

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

2048 004

36

LitUrhG § 2 Abs. 1 Satz 2; UrhG § 3

H a s e l n u ß

Der urheberrechtliche Schutz der Bearbeitung eines Werkes der Musik ist nach dem neuen Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl I 1273) von den gleichen Voraussetzungen abhängig wie nach dem Gesetz zum Schutz von Werken der Literatur und Tonkunst von 1901.

BGB §§ 242 Gd, 387, 398, 413

Wer die einer urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaft (hier: GEMA) zur Wahrnehmung übertragenen Urheberrechte verletzt, kann den Schadensersatzansprüchen der Verwertungsgesellschaft nicht Ansprüche oder Einwendungen aus seinen Rechtsbeziehungen zu dem ursprünglichen Inhaber der verletzten Urheberrechte entgegenhalten.

BGH, Urt. v. 3. November 1967 - Ib ZR 123/65 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 123/65

URTEIL

Verkündet am

3. November 1967

Z u g ,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der E [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Ladislaus V [REDACTED], K [REDACTED],
M [REDACTED] weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

gegen

die G E M A Gesellschaft für musikalische Aufführungs-
und mechanische Vervielfältigungsrechte, vertreten durch
ihren Vorstand Generaldirektor Dr. h.c. S [REDACTED], B [REDACTED],
B [REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

26

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Dr. Sprenkman, Alff, Dr. Simon und Prof. Dr. Bökelmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 9. Juli 1965 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Verwertungsgesellschaft für musikalische Urheberrechte. Sie besitzt die Rechtsform eines wirtschaftlichen Vereins im Sinne des § 22 BGB. Sie nimmt auf Grund von Verträgen oder ihr erteilter Vollmachten die Aufführungsrechte und die mechanischen Vervielfältigungsrechte der Komponisten, Textdichter und Musikverleger in der Bundesrepublik Deutschland wahr. Die ihr übertragenen mechanischen Vervielfältigungsrechte hatte die Klägerin dem Bureau International de l'Edition Mécanique (BIEM), das die Rechtsform einer société civile nach französischem Recht besitzt und seinen Sitz in Paris hat, zur Auswertung übertragen. Gesellschafter des BIEM sind die nationalen Urheberrechts-Verwertungsgesellschaften. Die Klägerin ist mit Wirkung vom 1. Januar 1961 aus dem BIEM ausgetreten.

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](#)

Der Komponist Franz Josef B. [REDACTED] ist Mitglied der Klägerin. Er schloß mit ihr, die damals den Namen S. [REDACTED] führte, bezüglich der Übertragung seiner mechanischen Vervielfältigungsrechte im Jahre 1947 einen Vertrag.

Die Beklagte stellt Schallplatten her. Seit Oktober 1954 vertreibt sie auch die von der Carl L. [REDACTED] Gesellschaft mbH, B. [REDACTED], hergestellten Platten. Sie ist hinsichtlich der Rechtsbeziehungen dieser Gesellschaft zu der Klägerin und zu F. J. B. [REDACTED] an deren Stelle getreten.

Breuer setzte im November 1953 im Auftrage der Carl L. [REDACTED] GmbH das gemeinfreie Volkslied "Schwarzbraun ist die Haselnuß" für Blasorchester und Männerchor für eine am 16. November 1953 hergestellte Schallplattenaufnahme, die von der Beklagten auf der Odeon-Schallplatte O 20 471 vertrieben wird. Für das Arrangement erhielt er 150,-- DM. Er übertrug seine sämtlichen Rechte nach näherer Maßgabe der von ihm unterzeichneten Erklärung vom 23. November 1953 auf die Rechtsvorgängerin der Beklagten.

Die Beklagte meldete die Aufnahme des Liedes "Schwarzbraun ist die Haselnuß" bei der Klägerin an, ohne B. [REDACTED] als Bearbeiter anzugeben. Die Klägerin stellte selbst fest, daß das Arrangement von B. [REDACTED] stammte, und teilte der Beklagten im November 1954 mit, daß die Aufnahme lizenzpflichtig sei. In der folgenden Zeit verhandelten die Parteien ergebnislos darüber, ob die Beklagte der Klägerin für die Schallplatte Gebühren schulde. Der Schriftwechsel endete zunächst mit einem Schreiben der Klägerin vom 21. März 1956. Die Beklagte erwiderte weder dieses Schreiben

noch nahm sie die darin verlangte Lizenzabrechnung vor. Mit Schreiben vom 18. April 1961 wandte sich die Klägerin erneut an die Beklagte und bat um Anerkennung der Schutzfähigkeit der B [REDACTED] Bearbeitung, was die Beklagte ablehnte.

Die Klägerin hat vorgetragen, daß die Bearbeitung von B [REDACTED] das Ergebnis einer individuellen geistigen und künstlerischen Tätigkeit und daher urheberrechtlich geschützt sei. Die Beklagte handele demnach unerlaubt, wenn sie die Bearbeitung ohne Zahlung von Lizenzen und ohne ihre, der Klägerin, Erlaubnis vervielfältige und verbreite.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung einer vom erkennenden Gericht festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu unterlassen, die Schallplatte ODEON O 20 471 "Schwarzbraun ist die Haselnuß", bearbeitet von Franz Josef B [REDACTED], zu vervielfältigen, zu verbreiten und sie oder die ihr zugrunde liegenden Tonbänder zum Zwecke der Sendung zu vertreiben oder zu veräußern;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft darüber zu geben, wieviel Exemplare der unter Ziffer 1 genannten Platte sie hergestellt und verbreitet hat und wie oft sie diese Platte und die entsprechenden Tonbänder zum Zwecke der Sendung vermietet oder veräußert hat;
3. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr aus der unberechtigten Vervielfältigung und Verbreitung der Schallplatte und Vergabe der Platte oder der entsprechenden Tonbänder zum Zwecke der Sendung entstanden ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat erwidert, das von B. hergestellte Arrangement sei eine rein handwerkliche Leistung, die urheberrechtlich nicht geschützt sei.

Der Vertrag zwischen der Klägerin (S.) und Breuer aus dem Jahre 1947 enthalte keine dinglich wirkende Vorausabtretung künftiger Urheberrechte. Deshalb habe allenfalls sie, die Beklagte, etwaige Urheberrechte Breuers an der strittigen Aufnahme erworben, und zwar auf Grund des Vertrages vom 23. November 1953.

Dem Vorgehen der Klägerin stehe jedenfalls der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen: B. habe seine vertraglichen Zusagen ihr, der Beklagten, gegenüber verletzt, was sich die Klägerin als seine Treuhänderin entgegenhalten lassen müsse.

Die Beklagte hat ferner die Einrede des Zurückbehaltungsrechts erhoben und geltend gemacht, daß sie zur Erfüllung der Klageforderungen jedenfalls so lange nicht verpflichtet sei, bis B. ihr Schadensersatz geleistet habe. Die Einrede wirke wegen des Treuhandverhältnisses zwischen B. und der Klägerin auch dieser gegenüber. Außerdem rechne sie mit ihren Schadensersatzansprüchen gegen B. gegenüber den Klageansprüchen auf.

Das Landgericht hat über die Schutzfähigkeit der Bearbeitung von B. Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Vorstandes des Deutschen Komponisten-Verbandes, der die Schutzfähigkeit bejaht, und eines Obergutachtens von Professor Dr. M., der sie verneint. Darauf hat es die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß die strittige Bearbeitung von B.

keine eigenschöpferische Leistung und daher urheberrechtlich nicht geschützt sei.

Das Berufungsgericht hat ein weiteres Obergutachten eingeholt von Professor Dr. Dr. h.c. F. [REDACTED]. Dieser ist zu dem Ergebnis gekommen, daß die Bearbeitung über eine bloße Routinegestaltung hinausgehe und in ihrer Eigenart persönliche Züge aufweise. Die Beklagte ist dem unter Vorlage eines von ihr eingeholten weiteren Gutachtens des Dozenten für Theorie und Musikwissenschaft Anton D. [REDACTED] entgegengetreten.

Das Berufungsgericht, das in der mündlichen Verhandlung die streitige Schallplattenaufnahme sowie zwei andere Fassungen des Liedes auf den Schallplatten Electrola E 41 036 ("Ein Lied, drei, vier!") und Columbia C 83 656 ("Hoch auf dem gelben Wagen") angehört hat, hat der Klage in vollem Umfange stattgegeben.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des die Klage abweisenden Urteils des Landgerichts. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht die Sachbefugnis der Klägerin zur Geltendmachung der Klagsansprüche bejaht.

1. Das Berufungsgericht hat den Vertrag zwischen der damals den Namen S. [REDACTED] führenden Klägerin und B. [REDACTED] vom 30. Juni 1947 dahin ausgelegt, daß B. [REDACTED] die mechanischen Vervielfältigungsrechte auch bezüglich der erst k ü n f t i g von ihm geschaffenen Werke mit dinglicher

Wirkung im voraus auf die Klägerin übertragen hatte.

In diesem Vertrag heißt es unter anderem:

"Vollmacht für mechanische Rechte.

Hierdurch überträgt der Unterzeichnete an allen seinen zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen, von ihm geschaffenen oder erworbenen Werken seine gesamten Urheberrechte, soweit dieselben sich auf die Herstellung von Tonträgern jeder Art ... zwecks Wiedergabe für das Gehör beziehen ... der S [REDACTED] ...

Die Übertragung erfolgt ohne Gewähr des Übertragenden dafür, daß er an den jetzt vorhandenen und bereits erschienenen Werken die mechanischen Rechte noch besitzt. Er verpflichtet sich jedoch, der "S [REDACTED]" für die Feststellung dieser Rechte jede erforderliche Auskunft zu geben. Der Unterzeichnete erkennt an, daß die Übertragung der gleichen Urheberrechte an seinen allein oder mit anderen Urhebern noch zu schaffenden Werken sowie an den Werken, die er erwerben wird, zu den gleichen Bedingungen, wie nachstehend ausgeführt, stillschweigend an die "Stagma" erfolgt und übernimmt die Gewähr dafür, daß über diese künftigen Rechte keine Verfügungen getroffen werden. ...

Die "S [REDACTED]" ist berechtigt, die ihr übertragenen Rechte des Unterzeichneten in jeder Beziehung gewerblich auszunutzen und Dritten gegenüber geltend zu machen, auch diese Berechtigung an Dritte weiter zu übertragen ..."

a) Das Berufungsgericht legt hierzu dar, die Auslegung des nach seinem Wortlaut nicht eindeutigen Vertrages gemäß §§ 133, 157 BGB ergebe, daß der Übergang der Rechte "stillschweigend", d.h. ohne Übertragungsakt seitens des Urhebers und ohne Annahme oder auch nur Kenntnisnahme von der Werkschöpfung seitens der Klägerin erfolgen solle. In einem solchen Falle könne von einer nur schuldrechtlichen Verpflichtung des Urhebers zur Übertragung sinnvoll lediglich dann gesprochen werden, wenn dieser die Möglichkeit behalten sollte, unter Umständen auch anderweitig über

das entstandene Recht zu verfügen. Das aber habe gerade nicht der Fall sein sollen, da der Übertragende die "Gewähr" dafür habe übernehmen müssen, über die künftigen Rechte keine Verfügungen zu treffen. Die dingliche wirkende Vorausübertragung entspreche auch dem von den Parteien Gewollten am besten, da sie es der Verwertungsgesellschaft am ehesten ermögliche, die Rechte ihrer Mitglieder wirkungsvoll wahrzunehmen.

In einer Hilfsbegründung legt das Berufungsgericht dar, daß die Klägerin auch dann Inhaberin der betreffenden Rechte ihres Mitgliedes B. geworden wäre, wenn man dem Vertrage nur eine schuldrechtliche Verpflichtung zur "stillschweigenden" Übertragung entnähme. Dann wäre davon auszugehen, daß B. diese Verpflichtung, da ein besonderer Übertragungsakt und eine Verlautbarung nach außen nicht erforderlich gewesen wären, bei Schaffung der Bearbeitung erfüllt und damit die Rechte auf die Klägerin übertragen hätte. In diesem Zeitpunkt wäre er hierzu auch noch befugt gewesen, weil die Bearbeitung vor dem 16. November 1953 hergestellt worden sei, während die Übertragungserklärung B. gegenüber der Beklagten, auf die diese allein ihre Rechte stützen könnte, erst das Datum des 23. November 1953 trage.

b) Die gegen diese Auslegung gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet.

Bei den Verträgen der Klägerin mit ihren Mitgliedern handelt es sich um typische Vertragsbedingungen, die für eine Vielheit von Verträgen als Vertragsbedingungen vorgesehen sind und deren Wirkungskreis über den Bezirk eines Oberlandesgerichtsbezirks hinausgeht. Ihre Auslegung ist daher in der Revisionsinstanz frei nachprüfbar (vgl. BGH GRUR 1957, 611, 612 - Bel ami).

Der Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht ist beizutreten. Wenn das Berufungsgericht dem Wortlaut der Erklärung in Verbindung mit dem Zweck der Übertragung entnimmt, daß die Übertragung der an den künftigen Werken B. zur Entstehung gelangenden Rechte zur mechanischen Vervielfältigung bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erfolgt sei, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision meint, daß der Rechtsübergang, da über den Zeitpunkt der stillschweigenden Übertragung im Vertrag nichts gesagt sei, allenfalls mit der Anmeldung der Bearbeitung durch B. bei der Klägerin habe erfolgen sollen. Dem ist entgegenzuhalten, daß es nach der dem Vertrage gegebenen Auslegung des Berufungsgerichts einer besonderen weiteren Übertragungserklärung nach Schaffung des Werkes nicht bedurft hat, da danach bereits mit der Entstehung des Rechts im Zeitpunkt der Schaffung des Werkes das Recht auf die Klägerin übergegangen ist (vgl. RGZ 140, 232, 245 ff - Tonfilm; 153, 1, 8 - Schallplatten-Rundfunksendung). Das Gleiche würde übrigens gelten, wenn man in diesem Punkte der Hilfsbegründung des Berufungsgerichts folgte, nach der die Erfüllung der Verpflichtung zur Übertragung der Rechte an künftigen Werken nach dem Wortlaut des Vertrages "stillschweigend" geschehen sollte. Denn dies könnte keinen anderen Sinn haben als den, daß es nach der Entstehung des Werkes keines besonderen Übertragungsaktes mehr bedürfen sollte. Im Ergebnis würde daher die gleiche Folge eintreten wie bei Annahme einer dinglich wirkenden Vorausabtretung: der Rechtsübergang auf die Klägerin würde sich bereits mit der Entstehung des Werkes vollziehen. Im übrigen entspricht die Auslegung durch das Berufungsgericht auch dem Bedürfnis der Veranstalter von gewerbsmäßigen Musikaufführungen mit Hilfe von Schallplatten oder danach hergestellten Tonbändern und damit

der Rechtssicherheit (RGZ aaO 140, 250 f). Das Reichsgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, es liege im Interesse aller Beteiligten, daß sich der Rechtsübergang ohne besondere weitere Übertragungserklärung auf die Verwertungsgesellschaft vollziehe, damit nicht ungetreue Mitglieder, die einer bloßen Verpflichtung zur Übertragung nicht nachkämen, anderweitig über die Rechte verfügen oder sich auf die Tatsache der nicht erfolgten Übertragung berufen könnten. Es ist rechtlich bedenkenfrei, daß das Berufungsgericht dieses der Vereinbarung von 1947 zugrundeliegende Vertragsziel bei deren Auslegung maßgebend berücksichtigt hat.

Somit ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe auf Grund des mit B. geschlossenem Vertrages die mechanischen Vervielfältigungsrechte auch bezüglich der erst nach Vertragsabschluß von Breuer geschaffenen Werke erworben, rechtlich nicht angreifbar.

2. Während ihrer Zugehörigkeit zum BIEM hatte die Klägerin, ebenso wie die übrigen nationalen Verwertungsgesellschaften, die ihr von ihren Mitgliedern übertragenen mechanischen Vervielfältigungsrechte dem BIEM zur Auswertung weiterübertragen. Das BIEM hatte mit den im Internationalen Verband der Phonographischen Industrie zusammengeschlossenen Schallplattenherstellern einen Normalvertrag vereinbart, der wiederholt geändert worden ist. Die nationalen Verwertungsgesellschaften sind nach dem Normalvertrag berechtigt, als Vertreter des BIEM den Normalvertrag mit den in ihren Ländern tätigen Schallplattenherstellerfirmen abzuschließen, von diesen die Vergütungen einzuziehen und diese an die Berechtigten auszuschütten.

Die Klägerin hatte als Vertreterin des BIEM mit der Beklagten den BIEM-Normalvertrag in den Fassungen von 1952 und 1956 geschlossen.

Die Klägerin ist mit Wirkung vom 1. Januar 1961 aus dem BIEM ausgeschieden. Sie hat vorgetragen, damit seien die mechanischen Vervielfältigungsrechte vom BIEM auf sie zurückübertragen worden. Die Beklagte hat dies bestritten und erwidert, der Klägerin fehle auch deshalb die Aktivlegitimation für die Klageansprüche, weil sie nicht mehr dem BIEM angehöre und die fraglichen Rechte, falls sie beständen, noch dem BIEM zustünden.

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, diese Rechte seien an die Klägerin zurückgefallen, auch wenn ein besonderer Übertragungsakt seitens des BIEM nicht vorliege. Denn die Klägerin übe die mechanischen Rechte ihrer Mitglieder seit mehreren Jahren im wesentlichen unangefochten aus. Nachdem die Beklagte im ersten Rechtszuge erklärt habe, daß sie die fehlende Sachbefugnis der Klägerin wegen deren Austritts aus dem BIEM nicht mehr geltend machen wolle, und nachdem sie auch im Berufungsrechtszuge nicht mehr hierauf zurückgekommen sei, erübrige es sich, im einzelnen auf diese Frage einzugehen.

Auch diese Ausführungen werden von der Revision ohne Erfolg angegriffen.

Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsanspruch nicht, wie die Revision meint, gemäß Art. XIX (3) des BIEM-Normalvertrages als begründet angesehen, sondern gemäß § 36 LitUrhG i.V.m. § 1004 BGB. Allerdings stünde der Anspruch der Klägerin auf Grund dieser Gesetzesbestimmungen nur zu, wenn die mechanischen Rechte vom BIEM auf sie zurückübertragen worden wären. Das hat das Berufungsgericht ohne Verstoß gegen Verfahrensvorschriften zu Recht angenommen. Denn unstreitig haben die Parteien unmittelbar vor Abschluß des ersten Rechtszuges im zweiten Rechtszuge zu den Gerichtsakten überreich-

ten Hauptvertrag vom 28. November/11. Dezember 1963 geschlossen (abgedruckt bei Schulze, Urheberrecht in der Musik 3. Aufl. S. 332 ff), der hinsichtlich ihrer Rechtsbeziehungen an die Stelle des BIEM-Normalvertrages getreten ist. Schon aus der Tatsache, daß die Beklagte diesen Vertrag mit der Klägerin geschlossen hat, ergibt sich, daß sie den Rückerwerb der Rechte durch die Klägerin nicht mehr bestreitet. Darüber hinaus läßt auch der Vortrag der Beklagten im zweiten Rechtszuge keinen Zweifel an der Verfügungsbefugnis der Klägerin erkennen.

Es ist daher unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Sachbefugnis der Klägerin bejaht hat.

II. Die Bearbeitung des Liedes "Schwarzbraun ist die Haselnuß" hat das Berufungsgericht als eigenschöpferische Leistung individueller Prägung und daher gemäß § 1 Abs. 1 Ziff. 2, § 2 Abs. 1 LitUrhG als urheberrechtlich geschützt angesehen.

1. Hierzu legte es einleitend dar, daß der Begriff der eigenschöpferischen Leistung bei musikalischen Bearbeitungen weit auszulegen sei, wie das auch bei Werken der Literatur seit jeher geschehe.

Der Auffassung des Landgerichts, daß als schutzfähige Bearbeitungen nur Neuschöpfungen von hoher künstlerischer Originalität anzusehen seien, könne nicht gefolgt werden, da sie den heutigen Verhältnissen auf dem Gebiet der Unterhaltungsmusik nicht gerecht werde. Angesichts des Massenverbrauchs dieser Musik durch Rundfunk, Fernsehen, Film und durch Schallplatten- und Tonbändervertrieb, dem eine massenhafte Herstellung von Musikwerken, insbesondere auch von Bearbeitungen im

weitesten Sinne, entspreche, bliebe bei Anlegung derart hoher Maßstäbe ein erheblicher Teil der Gebrauchsmusik ohne urheberrechtlichen Schutz. Die Folge wäre, daß die Hersteller dieser Musik an dem erzielten wirtschaftlichen Erfolg nicht beteiligt würden, obwohl dieser Erfolg auch bei den in großer Zahl und fortlaufend neu hergestellten Bearbeitungen regelmäßig nicht zuletzt auf der von dem Bearbeiter hergestellten **F a s s u n g** des Musikstücks beruhe. Denn diese bestimme in der Regel den Charakter und deshalb auch die Zugkraft des Musikstückes beim Publikum. Angesichts der massenhaften Herstellung von Schlager- und Unterhaltungsmusik dürfe auch die Bedeutung der Originalmelodie nicht überschätzt werden. Der entsprechende schöpferische Einfall werde in vielen Fällen gering sein. Auch bei Originalwerken dieses Gebietes werde es sich, wie Prof. Moser sage, vielfach um "tönende Industrieprodukte" handeln, ohne daß deshalb an ihrer Schutzfähigkeit zu zweifeln wäre.

2. Wenn diese Darlegungen des Berufungsgerichts auch in manchen Punkten mißverständlich sein mögen, so sind sie jedoch entgegen der Ansicht der Revision im Ergebnis frei von Rechtsirrtum.

Wie der Zusammenhang der Darlegungen des Berufungsgerichts erkennen läßt, vertritt dieses nicht etwa die - rechtlich nicht zu billigende - Ansicht, daß der Begriff der persönlichen geistigen Schöpfung dort weiter zu ziehen sei, wo infolge erhöhter Verwertungsmöglichkeiten eine "massenhafte" Herstellung entsprechender Werke stattfinde. Vielmehr geht es davon aus, daß bei der Prüfung, ob eine musikalische Bearbeitung als persönliche geistige Schöpfung anzusehen ist, ebenso wie bei Schriftwerken keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind und daß diese Voraussetzung auch dann gegeben sein kann, wenn es sich, wie

vielfach bei der Schlager- und Unterhaltungsmusik, um eine formgebende Tätigkeit geringen künstlerischen Ranges handelt. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Nach dem Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst (LitUrhG) von 1901 genossen Schriftwerke und Werke der Tonkunst urheberrechtlichen Schutz, wenn sie eine persönliche geistige Schöpfung ihres Urhebers darstellten. Dabei wurde bezüglich des Schutzes solcher Originalwerke, insbesondere von Schriftwerken, angenommen, daß an das Maß geistiger Tätigkeit unter Umständen keine besonders hohen Anforderungen zu stellen seien (vgl. BGH GRUR 1961, 85, 87 zu Ziff. II 1 b - Pfiffikus-Dose; RGZ 129, 252, 255 - Operettenführer; 123, 120, 123 - Brücke zum Jenseits; 116, 292, 295 - Adreßbuch; 108, 62, 65 - Wanderkarte; 81, 120, 123 - Kochrezepte). Auch für den Bereich der Musik war anerkannt, daß es hier die sogenannte kleine Münze gibt (Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht 2. Aufl. S. 125; Allfeld, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst 2. Aufl. § 1 Anm. 34 S. 56). Auf den besonderen literarischen oder künstlerischen Rang kam es dagegen nicht an (Ulmer aaO S. 116; Troller, Immaterialgüterrecht, Basel und Stuttgart 1959 Bd. 1 S. 395 ff, insbes. 397 u. 410 f; Schramm, Die schöpferische Leistung S. 206). Hieran hat sich, was die Revision verkennt, mit dem Inkrafttreten des neuen Urheberrechtsgesetzes (UrhG) vom 9. September 1965 (BGBl I 1273) nach Einlegung der Revision nichts geändert. Wie in der Begründung zu § 2 des Regierungsentwurfs (= § 2 UrhG) ausdrücklich hervorgehoben worden ist, sollen nach wie vor auch Werke von geringem schöpferischem Wert, die sogenannte kleine Münze, Schutz genießen (vgl. auch Ulmer, Ufita Bd. 45 S. 21). Auch die Bearbeitung eines bereits vorhandenen Werkes genießt urheberrechtlichen Schutz, wenn sie eine persönliche geistige Schöpfung des Bearbeiters ist. Die Voraussetzungen, die in dieser Hinsicht erforderlich sind, sind die gleichen wie

bei einem Originalwerk (Troller aaO S. 453; Hoffmann, Die Berner Übereinkunft, 1935, S. 58 f).

Danach ist es aber rechtlich nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, daß bei der Prüfung, ob die Bearbeitung eines Werkes der Musik als persönliche geistige Schöpfung des Bearbeiters anzusehen ist, kein zu hoher Maßstab anzulegen ist und daß es der Zuerkennung urheberrechtlichen Schutzes nicht entgegensteht, wenn die formgebende künstlerische Tätigkeit des Bearbeiters nur geringen künstlerischen Rang aufweist. Aus dieser Sicht ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, es dürfe angesichts der massenhaften Herstellung von Schlager- und Unterhaltungsmusik die Bedeutung der Originalmelodie auf diesem Gebiete nicht überschätzt werden, da vielfach der ihr zugrundeliegende schöpferische Einfall nur gering sein werde. Da die Bearbeitung eines Werkes der Musik regelmäßig die Melodie des bearbeiteten Werkes erkennbar übernimmt (vgl. § 13 Abs. 2 LitUrhG, § 24 Abs. 2 UrhG), kann, soweit es das Bestreben des Bearbeiters ist, die Melodie unverändert zu übernehmen, die persönliche geistige Schöpfung des Bearbeiters sich nur in anderen Mitteln der musikalischen Formgebung als dem der Melodie offenbaren.

III. Das Berufungsgericht legt sodann im einzelnen dar, aus welchen Gründen es die Bearbeitung des Liedes durch Breuer als persönliche geistige Schöpfung ansieht.

1. Es geht davon aus, daß dem Bearbeiter nur die einfache Melodie des Liedes gegeben gewesen sei und, daß seine Bearbeitung sich nicht an eine andere Orchesterfassung des Liedes anschließe.

Bei der vorgegebenen einfachen Melodie sei bereits die Auswahl der Instrumente, die Zusammenstellung des Orchesters

als eigenschöpferisches Merkmal in Betracht zu ziehen. Die hier bestehende große Zahl von Wahlmöglichkeiten sei stets ein Kriterium für die Schutzfähigkeit. Die Auswahl beeinflusse Klang und Charakter des Musikstückes wesentlich und stelle häufig, sofern sie nicht vorgegeben sei, eine künstlerische Entscheidung des Bearbeiters dar. In diesem Punkte werde auch dem Gutachten des Vorstandes des Deutschen Komponistenverbandes gefolgt, demzufolge die Besetzung des Orchesters der Bearbeitung eine eigene Note gebe.

Hinsichtlich des Gesamtcharakters der Bearbeitung habe die Anhörung der Platte die Richtigkeit der Ausführungen von Prof. M. [REDACTED] ergeben, daß die Fassung schmissiger, kesser und vielleicht auch etwas gewöhnlicher sei als die volksliedhafte Vorlage. Diese Fassung habe Breuer durch eine andere Rhythmisierung und durch entsprechenden Einsatz der Klangmittel erreicht. Darin liege eine eigenschöpferische Leistung. Dabei komme es nicht darauf an, ob sich die Fassung Breuers vom Rang und Stil eines volkskünstlerischen Objektes entferne und insoweit eine Banalisierung darstelle. Denn entgegen der Ansicht Prof. M. [REDACTED] sei es unerheblich, ob eine Bearbeitung von hohem künstlerischem Niveau, ob sie stilgerecht und geschmackvoll sei. Wenn Prof. M. [REDACTED] mit Recht die Ansicht vertrete, daß die Zuspitzung des Rhythmus' die Stoßkraft erhöhe und daß Instrumentierung und Chorsatz wirkungsvoll seien, so spreche das gerade für eine eigenschöpferische Leistung. Denn Stoßkraft und Wirkung der Bearbeitung seien für den wirtschaftlichen Erfolg der Schallplatte mitentscheidend. Es wäre aber ungerechtfertigt, denjenigen, auf dessen musikalischer Formgebung diese für die erfolgreiche Auswertung wesentlichen Eigenschaften beruhten, an dem Erfolg nicht zu beteiligen.

Für die Frage der eigenschöpferischen Leistung sei schließlich nicht entscheidend, ob der Bearbeiter im wesentlichen oder ausschließlich bekannte und beliebte Mittel einsetze. Entscheidend sei, daß B. die Mittel hier in einer Weise und Kombination eingesetzt habe, die in keiner Weise vorgegeben sei. Daher stünden die Ausführungen des Gutachtens von D. der Auffassung des Senats nicht entgegen.

Danach gehe allein das Gutachten von Prof. Fellerer von zutreffenden Maßstäben aus und komme zu dem richtigen Ergebnis, daß eine eigenschöpferische Leistung vorliege. Wie die Anhörung der Schallplatte ergeben habe, sei diesem Sachverständigen auch darin zu folgen, daß die Bearbeitung auch im einzelnen Einfälle enthalte (Bläser-Zwischenrufe, Akkordeonbewegung, Gestaltung des Liedsatzes und des Einleitungssatzes), die als Merkmale eigenschöpferischer Leistung anzusehen seien. Entsprechendes gelte für die von dem Gutachter hervorgehobene Form der Rhythmisierung und für die Besetzung.

Zutreffend weise Prof. F. auch darauf hin, daß ein Vergleich mit den Liedfassungen auf den Schallplatten Electrola E 41 036 ("Ein Lied, drei, vier!") und Columbia C 83 656 ("Hoch auf dem gelben Wagen") klar erkennen lasse, daß bei der Liedbearbeitung ein erheblicher Spielraum für eine individuell geprägte Arbeit vorhanden sei, den B. dadurch ausgenützt habe, daß er - statt einer einfachen Marschliedbegleitung, wie sie diese beiden Schallplatten wiedergäben - eine nach Rhythmus und Charakter veränderte Form gewählt und im einzelnen ausgeführt habe.

2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Sie beruht entscheidend auf dem Gutachten von Prof. F. [REDACTED].

Die Revision greift dieses Gutachten an, weil es den Begriff der eigenschöpferischen Leistung relativiere und subjektiv auslege. Da jedoch von objektiven Merkmalen auszugehen sei, verkenne bereits der Ausgangspunkt des Gutachtens den Begriff der Bearbeitung im Urheberrecht.

Dieser Angriff ist nicht gerechtfertigt.

Prof. F. [REDACTED] legt angesichts der gegensätzlichen Auffassungen in den Gutachten des Vorstands des Deutschen Komponisten-Verbandes und von Prof. M. [REDACTED] dar, daß im Hinblick auf die künstlerische Bewertung von Volksliedbearbeitungen verschiedene Standpunkte des Beurteilers möglich seien, wenn nicht eine musiksoziologische Betrachtung diese verschiedenen Möglichkeiten als gesellschaftliche Gegebenheiten erkenne. Für die Beurteilung nach dem Literatururheberrechtsgesetz komme es darauf an, ob eine persönliche geistige Schöpfung oder nur eine handwerkliche Leistung vorliege, d.h. ob der Bearbeiter in einer persönlichen künstlerischen Entscheidung seiner Bearbeitung eine eigenschöpferische Gestalt gegeben und nicht nur zu einem vorgegebenen Satz handwerkliche Besonderheiten angebracht habe (S. 2 und 4 = GA II 76, 78). Auf die subjektive künstlerische Wertung komme es dabei nicht an. Eine individuelle eigenschöpferische Bearbeitung könne auch dort gegeben sein, wo der einzelne den künstlerischen Wert nicht hoch einschätze.

Dieser Ausgangspunkt des Gutachtens stimmt entgegen der Ansicht der Revision mit den bei der Beurteilung anzuwendenden rechtlichen Maßstäben völlig überein (vgl. vorstehend zu Ziff. II 2). Soweit in dem Gutachten vereinzelt von der subjektiven schöpferischen Entscheidung des Bearbeiters die Rede ist, handelt es sich nicht etwa, wie die Revision meint, um ein subjektives Merkmal, das bei der Beurteilung zu berücksichtigen ist. Vielmehr versteht der Sachverständige hierunter die persönliche schöpferische Entscheidung des Bearbeiters, wie seine Ausführungen im Zusammenhalt eindeutig erkennen lassen.

Es ist daher rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Ansicht vertritt, daß das Gutachten von Prof. F. [REDACTED] von zutreffenden Maßstäben ausgehe.

b) Es kann dahinstehen, ob bereits die bloße Auswahl der Instrumente und die Zusammenstellung des Orchesters als solche eigenschöpferische Leistungen darstellen können. Denn zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß eine schutzfähige Leistung insoweit nur in der Art und Weise des Einsatzes der einzelnen Instrumente, also in der Durchführung der Instrumentierung und Orchestrierung erblickt werden kann. Aus diesem Grunde greift auch die Rüge der Revision nicht durch, das Berufungsgericht habe übersehen, daß B. [REDACTED] als Dirigenten des Hanseatenorchesters von vornherein bekannt gewesen sei, welche Instrumente und in welcher Zahl er die einzelnen Instrumente habe einsetzen können. Denn auch in diesem Falle blieb, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, noch genügend Spielraum für die Möglichkeit, eine Auswahl unter den vorhandenen Instrumenten zu treffen und deren Einsatz im einzelnen in verschiedenster Weise durchzuführen.

Soweit die Revision meint, daß Instrumentierung und Orchestrierung, von wenigen klassischen Ausnahmefällen hohen künstlerischen Ranges abgesehen, keine persönliche geistige Schöpfung hervortreten ließen, weil es sich hier um musikalisches Handwerk, nicht aber um geistige Schöpfung handele, kann dem in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Wenn diese Tätigkeiten auch nicht in jedem Falle zu einer persönlichen geistigen Schöpfung führen müssen, so ist doch anerkannt, daß Instrumentierung und Orchestrierung, die nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 LitUrhG dem Urheber ausdrücklich vorbehalten waren, regelmäßig schutzfähige Leistungen sind (vgl. Ulmer aaO S. 140 u. 216; Freiesleben, Recht und Tonkunst, S. 14; Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht 2. Aufl., S. 103; Wollenberg, Gutachten der fünf preußischen Sachverständigenkammern für Urheberrecht S. 107).

Soweit die Revision Verletzung der §§ 402, 406, 410 ZPO rügt, weil das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang das Gutachten des Vorstands des Deutschen Komponisten-Verbandes gewürdigt hat, kann sie keinen Erfolg haben. Die Revision beanstandet, das Gutachten lasse nicht erkennen, ob sich dem unterzeichnenden Vorstandsmitglied, dem stellvertretenden Präsidenten, die übrigen vier Vorstandsmitglieder der Begutachtung angeschlossen und an der Abfassung des Gutachtens mitgewirkt hätten. Das Berufungsgericht hat, nachdem es seine Auffassung, bereits die Auswahl der Instrumente und die Zusammenstellung des Orchesters sei als eigenschöpferisches Merkmal in Betracht zu ziehen, mit eigenen Darlegungen näher begründet hat, hinzugefügt, daß es in diesem Punkte auch dem Gutachten des Vorstandes des Deutschen Komponisten-Verbandes folge. Ein Verfahrensmangel liegt nicht vor. Denn die Erklärungen des Präsidenten des Verbandes, Prof. Werner E. [REDACTED] sowie der übrigen drei Vorstandsmitglieder Hugo H. [REDACTED], Gerhard W. [REDACTED] und Werner E. [REDACTED] sind im Original zu den Gerichts-

akten gereicht worden (GA I 194-197). In den Erklärungen von Prof. E., W. und E. heißt es, daß der stellvertretende Präsident zur Unterzeichnung des Gutachtens ermächtigt gewesen sei, daß aber vorsorglich das Einverständnis mit dem Gutachten bestätigt werde, für das der Unterzeichnende dem Prozeßgericht gegenüber die Verantwortung übernehme. H. hat in seinem Schreiben mitgeteilt, daß er die Partitur genau angesehen habe und mit dem Gutachten voll und ganz übereinstimme. Gegen die Erstattung des Gutachtens durch den stellvertretenden Präsidenten des Verbandes bestehen verfahrensrechtlich keine Bedenken. Auch das Reichsgericht hat das Gutachten eines Instituts für Wirtschaftsbeobachtung als zulässiges Beweismittel angesehen (RGZ 167, 171 f -- Alpenmilch; BGH LM ZPO § 402 Nr. 16; vgl. hierzu auch OLG München GRUR 1956, 379 f; Baumbach-Lauterbach 29. Aufl. Übers. vor § 402 ZPO Anm. 1 A).

Abgesehen davon, daß demnach ein Verfahrensmangel nicht vorliegt, wäre dieser, wie sich aus Nachstehendem ergibt, nicht entscheidungserheblich.

c) Die Revision wendet sich weiter dagegen, daß das Berufungsgericht angenommen hat, durch eine eigenschöpferische Leistung, nämlich durch andere Rhythmisierung und durch entsprechenden Einsatz der Klangmittel, werde erreicht, daß die Zuspitzung des Rhythmus' die Stoßkraft erhöhe und daß Instrumentierung und Chorsatz wirkungsvoll seien, dies aber werde für den wirtschaftlichen Erfolg der Schallplatte mitentscheidend sein. Die Revision rügt (§§ 139, 526 Abs. 2 ZPO), daß das Berufungsgericht keine Feststellungen über den wirtschaftlichen Erfolg der Platte getroffen habe. Sie übersieht jedoch, daß das Berufungsgericht mit der angegriffenen Formulierung nur zum Ausdruck gebracht hat, der Rhythmus der Bearbeitung und deren wir-

kungsvolle Instrumentierung könne für den wirtschaftlichen Erfolg neben anderen Faktoren von Bedeutung sein. Damit hat aber das Berufungsgericht nicht etwa den wirtschaftlichen Erfolg der Verwertung als Voraussetzung für den Urheberrechtsschutz angesehen. Einer Beweiserhebung über die Höhe des Absatzes der Schallplatte bedurfte es hier- nach nicht.

d) Auch die weiteren Feststellungen, die das Berufs- gericht im einzelnen nach Anhörung der die streitige Be- arbeitung und zwei weitere Bearbeitungen des Liedes tra- genden Schallplatten unter Zugrundelegung des Gutachtens von Prof. F. [REDACTED] getroffen hat, lassen nicht erkennen, daß es hierbei den Begriff der urheberrechtlichen Bearbei- tung verkannt hätte.

3. Demnach ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Be- arbeitung des Liedes durch B. [REDACTED] genüge den im Gesetz be- treffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Ton- kunst von 1901 niedergelegten Schutzvoraussetzungen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

4. Zu Unrecht meint die Revision, das nach Einlegung der Revision am 1. Januar 1966 in Kraft getretene neue Urhe- bergesetz (UrhG), das nach § 129 Abs. 1 Satz 1 auch auf die vor seinem Inkrafttreten geschaffenen Werke anzuwenden ist, es sei denn, daß diese zu diesem Zeitpunkt nicht urheber- rechtlich geschützt sind, stelle an den Schutz von Bear- beitungen strengere Anforderungen.

Nach § 3 UrhG werden Bearbeitungen eines Werkes, die persönliche geistige Schöpfungen des Bearbeiters sind, wie selbständige Werke geschützt. Das entspricht sachlich § 2

Abs. 1 Satz 2 LitUrhG, wonach bei einer Bearbeitung der Bearbeiter als Urheber gilt (Begrdg. zu § 3 RegEntw UrhG, BT Drucks. IV/270). Denn auch nach § 2 Abs. 1 Satz 2 LitUrhG genoß eine Bearbeitung, wie oben dargelegt, nur dann urheberrechtlichen Schutz, wenn sie eine persönliche geistige Schöpfung des Bearbeiters darstellte (RGZ 153, 71, 76 m.w.Nachw.; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht 2. Aufl. S. 140). Daher kann der Ansicht der Revision nicht gefolgt werden, das frühere Gesetz habe dem Bearbeiter schlechthin die Eigenschaft eines Urhebers beigelegt und damit jeder Bearbeitung urheberrechtlichen Schutz gewährt, während das neue Gesetz nur noch solchen Bearbeitungen Schutz zubillige, die von der Persönlichkeit ihres Urhebers geprägte geistige Schöpfungen seien. Vielmehr sind die Voraussetzungen für die Gewährung des urheberrechtlichen Schutzes für eine Bearbeitung in beiden Gesetzen die gleichen.

5. Für die Frage, ob eine Bearbeitung im Sinne des § 2 Abs. 1 LitUrhG bzw. des § 3 UrhG vorliegt, ist es entgegen der Ansicht der Revision unerheblich, daß nach dem Verteilungsplan der Klägerin für das mechanische Vervielfältigungsrecht der Bearbeiter eines gemeinfreien Werkes günstiger gestellt ist als der Bearbeiter eines urheberrechtlich geschützten Werkes (vgl. den bei Schulze, Urheberrecht in der Musik, 3. Aufl. S. 203 ff, 227 abgedruckten Verteilungsplan zu B § 3 Abs. 1). Denn für den nach dem Gesetz zu bestimmenden Begriff der Bearbeitung sind die Grundsätze des Verteilungsplans der Klägerin ohne Bedeutung.

IV. Den Unterlassungsanspruch hat das Berufungsgericht zu Recht gemäß § 36 LitUrhG i.V.m. § 1004 BGB (vgl. § 97 Abs. 1 UrhG) als begründet angesehen, weil die Be-

klagte das der Klägerin bezüglich der Bearbeitung von Breuer zustehende Recht der mechanischen Vervielfältigung verletzt habe und unerlaubt handele, wenn sie diese Bearbeitung ohne Erlaubnis der Klägerin vervielfältige und verbreite.

1. Soweit das Urheberrecht vor Inkrafttreten des neuen Urheberrechtsgesetzes auf einen anderen übertragen worden ist, stehen nach § 137 Abs. 1 Satz 1 UrhG dem Erwerber die entsprechenden Nutzungsrechte (§ 31) zu. Diese Bestimmung beruht darauf, daß im Gegensatz zu den bisher geltenden Gesetzen das Urheberrecht als solches nicht mehr übertragbar ist. Vielmehr kann der Urheber nunmehr einem anderen ausschließliche oder einfache Nutzungsrechte einräumen (§ 31 UrhG). Im Hinblick darauf, daß nur die Verletzung ausschließlicher Nutzungsrechte gemäß § 97 UrhG Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz auslöst, hält die Revision die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht für erforderlich, damit dieses prüfen könne, ob der zwischen der Klägerin und B. abgeschlossene Berechtigungsvertrag in eine einfache oder eine ausschließliche Nutzungsrechtsübertragung umzudeuten sei.

Dem kann nicht gefolgt werden. Bei dem dem Urheber zustehenden Recht zur Vervielfältigung durch Übertragung des Werkes auf Tonträger handelt es sich nach bisherigem wie nach jetzigem Recht um ein ausschließliches Verwertungsrecht (vgl. für den alten Rechtszustand: BGHZ 8, 94; 17, 269; Ulmer aaO S. 256; - UrhG § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 Abs. 2). Dieses ihm zustehende ausschließliche Verwertungsrecht hat B. der Klägerin jedoch in dem Berechtigungsvertrag nicht zur eigenen Nutzung, sondern

zur Wahrnehmung übertragen, damit die Klägerin ihrerseits in der Lage ist, die Verwertung dieses Rechts durch Einräumung von Nutzungsrechten vorzunehmen. Die Klägerin nimmt daher die ausschließlichen Nutzungsrechte der Bearbeiter wahr (so schon für das bisherige Recht: BGHZ 15, 339, 346 - Indeta; vgl. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 9. September 1965, BGBl I 1294). Ihr Wahrnehmungsrecht ist daher ein ausschließliches Recht (Ulmer aaO S. 372). Da der Beklagten jedoch, wie anschließend dargelegt wird, ein Nutzungsrecht weder von der Klägerin noch vom BIEM eingeräumt worden ist, verletzt sie das ausschließliche Nutzungsrecht von B■■■■, dessen Wahrnehmung allein bei der Klägerin liegt.

2. Mit Recht hat das Berufungsgericht auch angenommen, daß sich die Beklagte gemäß Art. XIX (3) des BIEM-Normalvertrages nicht auf die ihr nach Art. II des Vertrages erteilte Erlaubnis zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken und zu deren Verbreitung berufen könne; da sie sich nicht an die von der Klägerin vorgenommene Einzeichnung des Werkes als lizenzpflichtig gehalten, sondern die Lizenzpflicht bestritten und Zahlung abgelehnt habe. Da es in dem von den Parteien nach dem Ausscheiden der Klägerin aus dem BIEM geschlossenen Hauptvertrage vom 28. November/11. Dezember 1963 in § 23 (1) heißt, daß die Bedingungen dieses Vertrages maßgebend seien, soweit der Hersteller vor Inkrafttreten dieses Vertrages erlaubterweise hergestellte Matrizen mit für die Klägerin geschütztem Repertoire weiterverwende, hat das Berufungsgericht auch mit Recht angenommen, daß dieser neue Vertrag seiner Natur nach nicht das Anmeldeverfahren für die bereits vor seinem Inkrafttreten angemeldeten Werke regelt. Diese Beurteilung ist von der Revision auch nicht angegriffen worden.

V. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch die auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht gerichteten Klageanträge als begründet angesehen.

1. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, die Beklagte habe das der Klägerin zustehende Vervielfältigungsrecht f a h r l ä s s i g verletzt, indem sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen habe, an die bei gewerblichen Verwertern musikalischer Urheberrechte hohe Anforderungen zu stellen seien. Die Beklagte hätte sich nicht über die sehr nahe liegende und nicht von der Hand zu weisende Auffassung des sachverständigen Werkausschusses der Klägerin über die Schutzfähigkeit der Bearbeitung B. [REDACTED] hinwegsetzen dürfen. Bei bestehenden Zweifeln hätte sie die Auswertung ohne Einwilligung der Klägerin unterlassen müssen, zumal sie die Möglichkeit gehabt hätte, die Lizenzgebühren unter Vorbehalt der Rückforderung nach rechtskräftiger Entscheidung der Streitfrage zu ihren Gunsten zu entrichten. Da sie das nicht getan habe, gehe das Risiko einer ihre Auffassung nicht bestätigenden Entscheidung des Streites zu ihren Lasten. Denn entweder sei sich die Beklagte der Möglichkeit bewußt gewesen, daß ihre Auffassung unzutreffend sein könnte, oder sie habe, falls das nicht der Fall gewesen wäre, auch insoweit die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen.

Falls die Beklagte schließlich angenommen haben sollte, daß B. [REDACTED] in der Lage gewesen sei, ihr etwaige Urheberrechte durch seine Erklärung vom 23. November 1953 zu übertragen, so hätte sie ebenfalls fahrlässig gehandelt. Als gewerblicher Verwerter von musikalischen Rechten hätte sie mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß B. [REDACTED] Mitglied der Klägerin sei und etwaige Verwertungs-

rechte bereits auf diese übertragen habe, und zwar im voraus oder bei Schaffung des Werkes.

2. Auch diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

Auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der bei Urheberrechtsverletzungen ein Verschulden bei außergewöhnlich gelagerten Fällen zu verneinen sein kann, kann die Revision sich nicht mit Erfolg berufen. Im Streitfall handelt es sich nicht um eine schwierige, höchststrichterlich noch nicht geklärte Rechtsfrage, zu der sich eine als herrschend zu bezeichnende Meinung noch nicht gebildet hat (BGHZ 17, 266, 295 f - Grundig; 18, 44, 57 f - Fotokopie; BGH GRUR 1964, 91, 94 - Tonbänder-Werbung). Denn zur Frage der musikalischen Bearbeitung hatte bereits das Reichsgericht Stellung genommen (RGZ 153, 71 ff). Im übrigen hängt die Frage, ob eine Bearbeitung urheberrechtlich geschützt ist, angesichts der vielfältigen Möglichkeiten geistigen Schaffens entscheidend von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles ab. Das inzwischen in Kraft getretene Urheberrechtsgesetz hat in diesem Punkte keine Änderung gebracht. Auch sonst sind keine Umstände ersichtlich, die die Handlungsweise der Beklagten vertretbar erscheinen lassen könnten. Ob die Beklagte im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages vom 23. November 1953 mit B. angenommen hat oder hat annehmen dürfen, daß B. nicht Mitglied der Klägerin sei, ist entgegen der Ansicht der Revision ohne Bedeutung. Denn sie hatte anlässlich ihrer Anmeldung der Schallplattenaufnahme bei der Klägerin von dieser erfahren, daß B. deren Mitglied war und daß die Klägerin durch Lizenzzeichnung die ihr danach zustehenden mechanischen Vervielfältigungs-

rechte in Anspruch nahm. Wenn die Beklagte gleichwohl Herstellung und Vertrieb der Platte vornahm, so ist das vom Berufungsgericht mit Recht als fahrlässig angesehen worden.

3. Die erstmals von der Revision erhobene Einrede der V e r j ä h r u n g ist nicht begründet. Die Revision meint, da die Klage am 23. November 1961 der Beklagten zugestellt worden sei, greife die Einrede durch, soweit der Auskunfts- und der Feststellungsanspruch sich auf Veräußerungen und sonstige Verwertungen der Schallplatte erstreckten, die vor dem 23. November 1958 erfolgt seien. Im Berufungsverfahren habe die Einrede aus § 50 LitUrhG nicht erhoben werden können. Daher müsse sie nunmehr gemäß § 102 UrhG erhoben werden können.

Dem kann nicht gefolgt werden. Der Revision ist zuzugeben, daß die Einrede der Verjährung in der Berufungsinstanz nicht hätte erhoben werden können; denn zu diesem Zeitpunkt war die Verjährungsfrist hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs wegen widerrechtlicher Verbreitung, die nach § 51 Abs. 2 LitUrhG erst mit dem Tage der letzten widerrechtlichen Handlung begonnen hätte, nicht einmal angelaufen.

Die Beklagte kann jedoch auch nach der Regelung des Urheberrechtsgesetzes die Einrede der Verjährung nicht mit Erfolg geltend machen.

Nach § 102 Abs. 1 UrhG verjähren Schadensersatzansprüche in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an. Für diese

dem § 852 BGB nachgebildete Vorschrift gilt, soweit es darauf ankommt, den Beginn der Verjährung zu bestimmen, in gleicher Weise wie für § 852 BGB der Grundsatz, daß der rein strafrechtliche Begriff der fortgesetzten Handlung keine Rolle spielen darf, die zivilrechtliche Würdigung vielmehr an die einzelnen unerlaubten Handlungen anknüpfen muß (RG JW 1912, 31; RGZ 134, 335, 338; BGH NJW 1954, 1033).

Die Vorschrift des § 102 Abs. 1 UrhG gilt nach § 129 Abs. 1 UrhG auch für vor dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes entstandene Ansprüche. Sie ist jedoch nur mit der Maßgabe anzuwenden, daß eine Verjährungsfrist, die nicht schon vor dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes nach den bisherigen Vorschriften zu laufen begonnen hatte, frühestens mit dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes zu laufen beginnt.

Diese Einschränkung der Anwendung des § 102 UrhG hat der Gesetzgeber zwar nicht ausdrücklich angeordnet, sie ist aber dem im Urheberrechtsgesetz geltenden allgemeinen Gedanken zu entnehmen, daß ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung Rechte und Ansprüche, die nach dem bisherigen Recht entstanden sind, nicht abgeändert und verkürzt werden. Diesem Grundsatz tragen die Übergangsvorschriften der §§ 129 ff UrhG besonders Rechnung, so z.B. auch die Vorschrift des § 132 Abs. 1 UrhG, wonach die in § 40 Abs. 1 Satz 2 und in § 41 Abs. 2 UrhG genannten Fristen von 5 Jahren bzw. 2 Jahren frühestens mit dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes beginnen. Wäre eine vor dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes liegende Kenntnis des Verletzten von dem Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen als Anfangszeitpunkt für den Lauf der Verjährungsfrist nach § 102 Abs. 1 UrhG maßgebend, dann hätte der Ersatzpflichtige, auch wenn der

Anspruch schon vor dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes rechtshängig gewesen wäre, vielfach die Möglichkeit, nunmehr mit Erfolg die Einrede der Verjährung auch in solchen Fällen zu erheben, in denen ihm diese Einrede bislang nicht zustand. Eine solche Beeinträchtigung bereits vor Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes entstandener Ansprüche des Urheberberechtigten kann aber weder aus dem Wortlaut noch dem Sinn des § 102 UrhG entnommen werden.

VI. Schließlich hat das Berufungsgericht verneint, daß die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs gegen die Beklagte durch die Klägerin gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoße, oder der Beklagten gegenüber den Klageansprüchen ein Zurückbehaltungsrecht zustehe oder die Beklagte etwaige Schadensersatzansprüche gegen Breuer der Klägerin entgegenhalten könne.

Hierzu hat das Berufungsgericht dargelegt, es könne offen bleiben, ob B. sich der Beklagten gegenüber aus dem Gesichtspunkt der Gewährleistung oder aus anderen Gründen schadensersatzpflichtig gemacht habe. Denn die Klägerin, die die Rechte der Urheber treuhänderisch wahrnehme, brauche sich auf Grund ihrer selbständigen Stellung gegenüber ihren Mitgliedern solche Ansprüche nicht entgegenhalten zu lassen.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Die Aufrechnung zweier Forderungen setzt nach § 387 BGB die Gegenseitigkeit der Forderungen voraus. Der Gläubiger der einen Forderung muß daher der Schuldner der anderen Forderung sein. Nach anerkannter Rechtsprechung hängt die Frage, ob der Schuldner einer Forderung, deren formeller Inhaber ein Treuhänder ist, zur Aufrechnung mit einer

ihm gegen den Treugeber zustehenden Forderung berechtigt ist, von der besonderen Art und Gestaltung des Treuhandverhältnisses ab (BGHZ 25, 360, 367). Danach können die Erwägungen, die bei der Inkassozeession für die Zulassung der Aufrechnung sprechen, jedenfalls dann eine entsprechende rechtliche Beurteilung rechtfertigen, wenn der Treuhänder die Forderung zwar durch ein im eigenen Namen mit einem Dritten abgeschlossenes Geschäft begründet, jedoch nur im Rahmen eines Treuhandverhältnisses gehandelt hat, das ihn den Weisungen des Treugebers nach Art eines Angestellten unterstellt hat. Dabei muß hinzukommen, daß unter Berücksichtigung aller Umstände die Berufung darauf, daß die Forderung formell in der Person des Treuhänders entstanden ist, Treu und Glauben (§ 242 BGB) widerspricht.

Frei von Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht hieraus gefolgert, je unselbständiger und abhängiger die Stellung des Treuhänders gegenüber dem Treugeber sei, desto eher werde es gerechtfertigt sein, unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben Treuhänder und Treugeber trotz der formalen Trennung als Einheit zu behandeln. Sodann legt das Berufungsgericht dar, daß die Klägerin keine unselbständige, an Einzelanweisungen gebundene Ausführungsperson ihrer einzelnen Mitglieder nach Art eines Angestellten sei. Vielmehr sei sie als wirtschaftlicher Verein und Träger der Rechte der Gesamtheit ihrer Mitglieder diesen gegenüber weitgehend verselbständigt. Satzungsgemäß obliege ihr die treuhänderische Verwaltung der ihr zur Verwertung übertragenen Rechte der über fünftausend Mitglieder. Dabei könne sie alles tun, was zur Wahrung der Rechte erforderlich sei (§ 2 Abs. 2 der Satzung). So könne sie unter anderem die Rechte weiterübertragen oder deren Benutzung verbieten, ohne daß ein einzelnes Mitglied ihr das im Einzelfall untersagen oder sie zur Gestattung der Benutzung anweisen könne. Die Geltendmachung des rechtlichen Willens der Mitglieder erfolge nicht durch Einzelab-

sprachen oder gar Weisungen des Mitglieds an die Klägerin, sondern durch die dafür vorgesehenen Vereinsorgane, insbesondere durch die Mitgliederversammlung (§§ 5 und 10 der Satzung), die auch über Änderungen der Satzung und des Verteilungsplanes zu beschließen habe. Nach dem Verteilungsplan richte sich die Verteilung des Aufkommens einschließlich der für Unterstützungs- und Versorgungszwecke auszuwerfenden Beträge (§ 18 der Satzung), was unter weiterer Berücksichtigung des Abzuges der Verwaltungskosten der Klägerin zur Folge habe, daß das einzelne Mitglied nicht oder doch nicht ohne weiteres diejenigen Beträge in voller Höhe ausgezahlt erhalte, die aus der Verwertung seiner Werke zugeflossen seien. Unter diesen Umständen könne aber keine Rede davon sein, daß zwischen der Klägerin und ihrem Mitglied B. nur eine formale Trennung bestehe und daß die Klägerin sich nach Treu und Glauben als Einheit mit B. behandeln lassen müsse.

Entgegen der Ansicht der Revision ist es in diesem Zusammenhang unerheblich, daß die Klägerin sich in einem Schriftsatz in Anlehnung an einen älteren Sprachgebrauch der Verwertungsgesellschaften als "Inkassobeauftragte" B. bezeichnet hat. Hieraus folgt nicht, daß sie sich von der Beklagten Einwendungen aus deren Rechtsbeziehungen zu B. entgegenhalten lassen muß. Der von der Klägerin mit B. geschlossene Vertrag ist ein Urheberrechtlicher Nutzungsvertrag eigener Art. Er weist Elemente des Auftrags, insbesondere bezüglich der treuhänderischen Rechtsübertragung, sowie des Gesellschafts-, des Dienst- und des Geschäftsbesorgungsvertrages auf (BGH GRUR 1966, 578, 569 - GELU). Zutreffend hat das Berufungsgericht bei Beurteilung der Frage, ob die Beklagte ihr etwa gegen B. zustehende Ansprüche der Klägerin mit Erfolg entgegensetzen kann, in erster Linie darauf abgestellt, daß die Klägerin im Verhältnis zu

B [REDACTED] hinsichtlich der Art und Weise der treuhänderischen Wahrnehmung der ihr von diesem übertragenen Nutzungsrechte nicht an dessen Weisungen gebunden ist. Da die Geltendmachung des Willens der Mitglieder insoweit nicht durch Einzelabsprachen mit der Klägerin oder gar durch Weisungen der Mitglieder an die Klägerin erfolgt, sondern durch die Vereinsorgane der Klägerin, insbesondere die Mitgliederversammlung, der auch die Beschlußfassung über die Einzelheiten des Verteilungsplanes zusteht, unterscheidet sich das zwischen der Klägerin und deren einzelnen Mitgliedern bestehende Rechtsverhältnis gerade in dem hier wesentlichen Punkte von der Abtretung zum Zwecke des Inkassos, bei der der Treuhänder regelmäßig an die Weisungen des Treugebers gebunden ist. Da die Klägerin über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte der Gesamtheit ihrer Mitglieder zu verfügen berechtigt ist, ist sie andererseits wegen der beherrschenden Stellung infolge ihres umfangreichen Repertoires auch verpflichtet, auf Grund der von ihr wahrgenommenen Rechte jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einzuräumen oder Einwilligungen zu erteilen. Dieser nach allgemeiner Ansicht schon bisher geltende Grundsatz (vgl. Ulmer aaO S. 376) hat nunmehr in § 11 WahrnG gesetzliche Anerkennung gefunden. Hierin zeigt sich aber in besonderem Maße die Verselbständigung der Klägerin gegenüber ihren einzelnen Mitgliedern. Gerade angesichts dieser, der Klägerin auch gegenüber der Beklagten obliegenden, Verpflichtung widerspricht es aber nicht Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn die Klägerin sich der Beklagten gegenüber darauf beruft, daß die von ihr gegen diese im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche in ihrer Person entstanden seien und ihr daher von der Beklagten deren etwaige Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis mit B [REDACTED] nicht entgegengesetzt werden dürfen.

Entgegen der Ansicht der Revision kommt es bei dieser Sachlage nicht entscheidend darauf an, ob der Verteilungsplan der Klägerin für das mechanische Vervielfältigungsrecht im Unterschied zu deren Verteilungsplan für das Aufführungs- und Senderecht eine individuellere Ausschüttung der Einnahmen aus der Verwertung des urheberrechtlichen Nutzungsrechts des einzelnen Mitgliedes an dieses vorsieht. Wenn allerdings der Verteilungsplan einer urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaft nicht ausschließlich eine individuelle Abführung der jeweils für die ausgewerteten Werke eines Urhebers eingegangenen Tantiemen vorsieht, sondern im wesentlichen auf einem pauschal errechneten Punktsystem beruht, so ist schon dies für sich allein ein Umstand, aus dem sich die Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses zwischen der Verwertungsgesellschaft und ihren einzelnen Mitgliedern von der Inkassovollmacht ergibt (BGH aaO GRUR 1966, 569 li Sp). Abgesehen davon, daß nach der von der Revision nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts ein Teil der von der Klägerin kassierten Tantiemen satzungsgemäß für Unterstützungs- und Versorgungszwecke verwendet wird, insoweit daher eine völlig individuelle Ausschüttung auch bei der Verteilung der Einnahmen der Klägerin aus der Verwertung des mechanischen Vervielfältigungsrechts nicht stattfindet, würde der Umstand, daß bei dieser Verwertungsart die Verteilung individueller geschieht als bei den Einnahmen der Klägerin aus der Verwertung des Aufführungs- und Senderechts, nicht der Annahme entgegenstehen, daß die Klägerin aus den zuvor dargelegten Gründen nicht von Weisungen ihrer Mitglieder abhängig ist. Im übrigen ist nunmehr in § 7 Satz 2 WahrnG bestimmt, der Verteilungsplan solle dem Grundsatz entsprechen, daß kulturell bedeutende Werke und Leistungen zu fördern seien. Auch die Berücksichtigung dieses Grundsatzes steht einer individuellen Verteilung der von der Klägerin erzielten Einnahmen entgegen.

Es kommt hinzu, daß das Verhalten der Klägerin, die sich der Entgeghaltung etwaiger Schadensersatzansprüche der Beklagten gegen Breuer widersetzt, auch aus dem Grunde nicht gegen Treu und Glauben verstößt, weil der Beklagten die Geltendmachung ihrer Ansprüche dadurch nicht unmöglich gemacht wird. Denn es ist der Beklagten nicht verwehrt, ihre Ansprüche gegen B. [REDACTED] gerichtlich geltend zu machen und, wenn sie obsiegt, die Forderung B. [REDACTED] gegen die Klägerin auf Auszahlung der sich nach dem Verteilungsplan für ihn ergebenden Beträge zu pfänden.

Der Revision kann auch darin nicht gefolgt werden, daß diese Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen der Klägerin und deren Mitglied B. [REDACTED] auf der einen Seite und zwischen der Klägerin und der Beklagten auf der anderen Seite gegen die Grundgedanken des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 9. September 1965 verstößt. Nach diesem Gesetz unterliegt die Klägerin der Erlaubnispflicht (§ 1) und der staatlichen Aufsicht (§§ 18 ff). Weiter hat sie unter anderem Satzungsänderungen, ihre Tarife und deren Änderungen sowie die Beschlüsse der Mitgliederversammlung der Aufsichtsbehörde unverzüglich schriftlich zu übermitteln (§ 20). Durch diese Überwachung der Tätigkeit der Klägerin wird aber ebensowenig wie durch die nach §§ 22, 33 Abs. 2 BGB bestehende Vereinsaufsicht oder die nach Maßgabe des § 24 WahrnG bestehende Mißbrauchsaufsicht des Bundeskartellamts etwas in den hier behandelten Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits und B. [REDACTED] geändert.

Schließlich liegt auch darin kein Rechtsfehler, daß das Berufungsgericht bei Prüfung des Arglisteinwandes allein auf die Selbständigkeit der Klägerin als Treuhänderin gegenüber ihren Mitgliedern abgestellt, dagegen

nicht die Gedanken der Rechtssicherheit und des Ausnahmecharakters der Abtretung künftiger Nutzungsrechte berücksichtigt hat. Es ist bereits bei der Prüfung der Sachbefugnis der Klägerin hervorgehoben worden (vgl. vorstehend zu Ziff. I 1), daß die Abtretung urheberrechtlicher Nutzungsrechte bezüglich künftiger Werke seitens der Mitglieder der Klägerin an diese keine Ausnahmeerscheinung ist und daß die Abtretung gerade auch der Rechtssicherheit dient.

Demnach ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, die Beklagte könne Einwendungen auf Grund ihr etwa gegen Breuer zustehender Ansprüche der Klägerin wegen deren selbständigen Stellung gegenüber ihren Mitgliedern nicht entgegensetzen.

VII. Vergeblich zieht die Revision unter Hinweis auf §§ 27, 137 Abs. 1 Satz 2 UrhG die Berechtigung der Klägerin in Zweifel, der Beklagten auch die Vermietung der das Potpourri tragenden Schallplatte oder der danach hergestellten Tonbänder zu Sendezwecken zu verbieten.

Bereits nach § 11 Abs. 1 Satz 1 LitUrhG erstreckte sich die ausschließliche Befugnis des Urhebers zur gewerbsmäßigen Verbreitung des Werks auch auf das gewerbsmäßige Vermieten eines Vervielfältigungsstücks, das ohne Einwilligung des Urhebers hergestellt oder in den Verkehr gebracht worden war. § 27 UrhG gibt hinsichtlich der Vermietung von Vervielfältigungsstücken dem Urheber nur insoweit einen neuen Anspruch, als er dem Urheber entgegen dem bisherigen Rechtszustand bei Vervielfältigungsstücken, die mit seinem Einverständnis in Verkehr gebracht worden sind; einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung gegen den Vermieter dieser Ver-

vielfältigungsstücke zubilligt, wenn die Vermietung Erwerbszwecken des Vermieters dient.

Bei den den Gegenstand dieses Rechtsstreits bildenden Vervielfältigungsstücken handelt es sich jedoch um ohne Erlaubnis des Urhobers und somit rechtswidrig hergestellte Vervielfältigungsstücke, deren Verbreitung ebenfalls rechtswidrig ist. Auch nach bisherigem Recht stellte aber die Vermietung von ohne Zustimmung des Urhebers in den Verkehr gelangten Vervielfältigungsstücken eine rechtswidrige Verbreitung dar (vgl. Ulmer aaO S. 197). Die Klägerin macht daher, soweit die Klageansprüche sich auf die Vermietung der Schallplatten und der danach hergestellten Tonbänder beziehen, keine erst durch das neue Urheberrechtsgesetz begründeten Ansprüche geltend.

Nb

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

Krüger-Nieland

Sprenkmann

Alff

Simon

Bökelmann