BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 299/02

Verkündet am:
19. Mai 2005
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja
BGHR : ja

PRO-Verfahren

UrhWG § 7 Satz 3; BGB § 315

a) Die GEMA hat aufgrund ihrer Berechtigungsverträge mit den Wahrnehmungsberechtigten das Recht, gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen, was an die Berechtigten jeweils als dasjenige herauszugeben ist, was aus der Auswertung der treuhänderisch wahrgenommenen Nutzungsrechte erlangt ist.

b) Die GEMA ist auch dann, wenn sie es unter Verstoß gegen Pflichten aus § 7 Satz 3 UrhWG versäumt haben sollte, die Grundsätze für die Verteilung der Erlöse in ihrer Satzung festzulegen, den Berechtigten gegenüber verpflichtet und gemäß ihrem Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 BGB) berechtigt, die Erlöse aus der Rechtswahrnehmung nach billigem Ermessen zu verteilen.

c) Zur Berechtigung der GEMA, die für die Verteilung der Erlöse maßgebliche Gesamtzahl der Aufführungen von Werken der Unterhaltungsmusik (sog. U-Musik) mit Hilfe eines statistischen Hochrechnungsverfahrens (hier des sog. PRO-Verfahrens) zu ermitteln.

BGH, Urt. v. 19. Mai 2005 - I ZR 299/02 - Kammergericht
LG Berlin

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Mai 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant und Dr. Büscher

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 8. Juli 2002 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Gitarrist und Komponist von Unterhaltungsmusik (U-Musik), die er auch selbst bundesweit aufführt.

Die beklagte GEMA ist die einzige in der Bundesrepublik Deutschland bestehende Wahrnehmungsgesellschaft für musikalische Aufführungsrechte und mechanische Vervielfältigungsrechte. In der Rechtsform eines wirtschaftlichen Vereins kraft Verleihung verwaltet sie Nutzungsrechte und Vergütungsansprüche, die ihr treuhänderisch von den Berechtigten (Komponisten, Textdich-

tern, Bearbeitern und Musikverlegern) in einem sog. Berechtigungsvertrag eingeräumt oder an sie abgetreten worden sind.

Die Beklagte unterscheidet gemäß §§ 6 und 7 ihrer Satzung (im folgenden: GEMA-Satzung) je nach Aufkommen und Dauer der Mitgliedschaft zwischen angeschlossenen, außerordentlichen und ordentlichen Mitgliedern: Angeschlossenes Mitglied wird der Betreffende mit der Unterzeichnung des Berechtigungsvertrages, außerordentliches nach Durchlaufen des Aufnahmeverfahrens. Die ordentliche Mitgliedschaft setzt u.a. eine fünfjährige außerordentliche Mitgliedschaft und ein bestimmtes Mindestaufkommen voraus.

Die Beklagte verteilt die Einnahmen aus der Auswertung der ihr eingeräumten oder übertragenen Rechte auf der Grundlage eines Verteilungsplans an ihre Mitglieder. Die Beschlußfassung über Änderungen des Verteilungsplans obliegt der Mitgliederversammlung (§ 10 Nr. 6 Buchst. g GEMA-Satzung). In § 6 Buchst. a des Berechtigungsvertrages ist geregelt:

> "Satzung wie Verteilungsplan, auch soweit künftig die Satzung oder der Verteilungsplan geändert werden sollte, bilden einen Bestandteil dieses Vertrages.
>
> Beschließt die Mitgliederversammlung in Zukunft Abänderungen des Berechtigungsvertrages, so gelten auch diese Abänderungen als Bestandteil des Vertrages."

Die Erträge aus der Verwertung des Aufführungsrechts verteilt die Beklagte nach Abzug der Verwaltungskosten auf der Grundlage eines zweistufigen Verfahrens, einem vor allem ertragsorientierten Lizenzabrechnungsverfahren als erster Stufe und einem - auch die kulturelle Förderungswürdigkeit der Werke berücksichtigenden - Wertungsverfahren. Die Höhe der Erlösbeteiligung bemißt

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

sich maßgeblich nach der Zahl der Aufführungen der Werke des betreffenden Mitglieds.

Über die Ermittlung der Aufführungszahlen der Werke bestimmt Abschnitt V. Nr. 1 der "Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan":

> "Die GEMA stellt in den Sparten E, ED, EM, BM, U, UD und VK alljährlich für jedes Werk die Zahl der Aufführungen anhand der bei ihr eingegangenen verwertbaren Programme und Angaben über abgehaltene Aufführungen fest."

Die Programme ("Musikfolgen") sind grundsätzlich von dem Veranstalter einzureichen. Dem Bezugsberechtigten ist es untersagt, auf die Ausfüllung der Programme Einfluß zu nehmen oder Programme selbständig oder im Auftrag auszufüllen. Ausgenommen von diesem Verbot sind u.a. diejenigen Bezugsberechtigten, die als ausübende Berufsmusiker tätig sind (Abschnitt III. Nr. 3 der Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan). Von dieser Möglichkeit, Programme selbst einzureichen, machte der Kläger Gebrauch.

Im Bereich der U-Musik ging die Beklagte davon aus, daß nur für ein Siebtel der tatsächlich stattfindenden Aufführungen Programme eingereicht werden. Sie ermittelte vor dem Jahr 1998 die Aufführungszahlen für die Verteilung der Erträge in dieser Sparte durch ein Hochrechnungsverfahren, bei dem sie unterschiedslos jede durch ein Programm belegte Werkaufführung (auch solche von Selbstaufführern) siebenfach berechnete.

Aufgrund einer Entscheidung ihrer Verwaltung (Anordnung von Vorstand und Aufsichtsrat) ermittelt die Beklagte die Aufführungszahlen mit Wirkung vom 1. Januar 1998 nach dem sog. PRO-Verfahren. Dieses von Prof. Dr. A. entwickelte Verfahren beruht u.a. auf der Annahme, daß das alte lineare Hoch-

rechnungsverfahren zu Stichprobenverzerrungen geführt habe; es habe vor allem diejenigen Urheber ungerechtfertigt begünstigt, die (auch) ihre eigenen Werke aufführten und daher darauf achteten, daß diese der Beklagten stets vollständig gemeldet würden.

Das PRO-Verfahren ermittelt die Aufführungshäufigkeit wie folgt: Zunächst werden die in den verwertbaren Programmen angegebenen Aufführungen eines Werkes (genauer: einer Werkversion) gezählt. In einem zweiten Schritt werden die Aufführungszahlen der nicht durch Programme belegten Werkaufführungen hinzugerechnet. Deren Anzahl wird mit Hilfe des sog. PRO-Faktors ermittelt. Anders als das frühere lineare Hochrechnungsverfahren berücksichtigt das PRO-Verfahren nicht allein die Zahl der durch Programme belegten Aufführungen, sondern auch weitere, ebenfalls den Programmen entnommene Umstände wie die Verteilung der Aufführungsorte auf die Verwaltungsbezirke der Beklagten (GEMA-Bezirke) und die Verteilung der Aufführungszeiten auf die Kalendermonate. Im einzelnen wird der sog. PRO-Faktor wie folgt bestimmt:

Aus der Anzahl der Aufführungsorte und der Anzahl der Aufführungszeiten wird zunächst ein Gewichtungsfaktor (Matrix-Kennzahl) gebildet, der mindestens 1 (ein Monat in einem GEMA-Bezirk) und maximal 144 betragen kann (zwölf Monate in zwölf GEMA-Bezirken). Dabei geht die Beklagte auch nach Schließung ihrer Bezirksdirektionen in Düsseldorf und Köln von zwölf Regionen aus. Die Anzahl der Aufführungen einer Werkversion wird mit ihrer jeweiligen Matrix-Kennzahl multipliziert. Diese Hochrechnung wird anschließend durch einen Normierungsfaktor ausgeglichen, da die Anzahl der Aufführungen infolge der Gewichtung rein rechnerisch ansteigt. So wird gegenwärtig entsprechend dem rechnerischen Anstieg der Aufführungszahl auf das 59-fache die zuvor ermittelte Aufführungszahl durch 59 geteilt. Das wechselnde Verhältnis der

durch Programme belegten Aufführungen zu den nicht belegten Aufführungen (derzeit 1/7 zu 6/7) wird dadurch berücksichtigt, daß die gewichtete Hochrechnung nur auf die nicht durch Programme belegten Aufführungen angewandt wird. Die Multiplikation der Matrix-Kennzahl mit dem Normierungsfaktor sowie mit dem Anteil der nicht durch Programme belegten Aufführungen ergibt nach Hinzurechnung des Anteils der durch Programme belegten Aufführungen den PRO-Faktor. Die Zahl aller Aufführungen eines Werkes wird durch Multiplikation der Anzahl der durch Programme belegten Aufführungen mit dem PRO-Faktor ermittelt.

Der Kläger war im Geschäftsjahr 1998 außerordentliches Mitglied der Beklagten. Für die Aufführungen seiner Werke in diesem Jahr erhielt er Zahlungen in Höhe von insgesamt 18.256,14 DM.

Der Kläger ist der Ansicht, das PRO-Verfahren dürfe bei der Verteilung nicht angewendet werden, da es nicht durch Beschluß der Mitgliederversammlung eingeführt worden sei. Das PRO-Verfahren gehe zudem von unzutreffenden Annahmen aus und benachteilige angeschlossene und außerordentliche Mitglieder zugunsten derjenigen, die als Urheber von Standardrepertoire bereits ordentliche Mitglieder der Beklagten seien. Der Kläger trägt vor, er habe durch das PRO-Verfahren im Jahr 1998 Einkünfte in Höhe von 15.955,86 DM eingebüßt. Mit seiner Klage begehrt er - nach Rücknahme eines weitergehenden Klageantrags in Höhe von 2.582,38 DM - die Zahlung dieses Betrags mit Zinsen.

Die Beklagte hat die Anwendung des PRO-Verfahrens verteidigt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Berlin ZUM-RD 2001, 402).

Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben (Kammergericht ZUM 2003, 308).

Mit seiner (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

A. Das Berufungsgericht hat den Zahlungsanspruch des Klägers als unbegründet angesehen. Es könne dahinstehen, ob dem Kläger durch die Einführung des PRO-Verfahrens tatsächlich Einkünfte in der von ihm errechneten Höhe entgangen seien. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Das PRO-Verfahren habe ohne Änderung des zwischen den Parteien geschlossenen Berechtigungsvertrages eingeführt werden können, da der Verteilungsplan der Beklagten einschließlich künftiger Änderungen Bestandteil des Berechtigungsvertrages sei. Dies ergebe sich aus § 6 Buchst. a des Berechtigungsvertrages. Diese Bestimmung sei so auszulegen, daß nicht nur der Verteilungsplan und seine Ausführungsbestimmungen, sondern auch Festlegungen, die für die sachgerechte Verteilung des Aufkommens notwendig seien, im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander gelten sollten, soweit sie einer ordnungsgemäßen Willensbildung nach den Satzungsbestimmungen der Beklagten entsprächen. Die Willensbildung innerhalb der Beklagten hinsichtlich der Verteilung des Aufkommens an die Mitglieder dürfe nicht davon abhängen, ob in jedem Einzelfall eine (rechtzeitige) Zustimmung aller Berechtigten eingeholt werden könne.

Die Beklagte habe das PRO-Verfahren ohne Beschlußfassung der Mitgliederversammlung aufgrund eines ihr vertraglich eingeräumten Leistungsbestimmungsrechts einführen dürfen. Die Art und Weise der Ermittlung der Aufführungszahl gehöre nicht zu den allgemeinen Grundsätzen des Verteilungsplans, die in der Satzung zu regeln seien.

Die Einführung des PRO-Verfahrens sei auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Es könne offenbleiben, ob dieses Verfahren die beste denkbare Methode sei, um die Aufführungszahlen als Grundlage einer sachgerechten Ausschüttung zu ermitteln. Jedenfalls sei es nicht unsachgerecht und insbesondere geeignet, dem Problem der Selbstaufführer besser Rechnung zu tragen als das frühere Verfahren.

Die Aufführungszahlen könnten nicht lediglich anhand der eingegangenen Programme festgestellt werden, da diese nur einen eher geringen Teil der tatsächlichen Aufführungen erfaßten. Bei Fremdaufführern sei die Dunkelziffer ganz erheblich höher als bei Selbstaufführern, die ihre eigenen Aufführungen vollständig durch Programme bei der Beklagten zur Verteilung anmelden könnten. Diesem Mißstand wirke das PRO-Verfahren durch das Abstellen auf Zeit und Ort der Veranstaltungen entgegen. Der Anwendung des Verfahrens stehe nicht entgegen, daß es weitere Verbesserungsmöglichkeiten geben könne. Der Kläger räume ein, daß das PRO-Verfahren tendenziell genauer als das frühere Hochrechnungsverfahren und nicht willkürlich eingeführt worden sei.

Der Kläger habe nicht dargelegt, daß er durch das PRO-Verfahren in relevantem Umfang bei der Verteilung benachteiligt werde. Der Umstand, daß auch Aufführungen von Werken des Klägers (etwa in sog. Szene-Clubs) teilweise nicht durch Programme erfaßt würden, stelle das PRO-Verfahren nicht in

Frage. Schon gar nicht werde der Kläger dadurch benachteiligt, daß das PRO-Verfahren darauf abstelle, ob Aufführungen im Bereich verschiedener Bezirksdirektionen der Beklagten stattgefunden hätten. Für den Kläger sei dies eher günstig, da er in Wuppertal wohne und von dort aus leicht Aufführungsstätten in den Gebieten mehrerer Bezirksdirektionen erreichen könne. Von der Beklagten könne nicht verlangt werden, Aufführungen lückenlos durch Einforderung von Programmen zu erfassen.

Die Klage könne auch nicht deshalb Erfolg haben, weil die Beklagte nicht alles tue, was nötig sei, um die Zahl der eingereichten Programme zu erhöhen, z.B. durch Verstärkung von Kontrollen oder durch Vereinbarung von Vertragsstrafen. Auch wenn angenommen werde, daß die Beklagte derartige Maßnahmen pflichtwidrig unterlassen habe, sei jedenfalls nicht ersichtlich, daß die Einkünfte des Klägers für das Jahr 1998 deshalb geringer ausgefallen seien. Denn der Kläger räume ein, daß er weithin Selbstaufführer sei und somit jedenfalls für seine eigenen Veranstaltungen lückenlos Musikfolgen einreichen könne. Seine Werke seien zudem virtuos angelegt und könnten nur von wenigen gespielt werden. Da der Kläger diese zum Teil kenne, könne er erreichen, daß Programme weitgehend vollständig eingereicht würden.

Auf den Fortbestand des früheren, von der Beklagten nicht bekannt gemachten Hochrechnungsverfahrens habe der Kläger schon deshalb nicht vertrauen können, weil es ihm unbekannt geblieben sei.

B. Die Revisionsangriffe des Klägers gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts bleiben ohne Erfolg.

I. Die geltend gemachte Nachforderung für das Geschäftsjahr 1998 kann nicht aus dem Berechtigungsvertrag (i.V. mit §§ 675, 667 BGB) hergeleitet werden.

1. Ein Berechtigter hat nach dem Berechtigungsvertrag einen Anspruch gegen die Beklagte, mit einem Anteil an ihren Einnahmen beteiligt zu werden, der den Erlösen entspricht, der durch die Auswertung seiner Rechte erzielt wurde. Bei der Wahrnehmung des Aufführungsrechts ist dies allerdings nicht in der Weise möglich, daß die Erlöse jeweils genau den Aufführungen der einzelnen Werke zugeordnet werden. Angesichts der Vielzahl von Werknutzern kann das Aufführungsrecht im allgemeinen wirksam nur kollektiv für die Gesamtheit der Berechtigten und mit pauschalierenden Vergütungssätzen wahrgenommen werden. Die Beklagte kann dementsprechend das aus der treuhänderischen Auswertung der Rechte Erlangte an die einzelnen Berechtigten nur in der Weise herausgeben, daß nach bestimmten allgemeinen Verteilungsgrundsätzen jeweils ein möglichst leistungsgerechter Anteil an den Einnahmen ausgeschüttet wird.

2. Die Beklagte war aufgrund des Leistungsbestimmungsrechts (§ 315 BGB), das ihr nach ihrem Berechtigungsvertrag mit dem Kläger zusteht, befugt, die Aufführungszahlen für die Werke des Klägers, die sie der Erlösverteilung für das Geschäftsjahr 1998 zugrunde gelegt hat, mit Hilfe des PRO-Verfahrens zu ermitteln.

a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann nicht angenommen werden, daß die Anwendung des PRO-Verfahrens bereits im Berechtigungsvertrag selbst als Mittel zur Feststellung der Aufführungszahlen vereinbart ist.

aa) Der Berechtigungsvertrag regelt selbst nicht, in welcher Weise die Zahl der Werkaufführungen als Grundlage für die Erlösverteilung zu ermitteln ist. Eine solche Regelung findet sich ebensowenig in der Satzung und im Verteilungsplan der Beklagten, die nach § 6 Buchst. a des Berechtigungsvertrages auch mit künftigen Änderungen Bestandteil des Berechtigungsvertrages sein sollen. Abschnitt V. Nr. 1 der Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan bestimmt nur, daß die Zahl der Werkaufführungen anhand der eingegangenen verwertbaren Programme und der Angaben über abgehaltene Aufführungen festzustellen ist, regelt jedoch nicht, wie die Erlöse zu verteilen sind, die auf Werkaufführungen entfallen, für die keine verwertbaren Programme vorliegen.

bb) Das PRO-Verfahren ist durch eine Verwaltungsentscheidung der Beklagten (durch Anordnung von Vorstand und Aufsichtsrat) eingeführt worden. Solche Festlegungen werden nicht gemäß § 6 Buchst. a des Berechtigungsvertrages dessen Bestandteil. Es kann danach offenbleiben, ob Änderungen des Berechtigungsvertrages oder des Verteilungsplans, die nach Abschluß eines Berechtigungsvertrages beschlossen worden sind, ohne weiteres aufgrund der allgemeinen Verweisung in § 6 Buchst. a des Berechtigungsvertrages dessen Bestandteil werden konnten, und eine derartige Einbeziehungsklausel mit den §§ 2 ff. AGBGB (nunmehr §§ 305 ff. BGB) vereinbar war (vgl. BGH, Urt. v. 13.12.2001 - I ZR 41/99, GRUR 2002, 332, 333 = WRP 2002, 442 - Klausurerfordernis; Zeisberg in HK-UrhR, § 6 WahrnG Rdn. 13; Augenstein, Rechtliche Grundlagen des Verteilungsplans urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften, 2004, S. 101 ff., jeweils m.w.N.).

Die sich aus dem Berechtigungsvertrag ergebenden Rechtsbeziehungen betreffend die Einräumung oder Übertragung von Nutzungsrechten an die Beklagte und die Teilhabe an den Erlösen, sind - entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung - nicht körperschaftsrechtlicher Natur, sondern dem individual-

rechtlichen Bereich zuzurechnen. Sie regeln - auch im Verhältnis zu vereinsrechtlichen Mitgliedern der Beklagten - nicht das mitgliedschaftliche Verhältnis, sondern die schuldrechtliche treuhänderische Beziehung (vgl. BGHZ 136, 394, 396 f. zu Versicherungsbedingungen eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit; Mauhs, Der Wahrnehmungsvertrag, 1991, S. 59; Riesenhuber, Die Auslegung und Kontrolle des Wahrnehmungsvertrags, 2004, S. 30 ff.; Augenstein aaO S. 74 f.; a.A. Loewenheim/Melichar, Handbuch des Urheberrechts, § 47 Rdn. 23). Die entsprechenden Regelungen des Berechtigungsvertrages sind bundesweit angewandte Allgemeine Geschäftsbedingungen (vgl. BGH GRUR 2002, 332, 333 - Klausurerfordernis). Der Senat kann diese deshalb ohne Bindung an die Auslegung des Berufungsgerichts selbst auslegen (vgl. BGHZ 149, 337, 353; BGH, Urt. v. 29.1.2003 - VIII ZR 300/02, NJW-RR 2003, 926, 927).

Nach dem Wortlaut des § 6 Buchst. a des Berechtigungsvertrages bilden nur Satzung und Verteilungsplan Bestandteile dieses Vertrages. Die Auslegung des Berufungsgerichts, daß diese Bestimmung auch für Festlegungen zur Verteilung des Aufkommens gelte, die einseitig von Verwaltung und Aufsichtsrat der Beklagten getroffen werden, ist bereits mit ihrem Wortlaut nicht zu vereinbaren. Sie entspricht auch nicht dem Grundsatz der beiderseits interessengerechten Auslegung. Die Berechtigten haben ein erhebliches Interesse daran, daß der Inhalt des Berechtigungsvertrages selbst hinsichtlich der Grundsätze, nach denen die Verteilung vorzunehmen ist, nicht einseitig nach dem Abschluß des einzelnen Berechtigungsvertrages durch Verwaltungsentscheidung verändert werden kann (vgl. zum Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten sogleich nachstehend).

b) Obwohl die Anwendung des PRO-Verfahrens somit nicht Inhalt des Berechtigungsvertrages zwischen den Parteien geworden ist, war die Beklagte

dem Kläger gegenüber befugt, dieses Verfahren zur Bestimmung der Aufführungszahlen für das Geschäftsjahr 1998 anzuwenden.

aa) Die Beklagte hat - wie das Berufungsgericht in seiner weiteren Urteilsbegründung zutreffend angenommen hat - aufgrund der Berechtigungsverträge das Recht, gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen, was an die Berechtigten jeweils als dasjenige herauszugeben ist, was aus der Auswertung der treuhänderisch wahrgenommenen Nutzungsrechte erlangt ist. Dieses Leistungsbestimmungsrecht ist zwar nicht ausdrücklich vereinbart, folgt aber aus Sinn und Zweck des Berechtigungsvertrages. Die Beklagte kann - wie dargelegt - das, was sie aus der Auswertung des Gesamtrepertoires an Aufführungsrechten erlangt hat, nicht jeweils den einzelnen Werknutzungen und damit den einzelnen Berechtigten genau zuordnen. Sie muß - wovon auch § 7 UrhWG ausgeht - Regeln für die Verteilung der Erlöse aufstellen. Dabei muß ihr unvermeidbar ein Ermessen zugebilligt werden.

bb) Die Anwendung des PRO-Verfahrens für das Geschäftsjahr 1998 setzte als Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts gemäß § 315 BGB - entgegen der Ansicht der Revision - nicht voraus, daß dieses Verfahren durch Beschluß der Mitgliederversammlung in die Satzung und in den Verteilungsplan aufgenommen wurde.

Das Vorgehen der Beklagten, das PRO-Verfahren nur durch Verwaltungsentscheidung (durch Anordnung von Vorstand und Aufsichtsrat) einzuführen und nicht auch in der Satzung zu regeln, erscheint allerdings im Hinblick auf die Anforderungen, die sich aus § 7 UrhWG hinsichtlich der Festlegung der Verteilungsgrundlagen ergeben, bedenklich. Das PRO-Verfahren betrifft nicht lediglich Modalitäten der verwaltungsmäßigen Abwicklung der Erlösverteilung, sondern hat - ebenso wie das zuvor angewandte Hochrechnungsverfahren - erheb-

lichen Einfluß darauf, in welchem Umfang Werkaufführungen bei der Erlösverteilung berücksichtigt werden. Dies spricht dafür anzunehmen, daß die Anwendung dieses Verfahrens in den satzungsmäßigen Formen beschlossen werden muß, die für den Verteilungsplan gelten.

Im vorliegenden Verfahren kann dies jedoch dahinstehen. Es ist Sache der Aufsichtsbehörde darauf zu achten, daß die Beklagte als Verwertungsgesellschaft ihren Pflichten aus § 7 UrhWG nachkommt (§ 19 Abs. 1 UrhWG). Ein Verstoß gegen Pflichten aus § 7 Satz 3 UrhWG ändert nichts daran, daß die Beklagte auch dann, wenn sie es versäumt hat, die Grundsätze für die Verteilung der Erlöse in ihrer Satzung festzulegen, den Berechtigten gegenüber verpflichtet und gemäß ihrem Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 BGB) berechtigt ist, die Erlöse aus der Rechtswahrnehmung zu verteilen. Dies gilt schon deshalb, weil vereinsrechtliche Mängel der internen Willensbildung der Beklagten im Verhältnis zu den Berechtigten, die vereinsrechtlich nicht zu ihren Mitgliedern gehören, keine Wirkung haben können.

cc) Die Revisionsangriffe des Klägers gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte ihm gegenüber bei der Erlösverteilung für das Geschäftsjahr 1998 das PRO-Verfahren nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB anwenden durfte, bleiben ohne Erfolg.

(1) Die Vertragspartei, die gemäß § 315 Abs. 1 BGB die Bestimmung zu treffen hat, hat dies nach billigem Ermessen zu tun. Dabei ist nicht nur ein einziges "richtiges" Ergebnis denkbar. Dem Bestimmungsberechtigten steht ein Ermessensspielraum zu; die Bestimmung ist erst dann durch das Gericht zu ersetzen, wenn die durch § 315 Abs. 3 BGB - mit dem Hinweis auf die Billigkeit - gezogenen Grenzen überschritten sind, nicht dagegen schon dann, wenn das Gericht eine andere Festsetzung für richtig hält (vgl. BGH, Urt. v. 24.6.1991

- II ZR 268/90, NJW-RR 1991, 1248, 1249; MünchKomm.BGB/Gottwald, 4. Aufl., § 315 Rdn. 49; Erman/Hager, BGB, 11. Aufl., § 315 Rdn. 18, jeweils m.w.N.).

(2) Die Beklagte ist verpflichtet, bei der Verteilung der Einkünfte, soweit dies sinnvoll ist, zu berücksichtigen, in welchem Umfang die einzelnen Werke genutzt worden sind. Als Verwertungsgesellschaft ist die Beklagte gegenüber den Berechtigten jedoch auch zu einer wirtschaftlich sinnvollen Auswertung der ihr treuhänderisch eingeräumten Nutzungsrechte verpflichtet. Der damit verbundenen Verpflichtung, ihren Verwaltungsaufwand in einem angemessenen Verhältnis zu den Einnahmen zu halten, entspricht es, daß die Beklagte bei der Verteilung der Einnahmen in gewissem Umfang typisieren und pauschalieren muß (vgl. BGH, Beschl. v. 3.5.1988 - KVR 4/87, GRUR 1988, 782, 783 = WRP 1989, 85 - GEMA-Wertungsverfahren; BGH GRUR 2002, 332, 335 - Klausurerfordernis; BGH, Urt. v. 4.3.2004 - I ZR 244/01, GRUR 2004, 767, 769 = WRP 2004, 1184 - Verteilung des Vergütungsaufkommens; vgl. dazu auch BVerfG ZUM 1997, 555; Schricker/Reinbothe, Urheberrecht, 2. Aufl., § 7 WahrnG Rdn. 6; Schulze in Dreier/Schulze, UrhG, § 7 UrhWG Rdn. 6; Zeisberg aaO § 7 WahrnG Rdn. 9; Vogel, GRUR 1993, 513, 522).

(3) Die Anwendung des PRO-Verfahrens bei der Erlösverteilung widerspricht entgegen der Ansicht der Revision nicht deshalb billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB, weil es als statistisches Hochrechnungsverfahren die genaue Feststellung der Gesamtzahl an Aufführungen der einzelnen Werke ersetzt. Bei dem PRO-Verfahren werden die eingereichten Programme, die nur einen Teil der tatsächlich durchgeführten Veranstaltungen erfassen, als Stichprobe betrachtet, von der - anhand bestimmter Annahmen - auf die Zahl der Aufführungen einzelner Werke insgesamt hochgerechnet wird. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob die Beklagte vertragswidrig gehan-

delt hat, wenn sie nicht alles ihr Mögliche getan hat, um von den Veranstaltern zu erreichen, daß für alle Veranstaltungen Programme eingereicht werden. Auch wenn dies angenommen wird, konnte die Erlösverteilung für das Geschäftsjahr 1998 jedenfalls nur auf der Grundlage der tatsächlich vorliegenden Programme durchgeführt werden, da die nachträgliche Einforderung von Programmen unverhältnismäßig aufwendig und allenfalls teilweise erfolgreich gewesen wäre. Die Gesamtzahl der Aufführungen als Grundlage der Erlösverteilung mußte deshalb unvermeidlich mit Hilfe irgendeines Hochrechnungsverfahrens bestimmt werden.

(4) Nach der rechtsfehlerfreien Beurteilung des Berufungsgerichts ist das PRO-Verfahren, jedenfalls soweit es sich auf die Einkünfte des Klägers im Geschäftsjahr 1998 ausgewirkt hat, auch inhaltlich nicht unbillig. Dieses Verfahren beruht auf dem Grundgedanken, daß überdurchschnittlich oft durch Programme belegte Aufführungen (insbesondere Aufführungen von Selbstaufführern) anders als Aufführungen von Standardrepertoire vorwiegend in einem regional und zeitlich begrenzten Bereich stattfinden.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nicht die abstrakte Prüfung des PRO-Verfahrens, sondern nur die Frage, ob gerade der Kläger in seiner besonderen Situation, wie sie vom Berufungsgericht festgestellt worden ist, durch die Anwendung des PRO-Verfahrens im Geschäftsjahr 1998 unbillig benachteiligt worden ist. Bei dieser Prüfung können zudem nur zulässige Revisionsrügen berücksichtigt werden. Das neue Tatsachenvorbringen des Klägers im Revisionsverfahren ist dementsprechend für die Entscheidung unerheblich.

Der Umstand, daß die Aufgabe des früher angewandten linearen Hochrechnungsverfahrens zugunsten des PRO-Verfahrens bei dem Kläger zu einem erheblichen Rückgang seiner Einkünfte geführt hat, spricht nicht dagegen, daß

dieses Verfahren ihm gegenüber angewendet werden durfte. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts hat das frühere lineare Hochrechnungsverfahren zu Unrecht Berechtigte begünstigt, die ihre Werke selbst aufführen, weil diese ihre eigenen Aufführungen der Beklagten vollständig durch Programme melden. Eine Hochrechnung der Zahl dieser Aufführungen allein nach dem Verhältnis der insgesamt durch Programme belegten Veranstaltungen zu den festgestellten Veranstaltungen (früher mit dem Faktor 7) ist danach bei den sog. Selbstaufführern sachwidrig.

Die Revision kann demgegenüber nicht mit ihrem Vorbringen Erfolg haben, in der Folgezeit habe Prof. Dr. A. , der das PRO-Verfahren entwikkelt habe, eingestehen müssen, daß Prämissen, die dem Verfahren zugrunde lägen, nicht zuträfen. Dies gilt schon deshalb, weil nicht geltend gemacht wird, daß Beweisangebote zur Feststellung solcher Umstände übergangen worden seien. Zudem ist nicht vorgetragen, daß die Einkünfte des Klägers im Geschäftsjahr 1998 bei einer zutreffenden Korrektur solcher Prämissen höher gewesen wären. Dazu kommt, daß die Anwendung des PRO-Verfahrens auch nicht deshalb billigem Ermessen widerspricht, weil dieses Verfahren weiter verbessert werden kann. Die Beklagte ist als Verwertungsgesellschaft verpflichtet, ihr Verfahren zur Ermittlung der Aufführungszahlen soweit möglich und sinnvoll weiterzuentwickeln, um an alle Berechtigten leistungsgerechter ausschütten zu können. Die Umstellung auf ein neues Verfahren ist aber nicht deswegen vertragswidrig, weil es zwar genauer als das bisherige Verfahren, aber noch nicht die denkbar beste Lösung ist (vgl. dazu auch BGH GRUR 1988, 782, 783 - GEMA-Wertungsverfahren).

II. Dem Kläger steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch auch nicht als Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Berechtigungsvertrages zu.

1. Aus der Verpflichtung der Beklagten, das Aufkommen aus der Auswertung ihres Repertoires nach Möglichkeit leistungsgerecht auszuschütten, folgt allerdings ihre Pflicht, die dafür notwendigen tatsächlichen Ermittlungen durchzuführen. Diese Pflicht wird jedoch dadurch begrenzt, daß die Beklagte als Treuhänderin der Berechtigten auch darum bemüht sein muß, ihren Verwaltungsaufwand in einem angemessenen Verhältnis zu den Erträgen und zu dem damit erreichbaren Mehr an Verteilungsgerechtigkeit zu halten. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte nicht alles tut, um die Zahl der eingereichten Programme zu erhöhen, beinhaltet daher - entgegen der Ansicht der Revision - nicht ohne weiteres, daß die Beklagte damit eine Vertragspflicht gegenüber den Berechtigten verletzt hätte. Umstände, aus denen sich ergeben könnte, daß dies der Fall ist, legt die Revision nicht dar.

Die Revision bringt zudem nicht schlüssig vor, daß gerade auch der Kläger im Verhältnis zu den anderen Berechtigten bei der Erlösverteilung für das Geschäftsjahr 1998 dadurch benachteiligt worden ist, daß sich die Beklagte nicht verstärkt um die Einreichung von Programmfolgen bemüht hat. Da der Kläger weithin Selbstaufführer ist, konnte er jedenfalls bei seinen eigenen Veranstaltungen dafür sorgen, daß lückenlos Programme eingereicht werden. Bei Werkaufführungen durch die wenigen anderen Künstler, die seine virtuos angelegten Werke spielen können, konnte der Kläger erreichen, daß der Beklagten Programme weitgehend vollständig zugeleitet werden. Bei dieser Sachlage kann sich der Kläger nicht darauf berufen, daß er unter Beweis gestellt habe, daß drei Musiker Werke von ihm aufgeführt hätten, ohne daß dies durch Programme belegt sei. Die Anwendung des PRO-Verfahrens als eines Hochrechnungsverfahrens soll ausgleichen, daß bei der Erlösverteilung nur für einen Teil der Veranstaltungen Programme vorliegen. Daß dies bei Werken des Klägers im Geschäftsjahr 1998 verhältnismäßig häufiger der Fall gewesen sei als bei den Werken anderer Berechtigter bringt die Revision nicht vor.

2. Die Beklagte hat auch nicht deshalb vertragswidrig gehandelt, weil sie erst Mitte 1998 mitgeteilt hat, daß sie das PRO-Verfahren rückwirkend zum 1. Januar 1998 einführen werde. Es ist grundsätzlich unbedenklich, wenn Änderungen der für die Erlösverteilung maßgeblichen Grundsätze auf alle noch nicht abgeschlossenen Vorgänge angewendet werden, wenn dies dazu dienen kann, weitere Unvollkommenheiten und Unbilligkeiten zu vermeiden (vgl. BGH GRUR 1988, 782, 783 - GEMA-Wertungsverfahren). Es mag sein, daß der Kläger dadurch gehindert wurde, den auf der Umstellung des Hochrechnungsverfahrens beruhenden Rückgang seiner Einkünfte teilweise dadurch zu kompensieren, daß er Zeit und Ort seiner Konzerte an die Vorgaben des PRO-Verfahrens anpaßte. Die Beklagte ist jedoch verpflichtet, das Aufkommen möglichst leistungsgerecht zu verteilen. Ein Berechtigter, der seine Werke selbst aufführt, hat keinen Anspruch darauf, daß ihm ermöglicht wird, sein Aufführungsverhalten den Kriterien anzupassen, die für die Ermittlung der Aufführungszahlen im Wege der Hochrechnung maßgebend sind, um so einen verhältnismäßig größeren Anteil am Aufkommen zu erhalten. Auf den Fortbestand des früheren linearen Hochrechnungsverfahrens konnte der Kläger im übrigen schon deshalb nicht vertrauen, weil es ihm nicht bekannt war.

C. Danach war die Revision des Klägers auf seine Kosten zurückzuweisen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Ullmann v. Ungern-Sternberg Bornkamm

Pokrant Büscher