



- 1. Werke können auch durch die Verbreitung handschriftlicher Vervielfältigungsstücke erscheinen.**
- 2. In Italien konnte in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts Opernmusik dadurch erscheinen, dass auf Bestellung von Interessenten durch Kopisten Abschriften des beim Aufführungstheater befindlichen so genannten Originale gefertigt wurden.**
- 3. Wer als Herausgeber eines nachgelassenen Werkes nach § 71 dUrhG Leistungsschutz in Anspruch nimmt, muss beweisen, dass das Werk zuvor nicht erschienen war.**
- 4. Der Umstand, dass ein Werk über längere Zeit als verschollen gegolten hat, begründet nicht die Vermutung, dass es nicht zuvor erschienen war.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

### **Im Namen des Volkes!**

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das Urteil der 12. Zivilkammer des LG Düsseldorf vom 11.7.2005 abgeändert und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Die Kosten des Verfahrens fallen dem Antragsteller zur Last. Streitwert für das Berufungsverfahren: 100.000 Euro

### **Gründe**

I. Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. Danach stellt sich der Sachverhalt wie folgt dar:

Der antragstellende Verein, eine chor- und konzertausübende Gesellschaft bürgerlicher Musikpflege mit langer Tradition, wendet sich, gestützt auf § 71 UrhG, gegen eine Aufführung der Oper „Motezuma“ von Antonio Vivaldi nach einer in seinem Archiv gefundenen Handschrift seitens der Ag. Titelheld ist der in Europa üblicherweise „Montezuma“ genannte aztekische Herrscher des 16. Jahrhunderts.

Der 1741 gestorbene venezianische Komponist Antonio Vivaldi schuf eine Oper dieses Titels, die am 14. 11. 1733 unter seiner Leitung im venezianischen Theater Sant' Angelo uraufgeführt wurde - Ryom-Verzeichnis Nr. 723. Nach einer vom Ast. in Zweifel gezogenen Literaturstelle erlebte die Oper an diesem Theater 1772 eine weitere Aufführung. Während das von Alvise oder Girolamo Giusti stammende Libretto der Oper bekannt blieb, galt die Komposition lange als verloren.

2002 entdeckte der Musikwissenschaftler Dr. Steffen Voss aus Hamburg in der Handschrift mit der Signatur SA 1214 des Archivs des Ast. Die – nicht ganz vollständige – Musik zu der Oper. Der Ast. traf im Januar 2005 Maßnahmen, die er als ein erstmaliges Erscheinenlassen der Opernmusik im Rechtssinne ansieht, nämlich die Herstellung von 50 gebundenen Vervielfältigungsstücken der Handschrift - Faksimilekopien ohne weitere Bearbeitung - und deren Angebot zum Preis von jeweils 60 Euro, worauf auf seiner Internet-Seite hingewiesen worden sei. Zwei Exemplare seien im Mai und Juni an Kunden versandt worden.

Die Ag. beabsichtigt, im Rahmen des von ihr veranstalteten „Altstadtherbst Kulturfestivals“ im September 2005 mehrere szenische Aufführungen der Oper. Vorab wollte sie schon an für den 16. und 17. 7. 2005 in Barga, Italien (Provinz Lucca) vorgesehenen entsprechenden Aufführungen als Koproduzentin mitwirken.

Die Ag. arbeitet mit dem Musikwissenschaftler, Komponisten und Dirigenten Federico Maria Sardelli aus Florenz, Mitglied des in Venedig ansässigen Istituto Italiano ‚Antonio Vivaldi‘, zusammen, der seinerseits gemeinsam mit Dr. Voss an der Musik die für eine Aufführung des Werks notwendigen Ergänzungen vorgenommen und der das Werk schon bei einer konzertanten Aufführung am 11. 6. 2005 in Rotterdam, Niederlande künstlerisch geleitet hat; diese Aufführung

war vom Ast. genehmigt worden. Für die von der Ag. vorgesehenen Aufführungen verweigerte der Ast. die Genehmigung.

Der Ast., der behauptet hat, die Musik der Oper sei zuvor niemals im Rechtssinn „erschieden“, und der geltend gemacht hat, durch Aufführungen der Ag. werde sein, des Ast., Interesse an einer von ihm selbst beabsichtigten hochrangigen szenischen Aufführung sowie an einer Einspielung der Musik beeinträchtigt, den drohenden Schaden werde die weitgehend vermögenslose Ag. nachträglich nicht ausgleichen können, hat unter dem 29. 6. 2005 beantragt, der Ag. im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, die aus seinem Archiv stammende und von ihm erstmals veröffentlichte Oper „Motezuma“ von Antonio Vivaldi (SA1214) - szenisch oder konzertant - aufzuführen und/oder aufführen zu lassen und/oder Aufführungen des Werkes auf ihrer Internet-Webseite und/oder in anderen Medien anzukündigen und/oder ankündigen zu lassen.

Die Ag., die die Zurückweisung des Verfügungsantrags begehrt hat, hat in Abrede gestellt, dass der Ast. das musikalische Werk jetzt im Rechtssinn habe „erscheinen“ lassen, vor allem aber dass es nicht schon früher im Rechtssinn „erschieden“ sei. Das Gegenteil des letzteren sei aus dem Charakter der aufgefundenen Handschrift in Verbindung mit der Tatsache der beiden Aufführungen im 18. Jahrhundert und der damaligen Praxis der Verbreitung von Opernmusikabschriften zu erschließen. Die Ag. hat die beim Ast. gefundene Handschrift im Hinblick auf das Querformat zur Auflage auf einem Cembalo als so genannte Reisekopie bezeichnet, ersichtlich für einen deutschen Empfänger. Weiterhin hat sie ausgeführt, dass es sich um eine Abschrift handle, nicht um das Manuskript des Komponisten selbst, das Autograph, und auch nicht um die so genannte Reinzeichnung oder „Originale“. Die Abschrift stamme aus einer professionell betriebenen Kopistenwerkstatt. Um ein frühes „Erscheinen“ der fraglichen Opernmusik im Rechtssinn zu bejahen, genüge es, so hat die Ag. geltend gemacht, dass - entsprechend der damaligen Übung - Abschriften sog. Werkvermittlern wie Veranstaltern von Operaufführungen angeboten worden seien und dass in den Kopistenwerkstätten Besucher der Aufführungen zur Mitnahme und zum Nachmusizieren oder auswärtige Höfe zum Versand Abschriften hätten bestellen können.

Wegen der Aufführungen in Barga hat die Ag. von vornherein jeden hier zu verfolgenden Anspruch in Abrede gestellt.

Die Ag. hat auch einen Verfügungsgrund verneint. Sie hat für den Fall einer Untersagung einen Schaden in Höhe der Gesamtkosten der Produktion von 258.000 Euro befürchtet, was voraussichtlich ihren Ruin und den des Festivals bedeute. Demgegenüber könnten Nachteile des Ast. auch nachträglich noch durch Lizenzzahlungen ausgeglichen werden. Das Eilverfahren eigne sich nicht zur Beantwortung der anstehenden schwierigen Tat- und Rechtsfragen. Der Ast. wisse zudem seit längerem von den beabsichtigten Aufführungen.

Das LG Köln hat unter Verneinen eines früheren „Erscheidens“ der Musik und Bejahung eines Verfügungsgrunds die beantragte einstweilige Verfügung durch Urteil erlassen, wogegen die Ag. Berufung eingelegt hat.

Sie wendet sich vor allem bei den Ast. treffender Beweislast gegen die Annahme des LG, dass die Oper nicht bereits früher erschienen sei, und erörtert hierzu nochmals die von ihr, der Ag., geltend gemachten Umstände der damaligen Veröffentlichungspraxis. Sie meint, bereits die Fertigung des sog. Originale für das Theater sei angesichts der Bestimmung des Exemplars als Vorlage für die Kopien der weiteren Interessenten eine den Begriff des Erscheinenlassens ausfüllende Überlassung eines Vervielfältigungsstücks an einen so genannten Werkmittler gewesen. Nach den Verhältnissen der Zeit habe jedenfalls die Fertigung einer recht geringen Zahl von Kopien für die Interessenten gereicht, den Begriff auszufüllen. Die Ag. vertritt die Auffassung, dass dagegen die jetzige Tätigkeit des Ast. angesichts des Zwecks des § 71 UrhG, eine bestimmte Leistung zu honorieren, nicht als „Erscheinenlassen“ des Werkes i.S. der Vorschrift zu qualifizieren sei. Auch fehle es auf Seiten des Ast. an einem geeigneten ernst zu nehmenden Angebot des Werkes an die Öffentlichkeit. Jedenfalls komme der von Dr. Voss und Herrn Sardelli im Juni 2004 abgeschlossenen Bearbeitung der Opernmusik, durch die die Musik überhaupt erst spielbar geworden sei, gegenüber einem

Erscheinen der Handschrift des Ast. im Januar 2005 die Priorität zu. Die Fassung von Dr. Voss und Herrn Sardelli, um deren Aufführung es - wie schon in Rotterdam - jetzt allein gehe, sei Gegenstand eines eigenen Bearbeiterurheberrechts der beiden. Die zur Feststellung des Verfügungsgrunds vorzunehmende Interessenabwägung müsse zu ihren, der Ag., Gunsten ausfallen, also zur Verneinung des Verfügungsgrunds führen. Insbesondere sei der Vortrag des Ast. zu der beabsichtigten eigenen Aufführung zu pauschal, um Beachtung zu finden. Schließlich macht die Ag. geltend, die vom Ast. erwirkte einstweilige Verfügung unterliege der Aufhebung, weil sie nicht ordnungsgemäß vollzogen worden sei. Die ihr zu diesem Zwecke im Parteibetrieb zugestellte Urteilsabschrift gebe nicht die Unterschriften der Richter wieder und auch keinen Ausfertigungsvermerk.

Die Ag. beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Der Ast. beantragt die Zurückweisung der Berufung mit der Maßgabe, dass der Ag. verboten werde, in Deutschland und/oder Italien die Musik zur Oper „Motezuma“ von Antonio Vivaldi, RV 723, gem. seiner, des Ast., Handschrift SA 1214 - szenisch oder konzertant - aufzuführen und/oder aufführen zu lassen und/oder Aufführungen des Werkes auf ihrer Internet-Webseite und/oder in anderen Medien anzukündigen und/oder ankündigen zu lassen.

Er hält an seinem erstinstanzlichen Vortrag fest und verteidigt das angefochtene Urteil. Die Ag. habe keinen Hinweis beigebracht, dass gerade das streitgegenständliche Werk bereits im 18. Jahrhundert „erschienen“ sei. Die aufgefundene Handschrift sei als Abschrift der Originalpartitur ein Unikat.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die von ihnen dort gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II. Die Berufung der Ag., mit der sie sich gegen das im Wege der einstweiligen Verfügung erlassene Verbot einer Aufführung der Musik zur Oper „Motezuma“ gem. der Handschrift aus dem Archiv des Antragsstellers wendet, ist zulässig und begründet.

Die vom LG mit dem angefochtenen Urteil erlassene einstweilige Verfügung unterliegt der Aufhebung und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag der Zurückweisung, weil die Eilmaßnahme entgegen dem Erfordernis des § 929 II ZPO in Verbindung mit § 936 ZPO nicht innerhalb der Frist eines Monats vollzogen worden ist. Der Ast. hat die einstweilige Verfügung durch eine Zustellung des Urteils im Parteibetrieb vollziehen wollen. Die Zustellung ist aber nicht ordnungsgemäß erfolgt, sie weist vielmehr einen wesentlichen Mangel auf. Denn Gegenstand der Zustellung waren, anders als geboten (wegen der Nachweise der einschlägigen Rechtsprechung siehe Berneke, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 2. Aufl., Rn. 317), weder eine ordnungsgemäße Ausfertigung des Urteils, noch eine beglaubigte Abschrift einer solchen Ausfertigung. Das von der Ag. in der Berufungsverhandlung als Gegenstand der Zustellung vorgelegte, bei ihr verbliebene Schriftstück ist vielmehr die einfache Ablichtung einer Urteilsabschrift zwar mit den maschinenschriftlich wiedergegebenen richterlichen Unterschriften, aber ohne einen Ausfertigungsvermerk. Handschriftlich hinzugesetzt ist nur die ersichtlich vom zustellenden Gerichtsvollzieher unterschriebene Angabe „Beglaubigt ZU am! 11.07.05“. Ein Beiblatt mit einem vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle unterschriebenen und dem Siegel des LG versehenen Ausfertigungsvermerk ist demgegenüber der Urteilsabschrift beigelegt, die nicht der Ag. zum Verbleib übergeben worden ist, sondern die der Gerichtsvollzieher an den Ast. mit der Zustellungsurkunde vom 11. 7. 2005 zurückgesandt hat.

Die Berufung der Ag. ist aber auch deshalb begründet und insofern hat der Fall allgemeinere Bedeutung, weil der im Eilverfahren verfolgte Anspruch des Ast. auf Untersagung der Aufführungen der Musik zur Oper „Motezuma“ nicht besteht. Das Verbot sollte sich, wie der Ast. in der Berufungsverhandlung klargestellt hat, auf Deutschland und Italien beziehen. Für beide Länder steht ihm gegen die Ag. aber kein Anspruch auf Unterlassung der Aufführungen zu.

Festzuhalten ist zunächst, dass der Ast., der keinerlei eigene Rechte vom Urheber der Opernmusik herleiten kann, an der Musik keinen Urheberrechtsschutz im eigentlichen Sinne geltend macht. Allerdings steht außer Streit, dass der der Werksgattung des § 2 I Nr. 2 UrhG zugehörigen wiedergefundenen Opernmusik Vivaldis i.S. des Absatzes 2 der Vorschrift der Rang einer persönlich geistigen Schöpfung zukommt, der Voraussetzung jeden Urheberrechtsschutzes im eigentlichen Sinne ist. Zum seinerzeitigen vorbekannten Formenschatz, von dem sich die Musik in einer den Urheberrechtsschutz rechtfertigenden Weise abheben musste, haben die Parteien freilich nicht im Einzelnen vorgetragen. In jedem Fall ist das Werk Vivaldis aber vom vorliegend streitigen Leistungsschutz abgesehen gemeinfrei.

Der im Streitfall tatsächlich verfolgte, auf § 97 I Satz 1 UrhG in Verbindung mit § 71 I Satz 1 und 2 UrhG gestützte Verfügungsanspruch auf Unterlassung ist unbegründet. Der in Anspruch genommene Leistungsschutz an einem so genannten nachgelassenen Werke kommt dem Ast. hinsichtlich der Opernmusik Vivaldis nicht zu. Für Deutschland sind die Voraussetzungen des § 71 I Satz 1 und 2 UrhG, für Italien die des Artikels 85 ter des Gesetzes Nr. 633 vom 22. 4. 1941 nicht erfüllt.

§ 71 I Satz 1 UrhG gibt demjenigen, der ein „nicht erschienenenes“ Werk nach dem Erlöschen des Urheberrechts erlaubter Weise „erstmalig erscheinen“ lässt oder „erstmalig öffentlich wiedergibt“, das ausschließliche Recht, das Werk zu verwerten. Das gleiche gilt nach Satz 2 der Vorschrift für „nicht erschienene Werke“, die niemals geschützt waren, deren Urheber aber schon länger als siebenzig Jahre tot ist. Die Voraussetzung eines Fehlens des Urheberrechts ist im Streitfall erfüllt. Die Musik zur Oper „Motezuma“ ist nämlich zu einer Zeit geschaffen worden, als die modernen Urheberrechtsordnungen Europas noch nicht bestanden, und ihr Urheber Vivaldi ist schon so lange tot, dass seither die längst denkbare Schutzfrist für Urheberrechtsschutz abgelaufen sind. Nach § 64 UrhG, einer Vorschrift, die mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 23. 6.1995 (BGBl. I 842) geändert und mit der eine entsprechende Vorgabe aus Artikel 1 Nr. 1 der Richtlinie 93/98 EWG des Rates vom 29. 10. 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (Abl. EG Nr. L 290 vom 24. 11. 1993, S. 9), der so genannten Schutzdauer-Richtlinie, umgesetzt worden ist, erlischt das Urheberrecht jetzt siebenzig Jahre nach dem Tode des Urhebers.

Dem Antragssteller kommt der in Anspruch genommene Leistungsschutz nach § 71 I Satz 1 und 2 UrhG nicht zu, weil das Merkmal des gesetzlichen Tatbestands, dass ein „nicht erschienenenes“ Werk erstmalig zum Erscheinen gebracht oder öffentlich wiedergegeben worden ist, im Streitfall nicht verwirklicht ist. Es ist nämlich nicht festzustellen, dass die Musik zur Oper „Motezuma“ nicht bereits früher „erschienen“ ist. An der Ablehnung einer solchen Feststellung ist der erkennende Senat als BerGer. nicht deshalb gehindert, weil das LG als Gericht erster Instanz seinerseits die Feststellung getroffen hat. Der Senat muss nicht nach § 529 Abs.1 Nr. 1 ZPO die landgerichtliche Feststellung seiner eigenen Verhandlung und Entscheidung zugrunde legen. Im Sinne der zitierten Vorschrift gibt es durchgreifende Zweifel an der Richtigkeit der abweichenden landgerichtlichen Feststellung. Es braucht deshalb nicht weiter untersucht zu werden, ob in einem Eilverfahren hinsichtlich der Bindung des BerGer. an Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht ohnehin andere Maßstäbe gelten (vgl. hierzu Berneke, Neues Vorbringen im Berufungsverfahren zu Arrest und einstweiliger Verfügung, Festschrift für Tilmann, 2003, S. 755 [763ff.]).

Im Streitfall ist weder negativ festzustellen, dass die Musik zur Oper „Motezuma“ vor 2005 nicht erschienen ist, noch - positiv -, dass sie erschienen ist. Da den Ast. die Beweislast für ein Nichterscheinen der Opernmusik trifft, er den Beweis aber nicht geführt hat, ist der zu treffenden Entscheidung die Feststellung zugrunde zu legen, die Oper sei nicht erschienen. Im Streitfall wirkt es sich nicht aus, dass es in Sachen des einstweiligen Rechtsschutzes für die Feststellung von Tatsachen nicht i.S. von § 286 I Satz 1 ZPO darauf ankommt, ob das Gericht nach freier Überzeugung eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr erachtet, es von der Tatsache also überzeugt ist, sondern es nach § 920 II, § 936 ZPO ausreicht, dass das Gericht die Tatsache für

glaubhaft hält, weil für die Tatsache die überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht (vgl. zu letzterem Scherer, Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung, 1996). Da im vorliegenden Fall die im Wesentlichen unstreitigen Umstände, die für ein früheres Erscheinen der Opernmusik sprechen, einer richterlichen Überzeugung vom Nichterscheinen als wahrer Tatsache entgegenstehen, schließen sie auch das Urteil aus, dass das Nichterscheinen auch nur überwiegend wahrscheinlich ist.

In § 71 I Satz 1 und 2 UrhG geht es bei dem früheren Erscheinen des Werkes um eine negative Tatsache, d.h., es muss festgestellt werden, dass es die Tatsache, im Streitfall das Erscheinen der Musik Vivaldis, nicht gegeben hat. Das Fehlen einer Tatsache kann aber - seiner Natur nach - nicht unmittelbar festgestellt werden; es kann vielmehr nur erschlossen werden. Grundlage des Schlusses kann sein, dass etwas wahrgenommen wird, das bei Existenz der Tatsache, im Streitfall dem Erscheinen der Opernmusik, nicht wahrnehmbar sein dürfte, oder dass man die Tatsache, hier also das Erscheinen der Opernmusik, nicht wahrnimmt, sie aber wahrnehmen müsste, wenn sie da wäre (vgl. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 331).

Im Streitfall ist keine Tatsache vorgetragen, die mit einem früheren Erscheinen der Opernmusik unvereinbar wäre. Auch müsste man nicht etwa ein früheres Erscheinen der Opernmusik notwendiger Weise heute noch wahrnehmen, nimmt es aber nicht wahr. Die allein in Betracht zu ziehende Tatsache, dass die Opernmusik, soweit die Erinnerung reicht, verschollen war, schließt es nicht aus, dass die Musik zuvor doch erschienen war. Vielmehr können die Vervielfältigungsstücke der Musik, auf die es für ein früheres Erscheinen ankommt, bis auf die kürzlich beim Ast. gefundene Handschrift endgültig verloren gegangen oder sie können anderenorts noch verborgen sein. Eine Verbreitung von Vervielfältigungsstücken im Anschluss an die Uraufführung der Oper 1733 ist nicht etwa deshalb ausgeschlossen oder auch nur unwahrscheinlich, weil die Partitur schon zu Lebzeiten Vivaldis, er ist 1741 gestorben, bereits als verschollen gegolten hätte. Der Ast. stützt sich für diese Behauptung zu Unrecht auf das Werk Mario Rinaldis „Il Teatro Musicale di Antonio Vivaldi“, Florenz 1979. Wie in der Berufungsverhandlung angesprochen worden ist, übersetzt der Ast. den Satz Rinaldis „La partitura, che è andata dispersa venne presentata al teatro S. Angelo di Venezia nell' autunno 1733“ unrichtig i.S. einer Vorzeitigkeit des Verlusts im Hinblick auf die Aufführung von 1733 (vgl. auch die richtige Übersetzung durch die Übersetzerin Marisa Manzin in Anlage AG 12). Ebenso wenig besagt der Umstand der Erhaltung einer größeren Zahl gedruckter Exemplare des Librettos, nämlich neun, etwas gegen die Verbreitung auch der Musik in einer hinreichenden Zahl - allerdings handschriftlicher - Kopien. Denn nach dem unwidersprochenen Vortrag der Ag. war es damals üblich, den Besuchern einer Opernaufführung das Libretto - anders als die Musik der Oper - in gedruckter Form zur Verfügung zu stellen, damit sie die Handlung besser verfolgen konnten; die Übung lässt auf eine Verbreitung der Texte in weitaus größerer Zahl schließen, als sie hinsichtlich der Musik gegeben war.

Im Übrigen reicht für den Beweis einer Negative die Widerlegung der Umstände, die für die Positive sprechen (BGH NJW 1985, 1774; so schon RG WarnRspr. 1918, 102; RG JW 1918, 814; Rosenberg, a.a.O., S. 331). Im Streitfall sind allerdings die Umstände, die für ein früheres Erscheinen der Musik Vivaldis sprechen, nicht widerlegt, sondern im Wesentlichen sogar unstreitig. Die Ag. trägt ein Geschehen vor, nach dem die Musik zur Oper „Motezuma“ im Zusammenhang mit der Uraufführung der Oper in Venedig erschienen ist. Sie schildert, auch in Bezug auf das hier streitige Werk des „Motezuma“ sei entsprechend der damaligen Übung in Italien von dem Manuskript des Opernkomponisten, des Autographen, durch Abschreiben zunächst ein so genanntes Originale zum Verbleib bei dem aufführenden Theater gefertigt worden. Dieses „Originale“ sei die Vorlage für die Fertigung handschriftlicher Kopien gewesen. Zur fraglichen Zeit hätten in Venedig wie auch anderswo in Italien Kopistenwerkstätten bestanden, in denen auf jedermanns Bestellung Abschriften gefertigt worden seien. Besucher von Opernaufführungen hätten sich so Abschriften der Musik zur Mitnahme und zum Nachmusizieren beschafft. Auch sei die Opernmusik auf Bestellung an auswärtige Fürstenhöfe versandt worden, wenn dort Interesse bestanden habe, die in

Venedig, Florenz oder anderenorts aktuelle Musik zu hören. Die seinerzeit allgemein bekannte Praxis habe den damaligen „Musikalienhandel“ in Italien ausgemacht. Damit verdeutlicht die Ag., der damalige Bedarf außenstehender Interessenten an Vervielfältigungsstücken italienischer Opernmusik sei auf diese Weise befriedigt worden, was gerade auch für die Musik des „Motezuma“ gegolten habe. Ersichtlich geht die Ag. des Weiteren davon aus, dass Vivaldi der Vervielfältigung und Verbreitung seiner Musik gem. der geschilderten Praxis, die ihm bekannt gewesen sein muss, zugestimmt hat.

Nach dem vorgetragenen Geschehen ist die Oper „Motezuma“ i.S. des § 71 I Satz 1 und 2 UrhG bereits früher erschienen, nämlich zu Lebzeiten Vivaldis im Zusammenhang mit der Uraufführung der Oper in Venedig. Es ist anzunehmen, dass mit Zustimmung des Urhebers Vivaldi oder eines von ihm Berechtigten hier kommt der so genannte Impresario in Betracht Vervielfältigungsstücke der Musik nach der Herstellung der Stücke „in genügender Anzahl“ der Öffentlichkeit angeboten oder in Verkehr gebracht worden sind, wie § 6 II Satz 1 UrhG es definiert. Das Merkmal des „Erscheinens“ in § 71 I Satz 1 und 2 UrhG geht auf die ursprüngliche Fassung des Urheberrechtsgesetzes von 9. 9. 1965 zurück. Die Vorschrift ist später durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes in bestimmter Weise allerdings unter Beibehaltung des Merkmals des „Erscheinens“ einer Vorgabe aus Artikel 4 der so genannten Schutzdauer-Richtlinie angepasst worden. Nach allgemeiner Meinung ist das Merkmal des „Erscheinens“ in § 71 I Satz 1 und 2 UrhG an sich so zu verstehen, wie es in § 6 II UrhG einheitlich für das Urheberrechtsgesetz definiert ist (von Gamm, UrhG, § 71 Rn. 3; Katzenberger in Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl., § 6 Rn. 29; Loewenheim in Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl., § 71 Rn. 7; Hertin in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl., § 71 Rn. 4; Meckel in Dreyer/Kotthoff/ Meckel, Urheberrecht, § 71 Rn. 6; Hubmann, Zum Rechtsbegriff des Erscheinens, GRUR 1980, 537 [538]; vgl. auch die Begründung zum Regierungsentwurf eines Urheberrechtsgesetzes, BT-Ds. IV/270, zu § 6, abgedruckt auch in Ufita, Bd. 45 [1965], S. 240 [254]).

Ein Erscheinen im Venedig der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts reichte zur Verneinung des Tatbestandsmerkmals des § 71 I Satz 1 und 2 UrhG aus, wenn damals eben nur die Merkmale des heutigen § 6 II UrhG erfüllt waren. Auch ein früheres Erscheinen im Ausland hindert nach allgemeiner Auffassung das Entstehen eines Schutzrechts nach § 71 UrhG (Eugen Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., § 118 II 2; Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 71 Rn. 5; Schiefler, Veröffentlichung und Erscheinen nach dem neuen Urheberrechtsgesetz, Ufita Bd. 48 [1966], Seite Ufita81 [98]; Ekrutt, Der Schutz der „editio princeps“, Ufita, Bd. 84 (1979), S. 45 [48]; a.A. nur von Gamm, a.a.O., § 71 Rn. 3). Ebenso wenig stellt das Gesetz darauf ab, wie lange das frühere Erscheinen zurückliegt.

Wesentlich für das Erscheinen eines Werkes ist es, dass es der Öffentlichkeit in verkörperter Form zugänglich gemacht wird (von Gamm, a.a.O., § 6 Rn. 8; Eugen Ulmer, a.a.O., § 32 II; § 118 II 2; Katzenberger, a.a.O., Rn. 30), was eine größere Breitenwirkung des Werkes bewirkt. Nach allgemeiner Meinung spielt es für die Definition des § 6 II Satz 1 UrhG keine Rolle, auf welche Weise die Werkverkörperungen zustande gekommen sind. Geeignete Vervielfältigungsstücke gem. § 16 UrhG sind nicht nur gedruckte Werkexemplare von Schrift-, Kunst- oder Musikwerken, sondern Werkverkörperungen jeder Art, wie beispielsweise Radierungen, Kunstdrucke, Schallplatten, Filmkopien, Abzüge von Fotografien (von Gamm, a.a.O., § 6 Rn. 8; Eugen Ulmer, a.a.O., § 32 II; Katzenberger, a.a.O., Rn. 31; Ahlberg in Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Aufl., § 6 Rn. 20; Dreier, a.a.O., § 6 Rn. 13). Unter diese Definition fallen auch Vervielfältigungsstücke eines Werkes, die durch Abschreiben hergestellt worden sind, mag dieser Art der Fertigung heute angesichts der hohen Kosten menschlicher Arbeit und der meist benötigten höheren Zahl von Vervielfältigungsstücken auch keine praktische Bedeutung mehr zukommen (vgl. BGHZ 64, 183 [187f.] - August Vierzehn). Angesichts des klaren Wortlauts des § 16 I UrhG ist es jedenfalls nicht möglich, handschriftlich gefertigte Abschriften vom Begriff der „Vervielfältigungsstücke“ in § 6 II Satz 1 UrhG auszunehmen, obwohl der in der Vorschrift für das Urheberrecht definierte Begriff des „Erscheinen“ ursprünglich aus dem Verlagsbuchhandel stammt, wo er sich auf die Herausgabe des

Werkes in gedruckten Exemplaren bezieht (Eugen Ulmer, a.a.O., § 32 II). Für die Parteien steht dieser Punkt ohnehin außer Streit.

Der Senat hat erwogen, ob für das Merkmal des § 71 I Satz 1 und 2 UrhG, dass das in Rede stehende Werk nicht schon früher erschienen sein darf, nicht doch - in Abweichung von § 16 I UrhG - eine Herausgabe des Werkes in bloß handschriftlichen Abschriften deshalb außer Betracht zu bleiben hat, weil es in der Regierungsbegründung zum Entwurf eines Urheberrechtsgesetzes heißt, der damalige § 81 sehe eine Schutzfrist für die „Erstausgabe nachgelassener Werke (editio princeps)“ vor (BT-Ds. IV/270, a.a.O., S. 305) - ebenso die Regierungsbegründung eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (BT-Ds. 13/781, S. 14) - und weil dem gem. auch die Literatur davon spricht, es gehe um Leistungsschutz für die „Erstausgabe“ eines Werkes oder lateinisch seine „editio princeps“ (von Gamm, a.a.O., § 71 Rn. 1; Loewenheim, a.a.O. § 71 Rn. 1), weil unter einer „Erstausgabe“ oder „editio princeps“ aber nach dem allgemeinen Sprachgebrauch gerade die „erste, zumeist buchhändlerische Veröffentlichung eines gedruckten Werkes“ (Der große Brockhaus, 16. Auflage in zwölf Bänden, 3. Band, 1953) oder die „erste selbständige Buchveröffentlichung eines literarischen Werkes“ verstanden wird, wobei „die Humanisten die erstmals nach Handschriften gefertigten Drucke antiker Autorentexte“ so bezeichneten (Meyers enzyklopädisches Lexikon, Band 8, 1973). Die - im Übrigen von den Parteien nicht aufgeworfene - Frage ist jedoch zu verneinen. Denn dem allgemeinen Sprachgebrauch hinsichtlich einer Kurzbezeichnung des Inhalts einer Gesetzesvorschrift kommt nicht ohne Weiteres eine die Reichweite der Vorschrift begrenzende Bedeutung zu. Es muss vielmehr bei der dargestellten allgemein geteilten Auffassung bleiben, dass die Definition des Erscheinens eines Werkes in § 6 II Satz 1, § 16 I UrhG Geltung für das gesamte Urheberrechtsgesetz und damit auch für seinen § 71 hat. So heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs eines Urheberrechtsgesetzes (zu § 81, a.a.O., S. 305) auch, das Leistungsschutzrecht knüpfe „allein an die Tatsache“ an, „dass jemand ein bisher unbekanntes oder nur durch mündliche Überlieferung bekanntes Werk ... der Öffentlichkeit durch Vervielfältigung und Verbreitung zugänglich macht.“ Von einem bisher nur ungedruckten Werk ist nicht die Rede.

Es ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber des Urheberrechtsgesetzes unbeabsichtigt das Leistungsschutzrecht des § 71 nur für Werke vorgesehen hat, die schlechthin nicht früher erschienen sind, und es nur aus einem Versehen nicht für Werke gewährt hat, die früher nur ungedruckt erschienen sind. Wie Reh binder in seinem Aufsatz „Zum Rechtsschutz der Herausgabe historischer Texte“ (Ufita, Bd. 106 [1987], S. 255 [261ff.]) darlegt, hat es im Rahmen der intensiven Diskussionen des 19. Jahrhunderts und des Anfangs des 20. Jahrhunderts über Urheber- oder Leistungsschutz für die Herausgeber historischer Texte, zum Teil auch unter Berücksichtigung der Interessen der Eigentümer überkommener Werkstücke, in Deutschland und anderen Ländern zahlreiche Gesetzentwürfe oder auch Gesetze gegeben, die gerade darauf abstellten, dass ein bisher ungedrucktes Werk herausgegeben wurde. In das geltende deutsche Urheberrecht ist dieses Merkmal dann aber nicht aufgenommen worden. Der Aussage von Gentz (Schutz von wissenschaftlichen und Erst-Ausgaben im musikalischen Bereich, Ufita Bd. 52 [1969], S. 135 [147]), Schutzobjekt nach § 71 I UrhG könne „nicht ein Werk sein, das irgendwann oder irgendwo in der Welt schon einmal im Druck ... erschienen ist“, fehlt in Bezug auf das Merkmal „im Druck erschienen“ die Begründung. Die Bemerkung von Kroitzsch (in Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Aufl., § 71 Rn. 10), § 71 UrhG betreffe auch die Ausgabe von Werken des Mittelalters und des Altertums, differenziert nicht hinreichend in Bezug auf die Frage des Erscheinens.

Es soll aber nicht unausgesprochen bleiben, dass mit der Hinnahme handschriftlicher Abschriften als Grundlage eines früheren Erscheinens von Werken gerade auch die erstmalige gedruckte Ausgabe von in der Antike und im Mittelalter nur durch Handschriften verbreiteter Literatur kein Leistungsschutzrecht gem. § 71 UrhG nach sich zieht. Hinsichtlich der großen Literatur der Antike und des Mittelalters ist ohne Weiteres anzunehmen, dass sie vor der Erfindung des Buchdrucks durch die Verbreitung von Handschriften unter Berücksichtigung der hier nicht näher zu untersuchenden Umstände der damaligen Literaturveröffentlichung i.S. des jetzigen § 6 II Satz 1

UrhG erschienen ist. Ein beträchtlicher Teil der Literatur der Antike ist heute verloren, ihre Existenz aber durch andere Quellen überliefert und ihr Erscheinen aus der Überlieferung sicher zu erschließen. So unterliegt es zum Beispiel keinem Zweifel, dass das Geschichtswerk „Ab urbe condita“ des Titus Livius in der Antike mit seinen 142 Büchern erschienen ist und nicht nur mit den heute erhaltenen 35. Damit führt § 71 UrhG gerade nicht die Privilegien fort, die seit dem Ende des 15. Jahrhunderts vor allem zur Förderung gedruckter Ausgaben alter Texte gewährt worden sind und die die Vorläufer der heutigen Urheberrechtsordnungen bilden. Eine Vielzahl der uns heute bekannten Privilegien hatte nicht der Belohnung geistigen Schaffens, sondern der Belohnung einer Entdeckung oder Neuherausgabe alter Texte und deren Drucklegung gegolten (Rehbinder, a.a.O., Seite 256). Die enger gefassten Grenzen des Leistungsschutzes des jetzigen § 71 UrhG würden besonders deutlich, wenn ein in der Antike oder dem Mittelalter erschienener, dann aber verschollener Text, wie etwa weitere Bücher der Geschichte des Titus Livius möglicherweise mit großem Aufwand heute noch aufgefunden und herausgegeben würde.

Der Senat folgt nicht dem Vorschlag von Ekrutt, Der Schutz der „editio princeps“, Ufita, Bd. 84 (1979), S. 45 [49 ff.], den Anwendungsbereich des § 71 UrhG - über den Gesetzeswortlaut hinaus - dadurch auszuweiten, dass das Schutzrecht unter bestimmten Voraussetzungen auch an erschienenen Werken gewährt wird, dann nämlich, wenn die Werke vor dem Aufkommen der ersten Urheberrechtsordnungen erschienen sind, also vor Beginn des 19. Jahrhunderts, sie aber nur in geringer Auflage erschienen sind und sie inzwischen „soweit verschollen sind, dass eine besondere Leistung erforderlich war, um das Werk ausfindig zu machen.“ Mit einem Rückgriff auf die gesetzgeberischen Motive für die Schaffung und spätere Erweiterung des § 71 UrhG (BT-Ds. IV/270, zu § 81, a.a.O., S. 305f.; BT-Ds. 13/781, Seite 14f.) lässt sich die vorgeschlagene Erweiterung des Gesetzes nicht rechtfertigen. Nach der Zusammenfassung von Loewenheim (a.a.O., § 71 Rn. 1) geht es bei der Gewährung des Schutzes nach § 71 UrhG um die Anerkennung der Leistung, die im Auffinden eines Werkes, dem Erkennen seines Wertes und in seiner Veröffentlichung liegt, weiter um die Belohnung des Herausgebers dafür, dass er durch die Veröffentlichung das Werk der Allgemeinheit zugänglich gemacht hat und schließlich um die Schaffung eines Anreizes für die Veröffentlichung nachgelassener Werke. Mit diesen Motiven lässt sich eine so grundlegende Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift, wie es der weitgehende Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal des „Nichterschienenseins“ bei Werken aus der Zeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts bedeuten würde, nicht rechtfertigen. Vielmehr ist anzuerkennen, dass der Gesetzgeber seine Ziele nur bis zur Grenze des von ihm mit einer klaren Umschreibung geschaffenen Gesetzestatbestands verfolgt hat. Im Übrigen ist gegen den Vorschlag Ekrutts einzuwenden, dass nach den Motiven des Gesetzgebers das Leistungsschutzrecht „lediglich die faktische Herausgabe belohnen soll „ (BT-Ds. IV/270, zu § 81, a.a.O., S. 306); auf eine besonders schutzwürdige Leistung im Einzelfall soll es nicht ankommen (vgl. Hertin, a.a.O., UrhG, 9. Aufl., § 71 Rn. 6). Ohnehin ist § 71 UrhG eng auszulegen; denn der mit ihm begründete bloße Leistungsschutz stellt eine Ausnahme von der grundsätzlich bestehenden Benutzungsfreiheit dar. In Bezug auf § 71 UrhG gilt nicht der Grundsatz eines möglichst umfassenden und weitgehenden Schutzes eines Werkschöpfers (von Gamm, a.a.O., § 70 Rn. 2; § 71 Rn. 2). Auch zeigen die von Ekrutt angeführten Beispiele einer 1693 in Wittenberg und nochmals 1697 in Giessen gedruckten Dissertation „De maculis in sole visis“ von Michael Ernst Etmüller und des 1671 in Würzburg gedruckten Werkes „Iter extaticum coeleste“ von Athanasius Kircher, die beide wegen zu Sonnenflecken im 17. Jahrhundert mitgeteilter Beobachtungen im Hinblick auf eine 1975 aufgestellte astronomische Theorie plötzlich wieder aktuelle Bedeutung erlangt haben sollen, dass sein Vorschlag nicht sachgerecht ist. Ekrutt teilt mit, dass das erstere Werk immerhin noch „in wenigen Bibliotheken“ vorhanden war. Das letztere, von Ekrutt durchaus zu Unrecht als „obskur“ bezeichnete, in Wirklichkeit wichtige Werk des bedeutenden Jesuitengelehrten ist mehrfach erschienen, nicht nur 1697 und nicht nur in Würzburg. Nach dem Vorschlag von Ekrutt wäre infolge einer Neuauflage eine Verwertung an sich gemeinfreier Werke selbst auf der Grundlage der alten Werkstücke nicht mehr zulässig. Bei Theater- oder Musikstücken wären auf der Grundlage der alten Vervielfältigungsstücke heute nicht einmal mehr Aufführungen unzulässig. Schließlich

würden die von Ekrutt vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien im Einzelfall schwierige Fragen aufwerfen. Mit Recht argumentieren die Parteien ihrerseits nicht mit dem Vorschlag von Ekrutt. Nach dem Vortrag der Ag. sind von der Musik zur Oper „Motezuma“ i.S. des § 6 II Satz 1 UrhG Vervielfältigungsstücke „in genügender Anzahl“ in Verkehr gebracht worden. Das alternative gesetzliche Merkmal des bloßen Angebots einer solchen Zahl nach Herstellung der Vervielfältigungsstücke kommt im Streitfall nicht in Betracht, weil nicht behauptet wird, dass die Kopien der Musik im Zeitpunkt ihres Angebots - das Angebot müsste ohnehin mangels Ausdrücklichkeit in der Bekanntheit der Vertriebspraxis gesehen werden - von den Werkstätten bereits gefertigt waren.

Unter einer „genügenden Anzahl“ i.S. des Gesetzes ist nach der Begründung des Regierungsentwurfs eines Urheberrechtsgesetzes (BT-Ds. IV/270, zu § 6, a.a.O., S. 254) „eine zur Deckung des normalen Bedarfs genügende Anzahl“ zu verstehen. Ob ein Werk unter dem Gesichtspunkt eines ausreichenden Angebots an die Öffentlichkeit bzw. Inverkehrbringens von Vervielfältigungsstücken erschienen ist, ist für jeden Einzelfall unter Beachtung der Werkart, der Verwertungsart und Vertriebsform zu entscheiden; „dem interessierten Publikum (muss) ausreichend Gelegenheit zur Kenntnisnahme des Werkes“ gegeben werden (BGH GRUR 1981, 360 [362] - Erscheinen von Tonträgern; Katzenberger, a.a.O., § 6 Rn. 38f.; Schiefner, a.a.O., S. 96; vgl. aber auch Hubmann, a.a.O., S. 540f.). Eine Rolle spielt gerade auch die Art der Verbreitung der Vervielfältigungsstücke (Eugen Ulmer, a.a.O., § 32 III). Eine einheitliche Auslegung des Begriffs durch die Angabe einer zahlenmäßigen Bestimmung oder durch die Nennung von Mindestzahlen sind nicht möglich (Ahlberg, a.a.O., § 6 Rn. 24f.).

Der normale Bedarf ist der Bedarf des Interessentenkreises. Entscheidend ist aber nicht der Bedarf, mit dem auf längere Sicht zu rechnen ist, sondern der Bedarf und die Nachfrage, die nach vorsichtiger Schätzung der Marktlage unmittelbar nach dem Angebot oder dem Inverkehrbringen der Exemplare zu erwarten sind (Eugen Ulmer, a.a.O., § 32 III). von Gamm (a.a.O., § 6 Rn. 8) spricht von einer so bemessenen Zahl, dass „der engste Interessentenkreis“ in den Besitz von Vervielfältigungsstücken gelangen kann.

Im Streitfall ist bei dem Vertrieb der von Kopistenwerkstätten auf Bestellung zu fertigenden Musikabschriften mit einer Fertigung von Vervielfältigungsstücken genau nach dem Bedarf der interessierten Kreise zu rechnen. Bei dieser Vertriebsart spricht nichts dafür, dass eine gegebene Nachfrage unbefriedigt geblieben wäre. Die Kopistenwerkstätten werden in der Lage gewesen sein, flexibel auf eine mehr oder weniger große Zahl von Bestellungen zu reagieren. Die Art der Musikverbreitung im Italien des 18. Jahrhunderts mittels handschriftlicher Kopien mochte in gewisser Weise die Verbreitungsart von Büchern vor der Erfindung des Buchdrucks fortsetzen, der gem. der Autor nach einer uneingeschränkten Übergabe des Werkes an die Öffentlichkeit (vgl. hierzu Ahlberg, a.a.O. § 6 Rn. 28) mit Abschriften gem. dem Bedarf rechnete. Nach der Schilderung der Ag. in Bezug auf die Opernmusikverbreitung im Italien des 18. Jahrhunderts hatten damals die am Werk Berechtigten mit der Verschaffung des Zugangs für die Kopisten zum so genannten Originalen durchaus Einfluss auf die Herstellung und Verbreitung der Vervielfältigungsstücke. Das im Streitfall praktizierte System der Werkverbreitung über die Überlassung einer Vorlage, von der auf Bestellung Abschriften gefertigt wurden, ähnelt zudem in gewisser Weise einer heutigen Werkveröffentlichung durch Einstellung eines Werkexemplars in das Internet zum Herunterladen mit Zustimmung des Rechtsinhabers; in ihr wird ebenfalls ein Erscheinen im Rechtssinne gesehen (so Wilhelm Nordemann, a.a.O., § 6 Rn. 2; Dreier, a.a.O., § 6 Rn. 16).

Die Zahl der Interessenten, die sich nach dem geschilderten System im 18. Jahrhundert in Venedig Vervielfältigungsstücke einer bestimmten Opernmusik verschafften, mochte angesichts der zu vermutenden hohen - von den Parteien allerdings nicht angesprochenen - Kosten der Abschriften und der Vielzahl der in schneller Folge an vielen Theatern zugleich herausgebrachten Opern nicht groß gewesen sein. Das hindert die Annahme eines Erscheinens der Opernmusik aber nicht. Denn nach den oben dargelegten Kriterien kann hierzu unter bestimmten Bedingungen auch eine geringe Zahl von Vervielfältigungsstücken ausreichen (RGZ 111, 14 [18f.] - Strindberg). Wenige Stücke

können insbesondere dann genügen, wenn sie an so genannte Werkmittler gehen (vgl. BGHZ 64, 164 - TE DEUM). Letzterer Grundsatz wäre im Streitfall einschlägig, wenn fürstliche Besteller die Oper „Motezuma“ an ihren Höfen hätten aufführen lassen. Da aber davon auszugehen ist, dass die Kopierwerkstätten im Venedig der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts allgemein die gesamte Nachfrage nach Abschriften befriedigt haben und schon deshalb eine Verbreitung der Opernmusik „in genügender Anzahl“ anzunehmen ist, kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, ob bestimmte Abnehmer die Handschriften zu Zwecken der „Werkvermittlung“ benutzt haben, etwa fremde Höfe zur erneuten Aufführung der Opern.

Nicht zu zweifeln ist daran, dass das Werk nach dem Vortrag der Ag. der „Öffentlichkeit“ zugänglich gemacht worden ist. Ihr Vortrag zum Erscheinen des Werkes bezieht sich nicht auf die Beschaffung von Aufführungsmaterial für das Theater Sant' Angelo, sondern die Fertigung von Vervielfältigungsstücken für Interessenten außerhalb des Theaterbetriebs. Nach der geschilderten Praxis hatte die Allgemeinheit, also zumindest theoretisch jedermann, die Möglichkeit, die Stücke zu erhalten (vgl. § 15 III UrhG). Gerade die beim Ast. gefundene Handschrift war nach ihrer Beschaffenheit für einen außenstehenden Interessenten bestimmt.

Da mithin der Vortrag der Ag. das Merkmal eines Erscheinens des Werkes i.S. des § 6 II Satz 1 UrhG ausfüllt, das die Entstehung eines Leistungsschutzrechts nach § 71 UrhG an dem Werk in jedem Fall ausschließt, kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, ob nach der Änderung des § 71 UrhG in Umsetzung der so genannten Schutzdauer-Richtlinie jetzt auch andere Formen der früheren Veröffentlichung eines Werkes die Entstehung von Leistungsschutz verhindern. Die sich in dieser Hinsicht ergebenden Schwierigkeiten seien deshalb nur kurz angesprochen.

Nach dem deutschen Text der Richtlinie kann der Leistungsschutz nur hinsichtlich eines „zuvor unveröffentlichten“ Werkes entstehen. Der deutsche Gesetzgeber hat den Begriff der Richtlinie dem in § 71 UrhG überkommenen Begriff des „nicht erschienenen“ Werkes gleichgesetzt und sich dabei ersichtlich (vgl. Vogel, Die Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ZUM 1995, 451 [453]) auf die herkömmliche Begrifflichkeit des so genannten Konventionsrechts gestützt (von Gamm, a.a.O., § 6 Rn. 2; Eugen Ulmer, a.a.O., § 32 IV; Loewenheim, a.a.O., § 71 Rn. 6; Wilhelm Nordemann, a.a.O., § 4 Rn. 20; Schiefner, a.a.O., S. 95; Dietz, Die Schutzdauer-Richtlinie der EU, GRUR Int 1995, 670 [673]; Walter, Der Schutz nachgelassener Werke nach der EG Schutzdauer-Richtlinie, im geänderten deutschen Urheberrecht und nach der österreichischen UrhG-Novelle 1996, Festschrift für Beier, 1996, S. 425 [430ff.]; Stroh, Der Schutz nachgelassener Werke gem. § 71 UrhG, Festschrift für Wilhelm Nordemann, 1999, S. 269 [274]). Die weitere Vorgabe der Richtlinie, dass das Leistungsschutzrecht hinsichtlich des „zuvor unveröffentlichten“ Werkes für den entsteht, der das Werk „erstmals ... veröffentlicht bzw. ... öffentlich wiedergibt“, deren letzteres Element der deutsche Gesetzgeber unverändert in § 71 I Satz 1 UrhG übernommen hat, lässt aber daran zweifeln, ob die Vorschrift weiterhin das Leistungsschutzrecht an jedem Werk entstehen lassen kann, wenn es nur nicht bereits erschienen ist. Jedenfalls in Bezug auf die jetzige Schutzvoraussetzung der erstmaligen öffentlichen Wiedergabe darf das Werk zuvor auch nicht veröffentlicht sein. Es genügt nicht, dass es nur nicht schon erschienen ist (Loewenheim, a.a.O., § 71 Rn. 6; Vogel a.a.O., S. 456; im Ergebnis so auch Hertin, a.a.O., § 71 Rn. 2; Stroh, a.a.O., S. 277). Es erscheint aber auch denkbar, dass hinsichtlich beider jetziger Schutzvoraussetzungen nunmehr Werke verlangt werden, die noch nicht veröffentlicht und nicht nur nicht erschienen sind (so Axel Nordemann, a.a.O., § 44 Rn. 19; wohl auch Meckel, a.a.O., § 71 Rn. 6; vgl. aber auch Loewenheim, a.a.O., § 71 Rn. 3, 6; Dreier, a.a.O., § 71 Rn. 5; Dietz, a.a.O., S. 673; Walter, a.a.O., S. 433f., für die österreichische Umsetzung: S. 439).

Sollte in einer Korrektur des jetzigen Wortlauts der Vorschrift schon die frühere öffentliche Wiedergabe eines Werkes den Leistungsschutz nach § 71 UrhG ausschließen, so wäre er im Streitfall von vornherein zu verneinen. Denn dann wäre die unstrittige Uraufführung der Oper „Motezuma“ am 14. 11. 1733 in Venedig als solche und nicht nur wegen der damaligen Verbreitung von Kopien der Musik zu berücksichtigen.

Die Schilderung, die die Ag. von der Praxis der Opernmusikverbreitung im Venedig der ersten

Hälfte des 18. Jahrhunderts gegeben hat, wird durch die eidesstattliche Versicherung belegt, die der Musikwissenschaftler und Entdecker der Handschrift des Ast. Dr. Voss unter dem 5. 7. 2005 (Anlage AG 8) abgegeben hat. Dr. Voss spricht nicht nur von den Bestellungen von Abschriften bei den Theatern, sondern auch von der Überreichung von Widmungsexemplaren an berühmte Gäste. Seiner Einschätzung zufolge ist bei den italienischen Theatern und den Kopistenwerkstätten von einem „regelrechten erwerbsmäßigen Gewinnstreben“ auszugehen, das dem der zur selben Zeit in Frankreich, England und Holland aktiven Musikverlage vergleichbar gewesen sei.

Der Musikwissenschaftler Dr. Francesco Fanna, der Leiter des Vivaldi-Instituts, hat in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 3. 7. 2005 (Anlage AG 11) ausgeführt, dass in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts die Musik einer Oper in vielen vollständigen oder teilweisen handschriftlichen Kopien verbreitet worden sei, und zwar auch um der Nachfrage der Liebhaber, Höfe oder ausländischen Theater nachzukommen, die nach modischer italienischer Musik verlangt hätten. Die handschriftliche Übertragung sei weiterhin die wesentliche Quelle der Bearbeitung und Rezeption gewesen.

Die Schilderung der Ag. wird weithin durch das Werk des Musikwissenschaftlers und jetzigen Professors in Oxford Reinhard Strohm, „Italienische Operarien des frühen Settecento“, Köln 1976, bestätigt, der auch festhält, dass Opernmusik südlich der Alpen nicht gedruckt worden sei. Er führt aus, dass viele Handschriften mehr zu dokumentarischen und Repräsentativzwecken verfertigt worden seien und es sich dabei entweder um vollständige Partituren oder um Ariensammlungen aus je einer bestimmten Oper gehandelt habe, die als Widmungs- oder Geschenke exemplar gedient hätten oder auf besonderen Wunsch für Privatsammlungen kopiert worden seien und meist nie mehr für Aufführungen gedient hätten. Strohm zufolge zeichnete sich etwa 1720 vor allem in Italien ein Umschwung in der Handschriftenverbreitung ab. Es sei mehr und mehr die volle Partitur bevorzugt worden, woraus er schließt, dass man den Liebhabern habe zumuten können, am Cembalo aus der Partitur zu musizieren. In einer Stellungnahme vom 7. 8. 2005 gegenüber dem Prozessbevollmächtigten des Ast. (Anlage AS 21) bestätigt Professor Strohm, dass zur Aufbewahrung in den Theatern von Kopisten sog. Originali angefertigt worden seien, und dass die vorliegend in Rede stehende Handschrift nicht das „Originale“ der Oper „Motezuma“ ist. Er bestätigt zudem - bei Zweifeln hinsichtlich des Bestehens eines Musikalienhandels damals mit handschriftlichen Materialien - mindestens noch, dass professionelle Kopisten routinemäßig Einzelexemplare von Opernarien auf persönliche Bestellung hergestellt hätten. Auch spricht er davon, dass vor 1750 Partituren ganzer italienischer Opern auf Wunsch eines bestimmten Auftraggebers einzeln handschriftlich kopiert worden seien. Musikkopien für „ausländische Mäzene“ seien damals gewöhnlich als „Souvenirs“ gedacht gewesen; sie seien „höchstens zum privaten Musizieren“ verwendet worden.

Der Musikwissenschaftler Dr. Norbert Bolin, Wissenschaftlicher Leiter der Internationalen Bach-Akademie Stuttgart, führt in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 11. 8. 2005 (Anlage BB 1) aus, dass von einer Druckpraxis von Partituren in Bezug auf das italienische Theater des 17. und 18. Jahrhunderts wegen der Ausrichtung auf Aktualität keine Rede sein könne. Für den Auftraggeber oder das Theater sei das Autograph oder das so genannte Originale geblieben. Dem interessierten Publikum sei über Abschriften „ausreichend Gelegenheit zur Kenntnisnahme“ gegeben worden. Die Partituren seien weniger zwischen den italienischen Theatern oder Höfen als zwischen Italien und deutschen oder englischen Höfen ausgetauscht worden. Ausländische Fürstenhäuser hätten sich die bei den italienischen Theatern befindlichen Partituren abschreiben lassen. Auch hätten professionelle Kopisten gegen Bezahlung die bei den Theatern hinterlegten Handschriften abgeschrieben, meist im Auftrag von Adeligen oder reichen Bürgern. Die Kopien wiesen das so genannte Cembalo-Format auf. Die ausländischen Fürstenhäuser hätten die Partituren sowohl zwecks späterer Aufführung des gesamten Werkes abschreiben lassen, als auch um Ausschnitte in höfischen Konzerten darzubieten oder um sie ihren Hofkomponisten als Studienmaterial zu bieten.

Der von Professor Strohm in einer Stellungnahme vom 7. 8. 2005 in den Vordergrund gerückte Umstand, dass Handschriften von Partituren ganzer Opern wie die vorliegende wohl nicht ihrerseits für Aufführungen gedient hätten, sondern wohl nur Archivexemplare gewesen seien oder die

Grundlage für Bearbeitungen gebildet hätten - diese Ausführungen stehen in gewissem Widerspruch zu denen von Dr. Bolin -, spielt nach den obigen Ausführungen zur Befriedigung der normalen Nachfrage keine entscheidende Rolle, ebenso wenig wie der Schluss Professor Strohm's „mit großer Sicherheit“, dass die Handschrift des Ast. in privaten Bibliotheken aufbewahrt und nie musikalisch in der Öffentlichkeit benutzt worden sei.

Die Ag. hat nicht nur allgemein in Bezug auf Opernmusik für das Venedig der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts eine Praxis der Verbreitung geschildert, die bei Fertigung einer ausreichenden Zahl von Kopien ein Erscheinen der Musik im Rechtssinne bedeutet, sondern auch dargelegt, dass die Praxis gerade auch auf die Musik zur Oper „Motezuma“ angewandt worden ist. Nach dem Vortrag der Ag. ist die beim Ast. gefundene Handschrift eine so genannte Reisekopie aus der Fertigung einer Kopistenwerkstatt und nicht etwa das Autograph von Vivaldi, das „Originale“ des Aufführungstheaters Sant' Angelo oder eine sonstige Abschrift für den internen Betrieb des Aufführungstheaters. Die Eigenschaft einer „Reisekopie“ sei aus dem speziellen Querformat der Handschrift zu erschließen. Das Format habe die Aufstellung auf dem Notenständer eines damals üblichen Cembalo ermöglicht. An Besonderheiten des verwandten Papiers, seines Wasserzeichens, und der Schreibweise sei zu erkennen, dass die aufgefundene Handschrift von dem auch anderweit belegten professionellen Kopisten mit dem Notnamen „Schreiber 14“ stamme. Hierzu stützt sich die Ag. auf den Aufsatz „Die Partitur von Vivaldis Oper „Motezuma“ (1733)“ des Musikwissenschaftlers und Entdeckers der Handschrift Voss, der in den „Studi Vivaldiani 4-2004“ des „Istituto Italiano ‚Antonio Vivaldi‘, S. 53, erschienen ist. Dr. Voss hat die Ausführungen in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 5. 7. 2005 bestätigt. Zudem hat Dr. Francesco Fanna, der Leiter des Vivaldi-Instituts, in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 3. 7. 2005 (Anlage AG 11) die Einschätzung geäußert, dass es sich bei der Handschrift des Ast. um eine „Reisekopie“ handle, die ein venezianischer Kopist erstellt habe, um sie an irgendeinen deutschen Hof zu schicken. Schließlich hält Professor Strohm in seiner Erklärung vom 7. 8. 2005 gerade die Handschrift des Ast. für „auf einen privaten Auftrag hin angefertigt“. Dass Auftragskopien aber etwa nur auf Grund persönlicher Beziehungen des Bestellers zu Vivaldi hätten gefertigt werden können, ist der Stellungnahme Strohm's nicht verlässlich zu entnehmen. Seine weitere Annahme, dass Vivaldi Abschriften „höchstens für viel Geld“ gestattet habe, ist wie die vorstehende nicht näher dargelegt. Wie viel Geld Vivaldi für Abschriften verlangt hat und von wem, liegt ganz im Dunkeln. Zudem erörtert Professor Strohm nicht die Befugnisse des damaligen Impresario des Teatro Sant' Angelo. Mit einer Fertigung und Verbreitung einer „genügenden Anzahl“ von Kopien gerade der Musik zur Oper „Motezuma“ ist ohne Weiteres zu rechnen. Es fehlt jedes Anzeichen dafür, dass diese Oper die im 18. Jahrhundert übliche Nachfrage nach Abschriften italienischer Opernmusik nicht hervorgerufen haben könnte. Der Aufführungsort Venedig übte als eines der italienischen Opernzentren neben anderen eine große Anziehungskraft auf Reisende aus ganz Europa aus, wie Dr. Voss in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 5. 7. 2005 (Anlage AG 8) ausdrücklich festgehalten hat. Das Aufführungstheater Sant' Angelo war, wie in der Berufungsverhandlung angesprochen worden ist, ein öffentliches Theater. Anzeichen für einen zumindest üblichen Anklang der Oper „Motezuma“ bei einem größeren Publikum ist der Umstand, dass die Musik einer Reihe von Arien, nämlich zehn, vom Komponisten selbst so geschätzt worden ist, dass er sie in andere Opern übernommen hat (vgl. die eidesstattliche Versicherung von Dr. Francesco Fanna vom 3. 7. 2005 in der Anlage AG 11). Auch die Zahl erhaltener Exemplare des Librettos von neun sowie die Zahl von Katalogen des 18. Jahrhunderts mit Nachweisen der Oper sprechen für ein schon damals beträchtliches Interesse an ihr (vgl. wiederum die eidesstattliche Versicherung von Dr. Francesco Fanna).

Bei dieser Sachlage kommt es nicht mehr darauf an, ob die Oper nach dem Tode Vivaldis im Jahre 1772 am selben Ort eine weitere Aufführung erlebt hat, was allerdings angesichts der anzunehmenden zwischenzeitlichen Entwicklung des Musikgeschmacks damals auf eine ganz besondere Wertschätzung des Werkes hindeuten würde. Von einer erneuten Aufführung spricht der Musikwissenschaftler Mario Rinaldi in seinem erwähnten Werk. Und es ist nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass dieser Wissenschaftler die Aussage getroffen hätte, ohne sich durch

Forschungen von ihrer Richtigkeit überzeugt zu haben. Die in die mündliche Verhandlung erster Instanz eingeführte Erklärung von Professor Strohm vom 5. 7. 2005 gegenüber dem Prozessbevollmächtigten des Ast., dass „nach heutigem Wissen ... seit Herbst 1733 keine weitere Bühnenaufführung von Vivaldis ‚Motezuma‘ unter diesem Titel stattgefunden“ habe, ist ihrerseits wenig konkret. Dies gilt auch hinsichtlich seiner weiteren Stellungnahme vom 7. 8. 2005, dass eine Oper „Motezuma“, die 1772 aufgeführt wurde, von Rinaldi irrig Vivaldi zugeschrieben worden sei, da sie nicht auf Giustis Text, sondern dem Libretto von Vittorio Cigna-Santi komponiert gewesen sei. Professor Strohm erklärt nicht, dass er sich selbst über die Aufführung von 1772 vergewissert hat, sondern bezieht sich auf die Bestätigung von Professor Jürgen Maehder aus Berlin, die aber nicht im Einzelnen wiedergegeben wird.

Das Geschehen, das die Ag. zur Stützung ihrer Behauptung eines früheren Erscheinens der Musik anführt, ist im Wesentlichen unstrittig. Für die Bejahung eines früheren Erscheinens des Werkes und damit die definitive Verneinung des Merkmals des § 71 I Satz 1 und 2 UrhG fehlt nur noch die positive Feststellung, dass es gerade auch im Falle der Musik zur Oper „Motezuma“ die Herstellung und Verbreitung von Kopien „in hinreichender Anzahl“ tatsächlich gegeben hat. Einem Beweis des früheren Erscheinens steht letztlich nur noch die Unmöglichkeit entgegen auszuschließen, dass es sich hinsichtlich der Musik zu dieser Oper doch anders verhalten haben könnte als bei anderen Opern der Zeit in Venedig. Damit sind aber keinesfalls i.S. des Beweises einer negativen Tatsache die Umstände, die für die Tatsache eines früheren Erscheinens der Musik zu „Montezuma“ sprechen, widerlegt. Vielmehr ist weder das Nichterscheinen noch das Erscheinen der Musik bewiesen.

Den Nachteil, dass sich nicht definitiv feststellen lässt, ob die Musik zur Oper „Motezuma“ bereits früher erschienen ist, trägt der Ast.; denn ihn trifft die Beweislast hinsichtlich der Merkmale des Tatbestands des § 71 I Satz 1 und 2 UrhG, auf den er seinen Anspruch auf Leistungsschutz wegen der Herausgabe der Musik stützt. Es gilt die so genannte negative Grundregel der Beweislast (Gottwald in Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 114 Rn. 7), der zufolge in einem Rechtsstreit jede Partei die Beweislast für das Vorhandensein aller Voraussetzungen der ihr günstigen Normen zu tragen hat; kommt sie der Beweislast nicht nach, unterbleibt die Anwendung der Norm. Die Beweislast bezieht sich auf den vollständigen Tatbestand des ihr günstigen Rechtssatzes (Rosenberg, a.a.O., S. 153). Der Kl. trägt die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale. Ob eine bestimmte Tatsache zu den anspruchsbegründenden gehört, entscheidet das materielle Recht (Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., § 286 Rn. 55; Gottwald, a.a.O., Rn. 10f., 32). Die Entscheidung des Gesetzgebers hierüber kann in der Fassung der Rechtssätze zum Ausdruck kommen (Leipold, a.a.O.Rn. 59, 61).

Der Kl. trägt die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale, auch wenn sie negativ sind. (BGH NJW 1985, 1774/5; Leipold, a.a.O., Rn. 60f.; Prütting in Münchner Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., § 286 Rn. 120; Gottwald, a.a.O., Rn. 7f., 10; Rosenberg, S. 333). Der aus dem römischen Recht abgeleitete Grundsatz der bloß affirmativen Beweislast, dass also nur positive Tatsachen des Beweises bedürften, nicht aber Verneinungen, gilt heute nicht mehr (Rosenberg, a.a.O., S. 330f.). Die Schwierigkeit oder sogar Unmöglichkeit, eine negative Tatsache zu beweisen, führt nicht zur Abänderung der Last einer Beweisführung. Denn die negative Tatsache ist nur zu beweisen, wenn das Gesetz an sie eine Rechtswirkung knüpft. Dann würde es aber eine Abänderung des materiellen Rechts bedeuten, wenn man trotzdem den Beweis der negativen Tatsache nicht für nötig halten wollte (BGH JZ 1958,441; Rosenberg, a.a.O., S. 332). Im Übrigen ist die Beweisführung hinsichtlich einer negativen Tatsache dadurch erleichtert, dass es genügt, wenn, wie oben angesprochen worden ist, die Umstände widerlegt werden, die für die positive Tatsache sprechen. Es handelt sich beim Beweis einer negativen Tatsache also keinesfalls um eine „*probatio diabolica*“ im überkommenen Sinne.

Der Wortlaut des § 71 I Satz 1 und 2 UrhG spricht klar für eine Einordnung des Merkmals, dass das betreffende Werk nicht schon erschienen sein darf, als anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal. Der Wille des Gesetzgebers des Jahres 1965, dass das Leistungsschutzrecht nur hinsichtlich Werken entstehen soll, hinsichtlich derer das frühere Nichterscheinen bewiesen ist,

kommt in der Begründung des Regierungsentwurfs selbst zum Ausdruck, die nämlich davon ausgeht, dass das negative Tatbestandsmerkmal auch „bei alten Werken ... mit Sicherheit festgestellt werden“ muss (BT-Ds. IV/270 zu § 81, a.a.O., S. 305). Die Beweislast dessen, der an einem gemeinfreien fremden Werk nach § 71 UrhG ein Leistungsschutzrecht wegen dessen Herausgabe geltend machen will, (so auch Hertin, a.a.O., § 71 Rn. 5) entspricht schließlich dem oben bereits angesprochenen Wesen der Norm als eng auszulegender Ausnahmvorschrift.

Der Senat hält es nicht für richtig, hinsichtlich länger verschollener Werke eine tatsächliche Vermutung anzuerkennen, dass sie bisher nicht erschienen seien, mit der Folge, dass derjenige, der auf Grund eines Herausgeberleistungsschutzrechts an den Werken nach § 71 UrhG in Anspruch genommen wird, seinerseits beweisen müsste, das betreffende Werk sei zuvor schon erschienen (so ersichtlich aber das LG Magdeburg GRUR 2004, 672 Himmelsscheibe von Nebra [für ein Werk der bildenden Kunst] und wohl auch Axel Nordemann in Handbuch des Urheberrechts, § 44 Rn. 20 [für den besonders problematischen Beweis, ein bislang unbekanntes Lied sei früher nicht öffentlich wiedergegeben worden]). Für die Annahme des LG Magdeburg (a.a.O.), eine solche Verteilung der Beweislast sei „zweifellos ... vom Gesetzgeber beabsichtigt“, fehlt jede Begründung. Das Fehlen bekannter Vervielfältigungsstücke eines Werkes über längere Zeit ist keine hinreichend sichere Grundlage für die Annahme, dass es die mit einem Erscheinen des Werkes notwendig verbundenen Stücke nie gegeben hätte. Ihre Zahl kann von Anfang an gering gewesen sein, gerade in Zeiten noch handschriftlicher Werkvervielfältigung, und sie können durch die Wechselfälle der Geschichte, auch infolge zeitweiligen Desinteresses an dem Werk, verloren gegangen sein. Sachgerecht ist es vielmehr, den Umstand, dass ein Werk über längere Zeit verschollen war, neben anderen Gesichtspunkten, wie den Umständen seiner Entstehung, der Beschaffenheit des aufgefundenen Werkstücks und der Überlieferung ähnlicher Werke, im Rahmen der Beweiswürdigung hinsichtlich des Merkmals des Tatbestands des § 71 I Satz 1 und 2 UrhG, das Werk dürfe nicht bereits früher erschienen sein, zu berücksichtigen (vgl. Gottwald, a.a.O. Rn. 19).

Für eine Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, Sphären, Herrschafts- oder Organisationsbereichen (vgl. Gottwald, a.a.O., Rn. 17f.) ist im Streitfall von vornherein kein Raum. Weder der Ast., noch die Ag. stehen in irgendeiner besonderen „Nähe“ zu dem fraglichen früheren Erscheinen der Opernmusik.

Dem Ast. steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch auch für Italien nicht zu. Er hat als einschlägige Norm des italienischen Rechts Artikel 85ter des Gesetzes Nr. 633 vom 22. 4. 1941 benannt. Nach dieser Vorschrift kommt der in Anspruch genommene Leistungsschutz hinsichtlich eines Werkes „non pubblicata anteriormente“ auf Deutsch: „vorher nicht veröffentlicht“ in Betracht. Der Ast. hat nicht dargelegt, dass die Vorschrift des italienischen Rechts, das seinerseits der so genannten Schutzdauer-Richtlinie zu entsprechen hat, in diesem Merkmal enger gefasst sein könnte als das deutsche Recht, wenn hier sogar auf den überkommenen Begriff des „Nichtveröffentlichenseins“ abgestellt wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 I Satz 1 ZPO. Einer Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bedarf es im Hinblick auf die Erschöpfung des Instanzenzugs nicht.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 100.000 Euro (gem. der ohne Widerspruch gebliebenen, auf einer Angabe des Ast. beruhenden erstinstanzlichen Wertfestsetzung).

## **Anmerkung**\*

### **I. Das Problem**

Die Vivaldi-Oper „Motezuma“ des venezianischen Komponisten Antonio Vivaldi (1678-1741), die am 14.11.1733 unter Leitung Vivaldis im venezianischen Theater Sant´ Angelo uraufgeführt wurde,

---

\* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*; Gerichtlich beeideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign. Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

galt lange als verschollen. Vor wenigen Jahren wurde eine Handschrift des nicht ganz vollständigen Werkes im Archiv der bereits 1791 gegründeten Singakademie zu Berlin e.V., der nunmehrigen Klägerin, entdeckt.

Für das im September 2005 stattfindende „Altstadtherbst Kulturfestival“ hatte die Beklagte, die Düsseldorfer Altstadtherbst GmbH, mehrere szenischen Aufführungen der Oper vorgesehen. Bereits im Juli 2005 wollte die Beklagte in Italien als Koproduzentin an szenischen Aufführungen der Oper mitwirken. Hiergegen erwirkte die Klägerin beim LG Düsseldorf eine einstweilige Verfügung, die der Beklagten die Aufführung der Oper untersagte. Die Klägerin sah sich als Eigentümerin der Handschrift und war der Auffassung, dass ihr als Herausgeberin auch die Aufführungsrechte zuständen.

Die Beklagte legte gegen die Untersagungsverfügung Berufung ein und trug vor, dass die Klägerin nicht im Besitz der Aufführungsrechte sei, weil das Werk bereits nach der Uraufführung im Rechtssinne erschienen wäre. Letztlich hatte sich das Berufungsgericht mit den Voraussetzungen der sog. „editio princeps“ sehr genau auseinanderzusetzen.

## II. Die Entscheidung des Gerichts

Die Berufung hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils. Die wiederentdeckte Vivaldi-Oper „Motezuma“ durfte beim „Altstadtherbst Kulturfestival“ in Düsseldorf aufgeführt werden. Die Klägerin hatte nicht plausibel dargelegt, dass die Oper nicht bereits nach der Uraufführung im Jahre 1733 vervielfältigt und damit erschienen war. Die erstinstanzliche Entscheidung des LG Köln war schon auf Grund eines formalen Mangels aufzuheben. Davon abgesehen lagen aber auch die Voraussetzungen für einen Untersagungsanspruch der Klägerin nicht vor.

Voraussetzung für ein Leistungsschutzrecht nach § 71 dUrhG war, dass das Werk noch nicht erschienen war, also nicht in einer genügenden Anzahl von Werkstücken verbreitet wurde. Diese negative Tatsache hätte die Klägerin durch Widerlegung aller Tatsachen, die eine frühere Publikation möglich erscheinen lassen, beweisen müssen. Dies hatte sie aber nicht getan. Allein der Umstand, dass das im Archiv der Klägerin aufgefundene Exemplar nach musikwissenschaftlichen Erkenntnissen nicht bloß zu Aufführungszwecken hergestellt wurde, sondern aus einer Kopistenwerkstatt stammte, reichte nicht aus, die Beweislast für das Erscheinen des Werkes der Beklagten aufzuerlegen.

## III. Kritische Würdigung und Ausblick

Das vorliegende Urteil aus Deutschland gibt Gelegenheit einen **rechtsvergleichenden Blick auf die österreichische Vorschrift des § 76b UrhG** zu werfen, die mit „**Nachgelassene Werke**“ überschrieben ist:

Die geläufige Bezeichnung „Schutz nachgelassener Werke“ lehnt sich an das deutsche Recht an, das im § 71 dUrhG bereits ein ähnliches **verwandtes Schutzrecht** für Ausgaben nachgelassener Werke kennt. Die Einschränkung des Schutzes auf „Ausgaben“ konnte dabei jedoch nicht übernommen werden, da das deutsche UrhG nur denjenigen schützt, der das Werk erscheinen lässt.<sup>1</sup> Die durch die UrhGNov 1996 eingefügte Bestimmung setzt den Art 4 der Schutzdauer-RL<sup>2</sup> ins österreichische Recht um. Nicht umgesetzt wurde die Bestimmung des Art 5 der Schutzdauer-RL über den Schutz von kritischen und wissenschaftlichen Ausgaben, für die allerdings auch keine Umsetzungsverpflichtung bestand.

---

1 Vgl. sehr instruktiv *Walter*, Der Schutz nachgelassener Werke nach der EG Schutzdauer-Richtlinie im geänderten deutschen Urheberrecht und nach der österreichische UrhG-Novelle 1996, in *FS Beier* (1996) 425; *Haller*, Der Schutz zuvor unveröffentlicher Werke und seine Einführung ins österreichische Urheberrecht, in *Dittrich* (Hg), Beiträge zum Urheberrecht V (ÖSGRUM Bd 20, 1997), 62 jeweils mwH.

2 Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABI L 290 vom 24.11.1993, 9, kurz: „Schutzdauer-RL“.

Im Gegensatz zur deutschen Regelung des § 71 dUrhG (sog. „*editio princeps*“), die auf das Erscheinen abstellt, muss es sich nach § 76b öUrhG um ein Werk handeln, das auch nicht – z.B. durch öffentlichen Vortrag oder Rundfunksendung<sup>3</sup> – veröffentlicht worden ist. Damit ergeben sich geradezu zwangsläufig Beweisprobleme.

Anwendbar ist § 76b UrhG nur auf unveröffentlichte, d.h. nicht im Sinne von § 8 UrhG veröffentlichte, urheberrechtliche Werke iSv §§ 1 ff UrhG, für die die Schutzfrist bereits abgelaufen ist. Die *editio princeps* **schützt den Arbeits- und Leistungsaufwand**, der mit der Aufarbeitung oder Herausgabe eines Werkes in der Regel verbunden ist und pauschal ohne Beachtung des konkreten Einzelfalls als schutzwürdige Anstrengung angesehen wird. Es handelt sich demzufolge um ein Leistungsschutzrecht. Berechtigter ist der Veranlasser, d.h. derjenige, der die Veröffentlichung veranlasst hat und sich wie ein Hersteller bei den anderen Leistungsschutzrechten bestimmt.

Der **Schutz beginnt** mit dem Akt der **Veröffentlichung** (iSd § 8 UrhG), wobei diese erlaubt sein muss. Da es aufgrund des abgelaufenen Schutzes des Urwerkes nicht mehr auf eine urheberrechtliche Erlaubnis des Rechtsnachfolgers des Urhebers ankommen kann, richtet sich diese Erlaubnis nach den sonstigen gesetzlichen Vorschriften. Die Erlaubnis fehlt beispielsweise bei einem gestohlenen Manuskript oder vertragliche Geheimhaltungen einer Veröffentlichung entgegenstehen. So darf ein Restaurator ein Werk nicht selbst veröffentlichen, wenn er nur den Auftrag erhalten hat, das Werk instand zu setzen.

Der Inhalt des Leistungsschutzrechts des Veranlassers richtet sich – wie dem II. Hauptstück des UrhG entsprechend – auf das Bündel der ausschließlichen **Verwertungsrechte nach den §§ 15 bis 18a UrhG** sowie einhergehend der gesetzlichen Vergütungsansprüche nach § 42b UrhG (Leerkassettenvergütung), nicht jedoch auf die Urheberpersönlichkeitsrechte nach den §§ 19 bis 22 UrhG. Das durch § 76b UrhG begründete Leistungsschutzrecht kann daher auch vollständig übertragen werden,<sup>4</sup> da es nicht in den Vorbehaltsbereich des § 23 Abs 3 UrhG fällt. Der Veranlasser kann sich seines Leistungsschutzrechts **längstens für die Schutzdauer von 25 Jahren** erfreuen beginnend mit der Veröffentlichung.<sup>5</sup>

#### **IV. Zusammenfassung**

Die verschollene Vivaldi-Oper „Montezuma“ verschafft demjenigen (sog. Veranlasser“), der den Autograph findet und die musikalische Aufführung besorgt nach deutschem (und österreichischem) Recht das sog. Leistungsschutzrecht der *editio princeps*. Die Voraussetzungen dafür sind im Einzelnen u.U. schwer zu erfüllen, da die deutsche Vorschrift des § 71 dUrhG – im Gegensatz zur österreichischen Regelung des § 76b öUrhG – auf das fehlende Erscheinen des Werks abstellt. Nach dem Urteil des OLG Düsseldorf trifft die Beweislast dafür zunächst den Veranlasser.

---

3 Gemäß § 18 öUrhG und mE wohl auch nach § 18a öUrhG.

4 Einschließlich des Rechts als Veranlasser genannt zu werden.

5 Die Schutzdauer berechnet sich nach § 64 UrhG, d.h. das Kalenderjahr der Veröffentlichung ist nicht mitzuzählen.