

BGH, Urteil vom 10.03.1972 - I ZR 160/70 - "Doppelte Tarifgebühr" (OLG Düsseldorf)
§ 97 UrhG

Leitsatz (amtl)

Die Rechtsprechung, nach der die GEMA berechtigt ist, für ungenehmigte öffentliche Musikwiedergaben den doppelten Tarifbetrag zu verlangen (BGHZ 17, 376, 383), wird aufrechterhalten.

BGHZ 59, 286:

Aus dem Tatbestand

Die Klägerin befasst sich mit der Verwertung von Urheberrechten auf dem Gebiete der Musik auf Grund von Verträgen, die sie mit Komponisten, Textdichtern, deren Verlegern oder mit ausländischen Gesellschaften zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte geschlossen hat. Ihr ist die nach dem Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (WahrnG) vom 9. September 1965 (BGBl I 1294) erforderliche Erlaubnis erteilt worden.

Die Beklagte zu 1 veranstaltet in verschiedenen Städten der Bundesrepublik Deutschland gewerbsmässig öffentliche Konzerte aus dem Bereich der Beat-Musik. Der Beklagte zu 2 war bis vor einiger Zeit Geschäftsführer der Beklagten zu 1. Ausser dem ist er im Geschäftsverkehr unter dem Namen der nicht in das Handelsregister eingetragenen Firma Musikproduktion West GmbH aufgetreten.

Die Klägerin macht gegen die Beklagten Vergütungs- und Schadensersatzansprüche geltend. Hinsichtlich derjenigen Veranstaltungen, die nach Behauptung der Klägerin von den Beklagten überhaupt nicht oder nur unvollständig angemeldet worden sein sollen, berechnet die Klägerin ihre Ansprüche in der Weise, dass sie jeweils den doppelten Tarifsatz verlangt.

Die Beklagten haben unter anderem geltend gemacht, der pauschalierte Aufschlag von 100% auf diese Sätze sei ein unzulässiger »Strafzuschlag«, zumindest sei er erheblich übersetzt.

BGHZ 59, 287:

- BGH, Urteil vom 10.03.1972 - I ZR 160/70 -

Abweichend vom Landgericht hat das Oberlandesgericht diesen Aufschlag nicht zuerkannt.

Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Entscheidungsgründen

I.

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren nur noch darum, ob die Beklagten für einzelne der von ihnen durchgeführten Musikveranstaltungen der Klägerin einen hundertprozentigen Zuschlag zu den Gebühren entrichten müssen, die die Klägerin in ihren Tarifen für rechtzeitig und ordnungsgemäss angemeldete Aufführungen der fraglichen Art vorgesehen hat. Das Berufungsgericht lehnt dies unter ausdrücklicher Abweichung von der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 17, 376, 383) ab, weil es meint, selbst wenn die Beklagten insoweit schuldhaft Urheberrechtsverletzungen begangen haben sollten, habe die Klägerin dadurch keinen über den Entgang der Tarifgebühr hinausgehenden Schaden erlitten, der den geforderten Zuschlag rechtfertigen könne.

II.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe sind begründet.

Die Klägerin muss einen umfangreichen und kostspieligen Überwachungsapparat unterhalten, um Urheberrechtsverletzungen nachzugehen. Dementsprechend hat die Rechtsprechung es der Klägerin unter überwiegender Billigung des Schrifttums schon frühzeitig gestattet, ihre Kontrollkosten in Form einer pauschalen Gebührenverdoppelung bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen und auf diese Weise den einzelnen Rechtsverletzern in Rechnung zu stellen.

Wenn das Berufungsgericht demgegenüber im Anschluss an eine Reihe kritischer Stellungnahmen im Schrifttum darauf hinweist, dass diese Kontrollkosten unabhängig von dem einzelnen Schadensfall entstünden und durch diesen nicht veranlasst seien, so ist diese Erwägung vom schadensersatzrechtlichen Ausgangspunkt aus al-

lerdings zutreffend. Aufwendungen vor dem Schadensfall sind in der Regel nur unter besonderen Umständen er

BGHZ 59, 288:

- BGH, Urteil vom 10.03.1972 - I ZR 160/70 -

stattungsfähig. Derartige besondere Umstände sind etwa angenommen worden bei schadensmindernden oder schadenvorbeugenden Vorsorgemassnahmen, die letztlich dem Schädiger zugute gekommen sind (BGHZ 32, 280 ff - Ersatzhaltung eines Strassenbahnwagens). Ein solcher Aufwendungsersatz kann beispielsweise auch bei Rettungsmassnahmen zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden Rechtsverletzung in Betracht kommen (vgl. von Caemmerer, Die Produkthaftpflicht in der neueren deutschen Rechtsprechung in Festgabe für Hakulisen, *Ars boni et aequi* 1972, S. 75 ff (83)). Die allgemeinen und ohne Bezug zum konkreten Schadensfall getroffenen Vorkehrungen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen müssen dagegen in der Regel von demjenigen getragen werden, der sie zu seinem Schutze freiwillig auf sich nimmt (vgl. Esser, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 1970, § 42, I, 3). Diese Aufwendungen können im allgemeinen schon deswegen nicht in die Schadensberechnung eingestellt werden, weil sich der auf die einzelne Rechtsverletzung entfallende Anteil der aufgewandten Kosten nicht ermitteln lässt.

Weiterhin ist richtig, dass auch im Immaterialgüterrecht allgemeine Überwachungskosten der fraglichen Art bei der Schadensberechnung in der Regel nicht berücksichtigt werden können (für das Bühnenaufführungsrecht vgl. BGH GRUR 1966, 570, 572 zu Ziff. III 1c - Eisrevue III). Das Berufungsgericht verkennt jedoch, dass die Gründung der Klägerin auf zwingenden Erfordernissen des Urheberrechtsschutzes im Bereich des von ihr verwalteten Musikrepertoires beruht. Die von der Klägerin verwalteten so genannten kleinen Musikaufführungsrechte werden in einer solchen Vielzahl gleichzeitig und oft an entlegensten Orten in Hotels, Gaststätten, Barbetrieben und dergleichen, - sei es durch Aufführungen durch Musiker, sei es durch öffentliche Wiedergabe von Sendungen mittels Lautsprecher oder mittels Plattenspieler und Tonbandgeräten - genutzt, dass eine

Aufdeckung von Urheberrechtsverletzungen durch die einzelnen Urheber praktisch nicht möglich ist. Nur durch die Einrichtung einer besonderen Überwachungsorganisation und unter entsprechend hohem finanziellem Aufwand kann verhindert

BGHZ 59, 289:

- BGH, Urteil vom 10.03.1972 - I ZR 160/70 -

werden, dass der Urheberrechtsschutz in diesem Bereich nicht weitgehend leer läuft.

Widerrechtlich mit einem Warenzeichen versehene oder patentverletzende Gegenstände gelangen in den geschäftlichen Verkehr. Das gleiche gilt in der Regel beispielsweise für einen sog. Raubdruck oder eine widerrechtlich nachgepresste Schallplatte. Auf solche Rechtsverletzungen wird der Rechtsinhaber im allgemeinen schon durch die Werbung für diese Erzeugnisse und im Zuge der ohnehin erforderlichen Konkurrenz- und Marktbeobachtung aufmerksam gemacht. Auch kommen hier für Rechtsverletzungen in der Regel nur einige Mitbewerber der betreffenden Geschäftsbranche in Betracht. Sollen diese Rechtsverletzungen einen wirtschaftlichen Ertrag abwerfen, müssen sie zumeist auch während einer grösseren Dauer stattfinden. Ein erheblicher über die allgemeinen Geschäftsunkosten hinausgehender Überwachungsaufwand ist zur Aufdeckung dieser Rechtsverletzungen in der Regel nicht erforderlich. Die von der Klägerin verwalteten Musikaufführungsrechte sind dagegen darauf angelegt, möglichst vielfältig durch einen breiten Interessentenkreis genutzt zu werden. Dem entspricht es, dass hier Rechtsverletzungen in unübersehbarem Umfang an den verschiedensten Orten der Bundesrepublik gleichzeitig stattfinden können, wobei auch eine einmalige Aufführung wirtschaftlich durchaus sinnvoll sein kann. Solche unberechtigten Musikaufführungen können im Gegensatz zu anderen Immaterialgüterrechtsverletzungen nur aufgespürt und nachgewiesen werden, wenn ein besonders geschultes Kontrollpersonal vorhanden ist und fortlaufend Stichproben bei den einzelnen Musikveranstaltungen durchgeführt werden. Dem gemäss gehört die Durchführung möglichst umfassender Kontrollen zu den Aufgaben, die die Klägerin im Interesse der Urheber durchführen

muss. Denn Ursache für die Errichtung der Klägerin ist nicht nur gewesen, dass der einzelne Urheber wegen der grossen Zahl der Musikverwerter nicht mehr in der Lage gewesen ist, seine Nutzungsrechte individuell durch Vertragsabschlüsse geltend zu machen. Bestimmend hierfür ist vielmehr ferner gewesen, dass es ihm wegen der Vielzahl unerlaubter Musikveranstaltungen nicht möglich war, gegen Urheberrechtsverletzungen

BGHZ 59, 290:

- BGH, Urteil vom 10.03.1972 - I ZR 160/70 -

vorzugehen (Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1966, 2. Aufl., S. 368 ff).

Die Besonderheiten, die bei schuldhaften Eingriffen in die von der Klägerin verwalteten Rechte zu beachten sind, liegen jedoch nicht allein in deren leichter Verletzbarkeit und den Schwierigkeiten, die sich auf diesem Gebiet einer Aufdeckung von Rechtsverletzungen entgegenstellen. Weil einerseits eine möglichst intensive Nutzung dieser Rechte im Interesse der Urheber liegt, andererseits die Musikveranstalter - anders als bei Nutzungsrechten, die mit Ausschliesslichkeitscharakter individuell vergeben werden - durch die gleichzeitige Einräumung zahlreicher Nutzungsbewilligungen in ihren Auswertungsmöglichkeiten nicht beeinträchtigt werden, unterliegt die Klägerin einem Abschlusszwang und ist gemäss § 11 Abs. 1 Wahrnehmungsgesetz verpflichtet, jedem auf Verlangen einfache Nutzungsbewilligungen einzuräumen. Der Schwerpunkt der Wahrnehmung dieser Nutzungsrechte beruht daher auf der Geltendmachung des Vergütungsanspruchs und nicht des Unterlassungsanspruchs (Ulmer aaO S. 254). Das hat in diesem Bereich zur Aufstellung eines festgefügteten Tarifsystems geführt.

Während unberechtigte Eingriffe in andere vermögenswerte Ausschliesslichkeitsrechte zumeist den wirtschaftlichen Ertrag anderer Nutzungsberechtigter schmälern oder anderweitigen Schaden für die Inhaber dieser Rechte zur Folge haben, scheidet eine Schadensberechnung nach allgemeinen Schadensersatzgrundsätzen bei Verletzung der von der Klägerin verwalteten Aufführungsrechte wegen der dargelegten besonderen Interessenlage in der Regel aus. Auch

über die Verpflichtung zur Herausgabe des Verletzergewinns (§ 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG) lässt sich in der Mehrzahl der Fälle in diesem Bereich nicht der zum Schutz dieser Rechte notwendige Anreiz gewinnen, ordnungsgemäss die Aufführungsgenehmigung einzuholen (a. Mg. Loewenheim, JZ 1972, S. 12 ff, S. 15 I. Sp.). Denn ein Verletzergewinn ist bei Musikaufführungen der strittigen Art in den meisten Fällen nicht feststellbar. Erfolgt die Musikwiedergabe beispielsweise in einer Gaststätte, so wird sich kaum klären lassen, ob und in welcher Höhe die Einnahmen des Gastwirts aus dem Speise- und Getränk-

BGHZ 59, 291:

- BGH, Urteil vom 10.03.1972 - I ZR 160/70 -

umsatz hierdurch erhöht worden sind. Das gleiche gilt für Tonträger-, Rundfunk- und Fernseh wiedergaben in Hotels, Kuranstalten und dergleichen. Gerade bei der Massenhaftigkeit der Rechtsverletzungen bietet sich hier allein die Berechnung nach der angemessenen Lizenzgebühr an, eine Berechnungsmethode, die im Immaterialgüterrecht als gewohnheitsrechtliche Rechtspraxis anerkannt ist (vgl. hierzu zuletzt BGHZ 57, 116 = GRUR 1972, 189 - Wandsteckdose II - und die dort. Nachweise). Würde jedoch der Auffassung des Berufungsgerichts gefolgt, dass der schuldhaft handelnde Rechtsverletzer im Rahmen dieser Berechnungsart nur die von der Klägerin in ihren Normaltarifen festgelegten Gebühren zu entrichten hat, so stünde der Urheberrechtsverletzer nicht schlechter als derjenige, der sich rechtzeitig um die Aufführungserlaubnis bemüht, ein Ergebnis, das dem Grundgedanken der gewohnheitsrechtlich zugelassenen Berechnungsart nach der angemessenen Lizenzgebühr, der Beachtung und Durchsetzung von Immaterialgüterrechten zu dienen, nicht gerecht wird. Die besonders bedrohten und leicht verletzlichen Musikaufführungsrechte wären dann unrechtmässigen Eingriffen weitgehend schutzlos preisgegeben, weil ihre Verletzung nicht das Risiko finanzieller Nachteile auslösen würde.

Die besondere Interessenlage im Bereich der fraglichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte wird denn auch von den Gegnern der Rechtsprechung, die im Fall einer schuldhaften Verletzung dieser

Rechte der Klägerin einen Zuschlag zur Tarifgebühr zubilligt, überwiegend nicht in Zweifel gezogen. Auch sie weisen auf die erschwerte Nachweisbarkeit der fraglichen Urheberrechtsverletzungen hin und räumen ein, dass rechtspolitisch gesehen hier ein gesteigertes Bedürfnis zur Vorbeugung gegen Rechtsverletzungen vorliegt. Die Gerichte seien jedoch nicht befugt, von sich aus Abhilfe zu schaffen (Troller, Immaterialgüterrecht 2. Aufl. 1971, Bd. 2 S. 1129). Zwar sei im Immaterialgüterrecht bereits ein Einbruch in die Dogmatik des allgemeinen Schadensersatzrechts dadurch erfolgt, dass bei Rechtsverletzungen auch ohne konkreten Schadensnachweis die übliche Lizenzgebühr verlangt werden könne, und zwar auch in solchen Fällen, in de-

BGHZ 59, 292:

- BGH, Urteil vom 10.03.1972 - I ZR 160/70 -

nen die Erteilung einer Lizenz aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in Betracht gekommen wäre. Diese Rechtsfortbildung beruhe jedoch nicht nur auf Gesichtspunkten der Sanktion und Prävention, sondern auch darauf, dass beim Eingriff in fremde Rechte der Rechtsverletzer das durch den Eingriff objektiv Erlangte herausgeben und daher den für die erlaubte Verwertung des Rechts üblichen Preis bezahlen müsse (§ 818 Abs. 2 BGB, dazu von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Rabel, 954, Band 1, 1954, S. 333 ff (354 ff)). Über diese Obergrenze des objektiv Erlangten könne die Rechtsprechung nicht von sich aus aus Gründen der Prävention und Sanktion hinausgehen. Denn das sei keine Ergänzung der gewohnheitsrechtlich anerkannten dreifachen Schadensberechnung für einen besonderen Falltyp, sondern die Verhängung einer Privatstrafe, für die nur der Gesetzgeber zuständig sei (Loewenheim aaO S. 15 r. Sp.).

Dies kann nicht anerkannt werden. Bei der Frage, welche Lizenzgebühr angemessen ist, sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, wobei die Höhe der vom Verletzer zu zahlenden Lizenzgebühr nicht mit der Lizenzgebühr übereinstimmen braucht, die im Fall eines Vertragsabschlusses vereinbart worden wäre (vgl. Th. Fischer, Schadenberechnung im gewerbli-

chen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb 1961, S. 88 ff). Die von der Klägerin aufgestellten Tarife gelten ausdrücklich nur für erlaubte Musikwiedergaben. Es muss der Klägerin freistehen, diese Tarife als Anreiz für die Einholung der Erlaubnis möglichst niedrig zu halten, ohne dadurch die Gerichte bei der Schadensberechnung im Verletzungsfall festzulegen (vgl. Th. Fischer aaO S. 142 ff). Mit Recht hat daher die Rechtsprechung hervorgehoben, dass diese Tarife bei der Schadensberechnung nur ein Anhaltspunkt sind, aber nicht die Obergrenze des zu ersetzenden Betrages bilden.

Würde ein Tarifzuschlag bei Rechtsverletzungen nicht gewährt, so müssten die umfangreichen Überwachungskosten entweder von den einzelnen Urhebern getragen werden oder aber es würden die Normaltarife erhöht und die gesetzestreuen Lizenznehmer müssten für Kosten aufkommen, die ohne das

BGHZ 59, 293:

- BGH, Urteil vom 10.03.1972 - I ZR 160/70 -

widerrechtliche Verhalten anderer Benutzer nicht entstanden wären. Beides hält der erkennende Senat für unbillig. Billigkeitserwägungen aber waren letztlich für die von der Rechtsprechung entwickelte Schadensberechnung nach der angemessenen Lizenzgebühr ausschlaggebend (vgl. Ulmer, aaO S. 404 unten und S. 405 unter Nr. 2) und es besteht insofern kein Grund, weshalb die Rechtsprechung sie nicht auch hier sollte berücksichtigen können.

Der Bundesgerichtshof hat zudem auch zu anderen Sachverhalten hervorgehoben, dass die Berücksichtigung allgemeiner Verwaltungskosten des Geschädigten, die dieser aufwendet, um künftige Schadensursachen festzustellen und die Schäden zu regulieren, nach geltendem Recht nicht generell ausgeschlossen ist (BGH NJW 1961, 729 f), sondern bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht kommen kann. Als ein derartiger Umstand wurde es insbesondere angesehen, dass ein von dem übrigen Geschäftsbetrieb abgesonderter Verwaltungszweig eigens zu dem Zwecke der Abwicklung von Fremdschäden eingerichtet ist, der eindeutig abgrenzbare Kosten verursacht.

Vor allem aber zeigen die gesetzgeberischen Vorarbeiten zur Urheberrechtsreform, dass der Gesetzgeber selbst keine Bedenken hatte, die Frage des Tarifzuschlages bei widerrechtlichen Musikaufführungen der Rechtsprechung zu überlassen.

In § 23 des Referentenentwurfs (1954), war ein Tarifzuschlag von 25% vorgesehen. Die Begründung hierzu stützt sich auf dieselben rechtspolitischen Erwägungen, die teilweise im Ausland zu ähnlichen gesetzlichen Regelungen geführt haben (vgl. Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert: Quellen des Urheberrechts, Länderberichte - Stand 30. VI. 1971; vgl. auch Troller, Eingriffe des Staates in die Verwaltung und Verwertung von urheberrechtlichen Befugnissen, Berlin 1960, S. 98). Eine entsprechende Bestimmung ist in das spätere Wahrnehmungsgesetz nur deshalb nicht aufgenommen worden, weil der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 24. Juni 1955 (BGHZ 17, 376, 383) im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des Kammergerichts Berlin (Ufita 1939, 194; 1938, 55 u. 284) einen 100%igen Zuschlag zum Normaltarif bei Rechtsverletzungen der fraglichen Art

BGHZ 59, 294:

- BGH, Urteil vom 10.03.1972 - I ZR 160/70 -

schon nach geltendem Recht für gerechtfertigt gehalten hat. Die ersatzlose Streichung des § 23 Referentenentwurf ist im Ministerialentwurf eines Verwertungsgesellschaftsgesetzes (1959) damit begründet worden, eine gesetzliche Regelung erübrige sich, da die Frage inzwischen durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt sei.

Bei dieser Sachlage aber ist es nicht gerechtfertigt, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen und die Frage erneut dem Gesetzgeber anheimzustellen.

III.

Demnach steht der Klägerin bezüglich derjenigen Veranstaltungen, für die die Beklagten vor deren Durchführung schuldhafterweise nicht ordnungsgemäss die Erlaubnis der Klägerin eingeholt haben, ein Anspruch auf das Doppelte der Tarifvergütungen zu, die bei

rechtzeitiger Einholung der Aufführungserlaubnis zu zahlen gewesen wären.