



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 133/14

Verkündet am:
8. Oktober 2015
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 24. Zivilsenats des Kammergerichts vom 14. Mai 2014 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte ist die Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA). Sie nimmt die ihr von Komponisten, Textdichtern und Musikverlegern aufgrund von Berechtigungsverträgen eingeräumten urheberrechtlichen Nutzungsrechte an Musikwerken wahr und verteilt die Einnahmen aus der Verwertung der ihr eingeräumten Rechte auf der Grundlage von Verteilungsplänen an die Berechtigten. Die Verteilungspläne werden von der Mitgliederversammlung der Beklagten beschlossen und bilden nach § 6 Buchst. a des Berechtigungsvertrages auch mit künftigen Änderungen dessen Bestandteil.

- 2 Die Höhe der Beteiligung der Bezugsberechtigten an den Erträgen aus der Verwertung des Aufführungsrechts bestimmt sich maßgeblich nach der Zahl der Aufführungen ihrer Werke. Der Verteilungsplan für das Aufführungs- und Senderecht sah für das Jahr 2010 im Bereich der unterhaltenden Musik ("U-Musik") und im Bereich der ernsten Musik ("E-Musik") zwei Verrechnungsarten vor:

- 3 Im Rahmen der sogenannten "Kollektivverrechnung" wurde aus den von den Veranstaltern tatsächlich als aufgeführt gemeldeten Musikwerken (sogenannte Programme oder Musikfolgen) durch eine Hochrechnung auf den tatsächlichen Nutzungsumfang der aufgeführten Werke geschlossen. Über verschiedene Rechenschritte wurde jedem Werk ein Punktwert zugeordnet, anhand dessen sich nach Maßgabe des Verteilungsplans die Beteiligung jedes Berechtigten am Gesamtaufkommen bestimmte. Im Verfahren der Kollektivverrechnung ist mithin die anteilige Ausschüttung der Lizenzeinnahmen von den tatsächlich aus der Verwertung bestimmter Werke erzielten Einnahmen abgekoppelt. Dies konnte dazu führen, dass an den Urheber von bei einer Veranstaltung aufgeführten Werken ein Betrag ausgeschüttet wurde, der höher war als der von der Beklagten für die Veranstaltung vereinnahmte Gesamtbetrag.

- 4 Neben der Kollektivverrechnung war in Abschnitt XIII Buchst. A der Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan für das Aufführungs- und Senderecht (im Folgenden: A-VPA 2010) für bestimmte Sachverhalte eine Nettoeinzerverrechnung ("UD" und "UE") vorgesehen. Bei dieser Abrechnung richtet sich die Erlösbeteiligung nach der für die jeweilige Veranstaltung erzielten Lizenzvergütung und wird auf diese Weise durch die Höhe des tatsächlich vereinnahmten Inkassobetrages beschränkt. Die entsprechenden Bestimmungen lauteten seit dem Geschäftsjahr 2010 auszugsweise wie folgt:

"XIII.

Nettoeinzelverrechnung

Die Nettoeinzelverrechnung von Aufführungen wird durchgeführt in folgenden Fällen: (...)

A. (...)

11. Werkaufführungen, die bei einer Gesamtwürdigung aller Aufführungsumstände ohne eine allgemeine Marktnachfrage stattfinden. An einer allgemeinen Marktnachfrage kann es insbesondere fehlen, wenn

- bei der Aufführung weniger als 10 Zuhörer anwesend sind oder
- für die Aufführung kein angemessenes Eintrittsgeld erhoben oder die Aufführung nicht anderweitig angemessen vergütet wird.

Bei einer Verrechnung von Veranstaltungen innerhalb des Pauschalinkassovertrags wird in der Verrechnung ein Inkasso von EUR 20,- zugrunde gelegt. Bei einer Veranstaltungsdauer von weniger als einer Stunde reduziert sich dieser Betrag auf EUR 10,-.

Wird eine Verrechnung nach dieser Ziffer reklamiert, entscheidet der Programmausschuss über die Verrechnung."

5

Der Kläger ist Komponist von ernster Musik und von Unterhaltungsmusik. Er hat mit der Beklagten Berechtigungsverträge geschlossen und ihr darin die Nutzungsrechte an den von ihm komponierten Musikwerken zur Auswertung eingeräumt. Im Streitfall geht es um Aufführungen der Werke des Klägers im Kalenderjahr 2011, und zwar um insgesamt 127 Aufführungen im Bereich der ernsten Musik, verteilt auf 18 Veranstaltungen, und um 19 Programme im Bereich Unterhaltungsmusik, von denen 17 mit insgesamt 717 aufgeführten Werken gemäß Abschnitt XIII A-VPA 2010 abgerechnet wurden. Alle Veranstaltungen fanden in der Tagungsstätte Marienhof des Erzbistums Köln in Königswinter im Rahmen des mit der katholischen Kirche geschlossenen Pauschalinkassovertrages statt. Der Kläger war stets ausführender Musiker und präsentierte ausnahmslos eigene Werke. Andere musikalische Veranstaltungen wurden an dem Aufführungsort nicht angeboten. Dritte nutzten die Werke des

Klägers im Kalenderjahr 2011 nicht. Die Werke wurden auch nicht im Rundfunk gespielt.

6 Mit der vorliegenden Feststellungsklage wendet sich der Kläger gegen die von der Beklagten vorgenommene Verrechnung der von ihm eingereichten Programme von Konzertveranstaltungen für das Kalenderjahr 2011 nach Maßgabe der Nettoeinzerverrechnung. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 getroffene Regelung sei sowohl mit dem im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz niedergelegten Gebot der willkürfreien Verteilung des Gesamtaufkommens nach festen Regeln als auch mit dem für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Transparenzgebot nicht in Einklang zu bringen. Mit Rücksicht hierauf sei die Beklagte verpflichtet, die vom Kläger zur Verrechnung eingereichten Programme bei der Verteilung des Vergütungsaufkommens nicht nach der Nettoeinzerverrechnung, sondern nach dem Verfahren für die Kollektivverrechnung zu berücksichtigen.

7 Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, diejenigen vom Kläger komponierten Musikwerke, die in den nachfolgend aufgelisteten Veranstaltungen zur Aufführung gelangt sind, für das Kalenderjahr 2011 in der Sparte E zu verrechnen:

NR.	DATUM	BEGINN	ORT	VERANSTALTER
1	07.12.2010	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
2	11.01.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
3	04.02.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
4	09.02.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
5	28.02.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
6	23.03.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
7	06.04.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
8	15.04.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
9	11.05.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
10	25.05.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
11	15.06.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
12	10.08.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
13	07.09.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
14	14.09.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
15	21.09.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN

16	04.10.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
17	21.10.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN
18	03.11.2011	11:30	KOENIGSWINTER	MARIENHOF - TAGUNGSSTAETTE DES ERZBISTUMS KOELN

und ferner diejenigen vom Kläger als Musikurheber geschaffenen Musikwerke, die in den nachfolgend aufgelisteten Veranstaltungen an derselben Spielstätte zur Aufführung gelangt sind, für das Kalenderjahr 2011 in der Sparte U zu verrechnen:

16.09.2010, 12h30
29.09.2010, 12h30
06.10.2010, 12h30
28.10.2010, 12h30
10.11.2010, 12h30
07.12.2010, 12h30
11.01.2011, 12h30
04.02.2011, 12h30
28.02.2011, 12h30
23.03.2011, 12h30
06.04.2011, 12h30
15.04.2011, 12h30
11.05.2011, 12h30
25.05.2011, 12h30
15.06.2011, 12h30
10.08.2011, 12h30
07.09.2011, 12h30
14.09.2011, 12h30
21.09.2011, 12h30
04.10.2011, 12h30
03.11.2011, 12h30.

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Beträge, die sich aus den Verpflichtungen gemäß dem Antrag zu 1 ergeben, ab dem 1. April 2012 mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

8

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, sie komme mit der vom Kläger beanstandeten Regelung ihrer Verpflichtung zur leistungsgerechten Vergütung und zur effektiven Bekämpfung von Missbräuchen des kollektiven Verrechnungssystems nach. Mit der Regelung sollten Programme, die nicht aufgrund einer entsprechenden Marktnachfrage, sondern mit dem Ziel veranstaltet würden, einen möglichst hohen Tantiemeanspruch zu begründen, von der Kollektivverrechnung ausgeschlossen und nur nach Maßgabe der tatsächlichen Lizenzeinnahmen am Gesamtaufkommen beteiligt werden. Die allgemeine Marktnachfrage sei ein taugliches Kriterium, um Aufführungen

zu identifizieren und aus der kollektiven Verrechnung herauszunehmen, die nicht dem Erfolg eines Werkes und dem Publikumsgeschmack geschuldet seien, sondern nur der Erzielung eines besonders hohen Anteils am Gesamtaufkommen dienten, ohne dass dem entsprechende Lizenzeinnahmen gegenüberstünden. Das Gebot der Verteilung des Gesamtaufkommens nach festen Regeln schließe die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und die hiermit einhergehende Eröffnung eines Beurteilungsspielraumes nicht aus.

- 9 Das Landgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

- 10 A. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Regelung in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 sei wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB unwirksam; die Beklagte habe deshalb die vom Kläger eingereichten Programme nach dem Verfahren für die Kollektivverrechnung abzurechnen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

- 11 Bei den Regelungen des Berechtigungsvertrages und den Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan A handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB unterlägen. Die in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 niedergelegten Regelungen seien nicht hinreichend klar und verständlich und verstießen daher gegen das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB niedergelegte Transparenzgebot. Was unter

dem Begriff der "allgemeinen Marktnachfrage" zu verstehen sei, sei weder in den Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan näher definiert, noch könne der Regelungsgehalt dieses Begriffs zuverlässig mithilfe der in der beanstandeten Bestimmung aufgeführten Regelbeispiele ermittelt werden.

12 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten bleibt ohne Erfolg. Die Feststellungsklage ist zulässig (dazu B I). Die in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 getroffene Regelung ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB unwirksam (dazu B II). Die Beklagte ist daher nicht berechtigt, den an den Kläger auszuschüttenden Anteil am Gesamtvergütungsaufkommen nach Maßgabe dieser Bestimmung im Wege der Nettoeinzerverrechnung zu ermitteln. Sie hat die vom Kläger geltend gemachten Veranstaltungen vielmehr im Wege der Kollektivverrechnung in der Sparte U und E zu berücksichtigen (dazu unter B III).

13 I. Das Berufungsgericht ist zutreffend von der Zulässigkeit der auf Feststellung gerichteten Klageanträge ausgegangen. Mit Recht hat das Berufungsgericht ein rechtliches Interesse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses darin gesehen, dass zwischen den Parteien Streit darüber besteht, ob der Anteil des Klägers am Gesamtvergütungsaufkommen für die von ihm zur Verrechnung eingereichten Musikfolgen in Anwendung von Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 im Wege der Nettoeinzerverrechnung zu ermitteln ist. Der Kläger ist auch nicht auf die grundsätzlich vorrangige Leistungsklage zu verweisen, weil er den an ihn auszuschüttenden Anteil am Gesamtaufkommen unstreitig nicht selbst feststellen kann (vgl. hierzu MünchKomm.ZPO/Becker-Eberhard, 4. Aufl., § 256 Rn. 49 f.).

- 14 II. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Unwirksamkeit der in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 getroffenen Regelung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB angenommen.
- 15 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan A einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB unterliegen.
- 16 a) Bei den Regelungen des Berechtigungsvertrags handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Der Verteilungsplan ist Bestandteil des Berechtigungsvertrags (§ 6 Buchst. a des Berechtigungsvertrags). Die Bestimmungen des Verteilungsplans einschließlich seiner Ausführungsbestimmungen sind daher ebenfalls Allgemeine Geschäftsbedingungen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2012 - I ZR 23/11, GRUR 2013, 375 Rn. 13 = WRP 2013, 518 - Missbrauch des Verteilungsplans, mwN).
- 17 b) Die Bestimmungen des Verteilungsplans unterliegen der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Diese Vorschriften sind unabhängig davon auf Regelungen des Berechtigungsvertrags und auf den Verteilungsplan nebst Ausführungsbestimmungen anzuwenden, ob - wie die Beklagte geltend macht - alle Wahrnehmungsberechtigten Unternehmer im Sinne von § 14 BGB sind (§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB, vgl. auch Zeisberg in Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht, 3. Aufl., § 6 UrhWG Rn. 10; Schricker in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., vor §§ 28 ff. UrhG Rn. 32 f.; BeckOK UrhG/Freudenberg, Stand: 1. Juli 2015, § 6 UrhWG Rn. 27; Gerlach in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 4. Aufl., § 6 UrhWG Rn. 7).

- 18 2. Die in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 getroffene Regelung hält der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB nicht stand und ist daher nichtig.
- 19 a) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Der Verwender ist daher gehalten, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in Allgemeinen Geschäftsbedingungen klar, einfach und präzise darzustellen. Das Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein und verlangt, die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau zu beschreiben, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2012 - I ZR 73/10, BGHZ 193, 268 Rn. 34 - Honorarbedingungen Freie Journalisten; BGH, GRUR 2013, 375 Rn. 35 - Missbrauch des Verteilungsplans). Bereits die Fassung einer Klausel muss der Gefahr vorbeugen, dass der Vertragspartner von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Durch eine Klausel, die die Rechtslage unzutreffend oder missverständlich darstellt und auf diese Weise dem Verwender die Möglichkeit eröffnet, begründete Ansprüche unter Hinweis auf die Klauselgestaltung abzuwehren, wird der Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11, 24).
- 20 b) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht ausgegangen. Entgegen der Ansicht der Revision hat es das Berufungsgericht für einen Verstoß gegen das Transparenzgebot nicht ausreichen lassen, dass die beanstandete Regelung zur Nettoeinzerverrechnung der Beklagten einen Beurteilungsspiel-

raum eröffnete. Das Berufungsgericht hat vielmehr darauf abgestellt, ob dieser Beurteilungsspielraum ungerechtfertigt war.

21 c) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 niedergelegte Regelung nicht entsprechend den Anforderungen des Transparenzgebots hinreichend bestimmt angibt, unter welchen Voraussetzungen eine Nettoeinzerverrechnung von Aufführungen durchgeführt wird.

22 aa) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, bei dem in der beanstandeten Regelung verwendeten Begriff der "allgemeinen Marktnachfrage" handele es sich nicht um einen fest umrissenen Begriff der Rechtssprache. Maßgebend seien deshalb die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden durchschnittlichen Vertragspartners. Der Begriff der "allgemeinen Marktnachfrage" sei daher im Streitfall so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Wahrnehmungsberechtigter ihn bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen müsse. Danach sei die Regelung intransparent. Was unter einer "allgemeinen Marktnachfrage" zu verstehen sei, sei auch nicht in den Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan näher definiert. Dies erschließe sich ferner nicht aus dem Kontext der Regelung und dem erkennbaren Sinnzusammenhang. Das Fehlen einer "allgemeinen Marktnachfrage" solle durch eine "Gesamtwürdigung aller Aufführungsumstände" ermittelt werden. Als Regelbeispiele, bei denen eine allgemeine Marktnachfrage fehlen könne, seien lediglich zwei Fälle genannt, und zwar dass bei der Aufführung weniger als zehn Zuhörer anwesend seien und dass für die Aufführung kein "angemessenes" Eintrittsgeld erhoben oder die Aufführung "nicht anderweitig angemessen" vergütet werde. Es bleibe offen, wie diese Kriterien im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu gewichten seien. Ebenso sei unklar, wie

die unbestimmten Rechtsbegriffe ("angemessenes Eintrittsgeld" und "angemessene anderweitige Vergütung") im Einzelfall auszufüllen seien. Den angeführten Regelbeispielen lasse sich auch keine die Gesamtwürdigung konkretisierende Bestimmung entnehmen. Zwar deuteten diese darauf hin, dass die Beklagte den Begriff der "allgemeinen Marktnachfrage" mithilfe von Umständen konkretisieren wolle, die - wie die Zahl der Teilnehmer oder das Eintrittsgeld - einen Bezug zu der konkreten Veranstaltung aufwiesen. Dies lege es nahe, dass nur solche Aufführungsumstände maßgeblich seien, die die konkrete Veranstaltung betreffen. Tatsächlich wolle die Beklagte nach ihrem Vortrag zur Feststellung einer fehlenden allgemeinen Marktnachfrage im Einzelfall aber auch Kriterien heranziehen, die ausschließlich werkbezogen seien (fehlendes Rundfunkaufkommen), ausschließlich oder überwiegend andere Aufführungen betreffen (keine oder wenige Nutzungsmeldungen durch unabhängige Dritte, vorgefertigte und gleichförmige Programme, auffallend häufige Nennung einzelner Berechtigter) oder allgemein auf einen Missbrauch hinwiesen, ohne an die konkrete Veranstaltung anzuknüpfen (enge wirtschaftliche oder persönliche Verflechtung zwischen den Berechtigten und den am Aufführungsgeschehen beteiligten Personen). Diese und weitere nach Auffassung der Beklagten bei der Prüfung einer allgemeinen Marktnachfrage heranzuziehende Kriterien (Hintergrundmusik, krasses Missverhältnis von gezahlter Lizenzvergütung und Tantieme bei kollektiver Verrechnung) seien in den Ausführungsbestimmungen nicht genannt. Sie könnten auch aus dem Sinnzusammenhang der Regelung nicht erschlossen werden. Zudem sei wiederum unklar, wie diese Kriterien im Rahmen der Gesamtwürdigung zu gewichten und wie die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe ("wenige" Nutzungsmeldungen, "enge" Verflechtung, "auffallend häufige" Nennung, "krasses" Missverhältnis) im Einzelfall auszufüllen seien. Die in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 getroffene Regelung vermittele den Berechtigten damit nicht hinreichend klar, unter welchen Voraussetzungen es

an einer "allgemeinen Marktnachfrage" fehlen könne und die gemeldeten Programme der Nettoeinzerverrechnung unterfielen. Vielmehr seien die tatbestandlichen Voraussetzungen dort so ungenau beschrieben, dass für die Beklagte ein ungerechtfertigter Beurteilungsspielraum entstehe. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

23 bb) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass es sich bei der in der beanstandeten Regelung verwendeten Angabe der "allgemeinen Marktnachfrage" nicht um einen hinreichend bestimmten Begriff handelt.

24 (1) Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB niedergelegten Transparenzgebot entspricht, ist auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders abzustellen (BGHZ 164, 11, 24; BGH, Urteil vom 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08, NJW 2010, 3152 Rn. 29; Urteil vom 9. Juni 2011 - III ZR 157/10, NJW-RR 2011, 1618 Rn. 27; MünchKomm.BGB/Wurmnest, 6. Aufl., § 307 Rn. 62; Staudinger/Coester, BGB, Neubearbeitung 2013, § 307 Rn. 183). Dabei sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (BGH, NJW 2010, 3152 Rn. 29). Für die Auslegung des Berechtigungsvertrages und des in diesen einbezogenen Verteilungsplans ist daher das Verständnis des Berechtigten maßgeblich, wobei die Regelungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich auszulegen sind. Es müssen mithin Umstände außer Betracht bleiben, die nur einzelnen Beteiligten bekannt oder erkennbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - I ZR 23/06, GRUR 2009, 395 Rn. 25 = WRP 2009, 313 - Klingeltöne für Mobiltelefone I). Richtet sich der Verwender mit der

von ihm vorgegebenen Vertragsgestaltung an verschiedene Gruppen, ist daher sicherzustellen, dass sie für ein durchschnittliches Mitglied aller angesprochenen Gruppen hinreichend klar und verständlich ist (BeckOK BGB/H. Schmidt, Stand: 1. Mai 2015, § 307 Rn. 47).

25 Von diesem rechtlichen Maßstab ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat angenommen, es sei zu fragen, wie ein durchschnittlicher Wahrnehmungsberechtigter den Begriff der "allgemeinen Marktnachfrage" bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen müsse. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

26 (2) Nach Ansicht der Revision genügt die beanstandete Regelung schon deshalb den Bestimmtheitsanforderungen nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil der Kläger als Vertragspartner der Beklagten als Unternehmer nach § 14 BGB sowie als Kaufmann nach § 1 HGB oder als Handelsgesellschaft gemäß § 6 Abs. 1 HGB anzusehen ist und eine Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB deshalb nur mit den Einschränkungen nach § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht kommt. Dem kann nicht zugestimmt werden.

27 Anders als die Revision meint, sind die Anforderungen an die Transparenz von Vertragsbestimmungen im Geschäftsverkehr mit Unternehmern nicht generell geringer als im Rechtsverkehr mit Verbrauchern. Zwar ist bei Unternehmern aufgrund ihrer Geschäftserfahrung und der nach § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB zu berücksichtigenden Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr von einer besseren Erkenntnis- und Verständnismöglichkeit als bei Verbrauchern auszugehen (BGH, NJW 2010, 3152 Rn. 30). Dies führt jedoch nicht zu einer generellen Absenkung des durch § 307 Abs. 1 BGB gewährleisteten Schutzniveaus (vgl. MünchKomm.BGB/Wurmnest aaO § 307 Rn. 62; BeckOK

BGB/H. Schmidt aaO § 307 Rn. 48). Die Beklagte ist vielmehr nach der Rechtsprechung des Senats gehalten, die im Berechtigungsvertrag und im Verteilungsplan samt Ausführungsbestimmungen enthaltenen Regelungen, nach denen sie die von ihr treuhänderisch erhobenen Einnahmen an die Berechtigten verteilt, so präzise zu formulieren, dass für die Wahrnehmungsberechtigten nachvollziehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Beklagte anstelle der Kollektivverrechnung von Aufführungen ihrer Werke eine Nettoeinzerverrechnung durchführen wird (vgl. BGH, GRUR 2013, 375 Rn. 35 - Missbrauch des Verteilungsplans).

28 Ohne Erfolg macht die Revision ferner geltend, es sei davon auszugehen, dass die Vertragspartner der Beklagten als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB den in der beanstandeten Regelung verwendeten Begriff der "allgemeinen Marktnachfrage" zutreffend erfassten, weil dieser in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum zum Urheber- und Urheberrechtswahrnehmungsrecht gebräuchlich sei. Auch Unternehmern kann bei der Frage, ob das Transparenzgebot im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB eingehalten ist, kein juristischer Sachverstand unterstellt werden (BGH, NJW 2010, 3152 Rn. 30). Von einem juristischen Laien kann schon die Kenntnis des Inhalts der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht erwartet werden (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2012 - VIII ZR 337/11, BGHZ 194, 121 Rn. 46). Dies gilt erst recht für eine Kenntnis von obergerichtlicher Rechtsprechung und Meinungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur. Abweichendes ist regelmäßig auch nicht bei einem Unternehmer anzunehmen, wenn nicht ausnahmsweise ein Geschäftsbereich unternehmerischen Handelns betroffen ist, in dem die Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung zur beruflichen Sorgfalt des Unternehmers gehört. Von einem solchen Ausnahmefall ist vorliegend nicht auszugehen.

- 29 Die Revision meint außerdem, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sei der Begriff der "allgemeinen Marktnachfrage" ein Fachausdruck der Wirtschaftssprache, dessen Verständnis jedenfalls bei Unternehmern im Sinne von § 14 BGB vorauszusetzen sei. Diese verfügten typischerweise über Marktkenntnisse und könnten die Nachfrage nach ihren jeweiligen Waren oder Dienstleistungen genau einordnen. Damit kann die Revision schon deshalb keinen Erfolg haben, weil es sich dabei um neuen Sachvortrag handelt, der in der Revisionsinstanz grundsätzlich ausgeschlossen ist (§ 559 Abs. 1 ZPO). Die Revision legt nicht dar, dass das Berufungsgericht einen entsprechenden Vortrag der Beklagten verfahrensfehlerhaft übergangen hat.
- 30 Entgegen der Ansicht der Revision ist eine hinreichende Bestimmtheit der beanstandeten Regelung auch nicht deshalb anzunehmen, weil die Klausel nach der Beurteilung des Deutschen Patent- und Markenamtes als Aufsichtsbehörde der Beklagten gemäß §§ 18 ff. UrhWG nicht unbestimmt und intransparent sei. In diesem Zusammenhang braucht nicht entschieden zu werden, ob und mit welcher Intensität eine Inhaltskontrolle von Regelungen in den Verteilungsplänen nach den Maßstäben des § 307 Abs. 1 BGB der Aufsicht des Deutschen Patent- und Markenamts nach § 19 UrhWG unterfällt. Jedenfalls ist die Beurteilung der Aufsichtsbehörde der Beklagten für eine Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch die Gerichte nicht verbindlich.
- 31 cc) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, die Bedeutung des Begriffs der "allgemeinen Marktnachfrage" erschließe sich auch nicht aus den in Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 angeführten Regelbeispielen, wonach es an einer allgemeinen Marktnachfrage insbesondere fehlen könne, wenn bei der Aufführung weniger als zehn Zuhörer anwesend seien oder für die Aufführung kein angemessenes Eintrittsgeld erhoben oder die Aufführung nicht anderweitig angemessen vergütet werde.

32 (1) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Regelbeispiele bereits für sich genommen nicht hinreichend klar gefasst sind. Seine Annahme, es sei offen, wie die in den Regelbeispielen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe ("angemessenes Eintrittsgeld" und "angemessene anderweitige Vergütung") im Einzelfall auszufüllen seien, lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Soweit die Revision geltend macht, der Begriff der Angemessenheit werde auch vom Gesetzgeber häufig ohne nähere Erläuterungen verwendet, geht sie von einem für die Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB unzutreffenden Maßstab aus. Nach dieser Bestimmung kommt es nicht auf die für eine Gesetzesauslegung maßgeblichen rechtlichen Grundsätze, sondern allein darauf an, wie eine Allgemeine Geschäftsbedingung nach der Anschauung eines verständigen und redlichen Vertragspartners unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird (vgl. BGH, NJW 2010, 3152 Rn. 29).

33 (2) Das Berufungsgericht hat weiterhin mit Recht das von der Beklagten selbst vertretene Verständnis des Begriffs der "allgemeinen Marktnachfrage" berücksichtigt. Bei der Beurteilung der Frage, ob dem Verwender durch eine Allgemeine Geschäftsbedingung ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume eröffnet werden, ist es von Bedeutung, welches Verständnis dieser selbst von der fraglichen Regelung hat (vgl. BGH, GRUR 2013, 375 Rn. 37 - Missbrauch des Verteilungsplans). Es ist deshalb aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den Regelbeispielen keine Konkretisierung des Begriffs der "allgemeinen Marktnachfrage" dahingehend entnommen hat, es seien nur solche Aufführungsumstände maßgeblich, die die konkrete Veranstaltung betreffen, weil die Beklagte selbst nach ihrem Vortrag zur Feststellung einer fehlenden allgemeinen Marktnachfrage im Einzelfall auch Kriterien heranziehen will, die ausschließlich werkbezogen sind, ausschließlich oder überwiegend an-

dere Aufführungen betreffen oder allgemein als Hinweis auf ein missbräuchliches Verhalten erscheinen.

34 Das Berufungsgericht hat die Unbestimmtheit der beanstandeten Regelung zutreffend auch damit begründet, dass nach dem Vortrag der Beklagten für die Ausfüllung des Begriffs der "allgemeinen Marktnachfrage" eine Vielzahl von Kriterien maßgeblich sein soll (fehlendes Rundfunkaufkommen, keine oder wenige Nutzungsmeldungen durch unabhängige Dritte, vorgefertigte und gleichförmige Programme, auffallend häufige Nennung einzelner Berechtigter, enge wirtschaftliche oder persönliche Verflechtung zwischen den Berechtigten und den am Aufführungsgeschehen beteiligten Personen, Hintergrundmusik, krasse Missverhältnisse von gezahlter Lizenzvergütung und Tantieme bei kollektiver Verrechnung), die weder in den Ausführungsbestimmungen genannt sind noch hinreichend konkret aus dem Sinnzusammenhang der Regelung erschlossen werden können. Dieses von der Beklagten vertretene Verständnis des Begriffs der "allgemeinen Marktnachfrage" lässt erkennen, dass der Begriff eine Fülle von verschiedenen Fallgestaltungen erfassen kann, die mit den zwei Regelbeispielen nicht annähernd klar konkretisiert werden. Ob - wie die Revision geltend macht - diese in den beanstandeten Bedingungen nicht zum Ausdruck kommenden Kriterien jedenfalls in einer Gesamtschau der Sache nach Aussagekraft für das Fehlen einer "allgemeinen Marktnachfrage" haben können, ist für die Beurteilung der Frage unerheblich, ob bei der beanstandeten Regelung das Transparenzgebot im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB eingehalten ist.

35 d) Das Berufungsgericht hat den durch die Regelung in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 eröffneten Beurteilungsspielraum als nicht gerechtfertigt angesehen. Auch diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

36 aa) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, eine Rechtfertigung der durch die angegriffene Vertragsregelung eröffneten Beurteilungsspielräume ergebe sich aus § 7 Satz 1 UrhWG.

37 Allerdings räumt diese Bestimmung, nach der die Verwertungsgesellschaft die Einnahmen aus ihrer Tätigkeit nach festen Regeln (Verteilungsplan) aufzuteilen hat, die ein willkürliches Vorgehen bei der Verteilung ausschließen, der Verwertungsgesellschaft beim Aufstellen und Ändern der Regeln des Verteilungsplans einen außerordentlich weiten Spielraum ein (BGH, Urteil vom 24. September 2013 - I ZR 187/12, GRUR 2014, 479 Rn. 25 = WRP 2014, 568 - Verrechnung von Musik in Werbefilmen). Dieser Spielraum betrifft indes die inhaltliche Ausgestaltung der Verteilung der Einnahmen. Insoweit kann die Beklagte bei der Aufstellung der Regeln für die Verteilung in gewissem Umfang typisieren und pauschalisieren (BGH, GRUR 2014, 479 Rn. 21 ff. - Verrechnung von Musik in Werbefilmen). Der bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Verteilung der Erlöse bestehende Beurteilungsspielraum kann es jedoch nicht rechtfertigen, Regelungen zu treffen, die derart unbestimmt gefasst sind, dass die Verteilungsgrundsätze nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen und die im Einzelfall von der Beklagten anzuwendenden Grundsätze nicht vorhersehbar sind. Die im Verteilungsplan getroffenen Regelungen unterliegen deshalb nach der ständigen Rechtsprechung des Senats unabhängig von dem der Beklagten bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Verteilung gemäß § 7 Satz 1 UrhWG eingeräumten Beurteilungsspielraum der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, GRUR 2013, 375 Rn. 12 ff., 35 - Missbrauch des Verteilungsplans, mwN).

38 bb) Die Revision ist ferner der Auffassung, soweit die angegriffenen Vertragsbedingungen Beurteilungsspielräume eröffneten, seien diese jedenfalls deshalb gerechtfertigt, weil es nicht möglich, zumindest aber nicht zumutbar sei,

den Begriff der "allgemeinen Marktnachfrage" weitergehend als nach der angegriffenen Regelung bereits geschehen zu konkretisieren. Auch damit zeigt die Revision keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts auf.

39 (1) Allerdings darf das Transparenzgebot den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht überfordern. Die Verpflichtung, den Klauselinhalt klar und verständlich zu formulieren, besteht nur im Rahmen des Möglichen. Dementsprechend brauchen die notwendig generalisierenden Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht einen solchen Grad an Konkretisierung anzunehmen, dass alle Eventualitäten erfasst sind und im Einzelfall keinerlei Zweifelsfragen auftreten können. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen ausreichend flexibel bleiben, um künftigen Entwicklungen und besonderen Fallgestaltungen Rechnung tragen zu können, ohne dass von ihnen ein unangemessener Benachteiligungseffekt ausgeht. Die Anforderungen an die mögliche Konkretisierung dürfen deshalb nicht überspannt werden; sie hängen auch von der Komplexität des Sachverhalts unter den spezifischen Gegebenheiten des Regelungsgegenstands ab (BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 - III ZR 157/10, NJW-RR 2011, 1618 Rn. 27 mwN).

40 (2) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht diese Grundsätze seiner Beurteilung zugrunde gelegt. Es ist davon ausgegangen, dass es der Beklagten obliegt, die Voraussetzungen, nach denen die Verrechnung vorgenommen wird, im Verteilungsplan und seinen Ausführungsbestimmungen im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren so klar und genau wie möglich zu umschreiben. Es sind auch sonst keine Anhaltspunkte für die Annahme ersichtlich, dass das Berufungsgericht die Anforderungen an die Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Konkretisierung des Begriffs der "allgemeinen Marktnachfrage" überspannt hat.

- 41 Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe eine Klauselgestaltung verlangt, die eine einzelfallbezogene Subsumtion unter bestimmte Rechtsbegriffe von vornherein entbehrlich mache und einen solchen Grad an Konkretisierung erreiche, dass alle Eventualitäten erfasst würden und im Einzelfall keine Zweifelsfragen auftreten könnten. Solche Anforderungen sind dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen.
- 42 Entgegen der Ansicht der Revision kann auch nicht generell davon ausgegangen werden, dass eine nicht abschließende Aufzählung von zwei Regelbeispielen ausreichend ist, um die Bedeutung eines unbestimmten Begriffs in einer dem Transparenzgebot genügenden Weise zu veranschaulichen. Maßgeblich sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls.
- 43 Ohne Erfolg macht die Revision ferner geltend, die Ansicht des Berufungsgerichts, eine Verwertungsgesellschaft müsse ihren Verteilungsplan so transparent wie möglich gestalten, ohne dabei über einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zu verfügen, führe zu dem Ergebnis, dass der Verteilungsplan einer Verwertungsgesellschaft höheren Bestimmtheitsanforderungen genügen müsse als der Plan eines Gerichtspräsidiums über die Geschäftsverteilung nach § 21e GVG. Die Revision geht dabei unzutreffend davon aus, das Berufungsgericht habe angenommen, dass die Beklagte über keinen Beurteilungsspielraum verfüge. Das Berufungsgericht hat vielmehr ausgeführt, die Beklagte müsse - auch im Interesse der Verwaltungsvereinfachung - beim Aufstellen der Regeln für die Verteilung der Erlöse unvermeidbar in gewissem Umfang typisieren und pauschalieren und dürfe sich dabei unbestimmter Rechtsbegriffe bedienen.
- 44 Entgegen der Ansicht der Revision gelten für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zudem andere

Maßstäbe als für die inhaltliche Bestimmtheit von gerichtlichen Geschäftsverteilungsplänen. Bei der Erstellung von Geschäftsverteilungs- und Mitwirkungsplänen eines Gerichts geht es mit Rücksicht auf das Gebot des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darum, vermeidbare Spielräume bei der Heranziehung der einzelnen Richter zur Entscheidung einer Sache auszuschließen. Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG liegt nicht schon vor, wenn zur Bestimmung des gesetzlichen Richters auslegungsbedürftige Begriffe verwendet werden. Auslegungszweifel in Bezug auf die zur Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters verwendeten Kriterien sind unschädlich, solange sie nicht den Weg zu einer Besetzung der Richterbank von Fall zu Fall eröffnen, sondern mit den herkömmlichen juristischen Methoden zu bewältigen sind (BVerfG, Plenumsbeschluss vom 8. April 1997 - 1 PBvU 1/95, NJW 1997, 1497, 1498 f.). Demgegenüber geht es beim Transparenzgebot im Rahmen der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB darum zu vermeiden, dass dem Klauselverwender durch eine unbestimmte Formulierung der Vertragsbestimmung die Möglichkeit eröffnet wird, begründete Ansprüche des Vertragspartners unter Hinweis auf die Klauselgestaltung abzuwehren und so den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen zu benachteiligen. Maßgeblich ist insoweit nicht, ob der Regelungsgehalt einer Allgemeinen Geschäftsbedingung mit Hilfe von juristischen Auslegungsmethoden zutreffend bestimmt werden kann, sondern ob unter Zugrundelegung des Maßstabs eines verständigen und redlichen Vertragspartners schon nach dem Wortlaut der Bedingung die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen und so ein willkürliches Vorgehen des Klauselverwenders ausgeschlossen wird.

45 (3) Im Streitfall ist nicht ersichtlich, dass es der Beklagten nicht möglich oder nicht zumutbar war, die beanstandete Regelung näher zu konkretisieren.

46 Das Berufungsgericht hat insoweit mit Recht berücksichtigt, dass die Beklagte selbst eine Vielzahl von Kriterien zur näheren Konkretisierung des Begriffs der "allgemeinen Marktnachfrage" geltend gemacht hat, die in der beanstandeten Vertragsbestimmung nicht als weitere Regelbeispiele aufgeführt sind und die jedenfalls teilweise andere Gesichtspunkte betreffen als die veranstaltungsbezogenen Regelbeispiele. Daraus ergibt sich, dass der Beklagten eine nähere Konkretisierung der beanstandeten Regelung möglich war.

47 Im Streitfall fehlen auch Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Beklagten eine weitergehende Konkretisierung der in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 getroffenen Regelung nicht zumutbar ist. Die Revision macht insoweit geltend, diese Regelung wäre ihrer Wirksamkeit zur Bekämpfung des Verteilungsmissbrauchs beraubt, wenn der Begriff der allgemeinen Marktnachfrage mittels einer abschließenden Aufzählung von Tatbestandsmerkmalen definiert werden müsste. Sie sei dann nicht mehr ausreichend flexibel, um künftigen Entwicklungen und besonderen Fallgestaltungen Rechnung tragen zu können. Infolgedessen würden einzelne Berechtigte in die Lage versetzt, den Zweck der Regelung zu umgehen, indem sie - wie schon in der Vergangenheit - ihr Aufführungsverhalten anpassen könnten, um die formalen Kriterien des Verteilungsplans für eine Kollektivverrechnung zu erfüllen und dadurch zu ihrem Vorteil nicht leistungsgerechte Ausschüttungen zu erhalten.

48 Mit diesem Vorbringen hat die Revision keinen Erfolg. Sie hat nicht dargelegt, dass die Beklagte die Unzumutbarkeit einer näheren Konkretisierung unter dem Gesichtspunkt der konkreten Umgehungsgefahr vorgetragen und das Berufungsgericht einen solchen Vortrag verfahrensfehlerhaft übergangen

hat. Das Vorbringen kann deshalb in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden (§ 559 Abs. 1 ZPO). Davon abgesehen hat das Berufungsgericht einen Verstoß gegen das Transparenzverbot nicht deshalb angenommen, weil der Begriff der allgemeinen Marktnachfrage nicht mittels einer "abschließenden" Aufzählung von Tatbestandsmerkmalen definiert ist. Es ist vielmehr davon ausgegangen, die Beklagte habe die Voraussetzungen für das Eingreifen der Nettoeinzerverrechnung durch die beanstandete Fassung der in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 getroffenen Regelung in einer Weise ungenau beschrieben, dass für die Beklagte ein ungerechtfertigter Beurteilungsspielraum besteht. Zudem kann das Bestehen einer potentiellen Umgehungsgefahr es nicht rechtfertigen, dass ein Klauselverwender die gesetzlichen Anforderungen des Transparenzgebots gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB außer Acht lässt. Die Beklagte ist vielmehr gehalten, auf eventuelle neue Missbrauchsstrategien einzelner Berechtigter mit einer den gesetzlichen Anforderungen der Bestimmtheit genügenden Anpassung der Verteilungsregelungen zu reagieren.

49 III. Das Berufungsgericht ist ferner zutreffend davon ausgegangen, die Unwirksamkeit der streitbefangenen Regelung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB habe zur Folge, dass die vom Kläger zur Verrechnung angemeldeten Musikfolgen nach Maßgabe der Sparten U und E zu verrechnen sind.

50 1. Die Unwirksamkeit der in Abschnitt XIII Buchst. A Ziffer 11 A-VPA 2010 niedergelegten Bestimmung zur Nettoeinzerverrechnung hat zur Folge, dass diese Regelung für die Verrechnung der vom Kläger eingereichten Musikfolgen nicht angewandt werden kann. Die übrigen Bestimmungen des zwischen den Parteien bestehenden Wahrnehmungsvertrages einschließlich des Verteilungsplans nebst Ausführungsbestimmungen bleiben hiervon jedoch unberührt, § 306 Abs. 1 BGB.

- 51 Diese Bestimmungen sehen eine Nettoeinzerverrechnung von Aufführungen von Werken der Unterhaltungsmusik und der ernsten Musik nur in den in Abschnitt XIII Buchst. A ausdrücklich geregelten Fällen vor. Dass die vom Kläger zur Verrechnung angemeldeten Veranstaltungen einen der in Abschnitt XIII A-VPA 2010 genannten übrigen Tatbestände erfüllten und das Berufungsgericht entsprechenden Vortrag der Beklagten in den Instanzen übergegangen hat, hat die Revision nicht geltend gemacht. Sie macht auch nicht geltend, dass die Voraussetzungen für eine Zurückstellung der eingereichten Programme von der Verrechnung gemäß Abschnitt IV Ziffer 4 der Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan vorgelegen haben. Die Verrechnung ist daher nach Maßgabe der Regelungen des Verteilungsplans vorzunehmen, die zur Anwendung kommen, wenn die Voraussetzungen für eine Nettoeinzerverrechnung nach Abschnitt XIII Buchst. A A-VPA nicht gegeben sind. Dies sind die Regelungen der Kollektivverrechnung in der Sparte "U" und "E".
- 52 2. Die Revision bringt demgegenüber vor, im Streitfall seien gemäß § 306 Abs. 2 BGB die gesetzlichen Vorschriften und daher das aus dem Wahrnehmungsvertrag folgende Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten gemäß § 315 BGB anzuwenden. Danach sei die Beklagte nicht nur berechtigt, sondern sogar gesetzlich verpflichtet, die Wiedergabe der Werke des Klägers im Kalenderjahr 2010 bei der Verteilung des Vergütungsaufkommens nach dem Verfahren der Nettoeinzerverrechnung gemäß Abschnitt XIII Buchst. A A-VPA 2010 anstatt nach der Kollektivverrechnung zu berücksichtigen. Bei Anwendung der Kollektivverrechnung würde der Kläger von den auf die Wahrnehmung des Aufführungsrechts entfallenden Einnahmen der Beklagten einen Anteil erhalten, der die Erlöse der Beklagten aus der Lizenzierung des Rechts, die Werke des Klägers aufzuführen, um ein Vielfaches überstiege. Die Solidargemeinschaft aller von der Beklagten vertretenen Berechtigten müsste dann die Kosten für

sämtliche derart dem Leistungsprinzip widersprechenden Ausschüttungen tragen und wäre dadurch in gravierender Weise belastet. Demgegenüber sei die Nettoeinzerverrechnung, die das Leistungsprinzip am reinsten verwirkliche, mit keinem unzumutbaren Verwaltungsaufwand verbunden. Damit dringt die Revision nicht durch.

53 a) Die Beklagte hat ihr Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB durch die Aufstellung des Verteilungsplanes, zu der sie nach § 7 Satz 1 UrhWG verpflichtet ist, ausgeübt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2005 - I ZR 299/02, GRUR 2005, 757, 759 = WRP 2005, 1177 - PRO-Verfahren). Dieser Verteilungsplan sieht die Durchführung der Nettoeinzerverrechnung unter Ausschluss bestimmter Werkaufführungen aus der im Übrigen zur Anwendung kommenden Kollektivverrechnung nur in den in Abschnitt XIII ausdrücklich aufgeführten Fällen vor. Eine Bestimmung, nach der es der Beklagten vorbehalten wäre, das Prinzip der Nettoeinzerverrechnung als dem Leistungsprinzip am ehesten gerecht werdender Verteilungsgrundsatz in Einzelfällen jederzeit zur Anwendung zu bringen, enthält der Verteilungsplan nicht. Aus dieser Systematik des Verteilungsplans folgt, dass in allen Fällen, in denen nach den im Vorhinein festzulegenden Vergütungsregeln keine Nettoeinzerverrechnung durchzuführen ist, die im Übrigen vorgesehene Kollektivverrechnung greift.

54 b) Eine Berechtigung der Beklagten, für den Fall der Unwirksamkeit der Regelungen zur Nettoeinzerverrechnung gemäß Abschnitt XIII Buchst. A A-VPA 2010 diese im Rahmen eines Leistungsbestimmungsrechts im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB zur Anwendung zu bringen, ergibt sich auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung.

55 Eine ergänzende Vertragsauslegung ist auf einen beiderseitigen Interessenausgleich gerichtet, der aus einer objektiv-generalisierenden Sicht dem hy-

pothetischen Vertragswillen typischer Parteien Rechnung trägt. Sie zielt nicht darauf ab, eine unwirksame, den Vertragspartner des Klauselverwenders unangemessen benachteiligende Klausel durch eine der unausgewogenen Regelung im Kern gleichende Gestaltung zu ersetzen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 - XI ZR 52/08, NJW-RR 2011, 625 Rn. 16). Die inhaltsgleiche Ersetzung der unwirksamen Klauseln unterliefe die gesetzliche Sanktion der Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 BGB und ist schon aus diesem Grund mit den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung nicht zu vereinbaren. Dies gilt auch, wenn die Unwirksamkeit (allein) auf einem Verstoß gegen das Transparenzgebot beruht. Die in der nicht klaren und verständlichen Regelung der Rechte und Pflichten des Vertragspartners liegende unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB kann nicht dadurch beseitigt werden, dass die unwirksame intransparente Klausel durch eine materiell inhaltsgleiche (transparente) Klausel ersetzt wird (vgl. BGH, Urteil vom 1. Februar 1984 - VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69, 78; Urteil vom 12. Oktober 2005 - IV ZR 245/03, juris Rn. 42 f.).

56 IV. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Verzugszinsen auf den sich bei zutreffender Berechnung ergebenden Anteil des Klägers am Vergütungsaufkommen angenommen (§ 280 Abs. 2, § 286 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB). Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Beklagte habe einen Zahlungsrückstand im Streitfall nicht zu vertreten (§ 286 Abs. 4 BGB).

57 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass sich die Beklagte in den Instanzen nicht auf Umstände berufen hat, aus denen auf ein fehlendes Verschulden geschlossen werden kann. Dass das Berufungsgericht Vortrag der Beklagten hierzu übergangen hat, zeigt die Revision nicht auf und ist auch sonst nicht ersichtlich. Soweit die Beklagte erstmals mit der Revisionsbegrün-

dung Tatsachen vorträgt, die nach ihrer Ansicht auf ein fehlendes Verschulden schließen lassen, kann sie mit diesem Vorbringen in der Revisionsinstanz nicht mehr gehört werden (§ 559 Abs. 1 ZPO).

58 2. Unabhängig davon bestehen im Streitfall auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Beklagte - wie von der Revision geltend gemacht - hinsichtlich der Frage der Wirksamkeit der streitbefangenen Ausführungsbestimmung zum Verteilungsplan in einem entschuldigenden Rechtsirrtum befunden hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats handelt fahrlässig, wer sich erkennbar im Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht ziehen muss (BGH, GRUR 2014, 479 Rn. 19 - Verrechnung von Musik in Werbefilmen). Nach diesem Maßstab musste die Beklagte mit der Möglichkeit rechnen, dass die hier in Rede stehende

Regelung von einem Gericht für unwirksam gehalten wird. Auch das Nichteinschreiten der Aufsichtsbehörde konnte kein schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand der Regelung begründen. Das Berufungsgericht hat - wie ausgeführt - auch keine überspannten Anforderungen an das Formulierungsermessen der Beklagten gestellt.

59 V. Nach alledem ist die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Büscher

Schaffert

Löffler

Schwonke

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 19.02.2013 - 16 O 289/12 -

KG Berlin, Entscheidung vom 14.05.2014 - 24 U 65/13 -