



**BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

Aktenzeichen: I ZR 112/06

Entscheidung vom 20. November 2008

In dem Rechtsstreit

...

gegen

...

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. September 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. ... und die Richter Dr. ..., Dr. ..., Dr. ... und Dr. ... für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 5. Zivilsenat, vom 7. Juni 2006 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind Mitglieder der Musikgruppe ?Kraftwerk?. Diese veröffentlichte im Jahre 1977 einen Tonträger, auf dem sich unter anderem das Stück ?Metall auf Metall? befindet. Die Beklagten zu 2 und 3 sind die Komponisten des Titels ?Nur mir?, den die Beklagte zu 1 mit der Sängerin Sabrina Setlur in zwei Versionen eingespielt hat. Diese Musikstücke befinden sich auf zwei im Jahre 1997 erschienenen Tonträgern.

Die Kläger behaupten, die Beklagten hätten eine etwa zwei Sekunden lange Rhythmussequenz aus dem Titel ?Metall auf Metall? elektronisch kopiert (?gesampelt?) und dem Titel ?Nur mir? in fortlaufender Wiederholung unterlegt. Sie meinen, die Beklagten hätten damit ihre Rechte als Tonträgerhersteller und ausübende Künstler sowie das Urheberrecht des Klägers zu 1 verletzt, der den Titel komponiert und sein Urheberrecht in den von ihnen gemeinsam betriebenen Musikverlag eingebracht habe.

Die Kläger haben die Beklagten auf Unterlassung, Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht, Auskunftserteilung und Herausgabe der Tonträger zum Zwecke der Vernichtung in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen (OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 3 = ZUM 2006, 758). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Kläger beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagten seien den Klägern gemäß § 97 Abs. 1 UrhG (a.F.) zur Unterlassung, zum Schadensersatz und zur Auskunftserteilung sowie gemäß § 98 Abs. 1 UrhG (a.F.) zur Herausgabe der Tonträger zum Zwecke der Vernichtung verpflichtet, weil sie den Titel 'Nur mir?' durchgängig mit dem Rhythmusgefüge zweier Takte aus dem Titel 'Metall auf Metall?' unterlegt und dadurch die Tonträgerherstellerrechte der Kläger aus § 85 Abs. 1 UrhG verletzt hätten. Hierzu hat es ausgeführt:

Die Kläger seien Tonträgerhersteller der Aufnahme 'Metall auf Metall?', weil sie die maßgebliche organisatorische Verantwortung für deren Herstellung getragen hätten. Das den beiden Aufnahmen des Titels 'Nur mir?' durchgängig unterlegte Schlagzeugsample sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme den Takten 19 und 20 der Aufnahme 'Metall auf Metall?' entnommen worden. Grundsätzlich greife auch die ungenehmigte ausschnittsweise Vervielfältigung und Verbreitung eines Tonträgers in die Rechte des Tonträgerherstellers ein. Es könne dahinstehen, ob eine Verletzung der Tonträgerherstellerrechte zu verneinen sei, wenn lediglich kleinste Tonpartikel einer fremden Tonaufnahme verwendet würden. Im Streitfall sei die 'Keimzelle' der Tonaufnahme 'Metall auf Metall?' - ein bestimmtes Rhythmusgefüge mehrerer Schlaginstrumente, das fortlaufend wiederholt werde - im Wege des Sampling übernommen worden. Dieses Rhythmusgefüge sei in seiner charakteristischen Ausprägung noch deutlich in dem Lied 'Nur mir?' wahrnehmbar. Die Beklagten hätten sich dadurch, dass sie gerade dieses Element komplett übernommen und dem Stück 'Nur mir?' ebenfalls fortlaufend unterlegt hätten, im Ergebnis die ganze Tonaufnahme, die aus der ständigen Wiederholung dieses prägenden Teils bestehe, angeeignet und eigenen Aufwand erspart.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Kläger seien Tonträgerhersteller der Aufnahme 'Metall auf Metall?', weil sie die maßgebliche organisatorische Verantwortung für deren Herstellung getragen hätten, erhebt die Revision keine Einwände. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich. Tonträgerhersteller und Inhaber des Leistungsschutzrechts aus § 85 UrhG ist, wer die wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung erbringt, das Tonmaterial erstmalig auf einem Tonträger aufzuzeichnen (vgl. Schulze in Drei-er/Schulze, UrhG, 2. Aufl., § 85 UrhG Rdn. 4; Schrickler/Vogel, Urheberrecht, 3. Aufl., § 85 UrhG Rdn. 31).

2. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis mit Recht angenommen, dass die Beklagten in das Tonträgerherstellerrecht der Kläger eingegriffen haben, indem sie dem von den Klägern hergestellten Tonträger im Wege des Sampling zwei Takte einer Rhythmussequenz des Titels 'Metall auf Metall?' entnommen und diese dem Stück 'Nur mir?' unterlegt haben. Durch die Verwendung der fremden Tonaufnahme bei der Herstellung des eigenen Tonträgers und das anschließende Inverkehrbringen dieses Tonträgers haben die Beklagten in das ausschließliche Recht der Kläger eingegriffen, den von ihnen hergestellten Tonträger zu vervielfältigen und zu verbreiten (§ 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG i.V. mit §§ 16, 17 UrhG).

a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass grundsätzlich bereits die ausschnittsweise ungenehmigte Vervielfältigung oder Verbreitung der auf einem Tonträger aufgezeichneten Tonaufnahmen in die Rechte des Tonträgerherstellers eingreift (ebenso Schulze in Dreier/Schulze aaO § 85 UrhG Rdn. 25; Schrickler/Vogel aaO § 85 UrhG Rdn. 42; WTRP /Wandtke/Bullinger/Schaefer, Urheberrecht, 3. Aufl., § 85 UrhG Rdn. 25, jeweils m.w.N.). Die vereinzelt vertretene Gegenauffassung, die Rechte des Tonträgerherstellers seien nur bei einer ungenehmigten Vervielfältigung oder Verbreitung des gesamten Tonträgers verletzt (so Hoeren, GRUR 1989, 580 f.; anders aber ders., Festschrift Hertin, 2000, S. 113, 128), ist mit den Bestimmungen der Art. 2 und 1 des Genfer Tonträger-Abkommens unvereinbar, wonach die

Tonträgerhersteller bereits vor einer Vervielfältigung und Verbreitung wesentlicher Teile der in dem Tonträger festgelegten Töne zu schützen sind (Häuser, Sound und Sampling, 2002, S. 109, 114 f.; Wegener, Sound Sampling, 2007, S. 238; Ullmann in jurisPR-WettbR 10/2006, Anm. 3). Wäre nur die ungenehmigte Vervielfältigung und Verbreitung des gesamten Tonträgers untersagt, liefe, wie die Revisionserwiderung zutreffend bemerkt, der Schutz des Tonträgerherstellers - gerade im Hinblick auf moderne digitale Aufnahme-, Vervielfältigungs- und Wiedergabetechniken - weitgehend leer.

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann die Rechtsfrage, ob in die Rechte des Tonträgerherstellers auch dann eingegriffen wird, wenn einem Tonträger lediglich kleinste Tonpartikel entnommen werden, im Streitfall nicht offenbleiben. Dem von den Klägern hergestellten Tonträger sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lediglich zwei Takte einer Rhythmussequenz des Titels 'Metall auf Metall' und damit nur kleinste Tonpartikel entnommen worden. Soweit das Berufungsgericht weiter ausgeführt hat, 'im Ergebnis' sei die ganze Tonaufnahme übernommen worden, handelt es sich nicht um eine gegenteilige Tatsachenfeststellung, sondern um die rechtliche Beurteilung, dass die Entnahme dieser Tonpartikel unter den im Streitfall gegebenen Umständen nicht anders als eine Übernahme der Gesamtaufnahme zu bewerten sei. Die vom Berufungsgericht für diese Bewertung gegebene Begründung vermag rechtlich zwar nicht zu überzeugen. Die Beurteilung des Berufungsgerichts stellt sich jedoch im Ergebnis als richtig dar. Ein Eingriff in das durch § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG geschützte ausschließliche Recht des Tonträgerherstellers ist bereits dann gegeben, wenn einem Tonträger kleinste Tonpartikel entnommen werden (Schulze in Dreier/Schulze aaO § 85 UrhG Rdn. 25; Fromm/Nordemann/Hertin, Urheberrecht, 9. Aufl., § 85 UrhG Rdn. 8; Wandtke/Bullinger/Schaefer aaO § 85 UrhG Rdn. 25; Hertin, GRUR 1989, 578; Schorn, GRUR 1989, 579, 580; Hertin, GRUR 1991, 722, 730 f.; Spieß, ZUM 1991, 524, 534; Schulze, ZUM 1994, 15, 20; Müller, ZUM 1999, 555, 558; Weßling, Der zivilrechtliche Schutz gegen digitales Sound-Sampling, 1995, S. 159 ff.; Dierkes, Die Verletzung der Leistungsschutzrechte des Tonträgerherstellers, 2000, S. 23 ff.; a.A. Bortloff, ZUM 1993, 476, 478; ders., Der Tonträgerpiraterieschutz im Immaterialgüterrecht, 1995, S. 110 f.; Münker, Urheberrechtliche Zustimmungserfordernisse beim Digital Sampling, 1995, S. 252 f., 257 f.; Häuser aaO S. 113; Wegener aaO S. 238 ff.; Hoeren, Festschrift Hertin, 2000, S. 113, 128 ff.; vgl. auch Schricker/Vogel aaO § 85 UrhG Rdn. 43; vgl. weiter United States Court of Appeals for the Sixth Circuit - Bridgeport Music, Inc., et al. v. Dimension Films, et al., 383 F. 3d 390 [6th Cir. 2004] zum Recht der Vereinigten Staaten).

aa) Das Berufungsgericht hat seine Auffassung, die Rechte der Kläger als Tonträgerhersteller seien verletzt, weil im Ergebnis die ganze Tonaufnahme übernommen worden sei, im Wesentlichen wie folgt begründet: Bei der den Takten 19 und 20 des Titels 'Metall auf Metall' entnommenen Rhythmussequenz handele es sich um den prägenden Teil (die 'Keimzelle') dieser Tonaufnahme; diese bestehe aus dessen ständiger Wiederholung. In dem Titel 'Nur mir' sei dieser Teil der Tonaufnahme noch deutlich in seiner charakteristischen Ausprägung wahrnehmbar; er sei auch diesem Stück fortlaufend unterlegt. Das Berufungsgericht hat es zur Beurteilung der Frage, ob die Übernahme von Ausschnitten eines Tonträgers in das Recht des Tonträgerherstellers eingreift, demnach als maßgebend erachtet, ob qualitativ oder quantitativ wesentliche Teile der auf dem Tonträger fixierten Tonfolge übernommen werden (ebenso Hoeren, Festschrift Hertin, 2000, S. 113, 129; ähnlich Schricker/Vogel aaO § 85 UrhG Rdn. 43; vgl. auch Knies, Die Rechte der Tonträgerhersteller in internationaler und rechtsvergleichender Sicht, 1999, S. 193; Wegener aaO S. 240 ff.). Dem kann nicht zugestimmt werden.

Die Qualität oder die Quantität der von einem Tonträger entnommenen Töne kann, wie die Revision mit Recht rügt, kein taugliches Kriterium für die Beurteilung sein, ob die Übernahme von Ausschnitten eines Tonträgers in die Rechte des Tonträgerherstellers eingreift. Die Leistungsschutzrechte des Tonträgerherstellers bestehen unabhängig von der Qualität oder der Quantität der auf dem Tonträger festgelegten Töne und erstrecken sich auf Tonträger mit Tonaufnahmen jeglicher Art (Schulze in Dreier/Schulze aaO § 85 UrhG Rdn. 15; Hertin, GRUR 1989, 578; ders., GRUR 1991, 722, 730; Häuser aaO S. 109 f.). Es kommt nicht darauf an, ob es sich bei der Tonfolge um ein schöpferisches Werk oder eine künstlerische Darbietung handelt und ob sie dementsprechend Urheberrechtsschutz oder Leistungsschutz genießt. Ein Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers besteht beispielsweise auch an Tonträgern, auf denen Tierstimmen aufgenommen sind. Desgleichen ist die Länge der Tonaufnahme ohne Bedeutung. Das Leistungsschutzrecht des

Tonträgerherstellers umfasst auch Tonträger, die nur wenige Töne enthalten. Nicht nur der Tonträger mit der Aufnahme einer mehrsätzigen Sinfonie, sondern auch der Tonträger mit der Aufnahme eines kurzen Vogelgezwitschers ist geschützt (Schulze, ZUM 1994, 15, 20). Darüber hinaus würde ein Abstellen auf qualitative oder quantitative Kriterien - wie beispielsweise darauf, ob ein substantieller Teil des Tonträgers vervielfältigt wird, in dem sich seine wettbewerbliche Eigenart widerspiegelt (Schricker/Vogel aaO § 85 UrhG Rdn. 43), oder ob der entnommene Teil im übernehmenden Stück erkennbar bleibt (Ullmann in jurisPR-WettbR 10/2006, Anm. 3; Wegener aaO S. 240 ff.) - zu Abgrenzungsschwierigkeiten und damit zu Rechtsunsicherheit führen (Dierkes aaO S. 26).

bb) Die Beurteilung des Berufungsgerichts ist jedoch im Ergebnis zutreffend. Selbst die Entnahme kleinster Tonpartikel stellt einen Eingriff in die durch § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG geschützte Leistung des Tonträgerherstellers dar. Schutzgegenstand des § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG ist nicht der Tonträger oder die Tonfolge selbst, sondern die zur Festlegung der Tonfolge auf dem Tonträger erforderliche wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung des Tonträgerherstellers (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. IV/270 in UFITA 45 [1965], 240, 314; Schulze in Dreier/Schulze aaO § 85 UrhG Rdn. 15; Schricker/Vogel aaO § 85 UrhG Rdn. 18; Wandtke/Bullinger/Schaefer aaO § 85 UrhG Rdn. 2). Da der Tonträgerhersteller diese unternehmerische Leistung für den gesamten Tonträger erbringt, gibt es keinen Teil des Tonträgers, auf den nicht ein Teil dieses Aufwands entfiel und der daher nicht geschützt wäre (vgl. zum Leistungsschutz des Filmherstellers nach §§ 94, 95 UrhG BGHZ 175, 135 Tz. 18 f. - TV-Total). Die für die Aufnahme erforderlichen Mittel müssen für den kleinsten Teil der Aufnahme genauso bereitgestellt werden wie für die gesamte Aufnahme (Schulze in Dreier/Schulze aaO § 85 Rdn. 25); selbst der kleinste Teil einer Tonfolge verdankt seine Festlegung auf dem Tonträger der unternehmerischen Leistung des Herstellers (Spieß, ZUM 1991, 524, 534; Weßling aaO S. 161; Bindhardt, Der Schutz von in der Populärmusik verwendeten elektronisch erzeugten Einzelsounds nach dem Urheberrechtsgesetz und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1998, S. 129 f.). In diese unternehmerische Leistung greift auch derjenige ein, der einem fremden Tonträger kleinste Tonfetzen entnimmt.

Es kommt nicht darauf an, ob derjenige, der in die Rechte des Tonträgerherstellers eingreift, dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt oder eigenen Aufwand erspart oder ob der Tonträgerhersteller durch diesen Eingriff einen messbaren und nachweisbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet (Hertin, GRUR 1991, 722, 730 f.; a.A. OLG Hamburg GRUR Int. 1992, 390, 391 und NJW-RR 1992, 746, 748; Münker aaO S. 252 f.; Bindhardt aaO S. 131 f.; Häuser aaO S. 111). Selbst wenn, wie die Revision vorbringt, die Übernahme kurzer Sequenzen, die nicht als Samples aus anderen Tonträgern erkennbar sind, regelmäßig keine Auswirkungen auf die Verwertung des Original-Tonträgers hätte (Münker aaO S. 253; Bindhardt aaO S. 133; Häuser aaO S. 111 ff.; Wegener aaO S. 239 f.) und die Übernahme längerer Sequenzen, die als Samples aus anderen Musikproduktionen erkennbar blieben, sogar häufig eine Nachfrage nach dem Original-Tonträger auslöste (Hoeren, Festschrift Hertin, 2000, S. 113, 129), könnte dies den unbefugten Eingriff in die unternehmerische Leistung des Herstellers nicht rechtfertigen. Es ist im Streitfall daher, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, ohne Bedeutung, ob sich die Übernahme eines Teils der Aufnahme ?Metall auf Metall? in die Aufnahme ?Nur mir? nachteilig auf den Absatz des von den Klägern hergestellten Tonträgers ausgewirkt hat oder ob dies, wie die Revision geltend macht, schon deshalb ausgeschlossen erscheint, weil sich die beiden Aufnahmen an völlig unterschiedliche Hörerkreise wenden. Im Übrigen wird dem Hersteller des Tonträgers durch die ungenehmigte Übernahme selbst kleinster Teile einer Tonaufnahme regelmäßig eine mit seiner unternehmerischen Leistung geschaffene Verwertungsmöglichkeit entzogen (a.A. OLG Hamburg GRUR Int. 1992, 390, 391 und NJW-RR 1992, 746, 748). Auch kleinste Teile von Tonaufnahmen haben - wie der Handel mit Sound-Samples zeigt - einen wirtschaftlichen Wert (vgl. Münker aaO S. 253; Dierkes aaO S. 25; zum Samplingvertrag vgl. Zimmermann, in Moser/Scheuermann, Handbuch der Musikwirtschaft, 6. Aufl., S. 1180 ff.).

cc) Die Revision wendet ohne Erfolg ein, der Tonträgerhersteller erhalte, wenn er gegen die Übernahme kürzester Teilstücke einer Tonfolge vorgehen könnte, weitergehende Schutzrechte als der Urheber der musikalischen Werke (so aber Hoeren, GRUR 1989, 581; Bortloff, ZUM 1999, 476, 478; ders., Der Tonträgerpiraterieschutz im Immaterialgüterrecht, 1995, S. 110 f.; Münker aaO S. 252). Entgegen der Ansicht der Revision liegt kein Wertungswiderspruch darin, dass selbst kleinsten Tonpartikeln eines Tonträgers

Leistungsschutz zukommt, während Teile eines Musikwerkes nur dann Urheberrechtsschutz genießen, wenn sie für sich genommen den urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen genügen (vgl. zum Schutz von Werkteilen BGHZ 9, 262, 266 ff. - Lied der Wildbahn I; BGHZ 28, 234, 237 - Verkehrskinderlied; BGH, Urt. v. 23.6.1961 - I ZR 105/59, GRUR 1961, 631, 633 - Fernsprechbuch; zum Werkteilschutz bei Musikwerken Schricker/Loewenheim aaO § 2 UrhG Rdn. 122 m.w.N.). Der von der Revision angestellte Vergleich ist nicht stichhaltig, da der Leistungsschutz für Tonträger und der Urheberrechtsschutz für Musikwerke unterschiedliche Schutzgüter haben (Wandtke/Bullinger/Schaefer aaO § 85 UrhG Rdn. 25; Hertin, GRUR 1989, 578; Müller, ZUM 1999, 555, 558; Weßling aaO S. 161; Dierkes aaO S. 25 f.; von Lewinski in Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 230 f.; vgl. BGHZ 175, 135 Tz. 20 ff. - TV-Total, zum Verhältnis zwischen dem Leistungsschutz für Filmträger nach §§ 94, 95 UrhG und dem Urheberrechtsschutz für Filmwerke nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG). Während § 85 UrhG den Schutz der wirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Leistung des Tonträgerherstellers zum Gegenstand hat, schützt § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG die persönliche geistige Schöpfung des Komponisten (vgl. § 2 Abs. 2 UrhG). Wegen ihres gänzlich unterschiedlichen Schutzgegenstands sind das Leistungsschutzrecht am Tonträger und das Urheberrecht am Musikwerk einem Vergleich des Schutzzumfangs nicht ohne weiteres zugänglich.

dd) Entgegen der Ansicht der Revision ist es dem Tonträgerhersteller aus Rechtsgründen nicht zuzumuten, im Interesse einer freien musikalischen Entwicklung generell auf einen Leistungsschutz für kleinste Teile von Tonaufnahmen zu verzichten (so aber Bindhardt aaO S. 132; vgl. auch Schricker/Vogel aaO § 85 UrhG Rdn. 43). Es mag sein, dass - wie die Revision geltend macht - Samples in der modernen Musikproduktion wesentliche Bausteine des musikalischen Schaffens geworden sind. Das gibt den Musikschaffenden aber keinen Freibrief für die ungenehmigte Entnahme von Tonfolgen aus fremden Tonträgern. Anders als die Revision meint, ist nicht zu befürchten, dass die musikalische Entwicklung in vielen Musikbereichen schlagartig zum Erliegen kommt, wenn den Berechtigten insoweit Leistungsschutz gewährt wird. Wer auf einem fremden Tonträger aufgezeichnete Töne oder Klänge für eigene Zwecke verwenden möchte, ist - soweit diese keinen Urheberrechtsschutz genießen (vgl. dazu Schulze in Dreier/Schulze aaO § 2 UrhG Rdn. 136; Schricker/Loewenheim aaO § 2 UrhG Rdn. 122; Wandtke/Bullinger/Loewenheim § 2 UrhG Rdn. 71, jeweils m.w.N.) - nicht daran gehindert, sie selbst einzuspielen. Ist er hierzu nicht willens oder imstande, kann er den Rechteinhaber um eine entsprechende Erlaubnis ersuchen, dem Tonträger diese Töne oder Klänge zu entnehmen. Dadurch lässt sich, wie die Revisionserwiderung zutreffend anmerkt, eine angemessene Beteiligung an dem unternehmerischen Aufwand des Rechteinhabers sicherstellen, ohne dass die Freiheit der musikalischen Entwicklung behindert wird.

ee) Die Revision macht schließlich ohne Erfolg geltend, trotz der überwältigenden Zunahme des Einsatzes von Samples gebe es kaum einen Fall, in dem ein Tonträgerhersteller gegen die Übernahme kurzer Bestandteile aus einem von ihm hergestellten Tonträger gerichtlich vorgehe. Es mag sein, dass gerichtliche Auseinandersetzungen dieser Art (jedenfalls bislang) nicht besonders häufig sind. Das kann zahlreiche Gründe haben (vgl. Weßling aaO S. 161 ff.; Wegener aaO S. 248 ff.) und dürfte nicht zuletzt damit zusammenhängen, dass der Rechteinhaber die Übernahme kleinster Tonpartikel oft gar nicht bemerken wird oder nur schwer beweisen kann (vgl. Schricker/Vogel aaO § 85 UrhG Rdn. 43; Wandtke/Bullinger/Schaefer aaO § 85 UrhG Rdn. 25). Schwierigkeiten bei der Feststellung und dem Nachweis einer Rechtsverletzung können aber kein Grund für eine Einschränkung des Rechtsschutzes sein. Den Klägern kann es jedenfalls nicht zum Nachteil gereichen, dass andere Inhaber von Tonträgerherstellerrechten - aus welchen Gründen auch immer - von einer Durchsetzung ihrer Rechte absehen.

3. Die Revision rügt jedoch mit Erfolg, dass das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob die Beklagten sich hinsichtlich des Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht der Kläger auf das Recht zur freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG berufen können. Nach § 24 Abs. 1 UrhG darf ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.

a) Die Vorschrift ist hier allerdings nicht unmittelbar anwendbar, weil sie nach ihrem Wortlaut die Benutzung des Werkes eines anderen voraussetzt. Diese Voraussetzung ist bei der - vorliegend gegebenen - Benutzung eines fremden Tonträgers nicht erfüllt. Ein Tonträger ist nach § 85 Abs. 1 UrhG - wie bereits oben unter II 2 b

bb ausgeführt ist - nicht als Werk, also als persönliche geistige Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG), sondern wegen der in ihm verkörperten unternehmerischen Leistung geschützt.

b) Die Regelung des § 24 Abs. 1 UrhG ist jedoch im Falle der Benutzung eines fremden Tonträgers grundsätzlich entsprechend anwendbar (Rehbinder, Urheberrecht, 15. Aufl., Rdn. 815 und 379; Wegener aaO S. 245; vgl. BGHZ 175, 135 Tz. 24 ff. - TV-Total, zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 UrhG auf eine Benutzung von Filmträgern; a.A. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl., Rdn. 624; Dierkes aaO S. 23 f.). Auf die Verwertungsrechte des Tonträgerherstellers sind nach § 85 Abs. 4 UrhG die für das Urheberrecht geltenden Schrankenregelungen im 6. Abschnitt des 1. Teils des UrhG entsprechend anzuwenden. Auch bei der Bestimmung des § 24 Abs. 1 UrhG handelt es sich der Sache nach um eine, wenn auch an anderer Stelle des Urheberrechtsgesetzes geregelte Schranke des Urheberrechts. Die Revision weist zudem mit Recht darauf hin, dass es Sinn und Zweck des § 24 Abs. 1 UrhG, eine kulturelle Fortentwicklung zu ermöglichen, zuwiderliefe, wenn zwar der Urheber eine freie Benutzung des Werkes hinnehmen müsste, der Tonträgerhersteller aber eine freie Benutzung des das Werk enthaltenden Tonträgers verhindern könnte. Muss selbst der Urheber eine Beschränkung seines Urheberrechts hinnehmen, ist auch dem Tonträgerhersteller eine Einschränkung seines Leistungsschutzrechts zuzumuten (vgl. Bindhardt aaO S. 132).

c) Eine entsprechende Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG kommt allerdings in den beiden folgenden Fällen nicht in Betracht:

aa) Aus dem Sinn und Zweck des § 24 Abs. 1 UrhG, eine Fortentwicklung des Kulturschaffens zu ermöglichen, ergibt sich nicht nur der Grund, sondern auch eine Grenze für eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung. Ist derjenige, der die auf einem fremden Tonträger aufgezeichneten Töne oder Klänge für eigene Zwecke verwenden möchte, imstande, diese selbst herzustellen, stehen die Rechte des Tonträgerherstellers einer Fortentwicklung des Kulturschaffens nicht im Wege. In diesem Fall gibt es für einen Eingriff in seine unternehmerische Leistung keine Rechtfertigung. Die Regelung des § 24 Abs. 1 UrhG ist daher nicht entsprechend anwendbar, wenn es möglich ist, die auf dem Tonträger aufgezeichnete Tonfolge selbst einzuspielen. Es kann nicht abschließend beurteilt werden, ob im vorliegenden Rechtsstreit aus diesem Grund eine entsprechende Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG ausscheidet. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Beklagten die übernommene Rhythmussequenz selbst hätten erzeugen können.

bb) Eine entsprechende Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG ist ferner ausgeschlossen, wenn es sich bei der auf dem Tonträger aufgezeichneten Tonfolge um ein Werk der Musik handelt und diesem durch die Benutzung des Tonträgers erkennbar eine Melodie entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird (§ 24 Abs. 2 UrhG). In einem solchen Fall kann sich derjenige, der in das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers eingreift, ebenso wenig wie derjenige, der in das Urheberrecht des Komponisten eingreift, auf ein Recht zur freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG berufen. Auch insoweit kann mangels ausreichender Feststellungen des Berufungsgerichts nicht beurteilt werden, ob eine entsprechende Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG ausgeschlossen ist.

d) Bei der entsprechenden Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG auf Tonträger gelten grundsätzlich keine anderen Anforderungen als bei der unmittelbaren Anwendung auf Werke. Auch die Benutzung fremder Tonträger ist ohne Zustimmung des Berechtigten nur erlaubt, wenn dabei ein selbständiges Werk geschaffen wird (vgl. BGHZ 175, 135 Tz. 25 ff. - TV-Total, zur Benutzung eines Filmträgers). Einer entsprechenden Heranziehung der nach § 24 UrhG geltenden Anforderungen an eine freie Benutzung steht, anders als die Revisionserwiderung meint, nicht entgegen, dass der zur Beurteilung der Selbständigkeit erforderliche Vergleich zwischen dem schöpferischen Gehalt des benutzten Tonträgers und dem schöpferischen Gehalt des neuen Werkes nicht möglich ist, weil die durch § 85 Abs. 1 UrhG geschützte unternehmerische Leistung des Tonträgerherstellers keinen eigenschöpferischen Gehalt hat (vgl. Dierkes aaO S. 23 f.). Die für eine freie Benutzung nach § 24 UrhG erforderliche Selbständigkeit des neuen Werkes gegenüber dem benutzten Werk setzt zwar voraus, dass das neue Werk einen ausreichenden Abstand zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes hält, wobei dies nur dann der Fall ist, wenn die entlehnten eigenpersönlichen Züge des älteren Werkes angesichts der Eigenart des neuen Werkes verblasen (BGHZ 122, 53, 60 - Alcolix;

141, 267, 280 - Laras Tochter; 175, 135 Tz. 29 - TV-Total). Bei der Beurteilung der Benutzung eines Tonträgers kann jedoch in entsprechender Weise geprüft werden, ob das neue Werk einen ausreichenden Abstand zu den dem benutzten Tonträger entnommenen Tonfolgen wahrt. Selbst wenn diese für sich genommen nicht den urheberrechtlichen Schutzanforderungen genügen, steht dies nicht dem zur Beurteilung der Selbständigkeit erforderlichen Vergleich entgegen, ob das neue Werk zu der aus dem benutzten Tonträger entlehnten Tonfolge einen so großen Abstand hält, dass es seinem Wesen nach als selbständig anzusehen ist (vgl. BGHZ 175, 135 Tz. 36 zur einem Filmträger entlehnten Bildfolge).

4. Die Revision rügt ohne Erfolg, dass das Berufungsgericht sein Urteil auch hinsichtlich der Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe der Tonträger an einen Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Vernichtung für vorläufig vollstreckbar erklärt hat. Auch insoweit handelt es sich bei der Entscheidung des Berufungsgerichts um ein Berufungsurteil in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit, das nach § 708 Nr. 10 ZPO ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist. Dabei hat das Berufungsgericht gemäß § 711 ZPO ausgesprochen, dass die Beklagten eine Vollstreckung der Kläger wegen dieser Verurteilung gegen Sicherheitsleistung von 10.000 € abwenden können, sofern nicht die Kläger vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leisten.

Die Revision macht ohne Erfolg geltend, aus dem Umstand, dass bei Maßnahmen nach § 98 Abs. 1 UrhG a.F. gemäß § 98 Abs. 3 UrhG a.F. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten sei, ergebe sich, dass durch eine Vernichtung vor der Rechtskraft eines entsprechenden Urteils keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden dürften (so aber Dreier in Dreier/Schulze aaO § 98 UrhG Rdn. 7; Schrickler/Wild aaO §§ 98/99 UrhG Rdn. 12; Möhring/Nicolini/Lütje, UrhG, 2. Aufl., § 98 UrhG Rdn. 21). Die Revision berücksichtigt nicht, dass die frühere Bestimmung des § 98 Abs. 4 Satz 2 UrhG, wonach Vernichtungsmaßnahmen erst vollzogen werden dürfen, nachdem dem Eigentümer gegenüber rechtskräftig darauf erkannt worden ist, bei der Neufassung des § 98 UrhG durch das am 1. Juli 1990 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG) vom 7. März 1990 (BGBl. I S. 422) ersatzlos entfallen ist. Diese gesetzgeberische Wertung würde unterlaufen, wenn eine Vollstreckung von Vernichtungsmaßnahmen vor Rechtskraft des Urteils nach wie vor unzulässig wäre. Den schutzwürdigen Interessen des Vollstreckungsschuldners ist zudem, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, durch die Möglichkeit hinreichend Rechnung getragen, einen Schutzantrag nach den §§ 712, 714 ZPO zu stellen (falls die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde) und Schadensersatzansprüche nach § 717 Abs. 2 ZPO geltend zu machen (falls das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil aufgehoben oder abgeändert wird). Soweit die Revision geltend macht, die Vollstreckung eines später abgeänderten oder aufgehobenen Urteils könne nicht nur die nach den §§ 712, 714, 717 Abs. 2 ZPO geschützten Interessen des Schuldners, sondern auch Interessen Dritter - hier etwa die des Urhebers oder des darbietenden Künstlers - betreffen (vgl. nunmehr § 98 Abs. 4 Satz 2 UrhG in der Fassung des am 1.9.2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 7.7.2008 [BGBl. I S. 1191]), haben die Beklagten bereits nicht konkret dargelegt, inwieweit im vorliegenden Fall berechnete Interessen Dritter beeinträchtigt sein könnten.

III. Das Berufungsurteil ist danach auf die Revision der Beklagten aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob die Beklagten sich hinsichtlich des Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht der Kläger (§ 85 Abs. 1 Satz 1, §§ 16, 17 UrhG) auf das Recht zur freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG berufen können. Sollte dies der Fall sein, ist die Klage unbegründet, weil dann auch die vom Berufungsgericht bislang nicht geprüften Ansprüche aus einem Urheberrecht des Klägers zu 1 (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, §§ 16, 17 UrhG) und aus Künstlerleistungsschutzrechten der Kläger (§§ 73, 77 Abs. 2 Satz 1, §§ 16, 17 UrhG) jedenfalls im Hinblick auf § 24 Abs. 1 UrhG ausscheiden. Sollten die Voraussetzungen einer freien Benutzung nicht vorliegen, ist die Klage dagegen begründet. Gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Beklagten den Klägern - im Falle einer Verletzung ihrer Rechte als Tonträgerhersteller gemäß § 97 Abs. 1 UrhG a.F. zur Unterlassung, zum Schadensersatz und zur Auskunftserteilung sowie gemäß § 98 Abs. 1 UrhG a.F. zur Herausgabe der Tonträger zum Zwecke der Vernichtung verpflichtet sind, hat die Revision keine Einwände erhoben und es sind insoweit auch keine

Rechtsfehler ersichtlich.

(Unterschriften)