

VORREDE

I.

Das schöne Privileg, der Erstlingsschrift eines Schülers ein Geleitwort voranstellen zu dürfen, um Autor und Werk bei der Fachwelt einzuführen, gibt mir zugleich die erwünschte Gelegenheit, für diese bereits vor Jahresfrist mit dem Erscheinen der Entwürfe des Bundesjustizministeriums zur Urheberrechtsform abgeschlossene Monographie über den Schutz des ausübenden Künstlers den zeitlichen und sachlichen Anschluß an den heutigen Stand der Meinungen und Auseinandersetzungen über diese in der Zwischenzeit theoretisch und praktisch besonders eingehend behandelte Frage herbeizuführen. Dies scheint mir ein nobile officium zu sein, und zwar nicht nur gegenüber dem Herausgeber dieser Schriftenreihe, dem Verlag und dem Leser, die bei einem aktuellen Thema auch eine aktuelle Unterrichtung verlangen können, sondern vor allem auch gegenüber der Verfasserin, deren Leistung nicht der naheliegenden Gefahr¹⁾ ausgesetzt werden darf, als „durch neue Literatur und Rechtsprechung überholt“ mit einer Handbewegung abgetan und als Makulatur betrachtet zu werden. Dies wäre ein großes Unrecht gegenüber der Arbeit einer ausländischen Juristin, welche den ihr durch ein Stipendium der Alexander-von-Humboldt-Stiftung ermöglichten Studienaufenthalt einem Problem gewidmet hat, das, „von der Parteien Gunst und Haß verwirrt“ und durch deren bald mit offenem, bald mit geschlossenem Visier kämpfende Vertreter jeweils mehr oder weniger einseitig dargestellt, einer „unbestochenen, von Vorurteilen freien“, rein wissenschaftlichen Untersuchung bedurfte.

Dieses Bedürfnis ist trotz der vier Grundsatzentscheidungen des 1. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 31. Mai 1960 bestehen geblieben; denn sie betreffen nur einige, wenn auch wichtige Teilfragen des gesamten Problems²⁾. Hiervon abgesehen, ist mit diesen Urteilen weder theoretisch noch praktisch das letzte Wort gesprochen. Einmal ist ein anderes höchstes Gericht, das an Ansehen, Qualität und Sachverstand dem Bundesgerichts-

1) Vgl. als warnendes Beispiel für eine derartige Möglichkeit die Beurteilung der besonders durch ihre Dokumentation wertvollen Schrift von Voss: Autor, Interpret, Schallkonserve und Konsument; Beilage zum September-Heft 1959 des „Orchester“: einmal durch Erich Schulze in UFITA Bd. 31 (1960) S. 128 zweitletzter Absatz und ferner in den ersten Absätzen des Aufsatzes von Günther Gentz: Interpretation und Phonogramm, in GRUR 1960 S. 73

2) Die amtlichen Leitsätze dieser vier Entscheidungen, veröffentlicht mit Entscheidung in UFITA Bd. 32 (1960) S. 200 ff. und NJW 1960, 2043 ff., lauten: Leitsatz zum Urt. I ZR 53/58

(Künstlerlizenz bei öffentlicher Wiedergabe von Schallplatten):

Das fiktive Bearbeiterurheberrecht an einer Schallvorrichtung im Sinne von § 2 Abs. 2 LitUG umfaßt auch die ausschließliche Befugnis zur öffentlichen Aufführung. Öffentliche Musikdarbietungen in Gaststätten mittels Tonträger (Schallplatten, Tonbänder usw.) bedürfen deshalb der Erlaubnis der Hersteller der Tonträger, wenn die ausübenden Künstler, deren Wiedergabeleistung auf dem Tonträger festgelegt ist, diesen ihr Aufführungsrecht aus § 2 Abs. 2, § 11 LitUG übertragen haben.

hof gewiß nicht nachsteht, nämlich das schweizerische Bundesgericht erst vor kurzem zu einer gegenteiligen Entscheidung gekommen, obwohl es in einer früheren Entscheidung aus Art. 4 Abs. 2 des schweizerischen URG, einem „Abkömmling“ des § 2 Abs. 2 des deutschen LitUG, zugunsten des ausübenden Künstlers für dessen Darbietung ein Urheberrecht abgeleitet hatte. Das schweizerische Bundesgericht hat diese Auffassung unter Hinweis auf das zwischenzeitlich erwachsene Schrifttum, die jüngsten ausländischen Gesetze und die Entwürfe zu internationalen Konventionen aufgegeben und klargestellt, daß die fragliche Bestimmung lediglich den Schutz der Hersteller von Schallplatten, Musikdosen und ähnlichen Instrumenten gegen unlauteren Wettbewerb bezweckt³⁾.

Wenn der Bundesgerichtshof im Gegensatz zu dieser ihm wohl bekannt gewesenen neuen Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts den ausübenden Künstlern — angefangen beim Dirigenten und Solisten

Leitsatz zum Ur. I ZR 87/58

(Künstlerlizenz bei öffentlicher Wiedergabe von Rundfunksendungen):

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

Leitsatz zum Ur. I ZR 64/58

(Rundfunksendung „Figaros Hochzeit“):

Die Tonbandaufnahme einer Opernaufführung zu Zwecken der Rundfunksendung bedarf grundsätzlich der Einwilligung jedes einzelnen bei der Aufführung unmittelbar mitwirkenden ausübenden Künstlers. Soweit die Orchesterleistung in Frage steht, ist im Zweifel der Orchestervorstand berechtigt, dieses Zustimmungsrecht für die einzelnen Orchestermitglieder wahrzunehmen. Orchestermitglieder, die bei Theater- oder Orchesterunternehmen der öffentlichen Hand fest angestellt sind, sind, wenn es an einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung fehlt, in der Regel auf Grund ihres Dienstvertrages verpflichtet, Tonbandaufnahmen von Aufführungen durch Sendunternehmen und deren Verwertung für Rundfunksendungen gegen Zahlung einer angemessenen Sondervergütung seitens ihres Arbeitgebers zu dulden.

Leitsatz zum Ur. I ZR 71/58

(Orchester):

Werden Orchesterdarbietungen erlaubterweise auf einem Tonträger festgelegt, so wird originärer Träger des Bearbeiterurheberrechts an dem Tonträger neben dem Dirigenten und etwaigen Solisten jedes einzelne Orchestermitglied. Wer zur Wahrnehmung dieses Rechtes befugt ist, richtet sich, falls ausdrückliche Abmachungen fehlen, nach dem sozialen Gefüge des Orchesters.

Besteht das Orchester aus freiberuflich tätigen Musikern, die sich nur gelegentlich mit wechselndem Mitgliederbestand unter einem bestimmten künstlerischen und kaufmännischen Leiter für Direktübertragungen im Rundfunk zusammenfinden, so ist den Umständen des Einzelfalles zu entnehmen, ob dieser Leiter zur Wahrnehmung des Rechtes der einzelnen Orchestermitglieder befugt ist, über die Festlegung ihrer Leistung auf Tonträger zu Sendezwecken zu entscheiden, und ob ihm die Orchestermitglieder ihre Rechte aus § 2 Abs. 2 LitUG an den Tonträgern, soweit Wiederholungssendungen des Rundfunks in Frage stehen, zur Auswertung für eigene Rechnung oder nur zur treuhänderischen Verwaltung für Rechnung aller Mitwirkenden übertragen haben.

- 3) Französischer Originalwortlaut dieses Urteils vom 8. 12. 1959 in DA 1960 S. 74 bis 76; nichtamtliche deutsche Übersetzung in UFITA Bd. 31 (1960) S. 119 ff.

bis zum letzten Orchestermitglied⁴⁾) — für die mit seinem Einverständnis auf Schallplatten festgelegten Leistungen ein fiktives Bearbeiter-Urheberrecht nach § 2 Abs. 2 LitUG⁵⁾), für nicht auf Schallträger festgelegte Leistungen ein absolutes Erlaubnis- und Verbotungsrecht für deren öffentliche Wiedergabe aus den Gesichtspunkten des Persönlichkeitsschutzes, des Sittenverstosses wegen „Schmarotzens“ an fremder Leistung und des unlauteren Wettbewerbs⁶⁾) zuerkannt hat, so zwingt eine Analyse zu einer scharfen Trennung zwischen der in den Entscheidungsgründen vorgebrachten Begründung und dem wirklichen Grund dieser Urteile, wobei die Frage der Angemessenheit des Ergebnisses dahingestellt bleiben kann.

Die Begründungen sind — vorsichtig ausgedrückt — recht eigenartig. So fällt vor allem auf, daß das sehr umfangreiche Schrifttum zu § 2 Abs. 2 LitUG mit Stillschweigen übergangen ist⁷⁾. Wer die Rechtspre-

4) In dem Urteil I ZR 87/58 heisst es unter ausdrücklichen Hinweisen auf die drei anderen Entscheidungen wörtlich: „Bei Orchesterdarbietungen ist originärer Träger dieses Bearbeiter-Urheberrechts an der Schallvorrichtung neben dem Dirigenten und etwaigen Solisten jedes einzelne Orchestermitglied, das an der festgelegten Darbietung mitgewirkt hat... Dieses Ausschließlichkeitsrecht umfaßt auch die Befugnis, über die Nutzung der Schallvorrichtung zu öffentlichen Aufführungen zu bestimmen.“

5) Wörtliches Zitat aus I ZR 87/58: „Soweit für die Rundfunksendung Tonträger benutzt werden, ... ist es nur eine zwangsläufige Folge der in § 2 Abs. 2 LitUG vorgesehenen Gleichstellung..., daß die... veranstalteten öffentlichen Rundfunkdarbietungen nicht nur der Erlaubnis des Komponisten... sondern auch derjenigen Interpreten bedürfen, deren Wiedergabeleistungen auf den für die Sendung benutzten Tonträger festgelegt ist. Da entgegen der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht in der Sendeerlaubnis nicht zugleich auch die Freigabe des Sendegutes für eine gewerbliche Nutzung zu öffentlichen Aufführungen eingeschlossen ist, den Werkschöpfern deshalb zu Recht bereits seit 1954 auf Grund des zwischen der GEMA und der Vereinigung der Musikveranstalter abgeschlossenen Tarifvertrags Aufführungsgebühren zufließen, muß das gleiche auch für die Inhaber der Bearbeiter-Urheberrechte an den Schallvorrichtungen gelten, die erlaubterweise für die fraglichen Rundfunksendungen benutzt werden.“

6) Wörtliche Zitate aus I ZR 64/58: „Das persönlichkeitsrechtliche Schutzbedürfnis jedes auch nur an einer Gruppenleistung mitwirkenden Künstlers gegen eine ungenehmigte Verwertung der gemeinsamen Darbietung ergibt sich schon daraus, daß die Qualität der Darbietung abhängig sein kann von der Kenntnis ihres Wirkungsbereichs...“

„Es stellt eine sittenwidrige Vermögensschädigung dar (§ 826 BGB), eine fremde Leistung, die üblicherweise nur gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung erbracht wird, sich kostenlos unter Zuhilfenahme der technischen Errungenschaften zunutze zu machen, die es dem Leistenden verwehren, Wirkungsbereich und Art der Auswertung seiner Leistung in tatsächlicher Beziehung zu beherrschen und durch entsprechende Verträge auch Dritten gegenüber rechtswirksam abzugrenzen. Soweit nicht gestattete gewerbliche Nutzungen der Leistung in Frage stehen, liegt zugleich auch ein Verstoß gegen die Grundsätze des lauten Wettbewerbs (§ 1 UWG) vor. Es widerspricht dem Anstandsgefühl des verständigen Gewerbetreibenden, Leistungen Dritter, die erfahrungsgemäß nur gegen eine angemessene Vergütung zur Verfügung gestellt werden, sich ohne Erlaubnis des Leistenden anzueignen und kostenlos zur Förderung des eigenen gewerblichen Gewinnstrebens auszunutzen.“

7) Lediglich in dem Urteil I ZR 64/58 wird, ganz am Rande, die Schrift von Troller: „Jurisprudenz auf dem Holzweg“ angeführt, ohne daß dazu

chung des Bundesverfassungsgerichts und der oberen Bundesgerichte regelmäßig verfolgt und die Bemühungen um kritische Verwertung und Berücksichtigung des gesamten jeweils einschlägigen Schrifttums immer wieder mit Genugtuung zur Kenntnis nimmt, wird aus dieser von der üblichen so besonders stark abweichenden Art und Weise der Begründung bestimmte Schlüsse ziehen dürfen.

Auffällig ist ferner, daß die Entwürfe zur Reform des Urheberrechts und die entsprechenden Bemühungen im internationalen Rahmen nur dann positiv berücksichtigt werden, wenn sie in der Linie der getroffenen Entscheidungen liegen, dagegen als de lege lata unerheblich bezeichnet werden, wenn das Gegenteil der Fall ist⁸⁾.

aber „im Grundsatz Stellung“ genommen wird. In der Entscheidung I ZR 87/58 wird nur das die Lautsprecherentscheidung des Reichsgerichts ablehnende Schrifttum zitiert, weil der Senat von dieser Entscheidung abzuweichen für geboten hielt. Im übrigen aber vermißt der Leser jeden Hinweis darauf, daß die vom BGH berührten Fragen im deutschen und ausländischen Schrifttum eingehend behandelt worden sind.

- 8) So heißt es einerseits in I ZR 64/58: „In Erkenntnis der Notwendigkeit einer klaren Regelung sehen die einschlägigen Gesetzesentwürfe für die Zukunft Bestimmungen darüber vor, wer die den einzelnen Mitwirkenden zustehenden Rechte in deren Namen ausüben und wahrnehmen darf. Erwogen wird insbesondere die Ermächtigung einer oder mehrerer von der Mehrheit der Beteiligten bestimmter Personen, namentlich des Orchestervorstandes (vgl. § 79 des Referentenentwurfes 1954, § 87 des Ministerialentwurfes 1959; s. ferner Rom-Entwurf Art. 5 und Monaco-Entwurf Art. 2 Abs. 8, abgedruckt bei Möhring/Elsässer. Die internationale Regelung des Rechts der ausübenden Künstler und andere sog. Nachbarrechte). So heißt es in der Amtlichen Begründung zu § 87 des Ministerialentwurfes, daß sich der einzelne bei Ensemble-Aufführungen im Interesse der Gesamtheit der Mitwirkenden gewisse Beschränkungen gefallen lassen müsse und daß auch Rechtssicherheit und Erleichterung des Rechtsverkehrs in diesen Fällen eine einheitliche Wahrnehmung der Rechte aller Mitwirkenden durch wenige Repräsentanten des Ensembles erforderten.

Diese gesetzgeberischen Bestrebungen stehen im Einklang mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die dann heranzuziehen sind, wenn aus der besonderen Rechtsform des Orchesters oder aus einschlägigen Regelungen in der Orchestersatzung nichts herzuleiten ist.“

Und ferner in I ZR 87/58: „Die ‚Aufführung‘ eines Tonkunstwerkes setzt voraus, daß Töne hörbar gemacht werden. Die Rundfunksendung als solche ist aber von der Hörbarmachung der Töne beim Empfang der Sendung zu unterscheiden. Ihr für die urheberrechtliche Betrachtungsweise bedeutsames Element liegt in dem Ausstrahlen der Wellen. Infolge dieser Besonderheit... ist der Senat in Übereinstimmung mit der Behandlung, die das Senderecht in Art. 11 bis der Rom- sowie der Brüsseler Fassung der Revidierten Berner Übereinkunft... und in neuen ausländischen Urhebergesetzen sowie den deutschen Entwürfen zur Urheberrechtsreform gefunden hat, der Auffassung, daß es sich bei der Rundfunksendung um eine Nutzung eigener Art von Urhebergut handelt, die im Wege einer erweiterten Gesetzesanalogie in die gemäß § 11 LitUG dem Urheber ohne Rücksicht auf das Erscheinen des Werkes eingeräumten Ausschließlichkeitsrechte einzubeziehen ist.“ Dagegen heißt es in I ZR 53/58: „Aus diesem Grunde gehen auch die Bestrebungen der ausübenden Künstler seit geraumer Zeit dahin, auf internationaler Basis eine Konvention zu erreichen, die ihnen ein Ausführungsrecht in allen der Konvention angeschlossenen Staaten an den mit ihrer Einwilligung hergestellten Tonträgern gewährleistet, mögen diese auch mit ihrer Einwilligung in den freien Handel gelangt sein. Ob diese Bestrebungen de lege ferenda berechtigt sind oder ob dem etwa widersprechende Interessen der Werkschöpfer es zweckmäßig erscheinen lassen, die Rechte der ausübenden Künstler für diese Nutzungen ihrer Leistung auf eine angemessene Vergütung zu be-

Auffällig ist schließlich die Unbekümmertheit in der Auswahl und im Wechsel der Argumentierungsmethoden: bald Bindung an das Gesetz, von dem abzuweichen das Gericht nicht berechtigt sei⁹⁾, bald völlige Nichtberücksichtigung des klaren Wortlauts desselben Gesetzes¹⁰⁾, bald Auslegung aus der Entstehung einer Bestimmung¹¹⁾, bald nach der

schränken, wie dies der deutsche Ministerialentwurf zum Urheberrechtsgesetz vorsieht (vgl. Entwurf § 84), ist hier nicht zu erörtern. Für die gegenwärtige Gesetzeslage in der Bundesrepublik, die nach dem eindeutigen Wortlaut des § 2 Abs. 2 LitUG dem ausübenden Künstler einen urheberrechtlich ausgestalteten Schutz an seiner fixierten Leistung zubilligt, genügt es festzuhalten, daß auch vom Blickpunkt der Interessenlage des ausübenden Künstlers aus diese geltende Regelung der Einbeziehung des Aufführungsrechtes in diesen Schutz nicht entgegensteht... Ob den dargelegten Interessen der ausübenden Künstler nur durch die Zuerkennung eines Ausschließlichkeitsrechtes in Ansehung öffentlicher Aufführungen oder etwa auch durch die Einräumung bloßer Vergütungsansprüche in ausreichender Weise vom Gesetzgeber Rechnung getragen werden kann, ist eine Frage, die der Urheberrechtsform vorbehalten bleiben muß.“

- 9) Vgl. außer dem in Anm. 14 wiedergegebenen Zitat aus I ZR 53/58 über die „eng“ auszuliegende Ausnahmenvorschrift des § 22a folgendes Zitat aus I ZR 64/58:

„Dem ausübenden Künstler (steht) unabhängig davon, ob und gegebenenfalls welcher künstlerische Wert seiner Wiedergabeleistung beizumessen ist, das Recht zu, darüber zu entscheiden, ob seine unmittelbare Darbietung eines Werkes der Literatur oder Tonkunst auf einem Tonträger festgehalten werden darf... , bedenklich erscheint, wenn das Berufungsgericht dieses Ergebnis aus einem sog. „Leistungsschutzrecht“ des ausübenden Künstlers... herleiten will, ohne die rechtlichen Grundlagen dieses Leistungsschutzes nach geltendem Recht näher zu erörtern... Solange eine solche Sonderregelung nicht Gesetz geworden ist, bedarf es der Prüfung, ob und inwieweit die als Leistungsschutzrechte geltend gemachten Ansprüche nach der gegenwärtigen Gesetzeslage begründet sind (Sperrungen von mir).“ Wörtliches Zitat aus I ZR 53/58: „Denn sieht das Gesetz... insoweit urheberrechtlich ausgestaltete Ausschließlichkeitsrechte vor... , so ist der Richter hieran gebunden, weil es dem Gesetzgeber freisteht, auch durch eine solche Regelung den dargelegten Interessen Schutz zu gewähren.“

- 10) Vgl. außer dem in Anm. 8 wiedergegebenen Zitat aus I ZR 87/58 über eine erweiterte Gesetzesanalogie folgendes wörtliche Zitat aus I ZR 53/58:

„Wenn aber ein zur Entscheidung stehender Interessenkonflikt bei Erlaß des Gesetzes noch nicht ins Auge gefaßt werden konnte, weil er erst durch Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nach diesem Zeitpunkt in Erscheinung getreten ist, so muß auch gegenüber einem sprachlich eindeutigen Gesetzeswortlaut eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes Platz greifen (BGHZ 2, 176, 184; 11, 135; 17, 266, 278).“

- 11) Wörtliches Zitat aus I ZR 53/58:

„Durch die uneingeschränkte Gleichstellung der Schallvorrichtung mit einer Werkbearbeitung sollte aber gerade sichergestellt werden, daß Inhalt und Umfang der hiernach an der Schallvorrichtung bestehenden Befugnisse sich völlig mit denen an einer Werkbearbeitung decken. Dies erhellt eindeutig aus der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Ausführung der Revidierten Berner Übereinkunft vom 13. November 1908 (Verhandlungen des Reichstags XII. Legislaturperiode. II. Session Bd. 275 Nr. 341 S. 1793), in der es heißt: „...“

Wörtliches Zitat aus I ZR 71/58:

„Man glaubte aber, einen solchen Schutz auch im Rahmen des Urheberrechtes verwirklichen zu können, wenn man ihn in der Person des ausübenden Künstlers entstehen ließ, weil seine Wiedergabe eines Werkes der Literatur oder Tonkunst eine individuelle Leistung darstelle und des-

Interessenlage¹²⁾; was in einem Urteil als tragender Entscheidungsgrund besonders herausgestellt wird, wird in anderen Urteilen mehr oder weniger erheblich eingeschränkt¹³⁾.

halb im Fall ihrer Festlegung auf einer Schallvorrichtung einer Werkbearbeitung gleichgeachtet werden könne.

In der Begründung der Gesetzesnovelle von 1910, durch die § 2 Abs. 2 in das Gesetz eingefügt wurde, heißt es: ...

12) Wörtliches Zitat aus I ZR 64/58:

„Aufführung oder Vortrag eines Werkes der Literatur oder Tonkunst sind ohne körperliche Festlegung vergänglich. Sie sind nicht nur an die Zeit ihrer Darbietung, sondern auch an den Raum, in dem sie stattfinden, gebunden, soweit sie nicht mittels technischer Hilfsmittel über diesen Raum, den sie ihrer natürlichen Tonstärke nach zu füllen vermögen, ausgestrahlt werden. Sie haben, soweit eine Festlegung ausscheidet, kein den Schaffungsvorgang überdauerndes ‚Leistungsergebnis‘ zum Ziel, das ohne weitere Inanspruchnahme des ausübenden Künstlers von Dritten genutzt werden könnte. Aufführung oder Vortrag sind als solche nicht wiederholbar, sondern höchstens durch erneute Leistung nachvollziehbar. Andererseits besteht vielfach selbst bei demjenigen Hörerkreis, der bereits in den Genuß der fraglichen Leistung kam, ein Bedürfnis, diesen Genuß zu wiederholen. Der ausübende Künstler aber ist, wenn sichergestellt ist, daß seine Darbietungen nur denjenigen Kreis erreichen, für den er sie bestimmt hat, in der Lage, die Nachfrage nach einer erneuten Darbietung dieser Leistung dadurch für sich auszunutzen, daß er sich hierzu nur gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung bereit findet. Die Möglichkeit, die Höhe der Vergütung von der jeweiligen Reichweite seiner Leistung abhängig zu machen, wird dem ausübenden Künstler jedoch genommen, wenn er es hinnehmen müßte, daß sein Vertragspartner oder gar Dritte, zu denen er in keinem Vertragsverhältnis steht, seine Leistungen, die üblicherweise honoriert werden, ohne ihm ein Entgelt zu zahlen, einem sehr viel umfassenderen Kreis zugänglich machen, als er selbst es bei der Darbietung gewollt hat und bei Ausbedingung der Vergütung für diese Darbietung in Betracht ziehen konnte. Dies würde nicht nur einen Eingriff in persönlichkeitsrechtliche, sondern auch in wirtschaftliche Interessen des ausübenden Künstlers bedeuten, weil damit das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung gestört wird, das normalerweise Vertragsgrundlage ist. Das gleiche Problem stellt sich bei allen stofflich nicht gebundenen, ihrer Natur nach vergänglichen Darbietungen, bei denen eine Nachfrage nach ihrer Wiederholung besteht, wie beispielsweise bei Darbietungen von Artisten oder Sportlern. Ihrer eigenmächtigen Ausnutzung außerhalb des vertraglich vorgesehenen Rahmens, der in der Regel für die Höhe des Leistungsentgeltes maßgebend ist, stehen nicht nur persönlichkeitsrechtliche, sondern auch allgemein bürgerlichrechtliche Grundsätze entgegen...“

Vgl. ferner das in Anm. 13 wiedergegebene Zitat aus I ZR 53/58.

13) Wörtliche Zitate:

Aus I ZR 71/58:

„Der Gesetzgeber, der mit § 2 Abs. 2 LitUG in erster Linie nicht einen Schutz der ausübenden Künstler, sondern der Tonträgerindustrie gegen eine unbefugte Nachbildung ihrer Erzeugnisse anstrebte, war sich im klaren darüber, daß es insoweit in Wahrheit um ein Anliegen des gewerblichen Rechtsschutzes oder des unerlaubten Wettbewerbs ging (vgl. Entwurfsbegründung zu Art. 1 Nr. 2)“;

aus I ZR 87/58:

„Dieses Ergebnis aber wäre unvereinbar mit dem Schutzgedanken des § 2 Abs. 2 LitUG, der vor allem die Tonträgerhersteller vor unbefugten Vervielfältigungen sichern wollte“;

aus I ZR 53/58:

„Wenn auch davon auszugehen ist, daß Anlaß für die fragliche Gesetzesbestimmung das Bestreben bildete, die Industrie mechanischer Musikinstrumente gegen unbefugte Nachbildungen zu schützen, und diese Industrie bei Erlaß dieser Bestimmung nach dem damaligen Stand der Technik für

Der wirkliche Grund, der in den Entscheidungsgründen nur ganz kurz berührt wird, scheint mir ein anderer zu sein: Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sah sich als Gefangener seiner eigenen Rechtsprechung, mit der er — entgegen dem klaren Wortlaut der §§ 1 und 22a LitUG — die elektroakustische Wiedergabe von der Aufführungsfreiheit des § 22a ausgenommen und damit auch diese Art der Werknutzung als für den Urheber monopolisiert erklärt hatte¹⁴⁾. Wollte der Senat hieran festhalten, so mußte er, wie er es selbst in dem Urteil I ZR 53/58 formuliert hat, „prüfen, ob nach dem Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 LitUG die Gleichstellung der Rechte des ausübenden Künstlers an der Schallvorrichtung mit den Rechten eines Werkbearbeiters auch für diesen vom Gesetzgeber nicht berücksichtigten neuartigen Sachverhalt zu gelten hat oder ob insoweit eine einschränkende Auslegung des § 2 Abs. 2 LitUG geboten ist“. Der Senat entschied im ersteren Sinne¹⁵⁾. Die Begründung entspricht der im sog. „Grundig“-Urteil¹⁶⁾ ausführlich entwickelten Auffassung, die in dem Urteil I ZR 53/58 in dem Satz zusammengefaßt ist „Auch für das fiktive Bearbeiter-Urheberrecht gilt der allgemeine Leitgedanke, den die Rechtsprechung für den eigentlichen Werkschöpfungsschutz anerkannt hat, daß nämlich der Urheber tunlichst überall da, wo aus seinem Geisteswerk ein wirtschaftlicher Nutzen gezogen wird, daran zu beteiligen ist.“ Diese Begründung

eine Aufführungsfreiheit mechanischer Musikdarbietungen eingetreten ist, so muß doch der Veränderung der Interessenlage Rechnung getragen werden, die für die Tonträgerindustrie dadurch eingetreten ist, daß die Technik neue Möglichkeiten erschlossen hat, Tonträger für öffentliche Musikdarbietungen zu benutzen, die nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats dem Aufführungsrecht der Werkschöpfer unterliegen. Damit aber hat sich der Standpunkt der Tonträgerindustrie zur Aufführungsfreiheit mechanischer Musikdarbietungen grundlegend geändert. Ob diese Interessenlage es rechtfertigt, der Tonträgerindustrie im Gegensatz zur gegenwärtigen Gesetzeslage ein originäres, nicht von den ausübenden Künstlern abgeleitetes Aufführungsrecht zu gewähren, steht hier nicht zur Erörterung. Es ist vielmehr nur eine Klarstellung geboten, daß es dem Schutzgedanken des § 2 Abs. 2 LitUG, soweit diese Vorschrift mittelbar im Interesse der Schallplattenhersteller ergangen ist, nicht zuwiderläuft, wenn entsprechend dem Gesetzeswortlaut eine Gleichstellung der Rechte an der Schallvorrichtung, mit denen an einer Werkbearbeitung im Sinne von § 2 Abs. 1 LitUG hinsichtlich des Aufführungsrechtes auch angenommen wird.“

14) Wörtliches Zitat aus I ZR 53/58:

„Der erkennende Senat ist in der Entscheidung vom 6. November 1953 unter Berücksichtigung der dem Urheberrecht zugrunde liegenden Wertentscheidungen zu dem Ergebnis gelangt, daß öffentliche Musikdarbietungen, die sich der heute üblichen elektroakustischen Wiedergabetechnik bedienen, der Erlaubnis der Werkschöpfer bedürfen, weil solche Musikaufführungen nicht durch die eng auszulegende Ausnahmenvorschrift des § 22a LitUG gedeckt sind.“

15) Wörtliches Zitat aus I ZR 53/58:

„Aus der Gesetzessystematik kann hiernach nur in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht gefolgert werden, daß in allen Fällen, in denen der Ausnahmetatbestand des § 22a LitUG nicht eingreift, dies in gleicher Weise für den Werkschöpfer wie für den ausübenden Künstler zu gelten hat, soweit ihm gemäß § 2 Abs. 2 LitUG ein fiktives Bearbeiterurheberrecht an seiner auf einem Tonträger festgehaltenen Leistung zusteht.“

16) BGHZ 17/266 = UFITA Bd. 20 (1959) S. 314.

beruht auf einer Verwechslung des rechtsphilosophisch zureichenden Grundes für die Anerkennung eines Herrschaftsrechts des Urhebers am Werk mit der rechtspolitischen Frage nach Art und Umfang der hieraus fließenden rechtlichen Befugnisse¹⁷⁾. Sie bedeutet zugleich nach meiner Meinung einen verfassungsrechtlich unzulässigen Übergriff der Rechtsprechung auf das ihrer Zuständigkeit entzogene Gebiet der Rechtsetzung¹⁸⁾.

Diese lediglich auf § 2 Abs. 2 LitUG ausgerichtete Begründung, welche die Anerkennung eines unmittelbar in der Person des ausübenden Künstlers entstehenden Urheberrechts allein auf die Fixierung des Vortrags auf einen Tonträger stützt, versagte aber hinsichtlich der nicht fixierten Leistung des ausübenden Künstlers. Hier mußte der Senat, um keine für den juristischen Laien unverständliche Differenzierung zwischen fixierten und nichtfixierten Leistungen aufkommen zu lassen, auf eine urheberrechtliche Argumentation verzichten und mit Rücksicht auf ein jedenfalls äußerlich einheitliches Ergebnis¹⁹⁾ seine Zufucht zu den Generalklauseln des Persönlichkeitssschutzes, des Sittenverstoßes und des unlauteren Wettbewerbs nehmen. Was zu diesem Begründungsversuch zu sagen ist, wird unten an passender Stelle nachgeholt. Hier kam es mir nur darauf an, den wirklichen tieferen Grund für die vier Urteile herauszuarbeiten, der für die oben hervorgehobene und mit Beispielen belegte Eigenartigkeit der Begründung wohl verantwortlich gemacht werden darf.

In diesem Zusammenhang sei schließlich noch ein allgemeines Bedenken wiederholt, nämlich die Neigung des BGH, die in Art. 20 GG niedergelegten und durch keine Verfassungsänderung antastbaren Grundsätze der Trennung der Gewalten und der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht dadurch illusorisch zu machen, daß der gesetzlichen Regelung bedürftige und deshalb allein der Zuständigkeit des Gesetzgebers zugewiesene Fragen der richterlichen Zuständigkeit selbst dann noch unterworfen werden, wenn sie bereits seit Jahren den Gegenstand einer in Vorbereitung befindlichen umfangreichen und grundlegenden Gesetzesreform bilden. Man kann in dem vorliegenden Falle noch nicht

17) Vgl. über die Notwendigkeit, die rechtsphilosophische Frage nach dem zureichenden Grund für die Anerkennung von Urheberrechten, die rechtspolitische Frage nach deren Umfang, die rechtsdogmatische Frage nach der Stellung dieser Rechte im System des positiven Rechts und schließlich die rechtstechnische Frage nach der zweckmäßigen Terminologie scharf voneinander zu trennen, meine Schrift: Das neue Urheberrechtsgesetz der Türkei (Schriftenreihe der UFITA Heft 4 (1957) S. 21 ff.).

18) Ich habe diese Bedenken bereits vor zwei Jahren in meinem Referat: „Urheberrecht und verwandte Rechte“ in: Aktuelles Filmrecht, Schriftenreihe der UFITA Heft 11 S. 15 und 16 geäußert und begründet und darf vor allem auch auf die dortigen Anmerkungen Nr. 13 und 14 verweisen.

19) Ich sage „äußerlich einheitlich“, weil das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht nach der ausdrücklichen Formulierung des § 1 LitUG und der dieses Gesetz ergänzenden internationalen rechtlichen Bestimmungen nach Inhalt, Umfang, Art, Zeit und Ort gesetzlich begrenzt ist, während diese für das Urheberrecht seit jeher überall in der Welt für unentbehrlich gehaltenen gesetzlichen Einschränkungen weder für das Persönlichkeitsrecht noch für das Wettbewerbsrecht gelten.

einmal argumentieren, ein Gesetz habe allgemeine Geltung für jeden, auf den der gesetzliche Tatbestand zutrefte, während ein Urteil doch nur „inter partes“ wirke. Dies eben ist das Gefährliche dieses Verfahrens, daß ein sogenannter „Musterprozeß“ zwar äußerlich im Namen zweier Einzelrechtssubjekte, in Wirklichkeit aber im Interesse ganzer Gruppen und Verbände geführt und von diesen auch finanziert wird, weil die in der konkreten „Einzelsache“ ergehende Entscheidung des höchsten Gerichts zwar nicht rechtlich, aber faktisch präjudizielle Wirkung auf alle gleichliegenden Fälle äußert, also ebenso generell wirkt wie ein entsprechendes Gesetz. Hat ein derartiges Urteil dann noch die weitere Folge, daß nicht so sehr der unterlegene Teil, sondern im wirtschaftlichen Endergebnis ganz andere, am Prozeß überhaupt nicht beteiligte Rechtsgenossen die „Zeche“ zu zahlen haben — wie dies hier der Fall ist, da die den Künstlern zugesprochenen Tantiemen nicht zu Lasten der Urheber und der GEMA, sondern zu Lasten der gesamten „Verbraucherschaft“ gehen²⁰⁾ —, so übt faktisch das oberste Gericht die ausschließlich dem verfassungsmäßigen Gesetzgeber zustehenden Rechtsmacht aus, die geltende Rechts- und Güterverteilungsordnung mit bindender Wirkung für und gegen alle zu ändern. Mit Recht wirft Friedrich²¹⁾ anlässlich eines Urteils des Bundesfinanzhofs, das über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinaus eine zusätzliche steuerliche Belastung für den Steuerpflichtigen schafft, die Frage auf, ob der BFH Richter oder Gesetzgeber sei, eine Frage, die, wie man sieht, auch hinsichtlich des BGH gestellt werden muß, zumal auch hier der klare Wortlaut der einschlägigen Gesetze (jeweils § 1 LitUG und KSchG) Rechte nur „nach Maßgabe dieses Gesetzes“ gewährt.

Die zunehmende Macht der Verbände birgt bereits für sich allein schon schwere Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung. Erhalten die auf dem Wege der Gesetzgebung noch nicht realisierten und u. U. nicht realisierbaren Forderungen wirtschaftlicher Verbände auf dem Wege über die Rechtsprechung das richterliche Placet, dann hat der verfassungsmäßige Gesetzgeber insoweit ausgespielt. Durch nichts kann die Gefährlichkeit des vom 1. Zivilsenats des BGH mit seiner Entscheidungspraxis eingeschlagenen und durch die vier neuen Grundsatzurteile fortgesetzten Wegs besser illustriert werden als durch den unmittelbar nach Erlaß dieser Urteile veröffentlichten Aufruf der vor kurzem gegründeten „Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten“ (GVL) an alle Gastwirte und Musikveranstalter, unverzüglich bis spätestens 15. Juli eine sogenannte Künstlerlizenz für die öffentliche Wiedergabe von Rundfunk, Fernseh- und Schallplattenmusik zu beantragen, da ohne eine derartige Lizenz deren weitere Aufführung rechtswidrig sei. Als die Interessenvertretungen des Hotel- und Gaststättengewerbes und der Musikveranstalter ihren Mitgliedern jedoch öffentlich davon abrieten, entsprechende Lizenzanträge zu stellen, sah

20) Vgl. hierzu auch Carl Haensel: *Aufführung-, Vortrag-, Rundfunk- Weitergabe*, in *UFITA Bd. 28* (1959 II) S. 1. ff., 149 ff. (186)

21) In „Der Betrieb“ 1960 S. 705

die GVL hierin „eine öffentliche Aufforderung zum Ungehorsam gegen die bestehende Rechtsordnung“, das heißt ein Vergehen nach § 110 StGB! ²²⁾

Man wird unter diesen Umständen allen Anlaß haben, sowohl bei der Reformgesetzgebung wie auch anläßlich der Ratifikationen der in Vorbereitung befindlichen internationalen Abkommen darauf hinzuweisen, daß weder die Regierung noch die gesetzgeberischen Körperschaften des Bundes in ihrer Entschließungsfreiheit durch die fraglichen Urteile behindert sind, selbst wenn, was zu erwarten steht ²³⁾, die Interessenten behaupten sollten, durch die fraglichen Entscheidungen ihre wohlerworbenen Rechte und damit ihr unentziehbares Eigentum nach Art. 14 GG anerkannt bekommen zu haben. Denn materielle Rechtskraft im juristischen Sinne können diese Urteile nur, wie gesagt, inter partes wirken, und von einem durch Gerichtsgebrauch sanktionierten objektiven Rechtsatz kann in Anbetracht des außerhalb des Kreises der unmittelbaren Interessenten laut gewordenen sehr lebhaften Widerspruchs keine Rede sein.

Deshalb ist es auch jetzt noch gerechtfertigt, die vorliegende Monographie der Öffentlichkeit zugänglich zu machen; denn Fräulein Dr. Helena Papaconstantinou hat sich ihrer Aufgabe in vorbildlicher Weise entledigt. Der Leser darf sich getrost der Führung einer Autorin überlassen, die ihn sine ira et studio über die Entwicklung und den Stand der Meinungen zu den Fragen unterrichtet, ob, inwieweit und in welcher Weise die Darbietungen der ausübenden Künstler unter Berücksichtigung der heute bei uns herrschenden wirtschaftlichen, rechtspolitischen und sozialen Verhältnisse rechtsschutzbedürftig, rechtsschutzwürdig und rechtsschutzfähig sind.

Eine objektive Darstellung dieser Probleme und der dazu geäußerten Ansichten entbindet nicht von eigener Stellungnahme und Wertung. Und deshalb läßt die Verfasserin mit voller Absicht den Leser von Anfang an nicht im unklaren über Herkunft und Art des von ihr angelegten Bewertungsmaßstabes: Aristoteles und seine auf das Verhältnis der Leistungen des „Dichters“ und des „Schauspielers“ ausdrücklich bezogene Lehre der rechten Mitte. Dieser die Verschiedenheit des Werts der Personen berücksichtigende Gleichheitsgrundsatz der *justitia distri-*

22) Siehe den Bericht der Frankfurter Allgemeinen Zeitung: „Keine Einigung nach geltendem deutschen Recht, Stuttgart-Köln 1960 S. 42/43:

23) Vgl. folgende Passagen aus der Schrift von H. H. von Rauscher auf Weg: Das Aufführungsrecht der Interpreten und Schallplattenhersteller nach geltendem deutschen Recht, Stuttgart-Köln 1960 S. 42/43:

„Wenn der Gesetzgeber Urheberrechtsschutz für Aufnahmen künstlerischer Darbietungen gewähren wollte und wie dargelegt gewährt hat, so wird zu bedenken sein, daß die unterschiedliche Behandlung von Urhebern nicht nur eine Diskriminierung im Sinne eines Verstoßes gegen den verfassungsrechtlich niedergelegten Gleichheitsgrundsatz, sondern auch eine Enteignung des Rechtsinhabers darstellt (Art. 3, 14 Grundgesetz). Ein Ausschließlichkeitsrecht, das dem einen Urheber durch die Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Auswertung zugewiesen wurde, kann nicht dem anderen gegenüber, dem „Auch-Urheber“, verneint oder entzogen werden, ohne daß in die durch die Verfassung garantierten Rechte eingegriffen wird.“

butiva, dem ausübenden Künstler zu geben, was des Künstlers ist, ohne seine Leistung im Verhältnis zu derjenigen des Urhebers über zu bewerten, zieht sich wie ein roter Faden durch die ganze Arbeit. Deshalb dürfte es nicht unangebracht sein, mit dem gleichen Maßstab zu prüfen, inwieweit die Ergebnisse der Monographie durch die im Laufe der letztvergangenen zwölf Monate veröffentlichten Äußerungen der Theorie, der Gesetzgebung und Rechtsprechung berührt werden, welche von der mittlerweile in ihre griechische Heimat zurückgekehrten Verfasserin nicht berücksichtigt werden konnten.

II.

1. Zur Frage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das gelegentlich als Grundlage für die Anerkennung eines Schutzrechts des ausübenden Künstlers an seiner Darbietung vorgeschlagen worden ist, liegt, abgesehen von den dürftigen Bemerkungen von Denecke²⁴⁾ über die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor allem die ausführliche Darstellung von Nipperdey²⁵⁾ vor. Nach ihm ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein Recht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde, auf Respektierung der Persönlichkeit, ein Grundrecht im Sinne der Verfassung und ein subjektives Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, das seinem Inhalt nach nicht abschließend festgelegt werden könne. Es sei ein „Muttergrundrecht“, ein „Quellrecht“, aus dem die einzelnen konkreten Persönlichkeitsrechte abzuleiten seien und auf das in Ermangelung eines bereits konkretisierten Persönlichkeitsrechts zur Entwicklung eines neuen stets zurückgegriffen werden könne, wobei keineswegs eine gewohnheitsrechtsähnliche Geltung zu verlangen sei. Deshalb seien auch die besonderen Bestimmungen des bisherigen Rechts, durch die außer anderen auch die Urheberrechte gegen Verletzungen geschützt werden, nicht bedeutungslos geworden; sie hätten vielmehr eine Erweiterung erfahren, da ein Persönlichkeitsschutz auch sonst in Betracht kommen könnte. Über die naheliegende Frage, inwieweit der ausübende Künstler aus diesem allgemeinen Persönlichkeitsrecht für seine Darbietung Rechte herleiten könne, enthält der Aufsatz aber keinerlei Ausführungen. Auch Siebert²⁶⁾, der sich mit dem Persönlichkeitsrecht näher befaßt und als seinen Inhalt die rechtlich anerkannte und geschützte Entfaltung derjenigen Werte, Eigenschaften und Kräfte bezeichnet, welche die Menschenwürde, Individualität und schöpferische Leistung der einzelnen Person begründen und darstellen, zieht hieraus keine Folgerungen hinsichtlich der Schutzwürdigkeit der Leistung des ausübenden Künstlers. Dieser Sachverhalt wird noch nicht einmal erwähnt, auch nicht anlässlich der Behandlung des Urheberrechts, das unter „die sonstigen einzelnen Persönlichkeitsrechte“ eingereiht wird.

24) Im Kommentar von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern zum BGB 11. Aufl. Bd. 1, 1. Teil Berlin 1959 Anm. 1 u. 2 vor § 1

25) „Allgemeines Persönlichkeitsrecht“ in UFITA Bd. 30. (1959) 1 ff.

26) Persönlichkeitsrecht, Namensrecht, Zeichenrecht; Erläuterungen zu § 12 BGB. Sonderdruck aus Soergel-Siebert, BGB 9. Aufl. Stuttgart 1959, vor allem Anm. 1

Dazu wird nur ausgeführt, jedes Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst sowie an Werken der bildenden Künste und der Photographie enthalte ein Persönlichkeitsrecht, mindestens einen persönlichkeitsrechtlichen Bestandteil²⁷⁾.

Um so erstaunlicher ist die Auffassung des BGH, daß bereits aus persönlichkeitsrechtlichen Erwägungen jedem ausübenden Künstler unabhängig von dem Rang seiner künstlerischen Leistung und ohne Rücksicht darauf, ob seine Leistung mehr oder weniger in einer Gruppenleistung aufgeht, im Grundsatz das Recht zustehe, über Art und Umfang der Verwertung seiner Leistung selbst zu entscheiden, insbesondere Tonbandaufnahmen zu Sende Zwecken sowie die Verwendung ungenehmigter Tonbandaufnahmen für Rundfunksendungen zu untersagen. Es ist hier nicht der Ort, die für diese Auffassung ins Feld geführten Argumente im einzelnen wiederzugeben, zu analysieren und kritisch zu würdigen. Wer die diesbezüglichen Teile der Begründung der vier Urteile liest, wird mit Schrecken zugeben müssen, daß die von Gramm²⁸⁾ befürchtete Gefahr

27) Wenn Siebert (a. a. O. Anm. 17) unter Hinweis auf mein in Anm. 18 zitiertes Referat behauptet, ich sei gegen (Fettdruck im Original) die persönlichkeitsrechtliche Auffassung des *droit moral*, so ist dies ein mir unbegreifliches Mißverständnis. Ich habe mich a. a. O. aus drei Gründen gegen den Ausdruck „Urheberpersönlichkeitsrecht“ gewandt und hierbei die rein persönlichkeitsrechtliche Auffassung des Urheberrechts als solches und die Zusammenfassung der als Inhalt des *droit moral* allein in Frage kommenden drei Befugnisse des Urhebers unter dem besonderen Rechtsbegriff „Urheberpersönlichkeitsrecht“ beanstandet. Daß diese drei Befugnisse auch nach meiner Meinung Emanationen der Persönlichkeit sind und als persönlichkeitsrechtliche Befugnisse qualifiziert werden können, kann für die Leser sowohl meines Referates wie auch meiner sonstigen dort angegebenen Schriften nicht zweifelhaft sein. Auch Troller kommt völlig unabhängig von mir und offensichtlich ohne Kenntnis meiner Ausführungen in seiner kürzlich auch als Heft 16 der Schriftenreihe der UFITA erschienenen Abhandlung: „Bedenken zum Urheberpersönlichkeitsrecht“ (UFITA Bd. 28 [1959 II] S. 257 ff.) zu dem Ergebnis (S. 297): „daß das Urheberpersönlichkeitsrecht weder als Begriff noch als juristische Konstruktion ins Urheberrecht hineinpaßt“. Für Nipperdey ist das Urheberpersönlichkeitsrecht dagegen ein Persönlichkeitsrecht besonderer Art, das verzichtbar, übertragbar und von begrenzter Dauer sei (vgl. den in Anm. 25 zitierten Aufsatz S. 20). Über das Verhältnis des Urheberrechts und des Leistungsschutzrechts des ausübenden Künstlers zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht vgl. auch den Aufsatz von Schiefeler in GRUR 1960 S. 156 ff., welcher vor allem im Hinblick auf die beabsichtigte Neufassung von Art. 33a EGBGB durch das sog. Ehreenschutzgesetz ausführt, daß die beiden erwähnten Rechte auch dem Schutz persönlicher Interessen dienen und insoweit im Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht eine Spezialregelung darstellten, die diesem vorgehe. Ansprüche aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, die aus einer Verletzung nicht typischerweise durch das Urheberrecht oder Leistungsschutzrecht geschützter persönlicher Interessen erwachsen, blieben unberührt. Nach dieser wohl richtigen Abgrenzung wäre zwar nicht das Ergebnis, aber die Begründung des Urteils des OLG München vom 7. 8. 58 (UFITA Bd. 28 [1959 II] S. 342 ff.) unrichtig, wonach es eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts — richtiger wäre: des Leistungsschutzrechtes — eines Schauspielers bildet, wenn der von dem Schauspieler in einem Tonfilm gespielten Rolle durch Nachsynchronisation in der gleichen Sprache die Stimme eines anderen unterlegt wird.

28) Bei Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch 19. Aufl. Anm. 6 i zu § 823; vgl. hierzu die beschwichtigende Besprechung von Bundesrichter Nastelski in: NJW 1960/1709.

einer „uferlosen Ausweitung“ des Begriffs eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts vom I. Zivilsenat des BGH nicht etwa eingedämmt, sondern erheblich erhöht und das für den Schutz höchst persönlicher immaterieller Werte bestimmte Recht zum Vorwand und Vorspann eindeutig materieller Interessen degradiert worden ist.

Abgesehen hiervon besteht die weitere Gefahr, daß nun auf alle Tatbestände, die durch gesetzliche Bestimmungen oder die rechtsetzende Rechtsprechung des BGH urheberrechtlichen Schutz genießen, zugleich auch die Rechtsätze über das allgemeine Persönlichkeitsrecht zur Anwendung kommen²⁹⁾. Dies aber widerspricht dem Grundsatz der Spezialität und diskreditiert die gesamte urheberrechtliche Gesetzgebung: „Die besondere Ausgestaltung und die Begrenzung der urheber- und leistungsrechtlichen Befugnisse, die nach dem neuen Urheberrechtsgesetz noch wesentlich verfeinert werden sollen, beruhen auf sorgfältigster Interessenabwägung und dürfen nicht auf dem Umweg über den allgemeinen Persönlichkeitsschutz, der anders gestaltet ist und die Beschränkungen in dieser Form nicht kennt, umgangen werden können“³⁰⁾.

Gleichwertig mit der Begründung aus dem Persönlichkeitsrecht glaubt der BGH, seine Entscheidung auch aus dem Gesichtspunkt des § 826 BGB und des § 1 UWG rechtfertigen zu können. Die hierfür gegebene Begründung³¹⁾ spricht gegen sich selbst. Dies gilt sowohl für die rein tat-

29) In dem Urteil I ZR 64/58 findet sich der verräterische Satz: „Ob diese (sc. aus dem Persönlichkeitsrecht) abgeleiteten Ansprüche auf eine entsprechende Anwendung von § 2 Abs. 2 LitUG gestützt werden können . . . , kann bei dieser Sachlage dahinstehen.“

30) Drucksache 1237 des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode: Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes S. 30 — UFITA Bd. 29 (1959) S. 94; vgl. hierzu auch den in Anm. 27 berührten Aufsatz von Schiefeler.

31) Wörtliches Zitat aus I ZR 87/58:

„Bei der öffentlichen Darbietung von Rundfunksendungen, beispielsweise in Gaststätten, handelt es sich um eine, vom privaten Rundfunkempfang, für den der ausübende Künstler nach seinen Abmachungen mit den Rundfunkanstalten seine Leistung allein zur Verfügung gestellt hat, wesensverschiedene Nutzungsart, die sehr viel weitreichender als der Rundfunkempfang im privaten Bereich in die Interessen des ausübenden Künstlers eingreift, und zwar sowohl in persönlichkeitsrechtlicher wie in vermögensrechtlicher Beziehung . . . Zwar kann in der Regel kaum angenommen werden, daß er zur persönlichen Leistung herangezogen würde, falls die öffentliche Hörbarmachung der Rundfunksendung unterbleiben müßte, weil er seine Zustimmung versagt oder diese von der Zahlung einer angemessenen Vergütung abhängig macht. Nach der Lebenserfahrung ist aber angesichts der stetig wachsenden Nachfrage nach mechanischen Musikdarbietungen anzunehmen, daß dann an die Stelle der strittigen Rundfunkdarbietungen Schallplatten oder Tonbandaufführungen treten würden, für die aufgrund von § 2 Abs. 2 LitUG Aufführungsgebühren auch an den ausübenden Künstler zu zahlen sind, und zwar unabhängig davon, ob diese Tonträger über Plattenspieler oder über eine Rundfunkanlage öffentlich hörbar gemacht werden (vgl. Urteil des Senats vom 31. Mai 1960 — I ZR 53/58 — Künstlerlizenz bei öffentlicher Wiedergabe von Schallplatten). Es widerspricht aber den guten Sitten des lauten Wettbewerbs (§ 1 UWG) und stellt eine sittenwidrige Vermögensbeschädigung dar (§ 826 BGB), eine fremde Leistung, die erfahrungsgemäß nur gegen eine angemessene Vergütung erbracht wird, kostenlos zur Förderung des eigenen gewerblichen Gewinnstrebens auszunutzen und hierdurch dem Leistenden einen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen, weil ihm auf diese Weise ein Entgelt für

bestandsmäßig durch kein *tertium comparationis* zu rechtfertigende Gleichsetzung der öffentlichen Hörbarmachung einer erlaubterweise durchgeführten Rundfunksendung mit dem unerlaubten Nachpressen von Schallplatten wie für den ehrenrührigen Vorwurf einer sittenwidrigen, also ethisch verwerflichen Handlungsweise der Angehörigen eines großen Berufskreises. Zu einem derartigen harten Unwerturteil besteht um so weniger Veranlassung, als, wie in der Begründung des Urteils an anderer Stelle ausgeführt wird, das Reichsgericht in seiner bekannten Lautsprecherentscheidung (RGZ 136/377) die öffentliche, gewerblichen Zwecken dienende Lautsprecherwiedergabe erlaubterweise durchgeführter Rundfunksendungen noch nicht einmal an eine Erlaubnis der Urheber der gesendeten Werke zu binden für richtig hielt. Auch wenn der erkennende Senat im November 1953 (BGHZ 11/135 auf S. 149) gegen diese Entscheidung Bedenken erhob, so ist er doch erst jetzt klar und deutlich von ihr abgewichen. Erst jetzt könnte also, wenn überhaupt, von einem „Schmarotzen“ im Sinne des § 826 BGB und des § 1 UWG die Rede sein. Wobei ich ganz dahingestellt sein lasse, ob das fragliche, nach zahlreichen ausländischen Gesetzen zulässige Verhalten gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden oder „eines verständigen Gewerbetreibenden“ verstößt. Denn die Auffassung eines einzelnen Volksteils, auf die sich der Senat — sei es zu Recht, sei es zu Unrecht — beruft, reicht für die Feststellung eines Sittengesetzes nicht aus^{31a)}. Wie das Bundesverwaltungsgericht^{31b)} mit Recht feststellt, können beim Bestehen abweichender Anschauungen über eine Frage von Sitte und Anstand die Träger der einen Anschauung Andersdenkenden nicht schlechthin die Verständigkeit oder billige oder gerechte Denkart absprechen. Der Mangel einer Leistungsäquivalenz allein ist aber, wie sich aus § 138 Abs. 2 BGB ergibt, jedenfalls für den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht ausreichend.

seine etwaige persönliche Heranziehung oder aber für die Benutzung von Tonträgern entgeht, auf die seine Leistung übertragen worden ist. Die besonderen Umstände, die zu der unentgeltlichen und ungenehmigten Ausnutzung fremder Arbeit in der Regel hinzutreten müssen, um sie unerlaubt zu machen, liegen hier darin, daß die Leistungen der ausübenden Künstler nicht etwa „nachgebildet“, sondern unmittelbar „angefaßt“ und unverändert als Vorspann zur Steigerung der eigenen Erwerbschancen verwendet werden, indem sie mit Hilfe des Rundfunkempfangsgerätes aus dem Äther entnommen werden. Hierzu aber sind die Beklagten überhaupt nur deshalb in der Lage, weil die Errungenschaften der Technik die ausübenden Künstler weitgehend der Möglichkeit beraubt haben, Wirkungsbereich und Art der Ausnutzung ihrer Leistung in tatsächlicher Beziehung zu beherrschen und rechtlich durch entsprechende Verträge auch Dritten gegenüber wirksam abzugrenzen. Aus ähnlichen Erwägungen, aus denen das Reichsgericht bereits am 7. April 1910, also bevor § 2 Abs. 2 LitUG in das Urhebergesetz eingefügt wurde, in dem Nachpressen von Schallplatten einen Verstoß gegen § 826 BGB erblickt hat (RGZ 73, 294), muß auch im Streitfall den Zedenten der Klägerin aus dem Gesichtspunkt des „Schmarotzens“ an fremder Leistung ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagten auch insoweit zugebilligt werden, als die öffentliche Hörbarmachung von Direktsendungen des Rundfunks in Frage steht (vgl. auch Urteil des Senats vom 31. Mai 1960 — I ZR 64/58 — Rundfunksendung „Figaros Hochzeit“).

31a) So ausdrücklich BVerfG E 6/389 (434).

31b) FamRZ 1960/233.

2. Die kürzlich erschienenen Werke zum gesamten Immaterialgüterrecht von Troller³²⁾ und zum Urheber- und Verlagsrecht von Ulmer³³⁾ behandeln die Rechtslage der ausübenden Künstler ex professo. Ausgehend von der Ästhetik des Philosophen Nicolai Hartmann, „skizziert“³⁴⁾ Troller ohne neue Argumente seine in früheren Veröffentlichungen ausführlicher vorgetragene und von Fräulein Papaconstandinou in Kapitel II § 1 ihrer Monographie dargestellte und kritisch beleuchtete These, daß die Leistung des schöpferischen Interpreten als wirkliche, nicht nur als fingierte Bearbeitung des urheberrechtlich geschützten Werks auch ihrerseits selbst ein echtes, nicht nur fingiertes Werk der Literatur und Tonkunst im Sinne des Urheberrechts sei und echte Urheberrechte entstehen lasse, während hiervon die sog. nichtschöpferischen Interpreten, insbesondere die Mitglieder eines Orchesters, Chors, vielleicht sogar Sänger oder Schauspieler, ausgeschlossen seien. Während Wenzel Goldbaum, „une grande figure du droit d'auteur et un grand humaniste“³⁵⁾, in der Rezension von Trollers Werk sehr sarkastisch meint, daß nach Troller der Schöpfer des Werks im „künstlerischen Gemenge der Hunderte und Tausende ‚Carmen‘ - u. a. — Vollender verschwände“³⁶⁾, macht neuerdings Peter³⁷⁾ auf die rechtlichen Konsequenzen der auch von unserer Autorin abgelehnten und vom BGH im Urteil I ZR 64/58 nur beiläufig erwähnten Trollerschen Theorie aufmerksam:

Mit der nationalen Anerkennung eines echten Bearbeiter-Urheberrechtsschutzes wäre entsprechend „der in der Berner Übereinkunft und im Welturheberrechtsabkommen verankerten Inländergleichbehandlung gleichzeitig der Weg für die internationale Anerkennung automatisch gegeben, und die Schallplattenhersteller und die Rundfunkanstalten könnten tatsächlich einen gegen Dritte wirksamen Schutz dadurch erlangen, daß sie — wie die Verleger oder andere ausschließliche Werknutzer — die entsprechenden ausschließlichen Rechte vom schöpferischen Interpreten erwerben... Die schöpferische Interpretenleistung wäre also nicht nur gegen die Festhaltung der persönlichen Leistung auf Bild-, Schall- oder Bildtonträger und gegen die Vervielfältigung, Verbreitung, Hörrundfunk- und Fernsehsendung sowie öffentliche Wiedergabe dieser Vorrichtungen geschützt, sondern auch gegen alle diese Tatbestände, wenn ein anderer Interpret diese Leistung vollkommen oder teilweise kopiert, wenn also ein Sänger sich anhand der Schallplatte eines anderen Sängers dessen Auffassung, Phrasierung, Tongebung zu eigen macht

32) Alois Troller: Immaterialgüterrecht. Patent-, Marken-, Urheber-, Muster- und Modell-Wettbewerbsrecht Bd. I 2. völlig neu bearbeitete Auflage des Werks: Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz. Basel und Stuttgart 1959, insbesondere S. 442 ff.

33) Eugen Ulmer: Lehrbuch des Urheber- und Verlagsrechts, 2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, insbesondere §§ 96 bis 99 S. 427 bis 446

34) So ausdrücklich a. a. O. S. 442

35) Wie er im Nekrolog in der August-Nummer von DA 1960 (244) genannt wird

36) UFITA Bd. 31 (1960) S. 252 ff. (253)

37) Wilhelm Peter: Die Entwicklung der Leistungsschutzrechte im Spiegel des neueren Schrifttums, in GRUR AJT 1960 S. 176 ff. (185)

und sie weiter verwertet. Der Bearbeiterschutz des schöpferischen Interpreten würde also auch nicht vor der Verfilmung oder Fernsehfestlegung (Ambex-Verfahren) haltmachen und, da keinerlei Übertragungsbeschränkung besteht, regelmäßig vom Schallplattenhersteller, Filmproduzenten oder Fernsehsender erworben werden, so daß nun einerseits anstelle von Vergütungsansprüchen bis zur letzten Zweithandverwertung absolut wirkende Verbotsrechte entstünden, die eine wirkliche Dornenhecke gegenüber der Allgemeinheit aufrichteten, andererseits aber durch die Enthaltungspflicht des schöpferischen Interpreten als Bearbeiter des Werks eine ewige Werkesklusivität begründet würde, der zufolge das Werk in der gleichen oder ähnlichen Auffassung sogar vom Künstler selbst niemals mehr ohne Zustimmung des Exklusivverwerter aufgeführt, gesendet, festgehalten oder sonstwie verwertet werden dürfte.“

Im Gegensatz zu Troller reiht Ulmer in seinem nunmehr in zweiter Auflage vorliegenden, bekannten grundlegenden Lehrbuch des Rechtsschutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendegesellschaften in die Gruppe der sog. „verwandten Schutzrechte“ ein. Seine lehrbuchmäßige Darstellung entspricht seiner im Jahre 1957 erschienenen Monographie, mit der sich Fräulein Papaconstandinou ausführlich auseinandergesetzt hat.

3. Den unmittelbaren Anlaß für die Aktualität des von Fräulein Papaconstandinou behandelten Themas bildet der Kampf zwischen den Urhebern bzw. ihren Organisationen mit den Verbänden der ausübenden Künstler und den Schallplattenherstellern um Bedeutung, Tragweite und Grenzen des sog. fiktiven Bearbeiter-Urheberrechts des ausübenden Künstlers nach § 2 Abs. 2 LitUG. Diesem Interessentenkampf verdanken wir eine Fülle von Publikationen, die im Gewande wissenschaftlicher Abhandlungen³⁸⁾ z. T. nur als Streitschriften mit Zweckargumenten zugunsten oder zuungunsten der einen oder der anderen Seite zu qualifizieren sind. Diese Kategorie von Schriften, die vor allem der Vorbereitung der mittlerweile ergangenen und oben erwähnten vier Grundsatzentscheidungen des BGH zu dienen bestimmt waren, ist während der hier zu berücksichtigenden Berichtszeit durch weitere Veröffentlichungen bereichert worden.

Büchen³⁹⁾ kommt, ausgehend von der „schöpferischen Idee“ im Recht, auf Grund von historischen und rechtsvergleichenden Betrachtungen zu dem Ergebnis, daß das fiktive Bearbeiter-Urheberrecht des § 2 Abs. 2 LitUG nur die sich aus den §§ 12 Abs. 2 Nr. 5, 14 Nr. 4, 22 und 22a LitUG ergebenden Befugnisse, also nur die Fixierung eines Vortrags durch ausübende Künstler auf Tonträger, deren Vervielfältigung, gewerbsmäßige Verbreitung und öffentliche Aufführung, im Rahmen des § 22a, nicht aber ihre Sendung und öffentliche Aufführung mittels Lautspre-

38) Vgl. hierzu auch Peter a. a. O. S. 180, 183

39) Robert Büchen: Leistungsschutz und Urheberrecht, eine Untersuchung über Umfang und Grenzen des § 2 Abs. 2 LUG im Hinblick auf Tonträger (Dissertation Köln 1959)

cher oder elektromagnetischer Übertragung von Plattenspielern oder Tonbandgeräten auf Lautsprecher umfasse, auch lediglich einen Vergütungsanspruch gewähre, soweit es sich um die Vervielfältigung und gewerbsmäßige Verbreitung handele. Im übrigen unterstehe es der gesetzlichen Lizenz des § 22a LitUG ohne Vergütungsanspruch; Nutzungsarten, die nicht von § 22a LitUG erfaßt werden, stünden auch außerhalb der sog. Rechte aus § 2 Abs. 2 LitUG. Dies müsse selbst dann angenommen werden, wenn man ein weitergehendes Recht der Schallplattenhersteller unterstelle, weil der in zahlreichen Vorschriften des BGB zum Ausdruck gekommene allgemeine Rechtsgrundsatz: „nemo subrogat contra se“ dem Hersteller von Tonträgern verwehre, die durch die Zwangslizenz des § 22 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 LitUG gewonnene Befugnis zum Nachteil des Werkurhebers geltend zu machen. Die Schallplattenindustrie setze sich durch die Geltendmachung von Befugnissen, die über den geschilderten Rahmen hinausgehen, nicht nur in Gegensatz zu den Interessen des Werkurhebers, sondern zum Zwecke des Urheberrechtsschutzes überhaupt und auch zu ihrer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit, die zu einem wesentlichen Teil auch auf Verbreitung der Tonträger zur Sendung durch Rundfunk und öffentliche Aufführung außerhalb des von § 22a LitUG erfaßten Rahmens gerichtet sei.

Demgegenüber vertreten Hermann Voss⁴⁰⁾ und H. H. von Rauscher auf Weeg⁴¹⁾ den gegenteiligen Standpunkt als Wortführer der von ihnen vertretenen Interessenverbände. Sie sehen ihre Aufgabe vor allem in dem Nachweis, daß auch die Interpreten „Urheber“ im Sinne des Gesetzes seien. Ihre Polemik richtet sich dementsprechend vor allem gegen die von der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht e. V. (INTERGU) veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen bekannter Juristen, die unter dem gemeinsamen Schlagtruf des „Leistungsschutzes“ einen „Eroberungsfeldzug“ zu Lasten der Interpreten und Schallplattenhersteller zwecks Einschränkung der gesetzlich normierten Ausschließlichkeitsrechte der besagten Interessengruppen und einen „Präventivfeldzug“ zwecks Verhinderung jeder künftigen Normierung eines Ausschließlichkeitsrechts führten. Ebenfalls dem Standpunkt der ausübenden Künstler gerecht zu werden, bemühen sich, allerdings ohne polemische Schärfe, Menth a⁴²⁾, welcher den Interpreten als Schöpfer eines Werks der Zweiten Hand anerkannt sehen möchte, und S a m s o n⁴³⁾, welcher eine Stärkung der Rechte des ausübenden Künstlers in Anbetracht der heutigen wirtschaftlichen und technischen Verhältnisse vor allem deswegen für gerechtfertigt ansieht, weil „seine künstlerische Leistung nicht mehr wie Schall und Rauch verfliegt, sondern wie ein Druckwerk für alle Zukunft fixiert werden kann“. Durch die Fixierung werde schon äußerlich die Schöpfung des Verfassers mit der nachschaffenden künstlerischen Leistung des Interpreten verbunden

40) In der in Anm. 1 genannten Schrift

41) Vgl. die in Anm. 23 zitierte Schrift

42) In EBU-Revue 1959 S. 32 ff.

43) Die Grenzen des Quasi-Urheberrechts der ausübenden Künstler nach § 2 LUG, in GRUR 1960 S. 174 ff.

und gleichgestellt, wobei es unwesentlich sei, ob die Hörbarmachung auf mechanisch- oder elektroakustischem Wege erfolge. Wertskalen seien für die urheberrechtliche Betrachtung unbrauchbar, weil unser Urheberrecht es nur auf die individuelle Werkschöpfung abstelle und ihren Wert und Grad unberücksichtigt lasse und lassen müsse.

Schließlich — last not least — kommt auch Blomeyer ⁴⁴⁾ zu dem Ergebnis, daß die Gleichstellung von Künstler und Bearbeiter in § 2 Abs. 2 LitUG sich auch auf das Aufführungsrecht beziehe. Er geht in Übereinstimmung mit Ulmer mit Recht von der Feststellung aus, daß die Novelle zum LitUG von 1910 über das Aufführungsrecht des Künstlers keine Entscheidung getroffen habe, daß vielmehr das ganze Problem erst aufgetaucht sei, als die Rechtsprechung die elektroakustische Wiedergabe von der Aufführungsfreiheit des § 22a ausgenommen und damit auch diese Art der Werknutzung für tantiemepflichtig zugunsten des Urhebers erklärt habe. Die zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses vom BGH gegebene Begründung läßt sich wie alle derartigen „juristischen“ Begründungen gewiß auch auf die Leistung des ausübenden Künstlers anwenden, wenn man sie generell als „Bearbeitung“ und demgemäß als „urheberrechtsfähiges Werk“ qualifiziert. Blomeyer — im Banne der Ästhetik Nicolai Hartmanns und der entsprechenden Theorie Trollers — hält eine derartige Qualifizierung für angemessen, obwohl er selbst ausdrücklich die „dem modernen Juristen so selbstverständliche“ Feststellung trifft, daß die zweimal verwendete Fiktion wie jede Fiktion die Möglichkeit offenläßt, daß das Gesetz die ersichtlicherweise als verschieden angenommenen Sachverhalte nicht nach jeder erdenklichen Hinsicht gleich bewerten wollte ⁴⁵⁾. Hierbei wird noch nicht einmal ein Unterschied zwischen dem „schöpferischen“ und dem „nichtsöpferischen“ Künstler im Sinne Trollers anerkannt ⁴⁶⁾, auf der anderen Seite aber besonders hervorgehoben, daß nur der fixierte Vortrag als Bearbeitung, d. h. als urheberrechtsfähiges Werk geschützt werde, nicht dagegen der Vortrag als solcher. „Das Gesetz kann... nur an den fixierten Vortrag anknüpfen und kann ihn immer nur gegen eine Aufführung schützen, die durch Abspielen der Platte, also auf technischem Wege geschieht ⁴⁷⁾“. Aber gerade der Umstand, daß der Gesetzgeber es auch anders hätte machen können und gewiß auch anders gemacht hätte, wenn er nicht das Wettbewerbsinteresse des Plattenherstellers an der von ihm hergestellten Fixierung, sondern das Urheberinteresse des ausübenden Künstlers an seinem Vortrag hätte schützen wollen, kann doch wohl um so weniger bestritten werden, als die Möglichkeit, auch nicht fixierte echte Bearbeitungen von Sprach- und Musikwerken urheberrechtlich zu schützen, bereits im Jahre 1910 eine anerkannte „Selbstverständlichkeit“ war. Man muß dogmatisch

44) Der Urheberrechtsschutz für den ausübenden Tonkünstler nach deutschem Recht. Stuttgart-Köln 1960

45) A. a. O. S. 11 (Sperrungen von mir).

46) A. a. O. S. 42 Anm. 101

47) A. a. O. S. 45; Sperrungen nach dem Original

zwischen zwei einander ausschließenden Lösungen wählen: entweder ist das für die Anerkennung des Bearbeiterurheberrechts Wesentliche die schöpferische und deshalb urheberrechtsähnliche Leistung des Künstlers; dann ist die Fixierung gleichgültig. Oder man sieht das Wesentliche in der Fixierung; dann ist das durch die Herstellung der Platte geschaffene Industrieerzeugnis das des Rechtsschutzes bedürftige wertvolle Objekt, mit der Folge, daß für den Umfang des fingierten Bearbeiterurheberrechts des ausübenden Künstlers unmittelbar nicht dessen eigene Interessen, sondern diejenigen des Plattenherstellers entscheidend sind.

Der BGH hat für die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2 LitUG das Kriterium der „schöpferischen“ oder „nachschaffenden“ Leistung ausdrücklich für unerheblich erklärt und dieses Ergebnis vor allem mit einer Interpretation der im Gesetz und seiner Begründung gebrauchten Ausdrücke „persönlicher Vortrag“, „künstlerische Leistung“, „individuelle Leistung“ zu rechtfertigen versucht. Diese Wortinterpretationen sind alles andere als überzeugend: So wird z. B. im Urteil I ZR 71/58 ausgeführt: „Danach ist der Gesetzgeber ersichtlich davon ausgegangen, daß die Voraussetzung der Übertragung eines Werkes auf Tonträger durch einen „persönlichen Vortrag“ im Sinne dieser Gesetzesbestimmung *stets* (von mir gesperrt) gegeben sei, wenn der Tonträger die unmittelbare Wiedergabeleistung eines ausübenden Künstlers festhält.“

Die Gesetzesbegründung dagegen lautet:

„Ein solcher Schutz läßt sich jedenfalls *insoweit*, als er sich auf einen persönlichen Vortrag des Werkes gründet, ohne Zwang im Rahmen des Urheberrechts verwirklichen. Denn die *individuelle Leistung*, die in dem persönlichen Vortrag liegt, kann, wie sie durch das Herstellen einer Vorrichtung festgelegt ist, sehr wohl einer Bearbeitung des literarischen oder musikalischen Werkes gleichgeachtet werden“ (Sper- rungen von mir).

Das heißt doch wohl, wenn man sich an die Regeln der Logik und Grammatik ⁴⁸⁾ hält: Nicht *stets* und unbedingt, sondern restriktiv nur unter der Bedingung, daß in dem „persönlichen Vortrag“ eine „individuelle Leistung“ liegt, kann die Fixierung des Vortrags eines literarischen oder musikalischen Werks einer ebenfalls als entsprechendes Werk qualifizierbaren Bearbeitung gleichgeachtet werden.

Unter „individueller Leistung“ konnte die amtliche Begründung zu einem Urheberrechtsgesetz im Jahre 1910 nur dasjenige Merkmal verstehen, das in allen einschlägigen internationalen Abkommen, nationalen Gesetzen und Entwürfen in entsprechender Formulierung zum Ausdruck kam und auch heute kommt ⁴⁹⁾, nämlich die Eigentümlichkeit, die besondere Note als bestimmendes subjektives Moment für die Abgrenzung der geschützten „Werke“ von irgendwelchen Erzeugnissen,

48) Siehe: Der Große Duden, Grammatik der deutschen Sprache, Nr. 149 a.

49) Vgl. hierzu §§ 1 und 2 des Entwurfs des Bundesjustizministeriums über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte und die Begründungen zu diesen Bestimmungen.

die jedermann schlecht und recht hervorbringen kann. An die Stelle dieses sachlich und logisch zutreffenden Gedankenganges der Begründung von 1910 wird im Urteil I ZR 71/58 dem Gesetzgeber von 1910 die Absurdität einer Tautologie zugetraut, die in Wahrheit nur die Folge einer dem erkennenden Senat sicherlich selbst nicht bewußt gewordenen Begriffsvertauschung ist:

„Dem steht nicht entgegen, daß in der Gesetzesbegründung von der „individuellen Leistung“ gesprochen wird, die in dem persönlichen Vortrag liegt. Denn wie der Senat in seinem Urteil vom 31. Mai 1960 — I ZR 64/58 (Rundfunksendung „Figaros Hochzeit“) näher dargelegt hat, ist jede lautliche Wiedergabe eines Tonkunstwerkes, gleichgültig, ob das Werk durch die menschliche Stimme oder das Spielen eines Instrumentes zum Erklängen kommt, mit der Person des sie vermittelnden Künstlers unlösbar verbunden, da sie von seinen höchstpersönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten abhängig ist. Die Wiedergabeleistung eines ausübenden Künstlers gehört somit seiner in ihrer Eigenart einmaligen Individualsphäre an und ist deshalb stets zwangsläufig eine ‚individuelle‘ Leistung.“

Diese auch für die Wiedergabeleistung eines Konservatoriumsschülers oder eines Dilettanten oder eines schreienden Säuglings zutreffende Deduktion verwendet das Wort „individuell“ im Sinne von „persönlich“ d. h. eine konkrete Person individualisierend und kennzeichnend, während in der angeführten Stelle der Gesetzesbegründung mit „individuell“ nach dem Zusammenhang nur die Eigenschaft einer Leistung, ihre sich von anderen Leistungen abhebende Individualität, d. h. Eigenart gemeint sein kann.

Auch der weitere Hinweis des BGH auf den in Satz 2 der fraglichen Vorschrift gebrauchten Ausdruck „künstlerische Leistung“ geht fehl, weil der hier gemeinte Gegensatz die bloß „mechanische“ Leistung darstellt, was für die Auslegung der Ausdrücke „persönlicher Vortrag“ und „individuelle Leistung“ unerheblich ist.

Schließlich das letzte Argument des BGH im Urteil I ZR 71/58:

„Gerade weil die Wiedergabeleistung des ausübenden Künstlers in der Regel keine eigentümliche Schöpfung darstellt, wird die Gleichstellung der auf einem Tonträger festgelegten Leistung mit einer Werkbearbeitung in Rechtsprechung und Schrifttum zu Recht als eine „Fiktion“ gekennzeichnet. Von einer Fiktion kann nur gesprochen werden, wenn an ungleiche Tatbestände nach dem Willen des Gesetzgebers gleiche Rechtsfolgen geknüpft werden.“

Daß auch dieser Begründungsversuch unhaltbar ist, ergibt sich bereits aus folgenden Sätzen der Gesetzesbegründung von 1910: „Inhalt und Umfang der hiernach begründeten urheberrechtlichen Befugnisse sowie die Dauer des Schutzes und die Folgen einer Verletzung ergeben sich ohne weiteres daraus, daß der Vortragende in Ansehung der den Vortrag fixierenden Vorrichtung in der gleichen Weise geschützt wird wie der Bearbeiter eines Werkes in Ansehung seiner Bearbeitung (§ 2 Satz 2 des Gesetzes vom 19. Juni 1901); daß das Originalwerk als solches geschützt

sei, ist für den Schutz der Bearbeitung nicht erforderlich.“ (Verhandlung des Reichstages XII. Legislaturperiode II. Session Bd. 275 S. 1793).“

Die Fiktion bezieht sich m. a. W. auf die Gleichsetzung von (materieller) Vorrichtung mit dem (immateriellen) Werk, nicht dagegen auf die Voraussetzungen, unter denen die „Vorrichtung“ einem „Werk“ urheberrechtlich gleichgestellt wird⁵⁰⁾.

4. Die bisher erschienenen veröffentlichten Äußerungen zu den Ministerialentwürfen zur deutschen Urheberrechtsreform beschäftigen sich z. T. auch mit der vorgeschlagenen Neuregelung des Schutzes der ausübenden Künstler, wonach zwar das fingierte Bearbeiter-Urheberrecht beseitigt, statt dessen aber ein besonderes Leistungsschutzrecht als sog. „verwandtes“ Schutzrecht anerkannt werden soll. Hiergegen wendet sich vor allem Riedel⁵¹⁾, der mit der gleichen Begründung wie unsere Autorin (vgl. Kap. II § 3) keinen ausreichenden Anlaß sieht, den Künstlern neben ihren schuldrechtlichen Ansprüchen als Arbeitnehmer oder selbständige Unternehmer und ihren Schutzansprüchen aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht „noch weitgehend... einen Anteil an den Werknutzungsrechten zu sichern“. Jedenfalls sollte, man aber, wenn man mit Rücksicht auf die internationale Entwicklung eine Regelung treffen zu müssen glaube, den Umfang des Schutzbereiches des Leistungsschutzrechtes nicht zu weit ausdehnen, jedenfalls den Leistungsschutz für Orchester-, Chor- und Bühnenaufführungen streichen, da dazu kein Bedürfnis bestehe.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung bejaht Neumann-Duesberg⁵²⁾ zwar ein Bedürfnis für absolute Schutzrechte, aber nur insoweit, als auf vertraglicher Grundlage kein Schutz gefunden werden kann. Aber er bestreitet eine Verwandtschaft von Urheberrecht und Leistungsschutzrechten und hält deshalb die Mitregelung der letzteren in einem Urheberrechtsgesetz für verfehlt. Der für die Abgrenzung der Belange der Urheber und der ausübenden Künstler gewählte Ausgangspunkt einer Höherwertigkeit der Leistungen des Urhebers gegenüber derjenigen des Interpreten sei falsch. Die Abwägung müsse unter Be-

50) Dies kommt im Urteil I ZR 53/58 auch klar zum Ausdruck:

„Gegenstand dieses Schutzes bildet aber die Schallvorrichtung nicht etwa in ihrer Eigenschaft als stoffliches Erzeugnis, sondern allein als Träger der Wiedergabeleistung des „vortragenden“ Künstlers. Dies folgt zwangsläufig daraus, daß der Gesetzgeber nur in dem individuellen Element, das jeder Wiedergabeleistung anhaftet, die Rechtfertigung für die Zuerkennung eines urheberrechtlich ausgestalteten Schutzes erblickt und dementsprechend nicht den Hersteller des Tonträgers — den Schallplattenfabrikanten —, sondern den ausübenden Künstler einem Werkbearbeiter gleichgestellt und seiner Person die Bearbeitungsurheberrechte zugeordnet hat.“

Im Widerspruch hierzu heißt es allerdings einige Seiten später unter Verweisung auf das Urteil I ZR 71/58:

„Der Schutz aus § 2 Abs. 2 LitUG aber greift unabhängig davon ein, ob die festgelegte Wiedergabeleistung die für den Werkbegriff im urheberrechtlichen Sinn maßgebende Voraussetzung einer eigenschöpferischen Prägung erfüllt.“

51) Grundfragen der Urheberrechtsreform, in GRUR 1960 S. 216 ff.

52) Die „verwandten Schutzrechte“ im Urheberrechtsgesetzentwurf 1959 (UFITA Bd. 31 [1960] S. 162 ff.)

rücksichtigung der praktischen Bedürfnisse erfolgen, ohne daß dem Urheber *a priori* der Vorrang eingeräumt werden dürfe. Es gehe in Wahrheit allein darum, den Urheber bei der wirtschaftlichen Verwertung nicht durch Leistungsschutzrechte über Gebühr zu beeinträchtigen. Jedenfalls genüge für die ausübenden Künstler ein Vergütungsanspruch gegen den Tonträgerbenutzer, da insoweit auch ein besonderes Erlaubnis- und Verbotungsrecht des Urhebers selbst überflüssig sei, wenn die Zwangslizenz wegfalle. Auch solle man eine uferlose Ausweitung des Persönlichkeitsrechts zum Schutze kommerzieller Interessen des Künstlers vermeiden.

Ähnlich reserviert ist die von einem Arbeitsausschuß der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht⁵³⁾ ausgearbeitete Stellungnahme zu den Ministerialentwürfen⁵⁴⁾. Die Schutzwürdigkeit der ausübenden Künstler wird zwar anerkannt, doch soll der Schutz auf die unmittelbare Leistung beschränkt werden, was die Gewährung eines Vergütungsanspruchs bei Verwendung von Ton- und Bildträgern für die Sendung nicht ausschließe. Doch soll der im § 84 ME vorgesehene Vergütungsanspruch für Vorträge und Aufführungen, die öffentlich mit Tonträgern veranstaltet werden, gestrichen werden, und zwar u. a. deshalb, weil hierdurch die „unheilvolle Verquickung von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten“ fortgesetzt werde und die vorgeschlagene Regelung eine ungleiche und damit ungerechte Behandlung der Musiker und der darstellenden Künstler bedeute, denen man einen Vergütungsanspruch bei der öffentlichen Wiedergabe von Bildträgern ausdrücklich verweigere. Auch der in § 91 ME vorgesehene Anspruch der Schallplattenindustrie auf Beteiligung an dem Vergütungsanspruch des ausübenden Künstlers wird folgerichtig abgelehnt.

Mit der Regelung des Entwurfs scheint Gentz⁵⁵⁾ im wesentlichen einverstanden zu sein, der lediglich eine Abänderung der §§ 82 und 85 ME im Sinne der Zulässigkeit von Exklusivitätsklauseln fordert, kraft deren ein Künstler dasselbe Werk eine bestimmte Anzahl von Jahren nicht durch einen anderen Schallplattenhersteller aufnehmen lassen darf, ja sogar weitergehend sich selbst für eine längere Zeit an einen bestimmten Schallplattenhersteller bindet. Die Begründung lautet wörtlich, daß „Rechte, die ihrem Wesen nach nur exklusiv verwertet werden können, sich nicht für Verwertungsgesellschaften eignen⁵⁶⁾“.

III.

Im letzten Teil ihrer Arbeit (Kap. IV §§ 3 bis 6) behandelt unsere Autorin die auf zwischenstaatlicher Ebene unternommenen Versuche, zu

53) Bestehend aus den Herren Hubmann, Liermann, Overrath, Richartz, Schulze, Süß, Hirsch-Ballin.

54) Stellungnahme zu den Entwürfen des Bundesjustizministeriums zur Urheberrechtsreform mit einer synoptischen Darstellung des geltenden Rechts, der beiden BJM-Entwürfe, des Entwurfs Schulze und des Entwurfs des Ministeriums für Kultur in Ost-Berlin, Bd. 16 der Schriftenreihe der INTERGU Berlin 1960

55) In dem in Anm. 1 zitierten Aufsatz

56) Im Original (S. 76) gesperrt

einem internationalen Schutz der ausübenden Künstler zu gelangen. Sie kommt zu dem Schluß, daß — wenn man schon die Notwendigkeit solcher Entwürfe nicht überhaupt aus grundsätzlichen Erwägungen ablehnt — nur die Zusammenarbeit zwischen Berner Union, Unesco und Internationalem Arbeitsamt zu einer Konvention führen könne, die weniger einseitig als die zwei vorliegenden Entwürfe, nämlich der sog. Monaco-Entwurf und der sog. JAA-Entwurf, wäre und die Aussicht hätte, von der Mehrzahl der Staaten ratifiziert zu werden. Dieser Gedanke ist mittlerweile seiner Verwirklichung wesentlich näher gerückt:

In München tagten in der Zeit vom 12. bis 17. Oktober 1959 die vereinigten Ausschüsse der Berner Union und der Unesco, die sich u. a. auch mit dem Rechtsschutz der Interpreten befaßten und die gemeinsam mit dem Internationalen Arbeitsamt fortgeführten Bemühungen um die Vorbereitung eines einheitlichen internationalen Abkommens über die „Nachbarrechte“ auf der Basis der beiden Entwürfe, aber ohne an sie gebunden zu sein, begrüßten⁵⁷⁾.

In der Zeit vom 9. bis 21. Mai 1960 tagte dann im Haag ein von den drei erwähnten internationalen Organisationen zusammenberufenes Expertenkomitee, an dessen Sitzungen auch die Vertreter der internationalen Dachorganisationen der Interessenverbände mit beratender Stimme teilnahmen⁵⁸⁾. Das Ergebnis dieser Beratungen war ein aus siebzehn Artikeln bestehender „Entwurf eines internationalen Abkommens über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Schallträgern und der Rundfunkanstalten“⁵⁹⁾, der ebenso wie der erläuternde Bericht von Wallace⁶⁰⁾, der als rapporteur général fungierte, einstimmig angenommen wurde. Hier ist nicht der Ort zu einer Analyse, aber es verdient hervorgehoben zu werden, daß trotz der einstimmigen Annahme ein Teil der Experten den Entwurf zu weitgehend fand, um vor allem außerhalb Europas die Zustimmung möglichst vieler Staaten zu finden. Es wurde deshalb der Vorschlag gemacht⁶¹⁾, diejenigen Bestimmungen des Entwurfs, welche die Staaten lediglich zur Gewährung eines inländergleichen Schutzes verpflichten, in einen Teil A und alle übrigen Bestimmungen in einen Teil B zu verweisen, um möglichst vielen Staaten den Beitritt wenigstens zum Teil A zu ermöglichen. Dieser Vorschlag wurde aber abgelehnt, da der Text des Entwurfs bereits einen Kompromiß darstelle und keinen sehr hohen Schutz *iure conventionis* vorsehe.

Darüber wird man verschiedener Meinung sein können, zumal die tatsächlichen Verhältnisse in den einzelnen Staaten der Welt sehr ver-

57) Vgl. DA 1959 S. 206 ff., 210, 215

58) Einzelheiten und Dokumente siehe in DA 1960, S. 109 bis 124, 137 bis 161, Teilnehmerliste S. 181 bis 184

59) Französischer und englischer Text in DA 1960, S. 162 bis 166, spanischer Text S. 187 bis 189

60) Französischer und englischer Text in DA 1960, S. 167 bis 180, spanischer Text S. 190 bis 196

61) Französischer und englischer Text dieses Vorschlags in DA 1960, S. 184 bis 186, spanischer Text S. 198, 199

schieden liegen und selbst die Interessen einer und derselben Interessentengruppe zum Teil von Land zu Land andersartig, ja einander entgegengesetzt sind. Die weitere Diskussion bis zum formellen Abschluß eines entsprechenden Internationalen Abkommens, der Inhalt eines derartigen Abkommens und vor allem schließlich die Anzahl und Bedeutung der ohne oder mit Vorbehalten ratifizierenden Staaten bleiben abzuwarten, da insoweit nicht so sehr die wissenschaftlich theoretischen Erkenntnisse und Erwägungen als vielmehr die tatsächlichen Machtverhältnisse bestimmend sind. Als schönes Beispiel hierfür sei darauf hingewiesen, daß mittlerweile die in dem besprochenen Entwurf mitberücksichtigten Rundfunkanstalten der Eurovision-Länder unter Federführung des Europarats sich selbständig gemacht haben und nicht bloß zu dem Entwurf eines Abkommens über den Schutz von Fernsehsendungen, sondern bereits zu einem echten Staatsvertrag gekommen sind, der am 22. Juni 1960 zur Unterzeichnung aufgelegt und bisher ohne Vorbehalt der Ratifikation für Frankreich, mit Vorbehalt der Ratifikation außer für die Bundesrepublik noch für Dänemark, Griechenland, Groß-Britannien, Irland, Italien und die Türkei gezeichnet wurde. Mit Recht macht P e t e r ⁶²⁾ auf die Gefahr aufmerksam, welche das Inkrafttreten dieses Abkommens für die nationale und internationale Anerkennung der Rechte der ausübenden Künstler mit sich bringen kann. Denn die Rundfunkanstalten der Eurovision-Länder, für die jede, auch die bescheidenste Anerkennung von Leistungsschutzrechten mit einer Belastung verbunden wäre, können mit allen ihnen „durch die nahen Beziehungen zu den einzelnen Regierungen zu Gebote stehenden Mitteln das Abkommen über den gemeinsamen Schutz der ausübenden Künstler und der Schallplattenhersteller zu verhindern suchen“ ⁶³⁾. Derartige Bedenken zu zerstreuen, ist offenbar der Zweck der Erklärung gewesen, die der Vertreter der Bundesregierung bei der Zeichnung abgegeben hat, daß nämlich das Abkommen nicht vor Abschluß der deutschen Urheberrechtsreform ratifiziert werden könne und daß selbst im Falle der Ratifizierung von einigen der in Art. 3 des Abkommens vorgesehenen Vorbehalte Gebrauch gemacht werden würde ⁶⁴⁾.

Wie auch dieses Beispiel zeigt, ist die Entwicklung des Rechtsgebietes, das den Gegenstand dieser Monographie bildet, noch immer in vollem Fluß. Ein Staatsvertrag, ein Konventionsentwurf, ein höchstgerichtliches Urteil mögen für den Augenblick Epoche machen, im Laufe des Geschehens sind sie nur Episoden eines weit umfangreicheren sozialen Prozesses, in dem auch diese Schrift ihren Platz finden wird.

Berlin-Wannsee, den 25. August 1960

Dr. iur. Ernst E. Hirsch,

o. Professor der Rechte an der Freien Universität Berlin

62) Vgl. die in Anm. 37 zitierte Abhandlung S. 186

63) Zu dem gleichen Thema vgl. auch Frieberger: Der Europarat als Gesetzgeber des Urheberrechts (UFITA Bd. 31, 1960, S. 64 ff.)

64) Vgl. DA 1960 S. 244