



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 125/10

Verkündet am:
27. Oktober 2011
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Barmen Live

UrhWG §§ 11, 13

- a) Zwischen einer Verwertungsgesellschaft und einer Person, die von der Verwertungsgesellschaft die Einräumung von Nutzungsrechten verlangt, kommt eine Vereinbarung über die Zahlung einer angemessenen Vergütung zustande, wenn diese Person die von der Verwertungsgesellschaft für die Einräumung der begehrten Nutzungsrechte geforderte Vergütung gemäß § 11 Abs. 2 UrhWG in Höhe des von dieser Person anerkannten Betrags an die Verwertungsgesellschaft zahlt und in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung unter Vorbehalt an die Verwertungsgesellschaft zahlt oder zu Gunsten der Verwertungsgesellschaft hinterlegt.
- b) Berechnungsgrundlage für die angemessene Vergütung sollen in der Regel die geldwerten Vorteile sein, die durch die Verwertung der urheberrechtlich geschützten Werke oder Leistungen erzielt werden. Allerdings ist auch dann, wenn mit einer wirtschaftlichen Nutzung keine geldwerten Vorteile erzielt werden, jedenfalls eine Mindestvergütungsregelung erforderlich, um die Urheber und Leistungsschutzberechtigten vor einer möglichen Entwertung ihrer Rechte zu schützen.
- c) Die GEMA darf die angemessene Vergütung für Musikaufführungen bei Freiluftveranstaltungen wie Straßenfesten oder Stadtfesten grundsätzlich nach der Größe der Veranstaltungsfläche - gerechnet vom ersten bis zum letzten Stand und von Häuserwand zu Häuserwand - bemessen; das gilt auch dann, wenn die Musik nicht auf der gesamten Veranstaltungsfläche wahrnehmbar ist.

BGH, Urteil vom 27. Oktober 2011 - I ZR 125/10 - OLG Hamm
LG Bochum

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Koch und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 10. Juni 2010 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels hinsichtlich der Verurteilung der Klägerin dahin abgeändert, dass die Klägerin jeweils nur Zug um Zug gegen Erteilung einer den Anforderungen des Umsatzsteuergesetzes entsprechenden Rechnung für das jeweilige Stadtfest zur Einwilligung in die Auszahlung der bei den Amtsgerichten hinterlegten Beträge in Höhe von insgesamt 20.323,13 € und zur Zahlung weiterer 478,05 € verurteilt wird.

Die Kosten der Revision hat die Klägerin zu tragen.

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. Die Klägerin führte im Jahr 2008 im Rahmen der Stadtfeste „Barmen Live“, „Bottrop Live“ und „Elberfelder Cocktail“ sowie in den Jahren 2007 und 2008 im Rahmen des Straßenfestes „Hammer Straße“ (in Münster) öffentlich Musik auf Bühnen auf.

Sie hatte die Musikaufführungen jeweils zuvor bei der Beklagten angemeldet. Die Beklagte forderte von der Klägerin wegen der Musikaufführungen Vergütungen, die sie entsprechend ihren Vergütungssätzen U-VK I (Allgemeine Vergütungssätze für Unterhaltungs- und Tanzmusik mit Musikern) nach der Größe der jeweiligen Veranstaltungsfläche berechnete. Die Klägerin erfüllte diese Forderungen, soweit sie diese für berechtigt hielt, und hinterlegte die darüber hinaus geforderten Beträge bei Gericht; für die Musikaufführungen bei der im Jahr 2007 durchgeführten Veranstaltung „Hammer Straße“ zahlte die Klägerin keine Vergütung an die Beklagte, sondern hinterlegte den gesamten geforderten Betrag bei Gericht.

- 2 Die Parteien streiten wechselseitig mit Klage und Widerklage um die Freigabe der hinterlegten Beträge in Höhe von - soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung - 21.228,13 €; die Beklagte verlangt mit ihrer Widerklage darüber hinaus die Zahlung weiterer Beträge in Höhe von 5.288,01 €. Der Klageerhebung sind Verfahren vor der Schiedsstelle nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a UrhWG wegen Musikaufführungen bei den in Rede stehenden Veranstaltungen vorausgegangen (§ 16 Abs. 1 UrhWG).
- 3 Das Landgericht hat - unter Abweisung von Klage und Widerklage im Übrigen - die Klägerin zur Freigabe von 4.724,86 € Zug um Zug gegen Erteilung einer Rechnung und die Beklagte zur Freigabe von 16.503,27 € verurteilt.
- 4 Auf die Berufungen der Parteien hat das Berufungsgericht (OLG Hamm, ZUM-RD 2010, 681) - unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel und Abweisung von Klage und Widerklage im Übrigen - die Klägerin zur Freigabe von 20.323,13 € und die Beklagte zur Freigabe von 905 € verurteilt; darüber hinaus hat es die Klägerin zur Zahlung weiterer 478,05 € verurteilt.

5 Die Klägerin erstrebt mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, die Verurteilung der Beklagten zur Freigabe weiterer 20.323,13 € und die vollständige Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte könne von der Klägerin wegen der Musikveranstaltungen die Freigabe von 20.323,13 € und die Zahlung weiterer 478,05 € verlangen; der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Freigabe weiterer 20.323,13 € sei dementsprechend unbegründet. Dazu hat es ausgeführt:

7 Die Klägerin habe die Musikaufführungen auf den Straßenfesten organisiert und durchgeführt. Sie sei vergütungspflichtig, weil sie bei den Anmeldungen der Musikdarbietungen gegenüber der Beklagten als Veranstalterin oder Mitveranstalterin der Straßenfeste aufgetreten sei. Die Vergütungen seien nach dem Tarif U-VK I zu berechnen, weil dieser nach seinen Merkmalen der in Rede stehenden Nutzung am nächsten komme. In Übereinstimmung mit der Schiedsstelle sei anzunehmen, dass sich die Höhe der Vergütung nach der Größe der Gesamtveranstaltungsfläche - gerechnet vom ersten bis zum letzten Stand sowie von Häuserwand zu Häuserwand - richte. Die Beklagte habe die Flächen der fünf Veranstaltungsorte näher aufgeschlüsselt und den Flächeninhalt substantiiert und überprüfbar berechnet. Die Klägerin habe diese Berechnung nicht substantiiert bestritten und keine genaue Alternativberechnung vorgenommen. Die Vergütungen seien nicht nur Zug um Zug gegen Erteilung von Rechnungen zu zahlen.

- 8 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat nur zu einem geringen Teil Erfolg. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Beklagte von der Klägerin wegen der in Rede stehenden Aufführung von Musikwerken die Freigabe von 20.323,13 € und die Zahlung weiterer 478,05 € verlangen kann und der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Freigabe weiterer 20.323,13 € dementsprechend unbegründet ist. Die Beklagte kann von der Klägerin die angemessene Vergütung beanspruchen (dazu 1). Die angemessene Vergütung ist entsprechend den Vergütungssätzen U-VK I (Allgemeine Vergütungssätze für Unterhaltungs- und Tanzmusik mit Musikern) nach der Größe der Veranstaltungsfläche zu bestimmen (dazu 2). Das Berufungsgericht hat die danach geschuldete Vergütung rechtsfehlerfrei festgestellt (dazu 3). Die Klägerin ist allerdings nur zur Freigabe Zug um Zug gegen Erteilung von Rechnungen zu verurteilen (dazu 4).
- 9 1. Die Beklagte kann von der Klägerin wegen der Aufführung von Musikwerken bei den in Rede stehenden Straßenfesten die angemessene Vergütung beanspruchen, weil die Parteien vereinbart haben, dass die Klägerin der Beklagten für die Einräumung der erforderlichen Nutzungsrechte die angemessene Vergütung zahlt.
- 10 Die Beklagte ist als Verwertungsgesellschaft nach § 11 Abs. 1 UrhWG verpflichtet, aufgrund der von ihr wahrgenommenen Rechte jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einzuräumen. Kommt eine Einigung über die Höhe der Vergütung für die Einräumung der Nutzungsrechte nicht zustande, so gelten nach § 11 Abs. 2 UrhWG die Nutzungsrechte als eingeräumt, wenn die Vergütung in Höhe des vom Nutzer anerkannten Betrags an die Verwertungsgesellschaft gezahlt und in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung unter Vorbehalt an die Verwertungsgesellschaft gezahlt oder zu ihren Gunsten hinterlegt worden ist.

11 Die Regelung des § 11 Abs. 2 UrhWG greift nicht ein, wenn keine Einigung darüber zustande kommt, dass dem Grunde nach eine Vergütung für die Einräumung der Nutzungsrechte zu zahlen ist. Deshalb bringt ein Nutzer, der die von der Verwertungsgesellschaft geforderte Vergütung - soweit er die Forderung nicht anerkennt und erfüllt - unter Vorbehalt zahlt oder bei Gericht hinterlegt, um die begehrten Nutzungsrechte nach § 11 Abs. 2 UrhWG zu erlangen, damit durch schlüssiges Verhalten seinen Willen zum Ausdruck, die angemessene Vergütung zahlen zu wollen. Die Verwertungsgesellschaft darf nur die angemessene Vergütung fordern. Daher gelten nicht nur die begehrten Nutzungsrechte als eingeräumt; vielmehr ist zugleich die angemessene Vergütung vereinbart, wenn die Vergütung gemäß § 11 Abs. 2 UrhWG in Höhe des vom Nutzer anerkannten Betrags an die Verwertungsgesellschaft gezahlt und in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung unter Vorbehalt an die Verwertungsgesellschaft gezahlt oder zu ihren Gunsten hinterlegt worden ist.

12 Die Klägerin hat die wegen der Musikaufführungen bei den Straßenfesten geforderte Vergütung gezahlt, soweit sie die Forderungen der Beklagten für berechtigt hielt, und die darüber hinausgehenden Beträge bei Gericht hinterlegt. Damit ist zwischen den Parteien eine Vereinbarung über die Zahlung der angemessenen Vergütung zustande gekommen. Das gilt auch hinsichtlich der Musikaufführungen bei der im Jahr 2007 durchgeführten Veranstaltung „Hammer Straße“ (in Münster). Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin für diese Musikaufführungen keine Vergütung an die Beklagte gezahlt hat. Zwar gelten die Nutzungsrechte nicht als eingeräumt - und ist dementsprechend die angemessene Vergütung nicht vereinbart -, wenn der Nutzer einen geringeren als den geforderten Betrag an die Verwertungsgesellschaft zahlt oder bei Gericht hinterlegt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 1973 - I ZR 145/71, GRUR 1974, 35, 38 - Musikautomat; Urteil vom 1. Juni 1983 - I ZR 98/81, GRUR 1983, 565, 566

- Tarifüberprüfung II). Die Klägerin hat jedoch den gesamten von der Beklagten geforderten Betrag bei Gericht hinterlegt.

13 Der Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf angemessene Vergütung setzt - entgegen der Ansicht der Revision und anders als das Berufungsgericht wohl angenommen hat - nicht voraus, dass die Klägerin als Veranstalter oder Mitveranstalter der Straßenfeste anzusehen ist. Da die Klägerin sich der Beklagten - wie ausgeführt - zur Zahlung der angemessenen Vergütung verpflichtet hat, hätte sie ihr die angemessene Vergütung grundsätzlich auch dann zu zahlen, wenn sie von den Nutzungsrechten keinen Gebrauch gemacht hätte. Davon abgesehen hat die Klägerin die Nutzungsrechte aber auch verwertet. Dafür kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin - wie vom Berufungsgericht angenommen und von der Revision in Abrede gestellt - die gesamten Straßenfeste als Veranstalter oder Mitveranstalter organisiert und durchgeführt hat. Entscheidend ist, dass die Klägerin jedenfalls die Musikaufführungen auf den Straßenfesten organisiert und durchgeführt sowie jeweils von mehreren Bühnen aus die Feste in maßgeblicher Weise beschallt hat.

14 2. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die angemessene Vergütung entsprechend den Vergütungssätzen U-VK I nach der Größe der Veranstaltungsfläche zu bestimmen ist.

15 a) Für Freiluftveranstaltungen hatte die Beklagte zum Zeitpunkt der hier in Rede stehenden Veranstaltungen allerdings keinen Tarif aufgestellt. Enthält das Tarifwerk der Verwertungsgesellschaft keinen unmittelbar passenden Tarif, so ist zur Bestimmung der angemessenen Vergütung grundsätzlich von dem Tarif auszugehen, der nach seinen Merkmalen der im Einzelfall vorliegenden Art und Weise sowie dem Umfang der Nutzung möglichst nahekommt (BGH, Urteil vom 23. Mai 1975 - I ZR 51/74, GRUR 1976, 35, 36 - Bar-Filmmusik;

GRUR 1983, 565, 567 - Tarifüberprüfung II). Das Berufungsgericht ist von den Parteien unbeanstandet davon ausgegangen, dass der Tarif U-VK I nach seinen Merkmalen der in Rede stehenden Nutzung am nächsten steht.

16 b) Bestimmt der Tatrichter die angemessene Vergütung für die Einräumung eines Nutzungsrechts unter Heranziehung des dieser Nutzung am nächsten stehenden Tarifs, kann das Revisionsgericht dies nur darauf überprüfen, ob der Tatrichter von zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist und sämtliche für die Bemessung der Vergütung bedeutsamen Tatsachen berücksichtigt hat, die von den Parteien vorgebracht worden sind oder sich aus der Natur der Sache ergeben (vgl. zur Überprüfung der Angemessenheit des Tarifs einer Verwertungsgesellschaft BGH, Urteil vom 29. Januar 2004 - I ZR 135/00, GRUR 2004, 669, 670 f. = WRP 2004, 1057 - Musikmehrkanaldienst; GRUR 2011, 720 Rn. 30 - Multimediashow; zur Schätzung einer angemessenen Vergütung im Rahmen der Lizenzanalogie BGH, Urteil vom 2. Oktober 2008 - I ZR 6/06, GRUR 2009, 407 Rn. 23 = WRP 2009, 319 - Whistling for a train, mwN; zur Bestimmung der angemessenen Vergütung nach § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 - I ZR 38/07, BGHZ 182, 337 Rn. 31 - Talking to Addison). Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält einer solchen Nachprüfung stand.

17 aa) Das Berufungsgericht hat sich bei seiner Beurteilung im Wesentlichen dem Einigungsvorschlag der Schiedsstelle im vorgeschalteten Verfahren und der ständigen Spruchpraxis der Schiedsstelle in vergleichbaren Verfahren (vgl. etwa ZUM 2007, 587, 588 f.) angeschlossen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

18 Der Tatrichter kann und muss sich auch danach richten, was die Schiedsstelle in dem vorgeschalteten oder in vergleichbaren Verfahren vorge-

schlagen hat. Die Schiedsstelle ist wesentlich häufiger als das jeweilige Gericht mit derartigen Verfahren und der Überprüfung von Tarifen befasst. Ein überzeugend begründeter Einigungsvorschlag der Schiedsstelle hat daher eine gewisse Vermutung der Angemessenheit für sich (BGH, Urteil vom 5. April 2001 - I ZR 132/98, GRUR 2001, 1139, 1142 = WRP 2001, 1345 - Gesamtvertrag privater Rundfunk).

19 bb) Die Revision macht vergeblich geltend, die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin beschränkten sich auf die Vergütungszahlungen, die sie von den Initiatoren der Straßenfeste erhalte. Die eigentlichen wirtschaftlichen Vorteile aus Straßenfesten zögen die Betreiber der Stände, die Dienst-, insbesondere Unterhaltungs- und Gastronomieleistungen anböten und Verkaufsgeschäfte tätigten.

20 Die Frage, ob eine Vergütung angemessen ist, richtet sich grundsätzlich nach dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Berechnungsgrundlage für die Tarife sollen nach § 13 Abs. 3 Satz 1 UrhWG in der Regel die geldwerten Vorteile sein, die durch die Verwertung der urheberrechtlich geschützten Werke oder Leistungen erzielt werden. Damit gilt auch für die Vergütungshöhe der urheberrechtliche Beteiligungsgrundsatz, nach dem der Urheber oder Leistungsschutzberechtigte an jeder wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke oder Leistungen tunlichst angemessen zu beteiligen ist (vgl. BGH, GRUR 2004, 669, 670 f. - Musikmehrkanaldienst). Allerdings ist auch dann, wenn mit einer wirtschaftlichen Nutzung keine geldwerten Vorteile erzielt werden, jedenfalls eine Mindestvergütungsregelung erforderlich, um die Urheber und Leistungsschutzberechtigten vor einer möglichen Entwertung ihrer Rechte zu schützen. Eine solche Mindestvergütung darf nur nicht so weit gehen, dass der Beteiligungsgrundsatz zu Lasten des Verwerters in einem unangemessenen Verhältnis überschritten wird (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1987 - I ZR 164/85, GRUR

1988, 373, 376 - Schallplattenimport III; GRUR 2011, 720 Rn. 31 - Multimedia-show).

21 Der Tarif U-VK I entspricht diesen Anforderungen. Er sieht Vergütungsgruppen vor, die nach der Höhe des Eintrittsgelds für die jeweilige Veranstaltung gestaffelt sind. Für Veranstaltungen, die - wie die hier in Rede stehenden - ohne Eintrittsgeld oder nur gegen ein Eintrittsgeld von bis zu 1 € zugänglich sind, ist nach dem Tarif eine Mindestvergütung zu zahlen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Mindestvergütung unangemessen ist. Im Übrigen hat die Klägerin für die Musikaufführungen von den Initiatoren der Straßenfeste nach ihrem eigenen Vorbringen Vergütungszahlungen erhalten. Die Angemessenheit der von der Klägerin zu zahlenden Vergütung hängt dagegen nicht davon ab, welchen Vorteil die Betreiber von Ständen aus der Veranstaltung von Straßenfesten ziehen.

22 cc) Nach dem Tarif U-VK I ist bei geschlossenen Veranstaltungsräumen die Größe der Veranstaltungsfläche für die Höhe der Vergütung maßgeblich. Das Berufungsgericht hat es in Übereinstimmung mit der Schiedsstelle als angemessen erachtet, die Höhe der Vergütung auch bei Freiluftveranstaltungen nach der Größe der Veranstaltungsfläche - gerechnet vom ersten bis zum letzten Stand und von Häuserwand zu Häuserwand - zu bestimmen. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

23 (1) Die Revision meint, Berechnungsgrundlage für die Veranstaltungsfläche und die Vergütungshöhe könne nur der Bereich sein, der von den Bühnen mit Musikdarbietungen beschallt werde. Diese Fläche sei weiter zu vermindern um die Bereiche, die von Besuchern nicht betreten werden könnten oder dürfen. Dazu gehörten beispielsweise Flächen, die von Ständen bedeckt würden, und Flächen, die - wie etwa der öffentliche Verkehrsraum - für eine Nutzung

durch Besucher nicht zugelassen seien. Zudem seien die Flächen abzuziehen, die von den Betreibern von Ständen beschallt würden. Es sei nicht nachzuvollziehen, weshalb der Veranstalter für die Beschallung von Flächen, bei denen die von der Bühne erfolgende Musikwiedergabe von anderen Beschallungsquellen überlagert werde und für die bereits die Standbetreiber der Klägerin lizenzpflichtig seien, nochmals eine Vergütung zahlen solle.

24 Damit dringt die Revision nicht durch. Das Berufungsgericht hat - in Übereinstimmung mit der Schiedsstelle - rechtsfehlerfrei angenommen, dass es nicht sachgerecht wäre, zur Berechnung der angemessenen Vergütung nur die beschallte Fläche vor den Bühnen zugrunde zu legen und dabei auch noch all die Flächen herauszurechnen, bei denen die Beschallung überwiegend durch Dritte erfolgt. Dies würde den Besonderheiten solcher Straßenfeste nicht gerecht. Diese werden von den musikalischen Veranstaltungen auf den jeweiligen Bühnen geprägt, die für die Schaffung einer angenehmen Atmosphäre der Veranstaltung nahezu unerlässlich sind. Allerdings gibt es bei solchen Festen auch Bereiche, in denen die Musik nicht oder kaum wahrgenommen werden kann, sowie Bereiche, in denen Fahrgeschäfte oder Verkaufsstände Musik wiedergeben und dafür Gebühren an die Beklagte leisten. Es ist für solche Veranstaltungen aber typisch, dass die Besucher zwischen den Bühnen, Verkaufsständen und Gastronomiebetrieben wechseln. Deshalb nehmen regelmäßig alle Besucher die Musikwiedergaben, wenn auch mit unterschiedlicher Aufmerksamkeit, wahr. Dies rechtfertigt es, bei der Berechnung der Vergütung auf die Größe der gesamten Veranstaltungsfläche abzustellen.

25 (2) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, eine weitergehende Differenzierung stünde dem Ziel einer pauschalen Erfassung der zu vergütenden Sachverhalte entgegen und erfordere unnötig komplizierte Individualabrechnungen. Insbesondere sei es der Klägerin nicht zuzumuten, bei jeder

der zahlreichen und verschiedenartigen Veranstaltungen im gesamten Bundesgebiet die Flächen zu ermitteln, auf denen sich keine Besucher aufhalten können oder dürfen.

26 Entgegen der Ansicht der Revision ist es nicht ohne weiteres möglich, für solche Flächen aufgrund vorhandener Erfahrungen pauschale Abzüge vorzunehmen und dem Veranstalter die Möglichkeit zu geben, darüber hinausgehende Flächenreduzierungen zu belegen. Es fehlen Erfahrungswerte, die es der Beklagten ermöglichen würden, nicht begehbare Teilflächen ohne aufwendige Ermittlungen pauschal zu schätzen. Zudem wäre bei einer solchen Schätzung zu erwarten, dass zahlreiche Werknutzer einwendeten, die Beklagte trage den besonderen Gegebenheiten der Veranstaltung nicht Rechnung und unterschätze deshalb die Größe der für Besucher unzugänglichen Teilflächen. Damit wäre der mit der Aufstellung von Tarifen verfolgte Zweck verfehlt, es der Verwertungsgesellschaft zu ersparen, in jedem Einzelfall langwierige Verhandlungen über Art und Höhe der zu zahlenden Vergütung zu führen (BGH, GRUR 1974, 35, 37 - Musikautomat).

27 dd) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Klägerin habe vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass die Beklagte auf größeren Volksfesten alle Stände, Fahrgeschäfte und Gastronomiezelte gesondert abrechne und dem Veranstalter keine Gebühren auferlege. Es sei daher nicht verständlich, warum die Beklagte bei Straßenfesten nicht entsprechend vorgehe und die einzelnen Stände unter Einschluss der von der Klägerin betriebenen zwei bis drei Eventbühnen gleichfalls gesondert abrechne. Da es sich um vergleichbare Fallgestaltungen handele, müssten das Diskriminierungsverbot des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Gleichbehandlungsgebot gelten.

28 Für die Berechnung einer angemessenen Vergütung gilt allerdings der Grundsatz, dass gleichgelagerte Fälle gleich zu behandeln sind (BGH, GRUR 2004, 669, 671 - Musikmehrkanaldienst). Es ist aber weder dargelegt noch ersichtlich, dass das Berufungsgericht bei der Bemessung der Nutzungsvergütung gleichgelagerte Fälle ungleich behandelt hat. Aus dem Vortrag der Klägerin geht nicht hervor, dass die hier in Rede stehenden Straßenfeste mit großen Volksfesten wie dem von der Klägerin angeführten Münchener Oktoberfest vergleichbar sind. Es ist auch nicht ersichtlich, was die Klägerin, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die in Rede stehenden Straßenfeste mit ihren Musikaufführungen prägt, mit den Betreibern von Ständen und Fahrgeschäften auf Volksfesten gemeinsam hat. Mit den Betreibern von Gastronomiezelten ist die Klägerin - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - schon deshalb nicht zu vergleichen, weil Festzelte umschlossene Einheiten sind, während die Klägerin die Musik im Freien aufführt.

29 3. Das Berufungsgericht hat die danach geschuldete Vergütung rechtsfehlerfrei festgestellt.

30 a) Die Revision rügt ohne Erfolg, dass das Berufungsgericht sich bei der Feststellung der Größe der Veranstaltungsflächen im Wesentlichen auf die Flächenberechnungen der Beklagten gestützt hat.

31 aa) Die Revision macht vergeblich geltend, der Vortrag der Beklagten sei nicht hinreichend substantiiert und überprüfbar, weil sich daraus nicht ergebe, wo sich jeweils der nach dem Berechnungsmodell des Berufungsgerichts maßgebliche erste und letzte Stand befunden haben sollen.

32 Es ist allerdings Sache der Beklagten als Anspruchstellerin, die Größe der Veranstaltungsfläche des jeweiligen Straßenfestes darzulegen, nach der

sich entsprechend dem Tarif U-VK I die Höhe ihrer Vergütungsforderung richtet. Die Beklagte hat dieser Darlegungslast jedoch genügt. Sie hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Flächen der fünf Veranstaltungsorte näher aufgeschlüsselt und deren Flächeninhalt substantiiert und überprüfbar berechnet. Da die Größe der Veranstaltungsfläche nach dem Vorbringen der Beklagten vom ersten bis zum letzten Stand und von Häuserwand zu Häuserwand zu berechnen ist, musste sie nicht ausdrücklich darauf hinweisen, dass die von ihr vorgelegten Lagepläne und Flächenberechnungen auf diesem Berechnungsmodell beruhen.

33 bb) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht hätte die Zahlen der Beklagten jedenfalls nicht ohne Beweisaufnahme zugrunde legen dürfen; die Klägerin habe geltend gemacht, dass keine korrekte Messung vorliege, soweit die Werte durch Abschreiten und nicht mit einem geeichten Lasermessgerät ermittelt worden seien.

34 Aus § 138 Abs. 2 und 3 ZPO folgt, dass eine Partei, soll ihr Vortrag beachtlich sein, auf Behauptungen des Prozessgegners unter Umständen substantiiert - das heißt mit näheren positiven Angaben - zu erwidern hat. Eine solche Pflicht kann in Betracht kommen, wenn die Partei alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihr zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 1987 - VI ZR 282/85, BGHZ 100, 190, 195 f.).

35 Die Klägerin kennt die Veranstaltungsorte aus eigener Anschauung. Ihr war es zumutbar, eigene Flächenberechnungen durchzuführen und vorzulegen. Sie konnte die Richtigkeit der Messungen der Beklagten daher nicht einfach dadurch wirksam bestreiten, dass sie die Genauigkeit der von der Beklagten angewandten Messmethode in Zweifel zieht. Das Berufungsgericht konnte sei-

ner Berechnung der Vergütung daher ohne Rechtsfehler die von der Beklagten vorgetragene Größen der jeweiligen Veranstaltungsflächen zugrunde legen.

36 cc) Die Revision macht geltend, bereits die ersten beiden Positionen der Flächenberechnung zur Veranstaltung „Barmen Live“ - der „Alte Markt“ mit 2700 qm und die Straße „Werth“ mit 6240 qm - seien anhand der Angaben der Beklagten rechnerisch nicht nachvollziehbar. Der „Alte Markt“ habe nach Maßgabe der Skizze rechts eine Breite von 30 m und links eine Breite von 15 m. Bei einer Gesamtlänge von 90 m wäre eine Fläche von 2700 qm nur erreichbar, wenn sich die Breite von 30 m über den gesamten Platz fortsetzen würde; dies sei aber nicht der Fall, da sich die Breite etwa ab der Mitte des Platzes von 30 auf 15 m verenge. Soweit das Berufungsgericht anführe, dort trapezartig verlaufende Hausfronten seien nicht eingerechnet, sei dies angesichts der dokumentierten Zahlen nicht nachvollziehbar. Die Straße „Werth“ habe nach der zeichnerischen Darstellung eine Länge von 385 m. Bei einer Straßenbreite von 12 bis 14 m errechne sich eine Fläche von 4620 bis 5390 qm.

37 Damit dringt die Revision nicht durch. Die Klägerin hat das Vorbringen der Beklagten, der „Alte Markt“ von Barmen habe einen Flächeninhalt von 2700 qm und die Straße „Werth“ in Barmen habe einen Flächeninhalt von 6240 qm in den Vorinstanzen nicht konkret bestritten. Bei dem Vorbringen der Revision handelt es sich daher um neuen Sachvortrag, der in der Revisionsinstanz grundsätzlich - und so auch hier - unbeachtlich ist (§ 559 Abs. 1 ZPO).

38 b) Das Berufungsgericht hat die Vergütung für die Einräumung des Rechts zur Aufführung von Musikwerken auf den in Rede stehenden Straßenfesten rechtsfehlerfrei in der Weise berechnet, dass in den Stufen 13 und 14 (bei Veranstaltungsräumen über 3000 qm Flächeninhalt) je angefangener 500 qm weitere 62,90 € zu zahlen sind.

39 Die Revision wendet ohne Erfolg ein, richtigerweise seien in den Stufen 13 und 14 nur je vollendeter 500 qm weitere 62,90 € zu zahlen. Dafür spreche, dass der frühere Text „je weitere angefangene 500 qm“ bei der Neufassung durch den jetzigen Text „je weitere 500 qm bis 10.000 qm“ ersetzt worden sei. Zudem ergebe sich aus dem Umstand, dass der Tarif eine Erhöhung der Vergütungssätze „für je angefangene weitere 10 € Eintrittsgeld um je 10%“ vorsehe, dass die Beklagte selbst zwischen „je angefangene weitere“ und „je weitere“ differenziere.

40 Nach dem Tarif U-VK I gilt ein Vergütungssatz der Tabellenreihen 1 bis 12 nicht erst dann, wenn der am Anfang der jeweiligen Tabellenreihe angegebene Flächeninhalt erreicht ist, sondern schon dann, wenn der Flächeninhalt der am Anfang der vorherigen Tabellenreihe angegebene Flächeninhalt überschritten wird. So ist der Vergütungssatz der Tabellenreihe 12 nicht erst dann anzuwenden, wenn die Fläche des Veranstaltungsraums volle 500 qm mehr als 2500 qm, also 3000 qm beträgt, sondern schon dann, wenn sie mehr als 2500 qm, aber höchstens 3000 qm beträgt. Entsprechendes muss für die Regelung nach den Tabellenreihen 13 und 14 gelten, mit der die Regelung der vorangehenden Tabellenreihen ersichtlich nur fortgeschrieben werden soll.

41 c) Die Revision beanstandet vergeblich, das Berufungsgericht habe bei seinen Berechnungen nicht berücksichtigt, dass die Klägerin sich in ihren Anmeldungen darauf berufen habe, als Mitglied im „AMCU e.V.“ einen Gesamtvertragsnachlass von 20% in Anspruch nehmen zu können.

42 Nach den Allgemeinen Bestimmungen des Tarifs U-VK wird zwar den Mitgliedern von Organisationen, mit denen die Beklagte einen Gesamtvertrag für diesen Tarif geschlossen hat, ein Nachlass entsprechend den gesamtvertraglichen Vereinbarungen eingeräumt. Die Klägerin hat aber nicht dargelegt,

dass der „AMCU e.V.“ mit der Beklagten einen Gesamtvertrag für den Tarif U-VK abgeschlossen hat und nach diesem Gesamtvertrag im vorliegenden Fall ein Nachlass zu gewähren ist.

43 4. Die Klägerin ist allerdings nur zur Leistung Zug um Zug gegen Erteilung von Rechnungen zu verurteilen.

44 Führt ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens eine - nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerpflichtige - Lieferung oder sonstige Leistung an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen aus, ist er nach § 14 Abs. 1 UStG aF (jetzt § 14 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 UStG) verpflichtet, eine - den Anforderungen des Umsatzsteuergesetzes entsprechende - Rechnung auszustellen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs normiert diese Bestimmung des Umsatzsteuergesetzes lediglich eine Nebenpflicht aus dem bürgerlich-rechtlichen Vertragsverhältnis zwischen Lieferanten und Empfänger, die sich ansonsten auch schon aus Treu und Glauben ergäbe (BGH, Urteil vom 24. Februar 1988 - VIII ZR 64/87, BGHZ 103, 284, 286 f.; Urteil vom 10. März 2010 - VIII ZR 65/09, NJW-RR 2020, 1579 Rn. 13). Besteht danach ein Anspruch auf Erteilung einer Rechnung, kann der Empfänger die geschuldete Leistung nach § 273 Abs. 1 BGB zurückhalten, bis der Lieferant ihm die Rechnung erteilt (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2005 - VIII ZB 3/04, NJW-RR 2005, 1005, 1006). Gegenüber der Klage des Lieferanten hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nach § 274 Abs. 1 BGB die Wirkung, dass der Empfänger zur Leistung nur gegen Erteilung der Rechnung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist.

45 Die Revisionserwiderung ist der Ansicht, die Klägerin habe gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Ausstellung einer Rechnung. Zwischen den Parteien sei kein Vertrag über die Einräumung von Aufführungsrechten zustande

gekommen. Die Klägerin habe das Aufführungsrecht von der Beklagten allenfalls nach § 11 Abs. 2 UrhWG kraft Gesetzes erlangt. Damit dringt die Revisi-
onserwiderung nicht durch. Die Steuerbarkeit des Umsatzes entfällt nach § 1
Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UStG nicht, wenn er nach gesetzlicher Vorschrift als ausge-
führt gilt (vgl. dazu BFH, GRUR 2003, 718). Im Übrigen ist zwischen den Par-
teien - wie unter Randnummer 9 ff. ausgeführt - eine vertragliche Vereinbarung
über die Zahlung der angemessenen Vergütung zustande gekommen. Die Klä-
gerin kann die von ihr geschuldete Einwilligung in die Auszahlung der hinterleg-
ten Geldbeträge in Höhe von insgesamt 20.323,13 € und Zahlung weiterer
478,05 € daher gemäß § 273 Abs. 1 BGB verweigern, bis sie den Anforderun-
gen des Umsatzsteuergesetzes entsprechende Rechnungen erhält.

46

III. Danach ist auf die Revision der Klägerin das Berufungsurteil unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels hinsichtlich der Verurteilung der Klägerin dahin abzuändern, dass die Klägerin jeweils nur Zug um Zug gegen Erteilung einer den Anforderungen des Umsatzsteuergesetzes entsprechenden Rechnung für das jeweilige Stadtfest zur Einwilligung in die Auszahlung der bei den Amtsgerichten hinterlegten Beträge in Höhe von insgesamt 20.323,13 € und zur Zahlung weiterer 478,05 € verurteilt wird. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Koch

Löffler

Vorinstanzen:

LG Bochum, Entscheidung vom 22.10.2009 - I-8 O 551/08 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 10.06.2010 - I-4 U 210/09 -