

# Über die Regelung der Rechte der ausübenden Künstler bei der Rundfunkübertragung und mechanischen Wiedergabe\*

Von Dr. ALEXANDER ELSTER, Berlin

## I. Einleitung

### 1. Aufgabe

Die große praktische Ausbreitung des Rundfunks hat die Notwendigkeit der rechtlichen Klärung beschleunigt; die Grenzlosigkeit dieser Ausbreitung hat die Klärung sogar zu einer internationalen Notwendigkeit gemacht. Aber nicht nur der Rundfunk, auch andere neue Techniken der mechanischen Vervielfältigung von literarischen und künstlerischen Werken und Leistungen verstärken die Dringlichkeit dieser Rechtsfragen. Es handelt sich auch für den ausübenden Künstler dabei um wirtschaftliche Werte, die im sozialen Interesse schutzberechtigt erscheinen, auch wenn die theoretische Klassifizierung noch umstritten ist. Die Rechtssicherheit verlangt eine alsbaldige Regelung; aber die Rechtsethik wünscht, daß die Regelung denkbar gut sei und sowohl dem Wesen der in Rede stehenden Rechtsgrundsätze wie den berechtigten Interessen der Beteiligten entspreche.

Es verdient daher freudige Zustimmung, wenn das Internationale Arbeitsamt in Genf als Unterorgan des Völkerbundes sich um die Klärung und Regelung der Schutzrechte der ausübenden Künstler bei der Rundfunkübertragung und mechanischen Wiedergabe bemüht und in einer Ausschlußberatung im Spätsommer 1932 folgende vorläufige Sätze ausgesprochen hat:

1. «Jede Nutzbarmachung der Arbeit eines anderen gibt diesem letzteren ein Recht auf gerechte Entlohnung.
2. Höhe und Art dieser Entlohnung ist durch die daran beteiligten Personen oder durch ihre Organisation einstimmig festzusetzen.

\* Archiv für Funkrecht VI (1933), S. 77–92.

3. Falls keine Übereinstimmung erzielt wurde, wird die Entlohnung durch einen oder mehrere Schlichtungsausschüsse bestimmt, welche durch die Regierung einzusetzen sind.

4. Die ausübenden Künstler, die einen persönlichen Ruf genießen, dürfen die Möglichkeit haben, gegen fehlerhafte Wiedergaben, die ihren Ruf schädigen könnten, Einspruch zu erheben.»

Diese Thesen sind zum Teil Forderungen allgemeiner Art, zum Teil aber sind sie auch schon Andeutungen der rechtswissenschaftlichen Begründung dieser Forderungen, so zu 1 und 4, zu 1 ist ein Leistungsschutzrecht im Sinne des Grundsatzes eines «Umsatznutzens» ausgesprochen, zu 4 ein Persönlichkeitsrecht. Beides ist unbedingt gutzuheißen (vgl. u. zu II). These 1 greift in den Umkreis wettbewerbrechtlicher Betrachtung ein; mit Recht ist hier offengelassen, um was für eine Art Recht, also ob es sich um eine absolute, ausschließliche Befugnis handelt (über These 2 und 3 s. u. zu III, 5).

Deshalb werden ja auch von der Stelle, die diese berechtigten Thesen aufgestellt hat, weitere Fragen gestellt, deren Beantwortung nunmehr (unten in Abschnitt II ff.) zu geschehen hat. Diese Fragen lauten:

Soll es sich um nationale oder internationale Regelung handeln? (vgl. u. zu III, 7).

Soll sich die Regelung auf alle Arten von Radioübertragung und mechanischer Wiedergabe zusammenfassend erstrecken oder wäre eine getrennte Behandlung angebracht? (s. u. zu III, 2).

Soll sich die Regelung gleichzeitig auf die akustischen und optischen Bestandteile einer Aufführung oder einer Darstellung erstrecken, oder wäre es angebracht, diese beiden getrennt zu behandeln? (vgl. u. zu III, 2 und 3).

Sind Ausnahmen von den allgemeinen Grundsätzen vorzusehen? (vgl. u. zu III, 6).

Welche Person hat das Recht, den ausübenden Künstler zu schützen (vgl. u. zu III, 4).

Soll es sich um ein ausschließliches Recht oder nur um ein Recht auf Entschädigung handeln (vgl. u. zu II und III, 1).

Sollen verbindliche Schlichtungsregeln vorgesehen werden? (vgl. u. zu III, 5).

Es ist dies in der Tat der ganze Komplex der hierher gehörigen Fragen, da zwischen den Teilen dieser Fragestellungen die dogmatischen Überlegungen liegen, die einzig und allein tauglich sind, zu einer festen und guten Regelung zu führen.

## 2. Gegenwärtiger Stand

Bezüglich der Darlegung des gegenwärtigen Standes der Fragen genügt es, auf deutsche wissenschaftliche Erörterungen Bezug zu nehmen.

In zahlreichen Aufsätzen sind, da die Ansichten zum Teil gegensätzlicher Art waren, alle Gesichtspunkte für eine Beurteilung dargetan worden<sup>1</sup>, und im deutschen Regierungsentwurf ist eine ausführliche Regelung kodifikatorisch umschrieben. Die herrschende Meinung geht dahin, daß es sich nicht um ein Urheberrecht handeln soll, sondern um ein urheberrechtsähnliches Leistungsschutzrecht. Über dessen Wesen und Konstruktion wird unten zu II gesprochen.

Der deutsche Regierungsentwurf vom Jahre 1932 hat im 6. Abschnitt, der eine Reihe nicht unbedingt urheberrechtlicher Schutzrechte umfaßt, den Schutz des ausübenden Künstlers in §§ 57–59 gestaltet.

## II. Wesen des Rechts des ausübenden Künstlers

### 1. Urheberrecht oder Leistungsschutzrecht?<sup>2</sup>

Über eines sind sich alle – die Befürworter und die Verneiner eines «Urheberrechts» des reproduzierenden, oder, wie die Befürworter gern sagen: des «nachschaffenden Künstlers» – einig: daß ein Schutz gegen mechanische Wiedergabe aller Art erwünscht ist, ein Schutz, der über den in seiner Systematik verfehlten § 2 II des geltenden deutschen LUG hinausgeht, also auch Rundfunk- und andere Wiedergabe betrifft. Fraglich blieb dabei, wie weit der Schutz auch gegen persönliche Nachahmung der Leistung gegeben sein soll. Eine

<sup>1</sup> *Elster* GRUR 1927 42 ff.; 1932, 427 u. UFITA 3, 574. – *Dienstag/Elster*, Handbuch des deutschen Theater- usw. Urheber-Rechts 1932, 85 ff. – *Smoschewer*, GRUR 1927, 50 ff. – Gutachten für den Urheberrechtsausschuß von *Marwitz* u. *Cahn-Speyer*. GRUR 1926, 573 ff. u. Sonderheft 1927, 3 u. 7. – *Marwitz*, UFITA 3, 299 ff. – *Hoffmann*, GRUR 1927, 69 ff.; 1932, 44 ff. – *Cahn-Speyer*, UFITA 4, 368 ff. u. Allg. Musik-Zt, 1926, Nr. 5.

<sup>2</sup> Die Ausführungen dieses Abschnittes sind zum Teil meinen in UFITA und GRUR erschienenen Arbeiten über dieses Thema entnommen.

weitgehende Übereinstimmung darf auch darüber festgestellt werden, daß dieses Schutzrecht kein «Urheberrecht» im vollen Sinne des Gesetzes sein soll<sup>3</sup>. Die aus der Zumessung des vollen Urheberrechts folgenden Konsequenzen des Schutzes gegen «Plagiat» verlangen selbst die Befürworter des «Urheberrechts der nachschaffenden Künstler» nicht. Aber die Befürworter des «Urheberrechts der «nachschaffenden» Künstler betonten doch, daß sie an dem Werk des Dichters oder Komponisten mitschaffen, da dieses vor ihrer Reproduktion gar nicht oder nur als «Torso» vorhanden gewesen sei. Diesen grundlegenden Irrtum gilt es endgültig zu beseitigen, ebenso wie den, daß in der Reproduktion jeweils und grundsätzlich eine «Bearbeitung» liege.

Diese doppelte Klärung ist nötig, nicht etwa um das Recht des reproduzierenden Künstlers zu verkleinern, sondern lediglich – aber wesentlich genug –, um nicht von diesem neuen Problem aus die methodische Klarheit des Begriffs des «Urheberrechts» und des Begriffs der «Bearbeitung» über den Haufen rennen zu lassen. Ich halte nun das richtig verstandene Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers schon nach geltendem deutschen Recht für gegeben. Gewiß sollte und dürfte es durch eine etwaige Neukodifizierung klarer und deutlicher ausgesprochen werden.

Dieses Leistungsschutzrecht muß nur klar erkannt werden als eine angrenzende Schutzform, die als besondere Gattung neben dem gewöhnlichen Urheberrecht und neben dem durch Bearbeitung gewonnenen Teil-Urheberrecht existiert. Wenn wir das erkennen, brauchen wir nicht mehr die verfehlte Verlegenheitskonstruktion, daß der Nachschaffende ja das Werk «mitschaffe», und brauchen auch nicht mehr die Fiktion, daß er Bearbeiter sei. Denn beides – daß es ein «Urheberrecht» sei und daß eine Bearbeitung vorliege – nimmt dem Werkschöpfer etwas, und dieses Wegnehmen gilt es zu vermeiden, weil ja der Reproduzierende doch von dem Werkschöpfer abhängig ist und bleibt (trotz aller etwaiger Kongenialität). Aus

<sup>3</sup> Ich verweise dieserhalb auch auf die Äußerungen bei der Romkonferenz 1928 zur Revision der Berner Übereinkunft. Freilich stehen hier manche Wünsche von interessierter Seite entgegen.

dem vollen Urheberrecht, das man dem ausübenden Künstler an seiner Werkwiedergabe oder Verkörperung gäbe, würden unheilvolle Zweifelsfragen über die Abgrenzung gegenüber dem wirklichen Urheberrecht des Werkschöpfers hervorgehen, Schiefheiten von Mit-Urheberrecht, Komplikationen aller Art, die verhindert werden müssen.

Und was die Konstruktion als «Bearbeitung» anlangt, so wird dabei außer acht gelassen, daß es sich bei einer Bearbeitung immer und grundsätzlich um eine abändernde Gestaltung des Werkes handelt und daß eine dem Original parallele Schöpfungsart vorliegen muß, daß eine Bearbeitung also immer dann nicht vorliegt, wenn nur das Ausdrucksmittel und nicht die wesentliche Formgebung des Werkes berührt wird. Eine Bearbeitung muß – wollen wir den juristischen Begriff nicht völlig verwässern und durch sprachliche Unzulänglichkeiten ersetzen – das Eigenschöpferische auf derselben Ebene wie das Originalwerk bieten, also beim Schriftwerk durch Schriftwerkschaffen, beim Musikstück durch musikalisch-komponierendes Schaffen usw.; bloße künstlerische Betätigung daran, und mag sie noch so bedeutend und eigenartig sein, ist keine Bearbeitung, wenn sie nur der vollendeten Wiedergabe des Werkes dient, also auf einer anderen Schaffensebene liegt als das werkschöpferische Gestalten.

Nur die künstlerische Leistung verdient und genießt den Leistungsschutz, und es gilt, dieses Leistungsschutzrecht näher zu umschreiben. Daß es infolge der Abgrenzung von dem vollen «Urheberrecht» nicht als Herabsetzung der Schätzung des ausübenden Künstlers angesehen werden darf, hat schon *Marwitz* (a.a.O. S. 302) mit Recht gesagt, und das möchte ich ebenfalls betonen. Der reproduzierende Künstler schafft künstlerisch am Ausdrucksmittel. Vielleicht schafft er hie und da überhaupt erst das wirkliche und echte Ausdrucksmittel, das dem Werkschöpfer nur vorschwebte. Aber der reproduzierende Künstler, der keine unerlaubten Eigenmächtigkeiten begeht, sondern sich im Rahmen seiner hohen Aufgabe hält, gibt nur, was in ovo schon vorhanden ist: das natürliche Ausdrucksmittel in vollendeter Form (von gewillkürten Ausdrucksmitteln sehe ich

hier zunächst ab). Und selbst wenn dieser vollendete Ausdruck erst durch Intuition, Fleiß und Einfühlen erkannt wird und den Dichter oder Komponisten selbst hie und da überraschen mag – es war dennoch in dem Werke enthalten, sonst könnte es ja nicht herausgeholt werden, und ist eine folgerichtige Entwicklung des im Werke Enthaltenen. Es mag zuweilen an die Grenze einer «Zutat» gelangen; aber es als Zutat juristisch behandeln, hieße dem reproduzierenden Künstler Werkuntreue und unerlaubte Bearbeitung zuschreiben, die er sich gar nicht zu Schulden kommen lassen will. Will er dies freilich, will er ändern oder bearbeiten oder ein gewillkürtes Ausdrucksmittel<sup>4</sup> wählen, dann treten andere Fragen auf, die sich mehr dem echten Urheberrecht nähern, die aber nicht die Regelfälle treffen.

## 2. Persönlichkeits- und wettbewerbsrechtliche Momente

Für dieses Leistungsschutzrecht sind wesentliche Stützpunkte aus dem Persönlichkeits- und Wettbewerbsrecht gegeben, die ja beide zugleich auch wesentliche Bestandteile des Urheberrechts sind.

Wegen dieser Analyse des gesetzlichen Urheberrechts aus dem persönlichkeitsrechtlichen Kern des gewerblichen Rechtsschutzes, der wettbewerbsrechtlichen Aufgabe und der vermögensrechtlichen Gestalt dieser Rechtsgebilde muß ich auf meine eingehenden dogmatischen Darlegungen an anderer Stelle verweisen<sup>5</sup> und darf auch auf *Smoschewers* große Abhandlung über das Urheberpersönlichkeitsrecht<sup>6</sup> hinweisen. Es ergibt sich dort, wie wesentlich der persönlichkeitsrechtliche und der wettbewerbsrechtliche Anteil an dem Aufbau der verschiedenen Arten der Immaterialgüterrechte ist, von denen ja das Urheberrecht nur eine Anwendungsform in besonderer

<sup>4</sup> Über diese Unterschiede der Ausdrucksmittel darf ich auf meine in UFITA 2, 595 und 3, 371 erschienenen Aufsätze über «Formgebung und Ausdrucksmittel» verweisen.

<sup>5</sup> *Elster*, Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, Berlin 1928, S. 20–59.

<sup>6</sup> UFITA 3, 119, 229, 349. Auch in der amtlichen Begründung des deutschen Urheberrechts-Gesetzentwurfs wird (z.B. S. 108) der persönlichkeitsrechtliche Bestandteil des Leistungsschutzrechts des ausübenden Künstlers hervorgehoben.

gesetzlicher Kodifizierung ist. Auch der, der Spezifisches leistet, was andere nicht leisten können, hat nach Analogie des Urheberrechts einen Schutzanspruch gegen Eingriffe, die persönlichkeitsrechtlich ihm zu nahe treten und wettbewerbsrechtlich gegen die guten Sitten verstoßen. Die Frage ist nur, wieweit ein solches Recht einwandfrei festgestellt werden kann und auf gesetzlichen Bestimmungen – unmittelbar oder mittelbar – beruht!

Das ist für die wettbewerbliche Komponente verhältnismäßig leicht. Da kommt nach deutschem Recht § 1 UWG (sittenwidrige Wettbewerbshandlung) in erster Linie, dann aber unter Umständen auch § 3 (unrichtige Ankündigung) und § 16 (Namensmißbrauch) in Betracht. Es darf also niemand, der etwa gelernt hat, Moissis oder Pallenbergs Art zu kopieren, ankündigen, er spiele wie Moissi oder Pallenberg, oder gar, er sei Moissi oder Pallenberg. Und ein Dirigent darf sich nicht Toscanini II nennen. Es darf auch niemand nach einem Rollenbuch oder einer Partitur, die er sich auf unrechtlche Weise angeeignet hat, das Stück spielen, weil darin eine sittenwidrige Wettbewerbshandlung liegen würde.

Aber das sind immerhin, wie man sieht, nur magere Hilfen im Regelfalle, da hierfür besondere Umstände wettbewerblicher Unlauterkeit vorliegen müßten. Ein klares und generelles Untersagungs- und Monopolrecht ist dem reproduzierenden Künstler auf diesem Wege nicht gegeben, ganz abgesehen davon, daß man ihm ein unbedingtes Monopol auch gewiß niemals geben will.

Auch das Persönlichkeitsrecht leistet dies nicht. Einmal deshalb nicht, weil nach der Judikatur des Reichsgerichtes ein allgemeines Persönlichkeitsrecht überhaupt nicht anerkannt wird, sondern auch hier spezielle Tatbestände vorliegen müssen, und zweitens deshalb, weil diese speziellen Tatbestände nicht schon dann gegeben sind, wenn die Leistung eines berühmten Künstlers nachzumachen versucht wird. Man sagt ja, dies könne überhaupt nicht gelingen und darin liege schon ein großer Schutz. Aber selbst wenn einer nachmacht, wie der Größere «räuspert oder spuckt», oder wenn er ehrlich von ihm gelernt hat und ihm nacheifert, so liegt das an sich in der Ebene des Erlaubten; denn die Kultur lebt davon, daß der eine dem

anderen nacheifert, und das Recht hat keinen Anlaß, solchem Streben unbedingt einen Riegel vorzuschieben.

Wohl aber steht das Persönlichkeitsrecht im Wege, wenn ein solcher Nacheiferer in der Maske des Vorbildes spielt, wenn er der persönlichen Sphäre in täuschender oder karikierender Absicht zu nahe kommt, wenn er Stimme und Erscheinung so nachmacht, daß Verwechslungen vorkommen können, oder wenn er die Wiedergabe schlecht macht (mißhandelt). Hier tritt – namentlich bei prominenten Künstlern – zweifellos ein persönlichkeitsrechtlicher Anspruch auf gegenüber solcher Verletzung.

Aber auch dies alles trifft noch nicht das eigentlich Vermögensrechtliche, was durch ein gesetzliches Urheberrecht geschützt wäre: das Recht, die schauspielerische oder musikalische Leistung gegen Wiedergabe z.B. im Rundfunk, Bildfunk, Filmung, Schallplatte geschützt zu erhalten. Diese durch die neuere Entwicklung der Technik gerade aktuell gewordenen Wiedergabearten haben die Frage ja erst so laut werden lassen und die Bewegung in der Richtung auf ein «Urheberrecht» des ausübenden Künstlers lebendig gemacht.

Es handelt sich also um die Klärung des positiven Rechtscharakters dieses Künstler-Leistungsschutzes: dies wäre also noch zu versuchen.

### 3. Gewerblicher Schutzcharakter des Leistungsschutzrechts

Anlaß zu der meines Erachtens richtigen Theorie gibt insbesondere *Willy Hoffmanns* Darlegung in GRUR 1932, 44 ff, in welcher er sagt, es handle sich seiner Natur nach um einen «gewerblichen» Rechtsschutz. Hoffmann will zwar an jener Stelle auf Rechtsnatur und Umfang dieses Rechtes nicht näher eingehen, aber aus einer weiteren Bemerkung (S. 47) geht doch schon hervor, worauf er im wesentlichen seine Meinung stützt, nämlich darauf, daß die Schallplatte ein selbständiges, vom wiedergegebenen Werk getrenntes Schutzobjekt ist, das als mechanisches Ding zu bewerten ist.

Dies ist meines Erachtens ein fördersamer und sehr beachtlicher Gedanke: Gegenstand dieses Leistungsschutzrechtes des ausübenden



Künstlers wäre danach die objektivierte, mechanisierte Leistung, die sich in der Schallplatte verkörpert. Dieses Objekt ist als solches trennbar vom Geistes- oder Tonkunstwerk, stellt sich deutlich als Leistung des Künstlers gegenüber dem Werk des Schaffenden dar, aber darf freilich nicht in einen inneren, inhaltlichen Gegensatz dazu gesetzt werden. Es ist ein aliud, aber keine res contraria. Es ist ein Recht am Immaterialgut und somit dem Urheberrecht ganz nahe verwandt. Es ist somit vom Werkurheberrecht zu trennen.

Dieses aliud in den i.w.S. gewerblichen Rechtsschutz einzuordnen, erscheint von vornherein zutreffend, und es wird dann auch klar und berechtigt, daß dieser Schutz auch nur gegen mechanische (gewerbliche) Wiedergabe gegeben ist – eine Begrenzung, die sogar von Interessenvertretern ausdrücklich als ausreichend und ihren Wünschen entsprechend bezeichnet worden ist.

Durch den Terminus «Gewerblicher Rechtsschutz» wird die geistige oder künstlerische Grundlage keineswegs verneint; der Inhalt nicht nur des Urheberrechts, sondern ebenso auch des Erfinder- und Musterschutzrechts ist geistig-künstlerischer Natur und wird «gewerblich» geschützt.

Danach wäre zu sagen: Das Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers setzt eine künstlerische Leistung voraus (und kann deshalb – bei gehöriger Abgrenzung – im LUG festgelegt werden), ist aber seiner Art nach stärker gewerblich betont als das Werkurheberrecht, was sich ausdrückt darin, daß es in einem mechanischen Objekt (z.B. Schallplatte, Film, Rundfunksendung) sich spezialisiert (materialisiert) und daher auch nur gegen mechanische Wiedergabe (Schallplatte, Film, Rundfunksendung oder dgl.) wirksam ist, obwohl es sich auch hier um den Schutz eines Immaterialgutes handelt. Daneben bestehen für den ausübenden Künstler Persönlichkeitsrechte und Rechte gegen unlauteren Wettbewerb (s.o. zu 2) wie bei jedem anderen Rechtssubjekt, die bei besonderen Tatbeständen ergänzend hinzutreten. Verstöße gegen diese Rechte lägen beispielsweise vor, wenn die mechanische Wiedergabe den Namen unterdrückt oder fälscht, die Leistung aus Wettbewerbsrücksichten verschlechtert, täuschenden Inhalts ist oder dgl. Fragen wir nach alledem, ob

dieses Recht ein «ausschließliches» oder nur ein soches «auf Entschädigung» sei, so muß die Antwort wohl eine Mittellinie ziehen. Die Verwandtschaft mit dem Urheberrecht und die Abgrenzung vom ausschließlichen Urheberrecht scheint mir folgende Feststellungen zu verlangen:

Der ausübende Künstler hat die ausschließliche Befugnis, sein «Werk», d.h. hier seine mechanisch-inkorporierte Leistung, zu verbreiten. Dies – auf den Gegenstand, die mechanisch-inkorporierte Leistung (auf Film- oder Schallplatte) bezogen – entspricht dann – dem Sinne nach – jenem gewerblichen Rechtsschutz, der dem Patentinhaber die ausschließliche Befugnis gibt, gewerbsmäßig den Gegenstand der Erfindung herzustellen, in Verkehr zu bringen und feilzuhalten. Nur daß es hier «Gegenstand der künstlerischen Leistung» heißen würde. Es ist also der Künstler, der das Recht für die Schallplatte oder den Film zu vergeben hat. Ob und wie weit er ihn auf den Schallplattenproduzenten überträgt, ist Sache des Vertragsabschlusses und der Auslegung des Vertrages (auch und namentlich wenn darüber nichts Besonderes gesagt ist). Daß der reproduzierende Künstler, wie *Roeber* sagt<sup>7</sup>, «die ihm zustehenden Urheberrechte regelmäßig auf die Schallplattenhersteller (stillschweigend) überträgt», ist wohl in dieser Allgemeinheit, wenn auch vielleicht zur Zeit tatsächlich zutreffend, doch keineswegs eine unbedingte Folge der bestehenden Rechtsverhältnisse, wie denn auch *Roeber* mit Recht fortfährt: «Aber ein gesetzliches Zwangsmittel hierzu fehlt.» Hierüber werden für die Praxis Macht- und wirtschaftliche Verhältnisse im wesentlichen entscheiden. Es wird aber kaum geleugnet werden können, daß es für die Nutzung von Rechten besser ist, wenn man sie fest und vielleicht enger, aber richtig deutet, als wenn man sie zu umfassend und mit verwischten Grenzen behauptet. Deshalb erscheint es mir für die ausübenden Künstler als ein Vorteil in ihrer Rechtsstellung, wenn man ihnen nicht ein volles «Urheberrecht» zuzumessen versucht, das man mit irgendeiner anfechtbaren Art von «Werknachschöpfung» begründet, sondern wenn man – wie es hier im Anschluß an *Hoffmann* geschieht – dieses Recht auf die

<sup>7</sup> Arch. Funkr. 5, 50.

mechanisch-inkorporierte Leistung gegen mechanische Wiedergabe beschränkt, in diesem Umfang aber das Recht voll ausfüllen und energisch vertreten kann, weil hierfür der gesetzliche und der rechtssystematische Boden nicht angefochten werden kann. Dies gilt jedenfalls nach geltendem deutschen Recht.

### III. Zur künftigen Regelung des Leistungsschutzrechts der ausübenden Künstler

#### 1. Bejahung des Leistungsschutzrechtes

Aus der zu II versuchten rechtlichen Konstruktion des Schutzes für den ausübenden Künstler gegen die mechanisch-inkorporierte Wiedergabe seiner Leistung dürfte sich ergeben, daß der Schutz nicht nur möglich, sondern auch gerechtfertigt ist. In diesem Umfang und in dieser Art ist er also grundsätzlich zu bejahen, weil er einer eigenartigen Leistung zu gute kommt, deren vermögensmäßige Ausnutzungsmöglichkeit heute gegenüber früheren Zeiten infolge der neuen technischen Errungenschaften eine ganz andere geworden ist.

War die Nachahmung früher, wenn man es so nennen darf, mehr Sache einer individuellen Kunst fast handwerkskundiger Art, so ist dies heute mehr und mehr in die Sphäre der mechanischen Vervielfältigung und eben auf diese Weise zu größerer vermögensrechtlicher Verkehrsfähigkeit gelangt. So ist es dahin gekommen, daß der im geistig gewerblichen Rechtsschutz gültige Grundsatz des Umsatznutzens auf solche Wiedergabe genau so anwendbar ist, als handelt es sich um ein «Werk».

Dieser Grundsatz des Umsatznutzens<sup>8</sup> «erleichtert die richtige Beurteilung und Entscheidung urheber- und gewerbeschutzbrechtlicher Zweifelsfragen ganz erheblich. Es ist der Gedanke der Tantieme an der gewerblichen Ausnutzung einer Idee für den, der die Idee gehabt und gestaltet hat ... Umsatz bedeutet dabei einmal wörtlich das «Umsetzen» der Idee in Form und namentlich der Form in den

<sup>8</sup> Ich darf hinweisen auf *mein* Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, 1928, 52 ff. und *meinen* Aufsatz: Umsatznutzen und Zwangslizenz im neuen Urheberrechts-Gesetzentwurf, GRUR 1933, 22 ff.

Wirtschaftsverkehr, zweitens aber den kaufmännischen Begriff des «Umsatzes» mit dem Nebensinne, daß der Gewinn mit der Größe des Umsatzes steigen muß.» Dieser Grundsatz paßt also insbesondere auf die gewerbliche Seite der Ausnutzung einer Leistung. Die Vergütung in Verlagsverträgen pflegt nach der Höhe der Auflage bemessen zu werden (und natürlich nach Umfang und Wert des Werkes), bei Aufführungs- und Vorführungs-, bei Sende- und Filmrechten aller Art heißt das geschäftlich wichtigste Wort «Tantieme». Wenn überhaupt von «Nutzung» in vermögensrechtlicher Hinsicht die Rede ist, dann spielt eine nach den verschiedensten Maßstäben des Umsatzes berechnete Vergütung für den Urheber eine große Rolle. Das ist zwar nicht so essentiell, daß überhaupt eine Vergütung vereinbart werden müßte; wird sie aber vereinbart, dann richtet sich ihre Höhe in der Regel nach Grundsätzen des Umsatznutzens.

Dies ist im gewerblichen Rechtsschutz (vgl. die Lizenzen im Patentrecht) so anerkannt und für den geistigen Werkschutz zum mindesten so glaubhaft gemacht, daß für den gewissermaßen zwischen diesen beiden stehenden Leistungsschutz, zumal in seiner gewerblichen Anwendung auf die Ausnutzung mechanisch-inkorporierter Leistung, ein Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieses Grundsatzes gar nicht bestehen kann.

Ist also nach alledem der Schutz aus allgemeinen Erwägungen dieses juristischen Sondergebietes wie auch aus der nationalen Gesetzgebung einwandfrei herzuleiten, so fragt es sich für die künftige Regelung nur, in welchem Gesetz er niedergelegt zu werden verdient.

Wenn man sich darüber klar ist, daß es sich um ein rechtsähnliches, ein modifiziertes künstlerisch-gewerbliches Schutzrecht, um ein an das Urheberrecht angrenzendes, aber durch mancherlei wichtige Unterscheidungen von ihm zu trennendes Schutzrecht handelt, so steht nicht viel im Wege, daß dieser Leistungsschutz, sofern es keine andere Gelegenheit dazu gibt, im Rahmen des Urheberschutzgesetzes kodifiziert wird. Denn wenn z.B. das «Recht am eigenen Bilde», das auch kein Urheberrecht ist, in diesem Gesetz geregelt wird, so mag auch der Leistungsschutz des ausübenden Künstlers

dort Platz finden. Freilich muß die Abgrenzung so deutlich sein, daß die Theorie des Urheberrechts an Werken nicht dadurch beeinträchtigt oder verschoben wird. Das Gesetz muß so gefaßt sein, daß die richtige Konstruktion in dieser Hinsicht nicht verbaut wird. Denn es würde sich für die Wissenschaft und die Praxis des Urheberrechts schwer rächen, wenn man den Stimmen der Interessenten folgen wollte, die die Leistung am Werke eines anderen gleichgestellt sehen wollen der Schöpfung des Werkes selbst.

## 2. Sollen Rundfunk und mechanische Übertragung grundsätzlich gleich behandelt werden?

Wer sich für den Rundfunk auf den Boden der von mir vertretenen Vervielfältigungstheorie stellt – viele sind das ja nicht –, der wird von vorn herein schon aus diesem Grunde die Gleichbehandlung der Radioübertragung und anderer mechanischer Vervielfältigungen für den Leistungsschutz bejahen. Denn es fehlt dann ja schon von der Seite des Übertragungsmittels her der Unterschied, der eine verschiedene rechtliche Behandlung rechtfertigen könnte. Aber diese Vervielfältigungstheorie wird vielfach abgelehnt, obwohl ich an Gründen für diese Ablehnung bisher Überzeugendes nicht gehört oder gelesen habe. Gibt man also der «herrschenden» Meinung nach, so muß eine etwas andere Betrachtung herangezogen werden, um die Frage der grundsätzlichen Gleichbehandlung zu beantworten.

Es ist aber nicht nur das Mittel der Wiedergabe, auf das es hier anzukommen hat, sondern weit mehr der Zweck und der wirtschaftliche Sinn der Übertragung.

In dieser Hinsicht aber ist es für den Schutz des ausübenden Künstlers, für die Nutzung seiner Leistung völlig gleichgültig, ob die mechanische Inkorporation durch Rundfunksendung oder ob sie durch Schallplatte, Film, Tonfilm oder noch andere etwa noch aufkommende Wiedergabearten geschieht. Es ist aus der oben zu II versuchten Konstruktion des Leistungsschutzrechts kein Gesichtspunkt zu ersehen, der hier eine Unterscheidung der Rechtsfolgen nach der speziellen Technik der Übertragung und Wiedergabe nahe-

legte. Gerade wenn es der Grundsatz des Umsatznutzens ist, der sich als wesentlicher juristisch-wirtschaftlicher Gesichtspunkt des Leistungsschutzes zeigt, dann ist selbstverständlich das Ergebnis genau das gleiche, ob es sich um Radioübertragung oder um Verbreitung durch Film, Schallplatte oder andere optische und akustische Vorrichtungen handelt.

Das Schutzrecht des ausübenden Künstlers geht aus seiner Leistung hervor und ist deshalb unabhängig von der Technik, in der die Leistung wiedergegeben werden soll. Die Leistung ist der Rechtsgrund und dieser ist größer als die Nebenfragen der Wiedergabetechnik (über die Phasen der Wiedergabe s.u. zu 3). Das Gemeinsame der Technik ist hier überall das Moment des Mechanischen der Wiedergabe. Dieses aber bedingt begreiflicherweise keine Unterschiede des Rechtes nach einzelnen Gattungen der Bild- und Schallvorrichtungen. Es wäre gesetzgeberisch auch keineswegs empfehlenswert, dort grundlegende Unterscheidungen zu treffen, denn dadurch würden nur Zweifelsfragen gesät, die bei jeder Änderung und jedem Fortschritt der Technik aufkeimen müßten. Nach alledem ergibt es sich als empfehlenswert, auch keinen Unterschied zwischen optischen und akustischen Wiedergabearten zu machen. Man hat beim Film und Tonfilm ja gesehen, daß Unterscheidungen der Vorteknik nicht tauglich dazu sind, Unterscheidungen der rechtlichen Behandlung vorzunehmen<sup>9</sup>. Es liegt also kein Grund vor, die Regelung der optischen und der akustischen Wiedergabe zu trennen.

### 3. Phasen der Wiedergabe

Auch bei der früher allein oder vorwiegend üblichen Vervielfältigung durch Drucklegung hat man im Gesetz keinen Unterschied gemacht zwischen dem Akt der Übertragung des Werkes (der Leistung) und dem daran sich anschließenden Akt der Vervielfältigung, vielmehr auch schon die erste Übertragung als den (zum mindesten begonnenen) Akt der Vervielfältigung angesehen. Das hat seine prak-

<sup>9</sup> Hierüber Näheres in *meinem* Artikel Film-Urheberrecht in HdR. 7, 150.

tische Berechtigung deshalb, weil mit der bloßen Übertragung – bei der Drucklegung z.B. dem Herstellen des Typensatzes – weder der Erwerber des Rechts etwas anfangen kann noch sich logischerweise die ihm von dem Berechtigten erteilte Befugnis erschöpfen kann.

Ähnlich liegt es bei dem Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers gegenüber den verschiedenen Arten der mechanischen Wiedergabe. Die «Übertragung» auf die Schallplatte, die Aufnahme ins Mikrophon, die Herstellung des Filmnegativs wären für den Erwerber keine Wertobjekte, wenn nicht die Schallplatte auch hergestellt und zum Tönen gebracht, das Mikrophon mit den Empfangsapparaten in Verbindung stände, der Film positiv hergestellt und vorgeführt würde. Auch hier handelt es sich für die juristische Beurteilung nicht um technische Fragen, sondern um den Sinn des Umfanges der von dem Künstler für die «Übertragung» erteilten Genehmigung. Diese hätten keinen Sinn – ja sie wäre widersinnig –, wenn darin nicht zugleich und ohne weiteres (also stillschweigend) die Genehmigung zur Vervielfältigung der Schallplatte, zur Vorführung des Filmpositivs, zur akustischen Rundfunksendung erteilt wäre. Ich muß in diesem Zusammenhange wiederum auf meine früheren Ausführungen über den «neuen Akt der Wiedergabe» hinweisen, die mir auch für die vorliegende Frage allein klärend erscheinen. Diese genannten Akte sind in dem ersten Genehmigungsakt eingeschlossen; die *lex contractus* umfaßt sie, weil sonst ein praktisch-wirtschaftlicher Widersinn herauskäme. Das «ausschließliche» Recht des Künstlers, das er mit der Genehmigung der «Übertragung» ausübt, ist absorbiert gegenüber der notwendigen Verwendung dieser Übertragung, da sonst die Genehmigung keinen Sinn hätte<sup>10</sup>.

#### 4. Der Umkreis der geschützten Personen

Der Begriff «ausübender Künstler» ist nicht auf irgendeine bestimmte Kunst beschränkt. Gemeint aber ist nicht der Künstler, der in Ausübung seiner Kunst ein Werk schafft (z.B. der Maler, Bildhauer,

<sup>10</sup> Vgl. auch *meinen*, ähnliche Gedanken darlegenden Aufsatz: Umsatznutzen und Zwangslizenz im deutschen Urheberrechts-Gesetzentwurf, GRUR 1933, 22 ff.

Architekt), sondern der bei der Wiedergabe des Werkes eines anderen mitwirkt.

Hierbei bleibt es sich jedoch gleich, ob diese Mitwirkung eine sichtbar körperliche ist, d.h. ob der Betreffende persönlich auftritt, oder nicht. Jedenfalls muß nach dem Wortlaut des deutschen Entwurfes dies angenommen werden, da dort im § 57 schlechthin von dem «das Werk Vortragenden oder an der Aufführung mitwirkenden Personen» die Rede ist. Wenn also auch in erster Linie an Schauspieler, Sänger, Dirigenten, Musiker zu denken ist, so gehören doch auch Direktoren und Regisseure dahin, soweit sie «an der Aufführung mitwirken». Freilich muß hinzugefügt werden: sofern sie an der Aufführung maßgebend mitwirken; denn nicht jeder bei der Aufführung Dienste leistende Inspizient, Beleuchter, Kulissenarbeiter und dergleichen gehört in diese Reihe der ausübenden Künstler. Nur soweit ihre Tätigkeit eine künstlerische Betätigung an dem Werke ist, kommt ihnen das Leistungsschutzrecht zu. Was aber den Regisseur anlangt, so kann dieser neben dem Leistungsschutzrecht auch ein Urheberrecht haben, wenn er natürlich nicht nur «Wortregisseur» im alten Sinne, sondern gestaltender Bühnenbilder und Schöpfer einer eigenen Inszenierung des Werkes ist<sup>11</sup>.

Abgesehen von den Besonderheiten der Regelung, auf die wir sogleich zurückkommen müssen, gebührt also das Recht, über die mechanische Wiedergabe des Vortrages oder der Aufführung zu bestimmen, dem die Aufführung oder den Vortrag gestaltenden Darsteller oder musikalischen Interpreten in erster Linie. Bei Solovorträgen entstehen da keine Zweifelsfragen. Anders bei Ensembledarbietungen. Hier hat man nun zwei Wege beschritten, die den praktischen Bedürfnissen entsprechen und einen gerechten Ausgleich der Belange suchen. Der eine Weg ist der der Stellvertretung, der andere der des Gemeinschaftsrechtes.

Stellvertretung für das Ensemble durch den Leiter empfiehlt sich bei Chor- und Orchesterleistungen. Chöre und Orchester bilden eine Einheit, deren künstlerischer Leistungswille in dem Dirigenten zu-

<sup>11</sup> Vgl. *Dienstag/Elster*, Handbuch des deutschen Theater- usw. Urheberrechts, 1932, 73 ff.



sammentrifft und sich in ihm verkörpert. Es geht nicht an, daß die Entschließung über die Übertragungsgenehmigung von dem Bläser der 3. Posaune sabotiert oder der vertragliche Erwerber von diesem Einen verklagt wird. Dieser Grundsatz muß natürlich auch dann gelten, wenn etwa ein Dirigent einmal nicht so künstlerisch bestimmend ist und sich von dem guten Orchester tragen läßt oder wenn einmal der erste Geiger, Cellist oder Flötist hervorragende Solostellen zu spielen hat. Die rechtliche Behandlung kann von solchen Einzelheiten nicht abhängig gemacht werden. Anders, wenn der Konzertmeister des Orchesters ein Violinenkonzert mit dem Orchester spielt. Denn er ist in diesem Falle nicht lediglich Orchestermittglied, sondern Solist (Virtuos). Auch bei Rundfunk und Film tritt Stellvertretung ein (s. weiter unten). Gemeinschaftsrecht aber erscheint angebracht für Theater- und ähnliche Aufführungen. In diesen Fällen sollen die berechtigten mitwirkenden Künstler und der Unternehmer gefragt werden.

Zum Schluß aber sei noch ein Blick auf die Artisten geworfen. Der deutsche Entwurf berücksichtigt sie nicht; er spricht nur von Vortrag oder Aufführung von Werken der Literatur oder der Tonkunst. Das trifft auf artistische Leistungen nicht zu. Und doch gehören die Artisten zu den ausübenden Künstlern und ihre Leistungen können sowohl kinematographisch wie durch Ton- oder Bildfunk wiedergegeben werden. Ich habe bereits an anderer Stelle<sup>12</sup> den Artisten – je nach der Art ihres «Werkes» oder ihrer Leistung – u.a. Leistungsschutzrecht zugesprochen und halte dies nach wie vor für richtig. Es wäre also zu erwägen, die artistische Leistung, soweit sie im übrigen den Bedingungen an ein Leistungsschutzrecht im Einzelfalle genügt, mit in den Kreis dieser Regelung aufzunehmen.

## 5. Praktische Handhabung der Entlohnung

Da es sich um ein gewerblich betontes Schutzrecht handelt, bei dem der Umsatznutzen eine erhebliche Rolle spielt (vgl. o. zu II und III, 1),

<sup>12</sup> *Dienstag-Elster*, Handbuch des deutschen Theater- usw. Urheberrechts, 1932, 194 ff.

so kommt der praktischen Regelung der Entlohnung große Bedeutung zu. Maßgebend sind hier die Arbeitsverträge (Bühnendienst-Verträge, Konzertverträge, Filmverträge usw.), über die im einzelnen zu sprechen hier zu weit führen würde. Der deutsche Entwurf sieht in solchen Fällen vielfach Durchführungsbestimmungen der Reichsregierung vor und hat sich noch nicht näher darüber ausgelassen. Vorbildliche Organisationen bestehen ja allenthalben, die – wie der Musikschutzverband, die GEMA oder Schriftstellerverbände – das Einziehungswesen organisiert haben. An solche Organisationen muß man sich halten. Diese haben auch Erfahrungen über die Festsetzung und Abstufung der Höhe der Entlohnungen. Zur Schlichtung von Streitigkeiten dieser Art werden am besten Schiedsgerichte oder Schlichtungsausschüsse eingesetzt. Hier können sehr wohl verbindliche Schlichtungsregeln aufgestellt werden. Je mehr sich diese Wiedergabetechniken, von denen hier die Rede ist, ausbreiten, um so mehr werden sich Normalbedingungen für die Mitwirkung der ausübenden Künstler und für ihre Entlohnung durchsetzen, an denen dann auch Sonderfälle orientiert werden können.

## 6. Ausnahmen von den allgemeinen Grundsätzen

Von einigen Ausnahmen war bereits im Zusammenhange bisheriger Darlegungen die Rede (s.o. zu 3 und 4). Generelle Ausnahmen von dem Leistungsschutzrecht zu statuieren, könnte nur aus Rücksichten auf die Allgemeinheit erforderlich erscheinen, also etwa wenn es sich um Vorträge und Aufführungen im vaterländischen Interesse oder zu wohlthätigen Zwecken handelt – also etwa in Analogie zu Fällen erlaubter Entlehnungen und Wiedergaben im Urheberrecht. So könnte also in Frage kommen, ob etwa in dem Falle, daß ein Künstler im Rahmen einer öffentlich-körperschaftlich gemeinnützigen Veranstaltung, z.B. einer Reichstagssitzung, mitwirkt, der Tonfilm- oder Rundfunkwiedergabe der ganzen Veranstaltung, bei der er nur dienendes Glied ist, nicht widersprechen darf; oder es könnte in Frage kommen, daß die kurze auszugsweise Wiedergabe kleiner Stellen aus Aufführungen im Sinne der literarischen Entlehnung zu

wissenschaftlichen Zwecken von dem Einwilligungszwang ausgenommen werden soll. In dem deutschen Entwurf ist dieser Frage nicht gedacht worden; nur eine in der Linie dieser Erwägungen liegende Ausnahme ist vorgesehen, nämlich daß (nach § 57 Abs. 5) zur kinematographischen Berichterstattung über Tagesereignisse (Wochenschau) kleine Teile von Vorträgen oder Aufführungen literarischer oder tonkünstlerischer Werke ohne weiteres wiedergegeben werden dürfen.

## 7. Nationale oder internationale Regelung?

Auch für das Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers empfiehlt sich der Weg, der durch die Berner Übereinkunft, die Pariser Übereinkunft und die Madrider Verträge beschritten worden ist: Aufstellung genereller Grundregeln durch die internationale Übereinkunft, Überlassung der Regelung der Einzelheiten an die nationale Gesetzgebung. Denn auch auf diesem Gebiet liegen doch die Dinge in den einzelnen Ländern nicht in jeder Hinsicht gleich. Im Interesse der zutreffenden und gutzuheißenen Methodik (s.o. zu II) empfiehlt sich aber die Festlegung des Grundsatzes mehr in einem besonderen Abkommen und nicht nachtragsweise in einer der bereits bestehenden Übereinkünfte. Wird jedoch trotzdem hierfür die Berner Übereinkunft gewählt, so müßte mit deutlicher Betonung das Leistungsschutzrecht als etwas von dem Urheberrecht Verschiedenes bezeichnet werden.

