

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

LitUrhG § 2 Abs. 2; UWG § 1; BGB § 826 Gl'd

Künstlerlizenz bei öffentlicher Wieder-
gabe von Rundfunksendungen

Die öffentliche Hörbarmachung von Rundfunkmusik in Gaststätten bedarf der Erlaubnis der ausübenden Künstler, deren Wiedergabeleistung dargeboten wird. Dies gilt sowohl für Tonträger- wie für Direktübertragungen (sog. Livesendungen).

BGH, Urt. v. 31. Mai 1960 - I ZR 87/58 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

I ZR 87/58

Verkündet am
31. Mai 1960
Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

- der 1. Hans N [REDACTED], Inhabers des Hotels "Z [REDACTED] W [REDACTED]",
D [REDACTED] -R [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED],
2. Konrad W [REDACTED], Inhabers der Konditorei und des
Cafés in D [REDACTED] -R [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED],
3. H. F [REDACTED], Inhabers des Restaurants "Z [REDACTED] S [REDACTED]-
[REDACTED]", D [REDACTED], B [REDACTED] Straße,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die D [REDACTED] O [REDACTED] e.V. in der D [REDACTED],
D [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch ihren
Geschäftsführer Assessor V [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 25. Mai 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. h.c. Wilde und der Bun-
desrichter Dr. Krüger-Nieland, Dr. Weiß, Dr. Löscher
und Jungbluth

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 2. Mai 1958 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein eingetragener Verein, dessen Zweck nach der Vereinssatzung u.a. darauf gerichtet ist, die kulturellen und wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder zu vertreten. Ihr sind als Mitglieder das Sinfonie-Orchester des Westdeutschen Rundfunks (WDR) K■■■■, das Orchester Hermann H■■■■, das Tanz- und Unterhaltungsorchester des Westdeutschen Rundfunks (WDR) K■■■■, das Orchester Hans B■■■■, der Chor des Westdeutschen Rundfunks (WDR) K■■■■, das Sinfonie-Orchester des Norddeutschen Rundfunks (NDR) H■■■■, das Rundfunkorchester und das Kleine Unterhaltungsorchester sowie der Chor und das Radio-, Tanz- und Unterhaltungsorchester des Norddeutschen Rundfunks (NDR) H■■■■ angeschlossen.

Die genannten Klangkörper stehen im Dienste der bei ihnen angegebenen Rundfunkanstalten. Darbietungen der Klangkörper im Hör- oder Bildfunk erfolgen im Wege der Direktübertragung (sogenannte "live"-Musik) oder von zuvor aufgenommenen Tonbändern. Soweit für die Übertragung auch Industrie- Schallplatten Verwendung finden, bildet dies nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Zwischen der Klägerin und dem Nordwestdeutschen Rundfunk (NWDR), dem Rechtsvorgänger der oben genannten Rundfunkanstalten, ist am 9. Oktober 1954 eine Tonbändervereinigung getroffen worden, in der es in Ziff. 7 heißt: "Der NWDR verpflichtet sich, im Falle einer gewerblichen Nutzung seiner Sendungen z.B. durch Gastwirte oder ähnliche Interessenten die Rechte nicht zu beeinträchtigen, die den Musikern (Chorsängern) des NWDR gegenüber den Unternehmen zustehen, die die Sendungen des NWDR gewerblich nutzen."

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



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Die Beklagten betreiben in Düsseldorf Gaststätten, in denen sie für ihre Gäste Rundfunkmusik durch Lautsprecher hörbar machen. Sie haben nicht bestritten, daß sich unter der hörbar gemachten Musik auch Darbietungen der genannten Klangkörper vom WDR, NDR und NWRV befunden haben. Die Klägerin ist der Auffassung, daß die Beklagten zu der Hörbarmachung dieser Musik in ihren Gaststätten nicht ohne Zustimmung der betreffenden Klangkörper und deren Mitgliedern befugt seien. Sie hat sich von diesen Klangkörpern sowie von sämtlichen Angehörigen derselben die Unterlassungsansprüche gegen gewerbliche Musikverbraucher abtreten lassen. Sie hat ursprünglich gegen die Beklagten ein Verbot beantragt:

im Zusammenhang mit der Darbietung von Rundfunk- oder Fernsehsendungen öffentliche Aufführungen von Musik solcher Orchester und Chöre ohne deren Einwilligung zu veranstalten, deren Bearbeiterschutzzrechte durch die Klägerin wahrgenommen werden.

Später hat sie den Antrag gestellt,

den Beklagten bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbegrenzter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten zu verbieten, vom WDR, NDR und NWRV ausgestrahlte Rundfunkmusik-Aufführungen (Hör- und Bildfunk) nachstehender Rundfunkorchester und -Chöre ohne deren Einwilligung oder die ihrer Dirigenten öffentlich durch Lautsprecher wahrnehmbar zu machen: -

Sinfonieorchester des WDR, K [REDACTED]
Orchester Hermann H [REDACTED] des WDR, K [REDACTED]
Orchester Hans B [REDACTED] des WDR, K [REDACTED]
Chor des WDR, K [REDACTED]
Sinfonie-Orchester des NDR, H [REDACTED]
Rundfunkorchester des NDR, H [REDACTED]
Kleines Unterhaltungsorchester des NDR, H [REDACTED]
Chor des NDR, H [REDACTED]
Radio-Tanz- und Unterhaltungsorchester des NDR,
H [REDACTED]

hilfsweise,

festzustellen, daß die Beklagten als Gesamtschuldner bei der Vornahme öffentlicher Aufführungen im Rahmen des Hauptantrages verpflichtet seien, an die Zedenten der Klägerin eine angemessene Vergütung zu zahlen, deren Höhe im Streitfall vom Gericht festzusetzen sei.

Die Beklagten haben um

Abweisung der Klage

gebeten.

Die Beklagten leugnen die Partei- und Prozeßfähigkeit sowie die Aktivlegitimation der Klägerin und sind im übrigen der Auffassung, daß die geltend gemachten Ansprüche nicht bestehen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin führte zur Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung gemäß dem Hauptantrag der Klage. Mit der Revision erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Da die Klägerin als eingetragener Verein rechtsfähig ist, bestehen gegen ihre Partei- und Prozeßfähigkeit keine Bedenken. Ohne Rechtsverstoß ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Klägerin den eingeklagten Unterlassungsanspruch im eigenen Namen geltend machen kann und es hierzu nicht einmal einer Abtretung seitens der Berechtigten, sondern nur einer Ermächtigung zur Geltendmachung im eigenen Namen bedurft hätte. Das für eine solche Prozeßgeschäftsführung erforderliche eigene rechtliche Interesse der Klägerin an der Verfolgung des Unterlassungsanspruches hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei daraus entnommen, daß der Klägerin nach ihrer Satzung die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder obliegt (vgl. auch die Urteile des Senats vom 31. Mai 1960 - I ZR 64/58 und I ZR 71/58).

II. Das Berufungsgericht hat das Unterlassungsbegehren der Klägerin aufgrund von § 2 Abs. 2 LitUrhG als begründet erachtet. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden, soweit die Rundfunksendung mit Hilfe von rechtmäßig hergestellten Tonträgern durchgeführt wird. Dagegen kann diese Gesetzesbestimmung für Direktübertragungen (sof. Livesendungen) nicht als Klagegrundlage herangezogen werden. Jedoch ist dem Berufungsgericht auch insoweit im Ergebnis, wenn auch aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten beizutreten.

1. Für die Rechtslage hinsichtlich der öffentlichen Hörbarmachung von Rundfunksendungen, die mittels Tonträgern durchgeführt werden, gilt folgendes:

Die von den Zedenten der Klägerin bespielten Tonbänder stellen durch persönlichen Vortrag bewirkte, zur mechanischen Wiedergabe für das Gehör bestimmte Schallvorrichtungen dar, die gemäß § 2 Abs. 2 LitUrHG der Bearbeitung eines Werkes der Literatur oder Tonkunst gleichgestellt sind. Das hiernach an der Schallvorrichtung bestehende Bearbeiturerheberrecht entsteht nach Satz 3 dieser Bestimmung in der Person des "Vortragenden", also des ausübenden Künstlers, dessen "Vortrag" auf der Schallvorrichtung festgelegt ist. Bei Orchesterdarbietungen ist originärer Träger dieses Bearbeiturerheberrechtes an der Schallvorrichtung neben dem Dirigenten und etwaigen Solisten jedes einzelne Orchestermitglied, das an der festgelegten Darbietung mitgewirkt hat (vgl. Urteiles des Senats vom 31. Mai 1960 - I ZR 71/58 und I ZR 64/58). Dieses Ausschließlichkeitsrecht umfaßt auch die Befugnis, über die Nutzung der Schallvorrichtung zu öffentlichen Aufführungen zu bestimmen (vgl. Urt. des Senats vom 31. Mai 1960 - I ZR 53/58). Unstreitig haben die Zedenten der Klägerin die Verwendung der von ihnen bespielten Tonbänder für Rundfunksendungen gestattet. Nach den rechtlich nicht angreifbaren tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts haben dagegen die Zedenten der Klägerin weder den Beklagten erlaubt, solche Rundfunksendungen in ihren Gaststätten öffentlich hörbar zu machen, noch haben sie ihre im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche an die Rundfunkanstalten abgetreten, in deren Dienst sie die Tonbänder besungen oder bespielt haben (vgl. hierzu die Tonträgervereinbarung mit dem NWDR vom 9. Oktober 1954 Ziff. 4). Auch sind nach den Feststellungen, die das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht getroffen hat, keine vertraglichen Gesichtspunkte irgendwelcher Art ersichtlich, die die Beklagten im Verhältnis zu den Rundfunkanstalten be-

rechtlichen könnten, Tonbandmusik des Rundfunks ohne Rücksicht auf etwaige Rechte der ausübenden Künstler allein gegen Zahlung der für den privaten Rundfunkempfang erhobenen Rundfunkgebühr gewerblich zu nutzen (vgl. hierzu auch RGZ 136, 377).

Wie der Senat in seinem Urteil vom 6. November 1953 (BGHZ 11, 135) entschieden hat, kann für die öffentliche Wiedergabe von Tonträgermusik mittels der modernen, auf dem elektroakustischen Prinzip beruhenden Plattenspieler keine Aufführungsfreiheit aus § 22 a LitUrhG in Anspruch genommen werden. Das gleiche muß für die öffentliche Lautsprecherwiedergabe der Sendung von Tonträgermusik durch den Rundfunk gelten, da hier im Prinzip von der gleichen Wiedergabetechnik Gebrauch gemacht wird (so schon für die Rundfunksendung von Industrieschallplatten RGZ 155, 1 ff). Ist hiernach durch § 22 a LitUrhG die öffentliche Wiedergabe von Tonträgersendungen des Rundfunks nicht von einer Erlaubniserteilung seitens der Urheberberechtigten freigestellt, so bleibt zu prüfen, ob den Erwägungen beigespflichtet werden kann, aus denen das Reichsgericht es in seiner Entscheidung vom 11. Juni 1932 (RGZ 136, 377 - Lautsprecherentscheidung) abgelehnt hat, die öffentliche, gewerblichen Zwecken dienende Lautsprecherwiedergabe erlaubterweise durchgeführter Rundfunksendungen an eine Erlaubnis der Urheber der gesendeten Werke zu binden. Das Reichsgericht ist zu diesem Ergebnis gelangt, weil es in der öffentlichen Hörbarmachung des gesendeten Werkes durch den Lautsprecher des Empfangsgerätes keine selbständige Handlung, sondern nur die Vollendung des eine Einheit bildenden Sendevorganges erblickt, den es als öffentliche Aufführung und zugleich als Verbreitungshandlung wertet. Da die Sendeerlaubnis ihrer Natur nach eine öffentliche Verbreitung in unbegrenzte Weite und an eine unbestimmt große Zahl von Menschen decke, könne eine dergestalt einmal freigegebene Öffentlich-

keit durch gewerbsmäßige Lautsprecherdarbietungen nicht mehr gesteigert, nicht "noch öffentlicher" gemacht werden.

Dieser Entscheidung des Reichsgerichts, die im Schrifttum überwiegend abgelehnt worden ist (vgl. u.a. de Boor, JW 1933, 1649; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht 2. Aufl., S. 207 ff; Schulze, Rechtsprechung zum Urheberrecht, Anm. zu RGZ 2; Runge, Urheber- und Verlagsrecht S. 95; Voigtländer-Elster-Kleine, Urheber- und Verlagsrecht 4. Aufl. S. 85; Schollwek GRUR 1949, 283; Baum BRUR 1949, 19; Hirsch-Ballin GRUR 1949, 408; Erffa GRUR 1950, 542), und gegen die der erkennende Senat bereits in einer früheren Entscheidung Bedenken erhoben hat (BGHZ 11, 135, 149), kann nicht gefolgt werden. Der Senat vermag bereits der Einordnung der Rundfunksendung in den Begriff der Verbreitung, oder der öffentlichen Aufführung im Sinne von § 11 LitUrhG nicht zuzustimmen. Der Verbreitungsbegriff umfaßt nach der gegenwärtig wohl als herrschend anzusehenden Auffassung nur die Verbreitung körperlicher Werkstücke, nicht dagegen unkörperliche Werkwiedergaben, wie sie die Rundfunksendung darstellt (vgl. BGHZ 11, 144). Die "Aufführung" eines Tonkunstwerkes setzt voraus, daß Töne hörbar gemacht werden. Die Rundfunksendung als solche ist aber von der Hörbarmachung der Töne beim Empfang der Sendung zu unterscheiden. Ihr für die urheberrechtliche Betrachtungsweise bedeutsames Element liegt in dem Ausstrahlen der Wellen. Infolge dieser Besonderheit, die die Rundfunksendung von einer bloßen Aufführung unterscheidet, ist der Senat in Übereinstimmung mit der Behandlung, die das Sende-recht in Art. 11 bis der Rom- sowie der Brüsseler Fassung der Revidierten Berner Übereinkunft (vgl. Bappert-Wagner Internationales Urheberrecht 1956 S. 116 ff) und in neuen ausländischen Urhebergesetzen sowie den deutschen Entwürfen zur Urheberrechtsreform gefunden hat, der Auffassung, daß es sich

bei der Rundfunksendung um eine Nutzung eigener Art von Urhebergut handelt, die im Wege einer erweiterten Gesetzesanalogie in die gemäß § 11 LitUrhG dem Urheber ohne Rücksicht auf das Erscheinen des Werkes eingeräumten Ausschließlichkeitsrechte einzubeziehen ist (vgl. Schiedsspruch vom 9. Mai 1958, Schulze aaO IV SchG 2 - Ufita Bd. 28, 372). Dies gilt unabhängig davon, ob die Sendung aufgefangen und mit Hilfe von Empfangsgeräten hörbar gemacht wird, da allein schon die ungenehmigte Ausstrahlung der Sendung mit ihrem in der Regel weitreichenden Wirkungsbereich und die damit verbundene Möglichkeit der Hörbarmachung für eine unbegrenzte Hörerzahl aus dem gleichen Rechtsgedanken, nach dem das Recht zur gewerbsmäßigen Verbreitung körperlicher Werkstücke in den Ausschließlichkeitbereich des Urhebers fällt, einen unzulässigen Eingriff in das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers darstellt (vgl. auch Ulmer aaO S. 203 ff).

Wird die Rundfunkmusiksendung über ein Empfangsgerät hörbar gemacht, so erfolgt nunmehr eine Aufführung als ein neuer Akt der unkörperlichen Werkwiedergabe. Dies gilt auch, wenn eine Aufführung aus dem Konzert- oder Theatersaal durch den Rundfunk übernommen wird. Denn es liegt eine selbständige Zweitverwertung der Aufführung vor, wenn sie außerhalb des Veranstaltungsraumes durch Empfang der Rundfunksendung an anderen Orten wiedergegeben wird. Für den Aufführungsbegriff ist auch rechtlich unerheblich, ob die Wiedergabe für das Gehör unter Benutzung von Schallvorrichtungen im Sinne von § 2 Abs. 2 LitUrhG durchgeführt wird; denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen unmittelbar durch Menschen oder unter Zuhilfenahme von Tonträgern bewirkten Musikaufführungen (vgl. RGZ 140, 231 - Tonfilm; RGZ 153, 1; - Rundfunk- und Schallplatte; Ulmer aaO S. 199; Urteil des Senates vom 31. Mai 1960 -

I ZR 53/58). Geschieht die Hörbarmachung der Rundfunksendung im privaten Bereich, so ist dies urheberrechtlich ohne Belang, weil dem Urheber nur die öffentliche Aufführung vorbehalten ist. Wird dagegen die Rundfunksendung, wie im Streitfall, in einer öffentlichen Gaststätte zu Gehör gebracht, so stellt dies eine von der Rundfunksendung als solcher zu unterscheidende Veranstaltung einer öffentlichen, gewerblichen Zwecken dienenden Aufführung dar, die der Erlaubnis der Urheberberechtigten bedarf (so im Ergebnis auch das rechtskräftige Urteil des Landgerichts Berlin vom 16. Juni 1955 für Fernsehmusik, abgedruckt Ufita Bd. 21, 359; Schulze aaO LGZ 36, sowie das Urteil des Kassationshofes Paris vom 28. April 1947, Schulze aaO Bd. III Frankreich Nr. 1). Das bedeutet praktisch, daß die öffentliche Wiedergabe von Rundfunk-Musiksendungen in Gaststätten in gleicher Weise wie öffentliche Schallplatten-aufführungen (BGHZ 11, 135) einer Vergütungspflicht den Urheberberechtigten gegenüber unterliegt. Da der Gastwirt in beiden Fällen aus den fraglichen Musikdarbietungen gewerblichen Nutzen zieht, ist auch, rein wirtschaftlich betrachtet, kein Grund ersichtlich, der es zu rechtfertigen vermöchte, die beiden Aufführungsarten hinsichtlich der Urhebervergütung unterschiedlich zu behandeln. Aufgrund eines 1954 geschlossenen Abkommens mit der GEMA, die die Aufführungsrechte der Komponisten wahrnimmt, entrichten die Gastwirte auch bereits für die öffentliche Darbietung von Rundfunkmusik an die Werkschöpfer Aufführungsgebühren.

Im Streitfall geht es nun aber nicht um die Rechte der Werkschöpfer, sondern der ausübenden Künstler, deren Wiedergabeleistungen in den Gaststätten der Beklagten über Rundfunkempfangsgeräte öffentlich zu Gehör gebracht werden. Soweit für die Rundfunksendung Tonträger benutzt werden, die von den Zedenten der Klägerin gespielt oder besungen worden sind, ist es jedoch nur eine zwangsläufige Folge der in § 2 Abs. 2

LitUrhG vorgesehenen Gleichstellung der Rechte der ausübenden Künstler an der Schallvorrichtung mit dem Recht eines Werkschöpfers, daß die von den Beklagten veranstalteten öffentlichen Rundfunkdarbietungen nicht nur der Erlaubnis der Komponisten der dargebotenen Musikwerke, sondern auch derjenigen Interpreten bedürfen, deren Wiedergabeleistung auf den für die Sendung benutzten Tonträgern festgelegt ist. Da entgegen der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht in der Sendeerlaubnis nicht zugleich auch die Freigabe des Sendegutes für eine gewerbliche Nutzung zu öffentlichen Aufführungen einbeschlossen ist, den Werkschöpfern deshalb zu Recht bereits seit 1954 aufgrund des zwischen der GEMA und der Vereinigung der Musikveranstalter abgeschlossenen Tarifvertrages Aufführungsgebühren zufließen, muß das gleiche auch für die Inhaber der Bearbeiturheberrechte an den Schallvorrichtungen gelten, die erlaubterweise für die fraglichen Rundfunksendungen benutzt werden.

Abzulehnen ist die vom Landgericht vertretene Auffassung, wonach bei der öffentlichen Wahrnehmbarmachung von Tonträgerdarbietungen durch Rundfunkempfangsgeräte ein Unterschied zwischen dem Recht der Werkschöpfer und der ausübenden Künstler aus dem Grunde gemacht werden müsse, weil die Rechte der ausübenden Künstler gemäß § 2 Abs. 2 LitUrhG nicht an ein Geisteswerk, sondern an ein stoffliches Erzeugnis, den Tonträger, anknüpfen, dieser "Leistungsträger" aber in seiner körperlichen Gestalt nur für den Sendeakt, nicht dagegen beim Empfang der Rundfunksendung "unmittelbar" benutzt werde. Diese Betrachtungsweise wird der vom Gesetz gewollten rechtlichen Gleichstellung der auf eine Schallvorrichtung festgelegten Wiedergabeleistung - also eines körperlichen Werkstückes - mit einer Werkbearbeitung im Sinne des § 2 Abs. 1 LitUrhG - also einem geistigen Gut - nicht gerecht. Denn aus dieser Gleich-

stellung folgt, daß es für die Rechtsfolgen belanglos sein muß, ob der Tonträger von dem Veranstalter der Aufführung unmittelbar als stoffliches Erzeugnis oder nur unter Zwischenschaltung eines Rundfunkempfangsgerätes oder sonstiger technischer Übertragungswege zur öffentlichen Hörbarmachung der auf ihm festgelegten Wiedergabeleistungen verwendet wird. Es muß vielmehr insoweit das gleiche wie für Werkbearbeitungen im Sinne von § 2 Abs. 1 LitUrhG gelten. Wird aber beispielsweise die geschützte Bearbeitung eines gemeinfreien Werkes durch Funk gesendet und in Gaststätten hörbar gemacht, so kann nicht zweifelhaft sein, daß hierfür Aufführungsgebühren an den Bearbeiter zu entrichten sind.

Entscheidend für die Frage, ob für eine öffentliche Aufführung ein gemäß § 2 Abs. 2 LitUrhG geschützter Tonträger benutzt wird, ist hiernach allein, ob ohne den Tonträger die Aufführung nicht zustande kommen könnte. Dies aber ist auch dann der Fall, wenn die auf dem Tonträger festgelegte Wiedergabeleistung über eine Rundfunksende- und Empfangsanlage entfernt vom Sendeort hörbar gemacht wird. Die abweichende Auffassung des Landgerichts würde zu dem Ergebnis führen, daß beispielsweise auch durch das Überspielen von Tonträgermusik, die durch Rundfunk gesendet wird, auf Schallplatten oder Tonband, nicht in die Rechte der ausübenden Künstler, die den gesendeten Tonträger bespielt haben, eingegriffen würde, weil auch bei einem solchen Überspielen unter Ausnutzung des Sendevorgangs der gemäß § 2 Abs. 2 LitUrhG geschützte Tonträger nicht "unmittelbar" in seiner Eigenschaft als stoffliches Erzeugnis benutzt würde. Dieses Ergebnis aber wäre unvereinbar mit dem Schutzgedanken des § 2 Abs. 2 LitUrhG, der vor allem die Tonträgerhersteller vor unbefugten Vervielf-

fältigungen sichern wollte. Aber auch soweit das Aufführungsrecht infrage steht, wäre es nach der geltenden gesetzlichen Regelung nicht zu rechtfertigen, den ausübenden Künstlern oder ihren Rechtsnachfolgern bei öffentlichen Tonträgerkonzerten einen Anspruch auf Urhebergebühr zwar zuzusprechen, wenn der Tonträger unmittelbar im Veranstaltungsraum abgespielt wird, einen solchen Anspruch aber zu verneinen, wenn die Tonträgermusik von Dritten, die den eigentlichen Abspielvorgang nicht veranlassen, durch seine Hörbarmachung in Gaststätten oder anderen öffentlichen Veranstaltungsräumen gewerblich genutzt wird.

2. Die Klage kann jedoch, soweit Direktübertragungen des Rundfunks (Livesendungen) infrage stehen, nicht auf § 2 Abs. 2 LitUrhG gestützt werden. Die abweichende Auffassung des Berufungsgerichts beruht darauf, daß es den Rundfunk als eine "Tonträgervorrichtung" im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ansieht. Dem kann nicht beigespflichtet werden. Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck des § 2 Abs. 2 LitUrhG ergeben eindeutig, daß durch diese Bestimmung nur Schallvorrichtungen erfaßt werden sollten, die die Klangquelle in sich selbst tragen und deshalb eine Wiederholung der durch sie körperhaft festgelegten Wiedergabeleistung beliebig oft und zu beliebiger Zeit gestatten. Allein in einer solchen Festlegung der an sich vergänglichen, an den Ablauf des Wiedergabeaktes gebundenen Leistung des ausübenden Künstlers, die dieser Leistung ein von der Person des Künstlers und dem flüchtigen Schaffensvorgang selbständiges Dasein verleiht, erblickte der Gesetzgeber die Rechtfertigung für eine rechtliche Gleichstellung der fixierten Wiedergabeleistung mit einer Werkbearbeitung (vgl. hierzu auch Kohler "Autorschutz des reproduzierenden Künstlers"

GRUR 1909 S. 230 ff, auf dessen Gedankengänge in dem Bericht der Kommission über den Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung der Revidierten Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 13. November 1908 ausdrücklich Bezug genommen wird; Verhandlungen des Reichstags XII. Legislaturperiode, II. Session Bd. 276, Drucksache Nr. 341 S. 2315). Die Rundfunkanlage aber dient nur der unkörperhaften Übermittlung von Tönen, ohne sich bei Direktübertragungen irgendwelcher Vorrichtungen zu bedienen, die die Töne festhalten und damit eine Wiederholung der Darbietung ermöglichen. Das Reichsgericht hat es deshalb zu Recht stets abgelehnt, den Rundfunk als ein "zur mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienendes Instrument" im Sinne von § 2 Abs. 2 oder von § 12 Abs. 2 Nr. 5 oder § 14 Nr. 4 LitUrhG anzusehen (vgl. RGZ 113, 413 - Tor und Tod; RGZ 136, 377 - Lautsprecher). Dies entspricht auch der im Schrifttum herrschenden Meinung (Smoschewer, JR 1925, 455; Hoffmann, GRUR 1925, 71; Opet, DJZ 1925, 807; Schmidt di Simoni, Studien zum Fernseh- und Urheberrecht 1956, S. 77 ff). Hieran ist festzuhalten (BGHZ 8, 88, 91; vgl. auch Urteil des Senats vom 31. Mai 1960 - I ZR 64/58 - Rundfunksendung "Figaros Hochzeit").

Das aber bedeutet nicht, daß die ausübenden Künstler gegen die gewerbliche Nutzung ihrer erlaubterweise durch Funk gesendeten unmittelbaren Leistungen schutzlos wären. Wie der Senat in seiner bereits angeführten Entscheidung I ZR 64/58, die die ungenehmigte Erstfestlegung von Orchesterdarbietungen auf Tonträger betrifft, näher dargelegt hat, steht dem ausübenden Künstler nach allgemein bürgerlich-rechtlichen wie auch persönlichkeits- und wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen das freie Entscheidungsrecht über Art und Umfang der Auswertung seiner Leistung zu. Fraglich kann

nur sein, ob er sich dieses Entscheidungsrechtes hinsichtlich der Nutzung seiner Leistung durch öffentliche gewerbliche Aufführungen begeben hat, wenn er in ihre Sendung durch Rundfunk willigte. Dies kann nicht angenommen werden. Bei der öffentlichen Darbietung von Rundfunksendungen, beispielsweise in Gaststätten, handelt es sich um einen vom privaten Rundfunkempfang, für den der ausübende Künstler nach seinen Abmachungen mit den Rundfunkanstalten seine Leistung allein zur Verfügung gestellt hat, wesensverschiedene Nutzungsart, die sehr viel weitreichender als der Rundfunkempfang im privaten Bereich in die Interessen des ausübenden Künstlers eingreift, und zwar sowohl in persönlichkeitsrechtlicher wie in vermögensrechtlicher Beziehung. Denn wenn auch der ausübende Künstler, indem er die Rundfunksendung erlaubte, seine Leistung einem nahezu unbegrenzten und unkontrollierbaren Hörerkreis zugänglich gemacht hat, so kann es doch gleichwohl auch vom künstlerischen Standpunkt aus für ihn einen ins Gewicht fallenden Unterschied bedeuten, ob seine Leistung nur einem privaten Hörerkreis hörbar gemacht wird oder ob sie auch für öffentliche Darbietungen, beispielsweise als Geräuschkulisse in Gaststätten benutzt wird. Abgesehen hiervon werden durch solche öffentlichen Darbietungen seiner durch den Rundfunk vermittelten Leistungen die wirtschaftlichen Interessen des ausübenden Künstlers in einschneidenderer Weise als durch einen privaten Rundfunkempfang berührt. Zwar kann in der Regel kaum angenommen werden, daß er zur persönlichen Leistung herangezogen würde, falls die öffentliche Hörbarmachung der Rundfunksendung unterbleiben müßte, weil er seine Zustimmung versagt oder diese von der Zahlung einer angemessenen Vergütung abhängig macht. Nach der Lebenserfahrung ist aber angesichts der stetig wachsenden Nachfrage nach mechanischen Musikdarbietungen anzunehmen, daß dann an die Stelle der strittigen Rundfunkdarbietungen

Schallplatten oder Tonbandaufführungen treten würden, für die aufgrund von § 2 Abs. 2 LitUrhG Aufführungsgebühren auch an den ausübenden Künstler zu zahlen sind, und zwar unabhängig davon, ob diese Tonträger über Plattenspieler oder über eine Rundfunkanlage öffentlich hörbar gemacht werden (vgl. Urteil des Senats vom 31. Mai 1960 - I ZR 53/58 - Künstlerlizenz bei öffentlicher Wiedergabe von Schallplatten). Es widerspricht aber den guten Sitten des lautereren Wettbewerbs (§ 1 UWG) und stellt eine sittenwidrige Vermögensbeschädigung dar (§ 826 BGB), eine fremde Leistung, die erfahrungsgemäß nur gegen eine angemessene Vergütung erbracht wird, kostenlos zur Förderung des eigenen gewerblichen Gewinnstrebens auszunutzen und hierdurch dem Leistenden einen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen, weil ihm auf diese Weise ein Entgelt für seine etwaige persönliche Heranziehung oder aber für die Benutzung von Tonträgern entgeht, auf die seine Leistung übertragen worden ist. Die besonderen Umstände, die zu der unentgeltlichen und ungenehmigten Ausnutzung fremder Arbeit in der Regel hinzutreten müssen, um sie unerlaubt zu machen, liegen hier darin, daß die Leistungen der ausübenden Künstler nicht etwa "nachgebildet", sondern unmittelbar "angefaßt" und unverändert als Vorspann zur Steigerung der eigenen Erwerbschancen verwendet werden, indem sie mit Hilfe des Rundfunkempfangsgerätes aus dem Äther entnommen werden. Hierzu aber sind die Beklagten überhaupt nur deshalb in der Lage, weil die Errungenschaften der Technik die ausübenden Künstler weitgehend der Möglichkeit beraubt haben, Wirkungsbereich und Art der Ausnutzung ihrer Leistung in tatsächlicher Beziehung zu beherrschen und rechtlich durch entsprechende Verträge auch Dritten gegenüber wirksam abzugrenzen. Aus ähnlichen Erwägungen, aus denen das Reichsgericht bereits am 7. April 1910, also bevor § 2 Abs. 2 LitUrhG in das Urhebergesetz eingefügt wurde, in dem Nachpressen von Schallplatten einen Verstoß gegen § 826 BGB erblickt hat (RGZ 73, 294),

muß auch im Streitfall den Zedenten der Klägerin aus dem Gesichtspunkt des "Schmarotzens" an fremder Leistung ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagten auch insoweit zugebilligt werden, als die öffentliche Hörbarmachung von Direktsendungen des Rundfunks infrage steht (vgl. auch Urteil des Senats vom 31. Mai 1960 - I ZR 64/58 - Rundfunksendung "Figaros Hochzeit").

Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Prüfung, ob dem Unterlassungsbegehren nicht schon deshalb uneingeschränkt stattzugeben ist, weil es sich bei Rundfunkmusikdarbietungen überwiegend (nach den Behauptungen der Klägerin zu 99 %) um die Sendung von auf Tonträger festgelegten Darbietungen handelt, die Beklagten aber, wie sie selbst geltend machen, nicht in der Lage sind, Direktübertragungen von Tonträgersendungen zu unterscheiden, so daß jede öffentliche Hörbarmachung der durch Rundfunk gesendeten Darbietungen der Zedenten der Klägerin zwangsläufig eine Gefährdung der Rechte mit sich bringt, die ihnen gemäß § 2 Abs. 2 LitUrhG an den Tonträgern zustehen. Die Frage, ob die ausübenden Künstler die öffentliche Hörbarmachung von Rundfunksendungen gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung dulden müssen und ob sie sich gegebenenfalls dem Einwand des Rechts-

mißbrauches aussetzen würden, wenn sie trotz des Angebots einer solchen Entschädigung von ihrem Verbotungsrecht Gebrauch machen würden, bedarf, wie das Berufungsgericht zu Recht hervorhebt, im Streitfall keiner Entscheidung, weil eine solche Vergütung unstreitig bislang nicht angeboten worden ist.

Die Revision war hiernach mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Wilde Krüger-Nieland Weiss Löscher Jungbluth