

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ:                      nein

---

UrhG §§ 96, 97

- GEMA-Vermutung III -

- a) Im Falle der ungenehmigten Wiedergabe von Tonfilmmusik bei regelmäßigen gewerblichen Tonfilmvorführungen in einer Nachtbar ist die zugunsten der GEMA bestehende Vermutung (der Wahrnehmungsbefugnis, der Urheberrechtsschutzfähigkeit und der Rechtsverletzung) grundsätzlich für die verwendete Musik jedes einzelnen der vorgeführten Tonfilme zu entkräften.
- b) Die GEMA ist grundsätzlich berechtigt, den doppelten Tarifbetrag für ungenehmigte öffentliche Musikwiedergaben bei der Vorführung pornographischer Tonfilme in einer Nachtbar unabhängig davon zu verlangen, ob im konkreten Fall ein besonderer Kontroll- und Überwachungsaufwand erforderlich war.
- c) § 96 Abs. 1 UrhG ist nur in den Fällen anwendbar, in denen die rechtswidrig hergestellten Vervielfältigungsstücke von einem zur Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe an sich Berechtigten benutzt werden.

BGH, Urt. v. 5. Dezember 1985 - I ZR 137/83 - OLG Frankfurt a.M.  
LG Frankfurt a.M.

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 137/83

### URTEIL

Verkündet am: 5. Dezember 1985

Wolf, Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Oswald L., Gastronom, Sch. Straße  
W.-E.,

Beklagter, Revisionskläger und  
Anschlußrevisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

G., Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und  
mechanische Vervielfältigungsrechte, Herzog-Wilhelm-  
Straße 28, München, vertreten durch ihren Vorstand,  
Generaldirektor Prof. Dr. jur. Erich Sch., ebenda,

Klägerin, Revisionsbeklagte und  
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1985 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Erdmann, Dr. Teplitzky und Dr. Scholz-Hoppe

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19. Mai 1983 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen

### Tatbestand

Die Klägerin ist die einzige in der Bundesrepublik Deutschland einschließlich Berlin-West bestehende Wahrnehmungsgesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte.

Der Beklagte betreibt einen Nachtclub, in dem er pornographische Tonfilme vorführt. Bis zur Umstellung auf Video-System zahlte er an die Klägerin für die musikalische Vertonung eine vertraglich vereinbarte



Vergütung. Danach lehnte er einen weiteren Vertragsabschluß und Zahlungen mit der Begründung ab, die von ihm verwendeten Videofilme enthielten nur GEMA-freie Musik.

Die Klägerin nimmt den Beklagten nunmehr für den Zeitraum vom 13. Januar 1979 bis 31. März 1980 auf Zahlung von Schadensersatz bzw. ungerechtfertigte Bereicherung in Höhe von 7.071,60 DM nebst Zinsen in Anspruch.

Sie hat vorgetragen, angesichts ihres umfassenden In- und Auslandsrepertoires spreche eine tatsächliche Vermutung (GEMA-Vermutung) dafür, daß die Videofilme des Beklagten mit Unterhaltungsmusik aus dem von ihr vertretenen Repertoire unterlegt worden seien und daß diese Musik auch urheberrechtsschutzfähig sei. Der Beklagte habe diese Vermutung nicht widerlegt.

Die Klägerin hat auf der Grundlage ihrer "Vergütungssätze T-R für die Wiedergabe der Tonfilmmusik" unter Einbeziehung eines 100 %igen Schadensersatzzuschlags eine Forderung von 3.320,- DM errechnet. Diesen Betrag macht sie außerdem aufgrund ihrer "Vergütungssätze VR-BT-G für die Vervielfältigung von Werken des GEMA-Repertoires auf Bild-Tonträger" zusätzlich geltend, weil auch die Vervielfältigung der vom Beklagten verwendeten Tonfilmkopien bislang nicht abgegolten worden sei. Unter Einbeziehung von 6,5 % Mehrwertsteuer errechnet sie eine Gesamtforderung von 7.071,60 DM.

Der Beklagte ist dem entgegengetreten. Er hat behauptet, bei den streitigen Videofilmen sei Musik verwendet worden, auf die sich die GEMA-Vermutung nicht erstrecke. Die jeweiligen Filmproduzenten hätten eigene Musik komponieren lassen, die GEMA-frei sei. Auf die entsprechende Zusicherung der Produzenten habe er sich verlassen dürfen.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 3.535,80 DM stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Die beiderseitigen Berufungen sind - den Zinsanspruch ausgenommen - ohne Erfolg geblieben.

Der Beklagte verfolgt mit seiner - zugelassenen - Revision den Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen. Mit ihrer Anschlußrevision begehrt sie eine weitere Verurteilung des Beklagten, soweit die Klage abgewiesen worden ist. Der Beklagte beantragt, die Anschlußrevision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht einen Schadensersatzanspruch nach § 97 UrhG nur wegen Verletzung des Wiedergaberechts, nicht aber des Vervielfältigungsrechts für begründet erachtet. Es hat die Ansicht vertreten, daß sich die GEMA-Vermutung auch auf die musikalische Vertonung pornographischer Filme erstrecke. Zur Widerlegung dieser Vermutung hätte der Beklagte nachweisen müssen, daß die Filme ausnahmslos mit GEMA-freier Begleitmusik

vertont worden seien. Diesen Nachweis habe er nicht erbracht. Die Beweisaufnahme habe wesentliche Lücken in der Beweiskette des Beklagten aufgezeigt. Den Beklagten treffe auch ein Verschulden; er hätte sich nicht auf die Zusicherung der Filmproduzenten und -lieferanten verlassen dürfen, sondern sich bei der Klägerin erkundigen müssen. Die Klägerin könne als Schadensersatz für die ungenehmigten öffentlichen Musikwiedergaben den doppelten Tarifbetrag verlangen.

Ein Schadensersatzanspruch wegen unberechtigter Vervielfältigung scheitere daran, daß der Beklagte an der Herstellung der Filmkopien nicht teilgenommen und auch nicht gegen das Verbot des § 96 UrhG verstoßen habe, rechtswidrig hergestellte Vervielfältigungsstücke zu öffentlichen Wiedergaben zu benutzen.

## II. Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

1. Sie wendet sich in erster Linie dagegen, daß das Berufungsgericht im Streitfall zugunsten der Klägerin von der GEMA-Vermutung ausgegangen ist. Sie meint, die Vermutung umfasse nicht Musik der vorliegenden Art; selbst wenn dies der Fall wäre, habe der Beklagte die Vermutung zumindest entkräftet.

a) Wie der Senat inzwischen durch Urteil vom 13. Juni 1985 (- I ZR 35/83 - GEMA-Vermutung II, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) entschieden hat, erstreckt sich die GEMA-Vermutung - nämlich die Vermutung der Wahrnehmungsbefugnis, der Urheberrechtsschutzfähigkeit und der Rechtsverletzung - nach der Art der verwendeten Musik grundsätzlich auch auf

die musikalische Vertonung pornographischer Filme. Davon ist auch das Berufungsgericht zu Recht ausgegangen, wobei es sich darauf gestützt hat, daß der als Zeuge vernommene Geschäftsführer der Produktions- und Vertriebsfirma eingeräumt habe, ein - wenn auch geringer - Teil der vertriebenen Videofilme könne Musik aus dem von der Klägerin wahrgenommenen Repertoire enthalten. Der Umstand, daß die Produzenten pornographischer Filme bemüht sind, nur GEMA-freie Musik zu verwenden, reicht entgegen der Annahme des Beklagten nicht aus, der Klägerin die Anerkennung der GEMA-Vermutung in den Fällen der musikalischen Untermalung pornographischer Filme generell zu versagen. Der Einwand ist vielmehr erst bei der weiteren Frage zu prüfen, ob die Vermutung als entkräftet angesehen werden kann.

b) Davon kann im Streitfall nicht ausgegangen werden. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß darauf abgestellt, daß es zur Entkräftung der Vermutung konkreter Darlegungen und Beweisantritte für jede einzelne Produktion bedarf (vgl. BGH, Urt. v. 13. 6. 1985 - I ZR 35/83 - GEMA-Vermutung II); und zwar ausnahmslos. Der Auffassung der Revision, es reiche zur Entkräftung der Vermutung aus, wenn für die überwiegende Zahl der vorgeführten Filme konkret dargelegt werde, daß keine Musik aus dem von der Klägerin vertretenen Bestand verwertet worden sei, kann nicht beigetreten werden. Eine Schadensersatzverpflichtung des Beklagten kommt bereits in Betracht, wenn die Vermutung auch nur bezüglich einzelner, weniger Produktionen nicht entkräftet werden kann, weil hier laut Tarif T-R der Klägerin monatliche Pauschalsätze vorgesehen sind, die nach der Größe des Veran-

staltungsraumes und der Anzahl der Vorführungstage, nicht dagegen der Anzahl der vorgeführten Tonfilme, berechnet werden. Daher spielt es im Streitfall für die Schadensberechnung keine Rolle, in welchem Umfang in die von der Klägerin wahrgenommenen Rechte eingegriffen wird, sofern nur überhaupt eine ungenehmigte öffentliche Musikwiedergabe feststeht. Das Berufungsgericht hat die Schadensberechnung ohne Rechtsverstoß auf der Grundlage der angemessenen Lizenzgebühr vorgenommen. Diese Schadensberechnung führt regelmäßig dazu, daß die Tarifvergütung zugrunde zu legen ist, die der Rechtsverletzer bei ordnungsgemäßer Einholung der Erlaubnis der Klägerin hätte entrichten müssen (st. Rspr., zul. BGH, Urt. v. 1. 6. 1983 - I ZR 98/81, GRUR 1983, 565, 566 - Tarifüberprüfung II).

Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht davon ausgegangen werden, daß der Beklagte die zugunsten der Klägerin bestehende Vermutung bezüglich aller Produktionen entkräftet hat. Das Berufungsgericht hat wesentliche Lücken in der Beweiskette des Beklagten aufgezeigt und dazu ausgeführt: Weder der als Zeuge vernommene Geschäftsführer der Produktions- und Vertriebsfirma, von der der Beklagte die meisten Videofilme bezogen habe, noch der als Zeuge gehörte Angestellte der Firma, die den größten Teil dieser Filme vertont habe, hätten etwas aus eigener Sachkunde aussagen können, sondern lediglich erklärt, sie hätten auf die ihnen jeweils vom Musikproduzenten bzw. Komponisten gegebene Zusicherung der GEMA-Freiheit vertraut. Überdies habe der Geschäftsführer der Produktions- und Vertriebsfirma selbst eingeräumt, daß zumindest ein geringer Teil der

Videofilme Musik aus dem von der Klägerin wahrgenommenen Repertoire enthalten könne. Aufgrund dieser Feststellungen, gegen die keine durchgreifenden Verfahrensrügen erhoben worden sind, konnte das Berufungsgericht frei von Rechtsfehlern folgern, daß die Darlegungs- und Beweiskette des Beklagten jedenfalls nicht lückenlos ist. Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht von einer Vernehmung der vom Beklagten als Zeugen benannten Komponisten abgesehen hat. Denn die entsprechenden Beweisantritte beziehen sich nur auf einen Teil der Produktionen. Um die GEMA-Vermutung vorliegend entkräften zu können, hätte der Beklagte die Namen der Komponisten aller Produktionen mitteilen und dazu vortragen müssen, daß diese entweder nicht Mitglied der Klägerin oder daß ihre Kompositionen nicht urheberrechtsschutzfähig sind, wobei dies für jede einzelne Komposition substantiiert hätte dargelegt werden müssen. Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen des Beklagten jedenfalls nicht bezüglich sämtlicher der im Streit befindlichen Videofilme. Der Beklagte hat nach seinem eigenen Vorbringen in seinem Nachtlokal in dem in Frage stehenden Zeitraum 18 Videofilme vorgeführt, deren Titel er in seiner Berufungsbegründung einzeln angeführt hat. Nur bei 15 dieser Filme hat er nähere Angaben zur Herkunft der Begleitmusik gemacht, indem er sich auf die Liste der mit der Vertonung beauftragten Firma bezogen und die dort jeweils angeführten Herkunfts-Abkürzungen erläutert sowie entsprechenden Beweis angeboten hat. Dabei werden aber nicht in allen Fällen die einzelnen Komponisten angeführt, so heißt es z.B. bei der Abkürzung "CB", die Musik sei von der auftraggebenden Firma "angeliefert" und bei der Abkürzung "In", die Musik

sei von einem Musikverlag "gekauft". Dies deckt sich auch mit der vom Berufungsgericht angeführten Aussage des als Zeuge vernommenen Angestellten der mit der Vertonung beauftragten Firma. Danach ist davon auszugehen, daß nur bei einem Teil der streitigen Tonfilme der jeweilige Komponist angegeben worden ist. Im übrigen fehlt es aber auch insgesamt an einem substantiierten Vorbringen des Beklagten, durch das die auch für die Urheberrechtsschutzfähigkeit der einzelnen Kompositionen bestehende Vermutung entkräftet werden kann. Allein der pauschale Hinweis auf die GEMA-Freiheit reicht insoweit nicht aus.

2. Unbegründet sind auch die gegen die Feststellung des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision, der Beklagte habe das von der Klägerin wahrgenommene Recht der öffentlichen Musikwiedergabe schuldhaft verletzt. Die Revision meint, der Beklagte habe der gebotenen Sorgfalt dadurch genügt, daß er sich die GEMA-Freiheit der Begleitmusik von den Filmlieferanten habe zusichern lassen. Mehr könne von ihm nicht verlangt werden.

Dem kann nicht beigetreten werden. Dem Beklagten war bekannt, daß die Klägerin grundsätzlich die Rechte an jeder Art von Unterhaltungsmusik, auch soweit es sich um die musikalische Untermalung pornographischer Filme handelt, wahrnimmt. Denn er hat bereits in der Vergangenheit - bis zur Umstellung auf das Videosystem - eine vertraglich vereinbarte Vergütung für die Vorführung pornographischer Tonfilme in seinem Nachtlokal gezahlt. Unter diesen Umständen mußte er auch weiterhin mit Eingriffen in den von der Klägerin vertretenen Bestand

rechnen und durfte sich nicht auf die bloße Zusicherung seiner Filmlieferanten verlassen; zumal die Klägerin bereits bei den vorprozessualen Verhandlungen ihren Standpunkt, auf den sie auch ihre Klage gestützt hat, nachdrücklich vertreten hatte. Wenn der Beklagte aber mit einem Rechtseingriff rechnen mußte, so war er zu besonderer Sorgfalt verpflichtet. Er hätte sich zumindest die Namen der Komponisten nennen lassen müssen, um sich bei der Klägerin zu erkundigen, ob diese Mitglieder der Klägerin sind (zur Auskunftspflicht der Verwertungsgesellschaft vgl. § 10 UrhWahrnG). Dies wäre dem Beklagten entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht auch zumutbar gewesen.

3. Schließlich ist auch die Schadensberechnung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Sie wird von der Revision auch nur insoweit zur Nachprüfung gestellt, als das Berufungsgericht der Klägerin die doppelte Tarifgebühr zugesprochen hat. Die Revision verkennt nicht, daß nach der Rechtsprechung bei der Festsetzung der angemessenen Lizenzgebühr als Berechnungsfaktor im Rahmen der Schadensberechnung auch die anteiligen Kontroll- und Überwachungskosten mitberücksichtigt werden können und es grundsätzlich rechtfertigen, daß die Klägerin für ungenehmigte öffentliche Musikwiedergaben den doppelten Tarifbetrag verlangen kann (vgl. BGHZ 17, 376, 383 - Betriebsfeiern; 59, 286 ff. - Doppelte Tarifgebühr). Die Revision hält diese Rechtsprechung hier nicht für anwendbar, weil das Verhalten des Beklagten im Streitfall keinen Kontroll- und Überwachungsaufwand der Klägerin erfordert habe; denn die Klägerin habe das Nachtlokal des Beklagten gekannt und gewußt, daß er darin Video-Filme vorführe. Die Rüge der Revision

greift im Streitfall nicht durch. Es kann offen bleiben, ob der Einwand, im konkreten Fall sei keine Kontroll- und Überwachungstätigkeit erforderlich gewesen, nicht überhaupt generell ausgeschlossen ist. Er ist einem Rechtsverletzer jedenfalls zu versagen, wenn die ungenehmigte öffentliche Musikwiedergabe - wie vorliegend - in einem Bereich erfolgt, der grundsätzlich nur zeit- und kostenaufwendig zu kontrollieren ist. Dies ist durch Billigkeitserwägungen gerechtfertigt, auf denen die Zubilligung des doppelten Tarifbetrages beruht.

Der Schadensberechnung der Klägerin steht auch die - von der Revision angeführte - Regelung des § 11 Nr. 5 AGB-Gesetz nicht entgegen. Denn es geht vorliegend nicht um eine in AGB vereinbarte Schadenspauschalierung, sondern um die damit nicht vergleichbare Berechnung des gesetzlichen Schadensersatzanspruchs.

III. Die Anschlußrevision der Klägerin hat ebenfalls keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin ohne Rechtsverstoß einen Schadensersatzanspruch wegen unberechtigter Vervielfältigung von Musikwerken aus dem von ihr wahrgenommenen Repertoire versagt. Der Beklagte haftet für die bei der Herstellung der Tonfilmkopien erfolgte Vervielfältigung von Musikwerken unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt.

1. Eine Anwendung des § 96 Abs. 1 UrhG, auf den die Klägerin sich in erster Linie stützt, hat das Berufungsgericht mit zutreffenden Erwägungen verneint.

Nach dieser Bestimmung dürfen rechtswidrig hergestellte Vervielfältigungsstücke weder verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden. Zwar ist nach dem Vorbringen der Klägerin davon auszugehen, daß es sich bei den Tonfilmkopien um rechtswidrig hergestellte Vervielfältigungsstücke handelt, weil die Herstellung ohne ihre Einwilligung erfolgt und auch noch nicht vergütet worden ist. Gleichwohl kann die Klage vorliegend nicht auf § 96 Abs. 1 UrhG gestützt werden. Das Berufungsgericht hat zu Recht den subsidiären Charakter der Regelung hervorgehoben, die nur in den Fällen eingreift, in denen eine vorausgegangene unzulässige Benutzungshandlung eines anderen (die rechtswidrige Herstellung von Vervielfältigungsstücken) von einem Dritten zur Ausübung einer an sich zugelassenen eigenen Benutzungshandlung (Verbreitung und öffentliche Wiedergabe) ausgenutzt wird. Dies folgt daraus, daß derjenige, dessen Benutzungshandlung ohnehin unzulässig ist, bereits nach §§ 15 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 3, 16, 21, 97 UrhG unmittelbar haftet, wenn er rechtswidrig hergestellte Vervielfältigungsstücke verbreitet oder zur öffentlichen Wiedergabe benutzt. § 96 Abs. 1 UrhG besitzt daher nur in den Fällen (subsidiäre) Bedeutung, in denen ein zur Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe an sich Berechtigter rechtswidrig hergestellte Vervielfältigungsstücke benutzt.

Im Streitfall war der Beklagte mangels Einwilligung der Klägerin nicht zur öffentlichen Wiedergabe berechtigt; er hat sich daher bereits nach §§ 15 Abs. 2 Nr. 3, 21, 97 UrhG schadensersatzpflichtig gemacht. § 96 Abs. 1 UrhG ist somit nicht anwendbar.

Die gegenteilige Auffassung der Anschlußrevision würde dazu führen, daß der Verletzer für ein und dieselbe Wiedergabehandlung doppelt in Anspruch genommen werden könnte. Dies ist vom Gesetz ersichtlich nicht gewollt.

Die von der Anschlußrevision angeführten Schwierigkeiten der Klägerin, die für die Herstellung der Vervielfältigungsstücke angemessene Vergütung durchzusetzen, können im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden. Das Berufungsgericht hatte keine Veranlassung, den Fall in Betracht zu ziehen, daß ein Hersteller Vervielfältigungsstücke zwar für den privaten Gebrauch veräußert, diese dann aber vom Erwerber gleichwohl zur öffentlichen Wiedergabe benutzt werden. Auf eine solche Fallgestaltung ist die Klage nicht gestützt.

2. Ohne Rechtsverstoß und von der Anschlußrevision unbeanstandet hat das Berufungsgericht weiter festgestellt, daß dem Beklagten auch keine Teilnahme an der Vervielfältigung angelastet werden kann.

Soweit die Anschlußrevision erstmals in der Revisionsinstanz anführt, der Beklagte habe auch eine Hehlerei nach § 259 StGB begangen und sich daher nach § 823 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig gemacht, ist dem entgegenzuhalten, daß es insoweit an tatrichterlichen Feststellungen fehlt. Es kann unerörtert bleiben, ob die rechtswidrige Vervielfältigung und Verbreitung von Video-Kassetten überhaupt als Vortat im Sinne des § 259 StGB zu beurteilen ist. Denn es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß der Beklagte wußte oder den Umständen nach annehmen mußte, die Vervielfältigungsstücke seien mittels einer strafbaren Handlung erlangt.

3. Entgegen der von der Anschlußrevision vertretenen Ansicht ist die vom Berufungsgericht abgewiesene Klageforderung auch nicht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 97 Abs. 3 UrhG i. V. m. § 812 Abs. 1 BGB) begründet. Den Feststellungen des Berufungsgerichts läßt sich nicht entnehmen, daß zwischen dem Urheber und dem Beklagten eine unmittelbare Vermögensverschiebung erfolgt ist. Es ist nicht ersichtlich, daß der Beklagte durch einen einheitlichen Vorgang, nämlich den Kauf der Tonfilmkopien, die dem Urheber für die Vervielfältigung zustehende Lizenzgebühr erspart hat. Schuldner der Lizenzgebühr ist primär der Hersteller des Vervielfältigungsstücks. Daran hat sich auch durch den Verkauf nichts geändert. Im übrigen ist von der Klägerin auch nicht substantiiert vorgetragen worden, daß der Beklagte einen um die Lizenzgebühr ermäßigten Kaufpreis gezahlt und damit Aufwendungen in Höhe der abgewiesenen Klageforderung erspart hat.

IV. Nach alledem waren die Revision und die Anschlußrevision mit der Kostenfolge aus §§ 97 Abs. 1, 92 ZPO zurückzuweisen.

v. Gamm

Merkel

Erdmann

Teplitzky

Scholz-Hoppe