

**EuGH Urteil - (Az: C-201/139) – 03.09.2014**

***Künstler und andere Urheber müssen es nicht hinnehmen, dass ihre Werke zu rassistischen oder anderweitig diskriminierenden Aussagen missbraucht werden. Trotz des Urheberrechts ist es grundsätzlich zulässig, Werke in einer Karikatur oder Parodie aufzugreifen. Im Streitfall geht es um einen Kalender, den Johan Deckmyn von der rechtspopulistischen flämischen Partei Vlaamse Belang beim Neujahrsempfang 2011 der belgischen Stadt Gent verteilt hatte. Das Deckblatt zeigte den Bürgermeister der Stadt, der Münzen um sich wirft, die von durch Hautfarbe und Kleidung als Ausländer erkennbaren Menschen aufgesammelt werden.***

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer) 3. September 2014(\*)

„Vorabentscheidungsersuchen – Richtlinie 2001/29/EG – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Vervielfältigungsrecht – Ausnahmen und Beschränkungen – Begriff ‚Parodie‘ – Eigenständiger Begriff des Unionsrechts“

In der Rechtssache C-201/13 betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Hof van beroep te Brussel (Belgien) mit Entscheidung vom 8. April 2013, beim Gerichtshof eingegangen am 17. April 2013, in dem Verfahren

Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW

gegen

Helena Vandersteen, Christiane Vandersteen, Liliana Vandersteen, Isabelle Vandersteen, Rita Dupont, Amoras II CVOH, WPG Uitgevers België erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten V. Skouris, des Vizepräsidenten K. Lenaerts, der Kammerpräsidentin R. Silva de Lapuerta, der Kammerprä

sidenten M. Ilešič, L. Bay Larsen, A. Borg Barthet und M. Safjan, der Richter A. Rosas, G. Arestis und D. Šváby, der Richterin A. Prechal (Berichterstatterin) sowie der Richter C. Vajda und S. Rodin,

Generalanwalt: P. Cruz Villalón,

Kanzler: M. Ferreira, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 7. Januar 2014,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- von Herrn Deckmyn, vertreten durch B. Siffert, advocaat,
- der belgischen Regierung, vertreten durch J.-C. Halleux und C. Pochet als Bevollmächtigte,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch J. Samnadda, F. Wilman und T. van Rijn als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 22. Mai 2014

folgendes Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167, S. 10).
- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Herrn Deckmyn und der Vrijheidsfonds VZW (im Folgenden: Vrijheidsfonds), einer Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht, auf der einen und verschiedenen Erben von Herrn Vandersteen, dem Autor der Comicreihe *Suske en Wiske* (in französischer Sprache *Bob*

- et Bobette*), sowie den Inhabern der mit diesen Werken verbundenen Rechte (im Folgenden: Vandersteen u. a.) auf der anderen Seite über die Verteilung eines Kalenders durch Herrn Deckmyn, in dem eine Zeichnung (im Folgenden: im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zeichnung) abgebildet war, die einer Zeichnung auf dem Deckblatt eines Hefts aus der Reihe *Suske en Wiske* ähnelte.
- Rechtlicher Rahmen
- Unionsrecht*
- 3 Der dritte Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 lautet:
- „Die vorgeschlagene Harmonisierung trägt zur Verwirklichung der vier Freiheiten des Binnenmarkts bei und steht im Zusammenhang mit der Beachtung der tragenden Grundsätze des Rechts, insbesondere des Eigentums einschließlich des geistigen Eigentums, der freien Meinungsäußerung und des Gemeinwohls.“
- 4 Im 31. Erwägungsgrund der Richtlinie heißt es:
- „Es muss ein angemessener Rechts- und Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern sowie zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen gesichert werden. ...“
- 5 Art. 5 („Ausnahmen und Einschränkungen“) der Richtlinie bestimmt in Abs. 3:
- „Die Mitgliedstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 [‚Vervielfältigungsrecht‘] und 3 [‚Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände‘] vorgesehenen Rechte vorsehen:
- ...  
 k) für die Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiche;
- ...“
- Belgisches Recht*
- 6 Art. 22 § 1 des Gesetzes vom 30. Juni 1994 über das Urheberrecht und verwandte Rechte (*Belgisch Staatsblad* vom 27. Juli 1994, S. 19297) bestimmt:
- „Wenn ein Werk erlaubterweise veröffentlicht worden ist, kann sich der Urheber
- ...  
 6° unter Beachtung der anständigen Gepflogenheiten hergestellten Karikaturen, Parodien oder Pastiches nicht widersetzen.
- ...“
- Ausgangsverfahren und Vorlagefragen
- 7 Herr Deckmyn ist Mitglied des Vlaamse Belang, während der Vrijheidsfonds ausweislich seiner Satzung unter Ausschluss jeder Gewinnerzielungsabsicht diese politische Partei finanziell und materiell unterstützen soll.
- 8 Auf dem Neujahrsempfang der Stadt Gent (Belgien) vom 9. Januar 2011 verteilte Herr Deckmyn Kalender für das Jahr 2011, auf denen er als verantwortlicher Herausgeber angegeben ist. Auf der Vorderseite dieser Kalender war die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zeichnung abgebildet.
- 9 Diese Zeichnung ähnelte einer Zeichnung auf dem Deckblatt des im Jahr 1961 von Herrn Vandersteen geschaffenen Comichefts *Suske en Wiske* mit dem Titel „De Wilde Weldoener“ (Der wilde Wohltäter), dessen französische Fassung den Titel „La tombe hindoue“



- trägt. Die letztgenannte Zeichnung stellte eine der Hauptfiguren dieses Hefts dar, die mit einer weißen Tunika bekleidet Münzen Personen zuwirft, die versuchen, sie aufzusammeln. In der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Zeichnung wurde diese Figur durch den Bürgermeister der Stadt Gent ersetzt, und die die Münzen aufammelnden Personen wurden durch verschleierte und farbige Personen ersetzt.
- 10 In der Ansicht, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zeichnung und deren öffentliche Wiedergabe ihre jeweiligen Urheberrechte verletzen, erhoben Vandersteen u. a. Klage gegen Herrn Deckmyn und den Vrijheidsfonds vor der Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel (erstinstanzliches Gericht Brüssel), die die Letztgenannten unter Androhung eines Zwangsgelds dazu verurteilte, die Verwendung dieser Zeichnung in jedweder Form zu unterlassen.
- 11 Vor dem vorliegenden Gericht, das mit einem Rechtsmittel gegen die im ersten Rechtszug ergangene Entscheidung befasst wurde, machten Herr Deckmyn und der Vrijheidsfonds insbesondere geltend, die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zeichnung sei eine politische Karikatur, die eine zulässige Parodie im Sinne von Art. 22 § 1 Nr. 6 des Gesetzes vom 30. Juni 1994 über das Urheberrecht und verwandte Rechte sei.
- 12 Vandersteen u. a. treten dieser Auslegung entgegen, da ihrer Auffassung nach eine Parodie bestimmten Voraussetzungen genügen muss, die im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien, nämlich einen kritischen Verwendungszweck erfüllen, selbst von Ursprünglichkeit zeugen, eine humoristische Zielsetzung haben, die Absicht verfolgen, sich über das ursprüngliche Werk lustig zu machen und nicht mehr Formelemente des ursprünglichen Werks übernehmen, als für die Herstellung der Parodie unbedingt erforderlich sind. In diesem Zusammenhang werfen sie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Zeichnung auch vor, eine diskriminierende Aussage zu vermitteln, da in ihr die im ursprünglichen Werk vorkommenden und die geworfenen Münzen aufammelnden Figuren durch verschleierte und farbige Personen ersetzt worden seien.
- 13 Unter diesen Umständen hat der Hof van beroep te Brussel beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Ist der Begriff „Parodie“ ein autonomer unionsrechtlicher Begriff?
  2. Falls ja, muss dieser Begriff dann folgende Voraussetzungen erfüllen oder folgende Merkmale aufweisen:
    - Vorhandensein eines eigenen ursprünglichen Charakters (Originalität),
    - und zwar so, dass die Parodie vernünftigerweise nicht dem Urheber des ursprünglichen Werks zugeschrieben werden kann,
    - beabsichtigte Belustigung oder Verspottung, unabhängig davon, ob sich die dabei gegebenenfalls geäußerte Kritik gegen das ursprüngliche Werk oder eine andere Sache oder Person richtet,
    - Angabe des parodierten Werkes?
  3. Muss ein Werk weitere Voraussetzungen oder Merkmale erfüllen, um als Parodie angesehen werden zu können?
- Zu den Vorlagefragen
- Zur ersten Frage*

- 14 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs folgt aus den Erfordernissen sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitssatzes, dass die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der gesamten Europäischen Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen, die unter Berücksichtigung des Kontexts der Vorschrift und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden muss (Urteil Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 15 Nach dieser Rechtsprechung ist der Begriff „Parodie“, der in einer Bestimmung einer Richtlinie enthalten ist, die keinen Verweis auf die nationalen Rechte enthält, als autonomer Begriff des Unionsrechts anzusehen und im gesamten Gebiet der Union einheitlich auszulegen (vgl. in diesem Sinne Urteil Padawan, EU:C:2010:620, Rn. 33).
- 16 Dieser Auslegung steht auch nicht entgegen, dass die in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 genannte Ausnahme fakultativer Natur ist. Eine Auslegung, wonach es den Mitgliedstaaten, die diese Ausnahme eingeführt haben, freistünde, deren Parameter inkohärent, nicht harmonisiert und möglicherweise von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variierend auszugestalten, liefe nämlich dem Ziel dieser Richtlinie zuwider (vgl. in diesem Sinne Urteile Padawan, EU:C:2010:620, Rn. 36, und ACI Adam u. a., C-435/12, EU:C:2014:254, Rn. 49).
- 17 Daher ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen ist, dass der in dieser Bestimmung enthaltene Begriff „Parodie“ ein eigenständiger Begriff des Unionsrechts ist.
- Zur zweiten und zur dritten Frage*
- 18 Mit seiner zweiten und seiner dritten Frage, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof wissen, wie die in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 vorgesehene Ausnahme der Parodie zu verstehen ist. Insbesondere möchte es wissen, ob der Begriff der Parodie davon abhängt, dass bestimmte Voraussetzungen vorliegen, die es in seiner zweiten Frage aufzählt.
- 19 Da der Begriff der Parodie in der Richtlinie 2001/29 nicht definiert ist, ist die Bedeutung und Tragweite dieses Begriffs nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs entsprechend seinem Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu bestimmen, wobei zu berücksichtigen ist, in welchem Zusammenhang er verwendet wird und welche Ziele mit der Regelung verfolgt werden, zu der er gehört (vgl. in diesem Sinne Urteil Diakité, C-285/12, EU:C:2014:39, Rn. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 20 In Bezug auf den Sinn des Begriffs „Parodie“ nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch steht – wie der Generalanwalt in Nr. 48 seiner Schlussanträge ausgeführt hat – fest, dass die wesentlichen Merkmale der Parodie darin bestehen, zum einen an ein bestehendes Werk zu erinnern, gleichzeitig aber ihm gegenüber wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, und zum anderen einen Ausdruck von Humor oder eine Verspottung darzustellen.
- 21 Weder aus dem Sinn des Begriffs „Parodie“ nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch noch – wie die belgische Regierung und die Europäische Kommission zu Recht vortragen – aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 geht hervor, dass dieser Begriff von den vom vorlegenden Gericht in seiner zweiten Frage genannten Voraussetzungen abhängt, dass nämlich die Parodie einen eigenen ursprünglichen Charakter hat, der nicht nur darin besteht, gegenüber dem parodierten ursprünglichen Werk wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, dass sie ver-



- nünftigerweise einer anderen Person als dem Urheber des ursprünglichen Werkes zugeschrieben werden kann, dass sie das ursprüngliche Werk selbst betrifft oder dass sie das parodierte Werk angibt.
- 22 Diese Auslegung wird durch den Regelungszusammenhang des Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 nicht in Frage gestellt, der eine Ausnahme zu den in den Art. 2 und 3 der Richtlinie vorgesehenen Rechten enthält und daher eng auszulegen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil ACI Adam u. a., EU:C:2014:254, Rn. 23).
- 23 Die Auslegung des Begriffs der Parodie muss es nämlich erlauben, die praktische Wirksamkeit der so umrissenen Ausnahme zu wahren und ihre Zielsetzung zu beachten (vgl. in diesem Sinne Urteil Football Association Premier League u. a., C-403/08 und C-429/08, EU:C:2011:631, Rn. 163).
- 24 Der Umstand, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 eine Ausnahme darstellt, führt daher nicht zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs dieser Bestimmung durch Voraussetzungen wie die in Rn. 21 des vorliegenden Urteils genannten, die weder aus dem Sinn des Begriffs „Parodie“ nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch noch aus dem Wortlaut dieser Bestimmung hervorgehen.
- 25 Hinsichtlich des Zieles von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 ist auf die mit dieser Richtlinie allgemein verfolgten Ziele hinzuweisen, zu denen – wie aus ihrem dritten Erwägungsgrund hervorgeht – die Harmonisierung gehört, die zur Verwirklichung der vier Freiheiten des Binnenmarkts beiträgt und im Zusammenhang mit der Beachtung der tragenden Grundsätze des Rechts steht, insbesondere des Eigentums einschließlich des geistigen Eigentums, der freien Meinungsäußerung und des Gemeinwohls. Die Parodie stellt unstreitig ein geeignetes Mittel zur Äußerung einer Meinung dar.
- 26 Außerdem soll – wie sich aus dem 31. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 ergibt – mit den in Art. 5 der Richtlinie enthaltenen Ausnahmen von den in ihren Art. 2 und 3 vorgesehenen Rechten ein „angemessener Ausgleich“ von Rechten und Interessen insbesondere zwischen den Urhebern und den Nutzern von Schutzgegenständen gesichert werden (vgl. in diesem Sinne Urteile Padawan, EU:C:2010:620, Rn. 43, und Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, Rn. 132).
- 27 Folglich muss bei der Anwendung der Ausnahme für Parodien im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 in einem konkreten Fall ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen und Rechten der in den Art. 2 und 3 der Richtlinie genannten Personen auf der einen und der freien Meinungsäußerung des Nutzers eines geschützten Werkes, der sich auf die Ausnahme für Parodien im Sinne dieses Art. 5 Abs. 3 Buchst. k beruft, auf der anderen Seite gewahrt werden.
- 28 Um zu prüfen, ob in einem konkreten Fall bei der Anwendung der Ausnahme für Parodien im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 dieser angemessene Ausgleich gewahrt wird, sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.
- 29 Hinsichtlich des bei dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreits ist daher darauf hinzuweisen, dass nach Ansicht von Vandersteen u. a. die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zeichnung aufgrund dessen, dass darin die Figuren, die im ursprünglichen Werk die ausgestreuten Münzen auf-sammeln, durch verschleierte und farbige Personen ersetzt worden seien, eine diskriminierende Aussage vermittele, die bewirke, dass das geschützte Werk mit einer solchen Aussage in Verbindung gebracht werde.
- 30 Sollte dies tatsächlich der Fall sein, was das vorliegende Gericht zu beurtei-



len hat, ist auf die Bedeutung des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Rasse, der Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft hinzuweisen, wie es durch die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. L 180, S. 22) konkretisiert und insbesondere in Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union bestätigt worden ist.

- 31 Unter diesen Umständen haben Inhaber der in den Art. 2 und 3 der Richtlinie 2001/29 vorgesehenen Rechte wie Vandersteen u. a. jedoch grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran, dass das geschützte Werk nicht mit einer solchen Aussage in Verbindung gebracht wird.
- 32 Folglich ist es Aufgabe des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Ausgangsverfahrens zu beurteilen, ob bei der Anwendung der Ausnahme für Parodien im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 – sofern die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zeichnung die in Rn. 20 des vorliegenden Urteils genannten wesentlichen Merkmale aufweist – der angemessene Ausgleich gewahrt wird, auf den in Rn. 27 dieses Urteils hingewiesen wird.
- 33 Daher ist auf die zweite und die dritte Frage zu antworten, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen ist, dass die wesentlichen Merkmale der Parodie darin bestehen, zum einen an ein bestehendes Werk zu erinnern, gleichzeitig aber ihm gegenüber wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, und zum anderen einen Ausdruck von Humor oder eine Verspottung darzustellen. Der Begriff „Parodie“ im Sinne dieser Bestimmung hängt nicht von den Voraussetzungen ab, dass die Parodie einen eigenen ursprünglichen Charakter hat, der nicht nur darin besteht, gegenüber dem parodierten ursprünglichen Werk wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen,

dass sie vernünftigerweise einer anderen Person als dem Urheber des ursprünglichen Werkes zugeschrieben werden kann, dass sie das ursprüngliche Werk selbst betrifft oder dass sie das parodierte Werk angibt.

- 34 Des Weiteren muss bei der Anwendung der Ausnahme für Parodien im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 in einem konkreten Fall ein angemessener Ausgleich zwischen zum einen den Interessen und Rechten der in den Art. 2 und 3 der Richtlinie genannten Personen auf der einen und der freien Meinungsäußerung des Nutzers eines geschützten Werkes, der sich auf die Ausnahme für Parodien im Sinne dieses Art. 5 Abs. 3 Buchst. k beruft, auf der anderen Seite gewahrt werden.
- 35 Es ist Aufgabe des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Ausgangsverfahrens zu beurteilen, ob bei der Anwendung der Ausnahme für Parodien im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 – sofern die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zeichnung die genannten wesentlichen Merkmale der Parodie aufweist – dieser angemessene Ausgleich gewahrt wird.

#### Kosten

- 36 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt:

1. Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates

vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft ist dahin auszulegen, dass der in dieser Bestimmung enthaltene Begriff „Parodie“ ein eigenständiger Begriff des Unionsrechts ist.

2. Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 ist dahin auszulegen, dass die wesentlichen Merkmale der Parodie darin bestehen, zum einen an ein bestehendes Werk zu erinnern, gleichzeitig aber ihm gegenüber wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, und zum anderen einen Ausdruck von Humor oder eine Verspottung darzustellen. Der Begriff „Parodie“ im Sinne dieser Bestimmung hängt nicht von den Voraussetzungen ab, dass die Parodie einen eigenen ursprünglichen Charakter hat, der nicht nur darin besteht, gegenüber dem parodierten ursprünglichen Werk wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, dass sie vernünftigerweise einer anderen Person als dem Urheber des ursprünglichen Werkes zugeschrieben werden kann, dass sie das ursprüngliche Werk selbst betrifft oder dass sie das parodierte Werk angibt.

Des Weiteren muss bei der Anwendung der Ausnahme für Parodien im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 in einem konkreten Fall ein angemessener Ausgleich zwischen zum einen den Interessen und Rechten der in den Art. 2 und 3 der Richtlinie genannten Personen auf der einen und der freien Meinungsäußerung des Nutzers eines geschützten Werkes, der sich auf die Ausnahme für Parodien im Sinne dieses Art. 5 Abs. 3 Buchst. k beruft, auf der anderen Seite gewahrt werden.

Es ist Aufgabe des vorliegenden Gerichts, unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Ausgangsverfahrens zu beurteilen, ob bei der Anwendung der Ausnahme für Parodien im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 – sofern die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zeichnung die genannten wesentlichen Merkmale der Parodie aufweist – dieser angemessene Ausgleich gewahrt wird.

---

### **BGH erlaubt Privatkopien - Werke müssen nicht veröffentlicht sein**

Die Schrankenregelung in § 53 Abs. 1 UrhG gilt nicht nur für die Vervielfältigung von veröffentlichten Werken. Bis nach Karlsruhe klagte sich eine Portraitkünstlerin, weil ihr Motiv, die Beklagte, die ihr überlassenen Entwürfe eingescannt und abgespeichert hatte. Urheberrechte habe sie damit aber nicht verletzt, entschied der BGH in einem nun veröffentlichten Urteil.

Mit dem Scannen und Abspeichern habe die Frau, von der die Klägerin Portraits angefertigt hatte, zwar in die Rechte der Klägerin aus den §§ 15 und 16 Urheberrechtsgesetz (UrhG) eingegriffen. Danach ist die Vervielfältigung dem Urheber selbst vorbehalten.

Doch der Beklagten komme die Schrankenregelung in § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG zu Gute. Für den rein privaten Gebrauch sind demnach Kopien erlaubt. Wie der Bundesgerichtshof (BGH) entschied, ist Abs. 1 nicht einschränkend dahin auszulegen, dass etwa nur veröffentlichte Werke vervielfältigt werden dürfen. Die Regelung gelte vielmehr auch für unveröffentlichte Werke (Urt. v. 19.03.2014, Az. I ZR 35/13).

Das Urheberrecht kenne zwar einige Schrankenregelungen, die auf die Veröffentlichung des Werkes abstellen. Das bedeute aber nicht, dass auch der Anwendungsbe-

reich des § 53 UrhG aus diesem Grund entsprechend eingengt werden müsse. Eine insoweit zu fordernde Regelungslücke bestehe nicht, was sich schon daran zeige, dass manche Schrankenregelungen ausdrücklich ein veröffentlichtes Werk fordern. So etwa § 49 UrhG, der die Vervielfältigung von Zeitungsartikeln und Rundfunkkommentaren erlaubt.

Die Fotografin hatte der Beklagten und dessen Nachbarn ausgedruckte Entwürfe der angefertigten Fotos zur Ansicht überlassen. Ohne Absprache stellte die Beklagte Kopien von den insgesamt drei Werken her und speicherte diese auf ihrem Rechner. Die Künstlerin hatte sie daraufhin auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen, gestützt auf § 97 Abs. 1 bzw. 2 UrhG. In allen Instanzen blieb sie ohne Erfolg.

---

**BGH, Urteil vom 19. März 2014, Az.: I ZR**

**35/13 – Porträtkunst**

BUNDESGERICHTSHOF

Im Namen des Volkes

Urteil

Aktenzeichen: I ZR 35/13

Verkündet am: 19.03.2014

Leitsatz des Gerichts:

Die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG ist nicht einschränkend dahin auszulegen ist, dass sie lediglich eine Vervielfältigung veröffentlichter Werke erlaubt. Eine solche Auslegung ist weder im Blick auf entsprechende Einschränkungen anderer Schrankenregelungen oder auf das Grund-

recht der Kunstfreiheit oder auf Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft geboten.

Tenor

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19. Februar 2013 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen.

Tatbestand

Die Klägerin ist freischaffende Porträtkünstlerin. Sie machte im Oktober 2009 digitale Fotografien vom Beklagten und dessen Nachbarin. Sie bearbeitete die Fotografien an ihrem Computer, druckte die – von ihr als Entwürfe angesehenen – Bearbeitungen aus und überließ die Ausdrucke der Nachbarin des Beklagten zur Ansicht. Diese erlaubte dem Beklagten, die Ausdrucke in seine Wohnung mitzunehmen. Dort scannte der Beklagte drei Fotobearbeitungen, auf denen er abgebildet war, ein und speicherte die Dateien auf seinem Computer ab.

Die Klägerin sieht darin eine unerlaubte Vervielfältigung ihrer Fotoarbeiten und einen Eingriff in ihr Urheberpersönlichkeitsrecht. Sie nimmt den Beklagten auf Unterlassung in Anspruch, von ihr geschaffene und ihn zeigende Bildnisarbeiten zu vervielfältigen. Darüber hinaus beantragt sie, den Beklagten zu verurteilen, die Besichtigung seines Computers durch einen Sachverständigen zuzulassen, Schadensersatz zu zahlen und Abmahnkosten zu erstatten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben (OLG Frankfurt, GRUR-RR 2013, 247). Mit ihrer vom Berufungsgericht zuge-



lassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Gründe

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die geltend gemachten Ansprüche seien unbegründet, weil das Einscannen und Abspeichern der drei Bildnisarbeiten durch den Beklagten weder das Vervielfältigungsrecht noch das Urheberpersönlichkeitsrecht der Klägerin verletzt habe. Dazu hat es ausgeführt:

Es könne offenbleiben, ob die noch im Schaffensprozess befindlichen Bildnisarbeiten als Werke der bildenden Kunst oder jedenfalls als Lichtbilder urheberrechtlich geschützt seien.

Der Beklagte habe zwar durch das Einscannen der Bildnisarbeiten ohne Zustimmung der Klägerin in deren Vervielfältigungsrecht eingegriffen. Dieser Eingriff sei jedoch von der Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG gedeckt, da der Beklagte nur einzelne Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch angefertigt habe. Entgegen der Ansicht der Klägerin sei diese Regelung auch im Lichte des Grundrechts der Kunstfreiheit nicht einschränkend dahin auszulegen, dass sie nur die Vervielfältigung veröffentlichter Werke erlaube. Es könne auch offenbleiben, ob diese Bestimmung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal voraussetze, dass sich der Vervielfältigende den Besitz an der Vorlage nicht in rechtswidriger Weise verschafft habe. Der Beklagte habe sich den Besitz an den Ausdrucken nicht in rechtswidriger Weise verschafft. Nichts anderes ergebe sich ferner daraus, dass die Vorschrift des § 60 Abs. 1 UrhG bei einem als Werk der bildenden Kunst geschützten Bildnis eine

Verwertung nur durch Lichtbild zulasse. Der Begriff des Lichtbildes erfasse nämlich auch Verfahren wie das Scannen. Die Vervielfältigung von Porträtkunstwerken sei schließlich nicht in entsprechender Anwendung der für Noten, Bücher und Zeitschriften geltenden Ausnahmeregelung des § 53 Abs. 4 Nr. 1 und 2 UrhG verboten.

Das Urheberpersönlichkeitsrecht der Klägerin sei gleichfalls nicht verletzt. Da § 53 Abs. 1 UrhG auch eine Vervielfältigung von Werkentwürfen erlaube, seien damit verbundene Beeinträchtigungen des künstlerischen Schaffensprozesses grundsätzlich hinzunehmen. Das Erstmitteilungsrecht der Klägerin sei nicht verletzt, weil sie dieses Recht dadurch ausgeübt und damit verbraucht habe, dass sie der Nachbarin des Beklagten die Bildnisarbeiten zur Ansicht überlassen habe. Es liege auch kein Verstoß gegen das Entstellungsverbot vor, da die mit dem Einscannen verbundene Veränderung der Größe der Bilder nicht als Entstellung anzusehen sei.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung (§ 97 Abs. 1 UrhG), Besichtigung (§ 101a Abs. 1 UrhG), Schadensersatz (§ 97 Abs. 2 UrhG) und Erstattung von Abmahnkosten (§ 97a Abs. 1 Satz 2 UrhG aF) nicht begründet sind, weil der Beklagte durch das Einscannen und Abspeichern der bearbeiteten Fotografien keine durch das Urheberrechtsgesetz geschützten Rechte der Klägerin verletzt hat.

1. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die von der Klägerin geschaffenen Fotoarbeiten als Werke der bildenden Kunst gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UrhG oder je-

denfalls als Lichtbilder gemäß § 72 UrhG urheberrechtlich geschützt sind. Zugunsten der Klägerin ist daher für die Revisionsinstanz zu unterstellen, dass es sich bei den Fotoarbeiten um nach § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UrhG urheberrechtlich geschützte Werke der bildenden Kunst oder Entwürfe solcher Werke handelt.

2. Der Beklagte hat durch das Einscannen der Ausdrucke und Abspeichern der Dateien zwar in das ausschließliche Recht der Klägerin aus § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG zur Vervielfältigung ihrer urheberrechtlich geschützten Fotoarbeiten eingegriffen. Dieser Eingriff ist jedoch von der Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG gedeckt.

a) Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern zulässig, sofern die Vervielfältigungen weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen und zur Vervielfältigung keine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird.

b) Das Berufungsgericht hat zutreffend und von der Revision unbeanstandet angenommen, dass die Voraussetzungen dieser Regelung erfüllt sind. Der Beklagte ist eine natürliche Person und hat zu seinem privaten Gebrauch drei von der Klägerin geschaffene Fotoarbeiten eingescannt und abgespeichert und damit jedes dieser Werke jeweils ein Mal auf einem digitalen Träger vervielfältigt. Die Vervielfältigungen dienten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weder Erwerbszwecken noch hat der Beklagte zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet.

c) Das Berufungsgericht ist weiter zutreffend davon ausgegangen, dass die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG nicht einschränkend dahin auszulegen ist, dass sie lediglich eine Vervielfältigung veröffentlichter Werke erlaubt. Eine solche Auslegung ist weder im Blick auf entsprechende Einschränkungen anderer Schrankenregelungen (dazu II 2 c aa) noch im Blick auf das Grundrecht der Kunstfreiheit (dazu II 2 c bb) noch im Blick auf Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (dazu II 2 c cc) geboten.

aa) Zwar ist der Anwendungsbereich anderer Schrankenregelungen des Urheberrechtsgesetzes auf veröffentlichte oder erschienene Werke beschränkt. Diese Beschränkung ist jedoch im Rahmen des § 53 Abs. 1 UrhG nicht entsprechend anwendbar, weil die Voraussetzungen für die entsprechende Anwendung einer Regelung – das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage – nicht vorliegen.

(1) Ein Werk ist nach § 6 Abs. 1 UrhG veröffentlicht, wenn es mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist; es ist nach § 6 Abs. 2 Satz 1 UrhG erschienen, wenn mit Zustimmung des Berechtigten Vervielfältigungsstücke des Werkes nach ihrer Herstellung in genügender Anzahl der Öffentlichkeit angeboten oder in Verkehr gebracht worden sind. Schrankenregelungen, die eine Einschränkung auf veröffentlichte Werke enthalten, sind § 46 Abs. 1 Satz 1 UrhG (Sammlungen für Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch), § 48 Abs. 1 Nr. 1 UrhG (Öffentliche Reden), § 49 UrhG (Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare), § 51 Satz 1 und 2 Nr. 1 und 2



UrhG (Zitate), § 52 Abs. 1 UrhG (Öffentliche Wiedergabe), § 52a Abs. 1 UrhG (Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung), § 52b Satz 1 UrhG (Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven) und § 61 Abs. 1 und 2 UrhG (Verwaiste Werke). Eine Einschränkung auf erschienene Werke findet sich in den Schrankenregelungen des § 51 Satz 2 Nr. 3 UrhG (Zitate), § 52 Abs. 2 UrhG (Öffentliche Wiedergabe), § 53 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a und § 53 Abs. 3 UrhG (Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch) sowie § 53a Satz 1 UrhG (Kopienversand auf Bestellung).

(2) Es bestehen schon keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dem Fehlen einer entsprechenden Einschränkung in § 53 Abs. 1 UrhG um eine planwidrige Regelungslücke handelt.

Bereits der Umstand, dass nur einige Schrankenregelungen entsprechende Einschränkungen vorsehen und dabei noch zwischen veröffentlichten und erschienenen Werken unterscheiden, spricht gegen die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke in § 53 Abs. 1 UrhG (Vervielfältigung zum privaten Gebrauch); hinzu kommt, dass das Gesetz selbst innerhalb der zahlreichen Tatbestände des § 53 UrhG differenziert und nur zwei Tatbestände des § 53 Abs. 2 und 3 UrhG (Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch) eine Einschränkung auf erschienene Werke enthalten (§ 53 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a und § 53 Abs. 3 UrhG).

Die Gesetzesgeschichte spricht gleichfalls gegen eine planwidrige Regelungslücke. Die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG war Gegenstand des Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesell-

schaft vom 10. September 2003 (BGBl. I S. 1774) und des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2513). In beiden Gesetzgebungsverfahren wurde die Frage eingehend erörtert, ob und inwieweit die Schranke der Privatkopie enger gefasst werden soll (vgl. BT-Drucks. 15/38, S. 20 f.; BT-Drucks. 16/1828, S. 18 bis 21). Gleichwohl wurde lediglich klargestellt, dass die Schranke des § 53 UrhG auch für digitale Vervielfältigungen gilt (vgl. BT-Drucks. 15/38, S. 20) und die Privatkopie nach § 53 Abs. 1 UrhG auch dann unzulässig ist, wenn die Vorlage offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht wird (vgl. BT-Drucks. 16/1828, S. 18).

(3) Darüber hinaus besteht auch keine vergleichbare Interessenlage.

Die Motive für die Begrenzung bestimmter Schrankenregelungen auf veröffentlichte oder erschienene Werke sind zwar nicht in allen Fällen die gleichen; im Vordergrund steht jedoch die besondere Schutzwürdigkeit der ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf seine noch unveröffentlichten Werke (vgl. Katzenberger in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., § 6 UrhG Rn. 2). Diese Interessen sind wesentlich stärker betroffen, wenn eine Schrankenregelung die Verbreitung oder das öffentliche Zugänglichmachen oder die öffentliche Wiedergabe des Werkes zulässt als wenn sie allein die Vervielfältigung des Werkes erlaubt.

Die Schrankenregelungen, die eine Einschränkung auf veröffentlichte oder erschienene Werke enthalten, lassen mit Ausnahme von § 53 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a und § 53 Abs. 3 UrhG die Verbreitung oder das öffentliche Zugänglichmachen oder die öffentliche Wiedergabe des Werkes zu. Dagegen erlaubt § 53 Abs. 1 UrhG lediglich (ein-



zelne) Vervielfältigungen eines Werkes und diese zudem – anders als alle anderen Schrankenregelungen – allein zum privaten Gebrauch. Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG führen auch nicht mittelbar zu einer Beeinträchtigung des Veröffentlichungsrechts des Urhebers, da die Vervielfältigungsstücke nach § 53 Abs. 6 Satz 1 UrhG weder verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden dürfen (vgl. Melichar in Schricker/Loewenheim aaO Vor § 44a ff. UrhG Rn. 14; Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht, 3. Aufl., § 53 UrhG Rn. 19). Soweit § 53 Abs. 1 UrhG die Vervielfältigung unveröffentlichter Werke erlaubt, werden die ideellen Interessen der Urheber daher wesentlich weniger betroffen als sie durch die anderen Schrankenregelungen berührt würden, wenn diese nicht auf veröffentlichte oder erschienene Werke beschränkt wären.

bb) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG gebiete es, die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG einschränkend dahin auszulegen, dass sie die Vervielfältigung künstlerischer Werke und Werkentwürfe nicht erfasse, soweit diese nicht bereits veröffentlicht oder zumindest zur Veröffentlichung vorgesehen seien.

(1) Für die revisionsrechtliche Nachprüfung ist zu unterstellen, dass es sich bei den im Schaffensprozess befindlichen Bildnisarbeiten der Klägerin um urheberrechtlich geschützte Entwürfe zu Werken der bildenden Kunst handelt (vgl. oben Rn. 9). Diese Werkentwürfe waren zum Zeitpunkt ihrer Vervielfältigung durch den Beklagten nicht im Sinne des § 6 Abs. 1 UrhG veröffentlicht, da sie seinerzeit nicht mit Zustimmung der Klägerin der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden waren. Insbesondere waren

sie nicht dadurch veröffentlicht worden, dass die Klägerin der Nachbarin des Beklagten die Ausdrucke zur Ansicht überlassen hatte. Eine einzelne Person bildet keine Öffentlichkeit. Sie waren auch nicht dadurch veröffentlicht worden, dass die Nachbarin die Ausdrucke ihrerseits auch noch dem Beklagten ausgehändigt hatte; insoweit fehlt hierzu bereits die Zustimmung der Klägerin.

(2) Zwar ist die Verfassungsmäßigkeit einer Schrankenregelung des Urheberrechtsgesetzes grundsätzlich allein am Maßstab des Art. 14 GG zu messen und scheidet Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als Prüfungsnorm grundsätzlich aus, wenn es allein um die vermögenswerte Seite des Urheberrechts geht (vgl. zu § 46 UrhG aF BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 1971 – 1 BvR 765/66, NJW 1971, 2163; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 1978 – 1 BvR 352/71, NJW 1979, 2029 – Kirchenmusik; Kammerbeschluss vom 16. August 2002 – 1 BvR 1241/97, NJW 2002, 3458, 3459 f. – Chick Corea). Im Streitfall geht es aber um die Frage, ob die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG die Klägerin in ihrer künstlerischen Tätigkeit beeinträchtigt, weil sie eine Vervielfältigung künstlerischer Werkentwürfe auch dann zulässt, wenn diese nicht veröffentlicht sind. Diese Frage betrifft das Grundrecht der Kunstfreiheit.

(3) Soweit die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG die Vervielfältigung unveröffentlichter Werkentwürfe der Klägerin durch den Beklagten zulässt, greift sie in das Grundrecht der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ein.

Die Werkentwürfe der Klägerin stellen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Kunstwerke dar, nämlich freie schöpferische Gestaltungen, in denen Eindrücke, Erfah-

rungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache, hier der bildenden Kunst in Form der Porträtkunst, zur Anschauung gebracht werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 = NJW 1971, 1645 – Mephisto; Kammerbeschluss vom 29. Juni 2000 – 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3; Beschluss vom 13. Juni 2007 – 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1 = GRUR 2007, 1085 Rn. 59 – Esra, mwN).

Wie alle Freiheitsrechte richtet sich die Kunstfreiheit in erster Linie gegen den Staat; das Grundrecht ist aber zugleich eine objektive Entscheidung für die Freiheit der Kunst, die auch im Verhältnis von Privaten zueinander zu berücksichtigen ist (BVerfG, GRUR 2007, 1085 Rn. 61 f. – Esra, mwN). Die Kunstfreiheit ist daher auch im Streitfall zu berücksichtigen, in dem sich der Beklagte auf die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG beruft, um eine Nutzung der künstlerischen Werke der Klägerin ohne deren Zustimmung zu rechtfertigen.

Die Kunstfreiheit schützt in gleicher Weise den "Werkbereich" des künstlerischen Schaffens, also die eigentliche künstlerische Betätigung, und den "Wirkbereich" der Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks, mit dem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird (BVerfG, NJW 1971, 1645 – Mephisto; GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3; NJW 2002, 3458, 3459 f. – Chick Corea; BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. Juli 2005 – 1 BvR 2501/04, GRUR 2005, 881 – Xavier Naidoo; BVerfG, GRUR 2007, 1085 Rn. 63 – Esra, mwN).

Die Vervielfältigung der Werkentwürfe der Klägerin greift entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht in den "Wirkbereich"

der Kunstfreiheit ein. Durch die Vervielfältigung werden die Werkentwürfe der Klägerin weder dargeboten noch verbreitet. Darüber hinaus dürfen die Vervielfältigungsstücke nach § 53 Abs. 6 Satz 1 UrhG weder verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden. Die Befugnis zur Vervielfältigung zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 Abs. 1 UrhG berührt zwar das durch Art. 14 GG geschützte Verwertungsrecht des Urhebers, nicht aber den durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten "Wirkbereich" der Kunstfreiheit.

Die Vervielfältigung der unveröffentlichten Werkentwürfe der Klägerin greift jedoch in den "Werkbereich" der Kunstfreiheit ein. Die Klägerin fühlt sich nach ihrer Darstellung durch die Vervielfältigung unveröffentlichter Werkentwürfe in ihrem Schaffen und insbesondere in der Vervollendung der Werkentwürfe blockiert. Die Vervielfältigung wirkt sich damit mittelbar auf die künstlerische Tätigkeit der Klägerin aus.

(4) Der Eingriff in das Grundrecht der Kunstfreiheit der Klägerin ist jedoch gerechtfertigt.

Die Kunstfreiheit ist zwar vorbehaltlos, aber nicht schrankenlos gewährleistet. Sie ist zwar nicht mit einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt versehen; sie findet ihre Grenzen aber unmittelbar in anderen Bestimmungen der Verfassung, die ein in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ebenfalls wesentliches Rechtsgut schützen (vgl. BVerfG, GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3; GRUR 2007, 1085 Rn. 68 – Esra, mwN). Zu diesen Bestimmungen zählen die Grundrechte anderer Rechtsträger wie das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Der Schutzbereich dieses Grundrechts ist gegenständlich nicht beschränkt; er umfasst jedes menschliche Ver-



halten ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht ihm für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137 = NJW 1989, 2525 – Reiten im Walde; Kammerbeschluss vom 21. Dezember 2011 – 1 BvR 2007/10, NJW 2012, 1062 Rn. 17 – Sonnenstudioverbot, jeweils mwN). Die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG dient gleichfalls dem Schutz dieser Freiheit. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, dass der private Bereich von Ansprüchen des Urhebers freibleiben müsse; sie will die Freiheit sichern, einzelne Vervielfältigungen eines Werkes zum privaten Gebrauch ohne Zustimmung des Urhebers herstellen zu können (vgl. zu § 54 UrhG aF BT-Drucks. IV/270, S. 31 f.).

Auch die allgemeine Handlungsfreiheit ist allerdings nur in den durch das Grundgesetz bezeichneten Schranken garantiert; zu diesen Schranken zählen nach Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG die Rechte anderer und die verfassungsmäßige Ordnung und damit auch die durch das Grundgesetz geschützten Rechte anderer wie hier das Grundrecht der Kunstfreiheit. Treffen mehrere grundrechtlich geschützte Positionen aufeinander, ist diesen nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz Geltung zu verschaffen, indem sie so begrenzt werden, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden (vgl. BVerfG, NJW 1971, 1645 – Mephisto; BVerfG, Beschluss vom 27. November 1990 – 1 BvR 402/87, NJW 1991, 1471, 1473 – Josefine Mutzenbacher; BVerfG, GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3; GRUR 2005, 880, 882 – Xavier Naidoo, mwN).

Die Schrankenregelungen des Urheberrechtsgesetzes sind bereits das Ergebnis einer vom Gesetzgeber vorgenommenen

Abwägung zwischen dem Interesse des Urhebers an einer möglichst umfassenden und uneingeschränkten Ausschließlichkeitsbefugnis und den Interessen der Allgemeinheit an einem möglichst unbeschränkten Zugang und einer möglichst umfassenden Nutzung des urheberrechtlich geschützten Werks. Darüber

hinaus haben die Gerichte bei der Anwendung der Schrankenbestimmungen im konkreten Einzelfall neben den Interessen des Urhebers die durch die Schrankenbestimmungen geschützten Interessen zu beachten und ihrem Gewicht entsprechend für die Auslegung der gesetzlichen Regelung heranzuziehen (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 2003 – I ZR 117/00, BGHZ 154, 260, 264 ff. – Gies-Adler, mwN; Urteil vom 5. Oktober 2010 – I ZR 127/09, GRUR 2011, 415 Rn. 24 = WRP 2011, 609 – Kunstausstellung im Online-Archiv). Dabei kann die durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geforderte kunstspezifische Betrachtung es verlangen, einer Schrankenbestimmung im Wege der Auslegung zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der für Kunstwerke günstiger ist als für nichtkünstlerische Werke (vgl. zu § 51 Nr. 2 UrhG aF BVerfG, GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3; BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 – I ZR 182/11, GRUR 2013, 614 Rn. 22 = WRP 2013, 804 – Metall auf Metall II).

Nach diesen Maßstäben führt die Abwägung der im Streitfall betroffenen Interessen zu dem Ergebnis, dass das durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützte Interesse des Beklagten an einer Anfertigung einzelner Vervielfältigungen der Bildnisarbeiten zum privaten Gebrauch das durch die Kunstfreiheit geschützte Interesse der Klägerin an einer nur mit ihrer Einwilligung zulässigen Vervielfältigung unveröffentlichter Werkentwürfe überwiegt.



Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Urheber die Vervielfältigung von Plänen und Entwürfen zu Werken der bildenden Kunst zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch nach der bereits vom Gesetzgeber getroffenen Abwägung grundsätzlich hinnehmen muss. Nach § 53 Abs. 7 UrhG ist (lediglich) die Ausführung von Plänen und Entwürfen zu Werken der bildenden Kunst stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig. Daraus folgt, dass eine Vervielfältigung von Plänen und Entwürfen zu Werken der bildenden Kunst keiner Einwilligung des Berechtigten bedarf (vgl. Loewenheim in Schricker/Loewenheim aaO § 53 UrhG Rn. 80). Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Vervielfältigung eines unveröffentlichten Werkes zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch das ideelle Interesse des Urhebers, selbst über die erste Veröffentlichung seines Werkes entscheiden zu können, nicht einmal mittelbar beeinträchtigt, da die Vervielfältigungsstücke nach § 53 Abs. 6 Satz 1 UrhG weder verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden dürfen.

Das Berufungsgericht hat angenommen, soweit die Vervielfältigung eines noch nicht veröffentlichten Werkes bei der Klägerin eine Schaffensblockade bewirke, handele es sich um eine persönliche Disposition der Klägerin. Grundsätzlich sei mit Vervielfältigungen nach § 53 UrhG nicht die von der Klägerin für ihren persönlichen Schaffensprozess geschilderte Einflussnahme auf den Werkbereich verbunden. Diese Feststellung lässt keinen Rechtsfehler erkennen; insbesondere widerspricht sie nicht der Lebenserfahrung. Danach kann nicht angenommen werden, dass die Anfertigung einzelner Vervielfältigungen eines unveröffentlichten Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch im Allgemeinen beim Urheber des

Werkes zu einer Schaffensblockade führt. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, diese persönliche Disposition der Klägerin gebiete es nicht, das Recht des Beklagten, einzelne Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch anzufertigen, auf veröffentlichte Werke oder Werkentwürfe der Klägerin zu beschränken. Die Klägerin könne durch die Vervielfältigung unveröffentlichter Werkentwürfe ausgelöste Schaffensblockaden dadurch vermeiden, dass sie noch im Schaffensprozess befindliche Werke nicht aus ihrer Obhut entlasse. Auch diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

cc) Die Revision hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht, § 53 Abs. 1 UrhG sei auf unveröffentlichte und unvollendete Werke nicht anwendbar, weil solche Werke im Verteilungssystem der Verwertungsgesellschaften finanziell unberücksichtigt blieben und ihre Urheber deshalb bei einer Vervielfältigung zum Privatgebrauch entgegen Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29/EG keinen gerechten Ausgleich erhielten (vgl. Thum, GRUR-Prax 2013, 231). Damit dringt die Revision nicht durch.

(1) Entgegen der Ansicht der Revision kann nicht angenommen werden, dass für die Vervielfältigung unveröffentlichter oder unvollendeter Werke zum privaten Gebrauch nach § 53 Abs. 1 UrhG kein Anspruch auf angemessene Vergütung besteht.

Ist nach der Art eines Werkes zu erwarten, dass es nach § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG vervielfältigt wird, so hat der Urheber des Werkes gemäß § 54 Abs. 1 UrhG gegen den Hersteller von Geräten und Speichermedien, deren Typ allein oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vornahme von Vervielfältigungen benutzt

wird, Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung. Neben dem Hersteller haften gemäß § 54b Abs. 1 UrhG der Importeur und der Händler solcher Geräte und Speichermedien als Gesamtschuldner. Darüber hinaus hat der Urheber gemäß § 54c Abs. 1 UrhG gegen den Betreiber derartiger Geräte, die im Wege der Ablichtung oder in einem Verfahren vergleichbarer Wirkung vervielfältigen, einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung. Diese Ansprüche werden gemäß § 54h Abs. 1 UrhG durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht. Jedem Berechtigten steht gemäß § 54h Abs. 2 Satz 1 UrhG ein angemessener Anteil an den gezahlten Vergütungen zu.

Danach hat auch der Urheber eines unveröffentlichten oder unvollendeten Werkes einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung, wenn nach der Art seines Werkes zu erwarten ist, dass es nach § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch vervielfältigt wird. Einem solchen Anspruch steht nicht entgegen, dass bei unveröffentlichten Werken nach ihrer Art eine derartige Vervielfältigung nicht zu erwarten wäre. Mit dem Begriff "Art eines Werkes" in § 54 Abs. 1 UrhG sind die in § 2 Abs. 1 UrhG beispielhaft aufgezählten Werkarten gemeint (vgl. Loewenheim in Schricker/Loewenheim aaO § 54 UrhG Rn. 5 f.; Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, 4. Aufl., § 54 Rn. 4), die in Untergruppen aufzuteilen sein können, bei denen im Blick auf die übliche Vermarktung ein im Wesentlichen einheitliches Nutzerverhalten erwartet werden kann (vgl. Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel aaO § 54 UrhG Rn. 7). Eine Werkart der unveröffentlichten oder unvollendeten Werke gibt es danach nicht. Die von der Klägerin geschaffenen Porträtkunstwerke gehören als Werke

der bildenden Kunst oder Entwürfe solcher Werke (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG) zu den Werken, bei denen ihrer Art nach eine Vervielfältigung nach § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG zu erwarten ist.

(2) Es kann auch nicht angenommen werden, unveröffentlichte oder unvollendete Werke blieben im Verteilungssystem der Verwertungsgesellschaften finanziell unberücksichtigt, weil die Verwertungsgesellschaften – wie die Revision behauptet – keinen Tarif für die Vervielfältigung unveröffentlichter oder unvollendeter Werke aufgestellt hätten.

Es kann offenbleiben, ob Vervielfältigungen unveröffentlichter oder unvollendeter Werke von den Tarifen der Verwertungsgesellschaften nicht erfasst werden und die Verwertungsgesellschaften gegebenenfalls nach § 13 Abs. 1 Satz 1 WahrnG zur Einbeziehung solcher Vervielfältigungen in ihre Tarife verpflichtet sind. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung aus § 13 Abs. 1 Satz 1 WahrnG zur Aufstellung von Tarifen hätte jedenfalls nicht zur Folge, dass die Verwertungsgesellschaften daran gehindert wären, den von ihnen wahrgenommenen Anspruch auf angemessene Vergütung geltend zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2011 – I ZR 175/10, GRUR 2012, 715 Rn. 19 = WRP 2012, 950 – Bochumer Weihnachtsmarkt). Die Verwertungsgesellschaften sind auf Verlangen der Berechtigten nach § 6 Abs. 1 Satz 1 UrhWG verpflichtet, den zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörenden Anspruch zu angemessenen Bedingungen wahrzunehmen.

(3) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, bei unveröffentlichten oder unvollendeten Werken funktioniere der gerechte Ausgleich nicht, weil diese Werke – wie auch Unikate –



den Verwertungsgesellschaften nicht gemeldet würden. Die Berechtigten haben es – wie auch die Klägerin – selbst in der Hand, Ansprüche wegen einer Nutzung ihrer Werke bei den Verwertungsgesellschaften anzumelden.

d) Der Bundesgerichtshof hat offengelassen, ob die Anwendung des § 53 Abs. 1 UrhG ausgeschlossen ist, wenn sich der Vervielfältigende den Besitz der Vorlage in rechtswidriger Weise verschafft hat (BGH, Urteil vom 24. Juni 1993 – I ZR 148/91, GRUR 1993, 899, 900 – Dia-Duplikate). Das Berufungsgericht hat angenommen, diese Frage könne auch im Streitfall unbeantwortet bleiben, weil der Beklagte sich den Besitz der Fotoarbeiten nicht in rechtswidriger Weise verschafft habe. Die Revision hat diese Beurteilung hingenommen.

e) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, der Anwendungsbereich des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG sei im Blick auf § 60 Abs. 1 UrhG bei Porträts als Werken der bildenden Kunst auf die Vervielfältigung in Form einer Fotografie als analogem Medium zu beschränken und erfasse daher nicht die hier in Rede stehende Vervielfältigung auf einem digitalen Träger.

aa) Nach § 60 Abs. 1 Satz 1 UrhG ist die Vervielfältigung sowie die unentgeltliche und nicht zu gewerblichen Zwecken vorgenommene Verbreitung eines Bildnisses (unter anderem) durch den Besteller des Bildnisses oder – bei einem auf Bestellung geschaffenen Bildnis – durch den Abgebildeten zulässig. Handelt es sich bei dem Bildnis um ein Werk der bildenden Künste, so ist die Verwertung gemäß § 60 Abs. 1 Satz 2 UrhG nur durch Lichtbild zulässig.

bb) Es kann offenbleiben, ob und inwieweit eine Verwertung durch Lichtbilder im Sinne

des § 60 Abs. 1 Satz 2 UrhG neben einer Verwertung im Wege des Abfotografierens auch eine Verwertung im Wege des Fotokopierens oder Einscannens erfasst (vgl. Vogel in Schricker/Loewenheim aaO § 60 UrhG Rn. 25; A. Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 10. Aufl., § 60 UrhG Rn. 8; Dreier in Dreier/Schulze aaO § 60 Rn. 10; Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel aaO § 60 UrhG Rn. 9). Der Regelung des § 60 Abs. 1 UrhG lässt sich nicht entnehmen, dass sie eine gegenüber § 53 Abs. 1 UrhG vorrangige Sonderregelung für die Vervielfältigung von Bildnissen darstellt, die Werke der bildenden Künste sind. Beide Schrankenregelungen sind daher nebeneinander anwendbar (Vogel in Schricker/Loewenheim aaO § 60 UrhG Rn. 8; A. Nordemann in Fromm/Nordemann aaO § 60 UrhG Rn. 3; Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Aufl., § 60 UrhG Rn. 2).

Auch für als Werke der bildenden Kunst urheberrechtlich geschützte Bildnisse gilt daher, dass einzelne Vervielfältigungen durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG auf beliebigen Trägern zulässig sind, sofern die Vervielfältigungen weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen und zur Vervielfältigung keine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird. Eine Vervielfältigung ist unter diesen Voraussetzungen nicht nur auf analogen, sondern – wie hier – auch auf digitalen Trägern erlaubt.

f) Das Berufungsgericht hat angenommen, entgegen der Ansicht der Klägerin könne die in § 53 Abs. 4 UrhG geregelte Ausnahme von der Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG nicht entsprechend auf die von der Klägerin geschaffene Porträtkunst an-



gewandt werden. Auch diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

aa) Nach § 53 Abs. 4 UrhG ist die Vervielfältigung graphischer Aufzeichnungen von Werken der Musik (Buchst. a) oder eines Buches oder einer Zeitschrift, wenn es sich um eine im wesentlichen vollständige Vervielfältigung handelt (Buchst. b), soweit sie nicht durch Abschreiben vorgenommen wird, stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig oder unter den Voraussetzungen des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG oder zum eigenen Gebrauch, wenn es sich um ein seit mindestens zwei Jahren vergriffenes Werk handelt.

bb) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass bereits keine Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, es widerspreche dem Regelungsplan des Gesetzes, dass diese Ausnahmeregelung nicht auch Werke der Porträtkunst erfasse. Darüber hinaus liegt auch keine vergleichbare Interessenlage vor. Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass der Absatz von Noten, Büchern und Zeitschriften zu Lasten der Berechtigten unzumutbar beeinträchtigt würde, wenn es zulässig wäre, graphische Aufzeichnungen von Werken der Musik sowie im wesentlichen vollständige Bücher und Zeitschriften ohne Einwilligung des Berechtigten zu vervielfältigen (vgl. BT-Drucks. 10/837, S. 17; Dreier in Dreier/Schulze aaO 53 Rn. 45). Das ist bei Porträtkunstwerken grundsätzlich anders. Soweit Porträtkunstwerke – wie die Klägerin geltend macht – nur für den Porträtierten von Bedeutung und Wert sind, besteht für sie bereits kein dem Absatzmarkt von Noten, Büchern und Zeitschriften vergleichbarer Absatzmarkt, der durch Vervielfältigungen zum Privatgebrauch beeinträchtigt werden könnte. Soweit es sich bei einem Porträtkunstwerk um ein Auftragswerk han-

delt, hat der Urheber es zudem in der Hand, mit dem Auftraggeber ein Honorar zu vereinbaren, das etwaige Vervielfältigungen zum Privatgebrauch abgilt.

3. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis mit Recht angenommen, dass der Beklagte durch das Einscannen der Ausdrucke und Abspeichern der Dateien nicht in das Urheberpersönlichkeitsrecht der Klägerin eingegriffen hat. Es ist daher unerheblich, dass ein Eingriff in das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht durch die Regelung des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG, die allein das Vervielfältigungsrecht aus § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG einschränkt, gerechtfertigt sein kann.

a) Der Beklagte hat nicht in das Veröffentlichungsrecht der Klägerin aus § 12 UrhG eingegriffen.

aa) Der Urheber hat nach § 12 Abs. 1 UrhG das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist; ihm ist es ferner nach § 12 Abs. 2 UrhG vorbehalten, den Inhalt seines Werkes öffentlich mitzuteilen oder zu beschreiben, solange weder das Werk noch der wesentliche Inhalt oder eine Beschreibung des Werkes mit seiner Zustimmung veröffentlicht ist.

bb) Das Veröffentlichungsrecht aus § 12 UrhG gilt auch für schutzfähige Bestandteile und Vorstufen eines Werkes (Dietz/Peukert in Schricker/Loewenheim aaO § 12 UrhG Rn. 7 und 23; Schulze in Dreier/Schulze aaO § 12 Rn. 2 und 8) und damit auch für die von der Klägerin geschaffenen Entwürfe.

cc) Der Begriff der Veröffentlichung (§ 12 Abs. 1 UrhG) ist derjenige des § 6 Abs. 1 UrhG (Dietz/Peukert in Schricker/Loewenheim aaO § 12 UrhG Rn. 8). Für den Begriff der Öffentlichkeit (§ 12 Abs. 2 UrhG) gilt Entsprechendes (Dietz/Peukert in

Schricker/Loewenheim aaO § 12 UrhG Rn. 26). Nach § 6 Abs. 1 UrhG ist ein Werk veröffentlicht, wenn es mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. Der Beklagte hat durch das Einscannen der Ausdrucke und das Abspeichern der Dateien weder die Fotoarbeiten der Klägerin noch deren Inhalt der Öffentlichkeit zugänglich gemacht.

b) Der Beklagte hat auch nicht dadurch in das Urheberpersönlichkeitsrecht der Klägerin eingegriffen, dass er deren Fotoarbeiten entstellt hat.

aa) Der Urheber hat nach § 14 UrhG das Recht, eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten, die geeignet ist, seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden.

bb) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die durch das Einscannen und Abspeichern bewirkte Veränderung der Werkentwürfe nicht als Entstellung oder Beeinträchtigung der Werke im Sinne des § 14 UrhG anzusehen ist.

4. Der Streitfall wirft keine entscheidungserheblichen Fragen zur Auslegung des Unionsrechts auf, die nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union erfordern (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 – 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 16 = NJW 1983, 1257, 1258 – C.I.L.F.I.T.). Insbesondere besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG nicht im Blick auf Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29/EG einschränkend dahin auszulegen ist, dass sie lediglich eine Vervielfältigung veröffentlichter Werke erlaubt (vgl. oben Rn. 38 bis 44).

III. Danach ist die Revision gegen das Berufungsurteil auf Kosten der Klägerin (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.

Büscher Pokrant Schaffert Kirchhoff Koch Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 28.03.2012 – 2-3 O 416/11 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 19.02.2013 – 11 U 37/12 -

---

**OLG Düsseldorf zu angeblicher Fälschung – Immendorff-Bild muss nicht vernichtet werden - 05.08.2014**

*Das vermeintliche Immendorff-Gemälde "Ready-Made de l'Histoire dans Café de Flore" beschäftigte am Dienstag das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf. Die Richter sahen es als erwiesen an, dass der Maler in den Verkauf des Bildes eingewilligt habe. Immendorff habe nämlich den Direktverkauf in seinem Atelier durch seine Mitarbeiter zumindest geduldet. Daran müsse sich auch seine Witwe, die die Vernichtung als Erbin Immendorffs gefordert hatte, festhalten lassen (Urt. v. 05.08.2014, Az. I-20 U 167/12).*

*Nach § 23 S. 1 Urhebergesetz (UrhG) dürfen auch Bearbeitungen oder Umgestaltungen von Werken nur veröffentlicht, verwertet und damit auch verkauft werden, wenn der Künstler seine Einwilligung dazu erteilt. Das Bild soll 1999 im Atelier des Künstlers für 30.000 Mark durch einen Mitarbeiter an den Bruder des Beklagten verkauft worden sein. Dadurch habe Immendorff jedenfalls den Anschein erweckt, dass er in den Verkauf "seines Werkes" einwillige. Zumindest auf diesen gesetzten Rechtsschein habe sich der Käufer verlassen dürfen, selbst wenn der Verkauf tatsächlich nicht legitimiert gewesen sei.*



***Das OLG hatte daher nicht zu entscheiden, ob das Bild echt ist. Es gab jedoch zu verstehen, dass es "erhebliche Zweifel" daran hege, dass es sich dabei um eine Schöpfung des Künstlers selbst handelt. In erster Instanz hatte das Landgericht (LG) Düsseldorf der Witwe recht gegeben und das Bild als Fälschung bewertet.***

---

**Oberlandesgericht Düsseldorf  
I-20 U 167/12**

**Tenor:** Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 17. Oktober 2012 abgeändert und wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung des Beklagten wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des Vollstreckungsbetrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

**Gründe**

I. Die Klägerin, Witwe und Alleinerbin des 2007 verstorbenen deutschen Künstlers und Kunstprofessors Jörg Immendorff, nimmt den Beklagten auf Vernichtung seines auf eine Auktion gegebenen Gemäldes „Ready-Made de l'Histoire dans Café de Flore“ mit den Maßen 120 x 100 cm in Anspruch, das sie für eine Fälschung des gleichnamigen Gemäldes des Künstlers mit den Maßen 150 x 175 cm aus dem Jahr 1987 hält; letzteres befindet sich jetzt in der Auckland Art Gallery Collection, Neuseeland. Der Beklagte will sein Gemälde, das er für echt hält, 2001 von seinem Bruder U. S. erworben haben, der es mit einer Echtheitsbestätigung im Dezember 1999 im Atelier des Künstlers für 30.000 DM gekauft habe, wobei das Gemälde vom dort tätigen Mitarbeiter R. L. des Künstlers übergeben und das Geld vom Mitarbeiter angenommen worden sei. Im Übrigen wird auf die

tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Mit dem angefochtenen Urteil, auf das auch wegen der Anträge, seiner Formel und den Entscheidungsgründen Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Klage stattgegeben, weil das Gemälde des Beklagten - den Erwerb durch den Bruder im Atelier des Künstlers hat es im Tatbestand als unstreitig dargestellt - eine „rechtswidrig hergestellte Kopie“ des Gemäldes in Auckland sei. Das Landgericht hat sich wegen der Fälschung auf mündliche Feststellungen des Sachverständigen Professor Dr. S. G. aus K. gestützt, der an einem Werkverzeichnis des Künstlers arbeitet. Einem Ablehnungsgesuch des Beklagten, weil der Sachverständige für das Werkverzeichnis von der Klägerin und dem Kunsthändler des Künstlers zu bezahlen sei, hatte es nicht stattgegeben. Eine Einwilligung des Künstlers, die in einem überzeugenden Echtheitszertifikat hätte liegen können, sei nicht bewiesen, was zu Lasten des Beklagten gehe.

Gegen das Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt. Er bezieht sich auf seinen Vortrag erster Instanz und hält die geltend gemachte Fälschung durch die Ausführungen des Sachverständigen nicht für bewiesen. Das Gutachten allein nach künstlerischen Aspekten überzeuge in der Sache nicht, möge die Auswahl des Sachverständigen auch nicht mehr beanstandet werden können. Zudem habe sich das Landgericht nicht mit der Frage befasst, ob das Gemälde des Streitfalls ein vom Künstler „autorisiertes Bild“ sei, was nach Meinung des Beklagten einen Erfolg der Klage ausschließen würde. Die Beweislast für eine Fälschung trage die Klägerin. Er stützt sich auf die erstinstanzliche Aussage des Mitarbeiters L., das Echtheitszertifikat des Streitfalls sei in seiner, des Zeugen, Gegenwart vom Künstler ausgestellt worden. Nach einer ersten hierauf gestützten Berufungsbegründung vom 21. Januar 2013 - die Frist hierzu war bis zu diesem Tag verlängert worden - hat der Beklagte noch eine „ergänzende Berufungsbegründung“ vom 27. Januar 2013 mit einer Vertiefung seiner Beanstandungen der landgerichtlichen Tatsachenfeststellung eingereicht.

Der Beklagte beantragt,



das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen,

hilfsweise

die Sache an das Landgericht zur weiteren Verhandlung zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt

Zurückweisung der Berufung.

Sie hält an der Kompetenz des erstinstanzlichen Sachverständigen fest. Auch liege beim ihm keine Befangenheit oder Interessenkollision vor. Es sei weder dargetan, noch bewiesen, dass im hier maßgeblichen Zeitraum bereits „Assistentenbilder“ verkauft worden seien; ebenso wenig bewiesen sei der „latente Vortrag“, der Lebenswandel des Künstlers erbringe dafür „eine Art Anscheinsbeweis“, dass es Bilder geben müsse, die unter der Hand verkauft worden seien. Der Mitarbeiter L. sei als vorbestrafter Hehler zu würdigen, bei dem Blanko-Echtheitszertifikate der vorliegenden Art gefunden worden seien. Die Klägerin hält nach einem Hinweis des Senats auf die tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts zum Kauf des Gemäldes gemäß dem Vorbringen des Beklagten daran fest, dass sie diesen Vortrag in erster Instanz in Wirklichkeit bestritten habe. Ein „Beweis“, den das Landgericht für den Vorgang gesehen habe, könne „nicht in Rechtskraft erwachsen“.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die hier von ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat Beweis erhoben über die Echtheit der Unterschrift des Künstlers auf dem Echtheitszertifikat, das der Beklagte zu dem Gemälde des Rechtsstreits vorgelegt hat, durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für Handschriftenvergleich Dr. R. aus E. Nach dem Gutachten des Sachverständigen vom 13. Januar 2014 handelt es sich dort um keine Unterschrift, sondern lediglich um eine Reproduktion mit einem Farbtintenstrahldrucker. Der Senat hat den Beklagten angehört und zudem den früheren Mitarbeiter L. erneut als Zeugen vernommen und erstmals auch den Bruder U. S. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Verneh-

mungen wird auf die Niederschrift vom 1. Juli 2014 verwiesen.

II. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts, durch das er zur Vernichtung eines Gemäldes aus seinem Eigentum verurteilt worden ist, ist zulässig. Sie ist rechtzeitig eingelegt und begründet worden. Die Berufungsschrift des Beklagten ist auf den 17. November 2012 datiert und selbst als regulär übermittelte Schrift noch am 19. November 2012 beim Oberlandesgericht eingegangen. Zur Zustellung des Urteils an den Beklagten befindet sich ein Empfangsbekennnis seines erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten bei den Akten, dessen handschriftliches Datum als „19.“, aber auch als „29.“ Oktober 2012 gelesen werden kann. Der Prozessbevollmächtigte hat später das letztere Datum als das der Zustellung bezeichnet und der Beklagte hat geltend gemacht, er sei zu dieser Zeit bereits durch seine jetzige Prozessbevollmächtigte vertreten worden. Bis zum Ende der Frist am 21. Januar 2013, dem Tag, bis zu dem sie nach dem ersteren Zahlenverständnis verlängert worden war, ist die Berufung hinreichend begründet worden. Die Begründung konnte nach Fristablauf vertieft und ergänzt werden. Von einer weiteren Verlängerung der Frist, auf die der Beklagte wegen Unwirksamkeit der Zustellung Anspruch erhoben hat, hing die Zulässigkeit der Berufung nicht mehr ab.

Die Berufung ist begründet, weil der an erster Stelle von der Klägerin erhobene und in erster Instanz erfolgreiche Anspruch auf Vernichtung des Gemäldes ebenso wenig begründet ist wie die hierzu hilfsweise verfolgten Begehren, über die in erster Instanz nicht mehr entschieden werden musste. Der Klägerin stehen gegen den Beklagten die erhobenen Ansprüche nicht zu; denn das streitgegenständliche Gemälde ist, anders als im angefochtenen Urteil angenommen, nicht als ein rechtswidrig verbreitetes Vielfältigungsstück des Gemäldes „Ready-Made de l'Histoire dans Café de Flore“ anzusehen, das der Künstler im Jahr 1987 geschaffen hat. Das streitgegenständliche Gemälde ist vielmehr als rechtmäßig verbreitet anzusehen. Die Klägerin kann als Erbin nicht mehr verlangen, als der Künstler es selbst gekonnt hätte.

Um dies zu entscheiden, braucht nicht festgestellt zu werden, ob der Künstler auch das letztere Gemälde eigenhändig geschaffen hat, zur Schöpfung einen eigenhändigen Beitrag geleistet hat oder sie durch Anweisungen gestalterisch vorgegeben oder doch wesentlich geprägt hat. An alledem wird es nach den Äußerungen von Professor Dr. G., den das Landgericht als Sachverständigen herangezogen hat, starke Zweifel geben. Ihm zufolge ist das Gemälde des Streitfalls aus werkimmanenten Gründen nicht vom Künstler geschaffen und auch kein Assistentenwerk nach seinen Anweisungen. Gegen beides sprechen die Mängel, die der Sachverständige beim Vergleich des streitgegenständlichen Bildes mit dem Bild in Auckland hat hervorheben können, die ohne Widerspruch geblieben sind und die der Senat ohne weiteres ebenso erkennen kann, wie er dann das sachverständige Urteil einer deutlichen Qualitätseinbuße nachvollzieht: viele Vereinfachungen, ein Mangel an Raumperspektive und an Volumen der Figuren, ein geringes Leuchten der Personenumrisse, im Spiegel hinter den Personen kaum mehr erkennbare Details, das Fehlen einer verbalen Aussage dort („Versuch Adler zu werden“), der kaum noch als solcher zu erfassende „zackenförmige Ausblick in den Mondhimmel“, der Verzicht auf eine Ausgestaltung des Bildhintergrundes als sogenanntes Wimmelbild. Nichts von künstlerischer Bedeutung ist hinzugekommen. Die Bilder, die Assistenten am Ende des Lebens des Künstlers nach seiner Anweisung erstellt haben, beurteilt der Sachverständige demgegenüber nicht als mangelbehaftet. Bei diesen Bildern, die er als „authentisch“ ansieht, spricht er sogar von einer künstlerischen Steigerung.

Im Streitfall braucht der Senat die positive Feststellung einer Schöpfung des Künstlers nicht zu treffen und auch nicht die Beweislast für die Schaffung des Werks durch ihn als Teil des Verletzungsvorwurfs der Klägerin zuweisen, wie es der urheberrechtlichen Praxis entspricht (zu ihr siehe Wild in Schriker/Loewenheim, UrhG, 4. Aufl. § 97 Rn. 30; Lütje in Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Auflage, § 97 Rn. 290f.; vgl. auch OLG Schleswig GRUR 1987, 516). Denn der Beklagte hat der - ihn in jedem Fall treffenden - Beweislast (vgl. Lütje, a.a.O., Rn. 67) dafür entsprochen, dass der Künstler dem Erwerber des

streitgegenständlichen Gemäldes eine Einwilligung nach § 23 Satz 1 UrhG in die Veröffentlichung und Verwertung des umstrittenen Gemäldes eingeräumt hat, welches, wenn es nicht von dem Künstler stammt, als eine Umgestaltung seines geschützten Werkes im Sinne der Vorschrift anzusehen ist (vgl. Loewenheim in Schriker/Loewenheim, UrhG, § 23 Rn. 1, 25). Die Einwilligung stellt sich in der Regel als Einräumung gegenständlicher Nutzungsrechte dar. Sie kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erfolgen (Loewenheim, a.a.O. Rn. 26; Lütje, a.a.O. Rn. 68), im Streitfall also durch den Verkauf des Gemäldes, das in einer Umgestaltung besteht. Die Einwilligung nach § 23 Satz 1 UrhG ist als Verfügungsgeschäft ihrer Natur nach nicht frei widerruflich. In Bezug auf die Urheberbezeichnung auf dem Gemälde kann das Namensrecht nicht weiter gehen als das Urheberrecht.

Ein Verkauf des Gemäldes durch den Künstler ist allerdings nicht schon durch das Echtheitszertifikat bewiesen. Denn ihm ist nicht zu entnehmen, dass es vom Künstler selbst stammt. Das Bild einer Unterschrift auf dem Papier belegt nicht den Ursprung des Zertifikats, weil das Schriftstück, wie der gerichtliche Sachverständige für Handschriftenvergleich festgestellt hat, gar nicht unterschrieben ist, sondern lediglich die mit einem Farbtintenstrahldrucker erstellte Reproduktion einer Unterschrift trägt. Wer sie aufgebracht hat, ist der Urkunde nicht zu entnehmen.

Wohl aber ist ein Verkauf des Bildes im Auftrag des Künstlers von zwei Zeugen bekundet worden. Der Bruder des Beklagten, U. S., hat bei seiner Vernehmung durch den Senat ausgesagt, er habe für sich und seinen Bruder im Jahr 1999 im Atelier des Künstlers auf der Stefaniestraße in Düsseldorf zunächst bei zwei Gelegenheiten je drei Bilder gekauft und dann im Dezember noch einmal zwei Bilder, darunter das streitgegenständliche. Das erste Geschäft habe er mit dem Künstler persönlich abgeschlossen, der dabei gesagt habe, dass die weiteren Geschäfte vom Mitarbeiter L. abgewickelt würden. Damit stimmt die Zeugenaussage des Mitarbeiters L. vor dem Senat überein, der zudem ausgesagt hat, der Bruder des Beklagten habe im Dezember 1999 die beiden zu kaufenden Bilder unter denen ausge-



sucht, die vom Künstler zuvor für den Verkauf ausgewählt worden seien. Der Künstler sei im Gebäude präsent gewesen, habe aber in einem anderen Raum geschlafen. Der Mitarbeiter hat zudem ganz allgemein bekundet, zu den drei Verkäufen an den Bruder des Beklagten im Jahre 1999 befugt gewesen zu sein. Der Künstler habe Anfang des Jahres nach seiner, des Mitarbeiters, Erklärung, „die Leute“ – den Beklagten und seinen Bruder – zu kennen, den Direktverkäufen zugestimmt. Die Zeugen haben auf der Grundlage ausgesagt, dass es Direktverkäufe im Atelier gegeben habe, um Bilder auch zu günstigeren Preisen abzusetzen als denen beim Galeristen.

Der Senat ist sich bewusst, dass der Zeuge U. S. bei seiner Aussage von dem Bestreben beeinflusst gewesen sein kann, keine Zweifel an der Herkunft des Gemäldes aufkommen zu lassen. Denn beklagt ist sein Bruder, für den wie für sich selbst er das jetzt dubiose Bild gekauft hat. Auch bei dem Zeugen R. L. liegt ein Interesse auf der Hand, das Geschehen als Handeln für den Künstler, seinen damaligen Dienstgeber, und mit dessen Willen erscheinen zu lassen. Nicht zu übersehen ist auch, dass der Mitarbeiter anders als der Bruder meinte, bei dem ersten Kauf 1999 in Anwesenheit des Künstlers sei auch der Beklagte zugegen gewesen. Schließlich gibt es die Divergenz der jetzigen Aussage des Mitarbeiters, im Dezember 1999 das fertige Zertifikat geholt zu haben, und seiner Aussage vor dem Landgericht, die für einen unbefangenen Leser eher so klingt, als hätte er das Papier gerade nach einer Unterzeichnung in seiner Gegenwart abgeholt. So konnte auch schon die frühere eidesstattliche Versicherung des Zeugen verstanden werden, die von seinem Rechtsanwalt formuliert worden sein soll. Als bloße „Wortklauberei“, wie der Zeuge vor dem Senat gemeint hat, ist der Hinweis auf das unterschiedliche Verständnis nicht abzutun.

Zweifeln über die Art und Weise der Beteiligung des Künstlers an dem Direktverkauf von Dezember 1999 braucht aber nicht weiter nachgegangen werden, denn auf einen Verkauf gerade des streitgegenständlichen Gemäldes im ausdrücklich oder auch konkludent erteilten Auftrag des Künstlers kommt es letztlich nicht an. Für eine Klageabweisung reicht es vielmehr aus, dass der

Künstler Verkäufe in seinem Atelier durch Mitarbeiter geduldet oder auch nur den Anschein einer Einwilligung hat aufkommen lassen. Bei der Einwilligung nach § 23 Satz 1 UrhG handelt es sich zwar um ein Verfügungsgeschäft (Schricker/Loewenheim, a.a.O., § 31 Rn. 6ff.) und bei ihm gibt es keinen gutgläubigen Erwerb. Das schließt aber die Anwendung bürgerlich-rechtlicher Rechtsscheinvorschriften des Vertretungsrechts sowie der allgemeinen Grundsätze des Schutzes von Treu und Glauben nicht aus (Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht. 3. Auflage, § 83 III; Schricker/Loewenheim, a.a.O., vor § 28, Rn. 102).

Die Praxis des Direktverkaufs durch Mitarbeiter aus dem Atelier steht fest. Dass es die Verkäufe aus dem Atelier überhaupt gegeben hat, ist den Aussagen der Zeugen S. und L. vor dem Senat in jedem Fall zu entnehmen. Die Praxis ist aber schon deshalb festzustellen, weil sie von der Klägerin, die hierüber als Ehefrau des Künstlers Bescheid wissen müsste oder sich Kenntnisse müsste beschaffen können, nicht in Abrede gestellt worden ist. Sie ergibt sich zudem aus einer Zusammenschau der Zeugenaussagen des Galeristen des Künstlers M. W. einerseits sowie derjenigen seiner Sekretärin K., des bei ihm tätigen Studenten R. und seines Atelierleiters M. vor dem Landgericht. Denn der erstere Zeuge will mit Echtheitszertifikaten nichts zu tun gehabt haben, die letzteren Zeugen haben die Ausstellung der Zertifikate aber bestätigt.

Dass bei den Direktverkäufen im Atelier Bedienstete eingesetzt worden sind, ergibt sich wiederum nicht nur aus den Zeugenaussagen vor dem Senat, sondern folgt ebenfalls aus dem Schweigen der Klägerin, bei der Kenntnisse auch hierzu vorauszusetzen sind. Auf einschlägige Aktivitäten gerade des Zeugen L. deutet schließlich der von der Klägerin nicht bestrittene Sachverhalt hin, dass der Künstler zahlreiche Bilder, die bei diesem Mitarbeiter im Zuge der Trennung von ihm zunächst beschlagnahmt worden waren, später für echt erklärt hat, ebenso wie er auf die weitere strafrechtliche Verfolgung verzichtet hat. Der bestrittene Vortrag der Klägerin, dem habe die Androhung von Prügel zugrunde gelegen, ändert nichts daran, dass es in der Verfügungsgewalt des Mitarbeiters L. entweder zahlreiche echte



Bilder des Künstlers gegeben oder dass der Künstler dort zahlreiche unechte Gemälde belassen hat. Der Galerist des Künstlers hat vor dem Landgericht in Bezug auf etwaige Fälschungen auf eine gewisse „Unruhe“ im Atelier in den neunziger Jahren verwiesen. Im Übrigen hat der Zeuge von einer „riesigen Woge“ von dubiosen Bildern“ gesprochen.

Dass der Bruder des Beklagten beim Kauf des Gemäldes ein allfälliges Fehlen der Befugnis des Mitarbeiters L. gekannt hätte, was die Anwendung bürgerlich-rechtlicher Rechtsscheinvorschriften des Vertretungsrechts sowie der allgemeinen Grundsätze des Schutzes von Treu und Glauben ausschließen würde, behauptet die Klägerin nicht einmal. Die Beweislast hierfür läge bei ihr (vgl. Ellenberger in Palandt, BGB, 73. Auflage, § 173 Rn. 2).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeben sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Entscheidung auf der Würdigung der Umstände des Einzelfalls beruht.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 75.000 Euro, entsprechend der unbeanstandeten Wertfestsetzung für die erste Instanz.

---

**Empfehlung der Beratenden Kommission für die Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogener Kulturgüter zum Bild „Drei Grazien“ von Lovis Corinth – 21.08.2014**

Berlin / 21.08.2014. Die Beratende Kommission für die Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogener Kulturgüter, insbesondere aus jüdischem Besitz, hat eine weitere Empfehlung abgegeben.

Der Empfehlung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Clara Levy geb. Isaak (26.03.1864 - 27.03.1940 in Luxemburg) war eine Tuchfabrikantin, die von den Nationalsozialisten als

Jüdin verfolgt wurde. Sie lebte in Berlin und wanderte im März 1939 mit einem Großteil ihres Hausrats, darunter mindestens 78 Bilder, zu ihrem Sohn Frederick (Fritz) Levy nach Schleifmühle, Luxemburg, aus. Clara Levy hatte noch drei weitere Kinder (Erna Heymann, Edith Loevensohn, Else Bergmann), die bereits ab 1938 ins Ausland emigriert waren, darunter Else Bergmann 1939 nach New York.

Das Bild „Drei Grazien“ aus der frühen Werkphase Lovis Corinths (1902/1904) befand sich seit 1917 im Eigentum und Besitz von Ludwig Levy, dem Ehemann Clara Levys. Mit dessen Tod 1921 erbte Clara Levy das Gemälde. Das Bild gelangte dann im März 1939 mit dem Umzugsgut von Clara Levy in die Fabrik Schleifmühle in Luxemburg, die Clara Levys Sohn, Fritz Levy, leitete. Clara Levy starb am 27. 3. 1940 in Luxemburg und wurde zu gleichen Teilen von ihren vier Kindern beerbt, so dass das Eigentum an dem Bild zu diesem Zeitpunkt auf die vier Kinder überging.

Im Frühjahr 1940 wurde laut einer eidesstattlichen Versicherung, die Paula Levy, die damalige Lebensgefährtin und spätere Ehefrau und Erbin von Fritz Levy 1961 abgab, ein Teil des Umzugsguts von Clara Levy von Luxemburg aus zur Verschiffung nach New York aufgegeben. Das Bild war laut dem von Paula Levy vorgelegten Frachtbrief („Bill of Lading“) Teil dieses Umzugsguts (das Inhaltsverzeichnis nennt: „Lovis Corinth, Die drei Grazien“). Dieser Frachtbrief enthält die Aufschrift „to be delivered to Else Bergmann“ und ist mit „Else Bergmann“ unterzeichnet. Außerdem haben der Kapitän und der Transporteur unterschrieben. Der Frachtbrief enthält weiterhin folgenden nach der Ankunft des Schiffes angebrachten Ankunftsstempel mit handschriftlichen Eintragungen: „New York, Dec. 5/41 19.the property entered by this Bill of Lading manifested on Steamer San Francisco arrived at New York June 3/40 Compagnie Generale Transatlantique Hol Lesquette“ (die Unterschrift ist nicht eindeutig lesbar).

Der andere Teil des Umzugsguts bzw. Erbes verblieb auch nach dem Einmarsch der deutschen Truppen am 10. 5. 1940 und der Einquartierung von Militäreinheiten in mehreren Räumen des Verwaltungsgebäudes der

Schleifmühle in Luxemburg. Dieser Teil des Umzugsguts wurde mit Beschluss vom 9. 7. 1941 vom Deutschen Reich beschlagnahmt und danach aus der Schleifmühle entfernt und bis zum 8. 10. 1942 verwertet.

Paula Levy, die Ehefrau und Erbin von Fritz Levy, hat am 8. September 1959, vertreten durch ihren Rechtsanwalt Henry Zacharias, einen Rückerstattungsanspruch in Geld an das Deutsche Reich für dieses beschlagnahmte Umzugsgut gestellt. Dem Antrag war eine detaillierte Liste der Gegenstände beigefügt, deren Verlust durch Beschlagnahme geltend gemacht wurde, darunter auch 17 Bilder, acht aus der Büroeinrichtung (als „Fabrikanlagen“ bezeichnet) und neun aus der Diele, die nicht näher bezeichnet waren. Das Bild von Lovis Corinth kann weder zur Büroeinrichtung gehört haben, weil es keine Fabrikanlage darstellt. Es kann aber auch nicht in der Diele gehangen haben, weil Rita Hubbard, eine Enkelin von Clara Levy, in einem Brief mitteilte, dass das Bild im Speisezimmer („dining room“) ihrer Großmutter Clara Levy hing. Der Rückerstattungsanspruch hatte keinen Erfolg, weil eine Verbringung der Gegenstände aus dem Ausland in das Gebiet des Deutschen Reiches nicht nachgewiesen werden konnte.

Von 1940 oder 1941 bis 1949 befand sich das Bild „Drei Grazien“ in der Buchholz Gallery Curt Valentin, New York. Mit Schreiben vom 15. 2. 1951 berichtet der spätere Verkäufer des Gemäldes, der Kunsthändler Siegfried Rosengart (Luzern), er habe Nachricht aus New York, dass das Bild von Curt Valentin „vor ungefähr zehn Jahren auf einem ‚Public Auction Sale‘ erworben worden ist“, also etwa 1941.

1949 hat der erwähnte Siegfried Rosengart in Kommission für die Buchholz Gallery Curt Valentin, New York, das Gemälde an Prof. Dr. Max Huggler, den Leiter des Kunstmuseums Bern, verkauft und nach Bern gebracht.

Im März 1950 erwarben die Bayerischen Staatsgemäldesammlungen das Bild von Max Huggler bzw. dem Kunstmuseum Bern.

Im Jahr 2002 beantragten die Erben von Clara Levy die Rückgabe des Gemäldes, da es sich um einen NS-verfolgungsbedingten

Entzug handele: Es sei davon auszugehen, dass deutsche Behörden noch vor einer geplanten Verschiffung des Gemäldes im Mai 1940 eingegriffen hätten, da das Gemälde die in die USA (New York) emigrierten Familienmitglieder nicht erreicht habe. Hierbei sei auch die Beschlagnahme des Hausrates und weiterer persönlicher Gebrauchsgegenstände Clara Levys durch Einziehungsbeschluss aus dem Jahr 1941 zu bedenken: Diese Objekte seien seit ihrer Auswanderung im März 1939 bei ihrem Sohn Fritz Levy (dieser seit Oktober 1938 in Luxemburg lebend, ab August 1940 bis Juli 1945 in Brüssel) in Luxemburg mit untergestellt gewesen. Dabei sei zu vermuten, dass sich auch das Gemälde unter diesen Objekten befunden habe und daher nicht per Frachtschiff nach New York verbracht worden sei. Die „Bill of Lading“ (Frachtbrief) vom 11. Mai 1940 bestätige nämlich nicht, dass es eine Verschiffung des Frachtgutes mit dem darin genannten Schiff „San Francisco“ gegeben habe, da nicht sicher belegbar sei, dass das Schiff zum fraglichen Zeitpunkt nach New York verkehrt sei. Zudem sei die Authentizität der angeblichen Unterschrift der Tochter von Clara Levy, Else Bergmann, hinsichtlich des Erhalts der Fracht fraglich. Auch die eidesstattliche Versicherung Peter Levys, eines Enkels und Miterben, bestätige, dass weder das Gemälde noch das Mobiliar die Familie in den USA erreicht hätten.

Die Bayerischen Staatsgemäldesammlungen lehnen die Herausgabe des Bildes ab, da es nach ihrer Auffassung keine Anhaltspunkte für einen verfolgungsbedingten Entzug – weder durch Beschlagnahme durch NS-Behörden noch durch Zwangsverkauf – des Gemäldes gäbe. Das Frachtschiff „San Francisco“ habe auf dem Seeweg von Le Havre New York am 3. 6. 1940 erreicht. Dort sei das Umzugsgut mit dem Gemälde nachweislich an die Miterbin Else Bergmann, Tochter von Clara Levy, übergeben worden. Deshalb sei von einer freihändigen Veräußerung des Gemäldes durch die Familie Levy im Jahre 1941 in den USA auszugehen. Der Stempel auf der „Bill of Lading“ zeige, dass die Fracht – und damit das Gemälde – ihren Bestimmungsort tatsächlich erreicht habe. Die darauf befindliche Unterschrift der Tochter Else Bergmann beweise den Erhalt der Fracht. Der Stempel des Photographen Studly auf der Rückseite eines Photos des



Bildes belege die anschließende Eigentümerschaft Curt Valentins und sei damit ein weiterer Beweis für die Ankunft des Bildes in New York. Als zusätzlichen Beleg dafür, dass sich das Gemälde bei Curt Valentin in den USA befunden habe, wird auf eine Fotografie des Gemäldes in den Curt Valentin Papers (Museum of Modern Art) verwiesen. Das Bild sei gemäß dem Schreiben von Rosengart auf einer öffentlichen Auktion in den USA durch Else Bergmann bzw. die Erben eingeliefert und versteigert worden. Es sei kein Fall bekannt, dass Curt Valentin in Deutschland oder in von deutschen Truppen besetzten Ländern beschlagnahmte Werke von Verfolgten verwertet habe. Es gäbe auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass Curt Valentin das Bild in der zweiten Hälfte des Jahres 1941 von deutschen Behörden oder Truppen erhalten habe.

Die Parteien konnten keine Einigung erzielen und stimmten daher darin überein, den Fall der Beratenden Kommission im Hinblick auf eine Empfehlung vorzulegen.

Die Kommission vermag eine Herausgabe des Gemäldes „Drei Grazien“ von Lovis Corinth nicht zu empfehlen, da der unstrittige Sachverhalt nicht den Schluss gestattet, dass das Bild der Erbgemeinschaft nach Clara Levy verfolgungsbedingt verloren gegangen ist. Die unbezweifelbare Tatsache, dass Clara Levy und ihre Erben als Juden von den Nationalsozialisten verfolgt wurden, emigrieren oder sich jahrelang verstecken mussten, gestattet nicht den weiteren Schluss, dass das Gemälde verfolgungsbedingt in Verlust geraten ist. Laut den Washingtoner Prinzipien muss es sich um ein Kunstwerk handeln, das von den Nationalsozialisten beschlagnahmt (confiscated) worden ist oder unter Zwang verkauft werden musste, ohne einen angemessenen Preis erzielen und über die Kaufsumme frei verfügen zu können.

Das Bild kann nicht Teil des von den NS-Behörden in Luxemburg beschlagnahmten Umzugsgutes gewesen sein, weil Paula Levy im Wiedergutmachungsverfahren nur die Bilder im Büro („Fabrikanlagen“) und der Diele geltend gemacht hat, während das Bild im Speisezimmer hing. Im Übrigen nennt das Inhaltsverzeichnis des Frachtbriefs das Bild „Drei Grazien“ explizit als Teil des nach New

York verschifften Umzugsgutes. Schließlich entspricht es auch aller Lebenserfahrung, dass Fritz Levy vor allem die leichteren und wertvolleren Bilder verschifft hat und nicht so sehr die schwereren Möbel.

Ausweislich des Ankunftsstempels mit handschriftlichen Eintragungen auf den Frachtpapieren kann kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass das Frachtschiff „San Francisco“ mit seiner Ladung am 3. Juni 1940 New York erreicht hat. Dort sollte das in der Frachtliste aufgeführte Bild nach der „Bill of Lading“ an Else Bergmann ausgeliefert werden. Für eine Nichtauslieferung durch das französische Schifffahrtsunternehmen oder eine Verhinderung der Aushändigung durch die amerikanischen Behörden fehlt jeder Anhaltspunkt. Wie soll Paula Levy, die Ehefrau Fritz Levys, in den Besitz einer Kopie des Frachtbriefs und der Ladeliste samt Ankunftsstempel gelangt sein, wenn der Frachtbrief nicht von Else Bergmann unterzeichnet und das Umzugsgut nicht von dieser entgegengenommen wurde? Im Übrigen äußerten weder Paula Levy noch ihr Rechtsanwalt Henry Zacharias im späteren Wiedergutmachungsverfahren irgendeinen Zweifel daran, dass das Umzugsgut mit dem Bild in New York angekommen sei.

Von diesen Fakten abgesehen, muss es als extrem unwahrscheinlich angesehen werden, dass das Bild in der zweiten Hälfte des Jahres 1941, also mitten im Krieg, der auch auf dem Atlantik geführt wurde, von NS-Behörden zur Versteigerung nach New York verschifft wurde, zumal es sich ja um ein klassisches Sujet aus der frühen Werkphase Lovis Corinths handelt und nicht um Avantgardekunst bzw. – gemäß der Wertung der NS-Machthaber – „entartete Kunst“. Der Rückverkauf des Bildes nach Europa durch Curt Valentin nach fast zehn Jahren zeigt, dass in New York in diesen Jahren kein besonders guter Markt für derartige eher traditionelle Bilder bestand. Warum sollten die NS-Behörden in der zweiten Hälfte des Jahres 1941 eine sehr riskante Verschiffung des Bildes nach New York veranlassen, wenn es sich nicht um „entartete Kunst“ handelte und dort kein guter Verkauf zu erwarten war?

Es gibt weiterhin keinen Anlass, an der Mitteilung von Siegfried Rosengart zu zweifeln, der wie Curt Valentin jüdischer Abstammung



war, dass das Bild 1940 oder 1941 von Curt Valentin in New York auf einer öffentlichen Versteigerung gekauft wurde. Warum sollten Siegfried Rosengart oder Curt Valentin diesbezüglich 1951 die Unwahrheit sagen? Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass Curt Valentin das Bild nicht rechtmäßig erworben hat.

Angesichts dieser Faktenlage ist ein Zwangsverkauf nicht erkennbar: Wenn das Bild 1940 oder 1941 in New York, also im sicheren Ausland, von der Miterbin Else Bergmann auf einer öffentlichen Versteigerung verkauft wurde, kann man nicht daran zweifeln, dass sie den damaligen Marktpreis erzielt hat. Es kann nicht angenommen werden, dass die Washingtoner Erklärung selbst bei weitest möglicher Auslegung und damit Ausdehnung auf Zwangsverkäufe oder sonstige Formen eines verfolgungsbedingten Entzugs, die Rückabwicklung derartiger zivilrechtlich wirksamer Verkäufe durch die rechtmäßigen Eigentümer in New York und daran anschließender Weiterveräußerungen zum Ziel hat.

Aufgabe der Beratenden Kommission ist es, bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den heutigen Besitzern und den ehemaligen Eigentümern von Kulturgütern bzw. deren Erben zu vermitteln, wenn dies von beiden Seiten gewünscht wird. Sie kann eine ethisch begründete Empfehlung zur Lösung des Konflikts aussprechen. Zur ehrenamtlichen Mitarbeit in der Kommission haben sich Bundespräsident a. D. Dr. Richard von Weizsäcker, die ehemalige Präsidentin des Deutschen Bundestages Professor Dr. Rita Süsmuth, die ehemalige Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Jutta Limbach, der Jurist Dr. Hans Otto Bräutigam, der Rechtsphilosoph Professor Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten, der Historiker Professor Dr. Reinhard Rürup, der Kunsthistoriker Professor Dr. Wolf Tegethoff und die Philosophin Professor Dr. Ursula Wolf bereit erklärt.

Die Koordinierungsstelle Magdeburg ([www.lostart.de](http://www.lostart.de)) ist Geschäftsstelle der Beratenden Kommission und Anlaufstelle für Antragsteller.

Kontakt: Koordinierungsstelle Magdeburg, Turmschanzenstraße 32, 39114 Magdeburg,

Dr. Michael Franz, Tel.: 0391 / 567 3891, Fax: 0391 / 567 3899, e-mail: michael.franz@mk.sachsen-anhalt.de, [www.lostart.de](http://www.lostart.de)

## **Bundesgesetzes über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen – 26.09.2014**

***Dem Bundesminister für Kunst und Kultur, Verfassung und Medien wird empfohlen, die im Dossier der Kommission für Provenienzforschung „Sammlung Robert Mayer“ (15/2014) angeführten Objekte, nämlich Statuette „Springendes Pferd“; Statue „Maria einer Verkündigung“; Statue „Engel einer Verkündigung“; Statuette „Putto mictans; Brunnenfigur“; Statuette „Nessus und Dejanira“; Statuette „Windhund“; Statuette „Hexe auf Ziegenbock“; Statuette „Cupido“; Statuette „Lukrezia“; Statuette „Der Zwerg Morgante“ aus dem Kunsthistorischen Museum nicht an die Rechtsnachfolger von Todes wegen nach Robert Mayer zu übereignen.***

Der Beirat gemäß § 3 des Bundesgesetzes über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen, BGBl. I Nr. 181/1998 i.d.F. BGBl. I Nr.117/2009, (Kunstrückgabegesetz), hat in seiner Sitzung vom 26. September 2014 einstimmig folgenden

### **BESCHLUSS**

gefasst:

Dem Bundesminister für Kunst und Kultur, Verfassung und Medien wird empfohlen, die im Dossier der Kommission für Provenienzforschung „Sammlung Robert Mayer“ (15/2014) angeführten Objekte, nämlich

Statuette „Springendes Pferd“ Inv.Nr. KK 9981

Statue „Maria einer Verkündigung“ Inv.Nr. KK 9986

Statue „Engel einer Verkündigung“ Inv.Nr. KK 9987

Statuette „Putto mictans; Brunnenfigur“  
Inv.Nr. KK 9988

Statuette „Nessus und Dejanira“ Inv.Nr. KK  
9991

Statuette „Windhund“ Inv.Nr. KK 9992

Statuette „Hexe auf Ziegenbock“ Inv.Nr. KK  
9993

Statuette „Cupido“ Inv.Nr. KK 9994

Statuette „Lukrezia“ Inv.Nr. KK 9999

Statuette „Der Zwerg Morgante“ Inv.Nr. KK  
10001

aus dem Kunsthistorischen Museum nicht an  
die Rechtsnachfolger von Todes wegen  
nach Robert Mayer zu übereignen.

## BEGRÜNDUNG

Dem Kunstrückgabebeirat liegt das oben  
genannte Dossier der Kommission für Pro-  
venienzforschung vor. Auf Grundlage dieses  
Dossiers stellt der Beirat den nachstehenden  
Sachverhalt fest:

Das Kunsthistorische Museum erwarb in den  
Jahren 1952 – 1960 von Robert Mayer sen.  
(1873-1973) die hier angeführten Objekte.  
Aus einem Schreiben des damaligen Präsi-  
denten des Vereins der Museumsfreunde,  
Max Allmayer-Beck vom 14. Juni 1955 ergibt  
sich, dass Robert Mayer, der *„durch den 2.  
Weltkrieg seine Textilfabriken in der ČSR  
entschädigungslos verloren hat“*, sich nicht  
mehr in der Lage sehe, *„seine außeror-  
dentlich wertvolle Sammlung weiter zu hal-  
ten. Er ist der letzte in der großen Generati-  
on der Wiener Sammler vom Range der Fig-  
dor, Bondy, Lederer, Auspitz.“*

Neun dieser Objekte lassen sich auf einer  
Beilage zum Vermögensverzeichnis identifi-  
zieren, welches seine Ehefrau Amalie Mayer  
am 25. Juni 1938 abgeben musste. Soweit  
aus den vorhandenen Unterlagen zu schlie-  
ßen ist, galt Amalie Mayer in der NS-  
Terminologie als „Arierin“, während die Ein-  
stufung von Robert Mayer als Jude oder  
„Mischling ersten Grades“ unklar bleibt.

Der Beirat hat erwogen:

Gemäß § 1 Abs. 1 Kunstrückgabegesetz  
können Gegenstände aus dem Eigentum  
des Bundes unter bestimmten Vorausset-  
zungen an die ursprünglichen Eigentümer  
oder deren Rechtsnachfolger von Todes  
wegen übereignet werden. Die allenfalls in  
Frage kommenden Tatbestände gemäß Z 1  
bzw. Z 2 setzen jedoch (u.a.) voraus, dass  
die heute im Eigentum des Bundes stehen-  
den Objekte Gegenstand eines Rückstel-  
lungsverfahrens bzw. eines nichtigen  
Rechtsgeschäftes bzw. einer nichtigen  
Rechtshandlung waren. Aus dem vorliegen-  
den Sachverhalt ergibt sich zwar, dass Ro-  
bert Mayer – ohne die Frage seiner Einstu-  
fung im Sinne der NS-Terminologie näher zu  
prüfen – dem Kreis der verfolgten Personen  
zuzurechnen ist. Da die Gegenstände jedoch  
im Jahr 1938 in der Vermögensanmeldung  
seiner Ehefrau Amalie Mayer genannt sind  
und in den Jahren von 1952 – 1960 durch  
das Kunsthistorische Museum von Robert  
Mayer erworben wurden, ist auszuschließen,  
dass die Gegenstände entzogen oder rück-  
gestellt wurden. Auch findet sich kein Hin-  
weis, dass der nach 1945 erfolgte Erwerb  
der Objekte von Robert Mayer im Zusam-  
menhang mit einem Verfahren nach dem  
Ausführverbotsgesetz für Kulturgut stand.

Der Beirat kommt daher zu dem Ergebnis,  
dass kein Tatbestand gemäß § 1 Abs. 1  
Kunstrückgabegesetz erfüllt ist, weshalb  
eine Übereignung der Gegenstände nicht zu  
empfehlen war.

Wien, am 26. September 2014

Univ.Prof. Dr. Dr.h.c. Clemens Jabloner  
(Vorsitzender)

Mitglieder:

Rektorin Mag. Eva BLIMLINGER  
Hofrat d VwGH Dr. Franz Philipp SUTTER  
Generalanwalt i.R. Dr. Peter ZETTER

Ersatzmitglieder:

Ministerialrätin Dr. Eva B. OTTILLINGER  
Mag. Dr. Christoph HATSCHEK  
Univ.-Prof. Dr. Michael Viktor SCHWARZ



## VfGH Urteil B 683/2012-9

***Je nach Art des Bauvorhabens können die Bestimmungen des § 3 und § 7 Stmk OrtsbildG 1977 iVm dem verpflichtend aufzustellenden Ortsbildkonzept Nachbarrechte iSd § 26 Abs1 Stmk BauG beeinflussen, sodass unter der Voraussetzung, dass Nachbarn daraus subjektive Rechte (vorliegend: Verletzung im Gleichheitsrecht) ableiten können, das Bauwerk nicht zu errichten ist.***

## VERFASSUNGSGERICHTSHOF

B 683/2012-9 18. Juni 2014

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des Präsidenten Dr. Gerhart HOLZINGER, in Anwesenheit der Vizepräsidentin Dr. Brigitte BIERLEIN und der Mitglieder Dr. Markus ACHATZ, Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN, Dr. Sieglinde GAHLEITNER, DDr. Christoph GRABENWARTER, Dr. Christoph HERBST, Dr. Michael HOLOUBEK, Dr. Helmut HÖRTENHUBER, Dr. Claudia KAHR, Dr. Rudolf MÜLLER, Dr. Johannes SCHNIZER und Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ als Stimmführer, im Beisein der Schriftführerin Mag. Nora HÖPPL, in der Beschwerdesache der \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, ver-  
treten durch Stenitzer und Stenitzer Rechts-  
anwälte OG, Hauptplatz 32-34, 8430 Leib-  
nitz, gegen den Bescheid der Steiermärki-  
schen Landesregierung vom 20. April 2012,  
Z FA 13 B-12.10-L408/2011-3, in seiner heu-  
tigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art.  
144 B-VG in der mit 1. Jänner 2014 in Kraft  
getretenen Fassung zu Recht erkannt:

- I. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Bescheid, soweit dieser in Spruchpunkt III. ihre Vorstel-  
lung abweist, in ihrem verfassungsge-  
setzlich gewährleisteten Recht  
auf Gleichheit aller Staatsbürger vor  
dem Gesetz verletzt worden. Der  
Bescheid wird insoweit aufgehoben.
- II. Das Land Steiermark ist schuldig, der  
Beschwerdeführerin zuhanden ihrer

Rechtsvertreter die mit € 2.620,- be-  
stimmten Prozesskosten binnen 14  
Ta- gen bei sonstiger Exekution zu  
ersetzen. Entscheidungsgründe

I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfah-  
ren

1. Der Gemeinderat der Stadtgemeinde  
Leibnitz beschloss am 25. September 2008  
den Teilbebauungsplan, Verfahrensfall 1.0,  
Raiffeisenplatz, Zl. 324.23 (in der Folge:  
Teilbebauungsplan). § 4 Pkt. 4) des Teilbe-  
bauungsplanes legt hinsichtlich der Gebäu-  
dehöhe Folgendes fest:

"Generell darf eine Höhe von 297 m ü.M[.],  
d.h. 24 m über Hauptplatzniveau bzw. 7  
oberirdische Geschosse nicht überschritten  
werden. [...]"

Bereits zuvor führte der damalige Ortsbild-  
sachverständige der Stadtgemeinde Leibnitz  
in seiner vorläufigen "Ad-Hoc-  
Stellungnahme" vom 17. September  
2008 zum Teilbebauungsplan u.a. wie folgt  
aus:

"Derzeit ist es allerdings aus Sicht der Orts-  
bildpflege unvorstellbar, dass beispielweise  
in der Hofzone der Häuser Hauptplatz 5, 7, 9  
eine Verbauung von bis zu einer Höhe von  
24m, das entspricht etwa 8 Stockwerken[,]  
positiv begutachtet werden kann. Hier geht  
es nicht um die architektonische Qualität,  
sondern um die Baumasse. Hier wird auch  
ein ähnlich hohes Bauwerk am Nordostende  
des Raiffeisenplatzes keine Argumentati-  
onshilfe leisten können, das jedenfalls als  
Altlast aus einer Zeit vor der Ortsbildpflege  
und als störend anzusehen ist.

[...]

Angeichts der Dimension des Projektes für  
die Häuser Hauptplatz 5, 7, 9 und der Be-  
deutung des Hauptplatzes von Leibnitz für  
die Stadt ist ein möglichst qualitäts-  
volles Projekt anzustreben. Daher sollte überlegt  
werden, die Vorsitzende der Ortsbildkom-  
mission nach Leibnitz einzuladen und in Zu-  
sammenarbeit mit ihr über die Möglichkeiten  
eines Wettbewerbes nachzudenken. Eine  
möglichst optimale architektonische und  
städtebauliche Qualität sollte jedenfalls im  
Interesse aller Beteiligten liegen."

2. Nach Antrag der "\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*" (in der Folge: mitbeteiligte Partei) vom 12. Mai 2010 auf Erteilung der Bewilligung für die Errichtung eines Wohn-, Büro- und Geschäftshauses, für den Umbau, die Sanierung und den Dachgeschossausbau der hauptplatzseitigen Bestandsgebäude, für die Errichtung einer Tiefgarage mit 123 PKW-Abstellflächen, für die Errichtung von 18 PKW-Abstellflächen im Freien sowie für die Errichtung eines Flugdaches über dem Müllplatz auf dem in ihrem Eigentum befindlichen Grundstück Nr. 344/1, KG Leibnitz (Liegenschaft Hauptplatz 5, 7, 9 und 9a), wies der Vertreter der Beschwerdeführerin im Rahmen der im Verwaltungsverfahren am 10. Dezember 2010 abgehaltenen mündlichen Verhandlung u.a. auf die Verpflichtung der Stadtgemeinde Leibnitz nach § 2 des Gesetzes vom 28. Juni 1977 zur Erhaltung und Gestaltung des Ortsbildes von Gemeinden (Ortsbildgesetz 1977), LGBl. 54 idF LGBl. 71/2001, (in der Folge: OrtsbildG), hin, wonach innerhalb "eines" Jahres nach Vorliegen einer Verordnung zur Festlegung eines Schutzgebietes nach § 2 Abs. 1 leg.cit. ein Ortsbildkonzept zu beschließen sei. Eine solche Verordnung existiere bereits seit dem Jahr 1990, ein Vorschlag für ein Ortsbildkonzept liege seit dem Jahr 1995 vor. Da ein Ortsbildkonzept bis dato nicht beschlossen worden sei, habe die Stadtgemeinde Leibnitz den rechtlichen Vorgaben des OrtsbildG nicht entsprochen. In der Folge bewilligte der Bürgermeister der Stadtgemeinde Leibnitz mit Bescheid vom 4. Juli 2011 das eingereichte Bauprojekt unter Vorschreibung einer Reihe von Auflagen.

Mit Bescheid des Gemeinderats der Stadtgemeinde Leibnitz vom 28. September 2011 wurden u.a. die Berufungen der Beschwerdeführerin, welche Alleineigentümerin der Liegenschaft Hauptplatz 1 ist, und eines weiteren Nachbarn (Liegenschaft Hauptplatz 11) zurück- bzw. als unbegründet abgewiesen. Der gegen diesen Bescheid durch den o.a. Nachbarn erhobenen Vorstellung gab die Steiermärkische Landesregierung mit Spruchpunkt II. ihres Bescheides vom 20. April 2012 Folge, hob den angefochtenen Bescheid auf und verwies die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an den Gemeinderat der Stadtgemeinde Leibnitz zurück. Begründend führte die Steiermärkische Landesregierung aus, dass die Rechte des

Vorstellungswerbers verletzt worden seien, indem der lärmtechnischen Begutachtung kein medizinisches Gutachten zugrunde gelegt worden sei. Gleichzeitig wies die Steiermärkische Landesregierung in Spruchpunkt III. ihres Bescheides die Vorstellung der Beschwerdeführerin gegen den Bescheid vom 28. September 2011 als unbegründet ab. Dabei setzte sich die den Bescheid erlassende Behörde mit den Einwendungen der Beschwerdeführerin entweder nicht auseinander, weil keine Nachbarrechte iSd § 26 des Gesetzes vom 4. April 1995, mit dem Bauvorschriften für das Land Steiermark erlassen werden (Steiermärkisches Baugesetz - Stmk. BauG), LGBl. 59 idF LGBl. 13/2011, berührt seien, oder aber verwarf die Einwendungen, wie jene zur behaupteten Verletzung von Abstandsvorschriften und teilweise auch zu den befürchteten Lärmimmissionen, als unbegründet.

3. Die gegen den Bescheid der Steiermärkischen Landesregierung vom 20. April 2012 beim Verfassungsgerichtshof erhobene, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde behauptet die Verletzung in den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (Art. 7 B-VG), auf Unversehrtheit des Eigentums (Art. 5 StGG) und auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG) sowie die Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm (des Teilbebauungsplans). Weiters wird die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides und im Falle der Abweisung oder Ablehnung der Behandlung der Beschwerde ihre Abtretung an den Verwaltungsgerichtshof beantragt.

3.1. Die Beschwerde führt zunächst aus, dass sich auf den Liegenschaften der mitbeteiligten Partei jeweils ein mit der Front zum Hauptplatz orientiertes historisches Bürgerhaus mit zwei bzw. zweieinhalb Regelgeschossen mit Satteldach befinde; an den Rückseiten seien jeweils niedrigere Nebengebäude angeschlossen. Das bewilligte Bauprojekt sehe in geschlossener Verbauung die Errichtung eines Gebäudekomplexes vor, der mit nicht weniger als 24 m die Höhe von acht Regelgeschossen erreiche. Die historischen, nur ein- bis zweigeschossigen Nebengebäude würden allesamt abgerissen und durch den Neubau ersetzt werden.



3.2. Des Weiteren macht die Beschwerde geltend, dass der Teilbebauungsplan § 7 OrtsbildG widerspreche. Der damalige Ortsbildsachverständige der Stadtgemeinde Leibnitz habe in seinem Gutachten vom 16. Juni 2010 das Bauprojekt negativ bewertet und dargelegt, dass mit diesem das Einfügungsgebot des § 7 leg.cit. verletzt werde. Das Gutachten zeige auf, dass der geplante Gebäudekomplex um mindestens drei Geschosse bzw. 9 m zu hoch sei, um sich in das Erscheinungsbild des betreffenden Ortsteils gemäß § 7 leg.cit. einzufügen, zumal die durchschnittliche Bauhöhe in der Umgebung bei unter vier Stockwerken liege. Das in der Folge von der mitbeteiligten Partei eingeholte "Privatgutachten", welches im Ergebnis zur Auffassung gelange, dass das Bauprojekt nicht gegen das OrtsbildG verstoße, sei nicht nachvollziehbar. Zu diesem Ergebnis sei auch der Ortsbildsachverständige der Stadtgemeinde Leibnitz in seiner schriftlichen Stellungnahme zum Privatgutachten vom 11. Jänner 2011 gekommen.

4. Die Steiermärkische Landesregierung legte die Verwaltungs- bzw. Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie den in der Beschwerde geäußerten Bedenken entgegentritt und beantragt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

5. Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Äußerung, in der sie u.a. ausführt, dass mit Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides der vor der Vorstellungsbehörde angefochtene Bescheid vom 28. September 2011 zur Gänze behoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an den Gemeinderat der Stadtgemeinde Leibnitz zurückverwiesen worden sei. Daraus folge, dass auch die Berufung der Beschwerdeführerin wieder unerledigt und vor dem Gemeinderat der Stadtgemeinde Leibnitz anhängig sei. Die Baubewilligung, gegen welche sich die Beschwerdeführerin mit der Vorstellung zur Wehr gesetzt habe, sei aus dem Rechtsbestand beseitigt worden, weshalb die in Spruchpunkt III. des Bescheides der Steiermärkischen Landesregierung vom 20. April 2012 erfolgte Abweisung der Vorstellung der Beschwerdeführerin bedeutungslos und diese in keiner Weise beschwert sei. Daher werde primär beantragt, die Beschwerde für gegenstandslos zu erklä-

ren und das Verfahren wegen "Klaglosigkeit" der Beschwerdeführerin einzustellen; eventualiter werde die Abweisung bzw. Ablehnung der Behandlung der Beschwerde beantragt. Nebengebäude würden allesamt abgerissen und durch den Neubau ersetzt werden.

## II. Erwägungen

### 1. Die Beschwerde ist zulässig:

1.1. Da mit Spruchpunkt II. des vor dem Verfassungsgerichtshof angefochtenen Bescheides der Vorstellung eines Nachbarn des Bauprojekts Folge gegeben und der vor der Steiermärkischen Landesregierung angefochtene Bescheid behoben wurde, stellt sich zunächst die – von der mitbeteiligten Partei im Rahmen ihrer Äußerung aufgeworfene – Frage, ob die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Abweisung ihrer Vorstellung in Spruchpunkt III. des angefochtenen Bescheides gegeben ist.

1.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes begründet eine Beschwerdebehauptung nach Art. 144 Abs. 1 B-VG nur dann die Beschwerdelegitimation, wenn die behauptete Rechtsverletzung wenigstens möglich ist. Nur dann, wenn die Vorstellungsbehörde einen die Aufhebung tragenden Grund anders beurteilt hätte als die Vorstellungswerber oder die Vorstellungsbehörde dem Vorstellungsbegehren nur hinsichtlich einzelner Einwendungen Rechnung getragen, die übrigen Einwendungen der Vorstellungswerber jedoch im angefochtenen Bescheid ausdrücklich als unzutreffend verworfen hätte, wären die Vorstellungswerber berechtigt, den Vorstellungsbescheid anzufechten, obwohl dem Spruch nach festgestellt wurde, dass die Vorstellungswerber in ihren Rechten verletzt worden sind (vgl. VfSlg. 14.954/1997 mwH sowie VfGH 3.10.2012, B 1087/12).

1.3. Im vorliegenden Fall wurde zwar mit Spruchpunkt II. des nunmehr angefochtenen Bescheides der Vorstellung eines Nachbarn des Bauprojekts Folge gegeben und der angefochtene Bescheid behoben, jedoch wurden bestimmte Einwendungen der Beschwerdeführerin im angefochtenen Bescheid behandelt und verworfen, weshalb

nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes – der soeben zitierten Judikatur folgend – die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin insoweit gegeben und die Beschwerde somit zulässig ist, zumal diese Erledigung für das fortgesetzte Verfahren bindend ist. 2. Die Beschwerde ist auch begründet:

2.1. Eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz kann nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 10.413/1985, 14.842/1997, 15.326/1998 und 16.488/2002) nur vorliegen, wenn der angefochtene Bescheid auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruht, wenn die Behörde der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie bei Erlassung des Bescheides Willkür geübt hat.

Ein willkürliches Verhalten kann der den Bescheid erlassenden Behörde u.a. dann vorgeworfen werden, wenn sie den Beschwerdeführer aus unsachlichen Gründen benachteiligt hat oder aber, wenn die angefochtene Entscheidung wegen gehäuften Verkennens der Rechtslage in einem besonderen Maße mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch steht (zB VfSlg. 10.065/1984, 14.776/1997, 16.273/2001).

2.2. Gemäß § 1 Abs. 1 OrtsbildG erstreckt sich der örtliche Geltungsbereich dieses Gesetzes auf jene Teile von Gemeinden – ausgenommen die Landeshauptstadt Graz – die in ihrer landschaftlichen und baulichen Charakteristik das Ortsbild prägen und daher in ihrem Erscheinungsbild und in ihrer Baustruktur und Bausubstanz sowie in ihrer organischen Funktion zu erhalten sind (Schutzgebiete).

Mit der auf § 2 Abs. 1 OrtsbildG idF LGBl. 54/1977 gestützten Verordnung der Steiermärkischen Landesregierung vom 2. April 1990 über die Festlegung eines Schutzgebietes nach dem Ortsbildgesetz 1977 in Leibnitz, LGBl. 40, wurden "Teile der Stadtgemeinde Leibnitz zum Schutzgebiet nach dem Ortsbildgesetz 1977 erklärt"; diese Teile sind in der Anlage zu dieser Verordnung dargestellt. In diesem Schutzgebiet liegen u.a. das Grundstück der mitbeteiligten Partei

und jenes der Beschwerdeführerin.

Gemäß § 2 Abs. 3 erster Satz OrtsbildG hat die Gemeinde die über die Erhaltungspflicht nach diesem Gesetz hinausgehenden eigenen Maßnahmen zur künftigen Gestaltung des Schutzgebietes in einem Ortsbildkonzept zusammenzufassen. Nach § 2 Abs. 3 zweiter Satz leg.cit. zählen zu diesen Maßnahmen insbesondere solche zur Erhaltung oder Verbesserung der funktionellen Aufgabe des Schutzgebietes und die Ausweisung von Gebieten, die im Interesse der Erhaltung der bildhaften Wirkung des Schutzgebietes nur in einer bestimmten Weise oder überhaupt nicht verbaut werden sollen (Sichtzonen). Das Ortsbildkonzept ist nach § 2 Abs. 2 dritter Satz leg.cit. innerhalb von zwei Jahren nach Erlassung der Verordnung gemäß § 2 Abs. 1 leg.cit. durch den Gemeinderat zu beschließen. Trotz der sich aus diesen Bestimmungen iVm der o.a. Verordnung ergebenden Verpflichtung der Stadtgemeinde Leibnitz zur Erlassung eines Ortsbildkonzeptes lag ein solches für die Stadtgemeinde Leibnitz im Bescheiderlassungszeitpunkt nach den dem Verfassungsgerichtshof zur Verfügung stehenden Informationen nicht vor (s. hierzu zB die Ausführungen auf S 67 des erstinstanzlichen Bescheides des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Leibnitz vom 4. Juli 2011, wonach es für den vorliegenden Fall kein Ortsbildkonzept gebe, bzw. auch die S 4 und 13 des Ortsbildgutachtens vom 15. Oktober 2010, wonach sich das eingereichte Projekt im Ortsbildschutzgebiet der Stadtgemeinde Leibnitz befinde und für dieses ein Ortsbildkonzept nicht vorliege).

Gemäß § 26 Stmk. BauG, zuletzt geändert durch LGBl. 13/2011, begründen folgende Bestimmungen Nachbarrechte, die man in einem Bauverfahren einwenden kann:

"(1) [...] Bestimmungen über 1. die Übereinstimmung des Vorhabens mit dem Flächenwidmungsplan und einem Bebauungsplan, soweit damit ein Immissionsschutz verbunden ist; 2. die Abstände (§ 13); 3. den Schallschutz (§ 77 Abs. 1); 4. die brandschutztechnische Ausführung der Außenwände von Bauwerken an der Nachbargrenze (§ 52 Abs. 2); 5. die Vermeidung einer sonstigen Gefährdung oder unzumutbaren Belästigung bzw. unzumutbaren Beeinträchtigung (§ 57 Abs. 2, § 58, § 60 Abs. 1, § 66



zweiter Satz und § 88); 6. die Baueinstellung und die Beseitigung (§ 41 Abs. 6). (2)-(4) [...]"

Gemäß § 3 Abs. 1 OrtsbildG haben in einem Schutzgebiet die Liegenschaftseigentümer das äußere Erscheinungsbild jener Gebäude und sonstiger nach den Bestimmungen dieses Gesetzes geschützter Objekte, die nach ihrer landschaftlichen und baulichen Charakteristik das Ortsbild prägen, zu erhalten. Nach der gesetzlichen Definition des § 3 Abs. 1 zweiter Satz leg.cit. umfasst das äußere Erscheinungsbild u.a. die Gebäudehöhe, die Dachform, die Dachneigung und die Dachdeckung. Schon hinsichtlich dieser Elemente des äußeren Erscheinungsbildes liegt auf der Hand, dass sie Nachbarrechte iSd § 26 Stmk. BauG berühren können. Dies ist auch hinsichtlich der restlichen Elemente, die das äußere Erscheinungsbild iSd § 3 Abs. 1 leg.cit. bestimmen, nicht von vornherein auszuschließen (zB betreffend Durchgänge, Höfe, Einfriedungen und Innenanlagen, wie Stiegenaufgänge, Stiegenhäuser, Vorhäuser udgl.).

Maßnahmen, die der Instandsetzung oder Verbesserung eines Gebäudes dienen und auf dessen äußere Gestaltung Einfluss haben, sowie Bauveränderungen, die der Behebung von Beeinträchtigungen des Erscheinungsbildes, die durch frühere Umgestaltung des Gebäudes oder Teilen desselben eingetreten sind, dienen, bedürfen gemäß § 3 Abs. 2 OrtsbildG einer Bewilligung; diese ist u.a. nur dann zu erteilen, wenn die jeweilige Maßnahme dem Ortsbildkonzept nicht widerspricht. Gemäß § 3 Abs. 3 leg.cit. ist für geschützte Gebäude die Erteilung einer Abbruchbewilligung unzulässig. Nach § 3 Abs. 4 leg.cit. ist im Schutzgebiet u.a. von Amts wegen vor der Erteilung einer Bewilligung nach § 3 Abs. 2 leg.cit. festzustellen, ob und in welchem Umfang ein Gebäude iSd § 3 Abs. 1 leg.cit. zu erhalten ist.

Schließlich fordert § 7 Abs. 1 OrtsbildG, dass im Schutzgebiet beim Wiederaufbau abgebrochener Bauten sowie bei der Verbauung von Baulücken und sonst unverbauter Grundstücke die Bauten so zu gestalten sind, dass sie u.a. dem Ortsbildkonzept nicht widersprechen. Gemäß § 7 Abs. 2 leg.cit. dürfen die bei Neu-, Zu- oder Umbauten entstehenden Baukörper in Baumasse (Länge,

Breite, Höhe), Proportion und Gliederung nicht wesentlich von den bisherigen oder von den benachbarten Baukörpern abweichen.

Zusammengefasst können – je nach Art des Bauvorhabens – die genannten Bestimmungen des OrtsbildG iVm dem verpflichtend aufzustellenden Ortsbildkonzept Nachbarrechte iSd § 26 Abs. 1 Stmk. BauG beeinflussen, sodass insofern die Nachbarn daraus subjektive Rechte ableiten können, zumal Nachbarn nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu Flächenwidmungs- und Bebauungsvorschriften jedenfalls einen Anspruch darauf haben, dass ein Bauwerk, das nach diesen Vorschriften nicht errichtet werden darf, auch nicht errichtet wird.

2.3. Die den angefochtenen Bescheid erlassende Behörde hatte bei Beurteilung der bei ihr anhängigen Vorstellungen die maßgeblichen Bestimmungen des OrtsbildG zu berücksichtigen. Die Erteilung einer Bewilligung iSd § 3 Abs. 2 OrtsbildG – beim vorliegenden Bauprojekt geht es auch um den Umbau, die Sanierung und den Dachgeschossausbau von hauptplatzseitigen Gebäuden des Bestandes – ist u.a. davon abhängig, ob die zu bewilligende Maßnahme dem Ortsbildkonzept nicht entgegenläuft. Zudem fordert § 7 Abs. 1 leg.cit. u.a. bei der Verbauung von sonst unverbauten Grundstücken (s. hierzu auch S 53 des Bescheides des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Leibnitz vom 4. Juli 2011, der im vorliegenden Fall von einem sonst unverbauten Grundstück iSd § 7 Abs. 1 leg.cit. ausgeht), Bauten derart zu gestalten, dass diese u.a. dem Ortsbildkonzept nicht widersprechen.

Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes kann die Frage, ob im vorliegenden Fall die Baubewilligung für das eingereichte Bauprojekt, welches im Schutzgebiet der Stadtgemeinde Leibnitz liegt, zu erteilen ist, nur anhand eines Ortsbildkonzeptes iSd § 2 Abs. 3 OrtsbildG beurteilt werden. Da jedoch für die Stadtgemeinde Leibnitz zum Entscheidungszeitpunkt kein Ortsbildkonzept vorgelegen ist, hätte die den Bescheid erlassende Behörde nicht zum Ergebnis kommen dürfen, dass die Vorstellung der Beschwerdeführerin abzuweisen ist.

Die den angefochtenen Bescheid erlassende

Behörde hat daher durch dieses Verkennen der Rechtslage den angefochtenen Bescheid, soweit dieser in Spruchpunkt III. die Vorstellung der Beschwerdeführerin abweist, mit Willkür iSd ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes belastet.

### III. Ergebnis

1. Die Beschwerdeführerin ist somit durch den angefochtenen Bescheid, soweit dieser in Spruchpunkt III. die Vorstellung der Beschwerdeführerin abweist, im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt worden.

2. Der angefochtene Bescheid ist daher insoweit aufzuheben, ohne dass auf das weitere Beschwerdebringen einzugehen ist.

3. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG in der mit 1. Jänner 2014 in Kraft getretenen Fassung ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 88 VfGG. In den zugesprochenen Kosten ist Umsatzsteuer in Höhe von € 400,- sowie der Ersatz der Eingabengebühr in Höhe von € 220,- enthalten.

Schriftführerin: Mag. HÖPPL

Wien, am 18. Juni 2014 Der Präsident: Dr. HOLZINGER

---

**SUSAN CRILE, Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent, Docket Nos. 9713-10, 29044-11. Filed October 2, 2014.**

***Susan Crile Tax Law Decision – Was ist ein Künstler aus steuerrechtlicher Sicht: die Revenues Service hat Susan Crile Steuerhinterziehung vorgeworfen, weil ihre Karriere von Jahrzehnten nur 3 Jahre profitabel war.***

T.C. Memo. 2014-202

UNITED STATES TAX COURT

**SUSAN CRILE, Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent**

Docket Nos. 9713-10, 29044-11. Filed October 2, 2014.

Robert H. Baron, Micaela McMurrrough, and Megan Y. Lew, for petitioner. Jane J. Kim and Michael J. De Matos, for respondent.

### MEMORANDUM FINDINGS OF FACT AND OPINION

LAUBER, Judge: Petitioner is an artist and a tenured professor of studio art. With respect to her Federal income tax for 2004-2005 and 2007-2009,

[\*2] respondent determined deficiencies in tax, accuracy-related penalties under section 6662(a), and additions to tax under section 6651(a)(1) in the following amounts (*unless otherwise indicated, all statutory references are to the Internal Revenue Code in effect for the tax years in issue. We round all monetary amounts to the nearest dollar*):

| Year | Deficiency | Penalty<br>Sec.<br>6662 (a) | Addition<br>to tax<br>sec.<br>6651 (a)<br>(1) |
|------|------------|-----------------------------|-----------------------------------------------|
| 2004 | \$ 14,575  | \$ 2,915                    | -0-                                           |
| 2005 | 13,865     | 2,773                       | -0-                                           |
| 2007 | 22,312     | 4,462                       | \$ 574                                        |
| 2008 | 21,638     | 4,328                       | -0-                                           |
| 2009 | 9,254      | 1,851                       | -0-                                           |

In support of these determinations respondent relies on two theories. First, he contends that petitioner's activity as an artist is "an activity not engaged in for profit" within the meaning of section 183 and hence that she cannot claim deductions in excess of the income she derived from that activity. Second, if petitioner was engaged in a trade or business during these years, respondent



contends that many of the deductions she claimed are not, within the meaning of section 162(a), "ordinary and necessary expenses" incurred in carrying on that business.

[\*3] At the close of trial, the Court ordered the cases bifurcated for purposes of briefing and opinion. This opinion addresses the first of respondent's theories and concludes that petitioner during the years in issue was engaged in a "trade or business" with the objective of making a profit from her activity as an artist. Respondent's contentions concerning the substantiation of her expenses, the character of those expenses as "ordinary and necessary," and her liability for penalties and additions to tax will be resolved in due course.

**FINDINGS OF FACT** The parties filed stipulations of facts with accompanying exhibits that are incorporated by this reference. Petitioner resided in New York when she petitioned this Court. A. Petitioner's Career as an Artist

Petitioner has had a long, varied, and distinguished career as an artist. She has worked for more than 40 years in media that include oil, acrylic, charcoal, pastels, printmaking, lithograph, woodcut, and silkscreen. She has exhibited and sold her art through leading galleries; she has received numerous professional accolades, residencies, and fellowships; and she is a full-time tenured professor of studio art at Hunter College in New York City. Respondent agrees that petitioner has been a successful, though rarely a profitable, artist.

[\*4] During the academic year petitioner devotes roughly 30 hours per week to her art, working mainly at a small studio in her Manhattan apartment. During the summer, she works full time on her art business at a larger studio in upstate New York. The amount of time it takes petitioner to create a finished work of art varies greatly--from one week to two years--depending on its size and complexity. During her career petitioner has created more than 2,000 pieces of art.

Petitioner's artwork hangs in the permanent collections of at least 25 museums. These include the Metropolitan Museum of Art, the

Guggenheim Museum, the Brooklyn Museum of Art, the Phillips Collection, the Hirshhorn Museum, and art museums at eight colleges and universities. Museums have a rigorous vetting process for acquiring art. Museum acquisitions boost an artist's reputation in the eyes of collectors and may contribute to price increases for the artist's other works.

Petitioner's artwork has been acquired by for-profit as well as nonprofit entities. Corporations that have purchased petitioner's art (several of which have since merged) include AT&T, Exxon, Texaco, Standard Oil of Ohio, Bank of America, Chase Manhattan Bank, Chemical Bank, Charles Schwab, General Mills, Westinghouse, General Telephone & Electronics, Frito-Lay, Cigna, and Prudential. Her works hang in the collections of six major New York law firms.

[\*5] Governmental entities that have acquired her art include the Federal Reserve Board, the Library of Congress, and the State Department (for display in U.S. embassies abroad). Such acquisitions, like museum acquisitions, place a "seal of approval" on an artist's works and have the potential to make them more attractive to private collectors.

Petitioner has been represented during her career by at least five New York art galleries, including the Kornblee Gallery, the Fischbach Gallery, the Droll-Kolbert Gallery, and the Graham Gallery. In 2004 petitioner switched from the Graham Gallery to Michael Steinberg Fine Art, believing that the latter's client base would enable her to increase sales of her artwork. She was represented by Michael Steinberg Fine Art until 2009, when it went out of business during the financial crisis. Petitioner has had affiliations with other art dealers and print publishers that have also sold her work.

Petitioner has received recognition from prestigious arts organizations, both public and private. She has received two awards from the National Endowment for the Arts (NEA)--a \$25,000 award for painting in 1982 and a \$15,000 award for drawing in 1989. Petitioner has served on NEA panels to select award recipients, and she has been interviewed by the Smithsonian Institution as

part of its Archives of American Art oral history project. During 2003 she was a member of the

[\*6] admissions panel for the visual arts at the American Academy in Rome and at the Ranieri Foundation in Civitella, Italy. "Residencies" are awarded by arts organizations to enable artists to focus on their work without distractions, in an environment conducive to artistic stimulation and productivity. Institutions that have awarded residencies to petitioner include the MacDowell Colony in 1972, the American Academy in Rome in 1990, the Rockefeller Foundation Bellagio Center in 2007, and Yaddo in 1970, 1971, 1973, 1975, 2000-2003, 2005, 2006 and 2009.

Petitioner's work has been reviewed on many occasions by leading art critics. Her first review in the New York Times, appearing in 1971, was written by Hilton Kramer, one of the foremost art critics of his era. Her work was re-viewed in the New York Times on 17 subsequent occasions by Mr. Kramer and his successors. Other publications that have reviewed her work include the Boston Globe, Houston Chronicle, Houston Post, Los Angeles Times, St. Louis Post-Dispatch, and New York Magazine. Her work has been reviewed by every major art publication in the United States, including ARTNews, Art in America, ArtForum, Flash Art, and American Artist.

Petitioner performs considerable research in connection with her art, sometimes involving international travel under difficult conditions. During the first

[\*7] Gulf War she painted a series entitled "Fires of War," which enjoyed considerable critical and commercial success. To secure documentation for these works, she traveled to Kuwait and accompanied firefighters to burning oil fields. As she described it, the environment in Kuwait in the wake of Saddam Hussein's retreating forces was "virtually a land of fire; black overhead smoke. It looked like night in day; the desert [was] covered with tar and lakes of oil." Works from petitioner's "Fires of War" series were exhibited in Kuwait and were acquired by the Government of Kuwait.

B. Petitioner's Projects During the Years in Issue During 2004-2009 petitioner worked on five main projects. The first, a series of works titled "Assisi," was based on Giotto's paintings of the life of Saint Francis in the Basilica di San Francesco in Assisi, Italy. Petitioner had an exhibition of these works in 2004 at the Graham Gallery.

Petitioner's second major project was a series titled "Abu Ghraib," based on events that occurred at the Abu Ghraib prison during the Iraq War. Petitioner did considerable research in connection with "Abu Ghraib," including interviews with journalists who had reported from the war zone. Works from "Abu Ghraib" were exhibited in 2006 at the Bertha and Karl Leubsdorf Art Gallery at Hunter College.

[\*8] This exhibit was reviewed in the Financial Times, the New York Times, and the Newark Star-Ledger. Petitioner continued her work on "Abu Ghraib," on both the production and the marketing side, during 2007. She worked on this series during her residency at the Rockefeller Foundation Bellagio Center in summer 2007, and later that year she had two exhibitions of "Abu Ghraib" in Italy. The first was in Rome, and petitioner returned to Italy to oversee installation of the artwork and production of the exhibition catalog. The second exhibition of "Abu Ghraib," in Venice, opened in November 2007. Petitioner took part in managing the installation and attended the opening.

Petitioner's third major project during 2004-2009 was "Printing on Silk." This project involved designing and printing patterns on silks using woodblocks or silkscreen, which petitioner created in a factory outside Calcutta, India. Petitioner had not previously done substantial work in these media. She embarked on this project when colleagues recommended that she expand the market for her work by producing images on silk. The "Printing on Silk" project required hands-on oversight of expert craftsmen at the factory in rural India. Petitioner's final two projects during the years in issue, each in its startup phase, involved a series of

[\*9] small abstract paintings and a project focused on prisoners detained in



## Guantanamo Bay. C. Petitioner's Business Practices

Petitioner actively marketed her artwork during the tax years at issue. She was represented by galleries throughout this period until Michael Steinberg Fine Art folded in 2009. When an artist is represented by a gallery, the gallery plays a large marketing role by exhibiting the artist's work and by hosting openings, client receptions, and similar events. Petitioner supplemented the galleries' efforts by sending exhibition announcements and other promotional materials to her mailing list of nearly 3,000 collectors. Petitioner regularly attended art-related events to network with collectors, journalists, and art professionals. Since 2002 petitioner has marketed her art through a Web site that features images of selected works, her biography, and publications about her artwork and career. She has received inquiries from potential collectors through the Web site.

Petitioner's career spans four decades, and she has carefully documented her extensive inventory of artwork. Early in her career she used a system commonly employed by libraries at the time--a card catalog system. Petitioner used index cards to record relevant information about each work, including its title, medium, dimensions, exhibition history, original asking price, and (if the work was sold)

[\*10] the gallery commission. These index cards were complemented by slides created by professional photographers of each work. Before the advent of digital images, petitioner promoted her art by mailing slides of her works to collectors, galleries, and museum curators.

Petitioner's sales records are generally accurate but sometimes incomplete. She retains all price lists created by galleries in connection with her exhibitions. These price lists include the title, medium, dimensions, and asking price for each exhibited work. As her works sold in later years, petitioner annotated these lists and the associated index cards with information about those sales.

Maintaining perfect sales records was difficult because galleries often neglected to

provide her with all relevant sales information. In some cases she received a single check accompanied by a list of pieces sold, without specification of the purchaser's identity or the sale price of each individual work. Ascertaining the purchaser's identity was important because petitioner regarded each purchaser as a potential future customer. When petitioner received incomplete information, she contacted the gallery in an effort to obtain all relevant sales data. Such efforts were not always successful and, for that reason, petitioner's sales records are not 100% accurate.

[\*11] More recently petitioner has switched to a digital recordkeeping system.

Each new piece of art is entered into a digital database that contains substantially the same information as her index cards. Petitioner is in the process of moving the information on the index cards to the digital database. Given the extent of her inventory, this process is time consuming. Because petitioner has little familiarity with electronic media, she has hired assistants to help her with this.

Petitioner keeps records of all invoices related to her art business and all receipts for business and personal expenses. During four of the five years at issue, petitioner hired a bookkeeper to assist her. Her standard practice was to provide her bookkeeper with invoices, receipts, and annotated bank and credit card statements. The bookkeeper then put this information into a Quicken program and provided the Quicken files to petitioner's accountant, who prepared her tax returns. D. Petitioner's Sales of Artwork

Petitioner has generated substantial income from sales of her artwork. Respondent stipulated that the total value of works sold during her career is at least \$937,150. Galleries usually took a 50% commission, and petitioner on several occasions received no proceeds at all because of financial distress or

[\*12] mismanagement on the gallery's part. ( *For example, petitioner had a solo exhibition of ten abstract paintings at Michael Steinberg Fine Art in 2009. Each painting was priced at \$1,800 and all ten were sold. Petitioner never received payment for these*

*works when the gallery closed during the financial crisis).*

Respondent stipulated that, after taking account of these reductions, petitioner received gross income of at least \$537,902 from the sale of 261 works between 1971 and 2013.

The evidence at trial established that petitioner sold an additional 95 works between 1971 and 2004. For 53 of these works, respondent stipulated the gallery's asking price but declined to stipulate the proceeds petitioner received. After listening to the trial testimony and reviewing the exhibits, the Court concludes that the galleries sold these 53 works at or close to their asking prices and realized proceeds of approximately \$180,000. Netting out the normal 50% commission, the Court finds that petitioner earned income of approximately \$90,000 from sales of these 53 works.

For the 42 remaining works, respondent declined to stipulate either the gallery's asking price or the proceeds petitioner received. For these works, most of which were sold before 1992, petitioner estimated their asking prices on the basis of sales records for similar works offered for sale at about the same time. After listening to the trial testimony and reviewing the exhibits, the Court con-

[\*13] cludes that the galleries sold these 42 works at or close to their estimated asking prices and realized proceeds of approximately \$80,000. Netting out the normal 50% commission, the Court finds that petitioner earned income of approximately \$40,000 from sales of these 42 works.

All in all, the Court finds that petitioner sold, directly or through galleries, a total of 356 works of art during 1971-2013. These sales generated gross proceeds of approximately \$1,197,150. After subtracting gallery commissions and other reductions, petitioner earned income of approximately \$667,902 from sales of her art during these years.

Petitioner's best year was 1995, when she reported gross receipts of \$111,815 from sales of her art. Her best recent year was 2013, when she earned \$75,000 from sales of her art. Despite substantial gross receipts, petitioner has never reported a net profit

from her art business. For 1995 she reported a profit of \$34,204 on her Schedule C, Profit or Loss From Business, but this was offset by a net operating loss carryforward. Petitioner had not filed her 2013 tax return at the time of trial, but she expected to report a net profit for that year. E. Petitioner's Teaching Career

Petitioner practiced as an artist for a decade before she began teaching, and it was her achievements as an artist that resulted in her securing a teaching position.

[\*14] From 1983 to 1989 petitioner served as a visiting assistant professor, and subsequently as a substitute assistant professor, in the Department of Art and Art History at Hunter College in New York City. She obtained full-time employment there as an Associate Professor in 1989, and she received tenure in 1994. In 1996 she became a full professor at Hunter College and continues to hold that position today. During the tax years at issue she earned between \$85,999 and \$106,058 annually from her teaching position.

Hunter College's studio art department has a strong reputation and is in the top tier of master of fine arts programs. It was one of the first art departments to hire professional, working artists as teachers, and the market for securing a faculty position there is extremely competitive. Successful candidates for hiring, promotion, and tenure must demonstrate significant accomplishment in creative activity, effective teaching ability, and commitment to the academic community by serving on committees and advising students.

To be promoted and gain tenure, a studio artist must exhibit art; the sale of art is not required. There is an expectation that a professor, once tenured, will continue to make and exhibit art. However, a tenured professor is no longer subject to annual performance evaluations, and the expectation to exhibit art is not

[\*15] rigorously enforced. Petitioner plans to continue her art business following her retirement from Hunter College. F. Expert Testimony



1. Robert Storr Petitioner offered, and the Court recognized, Robert Storr as an expert on industry practice in the fine arts community. He is the dean of the Yale School of Art and a professor of painting and printmaking, positions he has held since 2006. From 1990 to 2002 he was curator, and later senior curator, at the Museum of Modern Art. He has more than 30 years of experience in the art field.

Dean Storr credibly testified about factors that influence the price of an artist's work. Art prices are influenced by many factors, such as the artist's exhibition history, noteworthy reviews, awards, and other accolades. As an artist gains greater exposure and her career develops, prices for that artist's works will normally increase. Significant events in an artist's career can drive prices higher. Such events can include a solo show, a museum's acquisition of the artist's work, an exhibition at a major international art fair, or an important critical review. Relatively few artists have steady, consistent sales from year to year or decade to decade. Artists often experience income instability and many find it necessary to have another job with reliable income.

[\*16] 2. Renato Danese Petitioner offered, and the Court recognized, Renato Danese as an expert on industry practice in the fine arts community. Mr. Danese is the owner of Danese Corey (formerly Danese), an art gallery in New York City. His gallery, which he has owned since 1996, currently represents about 30 artists. He has worked with hundreds of artists during his 40-year career as a curator, gallery director, and art dealer. From 1971 to 1978 Mr. Danese was Associate Director of the Visual Arts Program at the NEA in Washington, D.C.

Mr. Danese credibly testified that gallery representation is important to an artist's career because galleries increase the artist's visibility and exposure, which in turn should increase her prices and sales. Gallery representation is also desirable because it helps add stability to an artist's career. Galleries are businesses and want to represent artists who have, or have the potential to develop, successful professional careers.

Mr. Danese also testified about factors that

influence art prices. Factors that help increase the value of an artist's work include museum and collector support, critical acclaim, and public awareness. An award from the NEA has the potential to increase an artist's prices because it "is a sign of serious recognition." An NEA

[\*17] award enhances an artist's credentials and professional stature and may boost his or her potential for a financially profitable career. Mr. Danese also opined that it is common for artists to have years in which they earn little or no income from selling artwork. Artists often experience cycles of achievement and financial success, and their income may fluctuate over the course of months or years. It is very difficult to predict when success will occur in the art world.

3. Barbara Sussman Petitioner offered, and the Court recognized, Barbara Sussman as an expert on art framing, handling, storage, and labeling. Ms. Sussman is an art appraiser, art consultant, and art framer with 30 years of experience in these fields. As an art consultant, she manages the collections of numerous corporate clients, overseeing the purchase, shipping, framing, installation, and inventorying of thousands of pieces of art.

Ms. Sussman visited petitioner's studios in New York City and upstate New York to inspect her artwork and assess her inventory and storage practices. Petitioner keeps a logbook at the entry of her storage areas showing the location of each work. The storage areas are temperature controlled properly. Most of petitioner's paintings are on canvasses with stretchers; these allow the canvas to be

[\*18] tightened and prevent it from warping. Consistently with standard art practice, the back of each work is inscribed with petitioner's signature, the medium, and the date and year of execution. Works in transit or scheduled for shipment were professionally wrapped using standard materials. Ms. Sussman concluded that petitioner's record-keeping practices and her methods of labeling and storage indicate "that she is a professional in the business of selling and/or attempting to sell her art."

4. Elizabeth von Habsburg Respondent of-

ferred, and the Court recognized, Elizabeth von Habsburg as an expert in the art market and art appraisal. Ms. von Habsburg is the managing director of Winston Art Group. She advises private clients on the purchase, sale, and maintenance of their collections.

According to Ms. von Habsburg, the art industry considers the following factors in determining an artist's commercial viability: (1) a vibrant market for the artist's work as evidenced by sales through dealers, public auctions, and private transactions; (2) clearly detailed and accurate recordkeeping; (3) an increasing trend of income over the years; and (4) increasing price levels for the artist's works. Ms. von Habsburg noted that petitioner had been represented by major New York galleries for most of her career, but that she ceased to be represented in

[\*19] 2009 when Michael Steinberg Fine Art closed. Petitioner's artwork was sold very few times at auction. In Ms. von Habsburg's view, petitioner's records were not always complete and included some inconsistent data.

According to Ms. von Habsburg's calculations, petitioner during 2004-2009 received aggregate net proceeds of \$15,740 from sales of her art, and she sold an additional 13 pieces for which she should have received \$17,250, but for which she had not been paid. During 2000-2013, petitioner received, according to Ms. von Habsburg, average annual net proceeds of \$9,980 from sales of her art. From the beginning of her career through 2013, petitioner received, according to Ms. von Habsburg, average annual net proceeds of approximately \$17,000 from sales of her art.

To gauge whether market prices for petitioner's works had increased during her career, Ms. von Habsburg examined the prices paid for petitioner's oil paintings. The average net price varied from zero for years in which no oil painting was sold to a high of \$29,933 in 1995. Excluding years in which no oils were sold and the supposed "outlier year" of 1995, Ms. von Habsburg concluded that the average net price per oil did not trend upward but stayed within a range of \$1,825 to \$9,000 from 1971 through 2013. Ms. von Habsburg acknowledged that she had not

viewed any of these works in person.

[\*20] Taking into account the relatively small number of works sold per year, petitioner's modest annual net income from sales, the supposed lack of a steady upward trend in sale prices, and the absence of current dealer representation, Ms. von Habsburg found it "possible [to] conclude that there is a limited commercial market for the works by Susan Crile." Ms. von Habsburg does not opine that petitioner's works have no market, that petitioner is not a successful artist, or that petitioner lacks a profit motive. Rather, Ms. von Habsburg concludes, on the basis of sales history and other factors that she identified, that there appears to be a limited commercial market for petitioner's works.

#### G. Petitioner's Tax Returns

Petitioner filed Federal income tax returns for all years in issue. On those returns she reported wage income between \$85,999 and \$106,058, and she reported other taxable income (interest, dividends, capital gains, pensions, and Social Security payments) between \$17,658 and \$67,046. On her Schedules C, she reported income and claimed the following expenses as deductions in connection with her activity as an artist during the years at issue:

[\*21] <sup>1</sup>

[\*22] Petitioner's theory for claiming deductions seems to have been that most experiences an artist has may contribute to her art and that most people with whom an artist socializes may become customers or otherwise advance her career. The trial established that a significant number of the deductions she claimed were not, within the meaning of section 162(a), "ordinary and necessary expenses" of conducting her art business but were "personal, living, or family expenses" non-deductible under section 262(a). The latter expenses appear to have included telephone and cable television bills, newspaper and magazine subscriptions, gratuities to doormen in her apartment building, taxicabs to the opera, museums, and social events, restaurant meals with

<sup>1</sup> die Ausgaben sind im Anhang (S. 69) tabellarisch aufgelistet



friends and acquaintances, and international travel to gain inspiration from paintings in European museums. We have deferred to another day the calibration of petitioner's deductible business expenses. But it was clear to the Court that the economic losses she actually sustained in her art business were substantially smaller than the tax losses reported on her Schedules C, owing to the inclusion of many personal expenses when calculating her business income.

[\*23] OPINION

I. Governing Statutory Framework Section 162(a) allows as a deduction "all the ordinary and necessary expenses paid or incurred during the taxable year in carrying on any trade or business." To be entitled to deductions under this section, the taxpayer must show that she engaged in the activity with an actual and honest objective of making a profit. *Hulter v. Commissioner*, 91 T.C. 371, 392 (1988). If an activity is not engaged in for profit, no deduction attributable to it is allowed except to the extent of gross income derived therefrom (reduced by deductions allowable without regard to whether the activity was engaged in for profit). Sec. 183(b). Thus, losses are not allowable for an activity that a taxpayer carries on primarily for sport, as a hobby, or for recreation. Sec. 1.183-2(a), Income Tax Regs.

Petitioner bears the burden of proving that she conducted her art business with a predominant, primary, or principal objective of earning a profit. *Giles v. Commissioner*, T.C. Memo. 2005-28, 89 T.C.M. (CCH) 770, 775. However, "a reasonable expectation of profit is not required." Sec. 1.183-2(a), Income Tax Regs. We determine whether the taxpayer has the requisite intent to earn a profit on the basis of all surrounding facts and circumstances. *Golanty v. Commissioner*, 72 T.C. 411, 426 (1979), *aff'd* without published opinion, 647 F.2d 170 (9th Cir.

[\*24] 1981); sec. 1.183-2(b), Income Tax Regs. In making this determination, greater weight is accorded to objective facts than to the taxpayer's subjective statement of intent. *Keanini v. Commissioner*, 94 T.C. 41, 46 (1990); sec. 1.183-2(a), Income Tax Regs.; see *Indep. Elec. Supply, Inc. v. Commissioner*, 781 F.2d 724, 726 (9th Cir. 1986),

*aff'g Lahr v. Commissioner*, T.C. Memo. 1984-472.

II. Scope of the Activity

The regulations specify that, in determining whether section 183 applies for a particular activity, a threshold determination must be made as to the scope of that activity. Sec. 1.183-1(d)(1), Income Tax Regs. The "activity" to be considered under section 183 may encompass a single undertaking or multiple undertakings. In ascertaining whether multiple undertakings constitute a single activity, all the facts and circumstances are taken into account. Significant facts include: (1) the degree of organizational and economic interrelationship of various undertakings; (2) the business purpose which is (or might be) served by carrying on the various undertakings separately or together; and (3) the similarity of various undertakings. Sec. 1.183-1(d)(1), Income Tax Regs.; see, e.g., *Keanini*, 94 T.C. at 46; *Mitchell v. Commissioner*, T.C. Memo. 2006-145, 92 T.C.M. (CCH) 17, 19 (noting other relevant factors).

[\*25] Respondent argues that, "[p]reliminarily, it is necessary to define Ms.

Crile's 'activity' per Treas. Reg. § 1.183-1(d)(1)." Respondent contends that "[p]etitioner's bifurcation of her art activity as an 'artist' separate from that of 'artist professor' for Hunter College is artificial and is not supported by the facts and circumstances of this case." It is undisputed that petitioner's activity as a professor is a "trade or business." Thus, the thrust of respondent's "single activity" argument is that petitioner must claim her art-related expenses, not as business expenses on Schedule C, but rather as unreimbursed employee business expenses on Schedule A, Itemized Deductions. As such, they would be subject to the floor created by sections 62(a) and 67(a) and to adverse alternative minimum tax consequences. See *Ruggiero v. Commissioner*, T.C. Memo. 1997-423, 74 T.C.M. (CCH) 662, 667 n.10. (*Noting that respondent in his pretrial memorandum did not explicitly advance a "single activity" argument under section 1.183-1(d), Income Tax Regs., petitioner contends that it would prejudice her if we considered it. At trial, especially during his examination of the Hunter College witness-*

*es, respondent explored the relationship between petitioner's activity as an artist and her job requirements as a professor. The clear thrust of respondent's examination was the notion that petitioner worked as an artist in order to keep her job as a teacher. We conclude that petitioner had adequate notice of respondent's theory and that the trial provided a sufficient evidentiary foundation to enable both parties to address the "single activity" argument in their post-trial briefs).*

[\*26] We conclude that petitioner's art business and her salaried position as a professor constitute two distinct activities. The regulations provide that the IRS will generally "accept the characterization by the taxpayer of several undertakings either as a single activity or as separate activities." Sec. 1.183-1(d)(1), Income Tax Regs. The taxpayer's characterization will be rejected only where it "is artificial and cannot be reasonably supported under the facts and circumstances of the case."

We do not find petitioner's characterization to be "artificial" in any sense of the word. Petitioner practiced as an artist for a decade before she began teaching and for 25 years before she became a tenured full professor. For any practitioner who teaches--whether a lawyer, an accountant, an economist, or an artist--there is an obvious intersection between the individual's profession and his or her teaching. But the two activities have different job requirements and entail different skills.

As a professor, petitioner was expected or required (among other things) to exhibit her art; evaluate students' work; create course syllabi; provide career counseling; and serve on faculty committees. As an artist, petitioner was required (among other things) to exhibit and sell her art; manage relationships with galleries; network with collectors, journalists, and museum curators; maintain records

[\*27] of income and expenses; manage her art inventory; and maintain an electronic database of her works. The trial established that Hunter College required or expected its art professors to exhibit their work; it did not require that they actually sell art. Many of the marketing and related business activities in

which petitioner engaged were thus irrelevant to her teaching career.

Respondent has not explained why petitioner would devote many hours to these tasks--some of them tedious or unpleasant--if her sole goal were to retain her teaching position. Indeed, during the tax years at issue petitioner was, and for the previous ten years had been, a tenured professor. Tenured professors were not subject to annual performance evaluations, and for them the requirement to exhibit art was at most an expectation that was not rigorously enforced.

Petitioner devotes hundreds of hours a year to administrative aspects of her art business that are unrelated to her job requirements at Hunter College. She was a successful artist for over a decade before she began teaching at Hunter College and she plans to continue her art business after she retires from teaching. On the record before us, we find that petitioner's activity as an artist is a separate activity from her career as a teacher and must be analyzed separately under section 183.

[\*28] III. Intent to Earn a Profit The regulations set forth a nonexclusive list of nine factors relevant in ascertaining whether the taxpayer conducted an activity with the intent to earn a profit. They are: (1) the manner in which the taxpayer conducts the activity; (2) the expertise of the taxpayer or her advisers; (3) the time and effort spent by the taxpayer in carrying on the activity; (4) the expectation that assets used in the activity may appreciate in value; (5) the success of the taxpayer in carrying on other similar or dissimilar activities; (6) the taxpayer's history of income or losses with respect to the activity; (7) the amount of occasional profits, if any; (8) the financial status of the taxpayer; and (9) elements of personal pleasure or recreation. Sec. 1.183-2(b), Income Tax Regs.

No factor or group of factors is controlling, nor is it necessary that a majority of factors point to one outcome. See *Keating v. Commissioner*, 544 F.3d 900, 904 (8th Cir. 2008), *aff'g* T.C. Memo. 2007-309; *Engdahl v. Commissioner*, 72 T.C. 659, 666 (1979) (taxpayer's profit motive must be ascertained "not on the basis of any one factor but on the



basis of all the facts and circumstances”); sec. 1.183-2(b), Income Tax Regs. Certain factors may be accorded more weight in a particular case because they have greater salience or persuasive value as applied to its facts. See *Vitale v. Commissioner*, T.C. Memo. 1999-131, 77 T.C.M. (CCH)

[\*29] 1869, 1874, aff'd without published opinion, 217 F.3d 843 (4th Cir. 2000);

*Green v. Commissioner*, T.C. Memo. 1989-436, 57 T.C.M. (CCH) 1333, 1343 (noting that all nine factors do not necessarily apply in every case).

### 1. Manner in Which Activity Is Conducted

Conducting an activity in a businesslike manner may show that the taxpayer intends to earn a profit from it. Sec. 1.183-2(b)(1), Income Tax Regs. Facts evidencing a businesslike manner include (among other things) the taxpayer's maintenance of complete and accurate books and records; the taxpayer's conduct of the activity in a manner resembling that in which successful practitioners conduct similar business activities; and the taxpayer's change of operating procedures, adoption of new techniques, or abandonment of unprofitable activities in a manner consistent with a desire to improve profitability. *Giles v. Commissioner*, T.C. Memo. 2006-15; sec. 1.183-2(b)(1), Income Tax Regs.

In order to demonstrate a profit motive, a taxpayer need not keep records of the sort maintained by a Fortune 500 company. In many situations, informal recordkeeping is sufficient. See, e.g., *Burrus v. Commissioner*, T.C. Memo. 2003-285, 86 T.C.M. (CCH) 429, 435-437 (cattle activity); *Fields v. Commissioner*, T.C. Memo. 1981-550, 42 T.C.M. (CCH) 1220, 1225 (same); *Edge v. Commissioner*, T.C. Memo. 1973-274, 32 T.C.M. (CCH) 1291, 1298 (farming);

[\*30] *Farrell v. Commissioner*, T.C. Memo. 1983-542, 46 T.C.M. (CCH) 1290, 1295 (same); *Harrison v. Commissioner*, T.C. Memo. 1996-509, 72 T.C.M. (CCH) 1258, 1262 (gold mining and treasure salvaging activity). For creative artists in particular, our precedents indicate that the recordkeeping required to evidence a profit motive is not

rigorous.

In *Churchman v. Commissioner*, 68 T.C. 696 (1977), we held that a taxpayer who had been involved in art activities for 20 years had a profit motive. The taxpayer kept all receipts of her art-related expenses and kept a journal recording what works she had sold and to whom. The Court found that her recordkeeping was sufficient to show that she conducted her art activity in a businesslike manner even though she “did not keep a complete set of books pertaining to her artistic activities.” *Id.* at 702. (*In other contexts as well, we have noted that the absence of complete books and records does not conclusively establish the lack of a profit objective. See, e.g., Foster v. Commissioner*, T.C. Memo. 2012-207, slip op. at 14 (citing *De Boer v. Commissioner*, T.C. Memo. 1996-174, 71 T.C.M. (CCH) 2730, 2736); *Weller v. Commissioner*, T.C. Memo. 2011-224; *Farrell*, 46 T.C.M. (CCH) at 1295).

Petitioner kept records that are substantially similar to, and in most respects superior to, those maintained by the taxpayer in *Churchman*. Petitioner kept all original receipts and invoices related to her art business. She kept detailed and relatively accurate records, going back to 1971, of sales of her artwork, including.

[\*31] the sale price and the identity of the buyer. Her sales records were not complete, but these lapses were often due to circumstances beyond her control, such as galleries' failures to provide relevant data. Petitioner hired a bookkeeper during four of the five years at issue who put her expenses into a Quicken program, which was supplied to her accountant. While it does not appear that petitioner used her records for the purpose of controlling costs, she did use them for purposes of marketing her works to collectors, galleries, and museum curators.

Although petitioner did not have a written business plan, she had a business plan and she pursued it consistently. See *Phillips v. Commissioner*, T.C. Memo. 1997-128, 73 T.C.M. (CCH) 2296, 2300 (written financial plan not required for 32-horse farm where business plan was evidenced by action); *Burrus v. Commissioner*, T.C. Memo. 2003-285. A taxpayer need not conduct a formal

marketing study in order to have a profit motive. See *Burger v. Commissioner*, 809 F.2d 355, 359 n.6 (7th Cir. 1987), aff'g T.C. Memo. 1985-523; Engdahl, 72 T.C. at 668. Petitioner understood the general factors that affect the pricing of art --a history of sales, gallery representation, solo exhibits, positive critical reviews, and prestigious awards, fellowships, and residences. She then worked to enhance her credentials and professional stature in each of these respects, in an effort to increase the value of her art.

[\*32] An important element of a business plan involves marketing and advertising. See *McKeever v. Commissioner*, T.C. Memo. 2000-288 (failure to advertise showed lack of profit motive). Using different forms of advertising may allow taxpayers "to expand their potential market" and "reach[] previously untapped audiences." *Cohn v. Commissioner*, T.C. Memo. 1983-301, 46 T.C.M. (CCH) 286, 292, aff'd without published opinion, 742 F.2d 1432 (2d Cir. 1984). In *Churchman*, 68 T.C. at 702, we found it significant that the taxpayer marketed her art by seeking gallery representation and by sending announcements about exhibitions to 200 individuals on her mailing list. See *Waitzkin v. Commissioner*, T.C. Memo. 1992-216, 63 T.C.M. (CCH) 2740, 2745 (1992) (noting importance of gallery representation to an artist). In *Storey v. Commissioner*, T.C. Memo. 2012-115, 103 T.C.M. (CCH) 1631, 1637, we held that a filmmaker evidenced a businesslike manner by making and distributing a trailer, creating a Web site and blog, hiring a marketing firm, and using social networks.

Petitioner's marketing efforts demonstrate a profit objective. Until Michael Steinberg Fine Art closed during the financial crisis, she was represented by a gallery throughout the period at issue. This is critically important in assessing profit motive, because it demonstrates that petitioner conducted her activity in the same manner as other successful artists. See *Churchman*, 68 T.C. at 702;

[\*33] *Waitzkin*, 63 T.C.M. (CCH) at 2745. Like the taxpayer in *Churchman*, petitioner sent exhibition announcements to her mailing list of 3,000 collectors. She attended art-related events to network with art profes-

sionals and, like the taxpayer in *Storey*, she maintained a Web site to promote her art.

Petitioner treated other aspects of her art business in a professional manner. Like the taxpayer in *Churchman*, 68 T.C. at 703, she had a "relatively large inventory" and kept track of her artwork efficiently. Her catalog included information about each work, including the title, dimension, media, exhibition history, asking price, gallery commission, and a digital or film image of the piece. As Ms. Sussman credibly testified, petitioner's paintings were mounted on stretchers, stored in climate-controlled conditions, and professionally packaged for shipment. All of this shows that petitioner conducted her art business in the same manner as successful practitioners of her craft.

A taxpayer's change of operating methods, adoption of new techniques, or abandonment of unprofitable activities may indicate a profit objective. Sec. 1.183-2(b)(1), *Income Tax Regs.*; see also *Golanty*, 72 T.C. at 430-431. Before 2004 petitioner was represented by the Graham Gallery. Although she had several exhibitions there, she regarded the other artists that it exhibited as "conservative" in style. Because she thought that the Graham Gallery was not attracting the types of

[\*34] collectors who would be interested in her work, she switched in 2004 to Michael Steinberg Fine Art in the hope that her sales would improve. Petitioner likewise embarked in a new direction during 2004-2009 with her "Printing on Silk" project in India. She undertook this project when colleagues suggested that she expand the market for her work by producing images on silk.

All in all, we conclude that petitioner conducted her art activity in a businesslike manner. All of the elements we have discussed, except her failure to use expense records to reduce losses, indicate that she had the requisite profit objective. We find this first factor to be important in our analysis and overall it strongly favors petitioner.

## 2. Expertise of the Taxpayer and Her Advisors

A taxpayer's expertise, research, and study



of the accepted practices in an industry, as well as her consultation with experts, may indicate a profit motive. Sec. 1.183-2(b)(2), Income Tax Regs. In cases involving artists, we have considered (among other things) the taxpayer's education, teaching activities, public recognition, and skills.

In *Churchman*, 68 T.C. at 702, we found that the taxpayer had the requisite expertise as an artist where she studied art for 2½ years, taught art at the college level, had her works shown in commercial galleries at least once a year, and was

[\*35] the subject of articles and critical reviews in newspapers and magazines. In *Waitzkin*, 63 T.C.M. (CCH) at 2745, we found that the taxpayer had the requisite expertise as an artist where she devoted most of her time to producing artwork, promoted her art to collectors and museums, and sold art for many years through galleries and otherwise.

By these standards, there is no dispute that petitioner ranks at the top of the scale in terms of expertise as an artist. Indeed, respondent all but concedes this point. In his post-trial brief, respondent does not challenge petitioner's accomplishments in the field of art and acknowledges that she "has significant expertise as an artist."

Like most artists, petitioner did not retain professional business consultants. Rather, her principal "advisors" were the galleries that represented her. Throughout her career, petitioner was represented by five New York art galleries. These galleries exhibited her work; arranged openings and customer receptions; and marketed her work to collectors. The expertise of petitioner's advisors seems indisputable.

While conceding that petitioner and her advisors have the requisite artistic expertise, respondent contends that she lacks expertise in the economics of being an artist. But petitioner does not need an economics degree to know how to sell.

[\*36] art. See *Freed v. Commissioner*, T.C. Memo. 2004-215, 88 T.C.M. (CCH)

288, 291 ("Petitioner does not need ad-

vanced training in economics to know that a thoroughbred horse that wins races is more valuable than one that does not."); sec. 1.183-2(c), Example (6), Income Tax Regs. (concluding that chemical researcher was engaged in a trade or business without addressing his expertise in the economics of the plastics industry). Petitioner understood the general factors that affect the pricing of art--a history of sales, gallery representation, solo exhibits, critical reviews, and prestigious public accolades--and she worked diligently to achieve these credentials. Petitioner is without doubt an expert artist who understands the economics of her business. This factor strongly favors petitioner.

### 3. Taxpayer's Time and Effort

The fact that a taxpayer devotes considerable time and effort to an activity may indicate a profit objective. *Giles v. Commissioner*, T.C. Memo. 2006-15. Having another job does not necessarily detract from this conclusion--in section 183 cases, this is likely the rule rather than the exception--because a taxpayer may engage in more than one trade or business simultaneously. See *Gestrich v. Commissioner*, 74 T.C. 525, 529 (1980), *aff'd* without published opinion, 681 F.2d 805 (3d Cir. 1982); *Sherman v. Commissioner*, 16 T.C. 332, 337 (1951). In *Churchman*, 68 T.C. at 697, we noted that the taxpayer taught art classes at two

[\*37] colleges and had "given numerous workshops independently of any institution." We regarded this as a positive factor in concluding that she was engaged in the trade or business of art. *Id.* at 702.

Petitioner devoted roughly 30 hours per week to her art business during the academic year and worked on her art full time during the summer. These facts compare favorably to those of other cases in which the taxpayer was found to be engaged in a trade or business. See, e.g., *Sernett v. Commissioner*, T.C. Memo. 2012-334, at \*15-\*17 ("time and effort" factor favored profit motive where taxpayer spent significant time traveling to racing events and preparing cars for those events, even though he enjoyed racing); *Givens v. Commissioner*, T.C. Memo. 1989-529, 58 T.C.M. (CCH) 255, 259 (taxpayer demonstrated requisite profit objective where

he devoted two to four hours daily and more time on weekends to horse activity).

We have sometimes disregarded time spent on mundane tasks where such tasks (such as grooming horses) would be essential regardless of whether the activity was conducted as a hobby or a business. See, e.g., *Giles v. Commissioner*, T.C. Memo. 2006-15; *Sullivan v. Commissioner*, T.C. Memo. 1998-367, *aff'd* without published opinion, 202 F.3d 264 (5th Cir. 1999). Here, the mundane tasks that petitioner performed, such as marketing and networking with potential

[\*38] collectors, were essential only because she was conducting a business. They would have been unnecessary if she were pursuing a hobby. Petitioner's job as a professor, far from detracting from her activity as an artist, was synergistic with it. As a tenured professor at Hunter College, petitioner enjoyed academic prestige that enhanced her standing with art professionals, art critics, and museum curators. Her teaching position afforded her flexible hours and provided numerous opportunities for networking with important people in the New York art world. We conclude that petitioner devoted substantial time and effort to her art business and that this third factor strongly favors petitioner.

#### 4. Expectation of Appreciation in Value

An expectation that assets used in the activity will appreciate in value may indicate a profit motive. Sec. 1.183-2(b)(4), Income Tax Regs. Even if the taxpayer derives no profit from current operations, she may reasonably entertain an expectation of overall profit when asset appreciation is factored in. *Ibid.* The expectation of appreciation becomes less speculative when a taxpayer shows actual success in an endeavor that could plausibly lead to appreciation. Cf. *Tinnell v. Commissioner*, T.C. Memo. 2001-106; *Hoyle v. Commissioner*, T.C. Memo. 1994-592.

[\*39] Respondent contends that petitioner has not shown that appreciation in the value of her artwork could ever exceed her accumulated claimed losses. This contention improperly focuses on actual rather than expected appreciation. See *Strickland v.*

*Commissioner*, T.C. Memo. 2000-309, 80 T.C.M. (CCH) 451, 457; sec. 1.183-2(b)(4), Income Tax Regs. The relevant question is whether petitioner could reasonably entertain an expectation that the value of her inventory would eventually appreciate significantly. See, e.g., *Upton v. Commissioner*, T.C. Memo. 1990-250.

In *Churchman*, where the taxpayer had a "relatively large inventory" of art-work, we found that "[i]t is certainly conceivable \* \* \* that she may someday sell enough of her paintings to enable her 'to recoup the losses \* \* \* sustained in the intervening years.'" 68 T.C. at 703 (quoting *Besseney v. Commissioner*, 45 T.C. 261, 274 (1965), *aff'd*, 379 F.2d 252 (2d Cir. 1967)). In *Waitzkin*, 63 T.C.M. (CCH) at 2745, where the artist likewise had a large inventory, we found that she had the potential to "enjoy greater financial benefits from her work" as it gained recognition and that "at any moment, [she] might become even more commercially successful." Cf. *Allen v. Commissioner*, 72 T.C. 28, 36 (1979) (finding ski lodge to be a trade or business where lodge had appreciated in value and taxpayers reasonably expected the value of their assets to continue increasing).

[\*40] Respondent's expert analyzed the prices of certain oil paintings in an effort to demonstrate that petitioner's works did not appreciate in value but rather stayed in a stable range between 1971 and 2013. While Ms. von Habsburg is a well-qualified art professional, we find her method for determining the potential for asset appreciation to be unreliable as applied here. We are not bound by the formulas and opinions proffered by an expert witness and will accept or reject expert testimony in the exercise of sound judgment. See *Helvering v. Nat'l Grocery Co.*, 304 U.S. 282, 295 (1938); *Estate of Newhouse v. Commissioner*, 94 T.C. 193, 217 (1990).

Ms. von Habsburg bases her conclusion on the average sale prices of petitioner's oil paintings over the years. However, she did not consider sales of the same painting at two distinct times, then determine the price change for that work. Where an expert relies on comparable sales, it is necessary to determine whether the items compared, if not



identical, are at least similar. Cf. *Chandler v. Commissioner*, 142 T.C. \_\_\_, \_\_\_ (slip op. at 10) (May 14, 2014); *Schmidt v. Commissioner*, T.C. Memo. 2014-159, at \*24.

Ms. von Habsburg focused exclusively on the prices paid for the paintings, with no consideration given to their size, quality or subject matter, or to the conditions prevailing in the art market at the times of sale. Other things equal, it seems

[\*41] obvious that a very large painting will sell for a higher price than a very small painting. Ms. von Habsburg did not view any of the works, and there is no indication that she analyzed any relevant data about the paintings except the sale prices. Because we find her methodology unreliable, we accord her appreciation analysis little weight. (*Petitioner argues that examination of her sale prices confirms that her art did appreciate. She provides one example: in the 1970s, a 14 by 14-inch oil painting sold for \$325; in 2001, a 15 by 15-inch oil painting sold for \$3,000, a nine-fold increase. Petitioner's analysis, apart from its selective nature, suffers from some of the same flaws as Ms. von Habsburg's analysis.*)

During 2004-2009 petitioner had an inventory of at least 1,500 pieces of art available for sale. She had an extensive exhibition record, numerous positive critical reviews, current or prior representation by five galleries, and multiple awards and accolades evidencing her public recognition. At least 25 museums had acquired her works, as well as dozens of major corporations and government institutions. She had a long history of sales with proceeds approaching \$1,200,000. She earned income of almost \$112,000 from sale of art in 1995, and she could plausibly expect that such good years would recur.

The testimony established that it is difficult to predict when success will occur in the art world, but that the prices paid for works by established artists often increase dramatically toward the end of their careers. All in all, we find that

[\*42] petitioner entertained a reasonable expectation that her artwork, over the

course of her career, would appreciate significantly in value, and that this expectation explains her "willingness to continue to sustain operating losses." *Allen v. Commissioner*, 72 T.C. at 36. We conclude that this fourth factor favors petitioner, albeit less strongly than the previous three factors.

#### 5. Taxpayer's Success in Other Activities

A track record of success in other business ventures may indicate that the taxpayer has the entrepreneurial skills and determination to succeed in subsequent endeavors. This in turn may imply that the taxpayer, when embarking on these endeavors, does so with the expectation of making a profit. Sec. 1.183-2(b)(5), Income Tax Regs. On the other hand, the absence of prior business experience creates no inference that the taxpayer lacks a profit motive when undertaking a new venture. See *Arwood v. Commissioner*, T.C. Memo. 1993-352.

In a typical section 183 case, the taxpayer achieves considerable success in a business activity and later embarks on a new activity that the IRS regards as a hobby or sport. Here the sequence is reversed. Petitioner embarked on the challenged activity (as an artist) a decade before she secured her salaried position (as a professor). And she practiced as an artist for 25 years before becoming a full professor in 1996.

[\*43] Petitioner has plainly been successful in her academic career. She rose through the ranks at Hunter College from visiting assistant professor to tenured member of the faculty. Obtaining a studio art teaching position at Hunter College is extremely competitive, and her steady upward path shows that she had the skills, determination, and personal qualities that might also benefit her career as an artist. Because she commenced her career as an artist many years before she started teaching, her success in the latter is not exactly a "leading indicator" of success in the former. But the academic success and prestige she gained in the late 1990s may have contributed to her belief that her prospects as an artist could flourish during the next decade. Cf. *Daugherty v. Commissioner*, T.C. Memo. 1983-188, 45 T.C.M. (CCH) 1224, 1228 ("Petitioner has

shown diligence, initiative, foresight, and other qualities that generally lead to success in other business activities, and he had reason to expect eventual success with this one.”). Although we find this factor to have limited relevance here, to the extent it has relevance, it favors petitioner.

6. History of Income or Losses The fact that a taxpayer incurs a series of losses beyond an activity’s startup

years may imply the absence of a profit objective. Sec. 1.183-2(b)(6), Income Tax Regs. This inference may not arise where losses are due to “customary business

[\*44] risks or reverses” or to “unforeseen or fortuitous circumstances which are beyond the control of the taxpayer.” *Ibid.* This inference may also be weaker in some fields of activity than in others. As we early recognized: “If losses, or even repeated losses, were the only criterion by which farming is to be judged a business, then a large proportion of the farmers of the country would be outside the pale. It is the expectation of gain, and not gain itself which is one of the factors which enter into the determination of the question.” *Riker v. Commissioner*, 6 B.T.A. 890, 893 (1927).

Because it often takes many years to achieve economic success in the creative arts, we have found that “a history of losses is less persuasive in the art field than it might be in other fields.” *Churchman*, 68 T.C. at 701-702. In *Waitzkin*, 63 T.C.M. (CCH) at 2745, the taxpayer was a “nationally recognized artist whose work ha[d] been shown and exhibited in many well-known galleries and famous museums.” We held that she was engaged in the trade or business of art even though she had never made a profit. Discounting her “history of losses,” *ibid.*, we explained:

It is well recognized that profits may not be immediately forthcoming in the creative art field. Examples are legion of the increase in value of a painter’s works or a sculptor’s works after he or she receives public acclaim. Many artists have to struggle throughout their careers.

[\*45] This does not mean that serious artists do not intend to profit from their activities. It only means that their lot is a difficult one.

Petitioner has reported substantial losses for Federal income tax purposes in at least 18 of the last 20 years. She realized a significant profit from sales of art in 1995 and (apparently) a smaller profit in 2013. But the Court is convinced that the magnitude of these reported losses is explained in large part by her practice of claiming on her Schedule C deductions for many expenses that were actually personal in nature. But for this, she would have reported significantly smaller losses for all years and quite possibly additional profits for some.

For creative artists, the line between business and personal expenses may sometimes seem hard to discern. Petitioner is not alone in resolving doubts in favor of deductibility. For example, in *Hughes v. Commissioner*, T.C. Memo. 1995-202, 69 T.C.M. (CCH) 2562, 2564, we held that a photographic artist was engaged in a trade or business despite seven years of continuous losses. “[T]he magnitude of the reported losses,” we explained, “appears to have resulted from petitioner’s overly liberal view of what constitutes a business (vis-a-vis personal) expense, rather than the lack of a profit motive.” *Ibid.* In *Richards v. Commissioner*, T.C. Memo. 1999-163, 77 T.C.M. (CCH) 2006, 2010, we held that a writer of screenplays was engaged in a trade or business despite five years of

[\*46] substantial losses. The persistence of these losses, we concluded, was not attributable to the absence of a profit motive, but rather to “the precarious nature of the entertainment business” and “the claiming of expenses not properly allocable to the writing activity.” *Ibid.*

The core expenses of petitioner’s art business do not seem wildly out of line with the levels of income she has historically generated from sale of her art. While we do not now decide which expenses are allowable as deductions, it is clear that many expenses she claimed were personal. Her overclaiming of deductions on her tax returns does not show that she lacked an intent to derive an



economic profit from selling art. (*Respondent errs in citing Portland Golf Club v. Commissioner*, 497 U.S. 154 (1990), for the proposition that we must take petitioner's reported Schedule C losses at face value when determining whether she had a profit motive. That case stands only for the proposition that the method of accounting used on the taxpayer's returns should also be employed in the profit-motive analysis. See *id.* at 169-170).

Petitioner urges that the Court should factor in the depressed art market during the years at issue. The regulations recognize that if losses are caused by "unforeseen or fortuitous circumstances which are beyond the control of the taxpayer, such as \*\*\* depressed market conditions, such losses would not be an indication that the activity is not engaged in for profit." Sec. 1.183-2(b)(6), Income Tax

[\*47] Regs.; see Engdahl, 72 T.C. at 669 (finding profit motive where taxpayers' losses were due in part to a market shift that disfavored their products). Petitioner's expert, Mr. Danese, observed that the 2008-2010 financial crisis had a "huge impact" on the New York art market, causing galleries to close (including Michael Steinberg Fine Art, which represented petitioner) and causing many artists to experience depressed sales. The financial crisis surely helps explain why petitioner sold no art at all during 2008 and very little during 2009. However, it does not explain away the losses that she incurred between 1996 and 2007.

Overall, this sixth factor weighs in respondent's favor because petitioner has had many years of economic and tax losses. But no one factor is determinative of a taxpayer's profit motive. See Engdahl, 72 T.C. at 666; cf. *Stasewich v. Commissioner*, T.C. Memo. 2001-30 (finding no profit motive where artist had limited expertise, sales, and public recognition). In light of our discussion above, we are convinced that these losses do not negate petitioner's actual and honest intent to profit from sale of her art.

#### 7. Amount of Occasional Profits

The fact that a taxpayer derives some profits from an otherwise money-losing venture

may support the existence of a profit motive. See sec. 1.183-

[\*48] 2(b)(7), Income Tax Regs. Moreover, "an opportunity to earn a substantial ultimate profit in a highly speculative venture is ordinarily sufficient to indicate that the activity is engaged in for profit even though losses or only occasional small profits are actually generated." *Ibid.* The regulations cite a wildcat oil drilling venture as an example of an activity in which an honest profit motive may be founded on "a small chance that \*\*\* [the taxpayer] will make a large profit." Sec. 1.183-2(c), Example (5), Income Tax Regs (See, e.g., *Dawson v. Commissioner*, T.C. Memo. 1996-417 (taxpayer's belief that champion horse could generate substantial profits may support profit objective); *Dwyer v. Commissioner*, T.C. Memo. 1991-123 (sponsorship expenses of NASCAR racing were reasonable given potential prize money).

In evaluating the facts, we may consider evidence from years subsequent to the period at issue. See *Smith v. Commissioner*, T.C. Memo. 1993-140 (actual profits in subsequent years have probative though not determinative significance).

Petitioner has earned income of approximately \$667,902 from sales of 356 works of art between 1971 and 2013. She reported a Schedule C profit of \$34,204 in 1995, and she appeared to be on track for another profitable year in 2013, when she earned at least \$75,000 from sales of her art. The evidence established that success in the art world is very hard to predict and that a single event--a solo show, a rave review, or a museum acquisition--can lead, fairly suddenly, to an

[\*49] exponential increase in the prices paid for an artist's work. While making art has little in common with drilling wildcat wells, they are both speculative ventures in which the taxpayer can hope to realize a very large return from a relatively small investment. Given that petitioner has had only two years of profits, we find that this factor weighs in respondent's favor, but not terribly heavily.

#### 8. Taxpayer's Financial Status

The fact that a taxpayer lacks substantial income or capital from sources other than the activity may indicate that she engages in the activity for profit. Sec. 1.183-2(b)(8), Income Tax Regs. An activity that produces losses, if recognized as a trade or business, will normally generate tax benefits for a taxpayer with other income. The receipt of such tax benefits, standing alone, does not establish that the taxpayer lacks a profit motive for the activity. See Engdahl, 72 T.C. at 670; McKeever v. Commissioner, T.C. Memo. 2000-288.

Petitioner earned a salary from her position at Hunter College and derived relatively modest income from investments. Cf. sec. 1.183-2(c), Example (2), Income Tax Regs. (wealthy individual with “very sizable income from securities” did not have a profit motive in lecturing about philosophy). She was a practicing artist for over a decade before she began teaching at Hunter College. We find that

[\*50] petitioner’s art business was her primary activity; she did not become an artist in order to shield her other income from taxes. We conclude that this factor is neutral, favoring neither party’s position.

#### 9. Elements of Personal Pleasure

The fact that a taxpayer derives personal pleasure from an activity, or finds it recreational, may suggest that she engages in it for reasons other than making a profit. Sec. 1.183-2(b)(9), Income Tax Regs. The derivation of personal pleasure, however, “is not sufficient to cause the activity to be classified as not engaged in for profit if the activity is in fact engaged in for profit as evidenced by other factors.” Ibid. “Success in business is largely obtained by pleasurable interest therein.” *Wilson v. Eisner*, 282 F. 38, 42 (2d Cir.1922). Thus, “a business will not be turned into a hobby merely because the owner finds it pleasurable; suffering has never been made a prerequisite to deductibility.” *Jackson v. Commissioner*, 59 T.C. 312, 317 (1972); *Giles v. Commissioner*, T.C. Memo. 2006-15.

In *Churchman*, 68 T.C. at 702, the Court acknowledged that the taxpayer’s art activities “involved recreational and personal ele-

ments.” We nevertheless concluded that she conducted this activity with the intent to make a profit, noting that “her work did not stop at the creative stage but went into the marketing phase of the art business where the recreational element is minimal.” Ibid. These less

[\*51] pleasurable activities included maintaining a mailing list, sending out announcements, seeking representation from galleries, keeping receipts of business expenses, and maintaining records of sales and customers. Ibid.

It is obvious that petitioner derives pleasure from making art. But she credibly testified that making art, like writing a book or composing a symphony, also involves hard work. Many of her projects involved extensive research, ranging from details of Giotto’s paintings in Assisi to confinement conditions in Guantanamo Bay. In connection with her “Abu Ghraib” series, petitioner interviewed numerous journalists who had reported from the war zone. In connection with her “Fires of War” series, she traveled to Kuwait and accompanied fire-fighters to burning oil fields. Few people find this sort of research pleasurable.

Like the taxpayer in *Churchman*, petitioner also devoted many hours to the mundane aspects of marketing her art and running her business. She maintained a mailing list of 3,000 collectors; mailed out slides and marketing packets; managed relationships with galleries; maintained sales records and moved them to a digital format; kept invoices, receipts, and other business records; and attended networking events with museum curators and potential collectors. With respect to these activities, we believe that for petitioner, as for the taxpayer in *Churchman*, “the recreational element \* \* \* [was] minimal.” 68 T.C. at 702.

[\*52] We find that petitioner’s enjoyment of her art activity—at least some of its aspects—is not sufficient to cause it to be classified as a hobby rather than a business. Petitioner devotes to her art activity a level of seriousness that takes it well beyond the realm of “recreation.” On balance, we regard this ninth factor as neutral or as slightly favoring petitioner.



IV. Conclusion We find that the first, second, third, and fourth factors set forth in section

1.183-2(b), Income Tax Regs., strongly support the conclusion that petitioner engaged in her art activity with an actual and honest expectation of profiting from it. We conclude that the fifth, eighth, and ninth factors slightly favor petitioner or are neutral. Only the sixth and seventh factors, focusing on losses and occasional profits, favor respondent, but they favor him less strongly in these cases than in many section 183 cases. In a qualitative as well as a quantitative sense, we conclude that the balance of factors favors petitioner and that she has met her burden of proving that in carrying on her activity as an artist, she had an actual and honest objective of making a profit. We therefore hold that she was, within the meaning of section 162(a), engaged during the years in issue in the "trade or business" of being an artist.

[\*53] On the basis of the foregoing,

An appropriate order will be issued.

---

IN THE UNITED STATES DISTRICT  
COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT  
OF ILLINOIS EASTERN DIVISION -  
01.10.2014

***2 Argentinier, 1 Kanadier verklagen den Regisseur (Terry Gilliam) von Zero Theorem wegen Plagiats eines Graffitis in Buenos Aires. Das Gericht in Illinois hat die Klage an das kalifornische Gericht zugewiesen.***

Case: 1:14-cv-06206

IN THE UNITED STATES DISTRICT  
COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT  
OF ILLINOIS EASTERN DIVISION

FRANCO FASOLI (a/k/a "JAZ"), NICOLAS SANTIAGO ROMERO ESCALADA (a/k/a "EVER"), AND DEREK SHAMUS MEHAFFEY (a/k/a "OTHER"),

Plaintiffs,

v.

VOLTAGE PICTURES, LLC, THE ZANUCK CO. d/b/a ZANUCK INDEPENDENT, MEDIAPRO PICTURES, WELL GO USA, INC., AMPLIFY RELEASING, DAVID WARREN, TERENCE VANCE GILLIAM, AND JOHN DOES 1-10,

Defendants.

Judge Robert W. Gettleman Magistrate  
Judge Young B. Kim

VOLTAGE PICTURES, LLC'S AND AMPLIFY RELEASING'S MEMORANDUM OF LAW IN SUPPORT OF THEIR MOTION TO TRANSFER VENUE

#### I. INTRODUCTION

Plaintiffs' decision to bring this lawsuit in the Northern District of Illinois is puzzling. None of the Plaintiffs is a citizen of or resides in Illinois. No defendant is located within the jurisdiction. No portion of the film "The Zero Theorem" (the "*Film*"), which Plaintiffs claim contains imagery that infringes on their artwork, was shot or produced in the State. None of the artwork that forms the basis for Plaintiffs' Complaint was created or is present in Illinois. No witnesses or documentary evidence appear to be located in Illinois. Indeed, Plaintiffs' choice of the Northern District of Illinois as the venue for this action is nothing less than arbitrary.

With no ties to the production of the allegedly infringing Film and no connection to any party or witness, Illinois is not a convenient forum in which to adjudicate the claims. A more convenient venue for the action is the Central District of California. This action could have initially been brought in the Central District, a venue with significant ties to both the purportedly infringing work and the parties. As explained below, each private interest and public interest that must be analyzed tip in favor of transferring the matter to the Central District. Voltage Pictures, LLC ("*Voltage*") and GoDigital, Inc. d/b/a Amplify Releasing ("*Amplify*") respectfully ask the Court to grant this Motion and transfer venue to the Central District of California.

## II. BACKGROUND

Voltage produces, finances and distributes motion pictures. [Compl., Dkt. No. 3, ¶ 35.] Its past releases include the Academy Award<sup>®</sup> winning and nominated films “The Hurt Locker” and “Dallas Buyers Club.” [Id.] Voltage is a California company, with its sole place of business located in Los Angeles, California. [Declaration of Nicolas Chartier (“Chartier Decl.”), ¶ 2, attached hereto as Exhibit A.] Voltage has no offices or presence in the State of Illinois. [Id.]

Amplify distributes media content through both traditional theatrical releases and through digital streaming and video-on-demand services. [Declaration of Dylan Marchetti (“Marchetti Decl.”), ¶ 2, attached hereto as Exhibit B.] Amplify’s principal place of business is located in Los Angeles, California, and it also maintains offices in New York. [Id., ¶ 3.] Amplify has no offices or presence in the State of Illinois. [Id., ¶ 3.]

“The Zero Theorem” was produced in 2012 and 2013. [Chartier Decl., ¶ 4.] Voltage handled some production work for the Film, including financing and marketing. [Id., ¶ 7.] Amplify played no role in the Film’s production. [Marchetti Decl., ¶ 6.] No part of the production of the Film took place in Illinois. [Id., ¶ 5.] The Film was shot in Romania. [Chartier Decl., ¶ 6.] Most production work was handled in the United Kingdom and other European locales. [Id., ¶ 6.] The work for the Film that was performed in the United States was done in Los Angeles, including financing, sales and marketing. [Id., ¶ 7.] Production of the Film’s trailer was done in Los Angeles. [Id., ¶ 7.] Both Voltage and Amplify advertise the Film on their internet websites, which are managed in Los Angeles. [Id., ¶ 11; Marchetti Decl., ¶ 9.]

The Film was first publically exhibited at the Venice Film Festival, in Venice, Italy, in September 2013. [Chartier Decl., ¶ 8.] Its first United States screening occurred later that month at Fantastic Fest in Austin, Texas. [Id., ¶ 8.] The Film did not initially have a wide theatrical release, no is one planned. [Id., ¶ 9; Marchetti Decl., ¶ 7.] Instead, it has been principally distributed in the United States through digital streaming services,

such as Apple, Inc’s iTunes<sup>®</sup> and Amazon.com’s instant video service, as well as video-on-demand services offered by television providers like Comcast Corporation and Time Warner Cable. [Marchetti Decl., ¶¶ 7-8.] Limited screenings will allow audiences to view the Film in theaters in about 80 cities on specific dates. [Chartier Decl., ¶ 9; Marchetti Decl., ¶ 7.]

## III. ARGUMENT

28 U.S.C. § 1404(a) gives this Court the authority to transfer this action to any district where the action might have been initially brought for the convenience of the parties and witnesses and in the interest of justice (*Section 1404 does not fix a particular time in which Voltage and Amplify must bring their Motion. Indeed, a motion to change venue based on convenience may be brought at any time. See Carter v. Clark Material Handling Co., No. 97 C 4424, 1998 WL 89244, at \*2 (Feb. 17, 1998) (“[A] motion to transfer venue may be filed at any time.”). Voltage and Amplify are bringing this Motion at the outset to eliminate any delay that could prejudice the parties).*

The function of Section 1404(a) is “to prevent the waste of ‘time, energy, and money’ and to ‘protect litigants, witnesses and the public against unnecessary inconvenience and expense.’” Van Dusen v. Barrack, 376 U.S. 612, 616 (1964) (quoting Cont’l Grain Co. v. Barge FBL-585, 364 U.S. 19, 26-27 (1960)). This Court has broad discretion in deciding whether transfer is warranted. See Cote v. Wadel, 796 F.2d 981, 985 (7th Cir. 1986) (citing Coffey v. Van Dorn Iron Works, 796 F.2d 217, 219-21 (7th Cir. 1986)).

Courts review transfers for convenience on a case-by-case basis. See Research

Automation, Inc. v. Schrader-Bridgeport Intern., Inc., 626 F.3d 973, 977-78 (7th Cir. 2010). The moving party bears the initial burden of establishing that transfer is appropriate. See Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235, 248, (1981). Analysis of whether transfer is warranted does not necessarily require an extensive analysis, but the moving party must demonstrate that the proposed alternative forum is more convenient than the present forum. See Van Cauwen-



berghe v. Biard, 486 U.S. 517, 529 (1988).

First, the Court must determine whether the transferee district is one in which the action could have been brought. See *Macedo v. Boeing Co.*, 693 F.3d 683, 686-87 (7th Cir. 1982) (citing *Piper Aircraft Co.*, 454 U.S. at 254 n.2). The Court must then weigh a number of “private interest” and “public interest” factors to determine whether transfer to that district is warranted. See *In re Factor VIII or IX Concentrate Blood Prods. Litig.*, 484 F.3d 951, 958 (7th Cir. 2007) (listing factors to be considered); see also *Atl. Marine Const. Co., Inc. v. U.S. Dist. Court for West. Dist. of Texas*, 134 S. Ct. 568, 581 n.6 (2013) (listing factors).

Here, the Central District of California has a significantly greater interest in this action and is a far more convenient forum in which to adjudicate Plaintiffs’ claims. Unlike the Northern District of Illinois, a jurisdiction in which no party resides and in which no portion of the Film was created or produced, the Central District of California has significant ties to the parties and events that give rise to the claims.

#### A. This Action Could Have Been Brought In The Central District Of California.

The Court’s first inquiry is to determine whether the transferee district is one in which the action could have been brought. See *Macedo*, 693 F.3d at 686-87 (citing *Piper Aircraft Co.*, 454 U.S. at 254 n.2). The Central District of California was, and is, a proper venue for this action pursuant to 28 U.S.C. §1391(b)(2). Section 1391(b)(2) provides that venue is proper in “a judicial district in which a substantial part of the events or omissions giving rise to the claim occurred.” See also *Master Tech Prods, Inc. v. Smith*, 181 F. Spp. 2d 910, 913 (N.D. Ill. 2002) (applying Section 1391 to federal question cases). To be “substantial,” it is enough that *some* of the events that took place in the venue were part of the historical predicate for the lawsuit. See *Specht v. Google, Inc.*, 660 F. Supp. 2d 858, 866 (N.D. Ill. 2009). Not all of the wrongdoing, or even a majority of the events, need to have taken place in a particular location for venue to be proper. See *TruServ Corp. v. Neff*, 6 F. Supp. 2d 790, 792 (N.D. Ill. 1998).

Here, a substantial part of the events took place in the Central District of California. The work for the Film that was handled in the U.S. occurred in Los Angeles, including financing, sales and marketing. [Chartier Decl., ¶ 7.] The production of the Film’s trailer, which Plaintiffs allege contains infringing artwork, was done in Los Angeles. [Compl., Dkt. No. 3, ¶ 30; Chartier Decl., ¶ 7.] Management of internet websites, which Plaintiffs also allege contains infringing imagery, is handled from Los Angeles. [Compl., Dkt. No. 3, ¶ 35; Chartier Decl., ¶ 11.]

Also, the Central District of California can satisfactorily remedy the claimed offense. See *Macedo*, 693 F.2d at 687 (explaining that the transferee forum must be able to litigate the subject matter in dispute). Plaintiffs’ primary claim, copyright infringement, is handled by all federal district courts. The Central District of California is also positioned to adjudicate Plaintiffs’ pendant state law claims (*Whether Plaintiffs’ claims are subject to Illinois law is a disputed issue, which is more fully addressed in Section B.2.a, below*). There is little difference between California’s and Illinois’s unfair competition and unfair business practices laws. See *Zumba Fitness, LLC v. Brage*, No. 11-cv-5361-GHK (CWx), 2011 WL 4732812, \*5 (C.D. Cal. Oct. 6, 2011) (finding no material differences between the two state’s laws when transferring the action to another venue).

Plaintiffs could have brought this action in the Central District of California, making that jurisdiction a proper venue to which to transfer this action. Having cleared the initial hurdle, the remaining inquiry revolves on the weight of the private and public interests. Under the facts of this case, those interests strongly merit transfer of this action to California.

#### B. The Convenience Of The Parties And Witnesses, And The Interests Of Justice, Merit Transferring This Action To The Central District Of California.

The Court must weigh a number of factors when deciding whether a transfer is warranted. See *SEC v. Page Airways, Inc.*, 464 F. Supp. 461, 463 (D.D.C. 1978). The factors the Court may consider generally fall within

the two broad categories of “private interests” and “public interests.” See *In re Factor VIII or IX Concentrate Blood Products Litig.*, 484 F.3d 951, 958 (7th Cir. 2007). The private interest factors include: (a) Plaintiffs’ forum choice; (b) “the situs of the material events”; (c) the convenience of the parties; (d) “the relative ease and access to the sources of proof”; and (e) the convenience of the witnesses. *Williams v. Wal-Mart Stores, Inc.*, No. 13 C 8704, 2014 U.S. Dist. LEXIS 50076, at \*3 (N.D. Ill. Apr. 10, 2014). Similarly, there are a number of public interest factors to consider, including: (a) the transferee court’s familiarity with the claims at issue; (b) court congestion; and (c) the local interest in deciding the controversy. See *Boyd v. Snyder*, 44 F. Supp. 2d 966, 973 (N.D. Ill. 1999).

Given the circumstances presented here, both the private interest and public interest factors strongly favor transfer of the litigation to the Central District of California.

#### 1. Each Of The Private Interest Factors Weighs In Favor Of Transferring The Action To California.

Consideration of the following private interest factors militate in favor of transferring the lawsuit to the Central District of California.

##### a) Plaintiffs’ Choice Of Illinois As The Forum Is Entitled To No Weight, Because None Of The Plaintiffs Have Any Connection To The Forum.

A plaintiff’s choice of forums may be entitled to some weight. Deference to a plaintiff’s forum choice may be overcome “if the private and public interest factors clearly point toward trial in an alternative forum.” See *Piper Aircraft Co.*, 454 U.S. at 255. More importantly here, significantly less deference is given to a plaintiff’s choice of forums where the plaintiff is not a citizen or resident of that forum. See *Macedo v. Boeing Co.*, 693 F.2d 683, 688 (7th Cir. 1982). The reason for this is simple; “[b]ecause the central purpose of any forum *non conveniens* inquiry is to ensure that the trial is convenient, a foreign plaintiff’s choice deserves less deference.” *Piper Aircraft Co.*, 454 U.S. at 256. Here, there is no reason to defer to Plaintiffs’ choice of this Court as a forum to resolve

their claims.

Each of the Plaintiffs concede that they have no relevant ties to Illinois (*At best, Plaintiffs are represented by at least one Illinois attorney from Foley & Lardner LLP. However, the location of counsel is not a relevant factor under Section 1404(a). See Williams, 2014 U.S. Dist. LEXIS 50076, at \*6 (“[T]he convenience and location of counsel have never been accorded weight in a transfer analysis.”); Kapeluck v. Experian Info. Solutions, No. 03 C 3777, 2003 WL 23509647, at \*2 (N.D. Ill. Dec. 18, 2003) (noting that the convenience of plaintiff’s counsel is not a factor in the Section 1404(a) analysis, “especially when [the] plaintiff’s only connection to Illinois is [his] choice of counsel”). Also, according to Foley & Lardner LLP’s internet website, the firm maintains offices in Los Angeles, California).*

Franco Fasoli, a/k/a/ “Jaz,” alleges that he is an Argentinean citizen residing in Argentina. [Compl., Dkt. No. 3, ¶ 1.] Nicolas Romero, a/k/a/ “Ever,” similarly alleges that he is an Argentinean citizen residing in Argentina. [Id., ¶ 2] Derek Mehaffey, a/k/a/ “Other,” alleges that he is a Canadian citizen living in San Francisco, California. [Id., ¶ 3] None allege that they have ever been citizens of Illinois, ever resided in Illinois or have ever been to Illinois. Accordingly, no deference should be given to Plaintiffs’ choice of Illinois as a forum, because the selected forum is not Plaintiffs’ home turf. See *Piper Aircraft Co.*, 454 U.S. at 255-56; see also *American Tel. & Tel. Co. v. MCI Commc’ns Co.*, 736 F. Supp. 1294, 1306 (D.N.J. 1990) (denying deference to New York company’s choice of New Jersey as venue despite its having a “considerable presence” in that State); *Oudes v. Block*, 516 F. Supp. 13, 14 (D.D.C. 1981) (giving less weight to plaintiff’s choice when transferring venue would result in negligible inconvenience to the plaintiff).

##### b) None of The Events That Led To The Alleged Infringement Occurred In Illinois.

The second private interest factor focuses on the location of the events that underlie Plaintiffs’ claims. This Court has held that the



plaintiff's selected forum has "minimal value" when the "when the conduct and events giving rise to the cause of action did not take place in the plaintiff's selected forum." See, e.g., *Bonnevier v. Amoena USA Corp.*, No. 13 C 8231, 2014 U.S. Dist. LEXIS 16536, at \*5 (N.D. Ill. Feb. 10, 2014); *Int'l Truck & Engine Corp. v. Dow-Hammond Trucks Co.*, 221 F. Supp. 2d 898, 904 (N.D. Ill. 2002). Therefore, this Court should consider the situs of the material events related to Plaintiffs' claims before giving any weight to Plaintiffs' selected forum. See *Am. Gen. Assurance Co.*, 1999 WL 436573, at \*2.

Here, the focus of Plaintiffs' claims is on alleged use of their artwork as part of the set background in scenes for the Film and related marketing materials. [Compl., Dkt. No. 3, ¶¶ 25- 34.] No part of the Film was shot or produced in Illinois. [Chartier Decl., ¶ 5.] The set containing the allegedly infringing imagery was created and filmed in Bucharest, Romania. [Compl., Dkt. No. 3, ¶¶ 42-44; Chartier Decl., ¶ 6.] The work for the Film that took place in the United States, including financing, sales and marketing, was performed in Los Angeles, California. [Chartier Decl., ¶ 7.] The production of the Film's trailer, which Plaintiffs' allege contains infringing imagery, was done in Los Angeles. [Compl., Dkt. No. 3, ¶ 30; Chartier Decl., ¶ 7.] Also, Voltage manages its internet website, which contains allegedly infringing imagery, from Los Angeles (*Amplify also maintains its internet website at its Los Angeles offices.* [Marchetti Decl., ¶ 9.]). [Compl., Dkt. No. 3, ¶ 30; Chartier Decl., ¶ 11.]

The Film was not initially screened in Illinois, and it has not had a wide theatrical release. [Chartier Decl., ¶ 9; Marchetti Decl., ¶ 7.] The Film's United States release has primarily been through nationally available digital streaming services and video-on-demand services. [Chartier Decl., ¶ 10; Marchetti Decl., ¶¶ 7-8.] Given the Film's nationwide release through these types of services, any jurisdiction has the same minimal ties to the Film and the alleged wrongdoing as Illinois. Only the Central District of California has significant, localized ties to the parties, events, witnesses and evidence. Plaintiffs' choice of the Northern District of Illinois as the venue for this action is nothing less than arbitrary, and, as a result, is entitled to little

deference.

c) None Of The Parties Are Located In Illinois. As discussed in Section B.1.a, above, none of the Plaintiffs are from Illinois. Similarly, *none* of the named Defendants are located in the State. Rather, they are located in California,

Texas, England and Romania. [Compl., Dkt. No. 3, ¶¶ 4-10.] The location of the Defendants militates in favor of transferring the action to California.

The Complaint itself admits that many of the Defendants reside in the Los Angeles area, including Voltage, Amplify, The Zanuck Company and David Warren (*The Complaint incorrectly alleges that Amplify has its principal place of business in New York.* [Marchetti Decl., ¶¶ 3-4.] *Also, Plaintiffs are estopped from attacking their own allegations as to other defendants, even if those turn out to be incorrect. See Whitlock v. Brown*, 596 F.3d 406, 412 (7th Cir. 2010) (noting that a plaintiff's allegations trump later evidence he tries to bring forth, and that "is the basis of the principle that a plaintiff can plead himself out of court"). [Compl., Dkt. No. 3, ¶¶ 4-5, 9; Chartier Decl., ¶ 2; Marchetti Decl., ¶ 3.] As well, another defendant is alleged to maintain significant contacts with Los Angeles. (Plaintiffs allege that Defendant Terry Gilliam maintains significant contacts to Los Angeles. [Compl., Dkt. No. 3, ¶ 10.] Again, this admission is construed against Plaintiffs regardless of its ultimate truth. See *Whitlock*, 596 F.3d at 412).

Transferring the case to the Central District of California would minimize the need for all the parties to travel. Those parties currently located outside of California would have to travel to Illinois, anyway. As a large metropolitan area, there is no doubt that foreign parties will be able to easily find flights to Los Angeles (*Indeed, transfer may ease the burden on Plaintiff Mehaffey, as flights between San Francisco, his current residence, and Los Angeles are plentiful and inexpensive.* [Compl., Dkt. No. 3, ¶ 3.]).

Accordingly, the convenience of the parties weighs in favor of transfer.

d) No Documentary Evidence Or Witnesses

## Are Located In Illinois.

The final private interest factors concern the location of potential witnesses and documentary evidence. As this Court has previously noted, the location of witnesses is the most important factor in the Section 1404(a) analysis. See, e.g., *Bonnevier*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 16536, at \*8. Courts generally “look to the expenses of transportation and the length of time the witnesses may be absent from their jobs.” (*The fact that the testimony of out-of-state witnesses could be taken through deposition and used at trial is not a consideration, because courts “prefer[] live testimony” and “one of the aims of [Section] 1404(a) is to minimize the risk of trial by deposition.”* *Sec. & Exch. Comm’n v. Kasirer*, No. 04-C-4340, 2005 WL 645246, \*3 (N.D. Ill. Mar. 21, 2005)). *Hotel Constructors, Inc. v. Seagrave Corp.*, 543 F. Supp. 1048, 1051 (N.D. Ill. 1982).

In this case, the Complaint does not identify any witness from Illinois, and Voltage and Amplify are not aware of any. [Chartier Decl., ¶ 12; Marchetti Decl., ¶ 10.] The parties are primarily located in the Los Angeles area, so party witnesses will be located there. Similarly, since none of the parties are located in Illinois, there is no indication that any documentary evidence is located there. Certainly none of Voltage’s and Amplify’s records are in or near Illinois. [Chartier Decl., ¶ 3; Marchetti Decl., ¶ 5.]

Conversely, because sales, marketing and United States distribution of the Film took place in Los Angeles and several Defendants are located there, relevant documentary evidence will be located in California. ([Chartier Decl., ¶¶ 2, 7, 11; Marchetti Decl., ¶ 3, 6.] -10-). Thus, the convenience of witnesses and ease of access to documentary evidence in the Central District of California weighs in favor of transfer to that district. See *Kapeluck v. Experian Info. Solutions*, No. 03 C 3777, 2003 WL 23509647, at \*3 (N.D. Ill. Dec. 18, 2003) (granting a motion to transfer venue when there was no evidence located in Illinois and the defendant’s evidence was located in another district).

## 2. Each Of The Public Interest Factors Weighs In Favor Of Transferring The Action To California.

Like the private interest factors, the public interest factors all militate heavily in favor of transferring the lawsuit to the Central District of California.

### a) The Central District Of California Is Well Equipped To Adjudicate Plaintiffs’ Claims.

Plaintiffs’ claims in this action arise from alleged infringement of their mural, titled *Castillo*. The Complaint’s first count alleges infringement under the Copyright Act. [Compl., Dkt. No. 3, ¶¶ 49-56.] There is no question that the Central District of California is equipped to resolve a claim arising under this federal statutory scheme, as any district court would be. (*Intellectual property cases made up 10% of the Central District’s civil filings last year. See Central District of California Annual Report of Caseload Statistics, Fiscal Year 2013, p. 4 (2014), which is publicly available at <<https://www.cacd.uscourts.gov/sites/default/files/Annual-Report-Caseload-Statistics-FY13.pdf>>.*)

The Central District is also positioned to adjudicate Plaintiffs’ pendant state law claims, which are limited to allegations of unfair and deceptive business practices arising from purportedly improper use of Plaintiffs’ copyrighted artwork. (*Plaintiffs’ attempt to allege state law claims arising from copyright violations is of little import, as those claims are preempted by the Copyright Act and should eventually be dismissed. See Higher Gear Group, Inc. v. Rockenback Chevrolet Services, Inc.*, 223 F. Supp. 2d 953, 956-57 (N.D. Ill. 2002) (recognizing that the “Federal Copyright Act preempts state causes of actions that are equivalent to copyright infringement claims”); see also *O’Leary v. Books*, No. 08 CV 08, 2008 WL 3889867, \*2-3 (N.D. Ill. Aug. 18, 2008) (dismissing state law unfair trade practices and unfair competition claims that arose from copyright infringement)).

[Compl., Dkt. No. 3, ¶¶ 57-67.] Voltage and Amplify do not concede that Illinois law is applicable to issues arising from the creation and production of the Film. Illinois uses the “most significant relationship” test to resolve choice of law issues, which this Court has succinctly described by stating: “[a]s its name implies, the ‘most significant relation-



ship test seeks to find which state bears the most significant relationship to the occurrence and the parties involved in the action, and then applies that state's laws." (*Choice of law analysis is based on the laws of the State in which the action is initially brought. See Klaxon Co. v. Stentor Electric Mfg. Co.*, 313 U.S. 487, 496 (1941); see also *Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Ass'n*, 805 F.2d 663, 681 (7th Cir. 1986) (holding that forum State's choice-of-law rules are applied to pendent state law claims)). *Woodward Park Imaging v. Iwamoto*, 955 F. Supp. 1006, 1008 (N.D. Ill. 1997). Under Illinois choice of law rules, California law should apply, because California bears "the most significant relationship" to the events that give rise to Plaintiffs' claims. See *id.* (citing *Miller v. Long-Aridox Co.*, 914 F.2d 976, 978 (7th Cir. 1990)).

The Court, however, does not have to engage in a thorough choice of law analysis to decide this Motion. There is little difference between California's and Illinois's unfair competition and unfair business practices laws. See *Zumba Fitness, LLC v. Brage*, No. 11-cv- 5361-GHK (CWx), 2011 WL 4732812, \*5 (C.D. Cal. Oct. 6, 2011) (finding no material differences between the two state's laws when determining whether to transfer action to another venue). Assuming *arguendo* that Illinois law applies here, there is no indication that the Central District of California would have difficulty interpreting the Illinois iterations of those laws, due to their similarity to California law. See e.g. *Hawkins v. Gerber Products Co.*, 924 F. Supp. 2d 1208, 1216 (S.D. Cal. 2013) (recognizing that "courts in one state are fully capable of applying another state's substantive law" (internal quotes omitted)). Accordingly, the Central District's ability to resolve Plaintiffs' claims is not a hurdle to, and instead militates in favor of, transferring the action to California.

b) The Central District Of California Can Offer Plaintiffs A Speedy Trial And Resolution To The Dispute.

No federal district court is overfunded or underworked. Both this Court and the Central District of California handle well over 10,000 new case filings per year. (*All statistics cited in this section of the Motion were taken from the most recent Federal Court Management*

*Statistics promulgated by the Administrative Office of the U.S. Courts, which are*). While the Central District of California receives more new filings per year, it currently has six more judgeships to handle its caseload, allowing it to spread those filings to more courtrooms.

This Court has used docket management statistics to determine relative court congestion. See *Plotkin v. IP Axess, Inc.*, 168 F. Supp. 2d 899, 904 (N.D. Ill. 2001) (reviewing Federal Court Management Statistics to determine whether a transfer is appropriate); see also *Amoco Oil Co. v. Mobil Oil Corp.*, 90 F. Supp. 2d 958, 962 (N.D. Ill. 2000). "[T]he two most relevant statistics are: (1) the median months from filing to disposition for civil cases and (2) the median months from filing to trial in civil cases." *Plotkin*, 168 F. Supp. 2d at 904.

Each judge in the Central District of California had an average of 473 pending cases during the twelve month period between June 30, 2013 and June 30, 2014, while each judge in the Northern District of Illinois had an average docket of 573 pending cases. (*Figures for the two prior 12 month periods were similar*). The median time from filing to disposition of civil actions in the Central District of California was 5.6 months, and the time from filing to trial was 21.3 months. (*These statistics are for the twelve month period between June 30, 2013 and June 30, 2014. Figures for the two prior 12 month periods were the same or slightly lower*). During the same period, the median time from filing to disposition of civil actions in the Northern District of Illinois was 6.9 months, and the median time to trial was 35.4 months.

Based on these statistics, Plaintiffs are likely to proceed to trial more quickly in the Central District of California, which is resolving civil actions more rapidly than the Northern District of Illinois. This militates in favor of transferring the action to the Central District.

c) California Has a Local Interest in this Lawsuit, While Illinois Does Not.

A final public interest factor analyzes the interest of a particular jurisdiction to decide the outcome of the claims. See *Atl. Marine*

Const. Co., Inc. v. U.S. Dist. Court for West. Dist. of Texas, 134 S. Ct. 568, 581 n.6 (2013) (listing factors). Non-particularized interests that “could apply virtually to any judicial district” in the country must be disregarded in favor of specific, localized interests. In re Volkswagen of America, Inc., 545 F.3d 304, 318 (5th Cir. 2008). For example, an interest “in removing infringement from within [a jurisdiction’s] borders” is not considered a valid “local” interest. Fujitsu Ltd. v. Tellabs, Inc., 639 F. Supp. 2d 761, 769 (E.D. Tex. 2009) (finding that jurisdiction in which the infringing product was designed and developed had a true local interest in resolving the matter).

The focus is typically where the allegedly unlawful acts originated, not where the effects may have been felt. See Plotkin v. IP Axess, Inc., 168 F. Supp. 2d 899, 905 (N.D. Ill. 2001). Accordingly, the locale in which infringing products are developed or the jurisdiction in which a defendant committed unfair business practice supports a localized interest in the outcome of dispute. See Cooper Bauck Corp. v. Dolby Laboratories, Inc., No. 05-C-7063, 2006 WL 1735282, \*7-8 (N.D. Ill. June 19, 2006) (recognizing that “the controversy in patent infringement actions typically centers on where the defendant’s activities occurred” in determining that proper venue was the district where development of the infringing product occurred); see also Hakwins v. Gerber Prods. Co., 924 F. Supp. 2d 1208, 1216 (S.D. Cal. 2013) (finding that State where corporate defendant resided had a greater localized interest in preventing fraudulent practices than State in which plaintiffs were allegedly injured); Int’l Truck & Engine Corp. v. Dow-Hammond Trucks Co., 221 F. Supp. 2d 898, 905 (N.D. Ill. 2002) (finding that California had a local interest in the case when the plaintiffs were seeking injunctive relief on claims of trademark infringement relating to the defendants activities in California). Here, California has a local interest in resolving the claims, while Illinois does not.

California is home to several of the Defendants. (*Plaintiffs themselves assert that most of the Defendants are California residents, including Voltage, The Zanuck Company and David Warren.* [Compl., Dkt. No. 3, ¶¶ 4-5, 9.] *Plaintiffs are now stuck with their allega-*

*tions.* See *Whitlock*, 596 F.3d at 412. Also, *Amplify has its principal place of business in Los Angeles, not New York.* [Marchetti Decl., ¶ 3.] See *Bonnevier v. Amoena USA Corp.*, No. 13 C 8231, 2014 U.S. Dist. LEXIS 16536, at \*13 (N.D. Ill. Feb. 10, 2014) (noting that a state has a “significant interest” in a case when a defendant is incorporated in that state). Those Film-related events that occurred in the United States, e.g. financing for the Film, sales to distributors and marketing efforts, occurred in Los Angeles. [Chartier Decl., ¶ 7.] Los Angeles is also where allegedly infringing advertising materials were produced and managed [Id., ¶¶ 7, 11; Marchetti Decl., ¶ 10.]

On the other hand, none of the Film’s production occurred in Illinois. [Chartier Decl., ¶ 5.] At best, *some* alleged infringement presumably occurred Illinois by virtue of the nationwide release of the Film via digital streaming and video-on-demand services. This non-particularized interest could apply to every judicial district in the country and cannot be considered a local interest favoring resolution of the matter in Illinois. See In re Volkswagen of America, Inc., 545 F.3d at 318. These facts demonstrate California’s strong local interests in handling the dispute and the lack of Illinois’ local interest, and they support transfer of the matter to the Central District of California.

#### IV . CONCLUSION

The weight of both the private interest and public interest factors tips in favor of California. The Central District of California is a more convenient jurisdiction for the parties and witnesses, has a local interest in the outcome of this matter and is more likely to provide a speedy resolution to the action. Voltage and Amplify respectfully ask this Court to grant the instant Motion and transfer this matter to the Central District of California.

Dated: October 1, 2014

Respectfully submitted, Defendants VOLTAGE PICTURES, LLC, and AMPLIFY RELEASING

Thomas R. Dee Thomas R. Dee Joshua J. Orewiler VEDDER PRICE P.C. 222 North



LaSalle Street Chicago, Illinois 60601 Telephone: (312) 609-7500 Facsimile: (312) 609-5005

Timothy J. Gorry Jon-Jamison Hill EISNER  
JAFJE GORRY CHAPMAN & ROSS 9601  
Wilshire Boulevard, Suite 700 Beverly Hills,  
California 90210 Telephone: (310) 855-  
3200 Facsimile: (310) 855-3201