

## II. Nachdruck älterer Werke

### Die Lautsprecherfrage im Rundfunk-Urheberrecht<sup>\*</sup>

Von Dr. ALEXANDER ELSTER, Berlin

#### I. Der Stand der Frage

Das Reichsgericht hat gesprochen; man könnte (und müßte) also die Streitfrage als erledigt ansehen. Aber zwei gewichtige Gründe rechtfertigen die Ansicht, daß die Frage damit doch nicht erledigt ist: erstens die entgegengesetzte Regelung im deutschen Urheberrechts-Gesetzesentwurf (§ 48) und zweitens die ebenfalls entgegengesetzte Ansicht in fast allen außerdeutschen Ländern, die sich zu der Frage – in Gesetzen oder Gerichtsurteilen – geäußert haben.

Daß die Lautsprecherwiedergabe der Rundfunksendung schlechthin erlaubt, also keine Urheberrechtsverletzung sei und keinen Tantiemeanspruch der Träger des Urheberrechts der betreffenden Komposition bedinge, auch wenn die Wiedergabe gewerblich (in Gaststätten u.dgl.) erfolge, haben das Kammergericht<sup>1</sup>, das LG Leipzig<sup>2</sup> und namentlich das Reichsgericht<sup>3</sup> entschieden.

*Willy Hoffmann* hat in eingehenden Erörterungen – auf die wir noch mehrfach zurückkommen müssen – sich für das geltende Recht auf den gleichen Standpunkt gestellt, de lege ferenda aber (was mir als ein sehr wichtiger Gesichtspunkt bei der Beurteilung der ganzen Frage erscheint) den entgegengesetzten Standpunkt, nämlich die Tantiemespflicht, vertreten<sup>4</sup>.

Anderer Ansicht als die genannten Gerichte war das LG I Berlin<sup>5</sup> und sind zahlreiche ausländische Urteile. Es sei nur folgendes ge-

<sup>\*</sup> Archiv für Funkrecht VI (1933), 364–375.

<sup>1</sup> 19.X.1931 (27 U 5431, 31), abgedruckt im Arch. Funkr. 5, 163 ff.

<sup>2</sup> 16.XII.1931, ebd. 5, 178 ff.

<sup>3</sup> RGZ 136, 377 ff.

<sup>4</sup> Sonderheft 5 des Arch. Funkr. (1933) 15.

<sup>5</sup> 24.II.1931.

nannt: Die Deutsche Studiengesellschaft für Funkrecht teilt in ihrem Rundschreiben Nr. 30 mit, daß ein finnisches Gericht den Anspruch des Urhebers auf Tantiemen für begründet erachtet, dessen vom Rundfunk gesendetes Werk in einer Gastwirtschaft durch einen Lautsprecher wiedergegeben worden ist, und daß das Zivilgericht Rambouillet eine Urheberrechtsverletzung darin erblickt, daß ein Hotelbesitzer mittels eines in seinen Privaträumen aufgestellten Lautsprechers Rundfunksendungen geschützter Werke so laut wiedergegeben hatte, daß die Darbietungen von Anderen gehört werden konnten. Das Kreisgericht Ilfov in Rumänien hat entschieden<sup>6</sup>, daß die Vernehmlichmachung rundfunkmäßig wiedergegebener Werke durch den Lautsprecher an einem der Öffentlichkeit zugänglichen Orte in das Urheberrecht eingreift. Ein tschechoslowakischer Ministerialerlaß vom 18.II.1933<sup>7</sup> bestimmt: «Die Verbreitung (Reproduktion) von Sendungen tschechoslowakischer Rundfunkstationen zu Geschäftszwecken, ob auf direktem oder indirektem Wege, ist nur mit Erlaubnis der Rundfunkgesellschaft Radiojournal in Prag gestattet. Die Bestimmungen des Autorengesetzes sind durch diese Vorschrift nicht berührt, und es ist daher notwendig, zu einer solchen Verwendung eines Werkes, die im Sinne des Aut.-Ges. dem Autor vorbehalten ist, (z.B. zur öffentlichen Aufführung des gesendeten Musikwerkes mittels Lautsprechers oder mittels ähnlicher technischer Einrichtungen) die Erlaubnis des Autors bzw. der betreffenden Autorenvereinigung einzuholen.»

Man ersieht schon aus den angeführten Stimmen, daß es nicht lediglich die romanische Rechtsprechung ist, die hier anders als das KG und BG urteilt<sup>8</sup>. Und was die amerikanische Auffassung anlangt, so steht dort einigen Entscheidungen von Bundesgerichtshöfen<sup>9</sup>, die die

<sup>6</sup> Arch. Funkr. 6, 333 ff.

<sup>7</sup> Ebd. 6, 332.

<sup>8</sup> *Willy Hoffmann* scheint mir den Versuch einer solchen Gegenüberstellung romanisch-deutsch im Arch. Funkr. 6, 303 zu machen, wenigstens für eine Teilfrage. Auf die Würdigung deutscher Rechtsgedanken in diesem Zusammenhang komme ich noch zurück (siehe unten zu IV.).

<sup>9</sup> Vgl. *A. Scharfeld*, Die Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Rundfunkdarbietungen durch Lautsprecher in Hotels, Arch. Funkr. 4, 471 ff.

gewerbliche Lautsprecherwiedergabe freigegeben, die Entscheidung des Supreme Court of the United States vom 13. April 1931 entgegen<sup>10</sup>, die eine Urheberrechtsverletzung und eine Tantiemepflicht bejaht.

Es besteht also nichts weniger als eine Einheitlichkeit der Ansichten. Auch wäre es wohl nicht der richtige Maßstab, wenn man die Stimmen nach ihrem äußeren Gewicht – höchste Gerichte oder nicht, größere oder kleinere Länder oder dgl. – wägen wollte. Da die Juristen nach bestem Gewissen ihrer Argumente geurteilt haben, kommt es nur auf das Gewicht dieser Argumente an. Und da diese Dinge einer gesetzlichen Regelung in naher Zeit bedürfen, so wird eine erneute Prüfung der hauptsächlichen einander entgegenstehenden Argumente am Platze sein. Meine eigenen bisherigen Äußerungen dazu<sup>11</sup> will ich dabei ebenfalls nochmals kritisch prüfen, insbesondere an den vom Reichsgericht und von *Willy Hoffmann* ins Feld geführten Gründen.

## II. Die Einheit zwischen Sendung und Empfang

Trotz der Verschiedenheit der Auffassungen von *Willy Hoffmann* und *mir* bezüglich der Rundfunk-Urheberrechts-Theorie habe ich schon wiederholt betont, daß *Hoffmanns* Vortragstheorie geradlinig ist (wie ich dies auch von meiner Vervielfältigungstheorie behauptete, im Gegensatz zu der zwiespältigen Verbreitungstheorie). Es ist auch ganz folgerichtig, daß *Hoffmann*, wenn er die Rundfunksendung den urheberrechtlichen Regeln des Vortrags unterordnet, Sendung und Empfang als eine völlige Einheit ansieht, den Empfang durchaus dem Anhören des Vortrags gleichsetzt und jedes neue «Wiedergabe»moment an der Stelle des Empfangs ablehnt.

Soweit dies den normalen Empfang – und nur den Empfang, mag er auch quantitativ sehr groß und breit sein – betrifft, pflichte ich ihm selbstverständlich bei. Es müsse, führt er aus<sup>12</sup>, «klar sein, daß

<sup>10</sup> In deutscher Übersetzung abgedruckt in GRUR 1931, 1166 ff. mit Bemerkungen von mir.

<sup>11</sup> In JW 1931, 1866 ff. und in einem Gutachten, das dann in GRUR 1932, 838 ff. erschien.

<sup>12</sup> Arch. Funkr. 5, 147 ff. u. 6, 302 ff.

für den juristischen Begriff der rundfunkmäßigen Wiedergabe lediglich die Sendeseite in Betracht kommt», und es sei «für diesen Begriff absolut gleichgültig, was auf der Empfängerseite geschieht, ob die Wahrnehmbarmachung durch den Rundfunksender auch tatsächlich zu einer Wahrnehmung erfolgt». «Wie jegliche urheberrechtliche Befugnis, so bezieht sich auch die rundfunkmäßige Wiedergabe auf die aktive Tätigkeit des Wiedergebenden, nicht auf die passive des Aufnehmenden.»

Dies ist natürlich richtig insofern, als es gleichgültig für die urheberrechtliche Beurteilung eines Nachdruckes ist, ob er Leser findet, einer Aufführung, ob sie vor halbleerem Hause spielt, einer Rundfunksendung, ob der Hörer schwerhörig ist und daher eine leise Übertragung nicht hören kann; weiter auch insofern, als es gleichgültig ist, wieviel Hörer die Sendung empfangen. Darüber, daß die bloße Quantität der Hörer gar nichts ausmacht, sind die Ansichten von *Hoffmann* und mir völlig übereinstimmend.

Aber irgendwo endet doch auch der Rundfunkvorgang als Einheit. *Hoffmann* faßt dieses Ende technisch auf, ich möchte es nur juristisch-wirtschaftlich auffassen. Darin liegt unsere Meinungsverschiedenheit, über die hier noch zu sprechen ist. Sicherlich handelt es sich auch hier ganz wesentlich um einen zwischen Allgemein- und Einzelinteressen zu findenden Ausgleich, an dessen richtiger Auffindung *Hoffmann* und ich bereits gearbeitet haben<sup>13</sup>. In dieser Hinsicht befinden wir uns, wie *Hoffmann*<sup>14</sup> sagt, «in der dritten Periode (der Entwicklung des Urheberrechts), deren Aufgabe es ist, einen Ausgleich zwischen jenen beiden, einander entgegengesetzten Interessenkomplexen (den individualistischen und denen der Volksgemeinschaft) zu finden. Auf These und Antithese folgt nach Hegel die Synthese».

Hoffen wir, diese Synthese gemeinsam und zutreffend aufzudecken.

<sup>13</sup> Vgl. *meinen* Aufsatz: Der Schutz des Geisteswerkes als Ausgleich zwischen Urheber und Allgemeinheit, UFITA 4, 215 ff.

<sup>14</sup> Arch. Funkr. 6, 306

Irgendwo endet rechtlich der aus Sendung und Empfang als Einheit zusammengesetzte Rundfunkübertragungsvorgang, nämlich dort, wo aus dem erlaubten «Empfang» eine Weiterbenutzung wird, die als «neuer Wiedergabeakt» erscheint. Diese gibt *Hoffmann* zu für das echte rebroadcasting, eine neue Sendung, aber nicht für die Lautsprecherwiedergabe, weil diese keine «rundfunkmäßige» Wiedergabe ist, keine neue Erzeugung Hertzscher Wellen. Eben diese Auffassung aber ist zu eng. Weil sie rein technisch ist, ist sie juristisch zu eng.

Dabei ist es nicht die Benutzung eines Lautsprechers schlechthin, was den neuen Wiedergabeakt bedingt. Wer das annimmt, muß zu Mißverständnissen gelangen. Auch hierin kommt es nicht auf die technische Hörbarmachung durch Lautsprecher an – diese kann als private Benutzung durch den Rundfunkteilnehmer lediglich ein «Empfang» sein –, sondern auf die juristisch-wirtschaftliche Lage des Vorgangs. Ebenso wie ich beim Buch mit einer mir erteilten Abdruckserlaubnis, z.B. in einem Lesebuch, eine unberechtigte Benutzung – durch Wiedergabe an anderer Stelle oder Weitergabe der Erlaubnis – Mißbrauch treiben kann, so kann auch in der Art der Lautsprecherbenutzung eine Überschreitung des Sinnes und der natürlichen Begrenzung des «Empfangs» liegen. Das hat mit der theoretischen «Einheit» des Vorgangs von Sendung und Empfang gar nichts mehr zu tun: denn dann handelt es sich nicht mehr um den Empfang, sondern um eine widerrechtliche Benutzung des Empfangs. So sagt das oben erwähnte rumänische Urteil ganz treffend: «Die Erweiterung der Verwertung der Sendung in eine Aufführung vor einem großen, nicht durch persönliche Beziehungen zusammengehaltenen Publikum und in Erwerbsabsichten verwandelt den Empfang der Sendung in einen Vorgang, der eine neue Aufführung darstellt ... Unter diesen Umständen geschieht die Aufführung in der Öffentlichkeit losgelöst von ihren Beziehungen zu dem Rundfunksender. Diese Aufführung hat also eine eigene Existenz und verfolgt eigene Zwecke.»

Hier ist gut ausgedrückt, was ich mit dem Gedanken des neuen Aktes der Wiedergabe bezeichnet habe, den man ebenfalls nicht rein

technisch auffassen darf, sondern nur wirtschaftsrechtlich erfassen kann. Da in solchem Sinne auch der Hoffmannschen Auffassung von der Einheitlichkeit des Vorganges Sendung/Empfang eine Grenze gesetzt werden mußte, wo die Einheitlichkeit aufhört, so ergibt sich, wie ich schon einmal näher dargelegt habe<sup>15</sup>, für alle die verschiedenen Rundfunk-Urheberrechts-Theorien «als einziges feststehendes Ergebnis die Uneinheitlichkeit des Vorgangs», und ich muß hier Einiges aus den weiteren, an jener Stelle gegebenen Darlegungen sinngemäß wiederholen. Die erweiterte Öffentlichkeit und die neue Gewerbsmäßigkeit ergeben den neuen Akt der Wiedergabe, so daß damit infolge einer solchen (nur einer solchen) Lautsprecherbenutzung des Empfangs eine neue selbständige urheberrechtliche Befugnis sich abhebt, die nicht für den Empfänger der Sendung, sondern nur für den Urheberschutzberechtigten entstehen kann. Eine erweiterte Öffentlichkeit ist nicht schon durch Anschluß mehrerer Lautsprecher und dadurch bedingte quantitative Erweiterung des Hörerkreises gegeben, wohl aber durch die auf eigenem gewerbsmäßigen Willensakt des Empfängers beruhende Nutzbarmachung: denn während im ersten Fall der berechtigte Hörer im Umkreis seiner Empfangsberechtigung bleibt (also der Empfang immer noch lediglich die im Vertragssinne enthaltene Aufnahme der Leistung der Sendegesellschaft oder Rundfunkstelle bleibt), tritt im zweiten Fall der Empfänger nicht als Empfänger, sondern als Unternehmer auf, der die Sendung, gleichgültig ob durch Weitersendung oder durch Lautsprecheranschluß, in einem nicht von dem Vertrage gedeckten Eigennutz weiter verwertet. Diesen Unterschied haben die vielen Beurteiler, die sich für die Tantiempflicht ausgesprochen haben, gefühlt.

Aus diesem Unterscheidungsmoment ergibt sich – meines Erachtens mit zwingender Notwendigkeit –, daß der Vergleich mit der Türenöffnung im Konzertsaal oder der Lautsprecheraufstellung in einer großen Halle nicht den Kern der Sache trifft; denn nicht die tatsächliche Erweiterung des Hörerkreises aus der primären Quelle, sondern die rechtliche Erweiterung durch Überschreitung der nor-

<sup>15</sup> GRUR 1932, 843 ff.

malen Grenzen des Empfanges ist maßgebend, ähnlich wie ein solcher Gedanke auch der Entscheidung RGZ 128, 330 – Zeitungsverbreitung einer Rundfunknachricht – zu Grunde lag. Man wende nicht ein, daß da ein markanter technischer Vorgang (Drucklegung) den «neuen Akt» der Wiedergabe kennzeichne; denn auch hier kann nicht der technische, sondern allein der rechtliche Vorgang von Bedeutung sein<sup>16</sup>.

Offenbar ohne meine Ausführungen über den neuen Akt der Wiedergabe zu kennen, hat der amerikanische Supreme Court in dem Urteil vom 13. April 1931<sup>17</sup> diese Auffassung und die von mir vertretene Vervielfältigungstheorie beim Rundfunk bestätigt, indem er seine Überzeugung dahin ausgedrückt hat, that the reception of a radio broadcast and its translation into audible sound is not a mere audition of the original program; it is essentially a reproduction, und indem er weiter die Einschaltung der Instrumente der Wiedergabe als etwas Wesentliches für die Annahme einer Vervielfältigung bzw. eines neuen Aktes der Aufführung ansieht, um natürlich von da aus leicht zu der Bejahung der Tantiemepflicht einer gewerbsmäßigen Rundfunkempfangsbenutzung durch Lautsprecher zu gelangen. Auch betont das amerikanische Gericht mit Recht die soziologische Funktion des Vorganges, der die bisherige aktive Ausübung von Musik durch Musiker jetzt durch eine mechanische Nutzung des Rundfunkempfangs ersetzt. Der berechtigte Rundfunkhörer in seinem privaten Kreise hat für seine Rundfunkgebühren das Recht erhalten, die gesendeten Konzerte zu genießen; das ist die regelrechte soziologische Funktion des «Radios». Aber daß der Gasthausbesitzer für eben die gleichen 2 RM Monatsgebühr seine Musikkapelle spart und diese Ausnutzung ohne jede Gebühr für die Urheberrechtsträger bleiben soll, die sonst durch Notenverkauf oder Schallplattenabgaben oder GEMA-Honorare dafür entschädigt wer-

<sup>16</sup> Die Meinungsverschiedenheit über die juristische, nicht technische Bedeutung des «neuen Aktes» der Wiedergabe hängt wohl auch damit zusammen, daß der Begriff Wiedergabe mehr technisch als juristisch aufgefaßt wird. Soweit Wiedergabe urheberrechtlich bedeutsam wird, ist es ein, zwar mit technischen Vorgängen zusammenhängender, aber im wirtschaftlichen und rechtlichen Konnex stehender Begriff.

<sup>17</sup> Siehe o. Fn. 10.

den, das kann nicht als die richtige soziologische Funktion des Rechts aus solcher abwegigen Auslegung hervorgehen (vgl. darüber unten zu IV.).

Dieser Meinung ist ja auch *Hoffmann*; freilich nur *de lege ferenda*<sup>18</sup>, während diese aus Rechtsgefühl erzeugte Überzeugung ihm für das geltende Recht mit zu starken Hemmungen belastet erscheint. Aber gerade weil mir eine Übereinstimmung mit *Hoffmann* in diesen Fragen ganz besonders erstrebenswert erscheint, möchte ich doch betonen, daß der neue Zug der Rechtsauffassung den schönen Worten sozialen Empfindens, die *Hoffmann* dort äußert, eine so starke Resonanz zu geben geeignet ist, daß man die logischen Hemmungen auch für das geltende Recht sollte um so leichter beseitigen können, wenn zahlreiche andere Beurteiler logische Argumente gegen diese Hemmungen auch nach geltendem Recht dartun zu können meinen. Da sollte also eine etwas angegraute Theorie vor dem lebendigen sozialen Rechtsgefühl noch mehr verblassen und das Gewicht der – ebenfalls juristischen – Gründe der Befürworter um so heller strahlen lassen.

Das Gleiche ist zu dem RG-Urteil, das die Frage zunächst tatsächlich erledigte, zu sagen. Darauf ist nun noch einzugehen.

### III. Das Reichsgericht zu den streitigen Gesichtspunkten

Der grundlegende Gegensatz: soziologische Funktion gegen technischen Vorgang schillert auch durch das RG-Urteil; aber er wird dort nicht zum entscheidungswesentlichen Kernpunkt gemacht, sondern, obwohl er deutlich im Kernpunkt steht, ohne rechte Begründung abgelehnt.

Das Urteil identifiziert sich völlig mit dem des Kammergerichts, hält an der Verbreitungstheorie des Rundfunk-Urheberrechts fest und ebenso an der Einheit von Sendung und Empfang und sagt auch, daß er an dem Grundsatz festhalte, im Zweifel verbleibe eine neue Befugnis beim Urheber; aber es läßt meines Erachtens die überzeu-

<sup>18</sup> Arch. Funkr. 1933, Sonderheft 5, 15.



gende Begründung gerade dafür vermissen, weil es ebenfalls nur den technischen Vorgang sieht und nur ihn maßgebend sein läßt.

Markant sind diese Sätze des RG-Urteils: «Der Beklagte beachtet, indem er den Lautsprecher als den Ersatz lebender Kapellen hinstellt, nicht den Tatbestand der ganzen Entwicklung, welche dabei stattgefunden hat. An die Stelle der Kapellen lebender Menschen ist in dem Verkehrsbereich, um den es sich hier handelt, nicht der Lautsprecher für sich allein, sondern der Lautsprecher als Empfangsgerät des Rundfunks, also in engster Verbindung mit diesem, getreten. Als Rundfunkteilnehmer aber entrichtet der Lautsprecherbesitzer seine Abgabe. Und die Rundfunkgesellschaft entrichtet ihre Vergütung an den Schutzverband... Soweit darin bei gewerblicher Lautsprecherbenutzung kein wirtschaftlich entsprechender Ersatz liegt, muß den Beteiligten überlassen werden, vertraglich einen angemessenen Ausgleich vorzunehmen.»

Das erinnert fast an die Mark = Mark-Rechtsprechung. Gleichgültig, ob die Entwicklung über die Verträge hinweggegangen ist und der Ausgleich gar nicht mehr nachgeholt werden kann – 2 RM bleibt 2 RM (Rundfunkgebühr), ob der einzelne Empfänger sie für sich allein hört oder der Gewerbetreibende damit sein Geschäft macht.

Auch das RG bleibt also im Technischen stecken; denn es ist ja nicht richtig, daß der Lautsprecher lediglich «als Empfangsgerät des Rundfunks» benutzt wird. Der einzelne Hörer soll grundsätzlich nur Konsument sein, der Gastwirt aber macht sich zugleich zum Produzenten der Musik in seinem Betriebe, er ist Konsument und Produzent zugleich; die 2 RM Rundfunkgebühr haben bei ihm eine völlig andere soziale Funktion erhalten. Auch das RG hat dies damit abgetan, daß es den Lautsprecher lediglich als «Instrument» mechanischer Wiedergabe, als unentbehrlichen «Apparat zur Hörbarmachung», als keine «neue technische Verwertungstat» ansieht. Das ist natürlich an sich richtig, wenn man nur den technischen Vorgang als Problem, den rechtlichen aber als unproblematisch ansieht. Indessen genügt das nicht für die Frage der rechtmäßigen oder nicht rechtmäßigen Verwendung des Hörbarmachungsapparates. Man denke doch an folgende ähnliche Vorgänge: ein Werk, das gemeinfrei

wird, wird vor dem Termin des Schutzdauerablaufs in der Druckerei gesetzt, aber erst nach diesem Termin gedruckt und verbreitet (Fall RGZ 107, 277); das Drucken ist gegenüber dem Typensatz auch nur eine Art «Instrument mechanischer Wiedergabe, keine neue technische Verwertungsart», Apparat zur Sichtbar- und Lesbarmachung, und der Typensatz ohne den Druck gliche der Sendung ohne Empfangsmöglichkeit – und dennoch kann es, wie auch jene RG-Entscheidung zeigt, juristische Momente geben, die trotz erlaubten ersten Aktes einen unerlaubten zweiten Akt der Wiedergabe bedeuten. Oder: eine Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch ist unter Umständen erlaubt, aber die Überschreitung dieses Eigengebrauchs nicht, obwohl keine neue technische Verwertungstat geschieht, sondern nur die nach der Verkehrsauffassung rechtlich selbstverständlichen Benutzungsgrenzen überschritten werden. Und liegt nicht in den «Verleihungsbedingungen» wie überhaupt in der regelmäßigen Funktion des Rundfunkempfangs der Sinn, daß es sich nur um konsumhaften Empfang, nicht um produktionsartige Weiterbenutzung handeln soll? Oder: Wenn ich etwas zur Leihe erhalten habe, darf ich es nicht verkaufen; wenn ich ein Buch in einer Mietbücherei gemietet habe, darf ich es nicht gegen Entgelt weitervermieten: das alles liegt in dem Sinn des Vertrages; so bin ich, wenn ich als Rundfunkhörer 2 RM Gebühren zahle, eben nur berechtigter Hörer – wenn auch im Rahmen meines Hausstandes –, aber doch nicht Händler mit dem Gehörten. So, wie der Schwarzhörer das Hörrecht nicht erworben hat, hat der Rundfunkteilnehmer nur das Hörrecht erworben, nicht das gewerbliche Benutzungsrecht.

Ich halte das für so klare allgemeine Rechtstatsachen, daß mir demgegenüber die Konstruktion aus dem rein technischen Vorgang eben völlig unzureichend erscheinen will. Man kommt (meiner Überzeugung nach) dem Kern des hier zwischen den beiden Auffassungen liegenden Unterschiedes nicht näher mit den Begriffen «öffentlich» und «noch öffentlicher», wie es das KG und das RG versuchen; denn auch dies ist ein materielles, tatsächliches, technisches Merkmal und kein juristisches. Der Sinn des Hörerrechts verbietet meines Erachtens den gewerbsmäßigen Mißbrauch des Gehörten,

obschon man auch einer ersten rechtlich zulässigen Öffentlichkeit eine zweite, anders geartete, sehr wohl entgegensetzen kann, ohne diese mit dem Wort «noch öffentlicher» abtun zu können, und ich komme daher zu dem genau entgegengesetzten Ergebnis als in dem RG-Urteil S. 388: Das rechtlich Maßgebende ist hier nicht die «Verbreiterung» des Hörerkreises, sondern «die neue selbständige Verbreitung» des Gehörten.

Es scheint mir auch der überzeugenden Argumente zu ermangeln, wenn das RG-Urteil abschließend sagt (S. 388/89): «Die entgegengesetzten wirtschaftlichen und wettbewerblichen Erwägungen vermögen den Mangel eines gesetzlichen Tatbestandes nicht auszugleichen, der eine neue und, im Verhältnis zur Rundfunksendung im ganzen, selbständige Verbreitungshandlung enthielte. Dadurch, daß der Lautsprecherbesitzer <gewerbsmäßig>, mit dem Zweck eigenen Erwerbes, tätig wird, erfüllt sich ein solcher Tatbestand nicht.» (Warum nicht?) «Das Verhalten des Rundfunkteilnehmers wird durch dieses Merkmal der Gewerbsmäßigkeit nicht aus dem untrennbaren Zusammenhang mit der Verbreitungshandlung der Sendegesellschaft gelöst.» Mir fehlt zu diesem Behauptungssatz die überzeugende Begründung, die dort nicht versucht wird; gewiß fehlt ein ausdrückliches Wort darüber im Gesetz. Aber der wissenschaftlich herausgeschälte Sinn des Urheberrechts spricht laut genug. Natürlich wird der Rundfunkteilnehmer dadurch nicht «aus dem Zusammenhang mit der Verbreitungshandlung der Sendegesellschaft gelöst», aber er tut aus diesem Zusammenhang heraus etwas, was über die regelrechte Verbreitungshandlung der Sendegesellschaft, nämlich über die primäre Verbreitungshandlung durch einen neuen eigenen Willensakt von rechtlicher Bedeutung hinausgeht. «Das Empfangen der funkmäßigen Wiedergabe ist allerdings keine erneute Wiedergabe des Werks, aber das Aufstellen des Empfangsgeräts und seine Bedienung vor einem größeren Hörerkreis ermöglicht diesem erst das Hören, ist also auch eine Verbreitungshandlung», sagt das LG-Urteil vom 30. Januar 1931 und trifft damit schlicht und ungekünstelt den wesentlichen Unterschied.

#### IV. Die umstrittenen Gesichtspunkte im Lichte neuer sozialrechtlicher Auffassung

Es war schon oben von der soziologischen Funktion die Rede. In juristischen Streitfragen, die mit logischen Argumenten nicht zu beantworten sind, müssen heute je länger je mehr die rechtsethischen und die sozialwirtschaftlichen herangezogen werden, die den deutschen Gerechtigkeitsinn darstellen.

Wenn der Gasthausbesitzer statt der Kapelle (auch wenn diese nur aus wenigen Musikern bestand) den Lautsprecher des Rundfunks für die musikalische Unterhaltung seiner Gäste benutzt, ohne daß er Tantieme zu zahlen hat, ist er in der Lage, mehrere Personen-gruppen des deutschen Volkes zu schädigen: die Musiker, die brotlos werden; die Musikalienverleger, die keine Noten mehr absetzen; dadurch zugleich den Komponisten, dem die Aufführungs- und Notentantiemen entgehen (denn die Honorierung durch die Rundfunkgesellschaft selbst kann gar nicht eine der großen Verbreitung entsprechende Höhe erreichen, ohne zugleich die Allgemeinheit durch notwendige Verteuerung der Rundfunkgebühren zu schädigen, während der deutsche Rundfunk an seinen zentralen Stellen erheblich an Honorar wird sparen können, wenn dem Komponisten Tantiemen durch die Gasthaus-Lautsprechermusik zufließen); endlich kann auch der Kaffeehausbesucher abgehalten werden, selbst Rundfunkteilnehmer zu werden, wenn er das Hören im Lokal allzu bequem und billig genießt, auch ein Gesichtspunkt, der es nicht rechtfertigt, den Lautsprecher in solchem Fall besonders entgegenkommend zu behandeln.

Wenn der Ausgleichsgedanke ein echt deutscher Rechtsgedanke ist<sup>19</sup>, der mit dem Ausgleich zwischen den Interessen des Individuums und der Allgemeinheit zugleich einen Ausgleich von Rechten und Pflichten als Rechtsgrundsatz betont, so darf auch für unsre Frage darauf hingewiesen werden, daß der Rundfunk als eine gemeinnützige Einrichtung nicht dazu da ist, den einen Rundfunkhörer, nur weil er einen Gastwirts- oder ähnlichen Betrieb hat, zu be-

<sup>19</sup> Ich darf dafür auf *meinen* Aufsatz: Deutsche Rechtsgedanken im Urheberrecht, UFITA 6, 189 ff., verweisen.

reichern auf Kosten der oben aufgezählten anderen Stände. Denn er leistet ja nichts dabei; er hat die Musik, mit der er Gäste in seinen Betrieb zieht, weder komponiert noch gespielt: er bedient sich nur eines Apparates und bezahlt sie nicht entsprechend (er «massauert»). Ausgleich aber bedeutet hier Umsatznutzen. «Wer sät, der mäh», ist ein altes deutsches Rechts-Sprichwort, «es ist auch der Frucht würdig, der die Arbeit tut», diese deutschrechtliche Auffassung bestätigt die Lehre vom Umsatznutzen im Urheberrecht im Sinne einer «ideellen Gewere», die sich als Recht am Immaterialgut deuten läßt, um es bis in seine entfernteren Verwertungsstadien zu verfolgen und die Verbindung des Geistesguts mit dem, der es geschaffen hat, aufrechtzuerhalten. Gewinn ohne Schaffen paßt nicht in die Auffassung, daß Gemeinnutz vor Eigennutz gehe; nur wer etwas erarbeitet, soll die Früchte ernten, dann aber auch nach Möglichkeit alle Früchte, die sich als aus seinem Schaffen unmittelbar folgend feststellen lassen. Diese Auffassungen sprechen also ebenfalls für die Tantienpflicht bei gewerbsmäßiger Lautsprecherwiedergabe und gegen die beliebige gewerbliche Benutzungsfreiheit zur mühelosen Bereicherung. Denn der Grundsatz des Umsatznutzens geht durch das Recht aller Urheberrechtsübertragungen (z.B. im Verlagsrecht, im Aufführungsrecht besonders deutlich); ihn auf den Rundfunk anzuwenden, liegt durchaus im Sinne des Gesetzes.

Und noch etwas darf – von dem Ausgleichsgedanken aus – erwähnt werden. Der Wirt, der Musiker beschäftigt, läuft Gefahr, mitverantwortlich gemacht zu werden für die Urheberrechtsverletzungen, die seine Musiker begehen; beim Rundfunk, den er durch Lautsprecher benutzt, ist er auch dieser Sorge völlig enthoben.

«Die logisch klaren Ausstrahlungen der Begriffe brechen sich im deutschen Recht häufig an ethischen Forderungen und Billigkeits-erwägungen», sagt *Walter Merk*<sup>20</sup>. Es ist also deutschrechtlich gedacht, solche ethischen und sozialrechtlichen Erwägungen heranzuziehen – und dabei sind, wie wir oben zu III. sahen, die «logischen Ausstrahlungen» der Gegenmeinung gar nicht so «klar», daß sie

<sup>20</sup> Vom Werden und Wesen des deutschen Rechtes. Langensalza 1926.

besonders überzeugend wären, sondern ließen sich mehr als Behauptungen denn als Beweise an.

Auch dem deutschrechtlichen Wahrheitsgedanken entspricht es nicht, wenn der Rundfunkhörer sich vermittelt des Lautsprechers gewissermaßen als Musikveranstalter benimmt, und mit Recht klingt dieser Gedanke in dem Gutachten der deutschen Studiengesellschaft für Funkrecht<sup>21</sup> an, wo gesagt wird: «Es liegt nicht nur außerhalb des Tätigkeitsbereichs der Sendegesellschaften, sondern läuft ihrem Ziele dem Wesen ihrer Tätigkeit diametral zuwider, wenn irgendein Rundfunkteilnehmer das Produkt ihrer Tätigkeit, die Sendung, gewerblich verwertet, also ihre Darbietungen nicht zur inneren geistigen Bereicherung verwendet, sondern diese Darbietungen selbst ausbeutet, als wäre es seine eigene Leistung» (!). Dies ist ja der Gedanke, den ich schon oben betont habe: der Rundfunkhörer ist Konsument, und als solcher soll er sich nicht zum Produzenten aufputzen. Wie oft muß der Gaststättenbesucher sich erst über die Herkunft der Musik vergewissern (ob sie von Schallplatten oder vom Rundfunk kommt). Fordert man aber mit *Willy Hoffmann* de lege ferenda das, was ich hier nach allen Seiten glaube als rechtlich zutreffend dargetan zu haben, so kann man dies mit Fug auch für das geltende Recht fordern und behaupten, wenn, wie wir sahen, die Konstruktion der Gegenmeinung zum mindesten anfechtbar ist – sowohl was die zu weite Ausdeutung der (an sich vorhandenen) Zusammengehörigkeit von Sendung und Empfang wie auch was die lediglich technische Ausdeutung des Lautsprecheranschlusses statt ihrer juristischen anlangt.

Die Wucht des Reichsgerichtsurteils wie die Bedeutung der Darlegungen *Hoffmanns* dürfen nicht einer Regelung im Wege stehen, wie sie der deutsche Urheberrechtsentwurf zur Zeit in § 48 sinngemäß enthält. Der Kern dieser Regelung entspricht der Rechtslogik und der Rechtsethik, und sie ist in ihrer grundsätzlichen Wichtigkeit nicht auf die Gaststätten-Lautsprecherfrage beschränkt, weil sie einen höheren Rechtssatz in sich schließt.

<sup>21</sup> Vgl. *Willy Hoffmann*, Arch. Funkr. 3, 358.