urheberrecht, 2. Aufl., §§ 31/32 UrhG Rdn. 48; Spautz in Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Aufl., § 31 Rdn. 45; G. Schulze, Festgabe Beier, 1996, S. 403, 406 f.; Gaertner, AfP 1999, 143, 145; Nordemann/Schierholz, AfP 1998, 365, 368; Katzenberger, AfP 1997, 434, 439; ders., Elektronische Printmedien und Urheberrecht, 1996, S. 98; Maaßen, ZUM 1992, 338, 348 f.; Hoeren, MMR 1999, 229).

(1) Wie den Feststellungen des Berufungsgerichts zu entnehmen ist, wurden im Streitfall über die Nutzung der Fotografien nur mündliche Vereinbarungen getroffen. Dabei ist eine ausdrückliche Rechtseinräumung hinsichtlich der CD-ROM-Nutzung nicht erfolgt, insbesondere haben die Vertragsparteien diese Nutzungsart nicht "einzeln bezeichnet". Damit bestimmt sich der Umfang der dem Beklagten eingeräumten Nutzungsrechte nach dem mit der Einräumung verfolgten Zweck (§ 31 Abs. 5 UrhG).

(2) Der Zweckübertragungsgedanke, der in § 31 Abs. 5 UrhG seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, besagt im Kern, daß der Urheber in Verträgen über sein Urheberrecht im Zweifel Nutzungsrechte nur in dem Umfang einräumt, den der Vertragszweck unbedingt erfordert (vgl. BGHZ 131, 8, 12 – Pauschale Rechtseinräumung; 137, 387 – Comic-Übersetzungen I). In dieser Auslegungsregel kommt zum Ausdruck, daß die urheberrechtlichen Befugnisse die Tendenz haben, soweit wie möglich beim Urheber zu verbleiben, damit dieser in angemessener Weise an den Erträgen seines Werkes beteiligt wird (vgl. BGH, Urt. v. 23.2.1979 – I ZR 27/77, GRUR 1979, 637, 638 f. – White Christmas; E. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., S. 365; Schrickler aaO §§ 31/32 UrhG Rdn. 31). Dies bedeutet, daß im allgemeinen nur die jeweiligen Nutzungsrechte stillschweigend eingeräumt sind, durch welche die Erreichung des Vertragszwecks ermöglicht wird (BGHZ 137, 387, 392 f. – Comic-Übersetzungen I).

Dabei kommt es nicht allein darauf an, ob es sich bei der fraglichen Nutzung um eine eigenständige Nutzungsart handelt. Denn der Zweckübertragungsgedanke kommt gerade auch dann zum Zug, wenn es darum geht, die Grenzen des – sich ganz in einer Nutzungsart haltenden – Nutzungsrechts zu bestimmen (vgl. BGHZ 137, 387, 392 f. – Comic-Übersetzungen I, zur Frage der Zustimmung des Übersetzers zur Veranstaltung von Folgeauflagen).

(3) Zur Beantwortung der Frage, ob es sich bei der CD-ROM-Ausgabe einer Zeitschrift um eine selbständige Nutzungsart handelt oder ob sich eine erfolgte Rechtseinräumung für ein Druckerzeugnis auch auf eine CD-ROM-Ausgabe erstreckt, kann weder auf die zur Frage der Preisbindungsfähigkeit von CD-ROM-Ausgaben ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs “NJW auf CD-ROM” (BGHZ 135, 74) noch auf die zur Frage der dinglichen Aufspaltung von Nutzungsrechten ergangenen Entscheidungen (vgl. BGHZ 145, 7, 11 – OEM-Version,

m.w.N.) zurückgegriffen werden. Denn der im Rahmen der Zweckübertragungslehre maßgebliche, aus der Sicht des Urhebers zu bestimmende Vertragszweck spielt bei diesen Entscheidungen allenfalls eine untergeordnete Rolle.

(4) Danach scheidet im Streitfall eine Einräumung der Rechte der Fotografen für die CD-ROM-Nutzung aus.

Die Frage, ob der Urheber, der einem Zeitschriftenverlag Nutzungsrechte einräumt, dabei auch Rechte einer CD-ROM-Nutzung vergibt, kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beantwortet werden. Ein wissenschaftlicher Autor mag häufig an einer möglichst weitreichenden Verbreitung seiner Beiträge interessiert sein und auf eine Honorierung nur in zweiter Linie Wert legen. Dagegen ist der Journalist oder Fotograf, der seinen Beitrag oder seine Bilder einer Zeitschrift zur Veröffentlichung überläßt, im allgemeinen auf das Honorar angewiesen. Dementsprechend stellt sich auch die Frage einer CD-ROM-Nutzung in beiden Fällen in unterschiedlicher Weise. Während im Falle des wissenschaftlichen Autors eher angenommen werden kann, daß sich der Zweck der Rechtseinräumung auch auf eine solche Nutzung richtet, muß bei freiberuflich tätigen Journalisten und Fotografen davon ausgegangen werden, daß sie über eine Nutzung, die einen eigenen wirtschaftlichen Ertrag verspricht, gesondert verhandeln wollen, um auf diese Weise sicherzustellen, daß sie an einer zusätzlichen wirtschaftlichen Verwertung ihrer Leistung angemessen beteiligt werden.

Ist im Rahmen der Anwendung der Zweckübertragungslehre darauf abzustellen, ob eine technisch neue Nutzung eine wirtschaftlich eigenständige Verwertung verspricht (vgl. BGHZ 128, 336, 341 – Videozweitauswertung III), folgt daraus im Streitfall, daß die Verbreitung des SPIEGEL auf CD-ROM von dem ursprünglichen Vertragszweck nicht gedeckt ist. Auch wenn – wie der Beklagte vor-

getragen hat – die Vermarktung der CD-ROM-Ausgabe des SPIEGEL noch nicht den erwünschten wirtschaftlichen Erfolg gezeigt hat, ist diese Ausgabe geeignet, einen neuen eigenständigen Markt zu erschließen. Für die gedruckten Jahrgangsbände und für die Mikrofiche-Ausgabe kann es immer nur einen verhältnismäßig kleinen Markt geben (Archive, Bibliotheken). Die normalen Abonnenten werden für diese Ausgaben im allgemeinen nicht in Frage kommen. Die Jahrgangsbände beanspruchen viel Platz; für die Mikrofiche-Ausgabe bedarf es eines Lesegerätes. Die vorliegende CD-ROM-Ausgabe, die zunächst in vieler Hinsicht mit der Mikrofiche-Ausgabe vergleichbar erscheint, weist dagegen trotz ihrer – verglichen mit anderen digitalen Datenträgern – beschränkten Einsatzmöglichkeit ein ganz anderes Marktpotential auf. Für sie kommen die Abonnenten als zusätzlicher Interessentenkreis hinzu. Diese werden nicht selten ein Interesse daran haben, die SPIEGEL-Jahrgänge auf gedrängtem Raum zur Verfügung zu haben und damit auf einfache und platzsparende Weise das Sammelbedürfnis zu befriedigen. Durch den Vergleich mit den bisherigen Randnutzungen (gedruckte Jahrgangsbände und Mikrofiche-Ausgabe) wird diese Sicht – entgegen der Auffassung der Revision – eher bestätigt als in Frage gestellt.

Auf die vom Berufungsgericht in den Mittelpunkt gestellte Erwägung, mit der Digitalisierung drohe eine umfassende elektronische Nutzung des Werks, kommt es unter diesen Umständen nicht entscheidend an. Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, daß die Digitalisierung für sich genommen noch nicht notwendig zu einer anderen Nutzungsqualität führe. Denn die hier in Rede stehende SPIEGEL-CD-ROM vermittelt die mit der elektronischen Speicherung verbundenen Nutzungsmöglichkeiten nur ganz eingeschränkt, läßt beispielsweise keine Volltextrecherche zu und enthält keine elektronischen Verweise (“links”) auf weiterführende Informationen. Vielmehr muß sich der Benutzer eines Indexes bedienen, der einem herkömmlichen Sachregister entspricht. Im übrigen können auch

die Fotografien in einer gedruckten Ausgabe ohne große Mühe gescannt und so dann über das Internet versandt werden. Eine Rechtseinräumung durch die Fotografen scheidet aber unabhängig davon aus, ob die hier in Rede stehende SPIEGEL-CD-ROM nur eine eingeschränkte Nutzung erlaubt.

c) Mit Recht hat es das Berufungsgericht nicht für entscheidend erachtet, ob die Fotografen, deren Rechte der Kläger geltend macht, gegenüber dem Beklagten aus Treu und Glauben verpflichtet gewesen wären, einer Nutzung ihrer Aufnahmen im Rahmen der CD-ROM-Ausgabe des SPIEGEL zuzustimmen (für einen solchen Anspruch Katzenberger, AfP 1997, 434, 441; ders., AfP 1998, 479, 480; Hillig, Schulze RzU OLGZ Nr. 333; anders G. Schulze aaO S. 409 f.). Denn auch wenn – wofür manches sprechen mag – ein solcher Anspruch unter den gegebenen Umständen grundsätzlich zu bejahen sein sollte, berührt dies den Unterlassungsanspruch im Falle einer ohne Zustimmung erfolgten Nutzung nicht. Denn entgegen der Auffassung der Revision könnte der Beklagte dem Unterlassungsanspruch nicht mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begegnen (so aber Katzenberger, AfP 1998, 479, 480).

Bestünde ein Anspruch auf Zustimmung, so handelte es sich dabei der Sache nach um eine Zwangslizenz. Stünde dem Beklagten der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zur Seite, liefe das auf eine gesetzliche Lizenz hinaus, die im Gesetz streng von den Fällen der Zwangslizenz getrennt ist und die den Urheber in eine deutlich ungünstigere Position versetzt, weil er seinen Vergütungsanspruch nach erfolgter Nutzung seines Werkes geltend machen muß, statt – wie im Falle der Zwangslizenz – die Erteilung der Zustimmung von der Zahlung der geschuldeten Vergütung abhängig machen zu können. Auch die einen Fall der Zwangslizenz betreffende Regelung des § 11 UrhWG spricht dagegen, daß derjenige, dem ein Anspruch auf Einräumung eines Nutzungsrechts zusteht, das

fremde Werk ohne Zustimmung nutzen und im Falle der Inanspruchnahme durch den Urheber den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung erheben könnte. Nach § 11 Abs. 2 UrhWG gilt für den Fall, daß sich die Parteien nicht über die Höhe der Vergütung einigen, das Nutzungsrecht als eingeräumt, wenn die geforderte Vergütung unter Vorbehalt gezahlt oder zugunsten des Berechtigten hinterlegt worden ist. Die Bestimmung zeigt, daß das Gesetz dem Urheber in Fällen der Zwangslizenz eine Verhandlungsposition einräumt, die ihm bei der gesetzlichen Lizenz nicht zukommt. Geht es dem Kläger bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs um die Wahrung dieser gesetzlichen Position, kann dem nicht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen.

d) Das Berufungsgericht hat erwogen, ob der Unterlassungsanspruch dadurch entfallen ist, daß der Kläger die an ihn abgetretenen Schadensersatzansprüche geltend macht und dabei möglicherweise im Wege der Lizenzanalogie abrechnet. Zwar könne der Unterlassungsanspruch dadurch entfallen, daß der Verletzer als Schadensersatz die Gebühr für eine fiktive Lizenzerteilung zahlt und damit zur Nutzung berechtigt sei. Bislang habe aber der Beklagte die geforderte Zahlung noch nicht geleistet, so daß auch die Wirkungen der Lizenz noch nicht eingetreten seien.

Das Berufungsgericht ist bei dieser Erwägung zu Unrecht davon ausgegangen, daß der Verletzte, der seinen Schaden im Wege der Lizenzanalogie berechnet, den Unterlassungsanspruch verliert, sobald die geforderte Lizenzgebühr gezahlt ist. Bei der Lizenzanalogie handelt es sich um eine Form des Schadensersatzes, die nicht etwa zum Abschluß eines Lizenzvertrages und daher auch nicht zur Einräumung eines Nutzungsrechtes führt.

III. Soweit das Berufungsgericht die geltend gemachten Schadensersatzansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, hält seine Entscheidung der revisionsrechtlichen Prüfung stand. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe fahrlässig gehandelt. Im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht werden ebenso wie im Wettbewerbsrecht an die Beachtung der erforderlichen Sorgfalt strenge Anforderungen gestellt. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Rechtsirrtum nur dann entschuldigt, wenn der Irrrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. 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, Urt. v. 18.12.1997 – I ZR 79/95, GRUR 1998, 568, 569 – Beatles-Doppel-CD; Urt. v. 23.4.1998 – I ZR 205/95, GRUR 1999, 49, 51 – Bruce Springsteen and his Band).

IV. Das angefochtene Urteil ist danach insoweit aufzuheben, als der Beklagte auch hinsichtlich der Aufnahmen des Fotografen B. zur Unterlassung verurteilt worden ist. Im Umfang der Aufhebung bedarf es keiner Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Sache ist in diesem Punkt zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Die Klage ist, soweit sie auf Aufnahmen des Fotografen B. gestützt ist, unschlüssig, weil es an ausreichendem Vorbringen zu einer Verletzungshandlung fehlt.

Im überwiegenden Umfang – hinsichtlich der Aufnahmen der anderen 63 Fotografen sowie hinsichtlich des Schadensersatzauspruchs – ist die Revision des Beklagten zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 2 ZPO.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Starck

Bornkamm

Pokrant