BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 216/06

Verkündet am:
22. April 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachträglicher Leitsatz

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Internet-Videorecorder

UrhG § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 2

a) Hersteller der Vervielfältigung einer Funksendung durch Aufnahme auf Bild- oder Tonträger (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG) ist allein derjenige, der die körperliche Festlegung der Funksendung technisch bewerkstelligt, selbst wenn er sich dabei technischer Hilfsmittel bedient, die Dritte zur Verfügung gestellt haben.

b) Eine Funksendung wird nicht öffentlich zugänglich gemacht (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2, § 15 Abs. 2 Nr. 2, § 19a UrhG), wenn jeweils nur eine einzelne Aufnahme einer Sendung auf Bild- oder Tonträger jeweils nur einer einzelnen Person zugänglich gemacht wird, selbst wenn diese einzelnen Personen in ihrer Gesamtheit eine Öffentlichkeit bilden.

c) Eine Funksendung wird weitergesendet (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1, § 20 UrhG), wenn der Sendende die Sendesignale sogleich an Empfänger weiterleitet, denen er eine Empfangsvorrichtung zur Verfügung gestellt hat und die in ihrer Gesamtheit eine Öffentlichkeit bilden.

BGH, Urteil vom 22. April 2009 - I ZR 216/06 - OLG Dresden
LG Leipzig

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Schaffert, Dr. Bergmann, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 28. November 2006 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Verurteilung der Beklagten nach den Klageanträgen zu I 1, I 2 und II bestätigt hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist ein Sendeunternehmen. Sie strahlt das Fernsehprogramm „RTL“ aus. Die Beklagte zu 1, deren Geschäftsführer die Beklagten zu 2 und 3 bis zum 5. Oktober 2005 waren, bietet seit dem 10. März 2005 auf der Internet-Seite „www.shift.tv“ unter der Bezeichnung „Shift.TV“ einen „internetbasierten Persönlichen Videorecorder“ („PVR“) zur Aufzeichnung von Fernsehsendungen an.

2 Die Beklagte zu 1 empfängt über Satelliten-Antennen die in Deutschland frei empfangbaren Sendesignale mehrerer Sendeanstalten, darunter das Programm der Klägerin. Ein bei der Beklagten zu 1 registrierter Kunde kann aus diesen Programmen über eine elektronische Programmzeitschrift Sendungen auswählen. Die Sendungen werden auf dem „Persönlichen Videorecorder“ des Kunden abgespeichert. Dabei handelt es sich um einen Speicherplatz bestimmter Größe auf dem Festplattenverbund der Beklagten zu 1, der ausschließlich diesem Kunden zugewiesen ist. Der Kunde kann die auf dem „PVR“ aufgezeichneten Sendungen über das Internet von jedem Ort auf der Welt und zu jeder Zeit beliebig oft ansehen.

3 Die Klägerin sieht in dem Angebot der Beklagten zu 1 eine Verletzung des ihr als Sendeunternehmen zustehenden urheberrechtlichen Leistungsschutzrechts aus § 87 Abs. 1 UrhG. Sie ist der Ansicht, dieses Angebot sei zudem wettbewerbswidrig, weil es gegen den Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) verstoße. Sie hat die Beklagten im Wege der Unterlassungs- und Stufenklage in Anspruch genommen und zunächst beantragt,

I. es den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten,

1. 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, d.h. das Fernsehprogramm „RTL“ oder Teile davon über das Internet zu übertragen, und/oder für Dritte zu vervielfältigen, insbesondere wie unter „www.shift.tv“ angeboten;

2. das Angebot „Shift.TV“ mit dem Fernsehprogramm „RTL“ Dritten zur Einbindung in eine Website zu lizenzieren;

3. Kindern und/oder Jugendlichen Sendungen, die geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu beeinträchtigen, zu solchen Zeiten zum Abruf zur Verfügung zu stellen und/oder zu senden, in denen Kinder oder Jugendliche der betroffenen Altersstufen sie üblicherweise wahrnehmen, insbesondere wie derzeit unter „www.shift.tv“ angeboten;

4. für die unter Ziffer 1 bis 3 genannten Aktivitäten zu werben und/oder werben zu lassen;

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

II. die Beklagten zu verurteilen, der Klägerin Auskunft darüber [zu erteilen], in welchem Umfang die unter vorstehender Ziffer I 1 bezeichneten Handlungen begangen wurden, insbesondere über die Anzahl der im Zeitpunkt dieser Handlungen angemeldeten Nutzer und der aus dem von der Klägerin veranstalteten Programm „RTL" aufgezeichneten Fernsehsendungen.

4 Das Landgericht hat der Klage weitgehend stattgegeben (LG Leipzig ZUM 2006, 753 = CR 2006, 784). Es hat lediglich die Verurteilung nach dem Klageantrag zu I 3 in der Weise eingeschränkt, dass das Unterlassungsgebot nur gilt, „soweit nicht ein Altersverifikationssystem den Zugang von Jugendlichen und Kindern zu derartigen Sendungen verhindert". Außerdem hat es das Werbeverbot nach dem Klageantrag zu I 4 auf die in Klageantrag zu I 3 beschriebenen Aktivitäten sowie die Verurteilung zur Auskunftserteilung auf die Zeit ab 10. März 2005 beschränkt.

5 Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Dresden ZUM 2007, 203 = CR 2007, 662). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstreben die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, das Angebot der Beklagten zu 1 stelle einen Eingriff in das ausschließliche Vervielfältigungsrecht der Klägerin dar (§ 87 Abs. 1 Nr. 2, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG). Die Beklagten könnten sich weder auf die Schrankenregelung des § 44a UrhG noch auf die Privilegierung des Privatgebrauchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 oder 2 UrhG berufen. Dagegen liege keine Verletzung des der Klägerin als Sendeunternehmen zustehen-

den Leistungsschutzrechts aus § 87 Abs. 1 UrhG vor, soweit es um das Recht der Weitersendung (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1, § 15 Abs. 2 Nr. 3, § 20 UrhG) sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2, § 15 Abs. 2 Nr. 2, § 19a UrhG) gehe. Die Beklagten hafteten ferner wegen eines Wettbewerbsverstoßes unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, weil das von ihnen eingesetzte Altersverifikationssystem nicht den Anforderungen des § 5 Abs. 3 Nr. 1 JMStV entspreche.

7 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht einen Eingriff in das der Klägerin als Sendeunternehmen zustehende ausschließliche Vervielfältigungsrecht bejaht und den Klageanträgen zu I 1, I 2 und II stattgegeben hat (dazu 1). Sie hat keinen Erfolg, soweit sie beanstandet, dass das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten wegen eines Wettbewerbsverstoßes angenommen und die Beklagte entsprechend dem Klageantrag zu I 3 sowie dem darauf bezogenen Klageantrag zu I 4 verurteilt hat (dazu 2).

8 1. Die gegen die Verurteilung nach den Klageanträgen zu I 1 und I 2 sowie dem – auf den Antrag zu I 1 bezogenen – Klageantrag zu II gerichtete Revision der Beklagten hat Erfolg.

9 a) Die Klägerin erstrebt mit ihrem Unterlassungsantrag zu I 1 ein Verbot des von der Beklagten zu 1 auf der Internet-Seite „www.shift.tv“ bereitgestellten Angebots „Shift.TV“, mit dem das von der Klägerin gesendete Fernsehprogramm „RTL“ auf einen „internetbasierten Persönlichen Videorecorder“ aufgenommen und von Kunden der Beklagten zu 1 abgerufen werden kann. Der Klageantrag zu I 2 ist auf ein Verbot der Lizenzierung dieses Angebots gerichtet. Das Revisionsgericht kann die Klageanträge als Prozesserklärungen selbst

auslegen (BGH, Urt. v. 7.6.2001 – I ZR 115/99, GRUR 2002, 177, 178 = WRP 2001, 1182 – Jubiläumsschnäppchen, m.w.N.).

10 aa) Soweit der Beklagten zu 1 mit dem ersten Teil des Unterlassungsantrags zu I 1 ganz allgemein untersagt werden soll, das Fernsehprogramm der Klägerin „zu vervielfältigen“ und/oder „öffentlich zugänglich zu machen“ und/oder „zu senden“, wiederholt der Antrag den Wortlaut des § 87 Abs. 1 UrhG, wonach das Sendeunternehmen das ausschließliche Recht hat, seine Funksendung „weiterzusenden“ (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 UrhG), „öffentlich zugänglich zu machen“ (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 UrhG) sowie auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 UrhG) und damit „zu vervielfältigen“ (§ 16 UrhG). Aus dem mit dem Wort „insbesondere“ eingeleiteten zweiten Teil des Unterlassungsantrags zu I 1 geht – ebenso wie aus dem Unterlassungsantrag zu I 2 – hervor, dass die Klägerin ein Verbot des Angebots – bzw. ein Verbot der Lizenzierung des Angebots – von „Shift.TV“ in der von der Beklagten zu 1 auf der Internet-Seite „www.shift.tv“ konkret angebotenen Form erstrebt.

11 bb) Dem zur Auslegung der Klageanträge heranzuziehenden Klagevortrag ist zu entnehmen, dass der erste Teil des Unterlassungsantrags zu I 1 lediglich die von der Klägerin als urheberrechtswidrig erachteten Bestandteile des konkreten Angebots „Shift.TV“ beschreibt. Die Klägerin hat hierzu in der Klageschrift ausgeführt, das von der Beklagten zu 1 angebotene „Shift.TV“ verstoße in dreifacher Hinsicht gegen das ihr als Sendeunternehmen zustehende Leistungsschutzrecht aus § 87 Abs. 1 UrhG: Die Speicherung der Sendungen ihres Programms durch die Beklagte zu 1 auf den „PVR“ der Nutzer verletze ihr Recht, ihre Sendungen zu vervielfältigen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG). Indem die Beklagte zu 1 ihren Nutzern die auf diese Weise

vervielfältigten Sendungen zum Abruf zur Verfügung stelle, verstoße sie gegen das Recht der Klägerin, ihre Sendungen öffentlich zugänglich zu machen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2, § 15 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, § 19a UrhG). Sollte – entgegen ihrer Auffassung – von einer Herstellung der auf den „PVR" gespeicherten Kopien nicht durch die Beklagte zu 1, sondern durch die Nutzer auszugehen sein, sei die Weiterleitung des Sendesignals von den Satelliten-Antennen zu den „PVR" als Verstoß gegen ihr Recht einzuordnen, ihre Sendungen weiterzusenden (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1, § 15 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3, § 20 UrhG). Der auf ein Verbot des konkreten Angebots „Shift.TV" gerichtete zweite Teil des Unterlassungsantrags zu I 1 bezeichnet daher, auch wenn er mit dem Wort „insbesondere" eingeleitet ist, keinen Unterfall des ersten Teils dieses Antrags. Vielmehr ist der Unterlassungsantrag zu I 1 insgesamt allein auf ein Verbot der konkreten Verletzungsform gerichtet.

12 b) Auch soweit der Unterlassungsantrag zu I 1 nicht lediglich den Wortlaut des Gesetzes wiedergibt, auf den er sich stützt, bestehen hinsichtlich seiner auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfenden Bestimmtheit (vgl. BGHZ 135, 1, 6 – Betreibervergütung; 144, 255, 263 – Abgasemissionen; 156, 1, 8 – Paperboy) keine Bedenken, da er – wie unter II 1 a ausgeführt – dahin auszulegen ist, dass er insgesamt allein auf ein Verbot der konkreten Verletzungsform gerichtet ist (vgl. BGH, Urt. v. 24.11.1999 – I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 441 = WRP 2000, 389 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge, Urt. v. 4.10.2007 – I ZR 143/04, GRUR 2008, 84, 85 = WRP 2008, 98 – Versandkosten, m.w.N.).

13 c) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Eingriff der Beklagten zu 1 in das ausschließliche Recht der Klägerin, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2

Fall 1, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG), nicht bejaht werden. Die auf dieser Annahme beruhende Verurteilung nach den Klageanträgen zu I 1, I 2 und II kann daher nicht aufrechterhalten bleiben.

14 aa) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend und von der Revision unbeanstandet davon ausgegangen, dass das Aufzeichnen von Sendungen der Klägerin auf den „Persönlichen Videorecordern", die die Beklagte zu 1 ihren Kunden zur Verfügung stellt, in das der Klägerin als Sendeunternehmen zustehende ausschließliche Recht eingreift, ihre Funksendungen auf Bild- und Tonträger aufzunehmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 UrhG) und damit zu vervielfältigen (§ 16 UrhG). Ein „PVR" ermöglicht die wiederholbare Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen und ist nach der Legaldefinition des § 16 Abs. 2 UrhG daher ein Bild- oder Tonträger.

15 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, Hersteller dieser Aufzeichnungen sei die Beklagte zu 1 und nicht der Nutzer des Videorecorders. Maßgebend sei nicht der technische Vorgang der Vervielfältigung, sondern eine – am Schutzzweck der Privilegierung des Privatgebrauchs nach § 53 Abs. 1 UrhG auszurichtende – normative Bewertung. Danach sei die Beklagte zu 1 als Hersteller der Vervielfältigung anzusehen, weil sie eine Leistung anbiete, die sich als Gesamtpaket darstelle, das sich nicht auf die bloße Zurverfügungstellung eines Speicherplatzes für die Aufzeichnung von Sendungen reduzieren lasse. Da die Beklagte zu 1 und nicht der Endnutzer die jeweilige Aufzeichnung herstelle, greife die Privilegierung des Privatgebrauchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht ein. Dasselbe gelte für die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG, weil die Vervielfältigungen jedenfalls nicht unentgeltlich erfolgten. Diese Beurteilung geht von unrichtigen rechtlichen Voraussetzungen aus; auf der Grundlage zutreffender rechtlicher Anforderungen tragen die Feststellungen

des Berufungsgerichts nicht seine Annahme, Herstellerin der Aufzeichnungen sei die Beklagte zu 1.

16 (1) Für die Frage, wer Hersteller einer Vervielfältigung ist, kommt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts zunächst allein auf eine technische Betrachtung an (Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl., § 53 Rdn. 14; Wandtke/Bullinger/Lüft, Urheberrecht, 3. Aufl., § 53 UrhG Rdn. 17; Lüghausen, Die Auslegung von § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG anhand des urheberrechtlichen Dreistufentest [2008], S. 132 ff.; a.A. LG Braunschweig AfP 2006, 489, 491). Die Vervielfältigung ist als körperliche Festlegung eines Werkes ein rein technisch-mechanischer Vorgang (vgl. BGHZ 134, 250, 261 – CB-Infobank I; 141, 13, 21 – Kopienversanddienst). Hersteller der Vervielfältigung ist daher derjenige, der diese körperliche Festlegung technisch bewerkstelligt. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob er sich dabei technischer Hilfsmittel bedient, selbst wenn diese von Dritten zur Verfügung gestellt werden. Beispielsweise ist bei einem öffentlich zugänglichen CD-Kopierautomaten, mit dem mitgebrachte CDs ohne Hilfestellung des Aufstellers auf ebenfalls mitgebrachte Rohlinge kopiert werden, nicht der Automatenaufsteller, sondern der Kunde als Hersteller der Vervielfältigungsstücke anzusehen (vgl. OLG München GRUR-RR 2003, 365, 366).

17 Hat der Hersteller die Vervielfältigungen allerdings im Auftrag eines Dritten für dessen privaten Gebrauch angefertigt, ist die Herstellung der Vervielfältigungsstücke unter den Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG dem Auftraggeber als Vervielfältigungshandlung zuzurechnen (BGHZ 141, 13, 26 – Kopienversanddienst). Eine solche Zurechnung erfordert, wie das Berufungsgericht insoweit zutreffend angenommen hat, eine – am Schutzzweck der Privilegierung des Privatgebrauchs nach § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG ausgerichtete – normative Bewertung (vgl. BGHZ 134, 250, 260 ff. – CB-Infobank I). Dabei ist

maßgeblich darauf abzustellen, ob der Hersteller sich darauf beschränkt, gleichsam „an die Stelle des Vervielfältigungsgeräts“ zu treten und als „notwendiges Werkzeug“ des anderen tätig zu werden – dann ist die Vervielfältigung dem Besteller zuzurechnen (vgl. BGHZ 141, 13, 22 – Kopienversanddienst) –, oder ob er eine urheberrechtlich relevante Nutzung in einem Ausmaß und einer Intensität erschließt, die sich mit den Erwägungen, die eine Privilegierung des Privatgebrauchs rechtfertigen, nicht mehr vereinbaren lässt – dann ist die Vervielfältigung dem Hersteller zuzuordnen (vgl. BGHZ 134, 250, 264 f. – CB-Infobank I).

18 Hat derjenige, der die Vervielfältigung selbst vorgenommen hat, die Vervielfältigungsstücke für den eigenen Gebrauch angefertigt, kann dieser Vervielfältigungsvorgang nicht einem Dritten als Vervielfältigungshandlung zugerechnet werden. Für urheberrechtswidrige Vervielfältigungen haftet dann allein der Hersteller als Täter. Soweit ein Dritter hierzu einen Beitrag geleistet hat, kommt lediglich dessen Haftung als Teilnehmer oder Störer in Betracht (vgl. dazu BGH, Urt. v. 15.1.2009 – I ZR 57/07, Tz. 13 – Cybersky).

19 Im Streitfall nimmt die Klägerin die Beklagte zu 1 nicht als Teilnehmer oder Störer in Anspruch; sie behauptet nicht, die Kunden der Beklagten zu 1 fertigten urheberrechtswidrige Aufnahmen ihrer Sendungen an, für die die Beklagte zu 1 wegen der Bereitstellung von „Persönlichen Videorecordern“ einzustehen habe. Die Klägerin stützt ihren Unterlassungsanspruch vielmehr allein darauf, dass die Beklagte zu 1 ihr Leistungsschutzrecht aus § 87 Abs. 1 UrhG als Täter verletzt habe, weil sie selbst als Hersteller der Aufzeichnungen auf den „Persönlichen Videorecordern“ anzusehen sei.

20 (2) Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann nicht beurteilt werden, ob – unter der Voraussetzung, dass Herstel-

ler der Vervielfältigung derjenige ist, der die körperliche Festlegung technisch bewerkstelligt – die Beklagte zu 1 oder deren Kunden die in das Vervielfältigungsrecht der Klägerin aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG eingreifenden Aufzeichnungen auf den Videorecordern herstellen.

21 Das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen das Berufungsgericht gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen hat, hat insoweit festgestellt, dass die Beklagte zu 1 das von ihr über Satelliten-Antennen „abgegriffene“ Sendesignal an ein nicht näher bekanntes System weiterleite, von dem aus das Sendesignal an die „PVR“ der Nutzer verteilt werde. Allein die Beklagte zu 1 habe es in der Hand zu bestimmen, welche Sender bzw. Programme von den Nutzern auf den „PVR“ gespeichert werden könnten; andere als die von der Beklagten zu 1 ausgewählten Fernsehprogramme seien nicht abrufbar. Bis zur Abrufmöglichkeit durch den Kunden liefen alle Prozesse – von der Abnahme und der Aufbereitung des Signals bis zur Abspeicherung auf den „PVR“ der Nutzer – in einem dessen Zugriff entzogenen Bereich ab.

22 Das Berufungsgericht selbst hat einerseits – im Zusammenhang mit der Prüfung, ob die Sendungen der Klägerin öffentlich zugänglich gemacht worden sind – festgestellt, dass jede einzelne Aufzeichnung nur „jedem einzelnen Kunden, der sie aufgezeichnet habe“, zum interaktiven Abruf zugänglich gemacht werde. Andererseits hat es aber im Zusammenhang mit der Prüfung, ob die Speicherung nur eine vorübergehende Vervielfältigungshandlung war, ausgeführt, die „von der Beklagten zu 1 vorgenommenen Aufzeichnungen“ der Sendungen der Klägerin stellten keine nur vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen dar.

23 Diese Feststellungen lassen nicht erkennen, ob die ausgewählten Sendungen von der Beklagten zu 1 oder von deren Kunden auf dem jeweiligen

„Persönlichen Videorecorder“ abgespeichert und damit vervielfältigt werden. Entgegen der Darstellung der Revisionserwiderung ist es nicht unstreitig, dass allein die Beklagte zu 1 die Fernsehprogramme aufzeichnet und die Nutzer dann nur noch die von ihnen gewünschte Sendung auswählen und abrufen mit der Folge, dass die Beklagte zu 1 als Herstellerin der Vervielfältigungen anzusehen wäre. Die Revision weist zutreffend auf den Vortrag der Beklagten hin, der Kunde fertige eine Aufzeichnung unter Nutzung der vollständig automatisierten Vorrichtung der Beklagten zu 1 an; seine Programmierung der Aufzeichnung löse einen Vorgang aus, der vollständig automatisiert ohne (menschlichen) Eingriff von außen ablaufe. Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist daher in der Revisionsinstanz zugunsten der Beklagten zu unterstellen, dass die von den Kunden ausgewählten Sendungen vollkommen automatisch auf dem jeweiligen Videorecorder gespeichert werden. Danach wären allein die Kunden der Beklagten zu 1 als Hersteller der Aufzeichnung anzusehen. Die Aufzeichnung könnte der Beklagten zu 1 selbst dann nicht zugerechnet werden, wenn diese sich – wie das Berufungsgericht angenommen hat – nicht darauf beschränkte, ihren Kunden lediglich einen Speicherplatz für die Aufzeichnung der Sendungen zur Verfügung zu stellen, sondern ein „Gesamtpaket“ von Leistungen anböte.

24 d) Die vom Berufungsgericht bestätigte Verurteilung der Beklagten nach den Klageanträgen zu I 1, I 2 und II stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Das Angebot „Shift.TV“ der Beklagten zu 1 verstößt nicht gegen das Recht der Klägerin, ihre Funksendungen öffentlich zugänglich zu machen (dazu aa). Ob es deren Recht verletzt, ihre Funksendungen weiterzusenden, kann aufgrund der vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden (dazu bb).

25 aa) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, die Beklagte zu 1 verletze nicht dadurch das Recht der Klägerin, ihre Funksendungen öffentlich zugänglich zu machen (§§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2, § 15 Abs. 2 Nr. 2, § 19a UrhG), dass sie die Sendungen der Klägerin auf den „Persönlichen Videorecordern" der Kunden speichere und zum Abruf zur Verfügung stelle.

26 Falls die Beklagte zu 1 – und nicht der jeweilige Kunde - die Sendungen der Klägerin auf den „Persönlichen Videorecordern" der Kunden abspeichert, macht sie diese Sendungen damit allerdings im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 UrhG insoweit zugänglich, als die Kunden die Sendungen dann von jedem Ort und zu jeder Zeit (§ 19a UrhG) über einen PC abrufen können. Es fehlt jedoch, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, an einem Zugänglichmachen gegenüber der Öffentlichkeit. Das Zugänglichmachen einer Funksendung ist im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 UrhG öffentlich, wenn diese einer Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird (§ 15 Abs. 3 UrhG). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn – wie im Streitfall - jede einzelne Aufzeichnung nur jedem einzelnen Kunden zugänglich ist (LG Braunschweig AfP 2006, 489, 491; Hofmann, MMR 2006, 793, 795; ders., ZUM 2006, 768; Becker, AfP 2007, 5, 6; Dreier in Festschrift Ullmann, 2006, S. 37, 44).

27 Es kommt nicht darauf an, ob die Kunden, die die Vervielfältigung einer bestimmten Sendung aus dem Programm der Klägerin bestellt und erhalten haben, in ihrer Gesamtheit eine Öffentlichkeit im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG bilden. Auf die Gesamtheit dieser Kunden kann nicht abgestellt werden. Das in § 19a UrhG geregelte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung bezieht sich auf die Bereithaltung eines Werkes zum Abruf durch Mitglieder der Öffentlichkeit von Orten und Zeiten ihrer Wahl (Schricker/v. Ungern-Sternberg, Urheber-

recht, 3. Aufl., § 19a UrhG Rdn. 1 und 49; Dreier in Festschrift Ullmann, 2006, S. 37, 44). Daher kann in dem an jedermann gerichteten Angebot zur Aufzeichnung und zum Abruf künftig ausgestrahlter und gespeicherter Sendungen kein öffentliches Zugänglichmachen gesehen werden, weil sich das betreffende Werk zur Zeit des Angebots nicht in der Zugriffssphäre des Vorhaltenden befindet (LG Braunschweig AfP 2006, 489, 490 f.; Braun, AfP 2007, 5, 6; a.A. OLG Köln GRUR-RR 2006, 5; LG München I ZUM 2006, 583, 585). Auch soweit die Beklagte zu 1 Sendungen der Klägerin unmittelbar an die „Persönlichen Videorecorder" einzelner Kunden weiterleitet, hält sie diese nicht in ihrer Zugriffssphäre zum Abruf für eine Öffentlichkeit bereit (vgl. Dreier in Dreier/Schulze aaO § 19a Rdn. 7; Dreier in Festschrift Ullmann, 2006, S. 37, 44; a.A. Schack, GRUR 2007, 639, 642; Wiebe, CR 2007, 28, 33).

28 bb) Aufgrund der vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann nicht abschließend beurteilt werden, ob die Beklagte zu 1 das Recht der Klägerin verletzt, ihre Funksendungen weiterzusenden (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1, § 15 Abs. 2 Nr. 3, § 20 UrhG), wenn sie die von ihr mit den Satelliten-Antennen empfangenen Sendungen der Klägerin an die „Persönlichen Videorecorder" der Kunden weiterleitet.

29 (1) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass unter einer Weitersendung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 UrhG nur eine gleichzeitige Weitersendung zu verstehen ist (Schricker/v. Ungern-Sternberg aaO § 87 UrhG Rdn. 31 m.w.N.). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts scheidet eine Weitersendung im Sinne dieser Bestimmung danach aber nicht deshalb aus, weil die Abgabe des Datenstroms „aus dem Bereich der Beklagten zu 1" an ihre Kunden wegen der erforderlichen Aufbereitung des Sendesignals für die Weiterleitung im Internet nicht zeitgleich, sondern zeitversetzt erfolgt.

30 Mit dem „Bereich der Beklagten zu 1“, aus dem der Datenstrom an die Kunden abgegeben wird, ist – wie sich aus dem Zusammenhang der vom Berufungsgericht herangezogenen Ausführungen des Landgerichts ergibt – der „PVR“ gemeint, auf dem die Sendesignale aufgezeichnet und aufbereitet werden, bevor sie zu einem späteren Zeitpunkt von den Kunden abgerufen werden können. Da das Landgericht und das Berufungsgericht die Beklagte zu 1 als Hersteller der Aufzeichnungen angesehen haben, haben sie den „PVR“ folgerichtig dem Bereich der Beklagten zu 1 zugerechnet. Sind dagegen die Kunden als Hersteller der Aufzeichnungen einzustufen – und davon ist, wie unter II 1 c bb ausgeführt, für die Revisionsinstanz auszugehen –, ist auch der „PVR“ nicht dem Bereich der Beklagten zu 1, sondern dem Bereich der Kunden zuzuordnen (vgl. Wiebe, CR 2007, 28, 32). Dann kommt es allein darauf an, ob das von der Satelliten-Antenne empfangene Sendesignal zeitgleich an den „PVR“ weitergeleitet wird. Dies ist allerdings der Fall, da die von den Satelliten-Antennen empfangenen Sendesignale sogleich auf den Weg zu den „PVR“ der Kunden gebracht werden.

31 (2) Eine Weitersendung setzt ferner voraus, dass es sich um eine Sendung im Sinne des § 20 UrhG handelt (Schricker/v. Ungern-Sternberg aaO § 87 UrhG Rdn. 32). Auch diese Voraussetzung ist hier erfüllt, wenn – wie zu unterstellen ist – die „Persönlichen Videorecorder“ dem Bereich der Kunden zuzurechnen sind. Die Weiterleitung des Sendesignals von der Satelliten-Antenne als Empfangsgerät zum „PVR“ als Aufnahmevorrichtung ist – ebenso wie die Weiterübertragung von Rundfunksendungen durch Rundfunkverteileranlagen (BGHZ 123, 149, 153 ff. – Verteileranlagen) – eine Sendung im Sinne des § 20 UrhG (LG Köln MMR 2006, 57; Wiebe, CR 2007, 28, 32; vgl. auch LG München I ZUM 2006, 583, 585; a.A. Hofmann, MMR 2006, 793, 795; ders., ZUM 2006, 768; Braun, AfP 2007, 5, 7).

32 Gegenstand des Senderechts aus § 20 UrhG sind Werknutzungen, bei denen das Werk einer Öffentlichkeit durch funktechnische Mittel zugänglich gemacht wird. Solcher Mittel bedient sich auch die Beklagte zu 1, um die von der Satelliten-Antenne empfangenen Funksendungen an die „Persönlichen Videorecorder" weiterzuleiten. Nicht jede Übermittlung eines geschützten Werkes, die über ein Verteilernetz stattfindet, unterliegt allerdings dem Urheberrecht; andernfalls wäre selbst der Rundfunkempfang mit kleineren Gemeinschaftsantennenanlagen von der Genehmigung der Rechteinhaber abhängig. Das Recht aus § 20 UrhG greift vielmehr nur ein, wenn die mit funktechnischen Mitteln durchgeführte Werkübermittlung als öffentliche Wiedergabe bezeichnet werden kann. Ob dies der Fall ist, kann nicht nach technischen Kriterien beurteilt werden, sondern nur aufgrund einer wertenden Betrachtung (vgl. BGHZ 123, 149, 153 f. – Verteileranlagen).

33 Danach fällt die hier zu beurteilende Übermittlung der Sendesignale unter das Senderecht des § 20 UrhG. Die Beklagte zu 1 beschränkt sich nicht darauf, die Sendungen mit Satelliten-Antennen zu empfangen und dann weiterzuleiten, sondern stellt ihren Kunden mit den „Persönlichen Videorecordern" auch die Empfangsvorrichtungen zur Verfügung, mit denen diese letztlich die vom Rundfunk übertragenen Werkdarbietungen – nach eigener Entscheidung – für sich wahrnehmbar machen können. Dieser Umstand unterscheidet ihre Tätigkeit vom bloßen Empfang durch Gemeinschaftsantennenanlagen und macht diese zugleich in ihrer Bedeutung als Werknutzung vergleichbar mit den anderen vom Gesetz dem Urheber vorbehaltenen Werknutzungen durch öffentliche Wiedergabe, also dem Vortragsrecht, dem Aufführungsrecht, dem Vorführungsrecht, dem Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger und dem Recht der Wiedergabe von Funksendungen (vgl. BGHZ 123, 149, 154 – Verteileranlagen; Schricker/v. Ungern-Sternberg aaO § 20 UrhG Rdn. 41; vgl. auch EuGH,

Urt. v. 7.12.2006 – C-306/05, Slg. 2006, I-11519 = GRUR 2007, 225 Tz. 42 – SGAE/Rafael).

34 (3) Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – bislang keine Feststellungen dazu getroffen, inwieweit Funksendungen der Klägerin dadurch, dass sie an die „Persönlichen Videorecorder" der Kunden weitergeleitet worden sind, die diese Sendung über den elektronischen Programmführer bestellt haben, einer Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit (§ 15 Abs. 3 UrhG) und damit der Öffentlichkeit im Sinne des § 20 UrhG zugänglich gemacht worden sind.

35 Insoweit ist es allerdings ohne Bedeutung, dass die Kunden die Sendesignale nicht sogleich, sondern erst nach deren Aufzeichnung, Aufbereitung und Übermittlung wahrnehmen können. Der Tatbestand des § 20 UrhG setzt nur voraus, dass das Werk einer Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird; zu welchem Zeitpunkt die Empfänger das Werk wahrnehmen können, ist nicht von Bedeutung (Schricker/v. Ungern-Sternberg aaO § 20 UrhG Rdn. 10 und 49; Poll, GRUR 2007, 476, 479; a.A. Dreier in Dreier/Schulze aaO § 20 Rdn. 1 und 9; Hofmann, MMR 2006, 793, 795; ders., ZUM 2006, 768). Auch können bereits wenige Personen eine Mehrzahl im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG bilden (vgl. Dreier in Dreier/Schulze aaO § 15 Rdn. 40; Schricker/v. Ungern-Sternberg aaO § 15 UrhG Rdn. 67; Wandtke/Bullinger/Heerma aaO § 15 UrhG Rdn. 15; vgl. auch BGH, Urt. v. 11.7.1996 – I ZR 22/94, GRUR 1996, 875, 876 – Zweibettzimmer im Krankenhaus). Das Berufungsgericht hat jedoch keine Feststellungen dazu getroffen, wie viele Kunden Vervielfältigungen bestimmter Sendungen aus dem Programm der Klägerin bestellt und erhalten haben und ob Sendungen der Klägerin danach einer Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sind.

36 2. Die gegen die Verurteilung nach dem Klageantrag zu I 3 sowie dem darauf bezogenen Klageantrag zu I 4 gerichtete Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

37 a) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass der Unterlassungsantrag zu I 3 nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG begründet ist, weil die Beklagte zu 1 mit dem Angebot von „Shift.TV" gegen § 5 Abs. 1 und 3 Nr. 1 JMStV verstoßen hat.

38 aa) Auf das in die Zukunft gerichtete Unterlassungsbegehren der Klägerin sind die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung durch das am 30. Dezember 2008 in Kraft getretene Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I, S. 2949; im Folgenden: UWG 2008) anzuwenden. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten zu 1 auch zur Zeit der Begehung im Jahr 2005 nach der am 8. Juli 2004 in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I, S. 2949; im Folgenden UWG 2004) wettbewerbswidrig war (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 17.7.2008 – I ZR 139/05, GRUR 2009, 73 Tz. 15 = WRP 2009, 48 – Telefonieren für 0 Cent!, m.w.N.). Insoweit ist jedoch eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage nicht eingetreten. Die Änderungen in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und § 3 UWG sind für den Streitfall ohne Bedeutung; das beanstandete Verhalten der Beklagten zu 1 ist sowohl eine Wettbewerbshandlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 UWG 2004 als auch eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 UWG 2008. Der Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG ist gleich geblieben. Die Regelung in § 5 Abs. 1 und 3 Nr. 1 JMStV, die mit Hilfe von § 4 Nr. 11 UWG auch wettbewerbsrechtlich durchgesetzt wer-

den kann, steht ihrerseits im Einklang mit Art. 22 der Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG, so dass es im Hinblick auf Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken keiner Erörterung bedarf, ob die abschließende Regelung, die durch die zuletzt genannte Richtlinie geschaffen wurde, einem Verbot entgegenstünde. Im Folgenden braucht daher zwischen altem und neuem Recht nicht unterschieden zu werden.

39 bb) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 als Mitbewerberin gemäß § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1 UWG wegen einer nach § 3 UWG 2004 unzulässigen unlauteren Wettbewerbshandlung bzw. wegen einer nach § 3 UWG 2008 unzulässigen geschäftlichen Handlung ein Unterlassungsanspruch zusteht. Die Parteien sind Unternehmer, die als Anbieter von Waren oder Dienstleistungen miteinander in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG).

40 Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist immer dann gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, d.h. im Absatz behindern oder stören kann. Bei dem Betreiben eines Fernsehsenders durch die Klägerin und dem Angebot einer Vorrichtung zur Aufnahme von Fernsehsendungen durch die Beklagte handelt es sich allerdings nicht um gleichartige Waren oder Dienstleistungen. Da es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung regelmäßig nur um die konkret beanstandete Wettbewerbshandlung geht, genügt es jedoch, dass die Parteien durch eine Handlung miteinander in Wettbewerb getreten sind, auch wenn ihre Unternehmen unterschiedlichen Branchen angehören (vgl.

BGH, Urt. v. 24.6.2004 – I ZR 26/02, GRUR 2004, 877, 878 = WRP 2004, 1272 – Werbeblocker, m.w.N.). Das ist hier der Fall. Beide Parteien wenden sich mit ihrem Angebot an Fernsehzuschauer. Während die Klägerin möglichst viele Zuschauer, die sich ihr Programm anschauen, unmittelbar zu erreichen versucht, wendet sich die Beklagte zu 1 an Fernsehzuschauer, die Fernsehsendungen aufzeichnen möchten, um sie zu einem späteren Zeitpunkt – auch wiederholt – ansehen zu können.

41 cc) Die Beklagte zu 1 hat dadurch einen Wettbewerbsverstoß nach § 3 UWG 2004 bzw. nach § 3 UWG 2008 begangen, dass sie der Bestimmung des § 5 Abs. 1 und 3 Nr. 1 JMStV und damit einer gesetzlichen Vorschrift zuwidergehandelt hat, die im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (vgl. dazu Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 4 Rdn. 11.180).

42 (1) Sofern Anbieter Angebote verbreiten oder zugänglich machen, die geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu beeinträchtigen, haben sie nach § 5 Abs. 1 JMStV dafür Sorge zu tragen, dass Kinder oder Jugendliche der betroffenen Altersstufen sie üblicherweise nicht wahrnehmen. Dieser Pflicht kann der Anbieter nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 JMStV dadurch entsprechen, dass er durch technische oder sonstige Mittel die Wahrnehmung des Angebots durch Kinder oder Jugendliche der betroffenen Altersstufe unmöglich macht oder wesentlich erschwert.

43 (2) Gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, das von den Beklagten zu 1 eingesetzte Altersverifikationssystem habe nicht den Anforderungen des § 5 Abs. 3 Nr. 1 JMStV genügt, hat die Revision keine Einwände erhoben. Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des

Landgerichts war die von der Beklagten zu 1 vorgesehene Altersverifikation, mit der der Zugang von Kindern und Jugendlichen zu deren Entwicklung gefährdenden Programmen verhindert oder erschwert werden sollte, leicht zu umgehen, da sie lediglich die Eingabe der Kennziffer eines beliebigen Personalausweises erforderte und nach den Feststellungen des Landgerichts hierfür sogar die Eingabe der Kennziffer des über der Eingabemaske abgebildeten Musterpersonalausweises genügte.

44 (3) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt, die Beklagte zu 1 habe ihr Altersverifikationssystem nach anfänglichen „Kinderkrankheiten" abgeändert und optimiert, so dass es nunmehr die Anforderungen des § 5 Abs. 3 Nr. 1 JMStV erfülle; die zuständige Kommission für Jugendmedienschutz habe ein Altersverifikationssystem positiv bewertet, das mit dem von der Beklagten zu 1 eingesetzten System identisch sei.

45 Die durch den Verstoß der Beklagten zu 1 gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 5 Abs. 3 Nr. 1 JMStV begründete tatsächliche Vermutung für seine Wiederholung ist selbst dann nicht widerlegt, wenn das von der Beklagten zu 1 eingesetzte Altersverifikationssystem mittlerweile den Anforderungen des § 5 Abs. 3 Nr. 1 JMStV genügen sollte. Allein durch die Aufgabe des rechtsverletzenden Verhaltens wird die Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt, solange damit nicht jede Wahrscheinlichkeit dafür beseitigt ist, dass der Verletzer erneut ähnliche Rechtsverletzungen begeht; regelmäßig kann die durch den Wettbewerbsverstoß begründete Wiederholungsgefahr auch in solchen Fällen nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden (vgl. BGH, Urt. v. 16.1.1992 – I ZR 84/90, GRUR 1992, 318, 319 f. = WRP 1992, 314 – Jubiläumsverkauf; Urt. v. 26.10.2000 – I ZR 180/98, GRUR 2001, 453, 455 =

WRP 2001, 400 – TCM-Zentrum; BGH, Urt. v. 17.7.2008 – I ZR 219/05, GRUR 2008, 996 Tz. 33 = WRP 2008, 1449 – Clone-CD). Da die Beklagte zu 1 keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat, besteht die Wiederholungsgefahr fort.

46 b) Der Unterlassungsantrag zu I 4 ist gleichfalls begründet, weil eine Werbung für ein wettbewerbswidriges Angebot ihrerseits wettbewerbswidrig ist.

47 c) Auch die Beklagten zu 2 und 3 sind zur Unterlassung verpflichtet. Als Geschäftsführern der Beklagten zu 1 ist ihnen deren wettbewerbswidriges Verhalten zuzurechnen, weil sie dieses wenn nicht selbst veranlasst, so doch zumindest gekannt haben und hätten verhindern können (vgl. BGH, Urt. v. 26.9.1985 – I ZR 86/83, GRUR 1986, 248, 250 f. – Sporthosen). Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche und wegen der begangenen Rechtsverletzung zu vermutende Wiederholungsgefahr ist nicht dadurch entfallen, dass die Beklagten zu 2 und 3 nicht mehr Geschäftsführer der Beklagten zu 1 sind. Es ist nicht auszuschließen, dass sie das Geschäftsmodell so oder im Kern in gleicher Weise als Einzelkaufleute oder als Verantwortliche eines anderen Unternehmens weiter betreiben oder wieder aufnehmen werden (vgl. BGH, Urt. v. 3.6.1976 – X ZR 57/73, GRUR 1976, 579, 582 f. – Tylosin).

48 III. Auf die Revision der Beklagten ist danach das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, soweit das Berufungsgericht die Verurteilung der Beklagten nach den Klageanträgen zu I 1, I 2 und II bestätigt hat.

49 Für das weitere Verfahren wird auf Folgendes hingewiesen:

50 1. Das Berufungsgericht wird zunächst zu prüfen haben, ob Sendungen der Klägerin von der Beklagten zu 1 oder von deren Kunden auf den „Persönlichen Videorecordern“ abgespeichert worden sind.

51 a) Sollte die Beklagte zu 1 von den Kunden ausgewählte Sendungen der Klägerin auf den „Persönlichen Videorecordern“ abgespeichert haben, wäre sie – nach den unter II 1 c bb genannten Maßstäben – als Hersteller der Aufzeichnungen anzusehen und hätte durch das Aufzeichnen der Sendungen das Recht der Klägerin verletzt, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG).

52 aa) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass Vervielfältigungen, die der Hersteller im Auftrag eines Dritten für dessen privaten Gebrauch anfertigt – bei einer am Zweck der Freistellung des Privatgebrauchs ausgerichteten Auslegung des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG – nicht dem Auftraggeber, sondern dem Hersteller zuzurechnen sind, wenn dieser sich nicht darauf beschränkt, gleichsam „an die Stelle des Vervielfältigungsgeräts“ zu treten und als „notwendiges Werkzeug“ des anderen tätig zu werden, sondern eine urheberrechtlich relevante Nutzung in einem Ausmaß und in einer Intensität erschließt, die sich mit den eine Privilegierung des Privatgebrauchs rechtfertigenden Erwägungen nicht mehr vereinbaren lässt (vgl. BGHZ 134, 250, 264 f. – CB-Infobank I; 141, 13, 22 – Kopienversanddienst).

53 Die vom Berufungsgericht bislang angeführten Umstände rechtfertigen es allerdings nicht, die Aufzeichnungen der Beklagten zu 1 zuzurechnen. Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht nicht hinreichend begründet hat, inwiefern die Beklagte zu 1 ihren Kunden ein „Gesamtpaket“ an Leistungen bietet, die so weit über das Zurverfügungstellen eines Speicherplatzes für die Aufzeichnung von Sendungen hinausgehen, dass die Aufzeichnungen der Be-

klagten zu 1 zuzurechnen sind. Die vom Berufungsgericht insoweit als entscheidend erachtete Erwägung, die Beklagte zu 1 verschaffe ihren Kunden die Vervielfältigungen durch den Empfang der Sendungen, unter denen sich zudem Sendungen befänden, die die Kunden mit den ihnen ansonsten zur Verfügung stehenden Empfangsmöglichkeiten aufgrund regionaler Beschränkungen nicht empfangen könnten, überzeugt in diesem Zusammenhang nicht (Hofmann, MMR 2006, 793, 797; ders., ZUM 2006, 768, 769; Braun, AfP 2007, 5, 7; Wiebe, CR 2007, 28, 31; a.A. OLG Köln GRUR-RR 2006, 5, 6; LG Braunschweig AfP 2006, 489, 493; LG München I ZUM 2006, 583, 584; v. Zimmermann, MMR 2007, 553, 554). Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch nach § 53 UrhG, mit denen keine Archivierungszwecke verfolgt werden (§ 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG), sind nicht nur dann zulässig, wenn ein eigenes Werkstück des Bestellers als Vorlage für die Vervielfältigung verwendet wird; vielmehr darf auch ein fremdes Werkstück benutzt werden und insbesondere der Hersteller die Kopiervorlage stellen (BGHZ 134, 250, 260 f. – CB-Infobank I; 141, 13, 20 – Kopienversanddienst).

54 bb) Die Vervielfältigungen sind der Beklagten zu 1 aber deshalb zuzurechnen, weil die Herstellung der Vervielfältigungsstücke nicht – wie § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG dies voraussetzt – „unentgeltlich geschieht".

55 Vervielfältigungen können zwar auch dann als unentgeltlich im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG anzusehen sein, wenn dem Hersteller ein Entgelt gezahlt wird, das lediglich der Kostendeckung dient (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drucks. 15/38, S. 20 f.). Die Herstellung von Vervielfältigungsstücken durch einen anderen erfolgt jedoch – wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat – nicht unentgeltlich im Sinne des § 53 Abs. 1

Satz 2 UrhG, wenn diese Tätigkeit auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Mit dem Erfordernis der Unentgeltlichkeit von Vervielfältigungen durch Dritte soll – im Hinblick auf die Gefahr von Missbrauch – die Notwendigkeit des privaten Charakters derartiger Vervielfältigungen betont werden (Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drucks. 15/38, S. 20). Vervielfältigungen, die in der Absicht vorgenommen werden, damit einen Gewinn zu erzielen, haben jedoch keinen privaten, sondern kommerziellen Charakter.

56 Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Tätigkeit der Beklagten zu 1 auf Gewinnerzielung ausgerichtet und daher nicht „unentgeltlich“ ist. Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe nicht die für eine solche Beurteilung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen. Nach den Feststellungen des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht zulässigerweise verwiesen hat, erhebt die Beklagte zu 1 von ihren Kunden seit dem 15. Juli 2005 eine monatliche Gebühr von 9,99 €. Bereits dies spricht nach der Lebenserfahrung dafür, dass die Beklagte zu 1 mit dem Angebot von „Shift.TV“ einen Gewinn erzielen möchte. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Beklagte zu 1 habe unter Beweisantritt vorgetragen, die von den Kunden erhobenen Gebühren deckten nicht die Kosten für die Etablierung und Aufrechterhaltung der Infrastruktur der „Persönlichen Videorecorder“. Darauf kommt es nicht an. Die Beklagte zu 1 stellt nicht in Abrede, dass sie nicht nur von ihren Kunden eine Gebühr erhebt, sondern auch aus dem Bereitstellen von Werbeflächen auf den Internet-Seiten ihres Angebots „Shift.TV“ Einnahmen erzielt. Das Herstellen von Vervielfältigungsstücken ist bereits dann nicht unentgeltlich im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG, wenn es wesentlicher Bestandteil eines auf Gewinnerzielung gerichteten Geschäftsmodells ist (vgl. Schwenzer, ZUM 1997, 478, 480 f.; Braun, AfP 2007, 5, 12; a.A. Dreier in Dreier/Schulze aaO

§ 53 Rdn. 16; Wiebe, CR 2007, 28, 31; Hofmann, MMR 2006, 793, 798 f.; v. Zimmermann, MMR 2007, 553, 555). So verhält es sich hier. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise kann das Geschäftsmodell der Beklagten zu 1 nicht künstlich in einen defizitären Bereich des Vertriebs von „Persönlichen Videorecordern" und einen profitablen Bereich der Vermarktung von Werbeflächen zergliedert werden. Das Angebot zur Aufzeichnung von Fernsehsendungen ist unabdingbare Voraussetzung für die Erzielung der Werbeeinnahmen.

57 b) Sollten dagegen die Kunden die von der Beklagten zu 1 über Satelliten-Antennen empfangenen Sendungen – nach den unter II 1 c bb angeführten Maßstäben – selbst auf den „Persönlichen Videorecordern" abgespeichert haben und die Videorecorder daher dem Bereich der Kunden zuzuordnen sein, wird das Berufungsgericht weiter zu prüfen haben, ob die Beklagte zu 1 Sendungen der Klägerin an die „Persönlichen Videorecorder" so vieler Kunden weitergeleitet hat, dass sie diese damit im Sinne der § 15 Abs. 3 UrhG einer Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat. In diesem Fall hätte die Beklagte zu 1 – wie unter I 1 d bb ausgeführt – das Recht der Klägerin verletzt, ihre Funksendungen weiterzusenden (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1, § 15 Abs. 2 Nr. 3, § 20 UrhG).

58 2. Hat die Beklagte zu 1 das der Klägerin als Sendeunternehmen zustehende Leistungsschutzrecht aus § 87 Abs. 1 UrhG in der einen oder anderen Weise verletzt, ist auch der Klageantrag zu I 2 begründet.

59 a) Das Berufungsgericht hat zur Begründung des dem Antrag zu I 2 stattgebenden Verbots, das Angebot „Shift.TV" Dritten zur Einbindung in eine Website zu lizenzieren, auf die Ausführungen des Landgerichts verwiesen. Dessen Annahme, das Lizenzierungsverbot sei begründet, weil die Urheber-

rechtsverletzung durch eine Lizenzierung fortgesetzt und vertieft würde, wird von der Revision nicht angegriffen und lässt auch keine Rechtsfehler erkennen.

60 b) Gegen die Zuerkennung des Auskunftsantrags zu II hat die Revision keine Rügen erhoben. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich. Der Auskunftsanspruch wäre als Hilfsanspruch zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs begründet (§ 242 BGB). Das für einen Schadensersatzanspruch notwendige Verschulden der Beklagten zu 1 ergibt sich daraus, dass sie sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt hat, in dem sie eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit ihres Verhaltens in Betracht ziehen musste (BGH, Urt. v. 17.2.2000 – I ZR 194/97, GRUR 2000, 699, 702 – Kabelweitersendung, m.w.N.).

61 3. Im Falle einer Verletzung des Leistungsschutzrechts der Klägerin aus § 87 Abs. 1 UrhG wären die Klageanträge zu I 1, I 2 und II schließlich auch gegenüber den Beklagten zu 2 und 3 begründet. Da den Beklagten zu 2 und 3 als Geschäftsführern der Beklagten zu 1 – wie unter II 2 c ausgeführt – auch deren

Verletzung des Leistungsschutzrechts aus § 87 Abs. 1 UrhG zuzurechnen wäre, wären sie für die Rechtsverletzung – entgegen der Auffassung der Revision – nicht nur als Störer, sondern als Täter verantwortlich. Sie hafteten daher nicht nur auf Unterlassung, sondern auch auf Schadensersatz und hätten die zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs begehrte Auskunft zu erteilen.

Bornkamm Schaffert Bergmann

Kirchhoff Koch

Vorinstanzen:
LG Leipzig, Entscheidung vom 12.05.2006 - 5 O 4391/05 -
OLG Dresden, Entscheidung vom 28.11.2006 - 14 U 1071/06 -