



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IZR 151/11

Verkündet am:  
11. April 2013  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Prof. Dr. Schaffert, Dr. Koch und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 12. Juli 2011 (14 U 801/07) im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Auf die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des Berufungsgerichts unter Zurückweisung der weitergehenden Anschlussrevision aufgehoben, soweit hinsichtlich der geltend gemachten Verletzung des Rechts der Klägerin, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen, zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist. Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist ein Sendeunternehmen. Sie strahlt das Fernsehprogramm „RTL“ aus. Die Beklagte zu 1, deren gesetzlicher Vertreter der Beklagte zu 2 ist, bietet auf der Internetseite „www.save.tv“ unter der Bezeichnung „Sa-

ve.TV“ einen „Online-Videorecorder“ („OVR“) zur Aufzeichnung von Fernsehsendungen an. Damit kann ein Kunde aus den über Antennen frei empfangbaren Fernsehprogrammen - auch dem der Klägerin - Sendungen auswählen, abspeichern lassen und über das Internet jederzeit beliebig oft ansehen oder herunterladen. Mindestens zehn Nutzer des Angebots „Save.TV“ haben Sendungen der Klägerin jeweils gleichzeitig und unabhängig voneinander aufgezeichnet. Die Klägerin hat mit der VG Media den „Wahrnehmungsvertrag Fernsehen“ geschlossen, der mit Wirkung zum 31. Dezember 2010 gekündigt worden ist.

2 Die Klägerin sieht in dem Angebot der Beklagten zu 1 in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung des ihr als Sendeunternehmen zustehenden urheberrechtlichen Leistungsschutzrechts aus § 87 Abs. 1 UrhG. Sie hat beantragt, den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten,

das Fernsehprogramm „RTL“ der Klägerin oder Teile davon zu vervielfältigen und/oder Dritten öffentlich zugänglich zu machen und/oder zu senden und/oder im Wege des sogenannten Online-Streaming zu übermitteln, das heißt über das Internet zu übertragen und/oder für Dritte zu vervielfältigen, insbesondere wie derzeit unter „www.save.tv“ angeboten.

3 Darüber hinaus hat sie die Beklagten im Wege der Stufenklage - zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs - zunächst auf Auskunftserteilung in Anspruch genommen.

4 Das Landgericht hat die Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln verurteilt, es zu unterlassen,

das Fernsehprogramm „RTL“ der Klägerin oder Teile davon zu vervielfältigen, insbesondere wie derzeit (das heißt wie im Zeitpunkt der Einreichung der Klage am 15. Juni 2006 aus den Anlagen K 1 bis 33 ersichtlich) unter „www.save.tv“ angeboten.

5 Darüber hinaus hat es dem Auskunftsantrag teilweise stattgegeben.

6           Gegen diese Entscheidung haben die Beklagten Berufung und hat die Klägerin Anschlussberufung eingelegt. Die Beklagten haben ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt, während die Klägerin beantragt hat, den Beklagten auch zu verbieten, das Fernsehprogramm „RTL“ der Klägerin oder Teile davon öffentlich zugänglich zu machen und/oder im Wege des sogenannten Online-Streaming zu übermitteln. Berufung und Anschlussberufung sind ohne Erfolg geblieben.

7           Auf die Revision der Beklagten hat der Senat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH, Urteil vom 22. April 2009 - I ZR 175/07, ZUM 2009, 765).

8           Im wiedereröffneten Berufungsverfahren hat das Berufungsgericht (OLG Dresden, GRUR-RR 2011, 413 = ZUM 2011, 913) das landgerichtliche Urteil unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung und der Anschlussberufung der Klägerin abgeändert und zur Klarstellung neu gefasst. Es hat die Beklagten verurteilt,

es zu unterlassen, das Fernsehprogramm „RTL“ der Klägerin oder Teile davon weiterzusenden, insbesondere wie derzeit unter „www.save.tv“ angeboten (das heißt wie bei Anhängigkeit [der Klage] am 15. Juni 2006 aus den Anlagen K 1 bis 33 ersichtlich).

9           Darüber hinaus hat es die Beklagten zur Auskunftserteilung verurteilt.

10          Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Mit der Anschlussrevision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

- 11           A. Das Berufungsgericht hat - nach Einholung eines Sachverständigen-  
gutachtens - angenommen, das Angebot „Save.TV“ der Beklagten verletze  
nicht das Recht der Klägerin, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger auf-  
zunehmen. Auch liege kein Verstoß gegen das Recht der Klägerin vor, ihre  
Funksendungen öffentlich zugänglich zu machen. Eine Verurteilung nach dem  
auf die konkrete Verletzungsform begrenzten Unterlassungsantrag und dem  
hierauf bezogenen Auskunftsantrag habe jedoch wegen Verletzung des Rechts  
der Klägerin, ihre Funksendungen weiterzusenden, zu erfolgen.
- 12           B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Anschlussrevision der Klägerin  
hat Erfolg, soweit sie sich dagegen richtet, dass das Berufungsgericht eine Ver-  
letzung des Rechts der Klägerin, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger  
aufzunehmen, verneint hat (dazu I). Sie führt insoweit zur Aufhebung des Beru-  
fungsurteils und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils (dazu III 1).  
Die Revision der Beklagten gegen ihre Verurteilung wegen Verletzung des  
Rechts der Klägerin, ihre Funksendungen weiterzusenden, hat Erfolg (dazu II).  
Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache  
an das Berufungsgericht (dazu III 2).
- 13           I. Die Anschlussrevision wendet sich mit Erfolg gegen die Annahme des  
Berufungsgerichts, das Angebot „Save.TV“ der Beklagten zu 1 verletze nicht  
das Recht der Klägerin, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger aufzu-  
nehmen (dazu 1); dagegen hat die Anschlussrevision keinen Erfolg, soweit sie  
sich gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts richtet, es liege kein Verstoß  
gegen das Recht der Klägerin vor, ihre Funksendungen öffentlich zugänglich zu  
machen (dazu 2).

- 14           1. Das Berufungsgericht hat angenommen, das Angebot „Save.TV“ der Beklagten zu 1 verletze nicht das ausschließliche Recht der Klägerin, ihre Funk-sendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen und damit zu vervielfältigen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG). Im Aufzeichnen von Sendungen der Klägerin mittels des Online-Videorecorders liege zwar ein Ein-griff in ihr Vervielfältigungsrecht. Dieser Eingriff sei aber von der Privatkopier-schranke des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG gedeckt. Hersteller der Aufzeichnung sei nicht die Beklagte zu 1, sondern der privilegierte Nutzer. Er löse durch seine Programmierung der Aufzeichnung einen rein technischen Vorgang aus, der - wie die Beweisaufnahme ergeben habe - vollständig automatisiert ohne mensch-lichen Eingriff von außen ablaufe.
- 15           Die gegen diese Beurteilung gerichteten Rügen der Anschlussrevision haben Erfolg. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts werden Sendun-gen der Klägerin beim Vorliegen mehrerer Kundenaufträge zunächst auf einem Aufnahmeserver und sodann auf einem Fileserver gespeichert (dazu a). Die Speicherungen auf dem Aufnahmeserver sind entgegen der Ansicht des Beru-fungsgerichts als unbefugte Vervielfältigungen durch die Beklagte zu 1 anzuse-hen (dazu b); dagegen handelt es sich bei den Speicherungen auf dem Fileser-ver, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, um von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG gedeckte Vervielfältigungen durch die Nutzer (dazu c).
- 16           a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wird zwar eine nur von einem einzigen Kunden programmierte Sendung auf einem von der Beklag-ten zu 1 ausschließlich für diesen Kunden bereitgestellten Speicherplatz auf dem Fileserver gespeichert. Liegen jedoch mehrere Kundenaufträge zur Auf-nahme einer Sendung zu gleicher Zeit vor, wird zunächst eine Aufnahme in Form einer „TS-Datei“ auf dem Aufnahmeserver gespeichert und werden so-dann von dieser Datei entsprechend den Kundenaufträgen kundenspezifische

Auslieferungsdateien erstellt und auf dem Fileserver in den jeweiligen Kundenverzeichnissen gespeichert.

17            b) Das Speichern von Sendungen der Klägerin auf dem Aufnahmeserver stellt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts eine unbefugte Vervielfältigung durch die Beklagte zu 1 dar.

18            Hersteller dieser Vervielfältigung ist zwar der Nutzer, der diese körperliche Festlegung technisch bewerkstelligt. Die Vervielfältigung dient jedoch nicht dem privaten Gebrauch dieses Nutzers. Vielmehr handelt es sich dabei um eine zentrale Kopiervorlage („Masterkopie“), die der Herstellung von kundenindividuellen Vervielfältigungen auf kundenindividuellen Speicherplätzen des Fileservers dient. Da der Nutzer, der die Kopiervorlage auf dem Aufnahmeserver hergestellt hat, zudem keine Kontrolle über diese zentrale Kopiervorlage ausübt, ist diese Vervielfältigung der Beklagten zu 1 zuzurechnen, die sich dieses Nutzers gleichsam als eines „Werkzeugs“ zur Herstellung der „Masterkopie“ bedient.

19            Diese Vervielfältigung ist nicht von der Schrankenbestimmung des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG gedeckt, da es sich dabei nicht um eine Vervielfältigung durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch handelt und die Vervielfältigung darüber hinaus Erwerbszwecken dient.

20            Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist diese Vervielfältigung auch nicht nach § 44a UrhG zulässig. Diese Bestimmung erlaubt vorübergehende Vervielfältigungshandlungen unter anderem nur dann, wenn sie keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Dies setzt voraus, dass der sich aus der vorübergehenden Vervielfältigungshandlung ergebende wirtschaftliche Vorteil nicht von dem wirtschaftlichen Vorteil aus der rechtmäßigen Nutzung des betreffenden Werks zu unterscheiden oder zu trennen ist und keinen

zusätzlichen wirtschaftlichen Vorteil erzeugt, der über denjenigen hinausgeht, der sich aus dieser Nutzung des geschützten Werks ergibt (vgl. zu Art. 5 Abs. 1 RL 2001/29/EG EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011 - C-403/08 und C-429/08, GRUR 2012, 156 Rn. 175 = WRP 2012, 434 - Football Association Premier League und Murphy; Beschluss vom 17. Januar 2012 - C-302/10, GRUR-Int. 2012, 336 Rn. 50 - Infopaq II). Ein aus einer vorübergehenden Vervielfältigungshandlung gezogener Vorteil ist verschieden und abtrennbar, wenn der Urheber dieser Handlung aus der wirtschaftlichen Verwertung der vorübergehenden Vervielfältigungen selbst Gewinne erzielen kann (vgl. EuGH, GRUR-Int. 2012, 336 Rn. 52 - Infopaq II). Da die Beklagte zu 1 aus der wirtschaftlichen Verwertung der - unterstellt - vorübergehenden Speicherung der Sendungen auf dem Aufnahmeserver selbst Gewinne erzielt, hat diese Vervielfältigung eigenständige wirtschaftliche Bedeutung.

21 c) Bei den Speicherungen auf dem Fileserver handelt es sich dagegen, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, um von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG gedeckte Vervielfältigungen durch die Nutzer. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Anschlussrevision haben keinen Erfolg.

22 aa) Die Anschlussrevision rügt ohne Erfolg, die Feststellung des Berufungsgerichts, die Kunden der Beklagten speicherten die von ihnen ausgewählten Sendungen in einem vollautomatischen Vorgang selbst in einer kundenspezifischen Videodatei auf dem Fileserver, entbehre einer hinreichenden Grundlage. Der Sachverständige Prof. Dr. S. habe bei dem Ortstermin keine IT-Infrastruktur und insbesondere keine Server-Hardware, Antennen oder Receiver in Augenschein nehmen können; er habe nur laufende Softwareprozesse auf ihre Funktionalität überprüfen können und dabei lediglich eine Ferndiagnose von einem autorisierten Arbeitsplatzrechner durchgeführt.

- 23 Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, diese - bereits von der Klägerin vorgebrachten - Umstände hätten die Beweiserhebung nicht beeinträchtigt. Der Sachverständige habe in seiner Stellungnahme vom 6. September 2010 aufgezeigt, dass es für eine Überwachung von Servern nach dem Stand der Technik genüge und üblich sei, eine Ferndiagnose von einem autorisierten Arbeitsplatzrechner aus durchzuführen. Dementsprechend habe er die Existenz der Server und die darauf durchgeführten Aktionen vor Ort schlüssig nachvollziehen können.
- 24 Die Anschlussrevision macht vergeblich geltend, die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts werde auch durch folgende Umstände erschüttert: das Berufungsgericht habe nicht feststellen können, dass die Beklagte beim Ortstermin im Blick auf die behauptete Vollautomatisierung keine technischen Manipulationen vorgenommen habe; der Sachverständige habe nicht mit Sicherheit sagen können, ob er überhaupt das System „Save.TV“ und nicht ein „Dummy-System“ begutachtet habe und der Aufzeichnungsvorgang durch Administratoren beeinflusst worden sei; er habe ferner nicht ausschließen können, dass das von der Beklagtenseite zur Verfügung gestellte Notebook, das er statt seines eigenen Rechners benutzt habe, von außen manipuliert worden sei.
- 25 Das Berufungsgericht hat sich mit diesen - bereits von der Klägerin vorgebrachten - Einwänden eingehend auseinandergesetzt und sie ohne Rechtsfehler für unbegründet erachtet. Es hat angenommen, es gebe keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass beim Ortstermin die Vollautomatisierung durch ein „Dummy-System“ vorgespiegelt worden sei oder versteckte manuelle Eingriffe erfolgt seien; insbesondere ergebe sich hierfür kein Anhaltspunkt daraus, dass der Sachverständige eine Beeinflussung des Aufzeichnungsvorgangs durch Administratoren nicht mit hundertprozentiger Sicherheit habe ausschließen können. Der Sachverständige habe zwar eine Manipulation des ihm zur Verfü-

gung gestellten Rechners, mit dem er auf den Webseiten der Beklagten eine Sendung programmiert habe, nicht ausschließen können; da sich die Entscheidung zur ergänzenden Verwendung dieses Notebooks aber erst aus der Situation vor Ort ergeben habe, gebe es keine tragfähigen Anhaltspunkte für eine Manipulation. Im Übrigen habe der Sachverständige erklärt, Manipulationen nur dann mit hundertprozentiger Sicherheit ausschließen zu können, wenn der vollständige Dienst der Beklagten auf einer von ihm zur Verfügung gestellten IT-Struktur vorgeführt würde, was einen übermäßigen Aufwand erfordern würde und praktisch kaum zu leisten wäre. Das Berufungsgericht hat eine solche Gewissheit über den Ausschluss einer Manipulation im Blick darauf, dass keine tragfähigen Anhaltspunkte für eine Manipulation bestehen, ohne Rechtsfehler nicht für erforderlich gehalten.

26           bb) Die Anschlussrevision macht weiter vergeblich geltend, das Berufungsgericht habe Verfahrensgrundrechte der Klägerin verletzt, weil es dieser den entscheidenden Teil des Sachverständigengutachtens von Prof. Dr. S. nicht zugänglich gemacht habe, in dem es um die technischen Einzelheiten der Programmierung und der Funktionsweise des Aufzeichnungsverfahrens gehe.

27           Das Berufungsgericht hat angenommen, die Darstellung von „Save.TV“ im nicht-öffentlichen Teil des gerichtlichen Sachverständigengutachtens und die Erläuterung der technischen Einzelheiten des Ablaufs und der Funktionsweise berührten Geschäftsgeheimnisse der Beklagten zu 1. Diese seien - entsprechend den Grundsätzen der Entscheidung „Lichtbogenschnürung“ (vgl. BGH, Beschluss vom 16. November 2009 - X ZB 37/08, BGHZ 183, 153) - in der Weise zu schützen, dass die Einsicht in das Gutachten auf rechtsanwaltliche Vertreter der Klägerin beschränkt und diese insoweit umfassend zur Verschwiegenheit verpflichtet würden. Die Interessen der Klägerin seien zusätzlich dadurch gewahrt, dass ihr der Sachverständige Prof. Dipl.-Ing. H.           beigeord-

net worden sei. Er habe das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen auch im nicht-öffentlichen Teil für die Klägerin überprüfen und eventuelle Zweifel und Einwendungen an der Richtigkeit der Ausführungen aufzeigen können. Dementsprechend habe er das Gutachten vom 18. Februar 2011 erstellt und an der Erörterung im Termin vom 3. Mai 2011 teilgenommen.

28 Die Anschlussrevision rügt ohne Erfolg, die Grundsätze der Entscheidung „Lichtbogenschnürung“ seien nicht anwendbar, weil die Beklagten nicht im Einzelnen dargelegt hätten, welche Geschäftsgeheimnisse das Gutachten offenbare und welche Nachteile den Beklagten aus einer Offenbarung drohten. Entgegen der Darstellung der Anschlussrevision haben die Beklagten vorgetragen, dass das Gutachten, soweit es die technische Ausgestaltung des Aufzeichnungssystems „Save.TV“ betreffe, wertvolle Geschäftsgeheimnisse der Beklagten zu 1 enthalte, von denen die Mitbewerber der Beklagten zu 1 nichts erfahren dürften. Damit haben die Beklagten hinreichend dargelegt, dass die Begutachtung des Aufzeichnungsverfahrens schützenswerte Geschäftsgeheimnisse berührt.

29 2. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, das Angebot der Beklagten zu 1 verstoße nicht gegen das Recht der Klägerin, ihre Funksendungen öffentlich zugänglich zu machen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2, § 15 Abs. 2 Nr. 2, § 19a UrhG). Die Beklagte zu 1 leite Sendungen der Klägerin unmittelbar an die Online-Videorecorder einzelner Kunden weiter und halte die Sendungen deshalb nicht in ihrer Zugriffssphäre zum Abruf für eine Öffentlichkeit bereit. Dies gelte auch für den Fall der Speicherung einer „Masterkopie“ auf dem Aufnahmeserver und einer „Nutzerkopie“ auf dem Fileserver; auch sie würden von der Beklagten zu 1 nicht vorgehalten.

30 Die Anschlussrevision rügt ohne Erfolg, die Sendungen der Klägerin würden nicht als kundenindividuelle Vervielfältigungen gespeichert. Sie würden vielmehr zunächst als Masterkopie auf dem Aufnahmeserver und sodann - zum Zweck der Zugänglichmachung - auf dem Fileserver abgespeichert. Die auf dem Fileserver gespeicherte Kopie werde für sämtliche Nutzer bereitgehalten und könne über die mitgespeicherten Nutzerinformationen von jedem einzelnen Nutzer von dem Fileserver heruntergeladen werden. Damit machten die Beklagten die Sendungen der Klägerin im Sinne des § 19a UrhG öffentlich zugänglich, weil sie das gespeicherte Sendesignal für den Zugriff durch eine unbestimmte Vielzahl von Nutzern vorhielten.

31 Damit versucht die Anschlussrevision, die tatrichterliche Beurteilung durch ihre eigene zu ersetzen, ohne einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts darzulegen. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Sendungen der Klägerin zu dem Zeitpunkt, zu dem sie auf dem Fileserver zum Ansehen oder Herunterladen bereitstehen, bereits ins jeweilige Kundenverzeichnis kopiert und damit nur dem jeweiligen Kunden und nicht der Öffentlichkeit zum Abruf zugänglich.

32 II. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Entgegen der Ansicht der Revision hat allerdings nicht bereits das Landgericht rechtskräftig entschieden, dass das Angebot „Save.TV“ der Beklagten das Weitersenderecht der Klägerin nicht verletzt (dazu 1). Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 1 habe das ausschließliche Recht der Klägerin als Sendeunternehmen, ihre Funksendungen weiterzusenden (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1, § 15 Abs. 2 Nr. 3, § 20 UrhG), widerrechtlich verletzt, hält jedoch den Angriffen der Revision nicht stand (dazu 2).

33           1. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, das Landgericht habe die  
Klage bezüglich des Weitersenderechts bereits rechtskräftig abgewiesen; der  
Tatbestand des Weitersendens sei daher - anders als die Tatbestände der Ver-  
vielfältigung und des öffentlichen Zugänglichmachens - weder Streitgegenstand  
des Berufungsverfahrens noch des Revisionsverfahrens geworden.

34           a) Die Klägerin hat ihr Klagebegehren allerdings im Wege der kumulati-  
ven Klagehäufung auf mehrere Streitgegenstände gestützt.

35           Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der  
Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) durch den Klageantrag, in dem  
sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und  
den Lebenssachverhalt (Klagegrund) bestimmt, aus dem der Kläger die begeh-  
rte Rechtsfolge herleitet. Geht der Kläger aus einem Schutzrecht vor, wird der  
Gegenstand der Klage durch den Antrag und das im Einzelnen bezeichnete  
Schutzrecht festgelegt (BGH, Urteil vom 17. August 2011 - I ZR 108/09, GRUR  
2011, 1043 Rn. 26 = WRP 2011, 1454 - TÜV II; zum Urheberrecht BGH, Urteil  
vom 24. Mai 2007 - I ZR 42/04, GRUR 2007, 691 Rn. 17 = WRP 2007, 996 -  
Staatsgeschenk; Urteil vom 13. Dezember 2012 - I ZR 182/11 Rn. 8 - Metall auf  
Metall II). Dabei kann der Kläger sein Rechtsschutzbegehren aufgrund der im  
Zivilprozess geltenden Dispositionsmaxime dahin fassen, dass aus einem bei  
natürlicher Betrachtungsweise einheitlichen Lebenssachverhalt nur bestimmte  
Teile zur Beurteilung herangezogen werden sollen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli  
2009 - I ZR 64/07, GRUR 2010, 158 Rn. 22 = WRP 2010, 238 - FIFA-WM-  
Gewinnspiel).

36           Danach sind im Streitfall drei Streitgegenstände zu unterscheiden. Der  
Unterlassungsantrag der Klägerin ist - wie der Senat in seinem ersten Revisi-  
onsurteil ausgeführt hat (BGH, ZUM 2009, 765 Rn. 8 bis 10) - dahin auszule-

gen, dass die Klägerin das von ihr erstrebte Verbot des konkreten Angebots von „Save.TV“ darauf stützt, dass jeweils ein bestimmter Bestandteil dieses Angebots ihr Leistungsschutzrecht an den Funksendungen jeweils in bestimmter Hinsicht verletzt, nämlich das Weiterleiten der Sendungen von den Satelliten-Antennen zu den Online-Videorecordern das Weitersenderecht (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1, § 15 Abs. 2 Nr. 3, § 20 UrhG), das Bereitstellen der Sendungen zum Abruf das Recht zum öffentlichen Zugänglichmachen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2, § 15 Abs. 2 Nr. 2, § 19a UrhG) und das Speichern der Sendungen auf den Online-Videorecordern das Vervielfältigungsrecht (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG). Aus dem Klagevorbringen geht ferner hervor, dass die Klägerin diese unterschiedlichen Streitgegenstände im Wege der kumulativen Klagehäufung verfolgt.

37            b) Das Landgericht hat die Klage bezüglich des Weitersenderechts jedoch nicht abgewiesen. Es hat die Beklagten zwar nur zur Unterlassung der Vervielfältigung des Fernsehprogramms der Klägerin verurteilt. Entgegen der Darstellung der Revision hat es den auf eine Verletzung des Leistungsschutzrechts der Klägerin als Sendeunternehmen gestützten Unterlassungsantrag jedoch nicht im Übrigen abgewiesen. Es hat die Klage mit dem Unterlassungsantrag vielmehr nur insoweit im Übrigen abgewiesen, als dieser Antrag auf einen - hier nicht mehr in Rede stehenden - Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und 3 Nr. 1 JMStV gestützt war.

38            Das Landgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, dass es sich - soweit der Unterlassungsantrag auf eine Verletzung des Leistungsschutzrechts der Klägerin als Sendeunternehmen aus § 87 Abs. 1 UrhG gestützt ist - nur um einen Streitgegenstand handelt; es hat der Klage daher insoweit in vollem Umfang stattgegeben. Unter diesen Umständen musste die Klägerin - anders als die Revision meint - keine Anschlussberufung einlegen, um die Verletzung des

Weitersenderechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 UrhG zum Gegenstand des Berufungsverfahrens zu machen. Die Beklagte hat gegen ihre Verurteilung wegen der Verletzung des Leistungsschutzrechts aus § 87 Abs. 1 UrhG Berufung eingelegt. Damit war auch die Frage, ob das Angebot „Save.TV“ der Beklagten das Weitersenderecht der Klägerin aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 UrhG verletzt, Gegenstand des Berufungsverfahrens.

39                    2. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 1 habe das ausschließliche Recht der Klägerin als Sendeunternehmen, ihre Funksendungen weiterzusenden, widerrechtlich verletzt, hält den Angriffen der Revision nicht stand.

40                    a) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin auch dann berechtigt ist, die erhobenen Ansprüche auf Unterlassung und Auskunftserteilung wegen einer Verletzung ihres Weitersenderechts geltend zu machen, wenn sie die zur Weitersendung ihrer Funksendungen an einen Internet-Videorecorder erforderlichen Nutzungsrechte mit dem „Wahrnehmungsvertrag Fernsehen“ der VG Media zur Wahrnehmung übertragen haben sollte. Es kommt daher nicht darauf an, ob es sich bei einer solchen Weitersendung um eine von diesem Wahrnehmungsvertrag erfasste oder um eine neue Nutzungsart handelt. Die Klägerin ist in jedem Fall - entgegen der Ansicht der Revision - nicht nur für die Zeit nach Beendigung dieses Wahrnehmungsvertrages, sondern auch für die Zeit des Bestehens dieses Vertrages aktivlegitimiert.

41                    Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin sei zur Zeit des Bestehens des zwischen der Klägerin und ihrer Streithelferin geschlossenen Wahrnehmungsvertrages aktivlegitimiert gewesen. Der Wahrnehmungsvertrag habe nicht zu einer vollständigen (translativen) Übertragung der Weitersende-

rechte auf die Streithelferin und somit zu einem völligen Verlust dieser Rechte für die Klägerin geführt. Die Klägerin habe der Verwertungsgesellschaft durch den Wahrnehmungsvertrag die ausschließlichen Nutzungsrechte vielmehr lediglich (konstitutiv) zur Wahrnehmung eingeräumt. Dafür spreche auch der Übertragungszweckgedanke. Die Klägerin könne eine Verletzung des Weiterendrechts geltend machen, weil sie an der Rechtsverfolgung ein eigenes schutzwürdiges Interesse habe. Dieses ergebe sich daraus, dass die Klägerin an den Einnahmen zu beteiligen sei, die die Streithelferin aus der Wahrnehmung der Weiterendrechte erziele. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Einwände der Revision greifen nicht durch.

42           aa) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, der Wortlaut von § 1 Ziff. 1 des Wahrnehmungsvertrages, wonach der VG Media das Weiterendrecht als Treuhänderin zur ausschließlichen Wahrnehmung übertragen werde, und die damit inhaltlich übereinstimmende Bestimmung von § 2 Nr. 1 der Satzung der VG Media, wonach Gegenstand der Gesellschaft die treuhänderische Wahrnehmung der ihr von den Berechtigten übertragenen Rechte sei, könnten aus Sicht eines objektiven Dritten nur dahin verstanden werden, dass das Weiterendrecht im Sinne einer translativen Rechtsübertragung vollständig auf die VG Media übergegangen sei, so dass die Klägerin für die Dauer des Vertrages nicht aktivlegitimiert gewesen sei. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der im „Wahrnehmungsvertrag Fernsehen“ verwandte Begriff „Rechtsübertragung“ - auch aus Sicht eines objektiven Dritten - nicht die (translative) Übertragung, sondern die (konstitutive) Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechten bezeichnet.

43           Vorbild aller Wahrnehmungsverträge ist der Wahrnehmungsvertrag der GEMA als der ältesten Verwertungsgesellschaft. Er stammt aus der Zeit vor Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes. Zu jener Zeit konnte das Urheberrecht

noch übertragen werden (vgl. § 8 Abs. 3 LUG und § 10 Abs. 3 KUG). Aus diesem Grund ist im Wahrnehmungsvertrag der GEMA von einer Übertragung der Urheberrechte die Rede. Der Wortlaut dieses Wahrnehmungsvertrages ist unverändert geblieben, obwohl das Urheberrecht - von hier nicht in Rede stehenden Ausnahmen abgesehen - nicht mehr übertragen werden kann, sondern an ihm nur noch Nutzungsrechte eingeräumt werden können (vgl. §§ 29, 31 UrhG). Die Wahrnehmungsverträge jüngerer Verwertungsgesellschaften haben sich den Sprachgebrauch des Wahrnehmungsvertrags der GEMA zu eigen gemacht. Aus der objektiven Sicht eines informierten Dritten ist danach klar, dass mit der „Übertragung der Urheberrechte“ im Sinne der Wahrnehmungsverträge die „Einräumung von Nutzungsrechten am Urheberrecht“ im Sinne des Urheberrechtsgesetzes gemeint ist.

44            Entsprechendes gilt für Leistungsschutzrechte und Nutzungsrechte, die allerdings - anders als das Urheberrecht - nach wie vor übertragen werden können (vgl. für das hier in Rede stehende Leistungsschutzrecht des Sendeunternehmens § 87 Abs. 3 Satz 1 UrhG, für Nutzungsrechte § 34 UrhG). Es kann aus der objektiven Sicht eines Dritten nicht angenommen werden, dass der Wortlaut der Wahrnehmungsverträge in unterschiedlichem Sinne zu verstehen ist, je nachdem, ob der Vertragspartner der Verwertungsgesellschaft ein Urheber, ein Leistungsschutzberechtigter oder ein Nutzungsberechtigter ist. Dass auch der hier in Rede stehende „Wahrnehmungsvertrag Fernsehen“ mit der „Rechtsübertragung“ die „Rechtseinräumung“ meint, ergibt sich zudem, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, aus § 2 des Wahrnehmungsvertrages, wonach die Streithelferin die ihr von der Berechtigten zur Wahrnehmung „eingeräumten“ Rechte im eigenen Namen ausübt.

45            bb) Die Revision macht weiter vergeblich geltend, der vom Berufungsgericht angeführte Übertragungszweckgedanke sei nicht anwendbar, weil es im

Streitfall - anders als in den vom Berufungsgericht herangezogenen Senatsentscheidungen „Mambo No. 5“ (BGH, Urteil vom 4. Dezember 2008 - I ZR 49/06, GRUR 2009, 939 = WRP 2009, 1008) und „Nutzung von Musik für Werbezwecke“ (BGH, Urteil vom 10. Juni 2009 - I ZR 226/06, GRUR 2010, 62 = WRP 2010, 120) - nicht um das Urheberrecht und das enge geistige Band zwischen Werk und Urheber, sondern um ein Leistungsschutzrecht, nämlich das Leistungsschutzrecht des Sendeunternehmens und die organisatorisch-wirtschaftliche Leistung der Veranstaltung oder Durchführung von Funksendungen gehe.

46           Entgegen der Ansicht der Revision gilt der Übertragungszweckgedanke auch für die Einräumung von Leistungsschutzrechten. Für Rechtseinräumungen durch Sendeunternehmen ergibt sich dies bereits aus § 87 Abs. 2 Satz 3 UrhG, wonach - unter anderem - die Bestimmung des § 31 Abs. 5 UrhG entsprechend gilt, die den Übertragungszweckgedanken zum Ausdruck bringt. Der Grundsatz, dass im Zweifel nicht mehr Rechte eingeräumt werden, als der Vertragszweck erfordert, dient nicht nur dem Schutz des geistigen Bandes zwischen Werk und Urheber, sondern soll vor allem sicherstellen, dass der Rechtsinhaber am Ertrag aus der Verwertung seines Rechts möglichst weitgehend beteiligt wird. Dieser Gedanke hat auch und gerade dort seine Berechtigung, wo das einem Dritten eingeräumte Recht - wie hier das Leistungsschutzrecht des Sendeunternehmens - eine organisatorisch-wirtschaftliche Leistung schützt.

47           Das Berufungsgericht ist im Übrigen zutreffend davon ausgegangen, dass der Übertragungszweckgedanke auch für die Auslegung von Wahrnehmungsverträgen mit Verwertungsgesellschaften gilt (BGH, GRUR 2010, 62 Rn. 16 - Nutzung von Musik für Werbezwecke). Der Zweck eines solchen Wahrnehmungsvertrages besteht darin, der Verwertungsgesellschaft die Rechte zur kollektiven Wahrnehmung einzuräumen, deren individuelle Wahrneh-

mung dem einzelnen Berechtigten nicht möglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1999 - I ZR 117/97, BGHZ 142, 388, 396 - Musical-Gala). Zur Erreichung dieses Zwecks ist es nicht erforderlich, ausschließliche Nutzungsrechte zu übertragen; ausreichend ist vielmehr die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte.

48 cc) Die Revision macht ferner ohne Erfolg geltend, die Rechtsprechung, wonach eine Aktivlegitimation des Urhebers bei der Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte fortbestehe, sei wegen des grundsätzlich verschiedenen Schutzansatzes nicht auf den Inhaber des Leistungsschutzrechts übertragbar. Das Urheberrecht schütze die persönliche geistige Schöpfung, das Leistungsschutzrecht hingegen den technischen und wirtschaftlichen Aufwand des Sendunternehmens.

49 Für Urheber gilt der Grundsatz, dass ein Rechtsinhaber, der einem Dritten - wie hier einer Verwertungsgesellschaft - ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt hat, neben dem Dritten berechtigt bleibt, selbst Ansprüche wegen Rechtsverletzungen geltend zu machen, soweit er ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der rechtlichen Verfolgung dieser Ansprüche hat. Entgegen der Ansicht der Revision beansprucht dieser Grundsatz gleichermaßen Geltung für Leistungsschutzberechtigte. Ein Rechtsinhaber hat ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Geltendmachung von Ansprüchen aus Rechtsverletzungen, wenn ihm aus der Einräumung der Nutzungsrechte fortdauernde materielle Vorteile erwachsen, die durch die Rechtsverletzungen beeinträchtigt werden. Die Rechtsposition des Leistungsschutzberechtigten unterscheidet sich zwar von derjenigen des Urhebers dadurch, dass ihm kein Urheberpersönlichkeitsrecht zusteht; darauf kommt es aber bei der Beurteilung der schutzwürdigen materiellen Interessen des Rechtsinhabers zur Begründung eines fortdauernden Klagerechts nicht an. Eine unterschiedliche Beurteilung des Klagerechts des Urhebers

einerseits und des Leistungsschutzberechtigten andererseits kann allenfalls dann angebracht sein, wenn allein eine Beeinträchtigung von ideellen Interessen des Urhebers in Rede steht (vgl. zum Unterlizenzgeber BGH, Urteil vom 17. Juni 1992 - I ZR 182/90, BGHZ 118, 394, 399 f. - ALF). Das ist hier aber nicht der Fall.

50            dd) Die Revision macht des Weiteren vergeblich geltend, die Klägerin könne kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse nachweisen, da sie an den Umsätzen der Streithelferin durch die Verwertung der Weitersenderechte nur mittelbar über einen komplexen Verteilungsschlüssel beteiligt sei.

51            Ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Geltendmachung der Ansprüche aus Rechtsverletzung ist anzunehmen, wenn der Rechtsinhaber sich eine fortdauernde Teilhabe am wirtschaftlichem Ertrag aus der Verwertung seines Rechts vorbehalten hat (BGHZ 118, 394, 399 f. - ALF). Das ist hier der Fall. Die Streithelferin hat die Klägerin an den Einnahmen aus der Wahrnehmung der Weitersenderechte nach § 7 Satz 1 UrhWG zu beteiligen. Es spielt keine Rolle, dass das Maß der Beteiligung der Klägerin - wie die Revision geltend macht - nach einem komplexen Verteilungsschlüssel ermittelt wird. Entscheidend ist, dass die Klägerin ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass ihre der Streithelferin zur Ausübung überlassenen Verwertungsrechte nicht verletzt und ihre Einnahmen nicht durch Verletzungen dieser Rechte verringert werden.

52            ee) Die Revision macht daher auch vergeblich geltend, der Annahme einer Aktivlegitimation der Klägerin stehe entgegen, dass die Klägerin sonst neben der Streithelferin in derselben Sache Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz gegen die Beklagten durchsetzen könnte. Entgegen der Ansicht der Revision ist eine doppelte Inanspruchnahme der Beklagten

nicht zu befürchten. Ansprüche der Klägerin und der Streithelferin bestehen jeweils nur, soweit eigene schutzwürdige Interessen beeinträchtigt sind.

53 ff) Die Revision rügt schließlich ohne Erfolg, die Klägerin habe kein eigenes schutzwürdiges Interesse daran, die in Rede stehenden Ansprüche selbst geltend zu machen, weil sie als eine der beiden Gesellschafter der Streithelferin maßgeblichen Einfluss auf deren Geschäftspolitik haben nehmen können und es sich daher anrechnen lassen müsse, wenn die Streithelferin entgegen den im Wahrnehmungsvertrag übernommenen Pflichten untätig geblieben sei. Auch in diesem Zusammenhang berücksichtigt die Revision nicht, dass die Klägerin und die Streithelferin jeweils eigene Interessen haben und geltend zu machen berechtigt sind.

54 b) Das Berufungsgericht hat weiter mit Recht angenommen, dass die Beklagte zu 1 das Recht der Klägerin verletzt hat, ihre Funksendungen weiterzusenden (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1, § 15 Abs. 2 Nr. 3, § 20 UrhG).

55 aa) Eine Weitersendung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 UrhG setzt voraus, dass der Inhalt einer Sendung durch funktechnische Mittel einer Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird (BGH, ZUM 2009, 765 Rn. 30; GRUR 2009, 845 Rn. 32 - Internet-Videorecorder I; BGH, Urteil vom 12. November 2009 - I ZR 160/07, GRUR 2010, 530 Rn. 17 = WRP 2010, 784 - Regio-Vertrag, mwN). Dabei muss die Weitersendung zeitgleich mit dem Empfang erfolgen (BGH, ZUM 2009, 765 Rn. 28; GRUR 2009, 845 Rn. 29 f. - Internet-Videorecorder I) und in ihrer Bedeutung als Werknutzung anderen durch öffentliche Wiedergabe erfolgten Werknutzungen entsprechen (vgl. BGH, ZUM 2009, 765 Rn. 29 f.; GRUR 2009, 845 Rn. 31 f. - Internet-Videorecorder I).

56           bb) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind diese Voraussetzungen erfüllt. Die Beklagte zu 1 empfängt die Sendesignale der Funksendungen mit Satelliten-Antennen und leitet sie zeitgleich an Online-Videorecorder weiter, die dem Bereich des Kunden als Hersteller der vollautomatischen Aufzeichnung zuzuordnen sind. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Beklagte zu 1 die Sendungen der Klägerin beim Vorliegen mehrerer Kundenaufträge zunächst auf dem Aufnahmeserver zwischenspeichert und sodann an die Online-Videorecorder der Kunden auf dem Fileserver weiterleitet (vgl. oben Rn. 16). Eine zeitgleiche Weitersendung ist auch anzunehmen, wenn eine automatisch vorgenommene technische Aufbereitung der empfangenen Signale zum Zweck der sich unmittelbar anschließenden Weitersendung zu einer vorherigen Aufzeichnung und einer gewissen Zeitverschiebung führt (v. Ungern-Sternberg in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., § 87 Rn. 31). Da die Beklagte zu 1 ihren Kunden mit den „Online-Videorecordern“ darüber hinaus auch die Empfangsvorrichtungen zur Verfügung stellt, ist ihre Tätigkeit in ihrer Bedeutung als Werknutzung den anderen vom Gesetz dem Urheber vorbehaltenen Werknutzungen durch öffentliche Wiedergabe vergleichbar (vgl. BGH, ZUM 2009, 765 Rn. 31; GRUR 2009, 845 Rn. 33 - Internet-Videorecorder I).

57           Die Beklagte zu 1 hat Funksendungen der Klägerin auch einer Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass bereits wenige Personen eine Mehrzahl im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG bilden können. Das übermittelte Sendesignal der Klägerin konnte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gleichzeitig von mindestens zehn Nutzern des Angebots „Save.TV“, die nicht durch persönliche Beziehungen miteinander verbunden sind, unabhängig voneinander aufgezeichnet werden. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass damit eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit Vervielfältigungen einer Sendung aus dem Programm der Klägerin erhielten. Zu welchem Zeitpunkt die

Empfänger die bestellte Sendung wahrnehmen können, ist ohne Belang (BGH, ZUM 2009, 765 Rn. 33; GRUR 2009, 845 Rn. 35 - Internet-Videorecorder I, mwN).

58 cc) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, es sei im Blick auf den Vorlagebeschluss des Senats in der Sache „Breitbandkabel“ (Beschluss vom 16. August 2012 - I ZR 44/10, GRUR 2012, 1136 = WRP 2012, 1402) fraglich, ob im Streitfall eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG vorliege und das Senderecht als besonderer Fall des Rechts zur öffentlichen Wiedergabe (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 UrhG) betroffen sei. Im Streitfall ist - anders als in der Sache „Breitbandkabel“ - weder vom Berufungsgericht festgestellt noch von den Beklagten vorgetragen worden, dass die Beklagte zu 1 die Funksendungen der Klägerin ausschließlich an Empfänger über Kabel weiterüberträgt, die sich im Sendegebiet der Klägerin aufhalten und die Sendungen dort auch drahtlos empfangen können. Die Kunden der Beklagten können die auf ihren Internet-Videorecordern gespeicherten Sendungen der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vielmehr jederzeit über das Internet - und damit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl - ansehen oder herunterladen. Die in der Sache „Breitbandkabel“ aufgeworfene Frage stellt sich daher im Streitfall nicht.

59 c) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs stelle keine unzulässige Rechtsausübung dar (§ 242 BGB). Die von den Beklagten erhobene Einrede, die Klägerin verlange mit dem Unterlassen der Weitersendung eine Leistung, die sie alsbald wieder zurückzugewähren habe („dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“), greife nicht durch. Zwar könne ein aus einem Patent auf Unterlassung in Anspruch genommener Beklagter einwenden, der Patentinhaber missbrauche eine marktbeherrschende Stellung, wenn er sich weigere, mit ihm einen Patenlizenzver-

trag zu nicht diskriminierenden und nicht behindernden Bedingungen abzuschließen (BGH, Urteil vom 6. Mai 2009 - KZR 39/06, BGHZ 180, 312 Rn. 29 - Orange-Book-Standard). Im Streitfall habe jedoch nicht das Gericht zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des im Fall einer Kabelweitersendung nach § 87 Abs. 5 UrhG bestehenden Kontrahierungszwangs erfüllt sind. Dies habe nach § 14 Abs. 1 Nr. 2, § 16 Abs. 1 UrhWG vielmehr zunächst die Schiedsstelle zu beurteilen. Vor Anrufung der Schiedsstelle, könne den Beklagten keine Befugnis zur Kabelweitersendung aus § 87 Abs. 5 UrhG zuerkannt werden. Gegen diese Beurteilung richtet sich die Revision mit Erfolg.

60           aa) Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Voraussetzungen für eine Geltendmachung des Zwangslizenzeinwands vorliegen (vgl. BGHZ 180, 312 Rn. 29 - Orange-Book-Standard) und die Beklagte zu 1 als Kabelunternehmen gegen die Klägerin als Sendeunternehmen einen Anspruch aus § 87 Abs. 5 UrhG auf Abschluss eines Vertrages über die Kabelweitersendung zu angemessenen Bedingungen hat. Davon ist daher für die Prüfung in der Revisionsinstanz auszugehen.

61           bb) Das Berufungsgericht ist allerdings mit Recht davon ausgegangen, dass die Frage der (gegenseitigen) Verpflichtung eines Kabelunternehmens und eines Sendeunternehmens aus § 87 Abs. 5 UrhG zum Abschluss eines Vertrages über die Kabelweitersendung in entsprechender Anwendung von § 14 Abs. 1 Nr. 2, § 16 Abs. 1 UrhWG auch dann zunächst von der Schiedsstelle zu beantworten ist, wenn sie nicht im Wege der Klage, sondern im Rahmen einer Klage im Wege des Zwangslizenzeinwands aufgeworfen wird. Zweck der vorrangigen Durchführung eines Schiedsstellenverfahrens ist es, die besondere Sachkunde der Schiedsstelle nutzbar zu machen und die Gerichte zu entlasten. Die Einholung der besonderen Sachkunde der Schiedsstelle wird durch die

Prozessvoraussetzung der vorherigen Durchführung eines Schiedsstellenverfahrens gewährleistet. Dass der Anspruch hier nicht vom Kläger „im Wege der Klage“, sondern von den Beklagten im Wege der Einrede geltend gemacht wird, ist unerheblich; entscheidend ist nach Überschrift und Zweck des § 16 Abs. 1 UrhWG, dass der Anspruch gerichtlich geltend gemacht wird.

62 cc) Die Notwendigkeit der Durchführung eines Schiedsstellenverfahrens rechtfertigt jedoch - anders als das Berufungsgericht angenommen hat - nicht den Ausschluss des Zwangslizenzeinwands. Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, dass das Gericht den Rechtsstreit beim Vorliegen der Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands in entsprechender Anwendung des § 16 Abs. 2 Satz 2 UrhWG auszusetzen hat, um dem Beklagten die Anrufung der Schiedsstelle zu ermöglichen. Nach dieser Bestimmung setzt das Gericht den Rechtsstreit aus, um den Parteien die Anrufung der Schiedsstelle zu ermöglichen, wenn sich erst im Laufe des Rechtsstreits herausstellt, dass die Anwendbarkeit oder die Angemessenheit des Tarifs im Streit ist. Für den Fall eines erst im Laufe des Rechtsstreits entstehenden Streits über die Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages über die Kabelweitersendung ist die Regelung entsprechend anzuwenden. Der potentielle (Zwangs-)Lizenznehmer - im Streitfall die Beklagte zu 1 - kann die Schiedsstelle zwar auch während eines bereits laufenden Verfahrens anrufen, um sich nach Durchführung des Verfahrens auf den Einwand berufen zu können. Die Revision macht jedoch zutreffend geltend, dass er dann keinerlei Gewähr für einen rechtzeitigen Abschluss des Schiedsstellenverfahrens hat und daher Gefahr läuft, zur Unterlassung verurteilt zu werden, obwohl ihm ein Anspruch auf Einräumung einer Zwangslizenz zusteht. Er muss deshalb den Zwangslizenzeinwand erheben können.

63 III. Danach ist auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin das Berufungsurteil unter Zurückweisung der weitergehenden Anschlussrevision der Klägerin aufzuheben, soweit das Berufungsgericht eine Verletzung des Rechts der Klägerin, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen, verneint und eine Verletzung des Rechts der Klägerin, ihre Funksendungen weiterzusenden, bejaht hat.

64 1. Soweit das Berufungsgericht eine Verletzung des Rechts der Klägerin, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen, verneint hat, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Danach ist die Berufung der Beklagten gegen die Verurteilung zur Unterlassung und zur Auskunft wegen der Verletzung des Rechts der Klägerin, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen, zurückzuweisen. Die Beklagte zu 1 hat das Recht der Klägerin, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen, dadurch verletzt, dass sie Sendungen der Klägerin beim Vorliegen mehrerer Kundenaufträge durch einen Nutzer auf dem Aufnahmeserver aufzeichnen ließ (vgl. oben Rn. 17 ff.). Danach sind der Unterlassungsantrag und - zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs - der Auskunftsantrag (vgl. BGH, ZUM 2009, 765 Rn. 43 f.) gegen die Beklagte zu 1 und den Beklagten zu 2 (vgl. BGH, ZUM 2009, 765 Rn. 44) begründet.

65 2. Soweit das Berufungsgericht eine Verletzung des Rechts der Klägerin, ihre Funksendungen weiterzusenden, bejaht hat, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

66 a) Das Berufungsgericht wird zunächst zu klären haben, ob die Beklagten berechtigt sind, den Zwangslizenzeinwand zu erheben, bevor es - gegebenen-

falls - das Verfahren aussetzt, um den Parteien die Anrufung der Schiedsstelle zu ermöglichen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und Nr. 2 UrhWG) und der Schiedsstelle Gelegenheit zu geben zu prüfen, ob die Beklagte zu 1 einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages über die Einräumung des zur Weitersendung der Funksendungen der Klägerin an einen Internet-Videorecorder erforderlichen Nutzungsrechts hat (§ 11 Abs. 1 UrhWG, § 87 Abs. 5 UrhG). Die Beklagten sind im Streitfall - in entsprechender Anwendung der vom Kartellsenat des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung „Orange-Book-Standard“ aufgestellten Grundsätze (vgl. BGHZ 180, 312 Rn. 29) - nur unter zwei Voraussetzungen berechtigt, den Zwangslizenzeinwand zu erheben:

- 67           aa) Zum einen muss die Beklagte zu 1 dem Inhaber des zur Weitersendung der Funksendungen der Klägerin an einen Internet-Videorecorder erforderlichen Nutzungsrechts ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Vertrages über die Einräumung dieses Nutzungsrechts gemacht haben und muss der Rechtsinhaber zum Abschluss eines solchen Vertrages verpflichtet sein (vgl. BGHZ 180, 312 Rn. 30 bis 32 - Orange-Book-Standard).
- 68           Ob in der Zeit des Bestehens des zwischen der Klägerin und der VG Media geschlossenen „Wahrnehmungsvertrags Fernsehen“ die Klägerin oder die VG Media Inhaberin dieses Nutzungsrechts war, hängt davon ab, ob es sich bei einer solchen Weitersendung um eine von diesem Wahrnehmungsvertrag erfasste Nutzungsart (dann war die VG Media Rechtsinhaber) oder um eine davon nicht erfasste neue Nutzungsart (dann war die Klägerin Rechtsinhaber) handelt.
- 69           Falls die VG Media Rechtsinhaber war, war sie als Verwertungsgesellschaft nach § 11 Abs. 1 UrhWG verpflichtet, der Beklagten zu 1 auf Verlangen das Nutzungsrecht zu angemessenen Bedingungen einzuräumen. Falls die

Klägerin Rechtsinhaber war, war sie als Sendeunternehmen nach § 87 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 1 UrhG verpflichtet, mit der Beklagten zu 1 als Kabelunternehmen einen Vertrag über die Einräumung des Nutzungsrechts zu angemessenen Bedingungen abzuschließen, sofern es sich bei dieser Nutzung um eine Kabelweitersendung im Sinne des § 20b Abs. 1 Satz 1 UrhG handelte und kein die Ablehnung des Vertragsschlusses sachlich rechtfertigender Grund bestand. Unter diesen Voraussetzungen ist die Klägerin jedenfalls seit Beendigung des „Wahrnehmungsvertrags Fernsehen“ zur Einräumung des Nutzungsrechts verpflichtet.

70           bb) Zum anderen muss die Beklagte zu 1, da sie den Gegenstand des Schutzrechts bereits benutzt, bevor der Rechtsinhaber ihr Angebot angenommen hat, diejenigen Verpflichtungen einhalten, die der abzuschließende Lizenzvertrag an die Benutzung des lizenzierten Gegenstandes knüpft (vgl. BGHZ 180, 312 Rn. 33 bis 36 - Orange-Book-Standard). Dies bedeutet insbesondere, dass sie die sich aus dem Vertrag ergebenden Lizenzgebühren an den Rechtsinhaber zahlen oder die Zahlung dadurch sicherstellen muss, dass sie die Lizenzgebühren nach § 372 Satz 1 BGB unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt.

71           Das Berufungsgericht wird sich daher mit dem Vorbringen der Beklagten auseinandersetzen müssen, die Beklagte zu 1 habe nach Erlass des ersten Revisionsurteils vom 22. April 2009 sogleich bei der VG Media um die Einräumung des Weitersenderechts nachgesucht und - als eine Rechtseinräumung nicht erfolgt sei - vorsorglich zugunsten der VG Media einen Betrag von 10.000 € hinterlegt.

72           b) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Auskunftsantrag sei als Hilfsanspruch zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs nach § 242

BGB begründet. Die Beklagte zu 1 habe schuldhaft gehandelt, weil sie sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt habe, in dem sie eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit ihres Verhaltens in Betracht ziehen musste. Die Beklagten zu 1 und 2 seien für die Rechtsverletzung als Täter verantwortlich und verpflichtet, die zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs begehrte Auskunft zu erteilen.

73 Die Revision macht geltend, der Auskunftsanspruch sei jedenfalls nicht für die Zeit vor der Zustellung des ersten Revisionsurteils am 19. Juni 2009 begründet. Das Berufungsgericht habe sich bei der Annahme eines Verschuldens der Beklagten auf die Feststellungen des Senats im ersten Revisionsurteil gestützt. Diese Feststellungen hätten sich aber nur auf den seinerzeit von den Vorinstanzen zuerkannten Auskunftsanspruch zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs wegen einer Verletzung des Vervielfältigungsrechts und nicht auf den erst jetzt vom Berufungsgericht bejahten Auskunftsanspruch zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs wegen einer Verletzung des Weitersenderechts bezogen. Vor dem Hintergrund, dass sowohl das Landgericht als auch das Berufungsgericht zunächst ausschließlich den Betrieb des Angebots „Save.TV“ hinsichtlich des Vervielfältigungsrechts untersagt hätten und das Landgericht - vom Berufungsgericht in seinem ersten Berufungsurteil unbeanstandet - sogar ausdrücklich festgestellt habe, dass keine Verletzung des Weitersenderechts vorliege, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagten das in Rede stehende Weitersenderecht vorsätzlich verletzt hätten. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Vervielfältigung eine tatsächlich andere Handlung betreffe als die Weitersendung und es damit nicht lediglich um eine rechtliche Neubewertung derselben Handlung gehe.

74                    Damit können die Beklagten keinen Erfolg haben. Die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Verschulden beziehen sich allgemein darauf, dass das Angebot des Internet-Videorecorders durch die Beklagten das Leistungsschutzrecht der Klägerin als Sendeunternehmen aus § 87 Abs. 1 UrhG verletzt hat und nicht allein darauf, ob dieses Angebot in das Vervielfältigungsrecht, das Recht des öffentlichen Zugänglichmachens oder das Weitersenderecht eingreift.

75                    c) Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls zu prüfen haben, ob der zuerkannte Auskunftsanspruch in der Sache zu weit geht. Die Revision macht geltend, der Inhalt der tenorierten Auskunftsanträge sei dem erstinstanzlichen Urteil des Landgerichts entnommen, das noch - unzutreffend - von einer Verletzung des Vervielfältigungsrechts ausgegangen sei und reiche im Fall der Verletzung des Weitersenderechts deutlich zu weit.

Bornkamm

Büscher

Schaffert

Koch

Löffler

Vorinstanzen:

LG Leipzig, Entscheidung vom 09.05.2007 - 5 O 2123/06 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 12.07.2011 - 14 U 801/07 -