

40. Unter welchen Voraussetzungen kann angenommen werden, daß die Hörer zur öffentlichen Aufführung eines erschienenen Tonstücks ohne Entgelt zugelassen werden und daß die Aufführung keinem gewerblichen Zwecke dient?

Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, vom 19. Juni 1901 (R.G.Bl. S. 227) § 27 Abs. 1. § 38 Abs. 1 Nr. 2.

I. Straffenat. Urf. v. 13. Dezember 1909/24. Januar 1910
g. R. u. Gen. I 715/09.

I. Landgericht Traunstein.

Das freisprechende Urteil der Strafkammer wurde auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der als Nebenklägerin zugelassenen Genossenschaft deutscher Tonseker zu B. in Übereinstimmung mit dem Antrage des Ober-Reichsanwalts aufgehoben aus folgenden

Gründen:

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils haben die Angeklagten, der eine als königlicher Badekommissar, der andere als Musikdirektor, in B. von der Kurkapelle ohne Einwilligung und trotz ausdrücklicher Verwarnung der zur Ausübung des Urheberrechts befugten Nebenklägerin mehrere den gesetzlichen Schutz genießende Tonstücke öffentlich aufführen lassen. Sie sind aber von der Anklage aus § 38 des Ges., betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, vom 19. Juni 1901 in Anwendung von § 27 Abs. 1 Satz 1 freigesprochen worden, weil die Aufführungen der Kurkapelle keinem gewerblichen Zwecke gedient hätten und die Zuhörer ohne Entgelt zugelassen gewesen seien.

Diese zweite Erwägung erweckt Bedenken, ob die Strafkammer den Begriff des Entgelts nach dem genannten Gesetze richtig ausgelegt hat.

Wie die Urteilsgründe für bewiesen erklären, steht der Eintritt in den Kurgarten zu B., wo die sog. Kurkonzerte stattfinden, nicht bloß den fremden Badegästen, geschweige denn nur gegen Vorzeigung einer Quittung über die „Kurtage“, sondern unterschiedslos jedem offen, und eine Zurückweisung haben nur Leute zu gewärtigen, welche durch ihre Kleidung Anstoß erregen. Hieraus allein läßt sich aber noch nicht schließen, daß die Hörer ohne Entgelt zugelassen worden seien. Denn Leistungen, für welche von irgend einer Seite Gegenleistungen entrichtet werden, hören nicht auf, entgeltlich zu sein, wenn an ihnen oder an ihrem nützlichen Erfolg andere teilnehmen können oder dürfen, ohne gleichfalls zu den Gegenleistungen beizusteuern. Zwar ziehen die Urteilsgründe weiter in Betracht, „daß § 27 eine für das Konzert bestimmte Gegenleistung privatrechtlicher Natur im Auge habe“ und daß die „Kurtage“ keine solche Gegenleistung, sondern

nach Art. 1 und Art. 227 des bayerischen Gesetzes über das Gebührenwesen eine dem staatlichen Besteuerungsrecht entfließende öffentlichrechtliche Gebühr sei. Indes kann weder der einen, noch der anderen Betrachtung ohne weiteres in ihrer Allgemeinheit beigeprägt werden. Das Urheberrechtsgesetz vom 19. Juni 1901 spricht sich über die rechtlichen Eigenschaften des in § 27 genannten Entgelts nicht näher aus, und an sich bezeichnet der Ausdruck nur die gewöhnliche innere Beziehung zwischen Leistung und Gegenleistung oder das Erfordernis eines verhältnismäßigen wirtschaftlichen Gleichgewichts zwischen beiden, einerlei, ob sie dem Gebiete des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechtes angehören. Gegen die Einbeziehung der Badetaxe unter Entgelt im Sinne des § 27 besteht um so weniger ein rechtliches Hindernis, als sie nach dem Wortlaute (Art. 227 des Gesetzes über das Gebührenwesen) „für Herstellung und Unterhaltung der zu Kurzwecken getroffenen Veranstaltungen“, somit im Sinne einer Leistung für gebotene Gegenleistungen, erhoben wird. Auch wenn ihre Erhebung nach Darstellung der Urteilsgründe ausschließlich „an die Tatsache des Aufenthalts eines Fremden während der Saison über die Dauer einer Woche anknüpft, gleichviel, ob die Pflichten an den Veranstaltungen teilnehmen,“ bleibt die Annahme offen, daß die Badetaxen zu einem — vielleicht geringfügigen, jedenfalls aber unausscheidbaren — Teile das Entgelt für die „Konzerte“ bedeuten. Hierauf weist deutlich genug die Bemerkung der Urteilsgründe hin, den Anlaß zur Erhebung der „Kurtaxe“ bilde die gesamte Verwaltungstätigkeit des Badekommissariats, von welcher die Darbietung der „Konzerte“ nur ein Teil sei, und als widerspruchsvoll muß der Zusatz bezeichnet werden, „so wenig man behaupten könne, daß die Kurtaxe ein Entgelt für die Benutzung der verbesserten Wege, für die getroffenen sanitären Vorkehrungen oder für die Möglichkeit darstelle, sich im Badekommissariat Aufschlüsse zu erholen, ebensowenig sei sie ein Entgelt für musikalische Aufführungen.“ Belanglos ist der in den Urteilsgründen gestreifte Umstand, daß die Badetaxe auch von Kranken bezahlt werden muß, die aus irgend einem Grunde das Haus nicht verlassen, beispielsweise weil sie ein Liegeheilverfahren durchmachen. Die Badetaxe würde, wenn dies richtig wäre, sich einfach als Entgelt für die bloße Gestattung des Gebrauchs der Veranstaltungen, insbesondere für die Erlaubnis zum

Anhören der „Kurzkonzerter“, kennzeichnen, und ob für wirkliche Entgegennahme von Leistungen oder nur für die Befugnis, sie entgegenzunehmen, eine Gegenleistung gewährt wird, beeinträchtigt das Zutreffen der Begriffsmerkmale des Entgelts im Sinne von § 27 des Urheberrechtsgesetzes nicht.

Aber auch die Verneinung der Frage, ob die „Kurzkonzerter“ in B. einem gewerblichen Zwecke dienen, scheint nicht lücken- und einwandfrei gerechtfertigt.

Vor allem muß der Ausgangspunkt der Urteilsgründe beanstandet werden. Er liegt in der Annahme, daß bei einem gewerblichen Zwecke die Absicht stets auf Erzielung von Gewinn gerichtet sei. Die Annahme mag als überwiegende Regel richtig sein, trägt aber nicht allen einschlägigen Verkehrsercheinungen Rechnung und darf deshalb nicht als allgemeiner, keine Ausnahme gestattender Grundsatz gelten.

Zunächst lehrt die Erfahrung, daß größere oder kleinere öffentliche Verbände, gemeinnützige Vereine und Gesellschaften oder opferwillige Einzelne aus Rücksichten auf das Wohl der ganzen Bevölkerung oder eines räumlich durch Beruf nach Altersstufen oder in anderer Weise abgegrenzten Teiles einen für Sprachgebrauch und Verkehr unbedingt als Gewerbe anzusprechenden Betrieb beginnen oder fortsetzen, obwohl mit Bestimmtheit vorauszusehen, ja ziffernmäßig zu berechnen ist, daß er unter keinen Umständen und niemals einen Reingewinn abwerfen kann, vielmehr für alle Zeit und notwendig einen Verlust herbeiführen muß. Solchenfalls wird durch den bloßen, nicht auf dem wirtschaftlichen Gebiete, sondern auf dem der Staatskunst oder der Sittlichkeit fußenden Beweggrunde nur das letzte, nicht aber zugleich das nächste Ziel berührt. Trotz des Beweggrundes und obschon sich die Absicht der Unternehmer nicht auf Erzielung eines Gewinns richtet, fallen der gesamte Betrieb wie die einzelnen Betriebshandlungen wegen ihrer äußeren Erscheinungsform und ihrer inneren Zweckbestimmung unverkennbar unter den Begriff des Gewerbebetriebs. Ferner kann ein für unbestimmte oder bestimmte Zeit unvorteilhafter Gewerbebetrieb angefangen oder weitergeführt werden in der Erwartung, daß er in Zukunft einträglich oder wieder einträglich werden müsse; hier fehlt die Absicht der Gewinnerzielung mindestens für die Gegenwart und die nächste Zukunft voll-

ständig, ohne daß gesagt werden dürfte, insolange ermangele die Unternehmung auch des gewerblichen Zweckes. Endlich besteht die Möglichkeit, daß der Unternehmer eines verwickelten Gewerbebetriebs zur Übernahme gewisser wiederkehrender Tätigkeiten, ja zur Einrichtung ganzer Neben- oder Hilfsbetriebe gezwungen oder doch veranlaßt ist, die für sich betrachtet mit Verlust verbunden, aber zur Förderung des Gesamtbetriebs und seiner Ertragsfähigkeit notwendig oder nützlich sind; unter dieser Voraussetzung steht die an sich gegebene Unwirtschaftlichkeit begrifflich dem Verfolgen gewerblicher Zwecke nicht entgegen. Die entscheidenden Merkmale des Gewerbebetriebs sind erfüllt bei einer steten und geordneten „werbenden“ Tätigkeit, d. h. einer solchen, die zur dauernden entgeltlichen Verwertung oder — anders ausgedrückt — zur Beschaffung eines Einkommens auf Gewinnung, Aufbereitung oder Umsetzung wirtschaftlicher Güter, einschließlich der Leistung körperlicher Dienste und einschließlich des Hervorbringens geistiger Erzeugnisse usw., abzielt; jede Einzelhandlung, die das Erreichen dieses Zieles fördert oder erleichtert, dient einem gewerblichen Zwecke.

Zutreffend betonen demgemäß die Urteilsgründe, wenn nur bezweckt werde, die öffentliche Wohlfahrt zu heben, so fehle der gewerbliche Zweck. Unhaltbar aber zeigt sich der Zusatz, daß keinem gewerblichen Zwecke insbesondere Einrichtungen und Unternehmungen des Staates dienen, aus denen dieser keinen Gewinn erzielen, mit denen er vielmehr nur das Wohl einzelner Gemeinden fördern will. In Wirklichkeit kommt es darauf an, ob nicht im einzelnen Falle die staatlichen Einrichtungen und Unternehmungen, weil ihrer Art und ihrem nächsten Ziele nach ohne Zusammenhang mit den eigentlichen Aufgaben und Zwecken des Staates, für die allgemeine Verkehrsanschauung und damit begrifflich das Gepräge einer steten geordneten, werbenden Tätigkeit, also das eines Gewerbebetriebs, tragen und die Rücksicht auf das Wohl des Staatsganzen oder einer einzelnen Gemeinde bloß Beweggrund oder Anstoß für den Gewerbebetrieb bildet. Deshalb würde für die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit der Ausnahmebestimmung in § 27 Abs. 1 Satz 1 des Ges. gegenüber dem Verhalten der Angeklagten nicht ins Gewicht fallen, ob der Staat oder das Badekommissariat zu B. aus der Badeverwaltung keinen Gewinn im Sinne von Betriebsüberschuß ziehen wollte und

noch keinen Gewinn gezogen hätte. Übrigens weisen die Urteilsgründe aus den Kurtagen für das Jahr 1907 einen Überschuß von 3482,12 *M* und einen im Laufe mehrerer Jahre angesammelten „Reservefond“ von rund 60000 *M* nach, und an der Tatsache, daß insoweit ein Erwerb oder Einkommen erzielt werden sollte und erzielt worden ist, können die Nichteinstellung der Kurhausbausschuld mit 195000 *M* und von 20000 *M* Staatsbeitrag für Kanalisierung des Kurgartens sowie die Bestimmung des gedachten Überschusses und der Rücklage zur Errichtung eines neuen Gradierhauses nichts ändern; möglicherweise sollte gerade durch die teils geschehene teils noch bevorstehende Ausführung von Bauten die Einnahme aus den Kurtagen wesentlich gesteigert oder der anscheinende Ausfall durch bleibende Erhöhung des Sachwerts der dem Staate gehörigen Grundstücke aufgewogen werden.

Nach dem Zusammenhange der Urteilsgründe betreibt der Staat zu B. eine umfangreiche Saline mit Gradierwerk, an sich zweifellos Unternehmungen, die mit dem Staatszweck als solchem nichts gemein haben, vielmehr rein werbender Art sind. Vermutlich steigt und fällt ihre Einträglichkeit und ihr Reingewinn oder die Aussicht auf solchen in irgend einem Verhältnisse mit der Zu- oder Abnahme des Besuchs von Badegästen. Hierüber geben jedoch die Urteilsgründe keine genügende Auskunft; sie beschränken sich insofern auf die Bemerkung, der Staat besitze in B. keine Betriebe, die ihm im Zusammenhange mit dem „Kurleben“ einen wesentlichen Gewinn brächten. Einbringung eines wesentlichen, d. h. erheblichen oder bedeutenden Gewinnes gehört unter keinen Umständen zu den Merkmalen des Gewerbebetriebs oder des gewerblichen Zweckes. Entspräche die ange deutete Vermutung wirklich der Sachlage, so ließe sich nicht absehen, weshalb nicht die „Kurzonzerte“ mindestens mittelbar einem gewerblichen Zwecke gedient haben sollten, wo sie doch nach Auffassung der Urteilsgründe bestimmt und geeignet waren, eine Hebung des Verkehrs von Badegästen zu bewirken. Sie dienten unter der erwähnten Voraussetzung einem gewerblichen Zwecke auch dann, wenn der Betrieb der Saline und des Gradierwerks, sei es lediglich zum Wohle der ansässigen Bevölkerung von B. selbst oder der Umgebung, sei es als Teil eines umfassenderen Gesamtbetriebs, sei es zur Unterstützung benachbarter staatlicher Gewerbeunternehmungen, selbst mit vorausichtlichem und

unabwendbarem Verluste für die Staatskasse unternommen oder fortgeführt worden wäre.

Bedenklich erscheint auch die Betrachtung der Urteilsgründe, nach welcher „der gewerbliche Zweck dritter Personen nicht in Betracht kommt, die etwa durch die infolge der Kurmusik gesteigerte Frequenz des Bades größere Einnahmen haben.“ Dem Wortlaut und dem gesetzgeberischen Grundgedanken des § 27 Abs. 1 Satz 1 läßt sich nicht entnehmen, daß öffentliche Aufführungen eines erschienenen Werkes der Tonkunst nur dann einer Einwilligung des Berechtigten bedürfen, wenn sie gewerbliche Zwecke des Aufführenden selbst unterstützen. Da das Gesetz von gewerblichem Zwecke im allgemeinen spricht, ist es nicht angängig, eine solche Einschränkung willkürlich hinzuzutragen. Für den Berechtigten, dem in § 11 Abs. 2 als Regel die ausschließliche Befugnis, das Werk öffentlich aufzuführen, und damit seine alleinige gewerbliche Ausnutzung zugebilligt ist, macht es sichtlich keinen Unterschied, ob der Aufführende in das Aufführungsrecht bei Verfolgung eines eigenen oder eines fremden gewerblichen Zweckes eingreift. Anscheinend vermengen die Urteilsgründe gewerblichen Zweck und Entgelt miteinander. Eben dadurch, daß das Gesetz beide Merkmale gleichwertig nebeneinander reiht (zu vgl. amtl. Begründung zu § 27 des Entw., Druckf. des R. I. 's 10. Leg.-Ber., II. Session 1900/01 S. 33), widerlegt sich die in den Urteilsgründen vertretene Ansicht, in § 27 Abs. 1 Satz 1 sei „ein durch die Aufführung bezweckter Gewinn gemeint.“ Es mag sein, daß bei der nach ihnen mit den „Kurkonzerten“ angestrebten „Hebung des Kurorts im allgemeinen sich nun auch Handel und Gewerbe entwickeln“ und daß „dies ein Ergebnis der öffentlichen Wohlfahrtspflege ist“; indessen leuchtet nicht ein, warum nicht, um das Ergebnis herbeizuführen, „die Kurmusik einzelne bestimmte“ — nämlich alle in B. bestehenden, vom Besuche des Bades beeinflussten — „Gewerbebetriebe fördern will.“ Ist die Förderung gewisser Gewerbebetriebe des Badeorts das Mittel zu der von Staats wegen anzustrebenden Hebung des Kurorts, so bildet jene Förderung den nächsten Zweck der „Kurkonzerte“ und dienen folgerichtig diese einem gewerblichen, wenn auch dem Staate und dem Badekommissariate fremden Zwecke. Hiervon abgesehen, genügt es nach § 27 Abs. 1 Satz 1, daß die öffentliche Aufführung eines Tonstückes tatsächlich einem gewerblichen Zwecke dient und daß dieser

Erfolg dem Aufführenden bekannt ist; eine eigentliche Absicht oder Zweckvorstellung, den gewerblichen Zweck zu fördern, wird vom Gesetze nicht erfordert.

Nach alledem war gemäß §§ 393, 394 Abs. 2 St.ß.D. zu verfahren.