

## 2. Onlinevideorekorder und Urheberrecht des Fernsehsenders

### OLG Köln, Urteil vom 9.9.2005, - 6 U 90/05 -

1. Ein Angebot an Internetnutzer, aus in Deutschland ausgestrahlten Fernsehprogrammen Sendungen auswählen und zeitversetzt auf dem eigenen Personal Computer ansehen zu können, nachdem der Anbieter eine von ihm digitalisierte Fassung der Sendung auf einem dem jeweiligen Nutzer zugewiesenen Speicherplatz seines Servers vorgehalten hat, erfüllt den Tatbestand des § 19a UrhG und greift in das Vervielfältigungsrecht des betroffenen Fernsehsenders nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 UrhG ein.

2. „Hersteller“ der Vervielfältigungsstücke i. S. des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG in Anwendung des vorbezeichneten Geschäftsmodells ist der Anbieter und nicht der Internetnutzer (= Endkunde). Wird dem Internetnutzer der Programmabruf aber unentgeltlich gewährt, greift der Privilegierungsstatbestand des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG, so dass insoweit sowohl die „Widerrechtlichkeit“ nach § 97 Abs. 1 UrhG als auch die Unzulässigkeit des Inverkehrbringens i. S. des § 53 Abs. 1 UrhG entfallen.

3. Zwischen den Programmsendern und dem Anbieter des beschriebenen Geschäftsmodells besteht kein konkretes Wettbewerbsverhältnis, weil dem Sender durch dessen Angebot keine Zuschauer verloren gehen.

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Antragstellerin, ein privates Sendeunternehmen, strahlt bundesweit das Fernsehprogramm „S.“ aus. Sie nimmt die Antragsgegnerin, welche Multimediadienstleistungen, u. a. eine elektronische Programmzeitschrift, anbietet, unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten auf Unterlassung ihres unter der Internetadresse T.TV betriebenen Angebots in Anspruch. Seit dem 10.03.2005 bietet die Antragsgegnerin im Rahmen von T.TV Internetnutzern an, aus 20 in Deutschland ausgestrahlten Fernsehprogrammen, so auch demjenigen der Antragstellerin, Sendungen auszuwählen und zeitversetzt auf dem eige-

nen Personal Computer anzusehen. Die Antragsgegnerin empfängt hierbei die jeweiligen Sendesignale mittels eigener Vorrichtungen und speichert eine – von ihr digitalisierte – Fassung der ausgewählten Sendung auf einem dem jeweiligen Nutzer zugewiesenen Speicherplatz auf ihrem Server, dem sogenannten PVR (= Personal-Video-Rekorder), von wo aus der Kunde sie zu einem Zeitpunkt seiner Wahl abrufen kann.

Insbesondere unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten strebt die Antragstellerin darüber hinaus das Verbot an, über T.TV Kindern und/oder Jugendlichen jugendgefährdende Sendungen zugänglich zu machen.

#### Aus den Gründen:

II. Die insgesamt zulässige Berufung führt in der Sache nur teilweise zum Erfolg. Die durch das angefochtene Urteil erlassene einstweilige Verfügung ist unter Zurückweisung des auf ihren Erlass gerichteten Antrags aufzuheben, soweit sich das Unterlassungsgebot auch darauf erstreckt, dass die Antragsgegnerin Internetnutzern die durch ihr Geschäftsmodell T.TV eröffneten Möglichkeiten des zeitversetzten Ansehens von Fernsehsendungen unentgeltlich einräumt und soweit ein Verstoß der Antragsgegnerin gegen jugendschützende Vorschriften in Rede steht.

1. Das – nach teilweiser Rücknahme des ursprünglichen Verfügungsantrags zu 1. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat – noch verbleibende Petitum der Antragstellerin stellt sich gemäß §§ 97 Abs. 1, 87 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. und Abs. 1 Nr. 2 UrhG nur insoweit als begründet dar, als sie die von der Antragsgegnerin im Rahmen von T.TV entgeltlich erbrachten Dienstleistungen untersagt wissen will.

a) Das an Internetnutzer gerichtete Angebot der Antragsgegnerin, über T.TV Fernsehprogramme – sei es entgeltlich oder kostenlos – aufzeichnen zu lassen und sodann zeitversetzt abzurufen, greift in durch § 87 Abs. 1 UrhG geschützte Rechte der Antragstellerin als Sendeunternehmen ein, und zwar in das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung und das Recht zur Vervielfältigung.

aa) Durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.03.2003 (BGBl. I, 1774) ist, um die durch das Internet ermöglichten spezifischen

Werknutzungen auffangen zu können, das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung des § 19a UrhG eingefügt und gleichzeitig auch den Sendunternehmen zum Schutz ihrer Sendungen eingeräumt worden, § 87 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. UrhG.

Das angegriffene Geschäftsmodell der Antragsgegnerin verwirklicht sämtliche Tatbestandsmerkmale der Legaldefinition des § 19a UrhG. Die Antragsgegnerin wendet sich an die Öffentlichkeit i. S. des § 15 Abs. 3 UrhG, weil ihr Angebot, auf dem sogenannten PVR gespeicherte Sendungen abzurufen, jedermann zugänglich ist. Der Kunde der Antragsgegnerin kann die fragliche Sendung auch „von Orten seiner Wahl“ aus ansehen, nämlich an jedem beliebigen Aufstellungsort (s)eines Personal Computers. Dies kann sodann „zu Zeiten seiner Wahl“ erfolgen, weil die gespeicherte Sendung auf Abruf bereitliegt. Schließlich liegt auch ein „Zugänglichmachen“ vor. Dieses Merkmal wird nämlich auch durch einen interaktiven Abruf verwirklicht (vgl. Wandke/Bullinger, UrhR Ergänzungsband, § 19a Rn. 10; Dreier/Schulze, UrhG, § 19a Rn. 6), wie er hier durch den jeweiligen Kunden auf dem ihm zugewiesenen Speicherplatz erfolgt.

bb) Daneben wird auch in das Vervielfältigungsrecht der Antragstellerin aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 UrhG eingegriffen.

Schon die Abspeicherung der jeweils ausgewählten Fernsehsendung auf ihrem Server stellt eine Vervielfältigungshandlung der Antragsgegnerin i. S. der gesetzlichen Definition des § 16 UrhG dar. Zudem unterfällt auch die zur Ermöglichung des interaktiven Abrufs vorgenommene Veränderung des empfangenen Programmsignals durch Digitalisierung der Vorschrift. Die Digitalisierung als elektronische Nutzung eines Werkes ist nämlich eine Vervielfältigung (Dreier/Schulze a. a. O. § 16 Rn. 13).

cc) Ob die Antragsgegnerin außerdem auch das durch § 87 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. UrhG geschützte Weitersehungsrecht der Antragstellerin tangiert, weil, wie dies das Landgericht angenommen hat, die Abläufe bei ihrem Angebot T. TV einer Kabelweiterleitung i. S. des § 20a UrhG vergleichbar seien, lässt der Senat angesichts der jedenfalls verwirklichten sonstigen Alternativen des § 87 Abs. 1 UrhG offen.

b) Die Verletzung der durch § 87 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. und Abs. 1 Nr. 2 UrhG geschützten Rechte der Antragstellerin erfolgt allerdings nur insoweit widerrechtlich i. S. des § 97 Abs. 1 UrhG, als die Antragsgegnerin von ihren Kunden die Zahlung eines Entgelts begehrt, wie dies jedenfalls seit dem 15.07.2005 unter bestimmten Nutzungsbedingungen der Fall ist. Hingegen beruft sie sich mit Erfolg auf die Privilegierung des § 53 Abs. 1 UrhG, soweit sie ihre Dienstleistung auch weiterhin unentgeltlich erbringt. Dies gilt nicht nur gegenüber dem Recht der Antragstellerin zur Vervielfältigung, sondern auch gegenüber dem weiteren Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung, weil die auftragsgemäße Übermittlung einer i. S. des § 53 UrhG rechtmäßig hergestellten Kopie kein unzulässiges Inverkehrbringen darstellt (vgl. BGH GRUR 1999, 707, 710 - „Kopienversanddienst“). Aus diesem Grund kommt es auch im Bereich des § 19a UrhG auf eine Differenzierung nach entgeltlichem oder unentgeltlichem Tun i. S. des § 53 Abs. 1 UrhG entgegen der von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 02.09.2005 vertretenen Auffassung an.

Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern grundsätzlich zulässig. Hiervon erfasst werden Kopien jeglicher Art, mithin auch digitale Vervielfältigungsstücke (Wandke/Bullinger a. a. O. § 53 Rn. 9). Wird die Kopie nicht von einer hierzu nach Maßgabe von Satz 1 der Vorschrift berechtigten natürlichen Person unmittelbar selbst hergestellt, so ist die Vervielfältigung ausnahmsweise nach näherer Maßgabe von Satz 2 dann zulässig, wenn der Berechtigte das Vervielfältigungsstück von einem beliebigen Dritten herstellen lässt. Dies gilt indes nur dann, wenn die Vervielfältigung entweder unentgeltlich erfolgt (1. Alt.) oder wenn es um die herkömmlichen Kopien vornehmlich in Papierform geht (2. Alt.). Im Streitfall steht von vornherein nur ein digitaler Kopiervorgang in Rede, welchen § 53 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. UrhG nicht erfasst (vgl. Wandke/Bullinger a. a. O. Rn. 16), so dass es, sofern (nur) die Befreiung nach Abs. 1 Satz 2 der Vorschrift einschlägig sein sollte, auf die Entgeltlichkeit ankommt.

Dies ist nach Auffassung des Senats auch der Fall. Die Antragsgegnerin beruft sich nämlich

ohne Erfolg unter Heranziehung der Entscheidung des OLG München „CD-Münzkopierautomaten“ (in GRUR-RR 2003, 365) auf § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG mit der Begründung, nicht sie, sondern ihr (privater) Endkunde sei der Hersteller der Vervielfältigungsstücke, weil der Vervielfältigungsvorgang allein von ihm gesteuert werde, hingegen sie selbst nur die hierfür notwendige Hard- und Software zur Verfügung stelle.

aa) Hersteller i. S. des Gesetzes ist nach allgemeiner Meinung derjenige, der tatsächlich die Vervielfältigung vornimmt (vgl. Dreier/Schulze a. a. O. Rn. 14 m. w. N.). Das Herstellen bezieht sich hierbei auf den technisch maschinellen Vorgang der Vervielfältigung (vgl. BGH GRUR 1997, 459 - „CB-infobank I“), wobei „Werknutzer“ und damit Hersteller nicht ist, „wer die Nutzung technisch bewerkstelligt, sondern derjenige, der sich des technischen Vorgangs zum Zweck der Werknutzung bedient“ (BGH a. a. O. S. 709 - „Kopienversanddienst“). Der Senat verkennt nicht, dass die Grenzziehung zwischen der Herstellung einer Kopie unmittelbar durch den hierzu Berechtigten i. S. des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG und dem Herstellenlassen durch einen Dritten i. S. von Satz 2 der Vorschrift durch die spezifischen Anwendungen einer digitalen Vervielfältigungstechnik erschwert ist. Nach Maßgabe der dargestellten Kriterien und eingedenk des Grundsatzes, dass § 53 UrhG als bestimmte Handlungen aus dem urheberrechtlichen Verbotsbereich ausnehmende Schrankenbestimmung eng auszulegen ist, ist allerdings davon auszugehen, dass Hersteller der digitalen Vervielfältigungsstücke von Fernsehsendungen nicht der private Kunde der Antragsgegnerin, sondern sie selbst ist.

Soweit das OLG München in der von der Antragsgegnerin in Bezug genommenen Entscheidung die Herstellereigenschaft des Aufstellers eines mit Geldmünzen zu bedienenden CD-Kopierautomaten mit der Begründung verneint hat, dass seine Tätigkeit über das reine Bereitstellen des Geräts nicht hinausgehe, weil er nämlich weder die Kopiervorlage beschafft hatte noch an dem allein unter Herrschaft des Kunden ablaufenden Kopiervorgang selbst beteiligt war (OLG München a. a. O. S. 366), weist die vorliegende Fallgestaltung entscheidende Unterschiede auf. Zwar geht die Entscheidung, ob und wel-

che bestimmte Funksendung der Antragstellerin vervielfältigt und sodann digital zugänglich gemacht werden soll, von dem privaten Kunden aus. Sodann wird aber schon die Kopiervorlage nicht von ihrem Kunden zur Verfügung gestellt, sondern von der Antragsgegnerin beschafft, indem sie mittels eigener Vorrichtungen die von Sendeeunternehmen wie der Antragstellerin ausgestrahlte fragliche Fernsehsendung empfängt. Der technische Kopiervorgang ist, auch in seinen nachfolgenden Schritten, Einfluss und Sachherrschaft des Kunden entzogen. Der gesamte Prozess, mittels dessen das Programmsignal der Antragstellerin empfangen, durch den Server der Antragsgegnerin geleitet und dort digitalisiert, d. h. aber auch schon im urheberrechtlichen Sinne vervielfältigt wird, unterliegt ausschließlich der Steuerung der Antragsgegnerin. Erst wenn nämlich durch ihre Tätigkeit die Digitalfassung der ausgewählten Sendung auf dem dem einzelnen Kunden zugewiesenen virtuellen Speicherplatz, seinem „PVR“, abgespeichert ist, kann der Kunde aktiv werden und den interaktiven Abruf auslösen. Im Streitfall läuft, anders als in der von dem OLG München zu beurteilenden Fallgestaltung, kein ausschließlich von dem Kunden und automatischen Maschinenabläufen abhängiger Kopiervorgang ab, über den dieser in allen Schritten die alleinige Herrschaft hätte. Vielmehr erledigt die Antragsgegnerin die maßgeblichen technischen Prozesse von der Beschaffung der Vorlage bis zur Fertigung der Kopie eigenverantwortlich und ohne Steuerungsmöglichkeit des Kunden, wenn auch auf seine Order hin. Damit wird sie Herstellerin der fraglichen Vervielfältigungsstücke.

bb) Soweit dies nach Maßgabe ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen unentgeltlich geschieht, kommt ihr allerdings die Privilegierung des § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG zugute. Der Kunde, der nicht selbst über die notwendige Hard- und Software verfügt, bedient sich nämlich der von der Antragsgegnerin als Dritter unter T.TV angebotenen Dienstleistung zum Zweck der Herstellung seiner privaten Gebrauch dienenden digitalen Kopien.

cc) Das begehrte Unterlassungsgebot stellt sich, soweit das angegriffene Geschäftsmodell im Übrigen unentgeltlich offeriert wird, auch nicht unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten als gerechtfertigt dar. Es fehlt

nämlich jedenfalls an Umständen, welche die beanstandeten Handlungen trotz ihrer urheberrechtlichen Zulässigkeit als unlauter i. S. des § 3 UWG erscheinen ließen.

2. Die einstweilige Verfügung ist, soweit die Antragsgegnerin in ihrem Internetauftritt (Anlage Ast 8, GA 25) unstreitig eine Lizenzierung von T.TV zur Einbindung in die Webauftritte Dritter anbietet, nur im Umfang des von ihrer urheberrechtlichen Unterlassungspflicht umfassten Verbotsbereichs entsprechend den vorstehenden Erwägungen zu Recht ergangen.

3. Als Annex aus dem aus § 97 Abs. 1 UrhG resultierenden Unterlassungsgebot folgt zugleich ein Werbeverbot [...].

4. Hingegen fehlt es an einem Verfügungsanspruch, soweit die Antragstellerin die Antragsgegnerin weitergehend daran gehindert sehen will, Kindern und/oder Jugendlichen über T.TV Sendungen, die geeignet sind, deren Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu beeinträchtigen, zu Zeiten zum elektronischen Abruf zur Verfügung zu stellen, zu denen die fragliche Personengruppe sie üblicherweise wahrnimmt.

a) Das fragliche Begehren könnte sich allenfalls nach Maßgabe des § 4 Nr. 11 UWG unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch i. V. mit Vorschriften des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags (JMStV) als berechtigt darstellen. Die Antragsgegnerin wendet indes zu Recht ein, dass die Antragstellerin nicht klage- und sachbefugt zur Verfolgung eines derartigen Wettbewerbsverstoßes ist. Die Antragstellerin ist nämlich nicht Mitbewerberin der Antragsgegnerin i. S. der §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.

Der Senat hält an seiner Auffassung fest, dass zwischen den Parteien kein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht, auch nicht im Hinblick auf die im Streitfall beanstandete Wettbewerbsbehandlung. Zwar ist es grundsätzlich ausreichend, wenn die Parteien erst durch eine bestimmte Handlung miteinander in Wettbewerb getreten sind, auch wenn ihre Unternehmen im Übrigen unterschiedlichen Branchen angehören (BGH in stRSpr noch zu – der insoweit aber weitergeltenden Rechtslage des – § 1 UWG a. F., vgl. zuletzt etwa WRP 2004, 1272 = NJW 2004, 3032 – „Werbeblocker“ m. w. N.). Der Wettbewerb der An-

tragstellerin als eines Sendeeunternehmens, dessen Programm jugendgefährdende Fernsehsendungen umfasst, weist aber keine Bezüge auf zu dem Wettbewerb der Antragsgegnerin als Anbieterin einer Dienstleistung, welche das zeitversetzte Ansehen der identischen Sendungen für jedermann ermöglicht. Kein denkbarer Aspekt, sei es, dass ihr finanzielle Nachteile entstehen würden, die sich die Antragsgegnerin unlauter erspart, oder dass ihr Werbeeinnahmen entgehen, welche sodann der Antragsgegnerin zufließen würden, ist einschlägig, und zwar schon deshalb nicht, weil ihr durch die von der Antragsgegnerin angebotene Dienstleistung keine Zuschauer verloren gehen, sondern allenfalls diejenigen noch hinzukommen, die ohne die durch T.TV eröffnete Möglichkeit des zeitlich späteren Konsums einer bestimmten Fernsehsendung der Antragstellerin als Zuschauer verloren gegangen wären. Soweit sich die Antragstellerin erstmals in der mündlichen Verhandlung darauf bezogen hat, dass sie über ihre Tochtergesellschaft „S. interactive“ gleichfalls Fernsehsendungen zum interaktiven Download anbiete, begründet dies allenfalls ein Wettbewerbsverhältnis mit diesem konzernzugehörigen, rechtlich aber selbständigen Unternehmen, macht die Antragsgegnerin aber noch nicht zur Mitbewerberin auch der Antragstellerin.

b) Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB gründenden Unterlassungsanspruchs, auf welchen die Antragstellerin erstmals mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 25.08.2005 abgehoben hat, liegen aus denselben Erwägungen schon mangels einer Rechtsgutverletzung nicht vor.