

2546 007

46

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: ja

UWG § 1

Wer eine von einem gewerblichen Veranstalter durchgeführte Unterhaltungsdarbietung auf einem Tonband festhalten will, um die Tonbandaufnahme im Falle ihrer Eignung für eine Rundfunksendung zu verwenden, bedarf bereits für die Herstellung der Tonbandaufnahme einer Erlaubnis des Veranstalters.

BGH, Urt. v. 24.Mai 1963 - Ib ZR 62/62 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Ib ZR 62/62

Verkündet
am 24. Mai 1963
Zug
Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinz Herbert B [REDACTED], H [REDACTED] [REDACTED],
D [REDACTED] [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den N [REDACTED] R [REDACTED], gemeinnützige Anstalt des
öffentlichen Rechtes, vertreten durch den Intendanten
Dr. Hi [REDACTED], H [REDACTED] [REDACTED], Ro [REDACTED] [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde und der Bundes-
richter Dr. Krüger-Nieland, Pehle, Dr. Sprenkmann und
Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts zu Hamburg vom 8. März 1962
aufgehoben.

Der Klageanspruch wird dem Grunde nach für
gerechtfertigt erklärt.

76

- 1 a -

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Anspruches sowie über die Kosten des Rechtsstreits an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

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



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



Tatbestand:

Am 25. Januar 1961 fand in dem sehr gut besuchten Auditorium maximum der Hamburger Universität ein Vortragsabend des Kabarettisten Werner F. unter dem Titel: "Sie werden lachen, ich meine es ernst" statt. Veranstalter dieses Vortragsabends war der Kläger. In seiner Hand lag die gesamte Vorbereitung und Durchführung der Veranstaltung. Er hatte Werner F. für die fragliche Darbietung verpflichtet und trug das geschäftliche Risiko der Veranstaltung.

Die verklagte Rundfunkanstalt hatte schon seit langem zusätzlich zu der im Auditorium maximum vorhandenen Verstärkeranlage in einem Nebenraum eine besondere Aufnahmevorrichtung aufgebaut, die es ihr gestattet, bestimmte Vorlesungen und Vorträge für ihr sog. drittes Programm auf Tonträgern festzuhalten. Mit Hilfe dieser außerhalb des Veranstaltungsraumes befindlichen Empfangsanlage hat die Beklagte auch die Veranstaltung vom 25. Januar 1961 auf Tonband aufgenommen. Die Beklagte wollte sich auf Grund der Tonbandaufnahme darüber schlüssig werden, ob der fragliche Vortrag von F. mit den auf dem Tonband festgehaltenen Publikumsreaktionen sich für eine Rundfunksendung eigne.

Die Beklagte hat behauptet, Werner F. sei mit dieser Tonbandaufnahme einverstanden gewesen. Hierdurch habe eine Wiederholung des Vortrages im Studio der Beklagten erspart werden sollen. Die Aufnahme habe dazu dienen sollen, eine Grundlage für etwaige spätere Vertragsgesprächen mit F. über die Sendung des Vortrages zu führen. Ein Vertrag mit Werner F. über die Sendung sei jedoch bislang nicht abgeschlossen worden. Die Beklagte habe

zunächst den Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits abwarten wollen.

Technisch sei die Aufnahme dadurch zustandegekommen, daß F., um nicht ans Rednerpult gebunden zu sein, sondern sich frei bewegen zu können, mittels eines in seiner Tasche befindlichen Kleinsenders den Vortrag in den Nebenraum ausgestrahlt habe, wo er auf Tonband aufgenommen worden sei.

Der Kläger behauptet, er habe von der Absicht der Beklagten, die Veranstaltung auf einem Tonträger festzuhalten, nichts gewußt. Die Beklagte habe sein Einverständnis nicht eingeholt. Erst an dem der Veranstaltung folgenden Tage habe er zufällig von der Tonbandaufnahme erfahren. Er habe unverzüglich einer Rundfunksendung der Aufnahme widersprochen. Die Sendung hat bislang nicht stattgefunden.

Die Beklagte hat im Verlauf des Rechtsstreites erklärt, eine Sendung werde endgültig unterbleiben, wenn der Rechtsstreit rechtskräftig dahin entschieden werde, daß bereits die Herstellung der Tonbandaufnahme eine unerlaubte Handlung dem Kläger gegenüber darstelle.

Der Kläger verlangt Schadensersatz mit der Begründung, daß die Tonbandaufnahme nur mit seiner Erlaubnis zulässig gewesen sei, er diese Erlaubnis aber nur gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung erteilt haben würde. Üblicherweise würden je nach Art und Umfang der Veranstaltung DM 1.000.-- bis DM 5.000.-- gezahlt. Für die Aufnahme der streitigen Veranstaltung sei ein Betrag von

DM 2.500.-- angemessen. Er habe mit Werner F. vereinbart, daß dieser als Gage 50 % der erzielten Nettoeinnahmen erhalten solle. Da er inzwischen mit Finck abgerechnet habe, verlange er nur noch seinen Anteil in Höhe von DM 1.250.--.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.250.- DM
nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten.

Das Landgericht hat der Klage mit der Begründung stattgegeben, daß die Beklagte durch die vom Kläger nicht gestattete Tonbandaufnahme das Hausrecht des Klägers, das ein absolutes Recht im Sinn des § 823 Abs.1 BGB sei, verletzt habe. Auch verstoße das Verhalten der Beklagten gegen die guten Sitten, weil sie sich Leistungen eines anderen in dem Bewußtsein zunutze gemacht hätte, hierzu seiner Zustimmung zu bedürfen und ihm dafür eine Gegenleistung schuldig zu sein.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Der Kläger hat in der Berufungsinstanz hilfsweise beantragt:

festzustellen, daß die Beklagte im Falle einer vollständigen oder teilweisen Sendung seiner Aufnahme von der klägerischen Veranstaltung am 25. Januar 1961 in der Universität Hamburg zum Ersatz des dem Kläger auf Grund des ohne seine Genehmigung erfolgten Mitschnittes entstandenen Schadens verpflichtet sei.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, die Revision jedoch entsprechend dem übereinstimmenden Antrag der Parteien wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechts-sache zugelassen (§ 546 Abs.2 ZPO).

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagbegehren weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob die Beklagte verpflichtet gewesen sei, bereits für die Herstellung der Tonbandaufnahme das Einverständnis des Klägers einzuholen. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch sei, so führt das Berufungsgericht aus, als Schadensersatzforderung schon deshalb unbegründet, weil ein Ver-schulden der Beklagten nicht habe festgestellt werden können; denn die Beklagte habe nach den Umständen des Falles darauf vertrauen können, daß der Kläger gegen die Übertragung der Veranstaltung auf ein Tonband nichts einzuwenden habe. Der Klagsanspruch könne aber auch nicht auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung gestützt werden, weil es an einer Bereicherung der Beklagten auf Kosten des Klägers fehle. Dem Hilfsantrag des Klägers, die Schadensersatzpflicht der Beklagten im Fall einer vollständigen und teilweisen Sendung der strittigen Tonbandaufnahme festzustellen, könne nicht stattgegeben werden, weil eine Feststellungsklage ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis voraussetze. An der Feststellung eines Rechtsverhältnisses, das erst durch eine noch ungewisse, künftige, möglicherweise unerlaubte Handlung des Prozeß-

gegners begründet werde, sei ein Rechtsschutzinteresse zu verneinen.

2. Diese Begründung der Abweisung der Klage hält, wie noch darzulegen sein wird, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Um einen Maßstab für die Beurteilung der Verschuldensfrage zu gewinnen, bedarf es zunächst einer Klärung, ob die Beklagte objektiv gegen eine dem Schutz des Klägers dienende Rechtsnorm verstoßen hat.

a) Die Revision vertritt die Auffassung, die Beklagte habe durch den vom Kläger nicht gestatteten sogenannten "Mitschnitt" der Veranstaltung urheberrechtliche Befugnisse des Klägers verletzt. Zwischen F. [REDACTED] und dem Kläger sei ein Aufführungsvertrag geschlossen worden. Durch diesen Vertrag sei dem Kläger das "ausschließliche" Aufführungsrecht für die fragliche Veranstaltung überlassen worden. Aus diesem Recht folge die urheberrechtliche Befugnis des Klägers, eine Vervielfältigung der Aufführung zu verbieten. Die Übertragung der Veranstaltung auf einen Tonträger stelle aber eine solche Vervielfältigung der Aufführung dar. Wegen der unerlaubten Vervielfältigung der Aufführung stehe somit dem Kläger ein Schadensersatzanspruch aus § 36 LitUrhG zu.

Dem kann nicht beigespflichtet werden. Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst von 1901 verwendet den Begriff der "Aufführung" nur für die unkörperliche Wiedergabe von Werken der Tonkunst und von Bühnenwerken (vgl. § 11 Abs. 2 LitUrhG). Bei sonstigen Sprachwerken hat der Urheber bis zum Erscheinen des

Werkes das ausschließliche Recht zum öffentlichen "Vortrag" (§ 11 Abs.3 LitUrhG). Von diesem Vortragsrecht zu unterscheiden ist das Vervielfältigungsrecht, das dem Urheber eines Sprachwerkes ohne Rücksicht auf das Erscheinen seines Werkes ausschließlich zusteht (§ 11 Abs.1 LitUrhG). Durch die Bewilligung von einfachen oder ausschließlichen Berechtigungen an dem urheberrechtlichen Vortragsrecht werden weder Nutzungs- noch Verbotungsrechte hinsichtlich des Vervielfältigungsrechtes eingeräumt. Das Vervielfältigungsrecht verbleibt vielmehr, falls entgegenstehende Vereinbarungen fehlen, in vollem Umfang beim Werkurheber.

Selbst wenn somit zugunsten des Klägers unterstellt wird, F. habe ihm an seinem unter Urheberrechtsschutz stehenden Sprachwerk für die fragliche Veranstaltung eine ausschließliche Vortragsberechtigung eingeräumt, würde die Beklagte durch die strittige Tonbandaufnahme nicht in eine urheberrechtlich geschützte Rechtsposition des Klägers eingegriffen haben. Denn wie die Revision nicht verkennt, stellt die Übertragung des Vortrags von F. auf einen Tonträger im urheberrechtlichen Sinn eine "Vervielfältigung" des Werkes dar (BGHZ 8, 88; 17, 266). Das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht, Vervielfältigungen seines Werkes zu erlauben oder zu untersagen, steht aber allein F. als dem Werkverfasser zu. F. aber hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Festlegung seines Vortrages auf Tonband der Beklagten gestattet. Ob F. mit Rücksicht auf seine vertraglichen Bindungen dem Kläger gegenüber seine Erlaubnis nur im Einverständnis mit dem Kläger hätte erteilen dürfen, kann im Streitfall auf sich beruhen. Jedenfalls kann entgegen der

Meinung der Revision die Klage nicht auf einen unzulässigen Eingriff in urheberrechtliche Befugnisse des Klägers gestützt werden.

b) Durch die beanstandete Tonbandaufnahme ist jedoch nicht nur der unter Urheberrechtsschutz stehende Vortrag von F■■■■, sondern zugleich auch das Ergebnis der Veranstalterleistung des Klägers festgehalten und damit der wiederholten Nutzung durch Abspielen des Tonbandes, insbesondere seiner Sendung durch Rundfunk, zugänglich gemacht worden. Die Leistung des Klägers bestand nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes darin, daß er durch seine Organisationsarbeit die Veranstaltung zuwege gebracht hat. Er hatte den Raum gemietet, die Werbung für die Veranstaltung betrieben, Eintrittskarten verkauft und den Vertrag mit Werner F■■■■ abgeschlossen. Der Kläger trug auch das geschäftliche Risiko der Veranstaltung.

Das Ergebnis dieser Leistungen des Klägers hat sich die Beklagte durch die Übertragung der vom Kläger durchgeführten Veranstaltung auf einen Tonträger unmittelbar für ihren eigenen Aufgabenbereich zunutze gemacht. Ihr war nach ihrem eigenen Sachvortrag daran gelegen, die Eignung der Darbietungen von F■■■■ für eine Rundfunksendung zu überprüfen. Durch den "Mitschnitt" der vom Kläger durchgeführten Veranstaltung bot sich ihr diese Prüfungsmöglichkeit, die andernfalls eine Tonbandaufnahme in den eigenen Studioräumen der Beklagten unter Inanspruchnahme einer erneuten Darbietungsleistung von F■■■■ erfordert hätte, was erfahrungsgemäß mit zusätzlichen Aufwendungen für die Beklagte verbunden gewesen wäre.

Die Beklagte hat aber durch die Festlegung der Veranstaltung auf Tonband nicht nur die Aufwendungen für eine Wiederholung und Tonträgeraufnahme der Darbietungen von F. in ihrem eigenen Aufnahmestudio erspart, sondern hat darüber hinaus durch die strittige Tonbandaufnahme die persönlichen lebendigen Wechselbeziehungen, die zwischen einem Vortragskünstler und seinen anwesenden Zuhörern nach der Lebenserfahrung wirksam werden, ihren eigenen Zwecken nutzbar gemacht. Das Reichsgericht hat den Unterschied zwischen einem ohne Publikum im Senderraum gesprochenen Vortrag und seiner Darbietung vor einer im gleichen Raum befindlichen Hörerschaft in einer Entscheidung vom 12. Mai 1926 (RGZ 113, 413 Rundfunksendung "Der Tor und der Tod") wie folgt gekennzeichnet (Seite 422): "Die Aufnahme der Darstellung durch die Hörer spornt den Vortragenden zu vollkommenerer Leistung an und befähigt ihn, neben dem Werk selbst seine eigene Persönlichkeit in der Weise der Gestaltung wirken zu lassen; er kann seine Worte je nach dem Eindruck abstimmen, den er bei der Hörerschaft hervorbringt. Beim Rundfunk, wo der Redner sozusagen vor leeren Wänden in den Sender hineinspricht, kommt alles das nicht in Betracht. Hier kann der Sprecher gar nicht ermessen, wieviel Hörer seiner Darbietung folgen und ob dies mit der Empfindung des Beifalls geschieht oder nicht." Die Anregungen und Impulse, die F. für die Art und Weise seiner Darbietungen durch das vom Kläger für die fragliche Veranstaltung geworbene Publikum empfing, gingen aber auf die Veranstalterleistung des Klägers zurück. Das gleiche gilt für das Publikumsecho, das durch die beanstandete Tonbandaufnahme mit festgehalten wurde und auf das die Beklagte nach ihrer eigenen Einlassung besonderes Gewicht legte, weil sie sich eine größere Wirksam-

keit der Sendung versprach, wenn den Rundfunkhörern der Vortrag von F. [REDACTED] mit den jeweiligen Reaktionen des Publikums geboten werde.

Über diesen Beitrag, den der Kläger in seiner Eigenschaft als gewerblicher Veranstalter für das Zustandekommen der Veranstaltung erbracht hatte, konnte F. [REDACTED] nicht eigenmächtig verfügen. Die fragliche Auswertung der Veranstalterleistung des Klägers ist deshalb durch die Erlaubnis von F. [REDACTED], die Veranstaltung auf Tonband festzuhalten, nicht gedockt. Die Beklagte bedurfte hierzu vielmehr auch der Erlaubnis des Klägers. Die Beklagte verstieß gegen die Grundsätze eines lautereren Wettbewerbs, indem sie das Ergebnis des organisatorischen und finanziellen Einsatzes des Klägers für die Durchführung der Veranstaltung unmittelbar für ihre eigenen Zwecke ausnutzte, ohne hierzu vom Kläger ermächtigt zu sein (§ 1 UWG).

Rechtsirrtumsfrei geht das Berufungsgericht davon aus, daß zwischen dem Kläger als gewerblichem Veranstalter künstlerischer Darbietungen und der verklagten Rundfunkanstalt ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Denn die Leistungen beider Parteien dienen der Unterhaltung des Publikums. Zwar führt die Beklagte ihr Sendegut über ein hoheitrechtliches Sendemonopol an die Allgemeinheit heran. Dies steht aber der Annahme eines privatrechtlichen Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien nicht entgegen. Denn die Beklagte erwirbt ihr Sendegut - also den Inhalt der von ihr ausgestrahlten Sendungen - auf privatrechtlichem Wege (BGHZ 37, 1 = NJW 1962, 1004 - AKI). Auch beim Wettbewerb um die Nachfrage des Publikums nach Unterhaltung aber treten die Parteien einander auf dem Boden der Gleichord-

nung gegenüber, da das Publikum sich - wie das Berufungsgericht zu Recht hervorhebt - frei für Rundfunksendungen oder Unterhaltungsdarbietungen, wie sie der Kläger anbietet, entscheiden kann.

Die Beklagte hat nun, wie dargelegt, durch die vom Kläger nicht gestattete Übertragung der Veranstaltung auf Tonband eine Wettbewerbsposition errungen, die ihr in gleicher Weise ohne diese Auswertung der Leistung des Klägers nicht - oder doch jedenfalls nicht ohne Aufwand zusätzlicher Kosten und Mühen - erreichbar gewesen wäre. Ihr mit der Klage beanstandetes Verhalten erfüllt den Tatbestand eines sogenannten "Schmarotzens" an fremder Leistung und verstößt auch ohne das Hinzutreten besonderer Umstände gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs, weil es sich um die unmittelbare Ausnutzung und nicht etwa nur um die Nachahmung der Leistung eines Mitbewerbers zur Förderung eigener Wettbewerbsinteressen handelt. In gleicher Weise wie die Rundfunkanstalten gegen eine unmittelbare Ausbeutung ihrer Sendungen durch Mitbewerber den Schutz des § 1 UWG in Anspruch nehmen können (vgl. BGHZ 37, 1 = NJW 1962, 1004 - AKI), steht dieser wettbewerbliche Leistungsschutz auch den gewerblichen Veranstaltern von Unterhaltungsdarbietungen gegenüber den Rundfunkanstalten zur Seite.

Dieser Schutz greift nicht etwa erst mit der Verwendung solcher Tonbandaufnahmen für Rundfunksendungen ein. Vielmehr stellt bereit die Herstellung derartiger Tonbandaufnahmen eine unlautere Wettbewerbsmaßnahme dar, wenn sie vom Veranstalter nicht gestattet worden ist. Denn die

Rundfunkanstalt erlangt bereits mit dem Besitz der Tonbandaufnahme den Vorteil, die Eignung der fraglichen Darbietung mit dem gleichzeitig festgehaltenen Publikums-echo für Sendezwecke eingehend überprüfen zu können oder durch Schnitte und Überspielungen die Tonbandaufnahme "sendoreif" zu gestalten. Für den Veranstalter aber ergibt sich bereits mit Festlegung seiner Veranstaltung auf einem Tonband die Gefahr, daß seine Veranstalterleistung zu Zwecken ausgewertet wird, die der Nachfrage nach den von ihm angebotenen Unterhaltungsdarbietungen abträglich sein kann. Würde die Anfertigung solcher Tonbandaufnahmen ohne Erlaubnis des Veranstalters für zulässig erachtet, so wäre damit dem Veranstalter eine wirksame Kontrolle über die spätere Verwendung solcher ohne sein Wissen und seine Billigung hergestellter Tonträgeraufnahmen praktisch unmöglich gemacht. Bereits die Herstellung der Tonbandaufnahme in der Absicht, sie im Fall ihrer Eignung für Sendezwecke zu verwerten, fördert somit einerseits die Wettbewerbslage des Sendeunternehmens, während sie andererseits bereits die Gefahr einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition des Veranstalters in sich birgt.

Aus ähnlichen Erwägungen ist das Reichsgericht einer Entscheidung des Kammergerichts Berlin beigetreten, wonach bereits die ungenehmigte Festlegung der Rundfunkübertragung einer Sportreportage auf Schallplatten aus dem Rechtsgedanken des Schmarotzens an fremder Leistung eine unlautere Wettbewerbsmaßnahme darstellt (RGZ 128, 330, 336; KG JW 1929, 1251; vgl. auch BGHZ 35, 20, 28 ff Rundfunksendung "Figaros Hochzeit").

Hiernach ist davon auszugehen, daß die Beklagte nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen verpflichtet war, bereits für die Herstellung der strittigen Tonbandaufnahme die Erlaubnis des Klägers einzuholen, was unstreitig nicht geschehen ist. Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Prüfung, ob die Beklagte auch gegen § 826 BGB verstoßen hat oder ob ein rechtswidriger Eingriff der Beklagten in das Recht des Klägers an seinem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt. Auch kann dahinstehen, ob die Beklagte, wie das Landgericht angenommen hat, das "Hausrecht" des Klägers verletzt hat.

Du die Beklagte die fragliche Tonbandaufnahme unstreitig zu dem Zweck hergestellt hat, sie für eine Rundfunksendung zu verwerten, falls sie sich hierfür als geeignet erweist, bedarf es auch keiner Erörterung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen für Tonbandaufnahmen von öffentlichen, von einem gewerblichen Veranstalter durchgeführten Unterhaltungsdarbietungen die Einwilligung des Veranstalters erforderlich ist, wenn diese Tonbandaufnahmen nur dem Privatgebrauch dienen sollen.

3. Die Beklagte hat nach ihrem eigenen Sachvortrag die Erlaubnis des Klägers vorsätzlich nicht eingeholt. Sie vertritt den Standpunkt, daß sie einer solchen Erlaubnis nicht bedürfe. Diese Auffassung ist, wie dargelegt, rechtsirrig. Dieser Rechtsirrtum ist auch nicht entschuldbar. Die Beklagte, die, wie das Landgericht mit Recht hervorgehoben hat, für ihren eigenen Interessenbereich einen weitgehenden Leistungsschutz in Anspruch nimmt, mußte sich bei Beobachtung der ihr zumutbaren Sorgfalt im klaren

darüber sein, daß sie auch ihrerseits nicht berechtigt ist, die Veranstalterleistung des Klägers ohne dessen Einverständnis kostenlos zur Förderung ihrer eigenen Interessen auszunutzen.

Die Aussage des Zeugen Re[REDACTED], des Leiters der Hauptabteilung Unterhaltung der Beklagten, der das Berufungsgericht vollen Glauben geschenkt hat, ergibt zudem, daß die Beklagte die Vertragsverhandlungen wegen der Tonbandaufnahme und der Sendung einer von einem Dritten durchgeführten Veranstaltung üblicherweise zwar nur entweder mit dem Veranstalter oder dem Vortragenden führt, es aber für erforderlich erachtet, sich von ihrem jeweiligen Vertragspartner eine Freihaltungsklausel unterzeichnen zu lassen, um sich gegen etwaige Ansprüche des Veranstalters oder des Vortragenden abzusichern. Diese Gepflogenheit aber erweist, daß die Beklagte durchaus damit rechnete, mit derartigen Tonbandaufnahmen auch in den dem Veranstalter geschützten Rechtskreis einzugreifen.

4. Das Berufungsgericht hat ein Verschulden der Beklagten mit der Begründung verneint, die Beklagte habe darauf vertrauen können, daß der Kläger Kenntnis von der beabsichtigten Tonbandaufnahme gehabt habe und hiernit einverstanden gewesen sei.

a) Hierzu führt das Berufungsgericht zunächst aus, der Zeuge Re[REDACTED] habe annehmen dürfen, daß F[REDACTED], dessen Darbietungen häufiger gesendet worden seien, die Gepflogenheit der Beklagten gekannt habe, ihre Vertragsverhandlungen wegen der Aufnahme und Sendung nur entweder mit dem

Veranstalter oder dem Vortragenden zu führen und sich bei Abschluß eines Vertrages nur mit dem Vortragenden eine Freihaltungsklausel hinsichtlich etwaiger Ansprüche des Veranstalters unterzeichnen zu lassen. Re. [REDACTED] habe sich deshalb darauf verlassen können, daß F. [REDACTED] die Genehmigung für die Herstellung der Tonbandaufnahme vom Kläger eingeholt habe.

Diese Folgerung, die das Berufungsgericht aus der Aussage des Hauptabteilungsleiters Re. [REDACTED] der Beklagten gezogen hat, wird von der Revision zu Recht beanstandet. Selbst wenn mit dem Berufungsgericht davon ausgegangen wird, Re. [REDACTED] habe annehmen können, daß F. [REDACTED] die fraglichen Vertragsgepflogenheiten der Beklagten bekannt gewesen seien, so rechtfertigt dies nicht den Schluß, die Beklagte habe sich aus diesem Grunde ohne weiteres darauf verlassen dürfen, daß F. [REDACTED] seinerseits die erforderliche Erlaubnis des Klägers eingeholt habe. Die Beklagte hat weder behauptet noch unter Beweis gestellt, daß sie von F. [REDACTED] die Unterzeichnung einer Freihaltteklausel in bezug auf etwaige Ansprüche des Klägers verlangt habe. Ist dies aber nicht geschehen, so konnte F. [REDACTED], gerade wenn ihm die fragliche Vertragspraxis der Beklagten aus anderen Fällen bekannt gewesen sein sollte, davon ausgehen, die Beklagte halte die Einholung einer Zustimmung des Klägers zu der hier strittigen Tonbandaufnahme für überflüssig oder habe selbst bereits die Erlaubnis des Klägers nachgesucht. Wenn die Beklagte sich bei dieser Sachlage darauf verließ, daß F. [REDACTED] ermächtigt sei, auch für den Kläger die erforderliche Einwilligung zur Festlegung der Veranstaltung auf Tonband zu erklären, so geht dies zu ihren Lasten. Sie handelte jedenfalls fahrlässig, wenn sie es unterließ, in

dieser Richtung Erkundigungen einzuziehen, zumal da eine Frage an F. genügt hätte, um klarzustellen, ob er mit Wissen und Billigung des Klägers auch in dessen Namen die Tonbandaufnahme gestattete.

b) Ein Verschulden der Beklagten hat das Berufungsgericht weiterhin aus der Erwägung verneint, die Beklagte habe davon ausgehen können, daß dem Kläger die Vorbereitungen für die Anfertigung der Tonbandaufnahme nicht verborgen geblieben seien. Da der Kläger keinen Widerspruch erhoben habe, habe die Beklagte annehmen dürfen, er sei mit der Herstellung der Tonbandaufnahme, - und zwar auch ohne Entrichtung einer Vergütung an ihn, den Kläger -, einverstanden. Auch dem kann nicht gefolgt werden.

Wor eine unter Aufwand von Mühen und Kosten durchgeführte gewerbliche Voreinstellung durch ihre Festlegung auf einen Tonträger für Zwecke auswerten will, die die Wettbewerbslage des Veranstalters beeinträchtigen können, ist - schon wegen des dargelegten schutzwürdigen Interesses des Veranstalters, die spätere Verwendung dieses Tonträgers zu überwachen, - gehalten, sich des eindeutigen Einverständnisses des Veranstalters zu vergewissern. Er verletzt seine Sorgfaltspflichten, wenn er eine dahingehende Anfrage unterläßt und darauf vertraut, der Veranstalter werde die erforderlichen technischen Vorbereitungen schon bemerken und, falls er die Tonbandaufnahme mißbillige, rechtzeitig Widerspruch erheben. Der gegenteilige Standpunkt wird der dargelegten Pflichtenlage nicht gerecht und bürdet zu Unrecht dem Veranstalter auf, darüber zu wachen, ob etwa von dritter Seite Vorkehrungen für eine Fixierung seiner Vor-

anstellung auf einen Tonträger getroffen werden und gegebenenfalls hiergegen noch vor Beginn der Veranstaltung Einspruch einzulegen.

Die abweichende Beurteilung der Verschuldensfrage durch das Berufungsgericht wird zudem dem Umstand nicht gerecht, daß dem Veranstalter eine solche Zweitverwertung seiner Veranstaltung durchaus wünschenswert erscheinen kann, falls ihm hierfür ein angemessenes Entgelt gezahlt wird. Ist um seine Erlaubnis nicht nachgesehen worden und ihm dadurch keine Möglichkeit eröffnet worden, die von ihm als angemessen erachtete Vergütung vor der Übertragung der Veranstaltung auf einen Tonträger im Rahmen von Vertragsverhandlungen auszuhandeln, so kann seine stillschweigende Duldung der Tonbandaufnahme auf der Annahme beruhen, der Aufnehmende werde nachträglich seine Genehmigung gegen das Angebot einer angemessenen Gegenleistung einholen. Jedenfalls kann bei dieser Interessenlage allein aus dem Ausbleiben eines Widerspruchs gegen die Tonbandaufnahme nicht auf ein Einverständnis des Veranstalters mit einer kostenlosen Inanspruchnahme seiner Veranstalterleistung durch ihre Festlegung auf einem Tonband geschlossen werden. Kommt eine spätere vertragliche Einigung über die Höhe der Vergütung entgegen der Annahme des Veranstalters nicht zustande, so ist es ihm in der Regel nicht verwehrt, eine Schadensersatzforderung wegen der unerlaubten Aufnahme der Veranstaltung geltend zu machen. Jedenfalls kann derjenige, der es verabsäumt hat, die erforderliche Erlaubnis des Veranstalters zu einer Tonbandaufnahme einzuholen, einen Schuldvorwurf nicht allein mit der Behauptung auszuheilen, er habe geglaubt, dem Veranstalter seien die Vorbereitungen für die fragliche Auswertung seiner Veranstalterlei-

stung bekannt gewesen, und er habe aus dem Schweigen des Veranstalters gefolgert, dieser sei hiermit auch ohne Entrichtung einer Gegenleistung einverstanden.

5. Das Berufungsurteil kann hiernach nicht aufrechterhalten werden, weil die Schuldfrage rechtsirrig beurteilt worden ist. Der geltendgemachte Schadensersatzanspruch war vielmehr dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären; denn hierzu genügt, daß nach Sachlage und beim regelmäßigen Vorlauf der Dinge ein ziffernmäßig feststellbarer Schaden wahrscheinlich eingetreten ist (RGZ 103, 220).

Diese Voraussetzung ist im Streitfall erfüllt. Nach dem unwiderlegten Sachvortrag des Klägers, der bei der dargelegten Wettbewerbslage zudem der Lebenserfahrung entspricht, ist davon auszugehen, daß der Kläger die Tonbandaufnahme nur gegen die Zusicherung einer angemessenen Vergütung für die Erlaubniserteilung gestattet hätte. Für eine Vergütungspflicht der Beklagten sprechen auch durchaus Billigkeitserwägungen, da für die Beklagte bereits der Besitz der Tonbandaufnahme einen wirtschaftlichen Wert darstellt; denn er ermöglicht ihr, die Eignung der fraglichen Darbietungen von F. mit den gleichfalls festgehaltenen Publikumsreaktionen für eine Rundfunksendung zu überprüfen, ohne daß sie gezwungen wäre, zusätzliche Kosten und Mühen für eine Aufnahme einer etwa in ihrem eigenen Tonstudio durchgeführten Wiederholung dieser Veranstaltung aufzuwenden. Die Beklagte kann sich einer Vergütungspflicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen entgangenen Gewinns auch nicht etwa mit der Behauptung entziehen, sie würde im Streitfall von der Tonbandaufnahme abgesehen haben, wenn ihr bekannt gewesen wäre, daß der Kläger seine

Erlaubniserteilung von der Zahlung eines Entgeltes abhängig mache. Die Beklagte muß sich vielmehr an der Sachlage, die sie durch ihr unerlaubtes Vorgehen geschaffen hat, festhalten lassen (RGZ 97, 310, 312; BGHZ 20, 345 - Dahlke).

Für den Kläger dagegen streitet die Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 BGB, wonach als entgangen der Gewinn gilt, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen des konkreten Falles mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

In diesem Zusammenhang hat die Beklagte nun zwar behauptet, für Tonbandaufnahmen, über deren Verwendung für eine Sendung erst später entschieden werden solle, werde vom Veranstalter, falls eine Sendung unterbleibe, "üblicherweise" eine Vergütung nicht verlangt. Selbst wenn dies zutreffen sollte, wovon das Berufungsgericht ohne nähere Begründung ausgeht, rechtfertigt dies nicht den Schluß, der Kläger könne für die von ihm nicht gestattete Tonbandaufnahme keinen Schadensersatz wegen entgangenem Gewinn fordern. Denn seine Rechtsposition ist eine andere als die eines Veranstalters, mit dem die Beklagte vor der Aufnahme durch Absprachen abgeklärt hat, daß und gegebenenfalls in welcher Höhe sie ihm im Fall einer Sendung der Aufnahme eine Vergütung zahlen werde. Wenn der Veranstalter bei solcher Sachlage in der Hoffnung, die für die Sendung vereinbarte Vergütung werde auch fällig werden, sich bereit erklärt, die Aufnahme als solche kostenlos zu erlauben, so kann einer derartigen Übung, falls sie sich im Rahmen von Vertragsabsprachen über Tonbandaufnahmen gebildet haben sollte, für die Rechtslage bei heimlichen oder doch jedenfalls nicht eindeutig gestatteten Tonbandaufnahmen keine

Bedeutung beigemessen werden. Andernfalls könnte sich die Beklagte unter Berufung auf diese angebliche Vertragspraxis Schadensersatzansprüchen aus dem Gesichtspunkt der entgangenen angemessenen Vergütung selbst dann entziehen, wenn der Kläger der Tonbandaufnahme ausdrücklich widersprochen und die Beklagte sich bewußt über dieses Verbot hinweggesetzt hätte. Dies aber wäre ein unhaltbares Ergebnis, denn dann entfielen für solche widerrechtlichen Tonbandaufnahmen in der Regel jeglicher Entschädigungsanspruch, weil sie eine nachweisbare Vermögenseinbuße im allgemeinen nur insoweit zur Folge haben, als dem Betroffenen die Möglichkeit abgeschnitten wird, seine Einwilligung von der Zahlung einer angemessenen Vergütung abhängig zu machen.

Da die Entscheidung über die Höhe des geltendgemachten Schadensersatzanspruches noch einer Aufklärung in tatsächlicher Beziehung bedarf, war der Rechtsstreit insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß der Kläger unter Beweisantritt behauptet hat, für die Gestattung der Aufnahme von Veranstaltungen der strittigen Art auf Tonband für Sendezwecke werde üblicherweise eine Vergütung in der geltendgemachten Höhe gezahlt

(Bl. 46 GA). Bei seiner erneuten Entscheidung wird das Berufungsgericht auch über die Kosten des Rechtsstreits - einschließlich der Kosten des Revisionsverfahrens - zu befinden haben.

Wilde Krüger-Nieland Pehle Sprenkmann Mösl