

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UrhG § 24 Abs. 2

M a g d a l e n e n a r i e

Zur Frage des Anscheinsbeweises bei der Melodie-
Entnahme.

BGH, Urt. v. 5. Juni 1970 - I ZR 44/68 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 44/68

URTEIL

Verkündet am

5. Juni 1970
W e r n e r ,
Justizobersekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der B. & B. Musik- und Bühnenverlag KG, B.
W., vertreten durch den persönlich haftenden
Gesellschafter Rechtsanwalt und Notar Dieter L.,
B. (O.), H.straße,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. -
und Dr. -

gegen

die Firma "M. der W." J. M. KG, Musikverlag,
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Johann M., F., O.weg,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 1970 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Kruger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkman, Dr. Merkel und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 2. Februar 1968 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

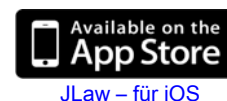
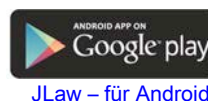
Fatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin der Urheber- und Weltvertriebsrechte an der Oper "Der Evangelimann" von Wilhelm Kienzl. Die Oper ist 1895 uraufgeführt worden, der Komponist ist 1941 gestorben. Die bekannteste Arie ist "Selig sind, die Verfolgung leiden". Grundlage der Klageansprüche ist das Lied der Magdalena aus dem zweiten Aufzug "O schöne Jugendtage". Es stent in D-Dur und hat die Form eines dreiteiligen Liedsatzes (Hauptsatz/Zwischensatz/Hauptsatz). Außerdem gibt die Klägerin eine Fassung des Liedes in F-Dur heraus.

Im Verlag der Beklagten ist 1961 der Tango "Tanze mit mir in den Morgen" ("Mitternachtstango") erschienen. Der Text des Tangos stammt von Kurt Hertha. Die Musik hat Kurt Gatz komponiert. Sie ist in F-Dur gesetzt. Eine



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Schallplattenaufnahme des Tangos mit Gerhard Wendland als Gesangssolist hatte großen Erfolg. Die Aufnahme ist noch im Handel.

Der Refrain des Mitternachtstangos weist Ähnlichkeiten mit dem Hauptsatz der Magdalenenarie auf. Arie und Refrain bestehen jeweils aus vier Teilen. Das erste Motiv, das bei der Arie die Worte "O schöne Jugendtage", beim Tango den Satz "Tanze mit mir in den Morgen" umfaßt, besteht in der F-Dur-Fassung der Arie aus der Tonfolge: c-c-h-c-a-f-f-e, beim Tango aus den Noten: c-h-c-a-g-f-f-e. Zum zweiten Motiv gehören bei Kienzl die Worte "mit eurem stillen Glück", bei Götz der Text "Tanze mit mir in das Glück". Die Melodie wird dabei wie folgt fortgeführt: in der Arie c-c-h-c-b-a-gis-gis-a, im Tango c-h-c-b-a-gis-a. Der Text des dritten Motivs der Arie "in wehmutsvollem Sehnen" ist von Kienzl mit es-es-cis-d-c-d-c-b vertont, im Tango gehört zu den Worten "in deinen Armen zu träumen" die Tonfolge f-f-a-c-c-d-c-b. Das letzte Motiv der Arie (Text: "denk ich an euch zurück") enthält die Töne b-a-g-f-g-a, das des Tangos (Text: "ist so schön bei verliebter Musik") die Töne c-b-a-gis-a-b-a-g-f.

Mit Schreiben vom 13. August 1962 teilte die Klägerin der Beklagten mit, nach ihrer Überzeugung sei der Refrain des Mitternachtstangos eine Nachbildung der Magdalenenarie. Die Vervielfältigung des Tangos stelle deshalb eine Urheberrechtsverletzung dar. Da es nicht zu einer Einigung zwischen den Parteien kam, hat die Klägerin im Juli 1963 Klage erhoben.

Die Klägerin hat vorgetragen, der Komponist Götz habe den unter Urheberrechtsschutz stehenden Hauptsatz der Magdalenenarie unzulässigerweise benutzt, indem er dessen

Melodie erkennbar entnommen und dem Refrain seines Tangos zugrunde gelegt habe.

Den Übereinstimmungen in Melodie und Komposition stehe allerdings ein unterschiedlicher Takt gegenüber. Die prägende Wirkung der Arie sowie auch des Tangorefrains gehe aber nicht vom Rhythmus, sondern von der Melodie aus. Der Sechsahtakt der Arie sei in den dem Tangorhythmus entsprechenden Viervierteltakt umgewandelt worden, indem jeder Takt halbiert und sodann das erste Viertel eines jeden Taktes verdoppelt worden sei. Abgesehen davon, daß Götz die Melodie bewußt aus dem "Evangelimann" übernommen habe, sei auch die unbewußte Entnahme rechtswidrig. Entscheidend sei, daß der Tangorefrain ohne Kenntnis der Magdalenenarie und der Wiedererkennungsszene nicht in der vorliegenden Form hätte entstehen können. Daß Götz die Magdalenenarie bei der Komposition des Refrains gekannt habe, sei mit Sicherheit anzunehmen. Der "Evangelimann" gehöre zu den beliebtesten deutschen Opern und werde häufig aufgeführt. Die Magdalenenarie sei besonders populär. Sie werde in den Wunschkonzerten der Rundfunkanstalten immer wieder erbeten. Die Schallplattenaufnahmen des Liedes hätten hohe Auflagen erreicht. Die Beklagte habe ebenfalls in ihre Urheberrechte an dem "Evangelimann" eingegriffen. Als Musikverlegerin habe sie die Originalität des von ihr vertriebenen Tangos prüfen müssen und dessen weitgehende Übereinstimmung mit der bekannten Magdalenenarie erkennen können. Sie habe deshalb ihre Sorgfaltspflicht zumindest fahrlässig verletzt. Sie sei verpflichtet, den Vertrieb des Tangos in Zukunft zu unterlassen und ihre Noten sowie die zur Vervielfältigung bestimmten Vorrichtungen zu vernichten. Sie müsse auch über ihre Einnahmen aus der Verwertung des Tangos Rechnung legen und einen angemessenen Anteil am Reingewinn an sie, die Klägerin, weitergeben.

Mit der Klage verlangt die Klägerin, daß der Beklagten die Vervielfältigung, Verbreitung und die sonstige urheberrechtliche Verwertung der Refrainmelodie des Mitternachtstangos untersagt werde. Weiter macht die Klägerin einen Anspruch auf Vernichtung geltend. Schließlich begehrt sie im Wege der Stufenklage Rechnungslegung und Zahlung.

Die Beklagte hat vorgetragen, die Ähnlichkeit zwischen dem Tango und der Arie sei nicht so erheblich, wie die Klägerin es darstelle. Schon der unterschiedliche Rhythmus vermittele dem Hörer einen anderen Eindruck. Auf diesen aber komme es an, nicht dagegen auf das Notenschriftbild oder die Ergebnisse einer musikwissenschaftlichen Analyse. Wenn man im Übrigen überhaupt von - allenfalls bruchstückhafter - Übereinstimmung der Melodien sprechen könne, so handele es sich dabei nicht um geschützte Melodieelemente, sondern um musikalisches Allgemeingut. Kienzl habe im "Evangelimann" volkstümliche und bekannte Melodien verwendet. Die Ähnlichkeit zwischen Tango und Arie könne daher nur auf Zufall beruhen. Es werde bestritten, daß Götz die Arie überhaupt gekannt habe. Götz habe den Tango-refrain in Anwesenheit des Textautors Kurt Hertha komponiert. Hertha sei mit dem fertigen Text zu Götz gekommen. Dieser habe sich sofort ans Klavier gesetzt, nach Motiven für die Vertonung gesucht und dann die Refrainmelodie niedergeschrieben. Die Beklagte meint, ein Schadensersatzanspruch gegen sie selbst käme schon deshalb nicht in Betracht, weil sie kein Verschulden treffe. Sie dürfe sich als Verlegerin darauf verlassen, daß ein anerkannter Schlagerkomponist wie Karl Götz keine fremde Musik übernehme.

Das Landgericht hat ein Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Siegfried B. eingeholt. Dieser hat das Gutachten in der mündlichen Verhandlung erläutert.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Kammergericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Sowohl die Magdalenenarie aus der Oper "Der Evangelimann" als auch der Mitternachtstango weisen Melodien auf. Ein Werk der Musik, das in Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes nicht veröffentlicht und verwertet werden, wenn eine Melodie erkennbar dem älteren Werk entnommen und dem neuen Werk zugrunde gelegt worden ist (§ 24 UrhG). Hiermit stimmt die Regelung in § 13 Abs. 1 und 2 LitUrhG sachlich überein, die bis zum Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes gegolten hat. Käme der Arie urheberrechtlicher Schutz zu und wäre ihr eine Melodie erkennbar entnommen und dem Tango zugrunde gelegt worden, so hätte daher eine Veröffentlichung und Verwertung des Tangos bis zum Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes gemäß § 13 LitUrhG und seitdem gemäß § 24 UrhG nur mit Zustimmung der Klägerin erfolgen dürfen.

I. 1. In Übereinstimmung mit dem Landgericht gelangt auch das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Magdalenenarie der Oper "Der Evangelimann" von Wilhelm Kienzl sowohl als Ganzes als auch in der Tonfolge der

ersten drei Motive mit den Textzeilen 1. "O schöne Jugendtage", 2. "mit eurem stillen Glück", 3. "in wehmutsvollem Sehnen" die für einen urheberrechtlichen Schutz erforderliche eigenschöpferische Leistung aufweise.

Das Berufungsgericht setzt sich eingehend mit dem Vorbringen der Beklagten auseinander, die einen urheberrechtlichen Schutz dieser Arie unter Hinweis auf ältere Werke in Zweifel gezogen hat. Dabei stützt es sich auf das schriftliche Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen und dessen Erläuterung des Gutachtens in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht sowie auf die eigene Anhörung der Arie, des Tangos und der entgegengehaltenen Musikwerke und Volkslieder.

2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Sie beruhen weitgehend auf einer tatrichterlichen Würdigung. Es sind keine Anhaltspunkte gegeben, daß das Berufungsgericht bei der Prüfung, ob die Magdalenenarie als Werk der Musik im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG anzusehen ist, den Rechtsbegriff des Werkes verkannt hätte, der nach § 2 Abs. 2 UrhG das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung voraussetzt.

II. Wie der Hauptsatz der Magdalenenarie, so besteht auch der Refrain des Mitternachtstangos aus vier Motiven. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weist der Refrain des Tangos nach dem akustischen Gesamteindruck in der Tonfolge der ersten beiden Motive (1. "tanze mit mir in den Morgen", 2. "tanze mit mir in das Glück") eine erhebliche Übereinstimmung und in der Tonfolge des dritten Motivs ("in Deinen Armen zu träumen") noch eine gewisse

Ähnlichkeit mit den ersten drei Motiven der Magdalenenarie auf.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ergeben die Übereinstimmungen und Ähnlichkeiten jedoch nicht mit hinreichender Sicherheit, daß der Komponist Götz den Refrain des Mitternachtstangos unter bewußter oder unbewußter Benutzung der Magdalenenarie geschaffen hat.

1. Hierzu führt das Berufungsgericht aus, daß zwar die über einen längeren Melodienbogen bestehende Übereinstimmung in den ersten zwei Motiven und die weiter festgestellte Ähnlichkeit in der dritten Melodienphrase der beiden Werke für eine dem Komponisten unbewußt gebliebene Verwendung der Magdalenenarie bei der Schaffung des Mitternachtstangos sprechen könne. Diese Folgerung sei jedoch deshalb nicht zwingend, weil ein anderer Geschehensablauf naheliege. Zwar könne nicht, wie die Beklagte vorgetragen habe, angenommen werden, Götz habe die beiden ersten Motive des Refrains **u n m i t t e l b a r** einem der entgegengehaltenen älteren Werke entnommen. Jedoch liege es sehr nahe, daß Götz auf Grund der in sein Unterbewußtsein gesunkenen Kenntnis mehrerer der entgegengehaltenen Musikwerke und damit aus allgemein zugänglichem musikalischen Kulturgut zu dem Refrain inspiriert worden sei. Der Beginn der Melodie auf der fünften Stufe mit der unteren Wechselnote, der Sextsprung im ersten Motiv und die Septime im zweiten Motiv, die sowohl dem Anfang der Magdalenenarie als auch dem Anfang des Tangorefrains das entscheidende Gepräge gäben, seien nicht nur in den angeführten Volksliedern Textzeile: "Mein Liebchen, das weilt in der Ferne" und "Ich stand auf hohem Berge" enthalten, sondern auch im "Sehnsuchtswalzer" von Schubert, Sext-

sprung und Septime ferner im Finale des vierten Aktes der Oper "Die Hochzeit des Figaro" von Mozart (Melodie des Grafen zu den Worten "Contessa perdono"), und in den ersten beiden Motiven von Weber's "Aufforderung zum Tanz". Der Melodienbeginn mit der unteren Wechselnote und dem folgenden Sextsprung finde sich weiter im "Impromptu" in As-Dur von Chopin und im "Waldweben" aus Wagners Ringdrama "Siegfried". Allerdings seien diese Melodieelemente in den genannten, zum musikalischen Kulturgut gehörenden Werken in eigenschöpferischer Weise zu Melodien gestaltet worden, die sich im akustischen Gesamteindruck sowohl von der Magdalenenarie als auch von dem Mitternachtstango auffällig unterschieden. Dennoch liege es nahe, daß sich die häufige Verwendung dieser Elemente einem Musikfachmann einprägen, auch wenn sie ihm in den verschiedenartigsten Ausgestaltungen begegneten, daß das auch bei dem Komponisten Karl Götz der Fall gewesen sei, und daß er auf diese Weise und nicht aufgrund einer - wenn auch nur unbewußt gebliebenen - unmittelbaren Anregung durch die Magdalenenarie auf die ersten beiden Motive des Refrains des Mitternachtstangos gekommen sei. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, daß die Wiederholung des Anfangs der ersten Melodienphrase (c-h-c) im Beginn der zweiten Melodienphrase, die sowohl in der Arie als auch im Tangorefrain auftrete, keine besondere kompositorische Originalität aufweise, sondern daß solche Wiederholungen einzelner Melodienteile sowohl für den Schlager als auch für das Volkslied geradezu typisch seien, weil beide sich möglichst schon beim erstmaligen Hören einprägen sollen. Nun finde sich allerdings auch in der dritten Melodienphrase der Magdalenenarie und des Tangorefrains ("In wehmutsvollem Sehnen" und "In deinen Armen zu träumen") durch das gleichlaufende Aufschwingen und Abfallen der Melodie eine Ähnlichkeit, wie sie in

den entgegengehaltenen Werken einschließlich der Volkslieder nicht vorhanden sei. Gerade hinsichtlich dieses Teiles des Tangorefrains habe der gerichtliche Sachverständige aber ausgeführt, daß Götz sich nach dem übereinstimmenden melodischen Anfang "sehr simpler Allerweltsformen bedient" habe (GA I Bl. 108). Auch erscheine das Auf- und Abschwngen dieses Melodienbogens ähnlich - aber urheberrechtlich unbedenklich - bereits in den ersten beiden Motiven der Arie und des Tangorefrains. Es handele sich insoweit also ebenfalls im wesentlichen um eine Wiederholung, die dem Schlager von vornherein und ohne Zurückgreifen auf einzelne Vorbilder eigentümlich sei.

Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung, daß sich die Übereinstimmungen zwischen beiden Werken auch ohne ein Zurückgreifen des Komponisten Götz auf die Magdalenenarie erklären lasse, unter Bezugnahme auf das Urteil "Mecki-Igel I" (BGH GRUR 1958, 500, 502) auch auf den Grundsatz, je auffallender die Eigenart des Vorbildes sei, desto zurückhaltender werde man bei der Bewertung des nachgeschaffenen Werkes als einer selbständigen eigentümlichen Schöpfung sein müssen. Es stellt fest, daß der Anfang der volksliedhaften Magdalenenarie als auch der Refrain des Mitternachtstangos Musikwerke seien, die keine **b e s o n d e r s g r o ß e E i g e n a r t** aufwiesen. Auch Kienzl habe bei den als Anspruchsgrundlage in Betracht kommenden drei Anfangsphrasen der Arie im wesentlichen altbekannte melodische Wendungen (untere Wechselnote, Sextsprung, gleichlautende untere Wechselnote Wiederholung, Septime und in der dritten Phrase den auf- und abschwingenden Melodienbogen, wie er bereits in den ersten beiden Motiven enthalten sei), in einer Weise verwendet, die zwar als eigenschöpferisch anzusehen sei, aber nur eine

hierzu gerade noch ausreichende geringe Eigentümlichkeit besitze. Da sich gleiche Stimmungen und Gefühle auch gleich oder ähnlich ausdrückten und künstlerisch Gestalt gewinnen könnten, sei gerade auf dem Gebiet der einfachen musikalischen Komposition nicht auszuschließen, daß zwei Komponisten unabhängig voneinander eine ähnliche Stimmungslage in ähnlicher Weise melodisch ausdrückten. Während bei Kompositionen von tiefer Originalität allerdings eine weitgehende Übereinstimmung in einem späteren Werk den Schluß nahelegen würde, daß eine zumindest unbewußte Benutzung stattgefunden habe, sei bei den hier streitigen, besonders in den jeweiligen dritten Motiven sehr einfachen Melodien diese Folgerung nicht gerechtfertigt. Götz habe im dritten Motiv seines Tangorefrains die Textzeile "In deinen Armen zu träumen" zu vertonen gehabt, also ein Gefühl musikalisch darzustellen, das der Aussage der Magdalenenarie an der entsprechenden Stelle "In wehmutsvollem Sehnen denk ich an euch zurück" (drittes und viertes Motiv) durchaus verwandt sei. Es sei nicht auszuschließen, daß ihm hierbei der einfache, auf- und abschwingende Melodienbogen der dritten Phrase ebenso wie Kienzi an der entsprechenden Stelle aber unabhängig von der Magdalenenarie im Wege der zufälligen Doppelschöpfung selbständig eingefallen sei, nachdem Götz mit den beiden ersten Motiven bereits ähnlich auf- und abschwingende Melodienelemente gefunden habe.

Solche zufälligen Doppelschöpfungen seien auch gerade auf dem Gebiet der leichten Musik, die sich einfacher, eingängiger Formen bediene, besonders naheliegend. So habe im Jahre 1953 der Komponist Lutz Hejger den Wendlinger Schrammelmarsch geschaffen, der in den ersten sieben Takten nahezu identisch mit dem 1961 entstandenen Mitternachts-

tango sei, ohne daß eine Entnahme festgestellt worden sei (Urteil des Landgerichts München I vom 13. März 1963, GA I Bl. 80 ff). Das Anfangsmotiv c-c-h-c-a (Sexte) sei auch in Peter Igelhoff's "Mein Name ist Hase" aus dem Jahre 1954 enthalten. Außerdem finde sich der Auftakt c-h-c mit der Sexte im ersten Motiv und der gleiche Auftakt c-h-c mit der Septime im zweiten Motiv in der Schlagermelodie "Sumatra", die der Schlagerkomponist Werner Müller im Jahre 1958 geschaffen habe. Es entspreche aber nicht der Lebenserfahrung, daß alle diese Komponisten den gleichen musikalischen Einfall - bewußt oder unbewußt - unmittelbar aus der Magdalenenarie oder aus den vorgeschaffenen Schlagern entnommen hätten. Aus den dargelegten Gründen liege es vielmehr nahe, daß es sich insoweit um einfache musikalische Ideen handle, die bei verschiedenen Komponisten unabhängig voneinander immer wieder auftauchten. Diese würden mit geringerer Originalität zu ähnlich klingenden Musikwerken verarbeitet, wie die Volkslieder und Schlager zeigten, bei größerer schöpferischer Kraft aber zu sehr eigentümlicher, in der Gesamtwirkung stark voneinander abweichender Musik, wie die entgegengehaltenen Werke von Mozart, Schubert, Chopin, Weber und Wagner ergäben (vgl. auch Ulmer aaO S. 222 "Wandernde Melodien").

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Von einer "Entnahme" einer Melodie aus einem Werk und ihrer "Zugrundelegung" in einem neuen Werk kann nur die Rede sein, wenn der Komponist des neuen Werkes das ältere Werk gekannt und bewußt oder unbewußt bei seinem Schaffen darauf zurückgegriffen hat. Denn Übereinstimmungen, die lediglich auf Zufall beruhen, stellen keine Urheberrechtsverletzung dar.

Bei Beurteilung der Frage, ob die im Einzelfall vorhandenen Übereinstimmungen zwischen zwei Werken auf Zufall oder aber darauf beruhen, daß das ältere Werk dem Urheber des neuen Werkes als Vorbild gedient hat, ist davon auszugehen, daß angesichts der Vielfalt der individuellen Schaffungsmöglichkeiten auf künstlerischem Gebiete eine weitgehende Übereinstimmung von Werken, die auf selbständigem Schaffen beruhen, nach menschlicher Erfahrung nahezu ausgeschlossen erscheint (BGHZ 50, 340, 350 f - Rüschenhaube). Weitgehende Übereinstimmungen legen daher in der Regel die Annahme nahe, daß der Urheber des jüngeren Werkes das ältere Werk benutzt hat. Soweit es sich auf den Gebieten der bildenden Kunst und der Geschmacksmuster um die Frage handelt, ob auch in subjektiver Hinsicht der Tatbestand der Nachbildung erfüllt ist, wird aus dem Bestehen einer wesentlichen Übereinstimmung zwischen dem älteren und dem neuen Werk nach den Regeln des Beweises des ersten Anscheins gefolgert, daß das ältere Werk bei Schaffung des neuen Werkes benutzt worden ist (so betr. §§ 15, 16 KunstUrhG: BGH GRUR 1960, 251 f - Mecki-Igel II; 1961, 635, 639 - Stahlrohrstuhl; betr. § 5 GeschMG: BGH GRUR 1961, 640, 642 f - Straßenleuchte). Dabei wird regelmäßig angenommen, daß der Tatbestand einer Nachbildung auch dann erfüllt ist, wenn dem Schöpfer des späteren Werkes das ältere Werk im Augenblick des Nachschaffens zwar nicht bewußt vorschwebt, wenn er es aber durch eine ihm möglicherweise selbst nicht mehr gegenwärtige frühere Wahrnehmung in sein Gedächtnis aufgenommen hatte und wenn er alsdann bei seiner eigenen Gestaltung unbewußt davon beeinflusst worden ist (BGH GRUR 1960, 252; 1961, 643; Ulmer aaO S. 14; v. Gamm § 24 UrhG Anm. 8; Möhring-Nicolini aaO § 24 Anm. 3b).

Es bestehen keine Bedenken, diese Grundsätze unter Berücksichtigung der auf dem Gebiete des musikalischen Schaffens gegebenen Besonderheiten auch bei Beurteilung der Frage anzuwenden, ob eine Melodie erkennbar einem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt worden ist (Möhring-Nicolini aaO § 24 Anm. 7; v. Gamm aaO § 24 Anm. 19 i.V.m. Anm. 8). Die Rechtsprechung, nach der der Tatbestand einer Nachbildung auch gegeben sein kann, wenn ein Urheber seinem Schaffen **u n b e w u ß t** ein älteres Werk zugrunde legt, hat bei Erlaß des Urheberrechtsgesetzes vorgelegen. Da die Bestimmung des § 13 Abs. 2 LitUrHG ihrem sachlichen Inhalt nach in § 24 Abs. 2 UrhG unverändert übernommen worden ist, kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, nur die **b e w u ß t e** Entnahme einer Melodie aus einem älteren Werk und ihre Zugrundelegung in einem neuen Werk erfülle den Tatbestand des § 24 Abs. 2 UrhG.

Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze beachtet. Es geht davon aus, daß die Übereinstimmungen und Ähnlichkeiten zwischen beiden Werken für eine dem Komponisten Götz unbewußt gebliebene Verwendung der Magdalenenarie bei der Schaffung des Mitternachtstangos spreche. Dabei hebt es ausdrücklich hervor (BU 29), der gerichtliche Sachverständige habe ausgeführt, daß die Übereinstimmung eine zufällige Improvisation überschreite und daß er "es sich nicht anders vorstellen könne, als daß ein mindestens unbewußtes Zurückgreifen vorliege, soweit es sich um den kompositorischen Vollzug handelt". Mit dieser Aussage des Sachverständigen hat sich das Berufungsgericht daher entgegen der Rüge der Revision auseinandergesetzt.

Das Berufungsgericht hat ferner eingehend begründet, warum es dem Sachverständigen nicht gefolgt ist. Da diese

Begründung, wie noch auszuführen ist, keinen Rechtsfehler erkennen läßt, erübrigt sich die Einholung eines Ergänzungsgutachtens.

Die Vermutung, der Schöpfer des neueren Werkes habe bei dessen Schaffung auf ein älteres Werk zurückgegriffen, beruht darauf, daß in beiden Werken Merkmale ohne erklärbaren Grund übereinstimmen, die wegen ihrer Eigenart oder in dieser Kombination kaum von verschiedenen Personen so übereinstimmend geschaffen sein könnten, wenn diese unabhängig voneinander tätig gewesen wären (vgl. Möhring-Nicolini aaO § 2 Anm. 10 d). Für diese Vermutung ist jedoch kein Raum, wenn nach den Umständen ein anderer Geschehensablauf naheliegt, nach dem sich die Übereinstimmungen auch auf andere Weise als durch ein Zurückgreifen des Schöpfers des neuen Werkes auf das ältere Werk erklären lassen.

Im Streitfall ist das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, die festgestellten Übereinstimmungen und Ähnlichkeiten sprächen nicht zwingend dafür, daß Götz den Refrain des Tangos nach dem Vorbild der Arie geschaffen habe. Dies hat es damit begründet, daß diejenigen Melodieelemente, in denen beide Werke in den Anfangsmotiven übereinstimmten, schon in mehreren älteren Werken enthalten seien. Damit setzt sich das Berufungsgericht nicht, wie die Revision rügt, in Widerspruch mit den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen, der auf die insoweit vorhandenen Verschiedenheiten zwischen den älteren Werken und dem Tango hingewiesen hat. Vielmehr hebt es ausdrücklich hervor (BU 34/35), daß diese Melodieelemente in den genannten, zum musikalischen Kulturgut gehörenden älteren Werken in eigen-

schöpferischer Weise zu Melodien gestaltet worden seien, die sich im akustischen Gesamteindruck von der Arie und dem Tango deutlich unterscheiden. Daß jedoch die Verwendung dieser Melodieelemente im Refrain des Tangos einen ähnlichen akustischen Gesamteindruck aufweist wie in der Arie, beruht nach den Ausführungen des Berufungsgerichts in ihrem Zusammenhalt darauf, daß diese beiden Werke einen liedhaften Charakter besitzen und daß sie beide nicht von besonderer Eigenart sind. Soweit durch das gleichlaufende Aufschwingen und Abfallen der Melodie in den dritten Motiven beider Werke eine Ähnlichkeit besteht, findet diese nach der zutreffenden Annahme des Berufungsgerichts ihre Erklärung darin, daß die jeweiligen Textzeilen einen ähnlichen Stimmungsgehalt aufweisen und daß Götz sich, wie der Sachverständige ausgeführt hat, "sehr simpler Allerweltsformen bedient" hat.

Besteht aber die Übereinstimmung zwischen dem Tango-refrain und der Magdalenenarie in Melodieelementen, die schon in mehreren älteren Werken enthalten sind und sind diese Melodieelemente in der Arie nicht zu einer Melodie von starker Eigenart verarbeitet, so ist es kein Rechtsfehler, wenn der Tatrichter unter den gegebenen Umständen den Anscheinsbeweis als erschüttert ansieht, nach dem die Übereinstimmungen zunächst für eine dem Komponisten des Tangos unbewußt gebliebene Zugrundelegung der Arie bei der Schaffung des Tangos sprechen. Bei dieser Sachlage ist es daher rechtlich nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht eine Urheberrechtsverletzung verneint, weil die Klägerin nicht den ihr obliegenden Beweis geführt habe, daß Götz die Melodie des Tangorefrains der Magdalenenarie entnommen und seinem Werk zugrunde gelegt habe.

III. Da die Klage hiernach zu Recht abgewiesen worden ist, war die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkman

Merkel

v. Gamm