

**New York Supreme Court, Appellate
Division, First Department Decisions
Foster v Svenson decided on April 9,
2015**

Anlass der Auseinandersetzung im Fall „Foster v. Svenson“ ist das Kunstprojekt „The Neighbors“ des Fotografen Arne Svenson. Für das Projekt versteckte Arne Svenson sich in seinem Appartement in Manhattan und fotografierte die Bewohner eines gegenüberliegenden Gebäudes mit Glasfassade. Ein Jahr später stellte er ausgewählte Fotografien dieses Projektes in Gallerien in New York und Los Angeles aus. Die Fosters, fotografierte Bewohner des Gebäudes, klagten daraufhin im Mai 2013 vor dem New York Supreme Court – ohne Erfolg. Das Berufungsgericht entschied am 9. April 2015 nicht anders, sondern bestätigte, dass Svenson durch die Veröffentlichung der Fotografien als Kunstwerke keine nach geltendem Recht einschlägige Persönlichkeitsrechtsverletzung beging.

Foster v Svenson 2015 NY Slip Op 03068 Decided on April 9, 2015 SUPREME COURT, APPELLATE DIVISION First Judicial Department

Angela M. Mazzairelli, J.P.

Dianne T. Renwick

Richard T. Andrias

Rosalyn T. Richter

Paul G. Feinman, JJ.

651826/13 12998

**Martha G. Foster, et al., Plaintiffs-
Appellants,**

v

**Arne Svenson, Defendant-
Respondent.**

Plaintiffs appeal from the order of the Supreme Court, New York County (Eileen A. Rakower, J.), entered August 5, 2013, which denied their motion for a preliminary injunction and granted defendant's cross motion to dismiss the complaint.

Menaker & Herrmann LLP, New York (Richard G. Menaker, Erika S. Krystian and Wojciech Jakowski of counsel), for appellants.

Cowan, DeBaets, Abrams & Sheppard LLP, New York (Nancy E. Wolff, Matthew A. Kaplan and Scott J. Sholder of counsel), for respondent.

RENEWICK, J.

In this action, plaintiffs seek damages and injunctive relief for an alleged violation of the statutory right to privacy. Concerns over privacy and the loss thereof have plagued the public for over a hundred years.¹ Undoubtedly, such privacy concerns have intensified for obvious reasons.² New technologies can track thought, movement, and intimacies, and expose them to the general public, often in an instant. This public apprehension over new technologies invading one's privacy became a reality for plaintiffs and their neighbors when a photographer, using a high powered camera lens inside his own apartment, took photographs through the window into the interior of apartments in a neighboring building. The people who were being photographed had no idea this was happening. This case highlights the limitations of New York's statutory

privacy tort as a means of redressing harm that may be caused by this type of technological home invasion and exposure of private life. We are constrained to find that the invasion of privacy of one's home that took place here is not actionable as a statutory tort of invasion of privacy pursuant to sections 50 and 51 of the Civil Rights Law, because defendant's use of the images in question constituted art work and, thus is not deemed "use for advertising or trade purposes," within the meaning of the statute.

Factual and Procedural Background

Defendant Arne Svenson is a critically acclaimed fine art photographer whose work has appeared in galleries and museums throughout the United States and Europe. Beginning in or about February 2012, after "inheriting" a telephoto camera lens from a "birder" friend, defendant embarked on a project photographing the people living in the building across from him. The neighboring building had a mostly glass facade, with large windows in each unit. Defendant photographed the building's residents surreptitiously, hiding himself in the shadows of his darkened apartment. Defendant asserts that he

¹ See Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv.L.

² see e.g. Harry Lewis, *How Facebook Spells the End of Privacy*, *Bos. Globe*, June 14, 2008, at A-11; Jeffrey Rosen, *The End of Forgetting*, *N.Y. Times Mag.*, July 25, 2010, at 32; Daniel J. Solove, *The End of Privacy?*, *Sci. Am.*, Sept. 2008, at 101; Richard Stengel, *The End of Privacy? Not Yet*, *Time*, Mar. 21, 2011, at 4.

did so for reasons of artistic expression; he obscured his subjects' faces, seeking to comment on the "anonymity" of urban life, where individuals only reveal what can be seen through their windows. After approximately one year of photography, defendant assembled a series of photographs called "The Neighbors," which he exhibited in galleries in Los Angeles and New York.

The exhibit's promotional materials on defendant's website stated that for his "subjects there is no question of privacy; they are performing behind a transparent scrim on a stage of their own creation with the curtain raised high." Defendant further stated that "The Neighbors" did not know they were being photographed, and he "carefully" shot "from the shadows" of his apartment "into theirs." Defendant apparently spent hours, in his apartment, waiting for his subjects to pass the window, sometimes yelling to himself, "Come to the window!" A reporter for *The New Yorker* magazine spent time with defendant while he was surreptitiously photographing his subjects. During this time, defendant took a photo of a "little girl, dancing in her tiara; half naked, she looked like a

cherub. As she turned away, [defendant] took a photograph. I don't like it when little girls are running around without their tops,' he said, but this is a beautiful image."

During the New York exhibition of "The Neighbors," plaintiffs and other residents of the³building learned, through media coverage of the exhibition, that they had been defendant's unwitting subjects. Plaintiffs, in particular, learned that their children, then aged three and one, appeared in the exhibition, in the photographs numbered six and twelve. Despite defendant's professed effort to obscure his subjects' identity, plaintiffs' children were identifiable in these photographs, one of which showed their son in his diaper and their daughter in a swimsuit; the other showed plaintiff mother holding her daughter. Upon viewing defendant's website, and discovering that the photographs of her children were being offered for sale, plaintiff mother called defendant to demand that he stop showing and selling the images of her children.

³ The Court of Appeals affirmed, agreeing with this Court and resolving the issue in favor of the limitations period running from the first invasion or use (*Nussenzweig v diCorcia*, 9 NY3d 184).

Defendant agreed with respect to the photo with the children together, but was noncommittal about the photo of plaintiff's daughter. Plaintiffs then retained counsel, who sent letters to defendant and the Manhattan gallery where the photos were being shown, demanding that the photographs of plaintiff's children be removed from the exhibition, the gallery's website, and defendant's website. Defendant and the gallery complied. Plaintiffs' counsel sent a similar demand to an online art sales site called "Artsy." It, too, complied.

Despite this, one of the photographs of plaintiff's daughter was shown on a New York City television broadcast discussing defendant and his show. Other showings followed, including one on NBC's "Today Show" on May 17, 2013, displaying photograph, showing plaintiff's daughter's face. In addition, the address of the building was revealed in print and electronic media, including a Facebook page.

In May 2013, plaintiffs commenced this action seeking injunctive relief and damages pursuant to the statutory tort of invasion of privacy and the common law tort of intentional infliction of emotional distress. Plaintiffs simultaneously moved

for a preliminary injunction and a temporary restraining order. The TRO was granted on consent. Defendant then submitted his opposition to the motion for a preliminary injunction and cross-moved to dismiss the complaint, asserting the theory that because the photographs were art, they were protected by the First Amendment, and their publication, sale, and use could not be restrained.

In August 2013, Supreme Court denied plaintiff's motion for a preliminary injunction; instead, it granted defendant's cross-motion to dismiss the entire complaint. In so doing, the court concluded that the photographs were protected by the First Amendment. The court found that the photographs conveyed defendant's "thoughts and ideas to the public" and "served more than just an advertising or trade purpose because they promote the enjoyment of art in the form of a displayed exhibition." This Court, however, granted a preliminary appellate injunction pending the outcome of this appeal.

Discussion

As indicated, the denial of the preliminary injunction and the dismissal

of the complaint were based on the same ground, namely that the alleged conduct constituting the privacy invasion are not actionable under the statutory tort of invasion of privacy (see Civil Rights Law §§ 50-51 (McKinney 1999)).

New York State's privacy statute was borne out of judicial prompting from the Court of Appeals in *Roberson v Rochester Folding Box Co* (171 NY 538 [1902]). In *Roberson*, the Court of Appeals declined to establish a common law right to privacy where a flour company "obtained, made, printed, sold and circulated about 25,000 lithographic prints, photographs and likenesses of plaintiff" without the plaintiff's consent (*id.* at 542). The "25,000 likenesses of the plaintiff ha[d] been conspicuously posted and displayed in stores, warehouses, saloons and other public places." The plaintiff sought an injunction preventing further use of the photographs as well as damages in the sum of \$15,000 (*id.*). The Supreme Court, affirmed by the Appellate Division (64 App Div 30 [1901]), decided that the plaintiff had a "right to be let alone" (32 Misc 344, 347-348 [1900]) a "so-called right of privacy" (171 NY at 544), which

had been invaded by the widespread distribution of her image.

The Court of Appeals, however, reversed, reasoning that the adoption of such a right would result in "a vast amount of litigation [that would] border[] upon the absurd," because the assertions of a right to privacy, according to the court, would be limitless (*id.* at 545). The Court of Appeals ultimately found that "[t]he legislative body could very well ... provide that no one should be permitted for his own selfish purpose to use the picture or the name of another for advertising purposes without his consent," as only the legislature can draw "arbitrary distinctions which no court should promulgate as a part of general jurisprudence" (*id.* at 545, 555).

Public outcry over the perceived unfairness of *Roberson* led to a rapid response by the New York State legislature (see *Lerman v Flynt Distrib. Co.*, 745 F2d 123, 129 [2d Cir 1984], *cert denied* 471 US 1054 [1985]). Within a year of *Roberson*, New York enacted a statutory right to privacy (L.1903, ch 132). The statutorily-created right prohibits the use of a person's "name, portrait or picture" (Civil Rights Law §

50) or "name, portrait, picture or voice" (Civil Rights Law § 51) for advertising or trade purposes. Section 50 provides for criminal penalties for such prohibited uses, while section 51 gives the individual victim of such appropriation the right to obtain an injunction and bring a cause of action to obtain compensatory and exemplary damages (*id.*). Two phrases in the New York privacy statute describe the type of unauthorized use that is prohibited. The phrases are: 1) "for advertising purposes" and 2) "for the purposes of trade."

The legislature's use of the broad, unqualified terms for advertising and trade purposes, on their face, appear to support plaintiffs' contention that the statutory terms apply to all items which are bought and sold in commerce. Courts, however, have refused to adopt a literal construction of these terms because the advertising and trade limitations of the privacy statute were drafted with the First Amendment in mind. As the Court of Appeals held in *Arrington v NY Times* (55 NY2d 433, 440 [1982]), the terms trade and advertising concomitantly act as a narrowly-construed categorization

crafted by the Legislature to strike a balance between the concerns of private individuals and the First Amendment. Accordingly, the Court of Appeals has consistently held that the privacy statute should not be construed to apply to publications regarding newsworthy events and matters of public concern (see *Howell v New York Post Co*, 81 NY2d 115, 123 [1993]; *Finger v Omni Publis, Intl.*, 77 NY2d 138, 141-142 [1990]). Thus, the prohibitions of sections 50 and 51 of the privacy statute are not applicable to newsworthy events and matters of public concern because such dissemination or publication is not deemed strictly for the purpose of advertising or trade within the meaning of the privacy statute (see *Arrington*, 55 NY2d 433, 440).

The newsworthy and public concern exemption's primary focus is to protect the press's dissemination of ideas that have informational value. However, the exemption has been applied to many others forms of First Amendment speech, protecting literary and artistic expression from the reach of the statutory tort of invasion of privacy (see *e.g. University of Notre Dame Du Lac v Twentieth Century—Fox Film Corp.*, 22

AD2d 452, 456 [1st Dept 1965], *affd* 15 NY2d 940 [1965] [motion picture and novel]).

Similarly, the exemption has been applied in cases addressing written and non-written materials published or televised for the purpose of entertainment (see e.g. *Freihofer v Hearst Corp.*, 65 NY2d 135, 140-141 [1985]; *Stephano v News Group Pubs*, 64 NY2d 174, 184 [1984] [applying the exception to an article of consumer interest regarding events in the fashion industry]; *Gautier v Pro-Football, Inc.*, (304 NY 354 [1952] [dismissing complaint of animal trainer who objected to televised broadcast of act performed during half-time at professional football game]). This is because there is a strong societal interest in facilitating access to information that enables people to discuss and understand contemporary issues (see *Time, Inc. v Hill*, 385 US 374, 388 [1967], citing *Thornhill v State of Alabama*, 310 US 88, 102 [1940]).

Since the newsworthy and public concern exemption has been applied to many types of artistic expressions, including literature, movies and theater, it logically follows that it should also be applied equally to other modes of artistic

expression. Indeed, works of art also convey ideas. Although the Court of Appeals has not been confronted with the issue of whether works of art fall outside the ambit of the privacy statute, other courts that have addressed the issue have consistently found that they do (see e.g. *Altbach v Kulon*, 302 AD2d 655 [3d Dept 2003]; *Nussenzweig v DiCorcia*, 11 Misc 3d 1051(A) [Sup Ct, NY County, 2006], *affd* 38 AD3d 339 [1st Dept 2007], *affd* 9 NY3d 184 [2007]; *Hoepker v Kruger*, 200 F Supp 2d 340 [SD NY 2002]; *Simeonov v Tiegs*, 602 NYS2d 1014 [Civ Ct, NY County 1993]).

For instance, in *Altbach v Kulon*, the Third Department held that an artist's publication of a town justice's photograph, along with a painting of the justice that caricatured him by portraying him as a devil with a horn and a tail, was constitutionally protected as a work of art (302 AD2d at 657-658). In *Altbach*, the defendant distributed flyers with the caricature and a photo of the justice to promote the opening of his art gallery (*id.* at 655). Preliminarily, the court found that the "similarity of poses between the photograph and the painting, together with the content of the advertising copy identifying plaintiff as an experienced

attorney, attest[ed] to the accuracy of [the] defendant's portrayal of [the] plaintiff's face and posture, while emphasizing "that the painting is a caricature and parody of the public image ..." (*id.* at 658). Nevertheless, the court found that the photograph's use can readily be viewed as ancillary to a protected artistic expression because it "prove[s] [the] worth and illustrate[s] [the] content" of the painting exhibited at defendant's gallery (*id.*).

Similarly, in *Hoepker v Kruger*, the federal district court for the Southern District of New York gave First Amendment protection to a collage photograph displayed in the Museum of Contemporary Art, in Los Angeles (200 F Supp 2d 340 [2002]). The defendant Kruger, a collage artist known for her feminist position on issues of beauty, femininity, and power, copied an image, "Charlotte As Seen By Thomas," created by plaintiff, Thomas Hoepker (*id.*). She cropped and enlarged the image and superimposed three red blocks containing the words, "It's a small world but not if you have to clean it" (*id.* at 342). Kruger's creation was printed and sold in many forms (e.g., postcards and magnets) in the museum's gift shop. It

was also published in a catalog of Kruger's works (*id.*). The court held that the creation itself "should be shielded from [the plaintiff's] right of privacy claim by the First Amendment. [It] is pure First Amendment speech in the form of artistic expression ... and deserves full protection" (*id.* at 350).

It is also worth noting *Nussenzweig v diCorcia* (38 AD3d 339 [1st Dept 2007], Tom, J.P., concurring, *affd* 9 NY3d 1184 [2007]), which involved the same issue presented here — whether a citizen of this state retains the right to preclude the use of his likeness where such likeness is displayed in an artistic form (*id.*). The defendant, diCorcia, a respected photographer with a history of shows in New York museums, photographed a series called "HEADS," which involved candid "street photography" of people walking by a Times Square location. The images were exhibited in a gallery for sale (*id.*). The plaintiff, Nussenzweig, was readily identifiable, and did not consent to diCorcia's use of the images (*id.*). Nussenzweig was an Orthodox Jew with deep religious beliefs against the use of his image (*id.*). The exhibit was open to the public and was advertised. The 10 photos of

Nussenzweig sold for \$20,000 to \$30,000 each (*id.*).

The majority found it unnecessary to address the constitutional issue and dismissed the privacy tort action as time-barred because more than one year had passed since the first (rather than the last) publication of the photographs (38 AD3d 339)⁴. However, a concurrence did reach the constitutional issue of whether the defendant's use of the plaintiff's photograph was entitled to First Amendment protection (*id.*). The concurrence opined that "the inclusion of the photograph in a catalog sold in connection with an exhibition of the artist's work did not render its use commercial pursuant to the privacy statute" because "the public expression of those ideas and concepts was fully protected by the First Amendment" (*id.* at 347).

In this case, we are constrained to concur with the views expressed in *Altbach*, *Hoepker*, and *Nussenzweig's* concurrence: works of art fall outside the prohibitions of the privacy statute under

⁴ The Court of Appeals affirmed, agreeing with this Court and resolving the issue in favor of the limitations period running from the first invasion or use (*Nussenzweig v diCorcia*, 9 NY3d 184).

the newsworthy and public concerns exemption. As indicated, under this exemption, the press is given broad leeway. This is because the informational value of the ideas conveyed by the art work is seen as a matter of public interest. We recognize that the public, as a whole, has an equally strong interest in the dissemination of images, aesthetic values and symbols contained in the art work. In our view, artistic expression in the form of art work must therefore be given the same leeway extended to the press under the newsworthy and public concern exemption to the statutory tort of invasion of privacy.

To be sure, despite its breadth, the exception is not without limits. To give absolute protection to all expressive works would be to eliminate the statutory right of privacy. Accordingly, under New York law, the newsworthy and public concern exception does not apply where the newsworthy or public interest aspect of the images at issue is merely incidental to its commercial purpose. For instance, the newsworthy and public concern exemption does not apply where the unauthorized images appear in the media under the guise of news

items, solely to promote sales; such advertisement in disguise is commercial use deserving no protection from the privacy statute (see e.g. *Beverley v Choices Women's Med. Ctr.*, 78 NY2d 745, 751-755 [1991] [non-media defendant who produced and distributed a calendar to promote its medical center that included a picture of plaintiff not entitled to protection of newsworthy and public concern exception based on theme of women's progress where calendar was clearly designed to advertise the medical center]; cf. *Stephano v News Group Publs, Inc.*, 64 NY2d 174, 185 [1984] [model for article on men's fashion not entitled to protection of Civil Rights Law § 51 where photo was also used in column containing information on where to buy new and unusual products]).

Similarly, when a court determines that there is no real relationship between the use of the plaintiff's name or picture and the article it is used to illustrate, the defendant cannot use the newsworthy and public concern exception as a defense. This is because, by definition, if a person's image has no real relationship to the work then its only purpose must be for the sale of the work

(compare *Thompson v Close-Up, Inc.*, 277 App Div 848 [1st Dept 1950] [publication of photograph did not fall within exceptions to Civil Rights Law §§ 50 or 51 where plaintiffs had no connection to dope peddling, which was the subject of defendant's article]; with *Murray v New York Mag. Co.*, 27 NY2d 406 [photograph of plaintiff dressed in Irish garb while watching St. Patrick's day parade spotlighted a newsworthy event and bore a real relationship to article about contemporary attitudes of Irish-Americans in New York City]; and *Finger v Omni Publs. Intl.*, 77 NY2d 138 [photograph of plaintiffs and their six children bore real relationship to article entitled, "Want a big family?" and fell within the newsworthy exception despite fact that family had no involvement with subject matter of article, caffeine-enhanced in vitro fertilization, where both title and photo involved theme of fertility]).

Applying the newsworthy and public concern exemption to the complaint herein, we conclude that the allegations do not sufficiently plead a cause of action under the statutory tort of invasion of privacy. As detailed above, plaintiffs essentially allege that defendant used

their images in local and national media to promote "The Neighbors," an exhibition that included photographs of individuals taken under the same circumstances as those featuring plaintiffs. Plaintiffs further allege that the photographs were for sale at the exhibit and on a commercial website.

Accepting, as we must, plaintiffs' allegations as true (*Nonnon v City of New York*, 9 NY3d 825 [2007]; *Leon v Martinez*, 84 NY2d 83, 87—88 [1994]), they do not sufficiently allege that defendant used the photographs in question for the purpose of advertising or for purpose of trade within the meaning of the privacy statute. Defendant's used of the photos falls within the ambit of constitutionally protected conduct in the form of a work of art. While a plaintiff may be able to raise questions as to whether a particular item should be considered a work of art, no such question is presented here. Indeed, plaintiffs concede on appeal that defendant, a renowned fine arts photographer, assembled the photographs into an exhibit that was shown in a public forum, an art gallery. Since the images themselves constitute the work of art,

and art work is protected by the First Amendment, any advertising undertaken in connection with the promotion of the art work was permitted. Thus, under any reasonable view of the allegations, it cannot be inferred that plaintiffs' images were used "for purpose of advertising" or "for purpose trade" within the meaning of the privacy statute.

Contrary to plaintiffs' arguments, the fact that profit might have been derived from the sale of the art work does not diminish the constitutional protection afforded by the newsworthy and public concern exemption. *Stephano v News Group Publs.* (64 NY2d 174) illustrates how the newsworthy and public concern exemption precludes right of privacy violations when the publication is distributed for profit. Stephano, a professional model who posed for photos for an article on men's fashion, claimed that the defendant improperly used his picture for trade or advertising purposes without his consent when it published a picture of him modeling a "bomber jacket" in a magazine column containing information regarding new and unusual products and including the approximate price of the jacket, the name of the designer, and the names of

three stores where the jacket might be purchased. The motion court granted summary judgment to the defendant, concluding that the article reported a newsworthy fashion event, and was not published for trade or advertising purposes. In agreeing that the plaintiff did not have a claim under the privacy statute, the Court of Appeals explained that "(i)t is the content of the article and not the defendant's motive ... to increase circulation which determines whether it is a newsworthy item, as opposed to a trade usage, under the Civil Rights Law" (*id.* at 185).

Plaintiffs also argue that, merely because the use of a person's name, portrait, or picture is newsworthy or a matter of public concern, such as a legitimate work of art, it should not be exempt from classification as "advertising" or "trade" if it was obtained in an improper manner. Plaintiffs do not cite any authority directly on point for this proposition, and indeed there does not appear to be any. However, acknowledging that Civil Rights Law sections 50 and 51 reflect a careful balance of a person's right to privacy against the public's right to a free flow of ideas, plaintiffs argue that defendant's

work should not be entitled to First Amendment protection because of the manner or context in which it was formed or made. In essence, plaintiffs seem to be arguing that the manner in which the photographs were obtained constitutes the extreme and outrageous conduct contemplated by the tort of intentional infliction of emotional distress and serves to overcome the First Amendment protection contemplated by Civil Rights Law sections 50 and 51.

The Court of Appeals has set a high bar for what constitutes outrageous behavior in this context. In *Howell* (81 NY2d 115), the plaintiff was a patient at a private psychiatric facility who alleged that it was critical to her recovery that no one outside of her immediate family know about her commitment. A New York Post photographer trespassed onto the secluded grounds of the facility for purposes of capturing images of Hedda Nussbaum, who had been prominently thrust into the public eye a year earlier when her boyfriend Joel Steinberg murdered her daughter (*id.* at 118). Using a telephoto lens, the photographer took pictures of Nussbaum, who happened at the time to be strolling the grounds of the facility with the plaintiff

(*id.*). When the pictures were published in the newspaper, the plaintiff claimed, inter alia, that her statutory right to privacy had been violated and that defendants had intentionally inflicted emotional distress on her (*id.* at 119).

The Court of Appeals held that the newsworthy and public concerns exception applied to bar the privacy claim because the Nussbaum affair was a matter of public interest and the photographs were directly related to the story (*id.* at 124-125). It rejected the plaintiff's contention that her presence at the facility was not newsworthy, since it was the fact of Nussbaum's interaction with the plaintiff that demonstrated Nussbaum's path to recovery from the physical and emotional abuse she had suffered at the hands of Steinberg (*id.* at 125). Notably, in dismissing the plaintiff's claim for intentional infliction of emotional distress as being "an end run around a failed right to privacy claim," the Court observed that the "defendants acted within their legal right" (*id.*). The Court further stated:

"Courts have recognized that newsgathering methods may be tortious (see, e.g., *Galella v Onassis*, 487 F2d 986, 995 [2d Cir 1973]) and, to the

extent that a journalist engages in such *atrocious, indecent and utterly despicable* conduct as to meet the rigorous requirements of an intentional infliction of emotional distress claim, recovery may be available. The conduct alleged here, however—a trespass onto Four Winds' grounds—does not remotely approach the required standard. That plaintiff was photographed outdoors and from a distance diminishes her claim even further (81 NY2d at 126) (emphasis added)."

The quoted language did not directly apply to the privacy claim in *Howell*. However, it strongly suggests that expression will not lose entitlement to the newsworthy and public concerns exemption of Civil Rights Law sections 50 and 51 unless the means by which a person's privacy was invaded was truly outrageous. Indeed, while one can argue that defendant's actions were more offensive than those of the defendant in *Howell*, because the intrusion here was into plaintiffs' home, clearly an even more private space, they certainly do not rise to the level of "atrocious, indecent and utterly despicable" (*id.*). Further, the depiction

of children, by itself, does not create special circumstances which should make a privacy claim more readily available (see *Finger*, 77 NY2d at 138). We note that defendant's conduct here, while clearly invasive, does not implicate the type of criminal conduct covered by Penal Law § 250.40 *et seq.*, prohibiting unlawful surveillance.

In short, by publishing plaintiffs' photos as a work of art without further action toward plaintiffs, defendant's conduct, however disturbing it may be, cannot properly, under the current state of the law, be deemed so "outrageous" that it went beyond decency and the protections of Civil Rights Law sections 50 and 51. To be sure, by our holding here — finding no viable cause of action for violation of the statutory right to privacy under these facts — we do not, in any way, mean to give short shrift to plaintiffs' concerns. Undoubtedly, like plaintiffs, many people would be rightfully offended by the intrusive manner in which the photographs were taken in this case. However, such complaints are best addressed to the Legislature — the body empowered to remedy such inequities (see *Black v Allstate Ins. Co.*, 274 AD2d 346 [1st

Dept 2000]; *Yankelevitz v Royal Globe Ins. Co.*, 88 AD2d 934 [2d Dept 1982], *affd* 59 NY2d 928 [1983]). Needless to say, as illustrated by the troubling facts here, in these times of heightened threats to privacy posed by new and ever more invasive technologies, we call upon the Legislature to revisit this important issue, as we are constrained to apply the law as it exists.

Accordingly, the order of the Supreme Court, New York County (Eileen Rakower, J.), entered August 5, 2013, which denied plaintiffs' motion for a preliminary injunction, and granted defendant's cross motion to dismiss the complaint, should be affirmed, without costs.

All concur.

Order, Supreme Court, New York County (Eileen A. Rakower, J.), entered August 5, 2013, affirmed, without costs. Opinion by Renwick, J. All concur. Mazzairelli, J.P., Renwick, Andrias, Richter, Feinman, JJ. THIS CONSTITUTES THE DECISION AND ORDER OF THE SUPREME COURT, APPELLATE DIVISION, FIRST DEPARTMENT. ENTERED: APRIL 9, 2015 DEPUTY CLERK.

EuGH-URTEIL – C-516/13 vom 13. Mai 2015

Art. 4 I der RL 2001/29/EG (*Informations-RL*) ist dahingehend auszulegen, dass Angebote zum Erwerb oder gezielte Werbung in Bezug auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke eines geschützten Werkes durch den Inhaber des ausschließlichen Verbreitungsrechts auch dann verboten werden können, sofern die Werbung die Verbraucher des Mitgliedsstaats, in dem das Werk urheberrechtlich geschützt ist, zu dessen Erwerb anregt.

C-516/13

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Urheberrecht – Richtlinie 2001/29/EG – Art. 4 Abs. 1 – Verbreitungsrecht – Begriff ‚Verbreitung an die Öffentlichkeit‘ – Angebot zum Erwerb und Werbung eines Händlers aus einem Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat auf seiner Internetseite, in Postwurfsendungen und in Pressemedien – Vervielfältigungsstücke von urheberrechtlich geschützten Möbelstücken, die ohne Zustimmung des Inhabers des ausschließlichen Verbreitungsrechts zum Erwerb angeboten werden – Angebot oder

Werbung, durch das oder die es nicht zum Erwerb des Originals oder von Vervielfältigungsstücken des geschützten Werkes kommt“

In der Rechtssache C-516/13

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Bundesgerichtshof (Deutschland) mit Entscheidung vom 11. April 2013, beim Gerichtshof eingegangen am 27. September 2013, in dem Verfahren

Dimensione Direct Sales Srl,

Michele Labianca

gegen

Knoll International SpA

erlässt

DER RICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten L. Bay Larsen, der Richterin K. Jürimäe (Berichterstatterin), der Richter J. Malenovský und M. Safjan sowie der Richterin A. Prechal,

Generalanwalt: P. Cruz Villalón,

Kanzler: K. Malacek, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 11. September 2014,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

– der Dimensione Direct Sales Srl, vertreten durch Rechtsanwalt H.-C. Salger,

– von Herrn Labianca, vertreten durch Rechtsanwalt S. Dittl,

– der Knoll International SpA, vertreten durch Rechtsanwalt M. Goldmann,

– der spanischen Regierung, vertreten durch L. Banciella Rodríguez-Miñón als

Bevollmächtigten,

– der Europäischen Kommission, vertreten durch F. W. Bulst und J. Samnadda als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 4. Dezember 2014

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 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 der Dimensione Direct Sales Srl (im Folgenden: Dimensione), einer Gesellschaft italienischen Rechts, und Herrn Labianca auf der einen Seite und der Knoll International SpA (im Folgenden: Knoll), einer Gesellschaft italienischen Rechts, auf der anderen Seite über eine Verletzung des ausschließlichen Verbreitungsrechts von Knoll, zu der es dadurch gekommen sein soll, dass Dimensione mit einer gezielt auf Deutschland ausgerichteten Werbekampagne Vervielfältigungsstücke von in diesem Mitgliedstaat

urheberrechtlich geschützten
Möbelstücken zum Erwerb
angeboten hat.

Rechtlicher Rahmen

Völkerrecht

3 Die Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) nahm am 20. Dezember 1996 in Genf den WIPO-Urheberrechtsvertrag (im Folgenden: WCT) an, der mit Beschluss 2000/278/EG des Rates vom 16. März 2000 (ABl. L 89, S. 6) im Namen der Europäischen Gemeinschaft genehmigt wurde.

4 Art. 6 („Verbreitungsrecht“) Abs. 1 des WCT bestimmt:

„Die Urheber von Werken der Literatur und Kunst haben das ausschließliche Recht zu erlauben, dass das Original und Vervielfältigungsstücke ihrer Werke durch Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.“

Unionsrecht

5 Die Erwägungsgründe 9 bis 11 und 28 der Richtlinie 2001/29 lauten:

„(9) Jede Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte muss von einem hohen Schutzniveau ausgehen, da diese Rechte für das geistige Schaffen wesentlich sind. ...

(10) Wenn Urheber und ausübende Künstler weiter schöpferisch und künstlerisch tätig sein sollen, müssen sie für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung erhalten ...

(11) Eine rigorose und wirksame Regelung zum Schutz der Urheberrechte und verwandten Schutzrechte ist eines der wichtigsten Instrumente, um die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler zu wahren.

...

(28) Der unter diese Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz schließt auch das ausschließliche Recht ein, die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren. Mit dem Erstverkauf des Originals oder dem Erstverkauf von Vervielfältigungsstücken des Originals in der [Europäischen Union] durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erschöpft sich das Recht, den Wiederverkauf dieses Gegenstands innerhalb der [Union] zu kontrollieren. ...“

6 Art. 4 („Verbreitungsrecht“) der Richtlinie bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern in Bezug auf das Original ihrer Werke oder auf Vervielfältigungsstücke davon das ausschließliche Recht zusteht, die Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise zu erlauben oder zu verbieten.

(2) Das Verbreitungsrecht erschöpft sich in der [Union] in Bezug auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke eines Werks nur, wenn der Erstverkauf dieses Gegenstands oder eine andere

erstmalige Eigentumsübertragung in der [Union] durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erfolgt.“

Deutsches Recht

7 Nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (UrhG) vom 9. September 1965 (BGBl. 1965 I S. 1273) hat der Urheber das ausschließliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten. Dieses Recht umfasst insbesondere das Verbreitungsrecht.

8 § 17 Abs. 1 UrhG in geänderter Fassung sieht vor:

„Das Verbreitungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen.“

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

9 Knoll gehört zur Knoll-Gruppe, deren Muttergesellschaft, die Knoll, Inc., ihren Sitz in Pennsylvania (USA) hat. Die

- Unternehmensgruppe stellt hochwertige Möbel her und verkauft sie weltweit. Knoll vertreibt u. a. den Sessel „Wassily“ und den Tisch „Laccio“, die von Marcel Breuer entworfen wurden, sowie den Sessel, den Hocker, die Liege und den Tisch „Barcelona“, die Stühle „Brno“ und „Prag“ und den Sessel „Freischwinger“, die von Ludwig Mies van der Rohe entworfen wurden (im Folgenden zusammen: geschützte Designs). Knoll ist für die Verwertung dieser in Deutschland geschützten Designs zur Geltendmachung der ausschließlichen urheberrechtlichen Ansprüche ihrer Muttergesellschaft ermächtigt.
- 10 Dimensione ist eine beschränkt haftende Gesellschaft, deren Geschäftsführer Herr Labianca ist. Sie vertreibt europaweit Designmöbel im Direktvertrieb und bietet auf ihrer Internetseite Möbel zum Erwerb an.
- 11 In den Jahren 2005 und 2006 warb Dimensione auf ihrer in deutscher Sprache abrufbaren

Internetseite, in verschiedenen deutschen Tageszeitungen und Zeitschriften sowie in einem Werbeprospekt für den Kauf von Möbeln, die geschützten Designs entsprechen, mit folgendem Hinweis:

„Sie erwerben Ihre Möbel bereits in Italien, bezahlen aber erst bei Abholung oder Anlieferung durch eine inkassoberechtigte Spedition (wird auf Wunsch von uns vermittelt).“

- 12 Da Knoll der Ansicht war, dass es sich bei den von Dimensione angebotenen Möbeln um Nachahmungen oder Fälschungen der geschützten Designs handele, beantragte sie beim Landgericht Hamburg, Dimensione und Herrn Labianca zu verbieten, diese Möbel in Deutschland anzubieten. Zur Begründung machte Knoll geltend, dass die Möbel als Werke der angewandten Kunst urheberrechtlich geschützt seien. Dimensione verletze mit ihrer in Deutschland veröffentlichten Werbung für Vervielfältigungsstücke

- geschützter Designs ihr Recht und das ihrer Muttergesellschaft aus § 17 Abs. 1 UrhG.
- 13 Das Landgericht Hamburg gab der Klage statt. Auf die von Dimensione und Herrn Labianca eingelegte Berufung bestätigte das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg das erstinstanzliche Urteil, worauf Dimensione und Herr Labianca Revision beim Bundesgerichtshof einlegten.
- 14 Der Bundesgerichtshof stellt fest, dass der Erfolg des Rechtsmittels von der Auslegung des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 und insbesondere von der Frage abhängt, ob das in dieser Bestimmung vorgesehene Verbreitungsrecht das Recht umfasst, das Original oder Vervielfältigungsstücke des geschützten Werkes der Öffentlichkeit zum Erwerb anzubieten. Falls dies zu bejahen sei, stellten sich zwei weitere Fragen, nämlich zum einen, ob das Recht, das Original des Werkes oder Vervielfältigungsstücke der Öffentlichkeit zum Erwerb anzubieten, auch das ausschließliche Recht umfasst, diese Gegenstände zu bewerben, und zum anderen, ob das Verbreitungsrecht auch dann verletzt ist, wenn es aufgrund des Angebots zum Erwerb eines solchen Originals oder solcher Vervielfältigungsstücke nicht zu deren Erwerb kommt. Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts sind diese Fragen zu bejahen.
- 15 Unter diesen Umständen hat der Bundesgerichtshof beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Umfasst das Verbreitungsrecht nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit zum Erwerb anzubieten?
- Falls die erste Frage zu bejahen ist:
2. Umfasst das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des

Werkes der Öffentlichkeit zum Erwerb anzubieten, nicht nur Vertragsangebote, sondern auch Werbemaßnahmen?

3. Ist das Verbreitungsrecht auch dann verletzt, wenn es aufgrund des Angebots nicht zu einem Erwerb des Originals oder von Vervielfältigungsstücken des Werkes kommt?

Zu den Vorlagefragen

Zur Zulässigkeit

- 16 Vorab ist festzustellen, dass Dimensione und Herr Labianca sinngemäß geltend machen, die erste Frage sei hypothetisch, weil sie sich mit dem Begriff „Angebot“ auf „Vertragsangebote“ beziehe, die ihrem Wesen nach für den Verkäufer bindend seien, während der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nur Werbemaßnahmen betreffe, durch die der Verkäufer nach deutschem Recht nicht gebunden sei, da sie nur eine Einladung an potenzielle Käufer darstellten, dem Verkäufer ein Kaufangebot zu unterbreiten.
- 17 Insoweit genügt der Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach eine Vermutung für die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen spricht, die das nationale Gericht zur Auslegung des Unionsrechts in dem rechtlichen und sachlichen Rahmen stellt, den es in eigener Verantwortung festlegt (vgl. u. a. Urteil X, C-651/11, EU:C:2013:346, Rn. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung). Der Gerichtshof kann das Ersuchen eines nationalen Gerichts daher nur dann zurückweisen, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (Urteil Chartered Institute of Patent Attorneys, C-

307/10, EU:C:2012:361, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

18 Dies ist hier nicht der Fall. Das Ausgangsverfahren betrifft die Geschäftspraxis von Dimensione, die sowohl in Angeboten zum Erwerb als auch in Werbemaßnahmen, aufgrund deren es nicht zu einem Erwerb der geschützten Designs kommt, besteht.

19 Folglich ist die erste Frage zulässig.

Zur Beantwortung der Fragen

20 Mit seinen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen ist, dass der Inhaber des ausschließlichen Verbreitungsrechts an einem geschützten Werk Angebote zum Erwerb oder Werbung in Bezug auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke des Werkes auch dann verbieten kann, wenn nicht erwiesen sein sollte, dass es aufgrund des

Angebots oder der Werbung zu einem Erwerb des Schutzgegenstands durch einen Käufer aus der Union gekommen ist.

21 Nach dieser Vorschrift wird den Urhebern in Bezug auf das Original ihrer Werke oder auf Vervielfältigungsstücke davon das ausschließliche Recht verliehen, die Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise zu erlauben oder zu verbieten.

22 Es ist zu beachten, dass der Begriff „Verbreitung“ im Sinne dieser Vorschrift ein autonomer unionsrechtlicher Begriff ist, dessen Auslegung nicht von dem Recht abhängen kann, das auf die Geschäfte anwendbar ist, in deren Rahmen eine Verbreitung erfolgt (vgl. in diesem Sinne Urteil Donner, C-5/11, EU:C:2012:370, Rn. 25).

23 Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich außerdem, dass der Begriff „Verbreitung“ in Art. 4 Abs. 1 der

Richtlinie 2001/29, da diese Richtlinie dazu dient, Verpflichtungen nachzukommen, die der Union u. a. nach dem WCT obliegen, und da nach ständiger Rechtsprechung Bestimmungen des Unionsrechts nach Möglichkeit im Licht des Völkerrechts auszulegen sind, insbesondere wenn mit ihnen ein von der Union geschlossener völkerrechtlicher Vertrag durchgeführt werden soll, im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 des WCT auszulegen ist (Urteil Donner, C-5/11, EU:C:2012:370, Rn. 23).

24 Die Wendung „Verbreitung an die Öffentlichkeit ... durch Verkauf“ in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 ist daher gleichbedeutend mit der Formulierung „durch Verkauf ... der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden“ in Art. 6 Abs. 1 des WCT (vgl. in diesem Sinne Urteil Donner, C-5/11, EU:C:2012:370, Rn. 24).

25 Unter Berücksichtigung dessen hat der Gerichtshof klar festgestellt, dass die Verbreitung

an die Öffentlichkeit durch eine Reihe von Handlungen gekennzeichnet ist, die zumindest vom Abschluss eines Kaufvertrags bis zu dessen Erfüllung durch die Lieferung an ein Mitglied der Öffentlichkeit reicht. Ein Händler ist daher für jede von ihm selbst oder für seine Rechnung vorgenommene Handlung verantwortlich, die zu einer „Verbreitung an die Öffentlichkeit“ in einem Mitgliedstaat führt, in dem die in Verkehr gebrachten Waren urheberrechtlich geschützt sind (Urteile Donner, C-5/11, EU:C:2012:370, Rn. 26 und 27, sowie Blomqvist, C-98/13, EU:C:2014:55, Rn. 28).

26 Aus dieser Rechtsprechung und insbesondere aus dem vom Gerichtshof verwendeten Begriff „zumindest“ ergibt sich, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass dem Abschluss des Kaufvertrags vorangehende Geschäfte oder Handlungen ebenfalls unter den Verbreitungsbegriff fallen und ausschließlich den Inhabern des Urheberrechts vorbehalten sind.

- 27 Die vom Gerichtshof bereits getroffene Feststellung, dass eine Verbreitung an die Öffentlichkeit im Fall des Abschlusses einer Verkaufs- und Versendungsvereinbarung als gegeben anzunehmen ist (Urteil Blomqvist, C-98/13, EU:C:2014:55, Rn. 29), gilt auch im Fall eines den Erklärenden bindenden Angebots zum Abschluss eines Kaufvertrags. Denn ein solches Angebot stellt seinem Wesen nach eine dem Zustandekommen des Kaufgeschäfts vorgelagerte Handlung dar.
- bestimmten Mitgliedstaat ausrichtet und ein spezifisches Lieferungssystem und spezifische Zahlungsmodalitäten schafft oder für sie zur Verfügung stellt oder dies einem Dritten erlaubt und diese Mitglieder der Öffentlichkeit so in die Lage versetzt, sich Vervielfältigungsstücke von Werken liefern zu lassen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat geschützt sind, in dem Mitgliedstaat, in dem die Lieferung erfolgt, eine „Verbreitung an die Öffentlichkeit“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 vornimmt.
- 28 Eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots oder eine zu nichts verpflichtende Werbung für einen Schutzgegenstand gehören ebenfalls zur Kette der Handlungen, mit denen der Verkauf dieses Gegenstands zustande kommen soll. Der Gerichtshof hat nämlich in Rn. 30 des Urteils Donner (C-5/11, EU:C:2012:370) entschieden, dass ein Händler, der seine Werbung auf Mitglieder der Öffentlichkeit in einem
- 29 Der Gerichtshof hat in Bezug auf aus Drittstaaten stammende Waren, bei denen es sich um Vervielfältigungsstücke einer in der Union urheberrechtlich geschützten Ware handelt, auch entschieden, dass diese Waren das Urheberrecht verletzen können, wenn nachgewiesen wird, dass sie dazu bestimmt sind, in der Union in den Verkehr gebracht zu werden, wobei ein solcher Nachweis insbesondere dann erbracht ist, wenn sich

- herausstellt, dass die Waren Gegenstand eines Verkaufs an einen Kunden in der Union oder eines an Verbraucher in der Union gerichteten Verkaufsangebots oder einer Werbung sind (vgl. in diesem Sinne Urteil Blomqvist, C-98/13, EU:C:2014:55, Rn. 32).
- 30 Dieselbe Auslegung gilt entsprechend für geschäftliche Handlungen wie ein Verkaufsangebot oder eine Werbung, die ein Händler aus einem Mitgliedstaat über seine Internetseite an Verbraucher in einem anderen Mitgliedstaat richtet, in dem die betreffenden Gegenstände urheberrechtlich geschützt sind.
- 31 Das ausschließliche Verbreitungsrecht nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 kann nämlich verletzt sein, wenn ein Händler, der nicht Inhaber des Urheberrechts ist, geschützte Werke oder Vervielfältigungsstücke davon in den Verkehr bringt und über seine Internetseite, in Postwurfsendungen oder in Pressemedien an die Verbraucher in dem Mitgliedstaat, in dem die Werke geschützt sind, Werbung richtet, um sie zum Erwerb der Werke aufzufordern.
- 32 Daraus folgt, dass es für die Feststellung einer Verletzung des Verbreitungsrechts unerheblich ist, dass auf diese Werbung nicht der Übergang des Eigentums an dem geschützten Werk oder seinen Vervielfältigungsstücken folgt.
- 33 Der Gerichtshof hat zwar im Urteil Peek & Cloppenburg (C-456/06, EU:C:2008:232, Rn. 33, 36 und 41), das die Möglichkeit der Nutzung von Vervielfältigungsstücken eines geschützten Werkes betraf, entschieden, dass der Begriff der Verbreitung des Originals des Werkes oder eines Vervielfältigungsstücks davon an die Öffentlichkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 eine Übertragung des Eigentums an diesem Gegenstand voraussetzt. Gleichwohl kann eine Verletzung des Verbreitungsrechts

festgestellt werden, sobald den Verbrauchern in dem Mitgliedstaat, in dem das Werk geschützt ist, durch gezielte Werbung angeboten wird, das Eigentum am Original oder an Vervielfältigungsstücken davon zu erwerben.

34 Diese Auslegung entspricht den Zielen der Richtlinie 2001/29, wie sie sich aus ihren Erwägungsgründen 9 bis 11 ergeben, wonach die Harmonisierung des Urheberrechts von einem hohen Schutzniveau ausgehen muss, Urheber für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung erhalten müssen und die Regelung zum Schutz der Urheberrechte rigoros und wirksam sein muss (vgl. Urteil Peek & Cloppenburg, C-456/06, EU:C:2008:232, Rn. 37).

35 Nach alledem ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen ist, dass der Inhaber des ausschließlichen Verbreitungsrechts an einem

geschützten Werk Angebote zum Erwerb oder gezielte Werbung in Bezug auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke des Werkes auch dann verbieten kann, wenn nicht erwiesen sein sollte, dass es aufgrund dieser Werbung zu einem Erwerb des Schutzgegenstands durch einen Käufer aus der Union gekommen ist, sofern die Werbung die Verbraucher des Mitgliedstaats, in dem das Werk urheberrechtlich geschützt ist, zu dessen Erwerb anregt.

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 (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

Art. 4 Abs. 1 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 Inhaber des ausschließlichen Verbreitungsrechts an einem geschützten Werk Angebote zum Erwerb oder gezielte Werbung in Bezug auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke des Werkes auch dann verbieten kann, wenn nicht erwiesen sein sollte, dass es aufgrund dieser Werbung zu einem Erwerb des Schutzgegenstands durch einen Käufer aus der Union gekommen ist, sofern die Werbung die Verbraucher des Mitgliedstaats, in dem das Werk urheberrechtlich geschützt ist, zu dessen Erwerb anregt.

Unterschriften

BVerwG 1 C 13.14 VG 3 L 84/12

Aufrechterhaltung einer Suchmeldung wegen Raubkunstverdachts in der Lost Art Internet-Datenbank

Die Suchmeldung wegen Raubkunstverdachts in der Lost Art Internet Datenbank wird nicht schon mit dem Auffinden des Gemäldes rechtswidrig, wenn noch keine Klarheit über das endgültige Schicksal des Bildes besteht. Der Zweck der Datenbank erschöpft sich nicht in der Unterstützung von Vorkriegseigentümern und ihren Erben bei der Suche nach NS-verfolgsunbedingt abhanden gekommener Kulturgüter.



BVerwG 1 C 13.14 OVG 3 L 84/12

**BUNDESVERWALTUNGSGERICHT IM
NAMEN DES VOLKES URTEIL**

Verkündet am 19. Februar 2015 ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

....

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. Februar 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Berlitz, die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Dörig und Prof. Dr. Kraft und die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Fricke und Dr. Rudolph

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen des Beklagten und der Beigeladenen werden das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Sachsen-Anhalt vom 23. Oktober 2013 und das

Urteil des Verwaltungsgerichts Magdeburg vom 17. Januar 2012 geändert. Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in allen Rechtszügen einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Gründe: I

1 Die Klägerin, eine GmbH in Liquidation, begehrt die Löschung einer Suchmeldung für ein Gemälde aus der im Internet unter www.lostart.de geführten Datenbank. Diese Datenbank enthält u.a. Such- und Fundmeldungen zu Kulturgütern, die jüdischen Eigentümern infolge des Nationalsozialismus verfolgungsbedingt entzogen wurden oder für die auf Grund von Provenienzlücken eine solche Verlustgeschichte nicht ausgeschlossen werden kann. Sie wurde auf der Grundlage einer Bund-Länder-Vereinbarung von der Koordinierungsstelle Magdeburg, einer unselbständigen Arbeitsgruppe beim Kultusministerium des beklagten Landes, aufgebaut.

- 2 Für das Gemälde ging bei der Koordinierungsstelle 2005 im Auftrag der Erben- gemeinschaft nach Rosa und Jakob O. eine Suchmeldung ein, die damit be- gründet wurde, dass den jüdischen Eheleuten O. 1929 sämtliche Gesell- schaftsanteile an der Klägerin vermacht worden seien. Letzterer sei das Bild 1935 durch Versteigerung NS- verfolgungsbedingt entzogen worden. Eine weite- re Suchmeldung erfolgte 2009 durch - inzwischen verstorbene und von den jet- zigen Beigeladenen beerbte - Mitglieder von Erbengemeinschaften, die die jüdi- schen Gesellschafter des ehemaligen Bankhauses J. & S. beerbt haben. Sie wurde damit begründet, dass das Gemälde 1933 dem Bankhaus sicherungs- übereignet worden sei; 1935 sei es vom Bankhaus ersteigert worden und sei- nen jüdischen Gesellschaftern 1938 im Zuge der sog. "Arisierung" des Bankhauses abhandengekommen. Wegen der konkurrierenden Suchmeldungen ist das Gemälde im Internet ohne Nennung von Namen veröffentlicht.
- 3 Das Gemälde wurde inzwischen in Namibia gefunden. Anfang 2010 einigten sich der Besitzer des Gemäldes, die Klägerin und die Mitglieder der Erbenge- meinschaft O., das Bild im Mai 2010 bei Sotheby's in Amsterdam zu versteigern und den Erlös hälftig zwischen dem Besitzer und der Erbengemeinschaft O. zu teilen. Die Versteigerung scheiterte, nachdem die Koordinierungsstelle eine Lö- schung der Suchmeldung ohne Zustimmung der Zweitanmelder ablehnte.
- 4 Mit Urteil vom 17. Januar 2012 hat das Verwaltungsgericht den Beklagten ver- urteilt, den Sucheintrag für das Gemälde in der Lost Art Internet-Datenbank zu löschen. Das Oberverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 23. Oktober 2013 die Berufungen des Beklagten und der Beigeladenen zurückgewiesen. Es hat dies im Wesentlichen damit begründet, dass die Klägerin einen öffentlich-

rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch gegen den Beklagten auf Löschung der Suchmeldung habe. Die Rechtmäßigkeit der Eintragung beurteile sich nach den für den Bereich der staatlichen - nicht regelnden - Informationstätigkeit entwickelten Maßstäben. Offenbleiben könne, ob der Betrieb der Datenbank danach einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfe. Die Aufrechterhaltung der Suchmeldung sei jedenfalls wegen Zweckerfüllung rechtswidrig. Aus den der Errichtung der Koordinierungsstelle zugrunde liegenden Unterlagen ergebe sich, dass sich die Funktion der Datenbank auf die Veröffentlichung von Such- und Fundmeldungen beschränke, die von der Washingtoner Erklärung und der Gemeinsamen Erklärung des Bundes und der Länder von 1999 erfasste Kulturgüter betreffen. Dieser Zweck sei mit dem Auffinden des Bildes erfüllt. Eine weiterreichende

anspruchssichernde Funktion komme der Datenbank nicht zu. Die Aufrechterhaltung der Eintragung verletze die Klägerin in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit. Der in der Suchliste dokumentierte Raubkunstverdacht führe zu einem merkantilen Minderwert und im Einzelfall zur zeitweiligen Unveräußerlichkeit. Diese Beschränkung sei nur so lange zu dulden, wie es der Zweck der Suchliste, nämlich die Unterstützung bei der Suche verschollener Raubkunst, erfordere.

- 5 Während des Revisionsverfahrens haben Bund, Länder und kommunale Spitzenverbände mit Wirkung vom 1. Januar 2015 die Stiftung "Deutsches Zentrum Kulturgutverluste" in der Form einer rechtsfähigen Stiftung des bürgerlichen Rechts gegründet, die (u.a.) die Aufgaben der Koordinierungsstelle fortführt.
- 6 Der Beklagte macht mit seiner Revision geltend, es fehle an einer öffentlich-rechtlichen

Streitigkeit und am Rechtsschutzinteresse.

Zumindest sei die Klage mit Gründung der Stiftung unzulässig geworden. Der Klägerin stehe der geltend gemachte und dem revisiblen Recht zuzurechnende öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch nicht zu. Die Suchmeldung verletze sie nicht in ihren Rechten. Als Maßstab komme nur Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Nach den für den Bereich der staatlichen, nicht regelnden Informationstätigkeit entwickelten Maßstäben fehle es aber an einem Eingriff. Der Informationsauftrag sei mit dem Auffinden des Gemäldes und der Verwertungsvereinbarung noch nicht beendet.

7 Die Beigeladenen machen mit ihren Revisionen geltend, die Nachtragsliquidatorin sei nicht prozessführungsbefugt, auch fehle es am Rechtsschutzbedürfnis. Weder die Errichtung der Datenbank noch die streitgegenständliche Veröffentlichung bedürften einer gesetzlichen Grundlage. Die

Suchmeldung verletze die Klägerin nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG. Der Zweck der Datenbank erfasse auch die Dokumentation von Raubkunstverdachtsfällen im Allgemeininteresse, im Interesse von Personen, die berechtigte Wiedergutmachungsinteressen verfolgten, und im Interesse des lautereren Wettbewerbs.

8 Die Klägerin verteidigt die angegriffene Entscheidung. Ergänzend macht sie geltend, der zugesprochene Folgenbeseitigungsanspruch sei nicht revisibel und zu Recht bejaht worden. Nach den bindenden tatrichterlichen Feststellungen komme der Suchmeldung erhebliche Bedeutung für die Verkehrsfähigkeit des Gemäldes zu und beschränke sich der Zweck der Datenbank auf die Unterstützung bei der Suche verschollener Raubkunst. Die Aufrechterhaltung der Meldung sei wegen ihrer Grundrechtsrelevanz nicht mehr gerechtfertigt. Außerdem fehle es

an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

- 9 Die Revisionen des Beklagten und der Beigeladenen haben Erfolg. Das Berufungsgericht hat ihre Berufungen unter Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) zurückgewiesen. Zwar ist es im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Rechtsstreit der Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte obliegt (1.). Die Klage ist auch im Übrigen zulässig (2.). Sie ist aber unbegründet (3.). Das Berufungsgericht hat einen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch mit einer Begründung bejaht, die mit revisiblem Recht nicht zu vereinbaren ist. Seine Annahme, der Zweck der von den Rechtsvorgängern der Beigeladenen mitveranlassten Suchmeldung sei mit dem Auffinden des Gemäldes erfüllt, beruht auf einer zu schmalen Tatsachengrundlage und ist unzutreffend (3.1). Die Aufrechterhaltung der Suchmeldung ist auch nicht aus

anderen Gründen (objektiv) rechtswidrig (3.2). Damit fehlt es zugleich an einer Verletzung der Klägerin in eigenen Rechten (3.3).

- 10 Die Klage richtet sich weiterhin gegen das beklagte Land. Dass die Aufgaben der Koordinierungsstelle inzwischen von einer rechtsfähigen Stiftung des bürgerlichen Rechts fortgeführt werden, hat keinen gesetzlichen Parteiwechsel auf Beklagtenseite zur Folge. Soweit in verwaltungsgerichtlichen Verfahren auch in Fällen eines behördlichen Zuständigkeitswechsels (BVerwG, Urteile vom 2. November 1973 - 4 C 55.70 - BVerwGE 44, 148 <150> und vom 13. Dezember 1979 - 7 C 46.78 - BVerwGE 59, 221 <224>) oder einer sondergesetzlich angeordneten Funktionsnachfolge (BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 1989 - 5 C 33.88 - Buchholz 310 § 142 VwGO Nr. 12) ein von Amts wegen zu berücksichtigender Parteiwechsel angenommen wird,

beruht dies auf der Exklusivität gesetzlich geregelter Zuständigkeitszuweisungen.

Hiermit ist die Übertragung der Aufgaben der Koordinierungsstelle auf eine private Stiftung nicht vergleichbar. Sie ähnelt mangels gesetzlicher Rechtsgrundlage einer gewillkürten Rechtsnachfolge, die nicht kraft Gesetzes zu einer Veränderung in der Zusammensetzung des Kreises der Prozessbeteiligten führt.

. 11 1. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (1.1) und der Streit der gerichtlichen Kontrolle nicht generell entzogen (1.2).

. 12 1.1 Hinsichtlich der Zulässigkeit des eingeschlagenen Rechtswegs prüft das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, nach § 17a Abs. 5 GVG nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Dieses Überprüfungsverbot gilt allerdings nicht, wenn das Gericht erster

Instanz entgegen § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG über die Zulässigkeit des Rechtswegs trotz Rüge nicht vorab durch Beschluss entschieden hat (stRspr, vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 1994 - 7 B 198.93 - Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 268; BGH, Beschluss vom 23. September 1992 - I ZB 3/92 - BGHZ 119, 246 <250>; BAG, Urteil vom 21. August 1996 - 5 AZR 1011/94 - NJW 1997, 1025; BFH, Beschluss vom 24. Juni 2014 - X B 216/13 - BFH/NV 2014, 1888).

. 13 In Anwendung dieser Bestimmung war dem Berufungsgericht eine Überprüfung des Rechtswegs verwehrt. Seine gegenteilige Auffassung beruht auf der aktenwidrigen Annahme, das Verwaltungsgericht habe trotz erstinstanzlicher Rüge den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten erst im Urteil bejaht. Ausweislich der Gerichtsakten hat der Beklagte erstmals mit der Begründung seines Antrags auf Zulassung der

Berufung geltend gemacht, dass es an einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit fehle; zuvor hat er lediglich gerügt, dass der Rechtsträger der Koordinierungsstelle nicht der richtige Beklagte sei, die Klägerin vielmehr gegen die Erben des Bankhauses (auf dem Zivilrechtsweg) vorgehen müsse. An die gegenteiligen - den tatrichterlichen Feststellungen zuzuordnende - Behauptung des Berufungsgerichts ist der Senat nicht gebunden. Denn Prozessstatsachen, d.h. die tatsächlichen Grundlagen für die von Amts wegen auch vom Revisionsgericht zu prüfende Zuständigkeit und die Sachentscheidungs-voraussetzungen, zählen nicht zu den tatsächlichen Feststellungen im Sinne des § 137 Abs. 2 VwGO (Kraft, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 137 Rn. 46 m.w.N.). Auf diesem Fehler beruht die angegriffene Entscheidung aber nicht, da das Berufungsgericht die Rechtswegfrage nicht anders beurteilt hat als das Verwaltungsgericht und auch in der Sache zutreffend den

Verwaltungs- rechtsweg als gegeben gesehen hat.

- 14 1.2 Die begehrte Löschung ist nicht auf einen gerichtlichen bzw. justizfreien Hoheitsakt gerichtet, der einer gerichtlichen Kontrolle generell entzogen ist. Eine Prüfung dieser Frage unterfällt nicht dem Verbot des § 17a Abs. 5 GVG, da es nicht darum geht, welches Gericht zuständig ist, sondern ob der Streit jeglicher gerichtlicher Kontrolle entzogen ist.
- 15 Als Teil der Exekutive ist die Koordinierungsstelle - wie jede andere staatliche Stelle - an Recht und Gesetz, insbesondere an die Grundrechte, gebunden (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) und ihr Handeln unterliegt der gerichtlichen Kontrolle (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG). Danach hat der Bürger einen Anspruch auf einen möglichst wirkungsvollen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt, soweit diese in seine Rechte eingreifen (stRspr, vgl. BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2005 - 2 BvR 2236/04 - BVerfGE 113, 273 <310>

m.w.N.). Das Grundgesetz kennt - von engen Ausnahmen abgesehen (vgl. etwa Art. 10 Abs. 2 Satz 2 und Art. 44 Abs. 4 GG) - grundsätzlich keine staatlichen Akte, die dieser gerichtlichen Kontrolle generell entzogen sind. Entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung ist damit auch gegen staatsleitende Akte Rechtsschutz zu gewähren, wenn und soweit sie subjektiv-öffentliche Rechte Einzelner tangieren; eine andere Frage ist die nach der gerichtlichen Kontrolldichte bei der Überprüfung solcher Akte.

16. Gegenteiliges ergibt sich hier weder aus der Art der von der Koordinierungsstelle ausgeübten Tätigkeit noch aus ihrer inneren Struktur. In der Lost Art Internet-Datenbank werden Such- und Fundmeldungen Dritter dokumentiert. Auch wenn für deren Richtigkeit keine Gewähr übernommen wird, entscheidet über die Eintragung und Löschung einer Meldung allein der Betreiber der Datenbank nach einer eigenen

Plausibilitätsprüfung (vgl. Grundsätze der Koordinierungsstelle zur Eintragung und zur Löschung von Meldungen zu Kulturgütern, veröffentlicht unter: http://www.lostart.de/Content/04_Datenbank/DE/Grundsätze-Checkliste_DL.pdf?__blob=publicationFile). Dass die Arbeit der Koordinierungsstelle nach der Bund-Länder-Vereinbarung über die Koordinierungsstelle vom 15. September 2009 von einem Fachbeirat begleitet wird, alle Grundsatzentscheidungen von einem Kuratorium getroffen werden und die Koordinierungsstelle intern an die Beschlüsse dieser beiden Gremien gebunden ist, trägt vor allem dem Umstand Rechnung, dass es sich um eine von mehreren Trägern staatlicher Gewalt finanzierte Einrichtung handelt, deren Tätigkeit zudem nicht auf konkreten gesetzlichen Vorgaben beruht.

17. 2. Die Klage ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere ist die für die Klägerin handelnde

Nachtragsliquidatorin zur Führung des Prozesses befugt (2.1) und fehlt der Klägerin nicht das erforderliche

Rechtsschutzbedürfnis (2.2).

- 18 2.1 Das Löschungsbegehren ist von der Vertretungsmacht der Nachtragsliqui- datorin gedeckt. Nach dem Bestellungsbeschluss umfasst ihr Wirkungskreis die Vertretung und die Wahrnehmung der Rechte der Gesellschaft im Zusammen- hang mit der Geltendmachung von vermögensrechtlichen Ansprüchen. Dabei ist der Begriff "vermögensrechtlich" schon dem Wortlaut nach nicht auf Streitig- keiten nach dem Vermögensgesetz bezogen. Er ist mangels gegenteiliger An- haltspunkte weit zu verstehen und umfasst in Abgrenzung zu den (nicht vermö- gensrechtlichen) Personen- und Familienrechten nicht nur Ansprüche, die aus einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis hergeleitet werden, sondern auch Ansprüche aus nicht vermögensrechtlichen

Rechtsverhältnissen, wenn sie unmittelbar auf eine vermögenswerte Leistung gerichtet sind oder ihre Verfol- gung in wesentlicher Weise auch der Wahrung wirtschaftlicher Belange dient, ohne dass sich dies in einer bloßen Reflexwirkung erschöpft (Toussaint, in: Beck'scher Online- Kommentar ZPO, Stand 1. Januar 2015, § 20 ZPO Rn. 1 m.w.N. aus der Rspr des BGH).

- 19 Vorliegend macht die Klägerin geltend, dass sie weiterhin Eigentümerin des Gemäldes sei und die Suchmeldung einer Verwertung entgegenstehe. Zwar soll nach der von der Klägerin eingegangenen Vereinbarung vom Januar 2010 der Erlös nach einer Versteigerung hälftig zwischen dem Besitzer und der Erben- gemeinschaft O. (unter Ausschluss der Klägerin) aufgeteilt werden. Diese Eini- gung bezog sich aber auf eine Versteigerung des Bildes bei der Altmeister- Auktion vom 18. Mai 2010 bei Sotheby's in Amsterdam, zu der es nicht ge-

kommen ist. Keiner abschließenden Entscheidung bedarf, ob die Vereinbarung damit insgesamt hinfällig geworden ist oder ob die Vertragsparteien weiterhin zu einer Veräußerung und Aufteilung des dabei erzielten Erlöses nach dem vereinbarten Verteilungsschlüssel verpflichtet sind. Schon angesichts der weiterhin ungeklärten Eigentumsverhältnisse und der rechtlichen Unsicherheit hinsichtlich des Umfangs der von der Klägerin eingegangenen vertraglichen Verpflichtung kann derzeit nicht davon ausgegangen werden, dass eine Löschung nur (noch) der Wahrung wirtschaftlicher Interessen ihrer Gesellschafter und nicht auch ihrem Eigeninteresse dienen würde.

20 2.2 Es fehlt der Klägerin auch nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Danach darf das Gericht die Gewährung von Rechtsschutz nur verweigern, wenn ein rechtlich aner kennenswertes Interesse an

der erstrebten gerichtlichen Entscheidung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt in Betracht kommt. Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. Rennert, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, vor § 40 Rn. 11 ff. m.w.N.).

21 Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein Vorgehen der Klägerin gegen die Beigeladenen auf dem Zivilrechtsweg angesichts der mit der Eigentumsfrage verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten keine eindeutig vorzugswürdige Alternative darstellen würde. Zudem wäre ein solcher Rechtsstreit nicht notwendigerweise vor einem deutschen Gericht auszutragen. Nach den von der Koordinierungsstelle aufgestellten Grundsätzen begründet aber nur eine inländische Gerichtsentscheidung einen Löschan spruch.

22 Es kann auch nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die begehrte

Löschung der Klägerin einen rechtlich anerkennenswerten Vorteil brächte. Dem steht nicht entgegen, dass sich die Klage gegen das Land Sachsen-Anhalt richtet, die Datenbank seit Anfang 2015 aber nicht mehr von der beim dortigen Kultusministerium angesiedelten Koordinierungsstelle, sondern von einer Stiftung des bürgerlichen Rechts betrieben wird. Dadurch kann das auf einen Realakt gerichtete Begehren inzwischen zwar nur noch von der Stiftung erfüllt werden. Die Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils erstreckt sich nach § 121 VwGO aber auch auf die Rechtsnachfolger der Beteiligten. Hierdurch wird in zeitlicher Hinsicht auch gebunden, wer schon vor Eintritt der Rechtskraft, aber nach Rechtshängigkeit in das streitbefangene Recht nachfolgt (§ 173 VwGO i.V.m. § 265 Abs. 1 ZPO). Folglich könnte ein stattgebendes Urteil nach Titelum-schreibung gegenüber der Stiftung vollstreckt werden. Die Vereinbarung vom Januar

2010 lässt das Rechtsschutzbedürfnis ebenfalls nicht entfallen, nachdem der darin vereinbarte Versteigerungstermin fehlgeschlagen und offen ist, welche Rechtsbindungen sich hieraus für die Klägerin ergeben. Der Einwand der Beigeladenen, dass durch eine Löschung der bestehende Raubkunstverdacht nicht entfallen würde, ändert ebenfalls nichts daran, dass die Klägerin ein rechtlich anerkennenswertes Interesse an der Löschung der ihrer Auffassung nach rechtswidrigen und einer Veräußerung entgegenstehenden Eintragung hat.

- 23 3. Die Klage ist aber unbegründet. Maßgeblich für die Beurteilung der Begründetheit der erhobenen Leistungsklage ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz. Damit ist auch insoweit unerheblich, dass die Datenbank inzwischen von einer Stiftung des bürgerlichen Rechts fortgeführt wird. Zwar sind

Rechtsänderungen während des Revisionsverfahrens zu beachten, wenn das Berufungsgericht - entschiede es anstelle des Bundesverwaltungsgerichts - sie zu berücksichtigen hätte (stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 1. November 2005 - 1 C 21.04 - BVerwGE 124, 276 <279 f.>). Die Gründung einer Stiftung des bürgerlichen Rechts zur Fortführung der von der Koordinierungsstelle wahrgenommenen Aufgaben und der aufgebauten Datenbank stellt aber eine geänderte Tatsache und keine Änderung der für die Prüfung des streitgegenständlichen Anspruchs maßgeblichen rechtlichen Beurteilungsmaßstäbe dar.

24 Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass als Anspruchsgrundlage für das Löschungsbegehren nur ein allgemeiner öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch in Betracht kommt. Dieser Anspruch entsteht, wenn durch einen hoheitlichen Eingriff in ein

subjektives Recht ein noch andauernder rechtswidriger Zustand geschaffen worden ist. Der Anspruch ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen ein rechtswidriger Verwaltungsakt vorzeitig vollzogen wurde; er gilt bei rechtswidrigen Beeinträchtigungen jeder Art, auch solchen durch schlichtes Verwaltungshandeln (Verwaltungsrealakt). Gerichtet ist der Folgenbeseitigungsanspruch auf die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands; zu beseitigen sind alle der handelnden Behörde zuzurechnenden rechtswidrigen Folgen ihrer Amtshandlungen (BVerwG, Urteile vom 25. August 1971 - 4 C 23.69 - Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 58, vom 19. Juli 1984 - 3 C 81.82 - BVerwGE 69, 366 <370 ff.> und vom 23. Mai 1989 - 7 C 2.87 - BVerwGE 82, 76 <95> m.w.N.).

25 Einer revisionsgerichtlichen Überprüfung des vom Berufungsgericht zugesprochenen Anspruchs steht nicht entgegen, dass die

Koordinierungsstelle als Teil einer Landesbehörde grundsätzlich Landesrecht vollzieht. Da es sich bei dem Folgenbeseitigungsanspruch um einen auch aus dem Grundgesetz - insbesondere aus den jeweils berührten Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip - abgeleiteten Rechtssatz handelt, ist die Folgenbeseitigung als Grundsatz und Anspruch Bestandteil des Bundesrechts und damit nach § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO revisibel (BVerwG, Urteil vom 25. August 1971 - 4 C 23.69 - Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 58).

- . 26 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegen die Voraussetzungen eines auf Löschung der Suchmeldung gerichteten allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs nicht vor. Das Aufrechterhalten der Suchmeldung durch die Koordinierungsstelle ist zwar als öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln anzusehen (3.1). Es hat aber keinen rechtswidrigen Zustand zur

Folge (3.2). Damit fehlt es zugleich an einer Verletzung der Klägerin in eigenen Rechten (3.3).

- . 27 3.1 Die Eintragung und Löschung von Meldungen zu Kulturgütern auf der Internetseite www.lostart.de durch die Koordinierungsstelle Magdeburg ist Teil des staatlichen Informationshandelns im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Unerheblich ist, dass für die inhaltliche Richtigkeit der von dritter Seite übermittelten Such- und Fundmeldungen keine Verantwortung übernommen wird. Denn Eintragungen erfolgen ausschließlich nach eigenen, von der Koordinierungsstelle aufgestellten Grundsätzen. Danach findet vor der Einstellung einer Meldung eine Plausibilitätsprüfung statt, die insbesondere die Angaben des Melders zum Objekt, zur Verlustgeschichte und zu seiner Person umfasst. Die Behandlung konkurrierender Meldungen und die Löschung von Meldungen unterliegen ebenfalls eigenen,

von der Koordinierungsstelle aufgestellten Regeln. Damit handelt es sich bei der Lost Art Internet-Datenbank nicht lediglich um eine der Öffentlichkeit zur freien Verfügung gestellte Plattform, für deren Inhalt keinerlei staatliche Verantwortung übernommen wird.

28 3.2 Das Nichtlöschen der Suchmeldung hat aber keinen rechtswidrigen Zustand zur Folge. Bei der von der Koordinierungsstelle betriebenen Internet-Datenbank handelt es sich um eine öffentliche Einrichtung im untechnischen Sinne, die der Allgemeinheit im Rahmen ihres Widmungszwecks zur Verfügung steht. Das Handeln der Koordinierungsstelle kann daher gerichtlich nur darauf überprüft werden, ob es sich im Rahmen dieses Widmungszwecks hält (a) und mit höher-rangigem Recht, insbesondere den Grundrechten, zu vereinbaren ist (b).

29 a) Die Aufrechterhaltung der Suchmeldung hält sich im Rahmen des Widmungszwecks

der Datenbank. Danach ist der Zweck einer wegen Raubkunstverdachts aufgenommenen Suchmeldung nicht schon mit dem Auffinden des gesuchten Kulturguts erreicht, wenn über dessen endgültiges Schicksal noch keine Klarheit besteht. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts, der Zweck der Suchliste bestehe allein darin, Betroffene bei der Suche nach verschollener Raubkunst zu unterstützen, beruht auf einer zu schmalen Tatsachengrundlage und genügt damit nicht den Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung. Nach § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist das Gericht verpflichtet, bei seiner freien Überzeugungsbildung das Gesamtergebnis des Verfahrens zu berücksichtigen. Es darf also nicht in der Weise verfahren, dass es einzelne erhebliche Tatsachen oder Beweisergebnisse nicht zur Kenntnis nimmt oder nicht in Erwägung zieht. Ein Verstoß gegen dieses Gebot liegt vor, wenn ein Gericht von einem unrichtigen oder unvollständigen

Sachverhalt ausgeht, es insbesondere Umstände übergeht, deren Entscheidungserheblichkeit sich ihm hätte aufdrängen müssen. In solchen Fällen fehlt es an einer tragfähigen Grundlage für die innere Überzeugungsbildung des Gerichts und zugleich für die Überprüfung seiner Entscheidung daraufhin, ob die Grenze einer objektiv willkürfreien, die Natur- und Denkgesetze sowie allgemeine Erfahrungssätze beachtenden Würdigung überschritten ist. Ob das Gericht auf einer zu schmalen Tatsachengrundlage entschieden hat, ist grundsätzlich eine dem materiellen Recht zuzuordnende Frage der Tatsachen- und Beweiswürdigung (BVerwG, Urteil vom 5. Juli 1994 - 9 C 158.94 - BVerwGE 96, 200 <210 ff.> m.w.N.).

30 Das Berufungsgericht ist im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass mangels einfachgesetzlicher Vorgaben zur Bestimmung des Zwecks der in der Datenbank enthaltenen

Suchliste die vom Träger bzw. den Trägern der Einrichtung hierzu abgegebenen Willenserklärungen heranzuziehen sind (UA S. 16). In diesem Zusammenhang verweist es u.a. auf die der Errichtung der Koordinierungsstelle zugrunde liegende Bund-Länder-Vereinbarung vom 15. September 2009, die ihrerseits Bezug nimmt auf die auf der Washingtoner Konferenz über Vermögenswerte aus der Zeit des Holocaust vom 3. Dezember 1998 aufgestellten "Grundsätze in Bezug auf Kunstwerke, die von den Nationalsozialisten beschlagnahmt wurden" (Washingtoner Grundsätze). Den von ihm herangezogenen Unterlagen entnimmt das Berufungsgericht ohne nähere Darlegung, dass der Zweck der Suchmeldung mit dem Auffinden des Gemäldes erfüllt sei (UA S. 18). Dabei übersieht es, dass es für den Widmungszweck nicht nur auf die von den Trägern bei Errichtung der Koordinierungsstelle abgegebenen Erklärungen

ankommt. Denn der Widmungszweck kann auch durch nachträgliche Willensbekundungen weiter ausgestaltet werden. Das Berufungsgericht hätte bei der Zweckbestimmung daher auch die von der Koordinierungsstelle mit Zustimmung ihrer Träger aufgestellten Grundsätze über die Eintragung und Löschung von Meldungen miteinbeziehen müssen.

- 31 Da der Inhalt der für die Zweckbestimmung maßgeblichen Willensbekundungen hier unstreitig ist, können diese vom Senat selbst ausgelegt und bewertet werden, ohne dass es einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur weiteren Aufklärung bedarf. Eine am wirklichen Willen (vgl. § 133 BGB) orientierte Auslegung ergibt, dass der Zweck einer wegen Raubkunstverdachts aufgenommenen Suchmeldung nicht schon mit dem Auffinden des gesuchten Kulturguts erfüllt ist. Nach der Bund-Länder-Vereinbarung von 2009 zählt zu

den Aufgaben der Koordinierungsstelle u.a. die Dokumentation von Such- und Fundmeldungen des In- und Auslandes zu NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgütern zur Präsentation in www.lostart.de. Eine Beschränkung der Veröffentlichung von Suchmeldungen auf Kulturgüter, deren Aufenthaltsort dem Suchenden unbekannt ist, ist dem nicht zu entnehmen. Sie wäre auch nicht mit der in der Präambel ausdrücklich hervorgehobenen historischen Verantwortung in Form der Zustimmung zu den Washingtoner Grundsätzen von 1998 zu vereinbaren. Danach sollen Kunstwerke, die von den Nationalsozialisten beschlagnahmt und in der Folge nicht zurückerstattet wurden, nicht nur identifiziert werden (Ziff. 1), vielmehr sollen die Vorkriegseigentümer und ihre Erben auch zum "Anmelden ihrer Ansprüche ermutigt" (Ziff. 7) und beim "Finden einer gerechten und fairen Lösung unterstützt" werden (Ziff. 8). Dem widerspräche es,

Such- meldungen nach dem Auffinden eines Werkes zu löschen, bevor es zwischen dem Besitzer und - möglicherweise konkurrierenden - Vorkriegseigentümern und ihren Erben zu einer Einigung über das weitere Schicksal des Werkes oder zumindest einer verbindlichen Klärung der Eigentumsfrage gekommen ist. Dies bestätigen auch die von der Koordinierungsstelle mit Zustimmung ihrer Träger aufgestellten Grundsätze zur Eintragung und Löschung von Meldungen, die den Widmungszweck der Datenbank weiter ausgestalten. Danach ist für eine Lö- schung erforderlich, dass der Melder hierzu auffordert, die Plausibilität einer Meldung grundlegend erschüttert ist oder ein Dritter nach Feststellung seines Eigentums durch rechtskräftiges Urteil eines deutschen Gerichts eine Löschung wünscht. Dieser Ausgestaltung der Gründe für die Löschung einer Meldung ist ebenfalls zu entnehmen, dass der Zweck nicht schon mit dem

Auffinden eines gesuchten Gegenstands erreicht ist, wenn über dessen endgültiges Schicksal noch keine Klarheit besteht. Ob die Datenbank darüber hinaus noch weitergehenden Zwecken dient, bedarf keiner Entscheidung.

- 32 Besteht der Zweck der Suchliste nicht allein im Aufsuchen NS-verfolgungsbe- dingt entzogener Kulturgüter, sondern soll durch die Veröffentlichung einer Suchmeldung auch eine einvernehmliche Lösung zwischen den Beteiligten gefördert werden, ist entgegen der Annahme des Berufungsgerichts der Zweck der streitgegenständlichen Suchmeldung hier noch nicht erfüllt, ohne dass es darauf ankommt, ob die Beigeladenen hinreichend Gelegenheit zur Sicherung etwaiger Ansprüche hatten. Zweckerreichung ist auch nicht mit der zwischen dem Besitzer, der Klägerin und den Mitglieder der Erbengemeinschaft O. ge- schlossenen Verwertungsvereinbarung

eingetreten, da diese ohne Mitwirkung der Beigeladenen zustande gekommen ist. Unerheblich ist auch, ob die Beigeladenen - wie vom Verwaltungsgericht angenommen - möglicherweise nur Zweitgeschädigte sind, denn der Zweck der Datenbank besteht in der Dokumentation und nicht in der rechtlichen Bewertung NS-verfolgungsbedingter Verluste.

- . 33 b) Die Aufrechterhaltung der Suchmeldung ist auch mit höherrangigem Recht vereinbar. Mangels einfachgesetzlicher Vorgaben ist hier insbesondere ein Verstoß gegen die Grundrechte zu prüfen.
- . 34 Als möglicherweise betroffene Grundrechte kommen - mit Blick auf die mit einer Suchmeldung verbundenen tatsächlichen Absatzschwierigkeiten - nur die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) in Betracht. Art. 14 Abs. 1 GG scheidet schon deshalb aus, weil der Schutzbereich der verfassungsrechtlichen

Eigentumsgarantie durch die Veröffentlichung nicht berührt ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 558/91 u.a. - BVerfGE 105, 252 <277 f.>). Gleiches gilt für das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 - 1 BvR 209/83 u.a. - BVerfGE 65, 1 <41 ff.>), da die Koordinierungsstelle im vorliegenden Fall wegen der konkurrierenden Meldungen keine personenbezogenen Daten veröffentlicht hat. Ob in Bezug auf die Klägerin Art. 2 Abs. 1 GG oder aber Art. 12 Abs. 1 GG als speziellere Norm heranzuziehen ist, bedarf keiner Entscheidung, da die Aufrechterhaltung der Suchmeldung für die von ihr in ihren wirtschaftlichen Interessen nachteilig Betroffenen weder nach der einen noch nach der anderen Norm zu einem - dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegenden - Grundrechtseingriff führt.

35 Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass für die Frage der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht die vom Bundesverfassungsgericht für Grundrechtsverletzungen durch staatliches Informationshandeln entwickelten Grundsätze heranzuziehen sind. Danach ist nicht jedes staatliche Informationshandeln und nicht jede Teilhabe des Staates am Prozess öffentlicher Meinungsbildung als ein Grundrechtseingriff zu bewerten (BVerfG, Beschluss vom 17. - 24. Mai 2005 - 1 BvR 1072/01 - BVerfGE 113, 63 <76>). Auch wenn Grundrechtsbeeinträchtigungen durch staatliches Informationshandeln nicht die Voraussetzungen eines Eingriffs im klassischen Sinne erfüllen, weil sie insbesondere nicht auf einer unmittelbaren Regelungswirkung beruhen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 17. August 2010 - 1 BvR 2585/06 - NJW 2011, 511 <512>), kann staatliches Informationshandeln

aber zu mittelbar-faktischen Grundrechtsbeeinträchtigungen führen (BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 12. August 2002 - 1 BvR 1044/93 - NVwZ-RR 2002, 801 und vom 16. August 2001 - 1 BvR 1241/97 - NJW 2002, 3458 <3459>). Marktbezogene Informationen des Staates beeinträchtigen aber nicht den Gewährleistungsbereich des Art. 12 Abs. GG, sofern der Einfluss auf wettbewerbsrechtliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln erfolgt. Danach setzt die Verbreitung staatlicher Informationen eine Aufgabe der handelnden Stelle und die Einhaltung der Zuständigkeitsgrenzen voraus. Außerdem sind die Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit der Information zu beachten, und die staatliche Informationsstätigkeit darf in ihrer Zielsetzung und in ihren Wirkungen kein Ersatz für eine staatliche Maßnahme sein,

die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre (BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 558/91 u.a. - BVerfGE 105, 252 <268 ff.>). Auch im nichtwirtschaftlichen Bereich besteht eine aus der Staatsleitung abgeleitete Ermächtigung zum Informationshandeln, wenn sich das Informationshandeln im Rahmen der Informationskompetenz hält und die Betroffenen nicht unverhältnismäßig in ihren Grundrechten beeinträchtigt (BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 670/91 - BVerfGE 105, 279 <301>). Liegen diese Voraussetzungen vor, ist das Informationshandeln von der staatlichen Aufgabenwahrnehmung auch dann gedeckt, wenn es mit einer mittelbar-faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung verbunden ist. Denn die Zuweisung einer Aufgabe berechtigt grundsätzlich zur Informationstätigkeit im Rahmen der Wahrnehmung dieser Aufgabe, auch wenn dadurch mittelbar-faktische Beein-

trächtigungen herbeigeführt werden können. Der Vorbehalt des Gesetzes verlangt in diesem Fall keine darüber hinausgehende besondere Ermächtigung durch den Gesetzgeber (BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 670/91 - BVerfGE 105, 279 <303>).

- 36 aa) Bei der Tätigkeit der Koordinierungsstelle handelt es sich um eine staatliche Aufgabe. Sie beruht auf der Bund-Länder-Vereinbarung von 2009. Die Suchmeldung hält sich im Rahmen der der Koordinierungsstelle danach zugewiesenen Dokumentations- und Informationsaufgabe. Die Befugnis zu staatlichem Handeln ergibt sich im Informationsbereich zudem aus der der Staatsleitung zuzurechnenden Öffentlichkeitsarbeit. Diese umfasst auch die Verbreitung von Informationen, um auf diesem Wege die Öffentlichkeit über wichtige Vorgänge zu unterrichten und die Bürger zur eigenverantwortlichen Mitwirkung

bei der Bewältigung von Problemen zu befähigen (BVerfG, Beschlüsse vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 558/91 u.a. - BVerfGE 105, 252 <268 ff.> und - 1 BvR 670/91 - BVerfGE 105, 279 <302>). Angesichts der historischen Verantwortung Deutschlands besteht ein gesamtgesellschaftliches Interesse an der Veröffentlichung von Informationen zu Kulturgütern, bei denen ein Raubkunstverdacht besteht, um auf diesem Weg interessierte Bürger zu einer eigenverantwortlichen Mitwirkung an der Bewältigung der bis heute fortdauernden rechtswidrigen Folgen des NS-Regimes zu befähigen. Ob darüber hinaus auch die Veröffentlichung endgültig abgewickelter Verlustvorgänge von der staatlichen Informationsbefugnis umfasst wäre, bedarf keiner Entscheidung.

37 bb) Das Informationshandeln der Koordinierungsstelle verstößt nicht gegen die föderale

Kompetenzordnung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 670/91 - BVerfGE 105, 279 <308>). Da die Tätigkeit der Koordinierungsstelle sowohl der Durchsetzung von Wiedergutmachungsinteressen als auch dem Kulturgüterschutz dient, besteht sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene eine aus der föderalen Aufgabenzuweisung abgeleitete Befugnis zum Informationshandeln. Bestehen insoweit parallele Kompetenzen, ist es mit Blick auf die föderale Kompetenzordnung nicht zu beanstanden, dass die Koordinierungsstelle nach der Bundes-Länder-Vereinbarung vom Bund und den Ländern gemeinsam finanziert wird, das Informationshandeln rechtlich aber nur vom Beklagten wahrgenommen wird.

38 cc) Die streitgegenständliche Veröffentlichung ist weder unsachlich noch unzutreffend. Dabei kommt es bei der Frage der inhaltlichen Richtigkeit nicht darauf an, ob den

Rechtsvorgängern der Beigeladenen das Gemälde tatsächlich NS-verfolgungsbedingt abhandengekommen ist. Denn die Veröffentlichung von Suchmeldungen in der Lost Art Internet-Datenbank erschöpft sich in der Dokumentation von Meldungen Dritter, die vom Betreiber lediglich einer groben Plausibilitätsprüfung unterzogen werden. Die inhaltliche Richtigkeit des von dritter Seite durch eine Suchmeldung erhobenen Raubkunstverdachts ist daher nicht Gegenstand der staatlichen Information. Folglich kommt es - abgesehen von Fällen evidenter Unrichtigkeit - nicht darauf an, ob die der Verlustmeldung zugrunde gelegten Tatsachen richtig sind und der Melder hieraus zutreffende rechtliche Schlussfolgerungen gezogen hat. Das Ziel der Datenbank liegt nicht in der Anerkennung und/oder Zuordnung von Rückgabeansprüchen; über die Veröffentlichung von Such- und Fundmeldungen sollen Vorkriegseigentümer bzw. deren

Erben und heutige Besitzer nur zusammengeführt und beim Finden einer fairen und gerechten Lösung unterstützt werden.

- 39 dd) Die Aufrechterhaltung der Suchmeldung ist in Bezug auf die von ihr in ihren wirtschaftlichen Interessen nachteilig betroffenen Personen und deren Grundrechte auch nicht aus sonstigen Gründen unverhältnismäßig. Sie verfolgt mit der Unterstützung der Beigeladenen, die plausibel geltend gemacht haben, dass ihren Rechtsvorgängern das Gemälde NS-verfolgungsbedingt entzogen worden ist, bis zu einer endgültigen Klärung der Eigentumsfrage und etwaiger Herausgabeansprüche mit Blick auf die historische Verantwortung Deutschlands, seiner Zustimmung zu den Washingtoner Grundsätzen und dem Bemühen, diese mit Hilfe der Lost Art Internet-Datenbank tatsächlich umzusetzen, einen legitimen Zweck. Zur Erreichung dieses Zwecks ist die Aufrechterhaltung der Suchmeldung bis zu einer

endgültigen Klärung geeignet und erforderlich. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass der Zweck der Datenbank durch eine andere weniger belastende, aber gleich effektive Form staatlicher Information hätte erreicht werden können. Schließlich fehlt es auch nicht an der Angemessenheit, da die Beteiligten die Möglichkeit haben, eine endgültige Klärung ggf. auf dem Zivilrechtsweg herbeizuführen.

- . 40 ee) Die Aufrechterhaltung der Suchmeldung ist auch nicht deshalb rechtswidrig, weil sie nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Unabhängig von der Befugnis staatlicher Stellen zum Informationshandeln wird der Gewährleistungsbereich der hiervon betroffenen Grundrechte dann beeinträchtigt, wenn sich das Handeln nicht auf die Veröffentlichung von Informationen beschränkt, auf deren Grundlage die Nutzer der staatlichen Informationsquelle eigenbestimmte, an ihren Interessen ausgerichtete Entscheidungen treffen können.

Insbesondere kann staatliche Informationstätigkeit den Gewährleistungsbereich der betroffenen Grundrechte beeinträchtigen, wenn sie in der Zielsetzung und in ihren Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als Grundrechtseingriff im klassischen Sinne zu qualifizieren wäre. Durch die Wahl eines solchen funktionalen Äquivalents eines Eingriffs können die besonderen Bindungen der Rechtsordnung einschließlich des Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage nicht umgangen werden; vielmehr müssen in diesen Fällen die für einen Grundrechtseingriff maßgebenden rechtlichen Anforderungen erfüllt sein (BVerfG, Beschlüsse vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 558/91 u.a. - BVerfGE 105, 252 <273> und - 1 BvR 670/91 - BVerfGE 105, 279 <303>).

- . 41 In diesem Sinne stellt die Aufrechterhaltung der Suchmeldung kein funktionales Äquivalent für einen (finalen)

Grundrechtseingriff dar. Der Informationsgehalt der Meldung beschränkt sich auf die Dokumentation des von dritter Seite geäußerten Verdachts, dass es sich bei dem Gemälde um Raubkunst handele. Auf der Grundlage dieser Information können die Nutzer der Datenbank eigenbestimmte und an ihren Interessen ausgerichtete Entscheidungen treffen, etwa ob sie als Besitzer des Bildes zur freiwilligen Rückgabe oder zur Mitwirkung an einer anderen Lösung bereit sind oder ob sie als Auktionshaus oder Kaufinteressent trotz des bestehenden Verdachts und der damit verbundenen Risiken das Gemälde zur Versteigerung annehmen bzw. erwerben wollen. Die Suchmeldung hat hingegen keinerlei Auswirkungen auf die Eigentumszuordnung, die Verfügungsbefugnis und das Bestehen etwaiger Rückgabeansprüche. Diese Fragen müssen im Streitfall zwischen den Beteiligten auf dem Zivilrechtsweg geklärt werden. Etwaige Auswirkungen auf den

Marktwert und die Verkäuflichkeit des Bildes ergeben sich primär aus der von den Beigeladenen geltend gemachten Verlustgeschichte. Der sich daraus ergebende "Makel" wird durch die Aufrechterhaltung der Eintragung in der Suchliste nur publik gemacht. Er würde durch eine Löschung nicht entfallen und könnte von den Beigeladenen auf anderem Wege - auch öffentlichkeitswirksam - weiterverfolgt werden. Insoweit unterscheidet sich der Fall von dem der "E-Zigaretten-Entscheidung" des Obergerichtes Münster vom 17. September 2013 - 13 A 2541/12 - (DVBl 2013, 1462) zugrunde liegenden Sachverhalt, der eine ministerielle Warnung vor dem Verkauf von E-Zigaretten betraf, bei der sich die verbotsähnliche Wirkung u.a. daraus ergab, dass Handel und Verkauf der Ware als Rechtsverstoß qualifiziert worden war, der auch schwerwiegende strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen könne.

42 Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage ergibt sich auch nicht aus der von der Klägerin herangezogenen "Wesentlichkeitstheorie" des Bundesverfassungsgerichts. Danach verpflichten das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip den Gesetzgeber, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Verwaltung zu überlassen. Ob eine Maßnahme wesentlich ist und damit dem Parlament selbst vorbehalten bleiben muss oder jedenfalls nur aufgrund einer inhaltlich bestimmten parlamentarischen Ermächtigung ergehen darf, hängt im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel davon ab, ob sie wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte ist (BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 1977 - 1 BvL 1/75 u.a. - BVerfGE 47, 46 <79> m.w.N.). Insoweit ist der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für ein zulässiges staatliches Informationshandeln zu entnehmen, dass es bei

Einhaltung der dort aufgestellten Voraussetzungen auch unter dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeit keiner gesetzlichen Grundlage bedarf. Auf die weiteren Ausführungen der Klägerin zum institutionellen Gesetzesvorbehalt kommt es hier schon deshalb nicht an, weil es sich bei der Koordinierungsstelle nicht um eine rechtlich selbständige öffentliche Einrichtung handelt, sondern nur um eine unselbständige Anstalt.

43 3.3 Ist die Aufrechterhaltung der Suchmeldung nach dem Vorstehenden objektiv rechtmäßig, fehlt es zugleich an der für das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs erforderlichen Verletzung der Klägerin in eigenen Rechten. Auch bedarf es keiner Entscheidung über die erhobenen Verfahrensrügen.

44 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO. Da sich die Beigeladenen mit Stellung eigener Anträge am Kostenrisiko beteiligt haben,

entspricht es der Billigkeit, der Klägerin auch die Erstattung der außer- gerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen.

Prof. Dr. Berlitz Prof. Dr. Dörig Prof. Dr. Kraft Fricke Dr. Rudolph

Beschluss

Der Wert des Streitgegenstands wird für das Revisionsverfahren auf 5 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG).

Prof. Dr. Berlitz Fricke Dr. Rudolph

BUNDESSOZIALGERICHT, Urteil vom
22.4.2015 B 3 KS 7/13

Ein eingetragener Verein, der nach seiner eigenen Einschätzung nach nicht von Gewinnerzielungsabsicht geleitet wird und sich aus Haushaltszuweisungen oder Beiträgen seiner Mitglieder finanziert, kann ein „Unternehmer“ im Sinne des § 24 KSVG sein. In vorliegendem Fall ging es um die Abgabepflicht nach § 24 KSVG des Bundesverbandes der Anzeigenblattverlage. Indem der Bundesverband der Anzeigenblattvergabe mit Publikationen, Internetauftritt und Imagefilm die Aufmerksamkeit werbender Unternehmen auf das spezielle Angebot der kostenlosen Anzeigenblätter lenkt, macht er Werbung für Dritte – nämlich für die Verlage, die bei ihm Mitglied sind. Diese Verlage sind –obwohl Mitglieder des Vereins- im Verhältnis zum Kläger „Dritte“, denn Mitglieder einer juristischen Person (e.V.) sind mit dieser im rechtlichen Sinne, nicht identisch. Somit besteht eine Abgabepflicht nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr. 7 KSVG, wonach zur Künstlersozialabgabe Unternehmer verpflichtet sind, die Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit für Dritte betreiben.

**BUNDESSOZIALGERICHT Urteil vom
22.4.2015, B 3 KS 7/13 R**

Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 19. Juni 2013 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt auch die Kosten des Revisionsverfahrens. Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 5000 Euro festgesetzt.

Tatbestand

- . 1 Streitig ist die grundsätzliche Pflicht des Klägers zur Abführung der Künstlersozialabgabe (KSA) nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG).
- . 2 Der Kläger, ein 1987 gegründeter eingetragener Verein, ist der Spitzenverband der Anzeigenblattverlage in Deutschland. Ihm gehören 220 Verlage mit 926 Titeln bei einer geprüften Wochenauflage von 65,2 Millionen Exemplaren an (www.bvda.de, Stand Juni 2013). Damit repräsentiert er 70 % der

Gesamtauflage. Anzeigenblätter sind nach der Definition des Klägers "Presseprodukte, die kostenlos mindestens 12 Mal im Jahr in regelmäßigen Abständen an die Haushalte eines fest umrissenen Gebietes flächendeckend verteilt werden. Ihr Vorzug liegt in der hohen Haushaltsabdeckung, der entsprechend hohen Reichweite sowie der großen Lokalität. Anzeigenzeitungen weisen im Schnitt 30-40 % redaktionelle Inhalte auf."

- 3 § 2 der Satzung des Klägers (Fassung vom 22.4.2004) lautet:
 1. Der Verband bezweckt die Wahrung und Förderung aller gemeinsamen Belange der in ihm zusammengeschlossenen Verlage.
 2. Zu seinen Aufgaben gehören insbesondere
 - . a) Unterrichtung der Mitglieder über alle für sie relevanten Grundsatzfragen, Entwicklungen und Tendenzen

- . b) Beratung der Mitglieder auf allen Gebieten des Anzeigenblattwesens
- . c) Förderung eines intensiven Meinungs- und Erfahrungsaustausches unter den Mitgliedern
- . d) Einarbeitung und Abgabe von Stellungnahmen zu allen Fragen des Anzeigenblattwesens, auch im Hinblick auf gesetzgeberische Maßnahmen
- . e) Förderung des lautereren Wettbewerbs
- . f) Entsendung von Delegierten in andere Organisationen, die sich mit Anzeigenblättern befassen
- . g) Durchführung der Auflagenkontrolle für Anzeigenblätter
- . h) Erarbeitung und Bereitstellung von Unterlagen, die der Transparenz des Anzeigenblattmarktes förderlich sind
- . i) Wahrung des Ansehens des Berufsstandes.

3. Ausgenommen ist die Vertretung sozialpolitischer Belange.

4. In pressepolitischen Grundsatzfragen und in medienübergreifenden Bereichen kann der Verband mit den anderen Organisationen des Pressewesens zusammenarbeiten.

5. Die Tätigkeit des Verbandes ist weder auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb noch auf die Erzielung von Gewinn gerichtet."

4 Der Kläger versteht sich als Ansprechpartner für Medien- und Werbeagenturen, Fachmedien, Parteien, Bildungseinrichtungen und sonstige Interessierte und beschreibt seine Aktivitäten (www.bvda.de/der-bvda/aufgaben-und-ziele) wie folgt:

5 INTERNE AKTIVITÄTEN

- Der BVDA ist Träger der ADA, der Auflagenkontrolle der Anzeigenblätter und veröffentlicht die aktuellen Zahlen quartalsweise in der

Mediainformation. Die ADA ist für die BVDA-Mitgliedsverlage obligatorisch.

- Umfassender Informationsdienst über alle die Mitgliedsverlage tangierenden Vorgänge (z.B. rechtliche Belange, Aktivitäten von Werbe-/Mediaagenturen und Großkunden etc.)
- Konkurrenzbeobachtung
- Bereitstellung von Marktforschungs-Know-How für die BVDA-Mitgliedsverlage zur Erstellung von Studien zur Medialeistung der Anzeigenblätter
- Strategische Planung und Auswertung von Studienergebnissen
- Interner Presse- und Informationsdienst inkl. regelmäßigem Newsletter
- Pflege und Weiterentwicklung des Planungsprogrammes ADVERTIZOR
- Vertretung der Mitglieder in diversen Fachausschüssen der Werbewirtschaft

6 EXTERNE AKTIVITÄTEN

- Der Markt- & Mediaservice des BVDA gibt generelle Auskünfte

zum Anzeigenblattmarkt und über die Ergebnisse der BVDA-Studien zur Medialeistung der Anzeigenblätter. Darüber hinaus stellt der Markt- und Mediaservice Kunden der Anzeigenblatt-Verlage sowie deren Agenturen das Planungstool ADVERTIZOR zur Verfügung und unterstützt diese bei konkreten Planungsanfragen.

- Der BVDA führt Studien durch (bzw. lässt Studien durchführen) und gibt diese an die
- Der BVDA publiziert und verbreitet Ratgeber zum Werbeträger Anzeigenblatt.
- Der BVDA betreut individuell Werbe- und Mediaagenturen bzw. Großkunden.
- Presse- und Öffentlichkeitsarbeit: der BVDA ist kompetenter Ansprechpartner für Journalisten, Politiker, Universitäten/Bildungseinrichtungen oder sonstige Interessierte und verbreitet neben regelmäßigen Pressemitteilungen auch einen externen Newsletter.

- Lobbying: der BVDA vertritt die Interessen der Anzeigenblätter in politischen und gesellschaftlichen Institutionen und ist zudem Mitglied im Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW).
- . 7 Zur Aufgabenerfüllung beschäftigt der Kläger ua mehrere Mitarbeiter, die im Bereich Informations- und Öffentlichkeitsarbeit bzw Markt- und Mediaservice tätig sind. Der Kläger berichtet auf seiner Internetseite (www.bvda.de) unter den Rubriken "Der BVDA", "BVDA News", "Marktdaten", "Mitglieder", "Presse", "Publikationen", "BVDA Akademie" und "Engagement" aus dem Verband und aus den Mitgliedsverlagen, er gibt Pressemitteilungen heraus und verbreitet einen "Newsletter". Die Publikationen "Allensbacher Markt- und Werbeträgeranalyse (AWA 2012)", "Anzeigenblatt-Qualität (AQ)", "Geprüfte Direktzustellung der Anzeigenblätter", "maXdirect - Mitgliederverzeichnis, BVDA

Prospekt-Studie (PS2008)", "Daten & Fakten - Wissenswertes rund um das marktgerechte Medium Anzeigenblatt" sowie "Media-Informationen Anzeigenblätter der ADA-geprüften Titel (quartalsweise)" können über die Internetseite bestellt werden. Weiterhin stellt der Kläger im Internet einen Imagefilm bereit, der die Kunden über seine Arbeit und die Möglichkeiten der Werbung durch Anzeigenblätter unterrichtet.

- . 8 Die beklagte Künstlersozialkasse (KSK) stellte die grundsätzliche Pflicht des Klägers zur Abführung der KSA auf an selbstständige Künstler und Publizisten gezahlte Honorare fest (*Erfassungsbescheid vom 25.7.2005*, *Widerspruchsbescheid vom 6.7.2006*), weil er als Unternehmer einen Verlag betreibt. Durch die Herausgabe der Publikationen zum Werbeträger Anzeigenblatt und die Verbreitung von Pressemitteilungen betätige er

sich als "sonstiger" Verlag (§ 24 Abs 1 Satz 1 Nr 1 KSVG).

9 Im Klageverfahren hat der Kläger ausgeführt, er sei kein Unternehmer iS des § 24 KSVG, weil er nicht umsatzsteuerpflichtig sei. Er betreibe auch keinen Verlag, weil er nicht mit Gewinnerzielungsabsicht tätig werde. Bei den im Internet genannten "wissenswerten Publikationen" handele es sich um diverse Broschüren zu verbandsrelevanten Themen, die er durch Dritte ("Firma Commedia") im Auftragswege habe herstellen lassen. Diese Publikationen würden gegen eine Schutzgebühr abgegeben, die nur der Verhinderung unüberlegter Bestellungen diene. Der Vertrieb der Broschüren erfolge durch die Servicegesellschaft Deutscher Anzeigenblätter mbH (SGA mbH). Damit "vertreibe" der Kläger auch keine Druckwerke, was ein wesentliches Element der Verlagstätigkeit darstelle. Die Herausgabe der Broschüren sei Teil der Öffentlichkeitsarbeit.

Pressemitteilungen seien keine verlegerischen Werke.

10 Das SG hat den Erfassungsbescheid der Beklagten aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger nicht der Abgabepflicht nach § 24 KSVG unterliege (*Urteil vom 25.5.2011*). Die in Betracht kommenden Abgabebetstände nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 1 und 7, Abs 1 Satz 2 sowie Abs 2 Satz 1 KSVG seien nicht erfüllt.

11 Auf die Berufung der Beklagten hat das LSG die erstinstanzliche Entscheidung geändert und die Klage abgewiesen (*Urteil vom 19.6.2013*). Der Kläger betreibe mit seinen Broschüren und Pressemitteilungen, insbesondere aber mit dem im Internet frei zugänglichen Imagefilm, der in der mündlichen Verhandlung vom 19.6.2013 vorgeführt worden ist, Werbung und Öffentlichkeitsarbeit für Dritte (§ 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG). Seine Aktivitäten kämen nicht nur den Mitgliedsverlagen, sondern letztlich auch allen Nichtmitgliedern zugute, weil er sich für das gesamte deutsche

"Anzeigenblattwesen" (§ 2 Nr 2 Buchst b der Satzung) und für die Wahrung des Ansehens des gesamten Berufsstandes einsetze (§ 2 Nr 2 Buchst i der Satzung). Daher komme es nicht auf die Frage an, ob auch die Mitgliedsverlage als eigenständige juristische Personen "Dritte" iS des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG seien, wie die Beklagte meint. Die Nichtmitglieder, die 30 % der Gesamtauflage der Anzeigenblätter in Deutschland repräsentierten, seien jedenfalls auch von der Werbung und Öffentlichkeitsarbeit des Klägers profitierende "Dritte". Der Kläger betreibe die Öffentlichkeitsarbeit für Dritte ferner dadurch, dass er die Veranstaltungen der BVDA-Akademie öffentlich darstelle, die von der rechtlich selbstständigen SGA mbH durchgeführt werden. Für den Unternehmensbegriff des § 24 KSVG sei eine Gewinnerzielungsabsicht und eine Umsatzsteuerpflicht nicht entscheidend; es reiche aus, dass sich der Kläger durch Mitgliedsbeiträge finanziere.

12 Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung materiellen Rechts (§ 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG) und macht Verfahrensfehler des LSG durch Verletzung der Hinweispflicht (§ 202 SGG iVm § 139 Abs 2 Satz 2 ZPO) sowie durch Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (§ 62 SGG, Art 103 Abs 1 GG, Art 6 Abs 1 EMRK) geltend. Die Inaugenscheinnahme des Imagefilms sei überraschend und ohne vorherigen Hinweis des Gerichts erfolgt, sodass es für ihn unmöglich gewesen sei, in der mündlichen Verhandlung vor dem LSG am 19.6.2013 zum Inhalt und zur Zielrichtung des Films sachgerecht vorzutragen. Die Öffentlichkeitsarbeit durch den Film und alle sonstigen Aktivitäten geschehe stets nur im Interesse des Verbandes selbst und zu Gunsten seiner Mitgliedsverlage, die rechtlich nicht als "Dritte" angesehen werden könnten. Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit für die dem Verband nicht angehörenden Anzeigenblattverlage erfolge nicht und verstieße auch gegen die

Satzung. Das LSG habe die Aussagen des Films unrichtig interpretiert und den Tatbestandsberichtigungsantrag zu Unrecht abgelehnt (*Beschluss des LSG vom 23.5.2014*). Die SGA mbH sei als Tochtergesellschaft des Klägers ebenfalls nicht "Dritte" iS des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG, sodass die Öffentlichkeitsarbeit für die BVDA-Akademie, deren Betrieb durch die SGA mbH lediglich aus steuerlichen Gründen erfolge, ebenfalls keine abgabepflichtige Tätigkeit darstelle.

- . 13 Der Kläger beantragt,
 - . das Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 19.6.2013 zu ändern und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Berlin vom 25.5.2011 zurückzuweisen.
- . 14 Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt,
 - . die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

- . 15 Die Revision des Klägers ist zwar zulässig, in der Sache aber unbegründet. Das LSG hat zu Recht das stattgebende Urteil des SG korrigiert und die Klage abgewiesen. Der Kläger unterliegt der Pflicht zur Abführung der KSA auf an selbstständige Künstler oder Publizisten gezahlte Honorare, weil er Werbung und Öffentlichkeitsarbeit für Dritte iS des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG betreibt. Der Erfassungsbescheid der Beklagten vom 25.7.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6.7.2006 ist rechtmäßig.
- . 16 1. Die auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachtenden Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor. Den Streitgegenstand des vorliegenden Rechtsstreits bildet nicht nur die Anfechtungsklage gegen den Erfassungsbescheid der Beklagten vom 25.7.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6.7.2006 (§ 54 Abs 1 SGG),

sondern daneben auch die zusätzlich erhobene Klage auf Feststellung, der Kläger unterliege nicht der Abgabepflicht nach § 24 KSVG (§ 55 Abs 1 Nr 1 SGG). Für diese Feststellungsklage kann der Kläger ein "berechtigtes Interesse" geltend machen; denn die begehrte negative Feststellung geht in ihrer Wirkung über die mit der Anfechtungsklage verfolgte Aufhebung des entgegenstehenden Bescheides hinaus. Eine solche Aufhebung könnte im Einzelfall zB auf rein formalen Gründen beruhen, die einer nochmaligen - dann formgerechten - positiven Feststellung nicht entgegenstehen. Deshalb ist ein von der Beklagten erstmals als abgabepflichtig erfasstes Unternehmen grundsätzlich nicht gehindert, das Klagebegehren über die bloße Aufhebung des Erfassungsbescheides hinaus auf die Feststellung des Nichtbestehens der Abgabepflicht nach § 24 KSVG (§ 55 Abs 1 Nr 1 SGG) zu erstrecken (so *bereits*

Urteil des erkennenden Senats vom 25.2.2015 - B 3 KS 5/13 R - zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen).

- . 17 2. Der Erfassungsbescheid stellt im Ergebnis rechtmäßig die Abgabepflicht des Klägers nach § 24 KSVG fest. Allerdings folgt die Abgabepflicht nicht aus dem Betrieb eines Verlages (§ 24 Abs 1 Satz 1 Nr 1 KSVG), wie von der Beklagten ursprünglich angenommen worden war, sondern aus dem Betrieb eines Unternehmens, das sich mit Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit für Dritte befasst (§ 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG).
- . 18 a) Der Kläger betreibt ein Unternehmen iS des § 24 KSVG.
- . 19 aa) Der Unternehmensbegriff ist nicht auf Einrichtungen beschränkt, die erwerbswirtschaftlich oder mit der Absicht der Gewinnerzielung am Markt agieren. Auch Einrichtungen, die (nur) die ihnen gesetzlich oder satzungsgemäß

zugewiesenen Aufgaben erfüllen, können die Werke und Leistungen selbstständiger Künstler und Publizisten nutzen und sind in diesem Sinne Verwerter von Kunst und Publizistik. Deshalb sind diese Einrichtungen von der Abgabepflicht auch nicht ausgenommen (*BSGE 111, 94 = SozR 4- 5425 § 24 Nr 11, RdNr 27; BSG SozR 4-5425 § 24 Nr 4 RdNr 7; BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 6 und 10*). Dies gilt für zivilrechtlich organisierte Vereinigungen und öffentlich-rechtlich verfasste Einrichtungen gleichermaßen. Die spezifische Solidaritäts- und Verantwortungsbeziehung zwischen selbstständigen Künstlern und Publizisten auf der einen Seite und den Vermarktern und Verwertern von Kunst und Publizistik auf der anderen Seite beruht nämlich nicht darauf, dass mit der Inanspruchnahme der Werke und Leistungen selbstständiger Künstler und Publizisten Gewinne erzielt oder überhaupt erwerbswirtschaftliche Ziele verfolgt werden, sondern

darauf, dass die Verwerter und Vermarkter bei der Inanspruchnahme solcher Werke und Leistungen eine arbeitgeberähnliche Position einnehmen (*BVerfGE 75, 108 = SozR 5425 § 1 Nr 1; BSGE 111, 94 = SozR 4-5425 § 24 Nr 11, RdNr 27; BSG SozR 4-5425 § 24 Nr 4 RdNr 7; BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 15 S 97 f*). Für das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber einer Bilderserie für eine Informationsbroschüre und dem Fotografen ist es ohne Bedeutung, ob der Auftraggeber mit der Broschüre Geld verdienen will oder seinem öffentlich-rechtlich oder satzungsmäßig begründeten Auftrag zur Vertretung der Interessen seiner Mitglieder nachkommt. Der Gesetzgeber sieht für die Pflicht zur Leistung der KSA nicht eine kommerzielle Vermarktung künstlerischer oder publizistischer Leistungen, sondern allgemein deren Inanspruchnahme und Verwertung für eigene Zwecke als maßgeblich an (*BT-Drucks 11/2964 S 13*). Daher ist die KSA auch dann abzuführen, wenn

Einrichtungen bei der Verwertung von Kunst oder Publizistik gerade in Erfüllung einer öffentlichen oder - wie hier - satzungsmäßigen Aufgabe tätig werden (*BSGE 111, 94 = SozR 4-5425 § 24 Nr 11, RdNr 27; BSG SozR 4-5425 § 24 Nr 4 RdNr 7; BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 15 S 97 f*). Ein übergeordneter, dritter Zweck der Nutzung der künstlerischen und publizistischen Leistungen ist gerade nicht erforderlich (*BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 15 S 98*).

- . 20 bb) Für den Unternehmensbegriff des KSVG wird neben einer nachhaltigen Tätigkeit die Absicht der Erzielung von Einnahmen gefordert (*vgl BSGE 111, 94 = SozR 4-5425 § 24 Nr 11, RdNr 29 mwN*); diese Voraussetzung ist hier ebenfalls erfüllt. Der erkennende Senat hat es stets als ausreichend angesehen, wenn zwischen der Verwertung künstlerischer oder publizistischer Werke oder Leistungen und der Erzielung von Einnahmen nur eine mittelbare Verbindung besteht. Eine Körperschaft des

öffentlichen Rechts finanziert sich durch Beiträge oder Haushaltszuweisungen, die sie zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben erhält (*BSGE 111, 94 = SozR 4-5425 § 24 Nr 11, RdNr 29; BSG SozR 4-5425 § 24 Nr 4 RdNr 7; BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 15 S 97 f; BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 8 S 42 f*). Zivilrechtlich organisierte Vereine finanzieren sich in erster Linie durch die Beiträge ihrer Mitglieder. Auch die Finanzausstattung des Klägers besteht aus den Beiträgen seiner Mitglieder. Soweit eine Einrichtung sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch der Werke oder Leistungen von Künstlern oder Publizisten bedient, besteht auch - in einem weiteren Verständnis - die Absicht zur Erzielung von Einnahmen.

- . 21 cc) Der Kläger kann seine Auffassung, kein Unternehmen iS des § 24 Abs 1 KSVG zu betreiben, weil er keine Gewinnerzielungsabsicht habe, nicht auf § 24 Abs 2 KSVG stützen, wonach "ferner" Unternehmen zur KSA

verpflichtet sind, die nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler und Publizisten erteilen, um deren Werke oder Leistungen für Zwecke des eigenen Unternehmens zu nutzen, wenn im Zusammenhang mit dieser Nutzung Einnahmen erzielt werden sollen. Denn hiermit sollten nur weitere Unternehmen - im Sinne eines Auffangtatbestandes - in die Abgabepflicht einbezogen werden, die nicht unter den Katalog der typischen Verwerter des § 24 Abs 1 KSVG fallen, aber in vergleichbarer Weise immer wieder künstlerische oder publizistische Werke oder Leistungen nutzen. Gedacht war hierbei zB an Unternehmen, in denen Produkte oder Verpackungen künstlerisch gestaltet werden (*vgl BT-Drucks 11/2979 S 7 Nr 6*). Das zusätzliche Merkmal der Einnahmenerzielung im Zusammenhang mit der Nutzung wurde als erforderlich angesehen, um zB das bloße Ausschmücken von Gebäuden mit Kunstwerken

nicht abgabepflichtig werden zu lassen

(*Finke/Brachmann/Nordhausen, KSVG, 4. Aufl 2009, § 24 RdNr 200*). Der Senat hat hierzu bereits entschieden, dass das Merkmal der Einnahmenerzielung in § 24 Abs 2 KSVG zur konkreten Abgrenzung des Tatbestandes dient und nichts darüber besagt, inwieweit das Gesetz überhaupt die Erzielung von Einnahmen verlangt (*BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 6 S 32 f*).

- 22 b) Der Kläger betreibt mit seinem Internetauftritt, seinen diversen Publikationen und dem Imagefilm Werbung und Öffentlichkeitsarbeit für Dritte iS des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG. Maßgeblich ist die Fassung dieser Vorschrift durch Art 1 Nr 16 Buchst a) Doppelbuchst cc) des 2. KSVG-Änderungsgesetzes vom 13.6.2001 (*BGBl I 1027*), mit der vom Gesetzgeber klargestellt worden ist, dass die Öffentlichkeitsarbeit neben der herkömmlichen Werbung ein eigenständiger und gleichrangiger Abgabegrund ist. Die

Abgabepflicht eines Unternehmers nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG besteht also bereits dann, wenn er entweder Werbung für Dritte oder aber Öffentlichkeitsarbeit für Dritte betreibt. Eine exakte Abgrenzung zwischen der Werbung einerseits und der Öffentlichkeitsarbeit andererseits ist somit nicht mehr erforderlich. Vielfach - und so auch hier - werden indes beide Tätigkeitsbereiche nebeneinander abgedeckt.

- 23 aa) Die Publikationen des Klägers, der Imagefilm und seine sonstigen nach außen gerichteten Aktivitäten dienen der Präsentation der Arbeit der Anzeigenblattbranche und der Vorzüge von - für alle Leser kostenlosen - Anzeigenblättern im stark umkämpften Werbemarkt in Deutschland. Damit geht es um Öffentlichkeitsarbeit im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs (vgl hierzu Duden online: *das Bemühen von Organisationen oder Institutionen, zB Parteien, Unternehmen oder Ähnlichen, der Öffentlichkeit eine vorteilhafte*

Darstellung der erbrachten Leistungen zu geben) und damit auch iS des § 24 KSVG, wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat. Die Öffentlichkeitsarbeit ist durch das methodische Bemühen eines Unternehmens, einer Institution, einer Gruppe oder einer Person um das Verständnis und das Vertrauen der Öffentlichkeit durch den Aufbau und die Pflege von Kommunikationsbeziehungen gekennzeichnet (*stRSpr; vgl BSGE 111, 94 = SozR 4-5425 § 24 Nr 11, RdNr 39; BSG Urteil vom 8.10.2014 - B 3 KS 1/13 R - zur Veröffentlichung in SozR 4-5425 § 24 Nr 13 vorgesehen; Finke/Brachmann/Nordhausen, aaO, § 24 RdNr 137*). Mit seinem gleichzeitigen Bemühen, die Aufmerksamkeit der werbenden Unternehmen in Deutschland auf das spezielle Angebot der Anzeigenblätter, insbesondere durch deren flächendeckende Verteilung an alle Haushalte im Verbreitungsgebiet, zu lenken, macht der Kläger zudem Werbung für dieses Produkt der Werbewirtschaft.

Bezeichnenderweise ist der Kläger auch Mitglied im Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft. Der in § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG verwendete Begriff der Werbung beschränkt sich nicht auf die positive Darstellung eines Unternehmens und seiner Leistungen in der Öffentlichkeit (Imagepflege) zum Zweck der Gewinnung und Bindung von Kunden im Sinne einer kommerziellen Waren- bzw Produktwerbung (*BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 6 S 34; BSG SozR 4-5425 § 24 Nr 2 RdNr 13 und BSGE 111, 94 = SozR 4-5425 § 24 Nr 11, RdNr 39*), sondern er ist auch dann erfüllt, wenn unter Einsatz von Werbemitteln auf eine bestimmte Person und ihr Wirken, auf Unternehmen eines bestimmten Wirtschaftszweigs oder eine bestimmte Veranstaltung aufmerksam gemacht wird (*BSGE 111, 94 = SozR 4-5425 § 24 Nr 11, RdNr 39*). Dass der Kläger keine Werbung für ein selbst hergestelltes oder vertriebenes Produkt betreibt, um unmittelbar Umsatz und Gewinn zu

generieren (Absatzwerbung), ist insoweit ohne Bedeutung (*BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 6 S 33*).

- 24 bb) Die Werbung und Öffentlichkeitsarbeit des Klägers erfolgt in erster Linie für seine Mitgliedsverlage und damit für "Dritte" iS des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG. Entgegen der Auffassung des Klägers handelt es sich bei den Anzeigenblattverlagen, die - über ihre Eigentümer bzw Betreiber - Mitglieder des Klägers geworden sind und in ihrer Gesamtheit 70 % der Gesamtauflage der Anzeigenblätter in Deutschland repräsentieren, um "Dritte", weil es sich bei dem Bundesverband um einen eingetragenen Verein (eV) und damit um eine juristische Person des Zivilrechts (§§ 21 ff BGB) handelt, die im Interesse ihrer Mitglieder tätig wird, die ihrerseits jeweils über eine eigenständige Rechtspersönlichkeit als natürliche Person (zB Einzelkaufmann) oder juristische Person (zB AG, GmbH) bzw einer diesen gleichgestellten

Rechtsform (OHG, KG) verfügen. Nur wenn die Mitglieder des Klägers zur gemeinsamen Interessenvertretung eine Vereinigung ohne den Rechtsstatus als eigenständige juristische Person gegründet hätten, wie es zB bei einer Arbeitsgemeinschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (*GbR nach §§ 705 ff BGB*) der Fall gewesen wäre, könnte man davon ausgehen, dass die Mitglieder (Gesellschafter) keine "Dritte" iS des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG sind. Es gilt insoweit eine an den Rechtsformen der Beteiligten orientierte Betrachtungsweise, um sachgerecht unterscheiden zu können, ob jemand Öffentlichkeitsarbeit oder Werbung für eine andere - natürliche oder juristische - Person, dh für einen Dritten (§ 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG) oder für sich selbst, dh für das eigene Unternehmen betreibt (§ 24 Abs 1 Satz 2 sowie Abs 2 Satz 1 KSVG).

25 Die strikte Trennung nach den Personen im Rechtssinne bei den beteiligten Akteuren findet nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats auch in anderen Bereichen des KSVG statt. Engagiert ein an sich nach § 24 KSVG abgabepflichtiges Unternehmen einen selbstständigen Künstler für einen Auftritt in einer Veranstaltung über eine von diesem gegründete GmbH oder eine andere Gesellschaft in Form einer juristischen Person, entfällt auf das vom Veranstalter in die Gesellschaft zu zahlende Auftrittshonorar keine KSA, weil nach § 25 Abs 1 Satz 1 KSVG nur Entgelte für künstlerische oder publizistische Werke oder Leistungen abgabepflichtig sind, die im Laufe eines Kalenderjahres "an selbstständige Künstler oder Publizisten", also an natürliche Personen, gezahlt werden (*BSGE 82, 107 = SozR 3-5425 § 25 Nr 12; BSG SozR 3-5425 § 25 Nr 13*).

26 Gleiches gilt bei Honorarzahlungen an eine vom Künstler eingeschaltete OHG oder KG, weil diese Personengesellschaften zwar nicht den Status einer juristischen Person besitzen, einer solchen aber rechtlich gleichzustellen sind. Auf der anderen Seite kann eine solche als "Zwischenverwerter" eingeschaltete Gesellschaft für die an den Künstler wegen seiner künstlerischen Leistung gezahlten Entgelte selbst nach § 24 KSVG abgabepflichtig werden, weil rechtlich gesehen dieser Zwischenverwerter im Verhältnis zu dem Künstler die Rolle des kunstvermarktenden bzw kunstverwertenden Unternehmers übernimmt (*BSGE 82, 107 = SozR 3-5425 § 25 Nr 12 zur GmbH; BSGE 106, 276 = SozR 4-5425 § 25 Nr 7 zur KG; BSG Urteil vom 16.7.2014 - B 3 KS 3/13 R - zur Veröffentlichung in BSGE und SozR 4-5425 § 25 Nr 10 vorgesehen, zur OHG*). Die Pflicht zur Abführung der KSA ist nach § 25 KSVG grundsätzlich auf das direkte

Verwertungsverhältnis zwischen dem Künstler und dem ersten Verwertungsunternehmen und das dort gezahlte Entgelt beschränkt, und diese erste Verwertungsstufe kann eben auch unmittelbar zwischen dem Künstler und einer als Zwischenverwerter fungierenden, vom Künstler selbst gegründeten Gesellschaft bestehen. Die Selbstvermarktung eines selbstständigen Künstlers oder Publizisten ist nur dann abgabefrei, wenn er die Selbstvermarktung als Einzelperson oder als Mitglied einer GbR vornimmt, weil in solchen Fällen die Personenidentität gewahrt ist (*BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 11; BSG SozR 4-5425 § 24 Nr 7 RdNr 8 und BSG SozR 4-5425 § 2 Nr 6 RdNr 14, jeweils mwN*). Wählt ein Künstler aus steuerlichen oder sonstigen Gründen die Selbstvermarktung durch eine von ihm gegründete GmbH, KG oder OHG, muss er künstler sozialversicherungsrechtlich den Nachteil der Abgabepflicht der Gesellschaft nach § 24 KSVG

in Kauf nehmen (*BSG SozR 4-5425 § 25 Nr 8 zur Differenzierung zwischen Honorarzahlungen und Gewinnzuweisungen einer KG hinsichtlich der Abgabepflicht*). Die Trennung zwischen den Personen im Rechtssinne entspricht demnach einem durchgängigen Prinzip im Künstlersozialversicherungsrecht. Durchbrechungen dieses Prinzips sind denkbar, können aber nur vom Gesetzgeber durch eine Neufassung der entsprechenden Vorschriften des KSVG vorgenommen werden.

- . 27 Die Anzeigenblattverlage haben durch ihren Beitritt zum Bundesverband diesen damit "beauftragt", satzungsgemäß bundesweite Öffentlichkeitsarbeit für sie und damit für den größten Teil der Anzeigenblattbranche durchzuführen, die sie sonst hätten selbst und jeder für sich leisten müssen. Der Beitritt hat zugleich den Zweck, von der Werbung des Klägers für die Nutzung der angeschlossenen Anzeigenblätter als Werbemittel

zu profitieren. Damit erfolgt die Werbung und Öffentlichkeitsarbeit des Klägers in erster Linie im Fremdinteresse, nämlich durch eine juristische Person, den eingetragenen Verein, für eine Vielzahl anderer - natürliche oder juristische - Personen, den Eigentümern und Betreibern der Anzeigenblattverlage.

- . 28 Unerheblich ist, dass durch die Aktivitäten des Klägers zur Förderung der Anzeigenblätter indirekt auch jene Anzeigenblattverlage profitieren, die ihm nicht beigetreten sind. Es handelt sich insoweit um eine im Grunde ungewollte, aber praktisch nicht vermeidbare Folge der Werbung und Öffentlichkeitsarbeit des Klägers für die Mitgliedsverlage. Die Begünstigung Dritter durch Maßnahmen der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit müssen nach Sinn und Zweck des § 24 KSVG auf einer Rechtsgrundlage (zB Vertrag, Satzung, Gesetz) beruhen oder auf sonstige Weise im Interesse des Unternehmens liegen; denn die Werbung oder

Öffentlichkeitsarbeit muss "für" diese Dritten erfolgen, also interessengeleitet sein. Unbeabsichtigte Nebenfolgen der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit, die indirekt sonstigen Personen oder Unternehmen zugutekommen können, fallen grundsätzlich nicht unter den Tatbestand des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG, weil diese nicht zum Kreis der begünstigten "Dritten" im Sinne dieser Vorschrift zählen.

29 cc) Auch soweit der Kläger die BVDA-Akademie auf seiner Internetseite vorstellt und auf deren Programm hinweist, ist der Tatbestand der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit für Dritte erfüllt, weil Träger der Einrichtung nicht der Kläger selbst, sondern eine eigenständige Gesellschaft, die SGA mbH, und damit eine andere juristische Person ist, die im Übrigen auch für den Vertrieb der Broschüren des Klägers zuständig ist. Unerheblich ist dabei, ob und in welchem Umfang der Kläger und/oder seine Mitgliedsverlage an der

GmbH beteiligt sind, weil bereits der Umstand, dass die Öffentlichkeitsarbeit für eine andere juristische Person erfolgt, dazu führt, dass die Aktivitäten im Fremdinteresse liegen. Eines konkreten Auftrages der SGA mbH an den Kläger bedarf es insoweit nicht; es reicht aus, dass die Öffentlichkeitsarbeit des Klägers für die SGA mbH aus rechtlichen (zB der Satzung des Klägers oder einem Beschluss seiner Mitgliederversammlung) oder vertraglichen Vorgaben (zB dem Gesellschaftsvertrag der GmbH) hervorgeht (*BSG Urteil vom 21.6.2012 - B 3 KS 2/11 R - BSGE 111, 94 = SozR 4-5425 § 24 Nr 11, RdNr 41*).

30 3. Soweit der Kläger darüber hinaus durch die Darstellung seiner Strukturen, Aufgaben und Arbeitsergebnisse im eigenen Interesse tätig wird und mit seinen Aktivitäten (auch) die Mitgliederwerbung und damit eine Steigerung der Beitragseinnahmen im Auge hat, geht es um Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit für das

eigene Unternehmen. Dies führt nach § 24 Abs 1 Satz 2 KSVG jedoch nur dann zur grundsätzlichen Abgabepflicht, wenn dafür nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler oder Publizisten erteilt werden. Dies war nach den Feststellungen des LSG indes nicht der Fall. Damit entfällt zugleich auch eine KSA-Pflicht nach der Generalklausel des § 24 Abs 2 Satz 1 KSVG.

- . 31 4. Eine Abgabepflicht besteht ferner nicht wegen des Betriebs eines Verlages nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 1 KSVG. Die entgegenstehende Auffassung aus dem Erfassungsbescheid vom 25.7.2005 hat die Beklagte zu Recht fallen gelassen. Ein Unternehmen ist nur dann als (sonstiger) Verlag im Sinne dieser Vorschrift abgabepflichtig, wenn der wesentliche Geschäftszweck auf die Vervielfältigung und Verbreitung von Büchern, Zeitschriften oder anderen Informationsträgern (Medien) gerichtet ist. Der Gesetzgeber hat die Herstellung und Verbreitung

von Druckerzeugnissen allein zum Zwecke der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit ersichtlich nicht unter den Begriff "sonstige Verlage" einordnen wollen; deshalb hat er für diese Tätigkeit die Abgabepflicht nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG bzw § 24 Abs 1 Satz 2 KSVG besonders geregelt (*BSG Urteil vom 4.3.2004 - B 3 KR 17/03 R - SozR 4-5425 § 24 Nr 6 RdNr 22 = Juris RdNr 29*).

- . 32 5. Da der Kläger mit seinem Unternehmen von § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG erfasst wird und damit in den Katalog der typischen kunstvermarktenden und kunstverwertenden Marktteilnehmern fällt, besteht die grundsätzliche Pflicht zur Abführung der KSA auf alle Entgelte, die er an selbstständige Künstler oder Publizisten für Werke und Leistungen der Kunst oder Publizistik zahlt (§ 25 KSVG). Der Erfassungsbescheid des Beklagten vom 25.7.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6.7.2006 ist damit rechtmäßig.

- 33 Es kommt insoweit nicht darauf an, ob und in welchem Ausmaß seit Zustellung des Erfassungsbescheides abgabepflichtige Entgeltzahlungen tatsächlich erfolgt sind. Sollte der Kläger keine Honorare an selbstständige Künstler oder Publizisten gezahlt haben, hätte er für die jeweiligen Kalenderjahre nur Null-Meldungen abzugeben und damit keine KSA zu zahlen.
- 34 6. Die Entscheidung des LSG beruht auf Feststellungen, die ohne Verfahrensfehler erzielt worden sind. Mit der Vorführung des Imagefilms in der mündlichen Verhandlung am 19.6.2013 zu Beweis Zwecken hat das LSG Verfahrensrecht nicht verletzt. Der Film als Objekt des Augenscheins ist im Internet allgemein zugänglich gewesen, und der Kläger hat sich in der mündlichen Verhandlung zu den Schlüssen, die aus dem Film für die werbungs- und öffentlichkeitsbezogenen Aktivitäten des Klägers zu ziehen sind, äußern können. Der Kläger

hat nicht vorgetragen, was er hätte äußern wollen und können, wenn er sich auf die Vorführung des Films vor dem LSG länger hätte vorbereiten können. Im Übrigen hätte ihm die Möglichkeit zur Verfügung gestanden, einen Schriftsatznachlass zu beantragen, wenn er sich außerstande gesehen hat, in unmittelbarem Anschluss an die Filmvorführung sachgerecht Stellung zu nehmen. Eine solche Nachlassfrist hat er nicht beantragt. Für die rechtliche Würdigung ist maßgeblich, ob die Mitgliedsverlage des Klägers und/oder jene Verlage, die ihm nicht angehören, aber indirekt von dessen verbandspolitischen Aktivitäten profitieren, Dritte iS des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG sind. Das LSG hat die Frage der Stellung der Mitgliedsverlage als Dritte offengelassen, aber die Nichtmitglieder als Dritte angesehen. Der Kläger hat die Eigenschaft beider Gruppen als Dritte verneint, ohne dass der Dissens in dieser Rechtsfrage Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung der Sachaufklärung

(§ 103 SGG) durch das LSG hätte. Den Schluss des LSG, dass der Film die Aufmerksamkeit auf das Medium "Anzeigenblatt" und dessen Möglichkeiten als effektiver Werbeträger lenken will, hat der Kläger nicht mit Verfahrensrügen angegriffen.

- . 35 7. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs 1 Satz 1 Teilsatz 3 SGG iVm § 154 Abs 2 VwGO und entspricht dem für den Kläger negativen Ausgang des Rechtsstreits.
- . 36 8. Die Streitwertfestsetzung für das Revisionsverfahren folgt aus § 197a Abs 1 Satz 1 Teilsatz 1 SGG iVm § 63 Abs 2 Satz 1, § 47 und § 52 Abs 1 und 2 GKG.
- . 37 Der Streitwert für den Erfassungsbescheid, der mangels rückwirkender Feststellung der Abgabepflicht erst ab dem Zeitpunkt seiner Bekanntgabe (§ 36a Satz 1 KSVG iVm § 39 Abs 1 SGB X) gilt, bemisst sich nach der zu erwartenden KSA in den ersten drei Jahren seiner Geltung (BSG SozR 4-1920 § 52 Nr 5 RdNr 4). Da es insoweit keine

greifbaren Anhaltspunkte für die Höhe der zu zahlenden KSA gibt und sogar nicht ausgeschlossen werden kann, dass mangels Beauftragung selbstständiger Künstler oder Publizisten überhaupt keine KSA abzuführen ist, muss für das maßgebliche wirtschaftliche Interesse des Klägers am Ausgang des Rechtsstreits (§ 52 Abs 1 GKG) auf den Regelstreitwert von 5000 Euro (§ 52 Abs 2 GKG) zurückgegriffen werden. Da das in der Feststellungsklage enthaltene Begehren in wirtschaftlicher Hinsicht dem der Anfechtungsklage entspricht, ist der Feststellungsklage neben der Anfechtungsklage gegen den Erfassungsbescheid kein zusätzliches wirtschaftliches Interesse des Klägers beizumessen, sodass eine Streitwerterhöhung insoweit ausscheidet.

LG Mannheim Urteil vom 24.4.2015, 7**O 18/14**

§ 14 UrhG schützt das Bestandsinteresse des Urhebers dahingehend, dass sein Werk weder durch Entstellung noch durch Beeinträchtigung in seiner ursprünglichen konkret-ästhetischen Gestaltung verändert wird. Aus § 14 UrhG lässt sich kein Schutz gegen eine vollständige Vernichtung des Werkes begründen, denn diese ist keine Entstellung oder Beeinträchtigung iSd § 14 UrhG. Dem Erhaltungsinteresse des Künstlers kann durch Dokumentation bzw. Fotografie des Werkes Rechnung getragen werden.

Urteil**Leitsätze**

§ 14 UrhG gewährt dem Urheber einer für ein Kunstmuseum geschaffenen Rauminstallation, die mit dem Museumsgebäude unlösbar verbunden ist, in der Regel auch dann keinen Schutz gegen eine Entfernung des Kunstwerks durch den Museumseigentümer, wenn sie mit der

Vernichtung des einzigen Werkoriginals verbunden ist.

Tenor

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 66.000 EUR zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin zu 70%, die Beklagte zu 30%.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des jeweils beizutreibenden Betrags.

Tatbestand

- 1 Die Klägerin strebt mit der Klage der Erhalt ihrer für die Kunsthalle Mannheim geschaffenen Rauminstallation „HHole (for Mannheim)“, auch bezeichnet als „HHole (for Mannheim) 2006 -“, an. Den Streit der Parteien über den Erhalt der Lichtinstallation „[...]“ und die Herausgabe der Werke „[...]“, „[...]“ und „[...]“ hat die Kammer zur gesonderten Verhandlung und Entscheidung abgetrennt.

- . 2 Die Klägerin ist eine international tätige Künstlerin. Die Beklagte, eine Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts, betreibt die Kunsthalle Mannheim, ein Kunstmuseum, als Eigenbetrieb.
- . 3 Im Auftrag der Beklagten hat die Klägerin ab dem Jahre 2006 für den Athene-Trakt der Kunsthalle Mannheim die multimediale und multidimensionale Rauminstallation „HHole (for Mannheim)“ geschaffen. Unter dem Datum des 30. Mai 2006 haben die Parteien, die Beklagte vertreten durch den damaligen Direktor der Kunsthalle Dr. L., hierüber einen sogenannten „Kaufvertrag“ errichtet (Anlage K 5). Das Werk, das nach dem Kaufvertrag den Titel „HHole (For Mannheim), 2006“ trägt und in dem Vertragstext als „permanente Rauminstallation“ bezeichnet wird, umfasst verschiedene Installationen auf allen sieben Ebenen des Athene-Trakts der Kunsthalle Mannheim, die durch vertikal angeordnete kreisförmige Öffnungen in allen Geschossdecken vom

Fundament bis zum Dach miteinander verbunden sind. Es beinhaltet unter anderem einen Lichtstrahl, der ausgehend von einem Lichtprojektor im „Ground Room“ durch alle Öffnungen nach oben bis in den Himmel projiziert wird. Wegen der näheren Beschreibung des Werks wird auf den Kaufvertrag, das nachfolgend eingerückte Schaubild (Anlage K 13) und die nachfolgenden exemplarischen Abbildungen einzelner Werkteile Bezug genommen.

- . 4 In einem Leihschein vom 8. September 2006 (Anlage K 11) ist das Werk, dessen Titel mit „HHole (for Mannheim)“ und dessen Datierung mit „2006 - “ angegeben sind, als „Dauerleihgabe“ bezeichnet. In dem Feld Leihzeitraum befindet sich die Eintragung „24.3.06 - “. Ein später errichteter Leihschein (Anlage K 12) enthält die gleichen Eintragungen; die Versicherungssumme wurde von 140.000 EUR auf 220.000 EUR erhöht. In dem schriftlichen Kaufvertrag vom 30. Mai 2006 ist

ein Gesamthonorar „für das Werkkonzept sowie für den Zeit- und Arbeitsaufwand“ von 70.000 EUR vereinbart. Beträge von jeweils 10.000 EUR sollten nach Ausführung der jeweiligen Werkphase „nach Abnahme einer Werkphase durch die Direktion abrufbar“ sein. Weiter ist bestimmt, dass das Werk nach Vollendung der letzten Werkphase, Anweisung des letzten Honorar Betrags und Abnahme der kompletten Rauminstallation in das Eigentum der Kunsthalle übergeht.

- 5 Die Kunsthalle Mannheim besteht aus drei Gebäudeteilen. Der nach seinem Architekten Hermann Billing benannte Billing-Bau wurde ab 1907 im Jugendstil erbaut. Der Athene-Trakt wurde zur gleichen Zeit als Verbindungsbau zwischen dem Billing-Bau und dem ursprünglich vorgesehenen Reiß-Museum errichtet. An dessen Stelle wurde von 1980 bis 1983 der Mitzlaff-Bau erbaut. Der Athene-Trakt diente seit dieser Zeit als Verbindungsgebäude zwischen

dem Billing-Bau und dem Mitzlaff-Bau.

- 6 Die Beklagte hat im Jahre 2012 beschlossen, den Mitzlaff-Bau abzureißen und durch einen Neubau zu ersetzen. Der Auftrag wurde aufgrund eines Architektenwettbewerbs an das Architekturbüro [...] vergeben. Dessen Planung sieht unter anderem vor, den Athene-Trakt weitgehend zu entkernen, zumindest einige Geschossdecken und das bisherige Dach zu entfernen und einen einheitlichen Raum von ca. zwölf Metern Höhe zu schaffen. Auf der Ebene des ersten Obergeschosses soll eine „schwebende“ Brücke den Billing-Bau und den Neubau verbinden (vgl. Visualisierungen, Anlagenkonvolut K 54; Genehmigungsplanung, Anlagenkonvolut K 66).

- 7 Die Beklagte beabsichtigt, im Zuge dieser Umbaumaßnahmen das Werk „HHole (for Mannheim)“ vollständig zu entfernen. Die demontierbaren Teile wurden nach dem Vortrag der Beklagten

bereits abgebaut. Die aus Brandschutzgründen inzwischen mit Glas verschlossenen Öffnungen in den Geschosdecken, die „HMap“ und ein Betonsockel sind noch vorhanden.

- . 8 Die Klägerin sieht in der beabsichtigten oder schon erfolgten Entfernung des Werks „HHole (for Mannheim)“ eine Verletzung ihres Urheberrechts. Ihr stehe sowohl ein vertraglicher als auch ein gesetzlicher Anspruch auf Erhaltung des Werks zu, der ihr das Recht gebe, dessen Zerstörung durch die Beklagte zu verhindern.
- . 9 Hilfsweise begehrt die Klägerin den Erhalt des Werkes „HHole (for Mannheim)“ durch Integration in den umgebauten Athene-Trakt.
- . 10 Weiter hilfsweise strebt die Klägerin die Zahlung einer angemessenen, vom Gericht der Höhe nach zu bestimmende, den Betrag von EUR 70.000,00 nicht unterschreitende Vergütung ihres Leistungsaufwandes für die Erstellung des Werkkonzeptes

sowie den Zeit- und Arbeitsaufwand für das Werk „HHole (for Mannheim)“ an. Sie trägt vor, die Parteien hätten nach Abschluss des Kaufvertrags festgestellt, dass die Fertigstellung des Werks in den Zustand des „Erwachsenenseins“ noch deutlich längere Zeit in Anspruch nehmen würde und die vereinbarte Vergütung angesichts des Aufwands der Klägerin nicht angemessen sei. Die Beklagte habe erläutert, dass die Klägerin aus dem Programm „Artist in Residence“ eine Aufwandsvergütung erhalten solle. Zu späterer Zeit habe man sich auf einen angemessenen Kaufpreis einigen wollen, der zu zahlen gewesen sei, wenn das Werk in der Grundkonzeption (Erwachsenenzustand) fertig gestellt sei. Die ursprüngliche Vergütungsvereinbarung sei zugunsten der Einigung auf eine angemessene Vergütung aufgehoben worden. Ohnehin sei nach Intervention des Rechtsamts der Beklagten (Schreiben vom 20. Juli 2006, Anlage K 10) beabsichtigt

gewesen, einen neuen Vertrag abzuschließen, wozu es dann aber nicht mehr gekommen sei.

. 11 Die Klägerin beantragt zuletzt:

I. Hauptanträge

A. Werk „HHole (for Mannheim)2006 - “

. 15 1. Die Beklagte wird verurteilt, bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu zahlenden Ordnungsgeldes von bis zu EUR 250.000,00 oder für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft, oder Ordnungshaft, diese zu vollstrecken an dem jeweiligen Bürgermeister der Beklagten, es zu unterlassen, das sich in dem sogenannten Athene-Trakt der Kunsthalle Mannheim befindliche Werk „HHole (for Mannheim)“ ohne ausdrückliche Zustimmung der Klägerin

. 16 1.1. zu bearbeiten und/oder umzugestalten und/oder durch bauliche Maßnahmen an dem Gebäude Athene- Trakt zu beeinträchtigen, insbesondere indem

. 17 abbaubare Bestandteile des Werkes (insbesondere die auf der Abbildung 1) zum Klageantrag entfernt und/oder zerstört und/oder anderweitig platziert werden und/oder

1.-4. Schutz und Wiederherstellung von „HHole (for Mannheim) 2006 - “

. 18 Decken bzw. Böden/Bodenschichten, durch die zur Errichtung der Licht- und Medieninstallation Öffnungen geschaffen worden sind, entfernt werden und/oder in diesen Decken bzw. Böden/Bodenschichten die Öffnungen zur Errichtung des Werkes „HHole (for Mannheim)“ geschlossen werden,

. 19 1.2. zu vernichten, insbesondere indem das Gebäude, in dem sich das Werk befindet, der so genannte Athene- Trakt der Kunsthalle Mannheim, abgerissen und/oder entkernt wird.

. 20 2. Die Beklagte wird verurteilt, bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu zahlenden Ordnungsgeldes von bis zu EUR

- 250.000,00 oder für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft, oder Ordnungshaft, diese zu vollstrecken an dem jeweiligen Bürgermeister der Beklagten, auf eigene Kosten das Werk „HHole (for Mannheim)“ gemäß der Vorgaben in der Abbildung 1 wieder herzustellen, indem sie insbesondere die Teile des Werkes „HHole (for Mannheim)“ sowie den Briefkasten von „HHole (for Mannheim)“, photographisch festgehalten auf der Abbildung 2, die seit September 2007 von der Beklagten selbst oder durch Dritte entfernt wurden, wieder an den ursprünglichen Platz verbringt bzw. installiert und sonstige Veränderungen rückgängig macht.
- . 21 3. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu zahlenden Zwangsgeldes von bis zu EUR 25.000,00 oder für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Zwangshaft, oder Zwangshaft, diese zu vollstrecken an dem

jeweiligen Bürgermeister der Beklagten, der Klägerin und etwaigen, der Beklagten zuvor namentlich bekanntzugebenden Hilfspersonen, an Werktagen unter der Woche in einer vom Gericht zu bestimmenden Zeit zwischen 07:00 Uhr und 24:00 Uhr den Zugang zu dem Gebäudeteil der Kunsthalle Mannheim „Athene-Trakt“ zu verschaffen und es ihr (so) zu ermöglichen, das Werk „HHole (for Mannheim)“ gemäß der Abbildung 1 fertigzustellen und Bearbeitungen an dem Werk vorzunehmen.

- . 22 4. vertraglich geschuldete Vergütung
- . 23 Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin eine angemessene, vom Gericht der Höhe nach zu bestimmende, den Betrag von EUR 70.000,00 nicht unterschreitende Vergütung (ihres Leistungsaufwandes für die Erstellung des Werkkonzeptes sowie den Zeit- und Arbeitsaufwand für das Werk „HHole (for Mannheim)“) Zug um Zug gegen Übergabe nach

- Fertigstellung des Werkes gemäß Ziffer 1.3. zu zahlen.
- . 24 Hilfsweise für den Fall, dass keine Übergabe nach Fertigstellung des Werkes gemäß Ziffer 1.3. mehr erfolgen wird:
 - . 25 Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin eine angemessene, vom Gericht der Höhe nach zu bestimmende, den Betrag von EUR 70.000,00 nicht unterschreitende Vergütung (ihres Leistungsaufwandes für die Erstellung des Werkkonzeptes sowie den Zeit- und Arbeitsaufwand für das Werk „HHole (for Mannheim)“) zu zahlen.
 - . 26 II. Hilfsanträge anstelle der Hauptanträge Ziffern I.1.-3.
 - . 27 1.-2. Erhalt des Werkes bei Umbau des Athene-Traktes im geänderten baulichen Umfeld auf eigene Kosten der Beklagten durch Integration in den Athene-Trakt
 - . 28 1. Die Beklagte wird verurteilt, bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu zahlenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00 oder für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft, oder Ordnungshaft, diese zu vollstrecken an dem jeweiligen Bürgermeister der Beklagten,
 - . 29 1.1 es zu unterlassen, den Athene-Trakt der Kunsthalle Mannheim umzugestalten, soweit dabei ohne Zustimmung der Klägerin über die Dauer der Umbauarbeiten der Kunsthalle im Rahmen der auf der Grundlage der Beschlussvorlage der Beklagten vom 23.05.2011 „Neugestaltung Kunsthalle Mannheim - Machbarkeits- und Wirtschaftlichkeitsstudie“, dem Gemeinderatsbeschluss der Beklagten Nr. V675/2012 vom 05.12.2012 und dem Entwurf der Umbauten des Architektenbüros [...] erfolgenden Sanierung der Kunsthalle hinaus das Werk der Klägerin „HHole (for Mannheim)“ nicht erhalten bleibt, bestehend aus von der Klägerin nach Vorlage der konkreten Planungsunterlagen der Beklagten (bzw. des von der

- Beklagten beauftragten Architekturbüros [...] für den Athene-Trakt zu bestimmenden Kernbestandteilen, wie sie in der Abbildung Ergänzung 1 und den dem Gericht im Termin der mündlichen Verhandlung vom 09.01.2015 überlassenen Abbildungen festgehalten sind und der anzugebenden Grundstruktur, die auf verschiedenen Raumebenen vorhanden sein müssen.
- . 30 1.2 es zu dulden, dass die Klägerin das Werk „HHole (for Mannheim)“ im Rahmen des Umbaus des Athene- Traktes der Kunsthalle Mannheim, mit der vorstehend gemäß A.II.1.1 zu benennenden Grundstruktur in dem Athene-Trakt der Stadt Mannheim nach der Entkernung des Athene-Traktes installiert.
- . 31 2. Die Beklagte wird verurteilt, die Kosten für die planerischen und baulichen Maßnahmen gemäß Ziffer II.1.1 und 1.2 zu tragen mit Ausnahme der in der nachfolgenden Ziffer 3. berücksichtigten Kosten der Klägerin für ihre Tätigkeit nach Ziffer II.1.2 zum Erhalt des Werkes „HHole (for Mannheim)“ und Wiederinstallation in dem geänderten Athene-Trakt.
- . 32 3. Vergütung
- . 33 3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin eine angemessene Vergütung für ihre Tätigkeit nach Ziffer II.1.2 zum Erhalt des Werkes „HHole (for Mannheim)“ und Wiederinstallation in dem geänderten Athene-Trakt nebst gesetzlichen Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- . 34 III. Hilfsantrag anstelle des Hilfsantrags A.II. bei vollständiger und dauerhafter Beseitigung des Werkes (Werksvernichtung)
- . 35 Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin als Schadensersatz einen angemessenen, vom Gericht der Höhe nach zu bestimmenden, den Betrag in Höhe von EUR 220.000,00 nicht unterschreitenden Schadensersatz für die Vernichtung des Werks „HHole (for Mannheim)“ zu zahlen sowie

die gesetzlichen Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit.

- . 36 Die Beklagte beantragt,
- . 37 die Klage abzuweisen.
- . 38 Sie wendet sich aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen gegen eine Verpflichtung zur Erhaltung von „HHole (for Mannheim)“. Nach dem Umbau- und Sanierungskonzept sei ein Erhalt des Werks nicht möglich.
- . 39 Die Beklagte nimmt an, dass der Kaufvertrag vom 30. Mai 2006 die zentralen Eckdaten der Einigung der Parteien wiedergibt. Eine spätere Aufhebung könne sie anhand ihrer Unterlagen nicht nachvollziehen und müsse „vorläufig“ bestritten werden. Ein Vergütungsanspruch sei jedenfalls verjährt.
- . 40 Wegen der weitergehenden Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- . 41 Die zulässige Klage ist mit Ausnahme eines Teils des geltend gemachten Vergütungsanspruchs unbegründet. Der Klägerin steht weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Anspruch darauf zu, dass die Beklagte das Werk „HHole (for Mannheim)“, dessen Werkqualität im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG allerdings außer Frage steht, erhält oder in seinen ursprünglichen Zustand zurückversetzt. Auch eine Wiedererrichtung in veränderter, an den geplanten Umbau des Athene-Trakts angepasster Form kann sie nicht verlangen. Indessen steht ihr für die Erstellung des Werkkonzepts zu „HHole (for Mannheim)“ sowie für den Zeit- und Arbeitsaufwand bei dessen Realisierung ein restlicher vertragsgemäßer Honoraranspruch von 66.000 EUR zu. I.
- . 42 Ohne Erfolg wendet sich die Klägerin gegen die vollständige Entfernung und damit verbundene Zerstörung des Werks „HHole (for Mannheim)“ im

Zuge der Umgestaltung der Kunsthalle Mannheim.

- 43 1 Vorbehaltlich einer allgemein für zulässig gehaltenen (vgl. OLG Schleswig, ZUM 2006, 426; Dietz/Peukert, in Schricker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl., § 14 UrhG Rn. 38a aE; Dustmann, in Fromm/Nordemann, UrhR, 11. Aufl., § 14 UrhG Rn. 33; Schack, GRUR 1983, 56, 57) vertraglichen Vereinbarung, die es dem Eigentümer verbietet, das ihm gehörende Werkexemplar zu zerstören, genießt der Urheber eines Werks der Baukunst, eines mit einem Bauwerk unlösbar verbundenen Kunstwerks oder sonst eines grundstücksgebundenen Kunstwerks in aller Regel keinen Schutz gegen eine Vernichtung des Kunstwerks durch den Eigentümer. In

Rechtsprechung und Literatur überwiegt die Ansicht, dass das Interesse des Urhebers an der Fortexistenz solcher mit einem Grundstück fest verbundener Werke im Regelfall hinter den

Interessen des Grundeigentümers zurücktreten muss, das Grundstück anderweitig zu nutzen oder zu bebauen und das Kunstwerk hierbei vollständig zu entfernen oder zu zerstören.

- 44 a) Teilweise wird angenommen, der Eigentümer sei ohne Weiteres – ungeachtet der Werkgattung oder der Ortsgebundenheit des Kunstwerks – berechtigt, das ihm gehörende Werkexemplar zu vernichten. § 14 UrhG schütze nur das Interesse des Urhebers am Bestand des Werks in seiner unverfälschten Form, gewähre aber keinen Abwehranspruch gegen eine vollständige Vernichtung. Diese könne einer Entstellung oder Beeinträchtigung im Sinne von § 14 UrhG nicht gleichgestellt werden. Das Urheberpersönlichkeitsrecht sei nur betroffen, wenn das Werk der Öffentlichkeit in veränderter Form dargeboten werde, denn solche Veränderungen würden aufgrund der besonderen Urheber-Werk-Beziehung in der Regel dem Urheber zugerechnet. Wenn das

betreffende Werkexemplar nicht mehr existiere, sei eine in diesem Sinne verstandene Beeinträchtigung des Integritätsinteresses des Urhebers nicht mehr gegeben; die Vernichtung des Werkexemplars oder seine vollständige Entfernung aus der Öffentlichkeit schließe eine Verfälschung aus (grundlegend RG, Urteil vom 8. Juni 1912 – I 382/11, RGZ 79, 397–Felseneiland mit Sirenen; zustimmend LG München I, NJW 1983, 1205; LG Hamburg, GRUR 2005, 672; OLG Schleswig, ZUM 2006, 426; Bullinger in Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl., § 14 UrhG Rn. 22 ff; Dustmann in Fromm/Nordemann, UrhR, 11. Aufl., § 14 UrhG Rn. 31 ff).

- 45 b) Nach der im Vordringen befindlichen Gegenansicht gewährt das Urheberrecht dem Urheber grundsätzlich einen gesetzlichen Abwehranspruch auch gegen eine vollständige Werkvernichtung. Das Bestands- und Integritätsinteresse des Urhebers sei hierbei sogar in

besonderem Maße betroffen. Die Werkvernichtung sei daher als „schärfste Form der Beeinträchtigung“ grundsätzlich von § 14 UrhG erfasst (Dietz/Peukert in Schricker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl., § 14 UrhG Rn. 38 mwN; Schulze in Dreier/Schulze, UrhG, 4. Aufl., § 14 Rn. 27 f; Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhR, 3. Aufl., § 14 Rn. 49; Schack, GRUR 1983, 56, 57; Honscheck, GRUR 2007, 944, 949; wohl auch Kroitzsch/Götting in Möhring/Nicolini, UrhR, 3. Aufl., § 14 UrhG Rn. 24 ff; OLG Hamm, ZUM-RD 2001, 443) oder tangiere das allgemeine Urheberpersönlichkeitsrecht (Schmelz, GRUR 2007, 565). Ob die Vernichtung zulässig ist, ist nach dieser Ansicht aufgrund einer Interessenabwägung zu beurteilen. Besonderes Gewicht wird den Interessen des Urhebers beigemessen, wenn das einzige Originalexemplar insbesondere eines Werks der bildenden Kunst betroffen ist. In diesem Fall soll den Eigentümer die Pflicht treffen, das Werk gegen Erstattung des

Materialwerts an den Urheber zurückzugeben (Dietz/Peukert, aaO Rn. 38a; Schulze, aaO Rn. 28; Dreyer aaO, Rn. 49; Kroitzsch/Götting aaO Rn. 25).

46 Indessen wird auch von den Vertretern dieser Ansicht bei Bauwerken oder mit dem Boden fest verbundenen Großplastiken zumeist ein grundsätzlicher Vorrang der Eigentümerinteressen angenommen. In solchen Fällen überwiege im Allgemeinen das Interesse des Grundstückseigentümers an der anderweitigen Nutzung seines Grundstücks. Der urheberrechtliche Interessenausgleich soll hier in der Weise erfolgen, dass dem Urheber ermöglicht wird, sein Zugangsrecht (§ 25 UrhG) auszuüben und das Werk in geeigneter Form zu dokumentieren (Dietz/Peukert, aaO Rn. 40; Kroitzsch/Götting aaO Rn. 26; Dreyer aaO, Rn. 49 aE; Honscheck, aaO, Seite 950; vgl. auch der bei Schack, aaO, Seite 58 wiedergegebene

Vorentwurf zu einem neuen Schweizerischen UrhG, wonach Werke der Baukunst von dem vorgesehenen Zerstörungsverbot ausgenommen sind).

47 c) Die Rechtsprechung ist mit der Frage des urheberrechtlichen Schutzanspruchs vor Werkvernichtung überwiegend im Zusammenhang mit Bauwerken oder sonstigen ortsgebundenen Kunstwerken befasst worden und hat in diesen Fällen dem Urheber einen Schutz im Ergebnis überwiegend versagt.

48 Bereits die Reichsgerichtsentscheidung „Felseneiland mit Sirenen“ (RG, Urteil vom 8. Juni 1912 – I 382/11, RGZ 79, 397) betraf ein Freskogemälde im Treppenflur eines bewohnten Gebäudes. Das Reichsgericht hat dem Eigentümer eine Umgestaltung des Freskos nach seinen Geschmacksvorstellungen untersagt, jedoch zugleich angenommen, dass ein Eigentümer im Regelfall berechtigt sei, das Werk völlig zu vernichten. Darin liege kein

Eingriff in die künstlerische Eigenart des Werks und damit das Persönlichkeitsrecht des Künstlers (RGZ 79, 397, 401). Im Anschluss an diese Erwägungen des Reichsgerichts hat das Landgericht München I (NJW 1983, 1205; vgl. auch NJW 1982, 655) die Entfernung zweier Betonplastiken des Künstlers Hajek vor

der ADAC-Hauptverwaltung, das Landgericht Hamburg (GRUR 2005, 672) den Abriss des „Astra-Hochhauses“ und das Oberlandesgericht Schleswig (ZUM 2006, 426) die Entfernung der Stahl-Plastik „Kubus balance“ vor dem Plöner Schloss und deren Einlagerung auf einem Bauhof gebilligt.

49 Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Hamm (ZUM-RD 2001, 443) das Verbringen einer ortsgebundenen Plastik („Mindener Keilstück“) auf einen Bauhof als Entstellung des Werkes bewertet und diese aufgrund einer Interessenabwägung untersagt. Es hat angenommen, dass eine

Abwägung der Interessen des Urhebers und des Eigentümers auch vorzunehmen sei, wenn man in der Entfernung der ortsgebundenen Plastik von ihrem Bestimmungsort eine Werkvernichtung sehe. Soweit die Vorinstanz der Beklagten Stadt das Recht zuerkannt hatte, die Plastik von ihrem Aufstellungsort zu entfernen, war die Entscheidung allerdings in der Berufung nicht angegriffen. Das Landgericht Kassel (n.v., zitiert nach Schmelz, GRUR 2007, 565, 566 f) hat aufgrund einer Interessenabwägung im Ergebnis den Abriss der Documenta-Freitreppe bestätigt.

50 Der Bundesgerichtshof hatte bisher keine Gelegenheit, die Streitfrage grundlegend zu klären. In der Entscheidung „Mauerbilder“ hat er angenommen, dass es dem Eigentümer unbenommen bleiben müsse, jedenfalls ihm gegen seinen Willen aufgedrängte Kunstwerke wie beispielsweise Graffiti auf einem Mauerwerk zu zerstören. Zugleich hat der

Bundesgerichtshof offen gelassen, ob die „gebotene Interessenabwägung“ im Einzelfall ausnahmsweise ein anderes Ergebnis rechtfertigen könne (BGH, Urteil vom 23. Februar 1995 – I ZR 68/93, BGHZ 129, 66 – Mauerbilder). Dies wird teilweise in dem Sinne verstanden, dass der Bundesgerichtshof allgemein eine Interessenabwägung verlangt (Schulze, aaO Rn. 28). Das Oberlandesgericht Dresden (GRUR-RR 2013, 51) konnte im Fall des Dresdener Kulturpalasts offen lassen, ob in Abriss und Neugestaltung des Mehrzwecksaales eine vollständige Werkvernichtung liegt und ob dem Urheber unter diesem Blickwinkel ein Abwehranspruch zustünde. Auch das Landgericht Berlin (NJOZ 2013, 371) konnte es im Fall der (weitgehenden) Entfernung eines Mauerbildes dahinstehen lassen, ob eine vollständige Werkzerstörung von § 14 UrhG erfasst ist.

- 51 d) Ungeachtet unterschiedlicher Begründungsansätze besteht danach in Rechtsprechung und Literatur im Ergebnis weitgehend Einigkeit darüber, dass das Interesse des Urhebers an der Fortexistenz seines Kunstwerks bei Werken der Baukunst, bei mit Bauwerken unlösbar verbundenen Kunstwerken oder sonst bei grundstücksgebundenen Kunstwerken in aller Regel hinter den Interessen des Eigentümers an der anderweitigen Nutzung oder Bebauung seines Grundstücks und der damit verbundenen vollständigen Zerstörung oder Entfernung des Kunstwerks zurücktreten muss. Dem schließt sich die Kammer an.
- 52 aa) Selbst wenn man im Ausgangspunkt ein nach § 14 UrhG geschütztes Interesse des Urhebers nicht nur an der unverfälschten Erhaltung, sondern überhaupt an der Fortexistenz des Werks anerkennt, ist zu berücksichtigen, dass das Interesse des Urhebers

durch eine vollständige Vernichtung des Werks auf andere Weise beeinträchtigt wird als durch eine Entstellung oder Veränderung des Werks. Nimmt der Eigentümer an einem Werkexemplar Änderungen vor, ist das berechnigte Interesse des Urhebers betroffen, dass das von ihm geschaffene Werk, in dem seine individuelle künstlerische Schöpferkraft ihren Ausdruck gefunden hat, der Mit- und Nachwelt in seiner unveränderten Gestalt zugänglich gemacht wird (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05, NJW 2008, 3784 Rn. 23 – St. Gottfried), also sein Interesse, selbst darüber zu befinden, wie sein Werk an die Öffentlichkeit treten soll (LG Mannheim, GRUR 1997, 364 – Freiburger Holbein-Pferd). Der Schutz des Urhebers durch das urheberrechtliche Änderungsverbot richtet sich mithin gegen Verfälschungen der Wesenszüge des Werkes in der Form, wie es anderen dargeboten wird (BGH, Urteil vom 1. Oktober 1998 – I ZR 104/96, NJW 1999, 790 – Treppenhausgestaltung).

Der Urheber muss es aufgrund seiner geistigen und persönlichen Beziehung zu dem Werk im Grundsatz – vorbehaltlich einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung – nicht hinnehmen, dass er in der Öffentlichkeit mit einem Werk in Verbindung gebracht wird, das er so nicht geschaffen hat.

- 53 Anders liegen die Dinge bei der vollständigen Vernichtung eines Werkexemplars. Das Werk als geistige Schöpfung wird dadurch nicht verändert oder in der Öffentlichkeit anders wahrgenommen. Allerdings spricht, jedenfalls wenn es sich um das einzige Original eines Werks der bildenden Kunst handelt, vieles dafür, auch in dessen Vernichtung einen Eingriff in die berechtigten Interessen des Urhebers zu sehen. Da eine Reproduktion die in einem Originalwerk der bildenden Kunst enthaltenen Informationen nur unzureichend wiedergeben kann (Bullinger, aaO Rn. 22), ist durch die Vernichtung das berechnigte Interesse des Urhebers am

Fortbestehen des einzigen Festlegungsexemplars des Werks als Ausdruck und Teil seiner Persönlichkeit betroffen (Dietz/Peukert, aaO Rn. 38 f; Schack, GRUR 1983, 56, 57).

- 54 bb) Hat der Künstler indessen eine Werkform gewählt, bei der das Kunstwerk unlösbar mit einem Gebäude oder Grundstück verbunden ist, muss das so verstandene Interesse an der Fortexistenz des Kunstwerks jedoch in aller Regel hinter den Interessen des Eigentümers zurücktreten, das Grundstück in anderer Weise zu nutzen oder anderweitig zu bebauen. So wie der Eigentümer grundsätzlich keine in das Urheberrecht eingreifenden Veränderungen am Original vornehmen darf, kann der Urheber umgekehrt sein Urheberrecht nur unbeschadet des Eigentums ausüben (BGH, Urteil vom 31. Mai 1974 – I ZR 10/73, GRUR 1974, 675, 676 – Schulerweiterung). Den Eigentümer mit einer Verpflichtung zur dauerhaften Erhaltung und gegebenenfalls

Restaurierung des Werks zu belasten, wäre wegen des damit einhergehenden erheblichen Aufwands und vor allem wegen des weitreichenden Ausschlusses anderer Nutzungsmöglichkeiten mit einer unzumutbaren Beschränkung seines Eigentumsrechts (§ 903 BGB) verbunden. Anders als etwa bei einem Gemälde oder einer Skulptur, die ohne Verfälschung ihres künstlerischen Ausdrucksgehalts auch anderenorts präsentiert werden können, hat der Eigentümer eines mit seinem Grund und Boden verbundenen Kunstwerks nicht die Möglichkeit, die Erhaltungsinteressen des Urhebers notfalls durch Rückgabe des Kunstwerks an seinen Schöpfer zu wahren. Wegen dieser erkennbaren Interessenlage darf der Urheber grundsätzlich nicht erwarten, dass der Eigentümer mit dem Erwerb des Kunstwerks die Verpflichtung eingehen will, dieses für die Dauer des Urheberrechts – siebenzig Jahre post mortem auctoris – unter

Inkaufnahme einer weitgehenden baulichen Veränderungssperre auf seinem Grundstück zu erhalten. Vielmehr erfährt das Urheberrecht in dieser Konstellation eine Beschränkung durch das Eigentumsrecht (Dietz/Peukert, aaO Rn. 38, 40). Der Interessengegensatz zwischen dem Urheber und dem Eigentümer ist daher bei grundstücksgebundenen Werken in aller Regel dahin zu lösen, dass dem Eigentümer mit Blick auf § 903 BGB das Recht zusteht, das Kunstwerk vollständig zu entfernen oder zu vernichten. Im Gegensatz zu Veränderungen des Werks führt die vollständige Entfernung nicht dazu, dass der Urheber eine Präsentation seines Werks in einer Form hinnehmen muss, die er nicht geschaffen hat. Die vollständige Entfernung oder Vernichtung ist dem Urheber daher selbst dann, wenn es sich – wie typischerweise bei grundstücksgebundenen Werken – um das einzige Original handelt, in Abwägung mit den Eigentümerinteressen eher

zuzumuten. Seinem berechtigten Erhaltungsinteresse ist dadurch Rechnung zu tragen, dass ihm die Möglichkeit gegeben wird, das Werk zu fotografieren oder sonst möglichst gut zu dokumentieren und dadurch einen endgültigen Verlust des Werks als geistiger Schöpfung so weit als möglich zu verhindern (Dietz/Peukert, aaO Rn. 40).

55 cc) Ein abweichendes Abwägungsergebnis ergibt sich auch dann nicht, wenn es sich bei dem Grundstückseigentümer um ein Kunstmuseum handelt. Zwar dienen Kunstmuseen in besonderem Maße dazu, Kunstwerke für die Mit- und Nachwelt zu erhalten. Jedoch haben gerade Museen andererseits ein berechtigtes Interesse daran, die Gebäude und Ausstellungsflächen bei Bedarf an den aktuellen Stand der Museumstechnik anzupassen oder die in der Kapazität beschränkten Ausstellungsflächen von Zeit zu Zeit für die Präsentation anderer Kunstwerke zu nutzen. Die

Anerkennung eines weitreichenden Schutzes des Urhebers vor Aussonderung seines Werks könnte gerade bei raumgreifenden, mit dem Gebäude fest verbundenen Installationen alsbald dazu führen, dass große Teile der Ausstellungsflächen gebunden sind und nicht mehr für Werke anderer Künstler zur Verfügung stehen. Das Museum könnte in diesem Fall seiner Aufgabe, die Sammlung fortzuentwickeln, nur noch mit unverhältnismäßigen Einschränkungen nachkommen. Daher hat auch der Museumseigentümer ein berechtigtes Interesse an der Demontage insbesondere raumgreifender Kunst-Installationen, auch wenn damit deren vollständige Vernichtung einhergeht. Die Interessenkollision zwischen Urheber und Museumseigentümer unterscheidet sich daher im Hinblick auf mit dem Gebäude unlösbar verbundene Rauminstallation nicht grundlegend von der normalen

Interessenkollision zwischen Urheber und Grundstückseigentümer und rechtfertigt daher auch kein abweichendes Abwägungsergebnis. Auch dem Künstler, der ein grundstücksgebundenes Werk für ein Museum geschaffen hat, ist es in Abwägung mit den Eigentümerinteressen zumutbar, eine Entfernung aus dem Museum und gegebenenfalls damit einhergehende Vernichtung hinzunehmen. Mit einem solchen Schicksal muss er bei der gewählten Ausdrucksform einer fest mit dem Gebäude verbundenen Installation von vornherein rechnen. Die Fortexistenz des Werks als geistige Schöpfung kann auch in diesem Fall in Form einer Dokumentation der Museumsausstellung gewährleistet werden.

56 dd) Ein gesetzlicher Abwehranspruch des Urhebers gegen eine Vernichtung seines Werks ist daher in Fällen der Interessenkollision mit dem

Grundeigentum nur im Ausnahmefall denkbar, etwa wenn ein Kunstwerk von außergewöhnlich hohem künstlerischen Rang betroffen ist (zu diesem Abwägungsbelang Dietz/Peukert, aaO Rn. 38a; Dreier, aaO Rn. 28; Kroitzsch/Götting, aaO Rn. 25; kritisch Schack, GRUR 1983, 56, 59) oder wenn – jedenfalls bei Museen – die Entfernung ausschließlich dem veränderten Geschmack Rechnung tragen soll, ohne dass sonst eine sachliche Rechtfertigung wie etwa ein Umbau oder die beabsichtigte Nutzung der Ausstellungsflächen für andere Präsentationen, erkennbar ist (vgl. OLG Hamm, ZUM-RD 2001, 443), die Entfernung also gleichsam Selbstzweck ist, so dass die Zerstörung des Kunstwerks als mutwillig und rechtsmissbräuchlich angesehen werden müsste (zur Grenze des Rechtsmissbrauchs Schack, GRUR 1983, 56, 58; Dietz/Peukert, aaO Rn. 38a).

57 ee) Eine abweichende Beurteilung ergibt sich auch nicht unter Einbeziehung der Ethischen Richtlinien des Internationalen Museumsrates ICOM (www.icom-deutschland.de/client/media/364/icom_ethische_richtlinien_d_2010.pdf). Nach Nr. 2.12 dieser Richtlinien, deren rechtliche Qualität hier offen bleiben kann, sind Aussonderungen aus der Museumssammlung zulässig, wenn „die gesetzlichen und anderen Vorschriften und Verfahren voll und ganz einhalten“ werden. Die Richtlinien gehen in diesem Punkt also nicht über die gesetzliche Rechtslage hinaus, die – wie dargelegt – den Eigentümerinteressen des Museums den Vorrang einräumt. Dass selbst „nicht erneuerbare“ Gegenstände nicht von einer Aussonderung ausgenommen sind, wird durch Nr. 2.13 der Richtlinien bestätigt. Soweit die Regelung die Aussonderung eines Objekts oder Exemplars aus einer Museumssammlung darüber hinaus nur gestattet „bei vollem Verständnis für die Bedeutung des Gegenstandes,

seines Charakters (erneuerbar oder nicht erneuerbar), seiner rechtlichen Stellung und unter Erwägung des öffentlichen Vertrauensverlustes erfolgen, den ein derartiges Vorgehen möglicherweise nach sich zieht“, weicht auch dies nicht von der dargelegten Rechtslage ab. Dass der herausragende künstlerische Rang des Werks in Ausnahmefällen seiner Vernichtung entgegenstehen kann, wurde oben bereits angesprochen. Auch die Frage eines „öffentlichen Vertrauensverlustes“ wird sich vorrangig in solchen Fällen stellen. Im Übrigen versteht es sich, dass ein subjektiv-rechtlicher Abwehranspruch des Urhebers nicht mit der Rufschädigung begründet werden kann, die das Museum sich selbst durch die Aussonderung möglicherweise zuzieht.

58 2. Nach diesen Maßstäben besteht im Streitfall weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Anspruch der

Klägerin auf Erhaltung des Werks.

59 a) Eine vertragliche Vereinbarung, die die Beklagte verpflichtet, das Werk jedenfalls für die Dauer des Urheberrechts zu erhalten und nicht zu entfernen, kann im Streitfall nicht angenommen werden. Ausdrücklich bestimmt der Vertrag eine solche Erhaltungspflicht nicht. Eine derartige Verpflichtung folgt auch weder aus dem Werktitel „HHole (for Mannheim) 2006 bis “, noch aus der wiederholten Bezeichnung des Werks als „permanente Installation“ in dem Kaufvertrag vom 30. Mai 2006, noch aus der Angabe einer Leihzeit der „Dauerleihgabe“ vom „24. März 2006 bis unendlich“ in dem formularmäßigen Leihschein vom 8. September 2006. Sie ergibt sich schließlich auch nicht aus der im Kaufvertrag gezogenen Parallele zwischen dem Werk und einem „lebendigen Organismus“.

60 In Anbetracht des allgemein anerkannten

Auslegungsgrundsatzes einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung, durch die eine Abrede auf einen vertretbaren Sinngehalt zurückzuführen ist (vgl. etwa BGH, Urteil vom 31. Oktober 1995 – XI ZR 6/95, BGHZ 131, 136), hat sich die Vertragsauslegung in erster Linie an der für beide Seiten bei Vertragsschluss erkennbaren Interessenlage zu orientieren, wie sie oben eingehend dargelegt wurde. Diese ist einerseits davon geprägt, dass es sich bei dem Werkexemplar in der Mannheimer Kunsthalle um das einzige Original von „HHole (for Mannheim)“ handelt. Eine Entfernung des Werks von seinem Aufstellungsort, an dem und für den es geschaffen wurde, ist mit seiner unwiederbringlichen Zerstörung gleichzusetzen. Auf der anderen Seite hat die Beklagte ein erhebliches Interesse daran, die Gebäude und Ausstellungsflächen der Kunsthalle bei Bedarf an den aktuellen Stand der Museumstechnik anzupassen

und die in der Kapazität beschränkten Ausstellungsflächen von Zeit zu Zeit für die Präsentation anderer Kunstwerke zu nutzen. Diesem Interesse kommt im Fall des Werkes „HHole (for Mannheim)“ erkennbar ein besonderes Gewicht zu, denn diese Installation erstreckt sich über alle sieben Stockwerke des Athene-Trakts und umfasst unter anderem Öffnungen in sämtlichen Geschossdecken. Die Möglichkeit einer anderweitigen Nutzung der Ausstellungsflächen oder gar einer Renovierung des Gebäudes wird hierdurch stark eingeschränkt. Unter diesen Umständen käme eine Erhaltungspflicht der Beklagten einer sehr weitgehenden Einschränkung ihrer Eigentümerbefugnisse gleich. Bei der gewählten Ausdrucksform einer derart raumgreifenden, fest mit dem Gebäude verbundenen Installation musste die Klägerin von vornherein damit rechnen, dass die Beklagte nach einiger Zeit ein Interesse daran haben würde, das Werk aus dem

Museum zu entfernen. Aus dem Umstand, dass der Athene-Trakt nach Darstellung der Klägerin ab dem Jahr 2006 technisch instandgesetzt wurde, ergibt sich nichts anders. Aus den oben dargelegten Gründen kommt den Interessen der Beklagten an der Umgestaltung der Ausstellungsflächen Vorrang vor den Interessen der Klägerin an der Erhaltung des Werks zu, dessen Fortexistenz als geistige Schöpfung, wenn auch nur unvollkommen, durch eine fotografische oder sonstige Dokumentation der Museumsausstellung erreicht werden kann. Die Möglichkeit, das Werk der Mit- und Nachwelt zugänglich zu machen und durch das künstlerische Schaffen Wirkung zu entfalten, geht damit nicht gänzlich verloren.

- . 61 Bei dieser beiderseits erkennbaren Interessenlage kann eine Erhaltungspflicht nicht aus der Bezeichnung des Werks als „permanente Installation“ abgeleitet werden. Durch diese Wortwahl kommt nicht

hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Beklagte verpflichtet sein sollte, das Werk unter weitgehender Einschränkung ihrer Eigentümerbefugnisse für die Dauer des Urheberrechts zu unterhalten. Die „permanente“ Ausstellung unterscheidet sich nach dem im Museumsbereich üblichen Sprachgebrauch von der Sonderausstellung dadurch, dass sie nicht von vornherein auf eine bestimmte Zeit angelegt ist. Entgegen der Ansicht der Klägerin folgt aus dieser Begrifflichkeit aber keine Verpflichtung des Museums, Kunstwerke der „permanenten“ Ausstellung auch ständig der Öffentlichkeit zu präsentieren. Für eine „permanente Installation“ gilt nichts anderes. Damit ist nur gesagt, dass sie nicht von vornherein auf eine Demontage nach einer bestimmten Zeit angelegt ist. Das Recht des Museumseigentümers, sie nach gewisser Zeit aus der Ausstellung zu entfernen, wird davon aber nicht berührt.

- 62 Gleiches gilt für die Bezeichnung als „Dauerleihgabe“ und die Angabe einer „unendlichen“ Leihzeit. Mit Blick auf die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung trägt die Vereinbarung einer Zeitdauer für die Leihe im Allgemeinen nur den Interessen des Entleihers Rechnung, die Sache für die vereinbarte Zeit nutzen zu dürfen. Hingegen ist er im Regelfall nicht verpflichtet, die Sache für die vereinbarte Zeit zu behalten oder gar zu gebrauchen; er kann sie vielmehr auch früher zurückgeben (vgl. nur Palandt/Weidenkaff, BGB, 74. Aufl., § 604 Rn. 4). Dass hier mit der Vereinbarung einer „Dauerleihgabe“ mit einer „unendlichen“ Leihzeit nicht nur ein Recht, sondern auch eine Verpflichtung der Beklagten begründet werden sollte, das Werk dauerhaft auszustellen und zu erhalten, kann angesichts der beschriebenen Interessenlage nicht angenommen werden.
- 63 Eine solche Verpflichtung folgt schließlich auch nicht aus dem

aus dem Werktitel „HHole (for Mannheim) 2006 bis “ und der im Kaufvertrag sowie in manchen Publikationen gezogenen Parallele zwischen dem Werk und einem „lebendigen Organismus“. Dabei handelt es sich um eine künstlerische Interpretation, die die vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Urheber und Grundstückseigentümer nicht beeinflusst. Dass die Künstlerin das Werk „HHole (for Mannheim) 2006 bis “ als „Lebewesen“ begreift und dies in die Beschreibung des Werks im Kaufvertrag und in möglicherweise gemeinsam verantwortete Veröffentlichungen Eingang gefunden hat, vermag seine rechtliche Qualifikation als (bloßen) Kunstgegenstand und die daran anknüpfende Abwägung zwischen den Erhaltungsinteressen des Urhebers und den Nutzungsinteressen des Museumseigentümers nicht zu beeinflussen. Die Übernahme einer vertraglichen Verpflichtung zur dauerhaften Erhaltung der

Installation kann daraus nicht abgeleitet werden.

- 64 b) Auch ein gesetzlicher Anspruch auf Erhaltung des Werks nach dem Urheberrechtsgesetz besteht nicht. Wie oben dargelegt wurde, kommt den Interessen des Museumsinhabers an der Umgestaltung oder anderweitigen Nutzung der Ausstellungsflächen in aller Regel Vorrang vor den Interessen des Urhebers einer Rauminstallation an deren Erhaltung zu. Ein urheberrechtlicher Abwehranspruch gegen eine Entfernung des Werks besteht daher auch dann nicht, wenn dies – wie hier – mit der Vernichtung des einzigen Originals verbunden ist. Gesichtspunkte, die ausnahmsweise eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten, liegen im Streitfall nicht vor.

- 65 Es kann nicht angenommen werden, dass die geplante oder schon begonnene Entfernung des Werks „HHole (for Mannheim)“ ausschließlich durch einen

veränderten Geschmack oder eine veränderte Bewertung des Werks motiviert wäre. Die Beklagte nimmt derzeit einen weitreichenden Umbau der Kunsthalle vor. Der Mitzlaff-Bau ist bereits abgerissen; an seine Stelle soll ein vollständiger Neubau treten. Wie die Beklagte durch Vorlage von Architektenplänen (Anlagenkonvolut B 66) aufgezeigt und nachgewiesen hat, ist im Zuge dieser Baumaßnahmen auch eine völlige Umgestaltung des Innenraums des Athene-Trakts geplant. Danach ist vorgesehen, die Zwischendecken im Athene-Trakt zu entfernen und in Anlehnung an das historische Original von 1907 einen großen einheitlichen Innenraum im Sinne eines lichten Durchgangsraums zu schaffen. Auf dem Niveau des ersten Obergeschosses ist eine schlanke Brücke geplant, die auf dieser Ebene eine Verbindung zwischen dem Billing-Bau und dem geplanten Neubau herstellt. Einem Erhalt des Werks „HHole (for Mannheim)“ ist dadurch die

Grundlage entzogen. Zu seinem wesentlichen Kern gehört seine Erstreckung über mehrere Geschossdecken und die Verbindung der einzelnen Räume und Objekte über Öffnungen in diesen Decken. Das Werk kann daher in einem weitgehend entkernten Innenraum nicht mehr realisiert werden. Unter diesen Umständen kann von einer mutwilligen oder rechtsmissbräuchlichen Vernichtung des Werks der Klägerin keine Rede sein.

- . 66 Die Klägerin hat nicht in Abrede gestellt, dass die Entkernung des Athene-Trakts dem zuletzt erreichten Planungsstand der Beklagten entspricht. Sie hat lediglich bestritten, dass die erteilte Bau- und Abrissgenehmigung diese Maßnahme bereits abdeckt (Bl. 489). Darauf kommt es indessen nicht an. Denn es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass der Erteilung der erforderlichen Genehmigungen dauerhafte Hindernisse entgegenstehen. Dies gilt insbesondere für den

von der Klägerin angesprochenen Aspekt des Denkmalschutzes. Die Klägerin hat nicht darzulegen vermocht, dass das Werk „HHole (for Mannheim)“ Denkmalschutz genießt. Neben der Denkmalfähigkeit setzt dies nach § 2 Abs. 1 DSchG BW ein öffentliches Interesse an der Erhaltung voraus. Dieses selbständige Tatbestandsmerkmal des Denkmalbegriffs ist nur zu bejahen, wenn die Denkmaleigenschaft einer Sache und die Notwendigkeit ihrer Erhaltung in das Bewusstsein der Bevölkerung oder mindestens eines breiten Kreises von Sachverständigen eingegangen sind (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1989, 238, 240). In dieser Hinsicht hat die Klägerin nichts vorgetragen; bei dem erst im Jahre 2006 geschaffenen Werk liegt ein solcher Sachverhalt auch fern. Die von der Klägerin in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen zur Genehmigungszuständigkeit sowie formellen und materiellen Rechtmäßigkeit etwa ergangener

Gemeinderatsbeschlüsse gehen daher ins Leere.

- 67 Entgegen der Ansicht der Klägerin ist es auch nicht von Bedeutung, ob für den Athene-Trakt ein zwingender Sanierungsbedarf besteht, ob die geplanten Maßnahmen im Einzelnen erforderlich sind oder ob ein anderes Sanierungskonzept möglich gewesen wäre, das mit dem Erhalt des Werks vereinbar gewesen wäre. Die Entscheidung, wie er das Grundstück künftig nutzen und in welchem Umfang er Umbau- oder Sanierungsmaßnahmen vornehmen möchte, liegt beim Eigentümer. Er ist aus den oben dargelegten Gründen nicht gehalten, seine Entscheidungen an dem Interesse des Urhebers an dem Erhalt seines Werks auszurichten. Selbst im Fall von Veränderungen an dem geschützten Werk steht die höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass die Interessenabwägung anhand

derjenigen bestimmten Planung vorzunehmen ist, für die der Eigentümer sich entschieden hat, ohne dass es darauf ankommt, ob daneben noch andere, den Urheber gegebenenfalls weniger beeinträchtigende Lösungen denkbar sind (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05, NJW 2008, 3784 Rn. 39 – St. Gottfried; Beschluss vom 9. November 2011 – I ZR 216/10, GRUR 2012, 172 Rn. 6 – Stuttgart 21). Nichts anderes kann gelten, wenn der Eigentümer sich – wie hier – zu einer Planung entschieden hat, die mit einer vollständigen Entfernung oder Vernichtung des Kunstwerks verbunden ist. Eine solche Entscheidung ist der Beklagten auch nicht im Hinblick darauf verwehrt, dass das Werk überwiegend aus Stiftungsgeldern finanziert wurde.

- 68 Entgegen der Ansicht der Klägerin kann auch aus einem möglichen Eigentumsrecht an bestimmten auf eigene Kosten angeschafften Objekten wie etwa dem Laserbeamer oder der

„HMap“ nichts für einen Abwehranspruch gegen die Entfernung des Werks abgeleitet werden. Selbst wenn die Klägerin Eigentümerin sämtlicher beweglicher Teile des Werkes wäre, würde ihr dies keine Rechtsposition verschaffen, die die Dispositionsbefugnis der Beklagten über die künftige Grundstücks- und Gebäudenutzung in Frage stellt. Das Eigentum der Beklagten an dem Grundstück ist durch die Verbindung mit dem Werk der Klägerin unberührt geblieben (§ 946 BGB). Der Erwerb von Eigentum oder Miteigentum durch Verarbeitung kommt nur bei beweglichen Sachen in Betracht (§ 950 BGB). Bei unbeweglichen Sachen ergreift hingegen stets das Eigentum an der Sache das mit ihr (nicht nur scheinbar) verbundene Kunstwerk (§ 946 BGB i.V. mit §§ 94, 95 BGB). Eigentumsrechte der Klägerin an einzelnen Objekten könnten allenfalls einen entsprechenden Herausgabeanspruch der Klägerin begründen, aber keinen Anspruch, das Kunstwerk

insgesamt einschließlich der Öffnungen in den Geschossdecken auf dem Grundstück der Beklagten zu erhalten.

- 69 c) Die Schriftsätze der Klägerin vom 20. und 22. April 2015 geben keine Veranlassung zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Welche Vereinbarungen die Beklagte mit dem Künstler [...] zur Wiedererrichtung der Lichtinstallation „[...]“ gegebenenfalls in veränderter Form getroffen hat, ist für den Ausgang des Rechtsstreits ebenso wenig von Bedeutung wie der Umstand, dass sich die Erdarbeiten und damit der Beginn der Rohbauarbeiten am Neubau wegen einer überraschend entdeckten zusätzlichen Bodenplatte des Bunkers verzögert haben.

II.

- 70 Für die das Werk „HHole (for Mannheim)“ betreffenden Klageanträge (Antragsgruppe A), über die hier nach Abtrennung

des Verfahrens im Übrigen allein zu entscheiden ist, ergibt sich nach dem Gesagten folgendes:

71 1. Die Klägerin hat – wie eingehend dargelegt – keinen Anspruch auf Erhaltung oder Wiederherstellung des Werks „HHole (for Mannheim)“. Den auf Erhalt, Wiederherstellung und Fertigstellung des Werks gerichteten Anträgen A I.1 bis 3 bleibt daher der Erfolg versagt. Insbesondere kann die Klägerin die Vernichtung des Kunstwerks durch den (Teil-)Abriss des Athene-Trakts der Kunsthalle oder dessen Entkernung nicht verhindern (Antrag A I.1.2). Soweit sie sich mit den Anträgen A I.1.1 gegen eine Bearbeitung, Umgestaltung oder Beeinträchtigung durch bauliche Maßnahmen wendet, fehlt es, falls damit auf eine Entstellung oder sonstige Beeinträchtigung im Sinne von § 14 UrhG abgestellt werden soll, an der für einen Unterlassungsanspruch erforderlichen Begehungsgefahr. Die Klägerin hat nicht mit Substanz aufgezeigt, dass

verbliebene Teile des Werks seit Beginn der Bauarbeiten im Athene-Trakt der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden wären. Damit fehlt es an dem für eine Entstellung oder sonstige Beeinträchtigung im Sinne von § 14 UrhG erforderlichen Öffentlichkeitsbezug.

72 2. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch darauf, dass das Werk „HHole (for Mannheim)“ im „geänderten baulichen Umfeld“ durch „Integration in den Athene-Trakt“ erhalten bleibt. Sie ist nicht berechtigt, das Werk nach ihren künstlerischen Vorstellungen in angepasster Form nach der Entkernung des Athene-Trakts wieder zu installieren (Hilfsanträge A II 1-2). Dies folgt ebenfalls aus der Dispositionsbefugnis der Beklagten als Eigentümerin des Grundstücks. Damit entfällt auch ein Vergütungsanspruch für diese Tätigkeit (Hilfsantrag A II.3).

73 3. Die Beklagte ist der Klägerin wegen der vollständigen und dauerhaften Beseitigung des Werks auch nicht zum

Schadensersatz verpflichtet (Hilfsantrag A III). Die Entfernung und Vernichtung des Werks sind aus den dargelegten Gründen rechtmäßig. Eine Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch ist daher nicht gegeben.

- . 74 4. Der Klägerin steht jedoch ein Anspruch auf Honorar für die Erstellung des Werks „HHole (for Mannheim)“ in Höhe von 70.000 EUR zu (Antrag A I.4). Abzüglich nach eigenem Vorbringen der Klägerin hierauf bereits gezahlter 4.000 EUR verbleibt ein restlicher Vergütungsanspruch von 66.000 EUR.
- . 75 a) Der Anspruch ergibt sich in dieser Höhe unmittelbar aus der vertraglichen Vereinbarung in dem Kaufvertrag vom 30. Mai 2006. Nach dem Vorbringen der Klägerin haben die Parteien zwar die Vergütungsvereinbarung im Kaufvertrag „aufgehoben“ und durch die Regelung ersetzt, später eine „angemessene Vergütung“ zu finden. Mit Blick auf die beiderseitige Interessenlage und das von der

Klägerin behauptete Ziel, ihr im Hinblick auf den großen insbesondere zeitlichen Aufwand eine höhere Vergütung zukommen zu lassen, ist die behauptete Vereinbarung jedoch in dem Sinne auszulegen, dass das vertraglich bedungene Honorar in ein Mindesthonorar umgewandelt werden sollte mit dem Vorbehalt, dass später gegebenenfalls ein angemessener Aufschlag – etwa in Anlehnung an die zu § 32 UrhG entwickelten Maßstäbe – geschuldet sein sollte. Hiervon ausgehend steht der Klägerin jedenfalls das Mindesthonorar von 70.000 EUR zu. Die Beklagte steht ohnehin auf dem Standpunkt, dass der Kaufvertrag vom 30. Mai 2006 „die zentralen Eckdaten der Einigung wiedergibt“; sie hat die von der Klägerin behauptete Zusatzvereinbarung bestritten. Auch auf dieser Grundlage ist die Beklagte zur Zahlung jedenfalls des Mindesthonorars von 70.000 EUR verpflichtet.

76 b) Ob die Parteien tatsächlich die von der Klägerin behauptete Zusatzvereinbarung betreffend eine angemessene Honorarerhöhung getroffen haben, kann dahinstehen. Die Klägerin hat keine geeigneten Anknüpfungstatsachen vorgetragen, die dem Gericht die Beurteilung erlauben würden, dass die vereinbarte Vergütung nicht angemessen ist und die es in die Lage versetzen würden, die angemessene Vergütung nicht angemessen ist und die es in die Lage versetzen würden, die angemessene Vergütung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung und billigem Ermessen zu bestimmen (vgl. zu diesem Maßstab nach § 32 UrhG: Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 14/8085 Seite 18; Schulze, aa O § 32 Rn. 51; vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – I ZR 38/07, BGHZ 182, 337 Rn. 21 – Talking to Addison). Insbesondere hat die Klägerin nichts zu einer marktüblichen

Vergütung vergleichbarer von ihr geschaffener Werke vorgetragen. Auch sonst lassen sich ihrem Vorgehen keine geeigneten Anknüpfungstatsachen für eine Bemessung der Vergütung entnehmen. Die in den Leihscheinen angegebenen Versicherungswerte sind als Schätzgrundlage ungeeignet, da der Versicherungswert maßgeblich von dem Materialwert der einzelnen Objekte der Installation bestimmt wird, die weit überwiegend nicht von der Klägerin, sondern aus der Beklagten zur Verfügung stehenden Stiftungsgeldern angeschafft wurden.

77 c) Die Zahlung der Beklagten in Höhe von 14.000 EUR auf die Rechnung vom 28. August 2006 (Anlage B 28) ist nicht auf den Honoraranspruch für die Erstellung des Werks „HHole (for Mannheim)“ anzurechnen. Ausweislich der Rechnung erfolgte die Zahlung für die „Planung und Erstellung eines Katalogkonzepts“ für das Werk. Dies ist nicht von dem im

- Kaufvertrag festgelegten Leistungsumfang erfasst. Die Beklagte hat die Ablieferung eines Katalogkonzepts durch die Klägerin nur unzulässig mit Nichtwissen bestritten.
- 78 d) Der Vergütungsanspruch ist nicht verjährt. Die Verjährung wurde durch die am 4. März 2014 zugestellte Klage rechtzeitig gehemmt.
- 79 Der Vergütungsanspruch der Klägerin unterliegt der dreijährigen Regelverjährung (§ 195 BGB). Dies gilt unabhängig davon, ob man seine Rechtsgrundlage in der vertraglichen Vereinbarung oder in § 32 UrhG sieht. Da die Vergütung unter anderem den „Zeit- und Arbeitsaufwand“ der Klägerin abgelten soll und die Parteien eine Abnahme des Werks vorgesehen haben, hängt die Fälligkeit des Anspruchs (§ 641 Abs. 1 BGB) und damit der Beginn der Verjährung (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) von der Abnahme ab. An einer Abnahme fehlt es hier.
- 80 Die hierfür darlegungs- und beweisbelastete Beklagte sieht eine konkludente Abnahme darin, dass das Werk einvernehmlich ausgestellt wurde, beispielsweise am 11. September 2006 im Rahmen einer Veranstaltung mit der Deutschen Bank. Dies genügt jedenfalls unter den besonderen Umständen des Streitfalls nicht. Nach der künstlerischen, auch im Kaufvertrag festgehaltenen Konzeption handelt es sich bei dem Werk um ein „Work in Progress“, ein sich jedenfalls bis zu seinem „Erwachsensein“ entwickelndes „Evolving art work“. Eine Ausstellung des Werks ist aus künstlerischem Blickwinkel ohne Weiteres auch in seiner Entstehungsphase möglich und sinnvoll. Es steht im Übrigen außer Streit, dass die Klägerin noch während der von der Beklagten angeführten Ausstellung „Full House“ und darüber hinaus Arbeiten an dem Werk vorgenommen hat. In der Präsentation für die Öffentlichkeit kann unter diesen Umständen nicht die konkludente Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäß

fertiggestellte Leistung gesehen werden.

Vollstreckungsanordnung findet ihre Grundlage in § 709 ZPO.

81 Die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs ist daher erst mit der endgültigen Verweigerung weiterer Arbeiten an dem Werk und der Ankündigung seiner Entfernung durch die Beklagte eingetreten. Dies ist frühestens in einem Schreiben des Rechtsamts der Beklagten vom 30. Mai 2011 (Anlage B 39) geschehen. Hiervon ausgehend ist die dreijährige Verjährungsfrist durch die Klagezustellung rechtzeitig gehemmt worden.

82 Da eine Fertigstellung des Werks nicht mehr beansprucht werden kann, kommt eine Verurteilung zur Zahlung „Zug um Zug gegen Übergabe nach Fertigstellung des Werkes“ nicht in Betracht. Die Beklagte ist insoweit nach dem Hilfsantrag zu verurteilen, der eine solche Einschränkung nicht enthält.

III.

83 Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 92 ZPO. Die

**LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom
01.04.2015 - L 1 KR 55/13**

Eine Tänzerin / Tanzlehrerin für Bollywood-Tanz und Kathak-Tanz kann im Einzelfall Künstlerin im Sinne des § 2 S. 1 KSVG sein, sodass eine Versicherungspflicht in der Künstlersozialversicherung (KSV) besteht.

Urteil vom 01.04.2015 – L 1 KR 55/13

Gericht: Landessozialgericht Berlin-Brandenburg 1. Senat

Entscheidungsdatum: 01.04.2015

Aktenzeichen: L 1 KR 55/13

Norm: § 2 S 1 KSVG

Leitsatz

Eine Tänzerin/Tanzlehrerin für Bollywood-Tanz und Kathak-Tanz kann im Einzelfall Künstlerin im Sinne des § 2 S. 1 KSVG sein.

Tenor

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die außergerichtlichen Kosten der Klägerin auch des Berufungsverfahrens zu tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- . 1 Im Streit ist die Versicherungspflicht der Klägerin in der Künstlersozialversicherung (KSV). Die 1982 geborene Klägerin arbeitet als Tänzerin für klassische indische Tänze sowie für Bollywood-Dance und weitere Tanzarten.
- . 2 Sie nahm seit 1994 Tanzunterricht, ab 1996 auch in orientalischem Tanz. Ab 1998 studierte sie den klassischen indischen Kathak-Tanz. Im Jahr 2005 schloss sie erfolgreich eine Seniorprüfung der Ausbildung in der Master class an der Pn Universität in C/Indien ab. Parallel dazu wurde sie in Bollywood-Dance ausgebildet.
- . 3 Sie gründete 2004 das Ensemble „P“ sowie 2006 die „D“, welche sich der Fusion von klassischem Kathak-Tanz und modernem indischem Tanz – Bollywood-Dance – widmet.

- . 4 Seit 2005 unterrichtet sie Bollywood-Dance. Daneben ist sie als Dozentin für Workshops im Bereich Orientalischen Tanz und Bollywood-Dance tätig. Seit 2006 ist sie ferner in einem Ensemble für Taiko (japanische Trommeln) auch als Musikerin tätig.
- . 5 Bei den aufgeführten Tanzstücken handelt es sich um eigene Choreografien, in denen die Klägerin unter Grundlage des indischen Tanzes durch Umgestaltungen Verbindungen zum klassischen europäischen Tanz herstellt.
- . 6 Der heutige Kathak-Tanz entstammt aus der Fusion von hinduistischer und muslimischer Kultur in Indien.
- . 7 Bei „Taiko“ handelte es sich um eine japanische Percussionstechnik. Bei ihren Auftritten als Taiko-Künstlerin ist die Klägerin sowohl als Percussionistin als auch als Tänzerin tätig.
- . 8 Unter Einreichung des entsprechenden Fragebogens

beantragte die Klägerin am 2. Oktober 2007 bei der Beklagten die Aufnahme in die Künstlersozialkasse ab 1. Oktober 2007. Sie gab an, Tänzerin zu sein. Sie reichte hierzu diverse Unterlagen über ihren Werdegang, laufende und geplante Objekte, Vertragskopien von Engagements sowie Abrechnungen ein.

- . 9 Die Beklagte beschied die Klägerin mit Bescheid vom 31. Januar 2008, sie unterliege nicht der Versicherungspflicht nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG). Sie sei nicht Künstlerin im Sinne des § 1 KSVG, da ihre ausgeübte Tätigkeit als Tänzerin keine künstlerische Tätigkeit im Sinne des Gesetzes sei. Vielmehr trete sie im Rahmen von Banketten und Tanzshow-Veranstaltungen etc. auf. Notwendig sei hingegen die Aufführung von Tänzen im klassischen Werkbereich der darstellenden Kunst, d. h. im Ballett, dem modernen

Tanztheater, der Oper oder dem Varieté.

- . 10 Die Klägerin erhob Widerspruch. Dass tänzerische Tätigkeit nur dann Kunst sei, wenn sie auf einer klassischen Bühne dargeboten werde, sei unrichtig. Maßgeblich sei vielmehr, ob die Tänze vor einem Publikum aufgeführt würden.
- . 11 Sie wies auf diverse Tanzprojekte hin, bei welchen sie eigene Choreografien aufführe.
- . 12 Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 29. Juli 2008 zurück. Zur Begründung führte sie (nunmehr) aus, die Lehrtätigkeit der Klägerin im Bereich indischer klassischer Tanz sei nicht als Lehre von darstellender Kunst einzustufen, sondern als Vermittlung praktischer Fähigkeiten im Bereich des Breiten- bzw. Freizeitsports. Die allgemeine Verkehrsauffassung, nach der es sich richte, ob eigene schöpferische Darstellungen im Bereich des Sports oder dem der

Kunst zuzuordnen seien, spräche hier für Sport. Von sportlicher Betätigung sei nämlich auszugehen, wenn für eine Aktivität ein Regelwerk existiere, das von einem entsprechenden Verband erlassen worden sei. Die von der Klägerin unterrichtete Tanzform zähle zu dem vom Deutschen Tanzsportverband e. V. (DTV) angebotenen Breitensportprogramm. Zum Bereich des Tanzsportes zählten u. a. Kindertanzshows, Jazztanz, Tango argentino, Hiphop, Salsa, Breakdance, historische Tanzvorführungen, Merengue, Flamenco, Stepptanzen, orientalische Tänze, Streetdance sowie Linedance (Bezugnahme auf BSG- Urteil vom 7. Dezember 2006 – B 3 KR 11/06 R –). Die von der Klägerin unterrichtete Tanzform werde in Sportverbänden organisiert und wettkampfmäßig ausgeführt. Auf den Umfang der Kreativität und des Gestaltungsspielraumes komme es nicht an, ebenso wenig, ob bestimmte Schrittfolgen vorgeschrieben seien oder die „freie Improvisation des

Tanzpaares“ im Vordergrund stehe. Die Beklagte hat ferner auf das Urteil des Landessozialgericht Baden-Württemberg vom 15. Mai 2007 (L 11 KR 523/07) verwiesen, wonach auch Tänze im Bereich der Folklore nicht als künstlerische Tänze einzustufen seien.

- . 13 Hiergegen hat die Klägerin Klage vor dem Sozialgericht Frankfurt (Oder) (SG) erhoben. Sie hat Unterlagen eingereicht, aus denen sich Auftritte der Klägerin auf klassischen Bühnen ergeben.
- . 14 Zur Begründung hat sie ergänzend ausgeführt, ca. 70 % ihrer Arbeitszeit widme sie dem Bühnentanz sowie dessen Vorbereitung im Rahmen von Tanzaufführungen des klassischen indischen Kathak-Tanzes sowie des modernen Bollywood-Tanzes. Nur 30 % der Zeit entfalle auf das Unterrichten.
- . 15 Die Veranstaltungen, in deren Rahmen sie auftrete, seien

Varieté. Anders als bei der Folklore handele es sich beim Kathak-Tanz um einen reinen Bühnentanz, der sich über Jahrhunderte entwickelt habe und auch heute noch einem ständigen Wandel unterliege. Er werde direkt für die Bühne choreografiert und mit eigens für den Tanz komponierter Begleitmusik aufgeführt. Das Bewegungsrepertoire sei hoch stilisiert und beruhe auf technischer Präzision in der Ausführung. Um als Kathak-Tänzer gelten zu können, bedürfe es eines langjährigen Studiums in dieser Tanzform. Dieses erfolge an staatlichen oder privaten Akademien. Volkstänze (Folkloretänze) erforderten hingegen keine professionell ausgebildeten Tänzer. Sie dienten der Pflege des Brauchtums.

- . 16 Auch in ihrem Tanzunterricht stehe die Vermittlung von eigenen, also von der Klägerin selbst erstellten Choreografien, im Vordergrund. Ziel sei die Aufführung des Stückes durch die

- Tanzschüler am Ende des Semesters oder im Rahmen von diversen Tanz- und Kulturveranstaltungen. Insoweit lasse sich ihre Arbeit auch als Tanztheater einstufen.
- . 17 Die Klägerin hat sich ergänzend auf eine Stellungnahme des Direktors der Kulturabteilung der indischen Botschaft in Berlin vom 30. Juni 2011 berufen, in der der Kathak als einer der klassischen indischen Tänze bezeichnet wird.
- . 18 Die Beklagte hat ihre Argumentation wiederholt, dass die Klägerin sich jedenfalls schwerpunktmäßig nicht im klassischen Wirk- und Werkbereich der darstellenden Kunst (Theater, Oper und Varieté) bewege.
- . 19 Es gebe keine allgemeine Verkehrsanschauung, welche die Tanzformen der Klägerin als vergleichbar mit dem Ballett einstufe.
- . 20 Nach § 2 Satz 1 KSVG unterfielen nur solche Lehrtätigkeiten der Künstlersozialversicherung, die der aktiven Kunstausbübung der Schüler dienen. Gegenstand der Lehrtätigkeit müsse die Vermittlung praktischer und theoretischer Kenntnisse sein, die sich auf die Fähigkeiten und Fertigkeiten des Unterrichteten bei der Ausübung von Kunst auswirkten. Er erscheine der Beklagten zwar nicht ausgeschlossen, dass sich einzelne Schülerinnen und Schüler der Klägerin dem Bühnentanz zuwendeten. Überwiegend diene der Tanzunterricht aber nicht als Grundlage einer ballettartigen Kunstausbübung, sondern der Ausübung von Breiten- bzw. Freizeitsport.
- . 21 Das SG hat die Beauftragte des Deutschen Tanzsportverbandes e. V. für den orientalischen Tanz M um Auskunft gebeten.
- . 22 Diese hat in ihrer Auskunft vom 8. Juni 2011 u. a. ausgeführt, dass weder „Bollywood- Tanz“ noch „Kathak-Tanz“ als Breitensportdisziplin im DTV betrieben würden. Sie unterlägen

überdies – wie auch der orientalische Tanz – keinem tanzsportverbandlichen Regelwerk bzw. Wettbewerbscharakter. Es sei allerdings denkbar, dass es bei entsprechender Interessenlage und Nachfrage durchaus vereinzelte Angebote in Tanzsportvereinen oder in Tanzschulen geben könne. Weder Kathak-Tanz noch Bollywood-Tanz seien verbandlich als Tanzform oder als Tanzsportdisziplin erfasst oder organisiert.

23 Mit Urteil vom 11. Dezember 2012 hat das SG den Bescheid der Beklagten in der Gestalt des Widerspruchsbescheides aufgehoben und festgestellt, dass die Klägerin seit dem 2. Oktober 2007 nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz in der gesetzlichen Krankenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig ist. Der angefochtene Bescheid sei

rechtswidrig und verletze die Klägerin in ihren Rechten. Die Versicherungspflicht sei ab dem Tag der Meldung bei der Beklagten festzustellen im Sinne der § 1 Nr.1 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 S. 1, 11 Abs.1 KSVG. Die Klägerin sei Künstlerin nach § 2 S. 1 KSVG. Dabei komme es nicht darauf an, ob der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit im Bereich der Tanzlehre oder der Tanzauftritts liege. Beides sei dem Bereich der darstellenden Kunst zuzuordnen.

24 Die berufliche Tätigkeit der Klägerin sei ausgehend vom Katalog dem Katalogberuf des Balletttänzers durchaus vergleichbar. Ballett stehe für eine bestimmte Form des Bühnentanzes neben anderen Richtungen, wie z. B. dem Modern Dance (BSG, Urteil vom 1. Oktober 2009 – B 3 KS 3/08 R –). An den meisten Bühnen träten Tänzer nicht nur im klassischen Ballett auf, sondern auch in Opern, Operetten und Musicals (Bezugnahme auf <http://infobub.arbeitsagentur.de.b>

erufe-stichwort“bühnentänze“).

Daneben gebe es professionellen Tanz auch in Film und Fernsehen. Bei den von der Klägerin angebotenen und dargebotenen Bollywood-Tänzen und Kathak-Tänzen könne eine die darstellende Kunst ausschließende Form des Tanzes als Bestandteil des (professionellen) Spitzen- bzw. Leistungssportes oder des nicht professionellen Breiten-Freizeitsports ausgeschlossen werden. Dass die Klägerin ihre Tänze nicht nur auf klassischer Bühne aufführe, sei unschädlich. Entscheidend sei vielmehr der öffentliche Auftritt. So werde etwa im Bereich der Künstlersozialabgabe (§ 24 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 KSVG) lediglich eine öffentliche Darbietung oder Aufführung künstlerischer Werke gefordert. Die Klägerin, die eigene Choreografien eines zeitgenössischen Tanzes (Bollywood) und eines per se Kreativität voraussetzenden klassischen indischen Tanzes entwickle und zur Aufführung

bringe, unterfalle sogar dem engen Kunstbegriff des Bundesverfassungsgerichtes. Wirkungsbereich der Kunst meine dabei lediglich, der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk zu verschaffen, d. h. seine Darbietung und Verbreitung (Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss vom 3. November 1987 –1 BvR 1257/84, 1 BvR 861/85– juris-Rdnr. 31). Eine Vergleichbarkeit zum klassischen Ballett als Bühnentanz müsse demnach lediglich insofern hergestellt werden, als es sich in Abgrenzung zur Folklore und Sport überhaupt um Tanzkunst handeln müsse, die auf einer öffentlichen „Bühne“ zur Aufführung gebracht werde. Ganz allgemein sei entscheidend für die Einordnung als Kunst die Qualifizierung des öffentlich dargebotenen (Kunst-)werkes als künstlerische Tätigkeit und nicht etwa der selbst gewählte Wirkungsbereich. Andernfalls seien eine Weiter- und Neuentwicklung von Kunstformen und deren Anerkennung durch das KSVG erhebliche Grenzen gesetzt,

insbesondere dann, wenn der Auftrittsort Teil des Kunstwerkes sei (BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 1984 -1 BvR 812/82- juris – Rdnr. 34 ff.). Diese weite Interpretation des ausreichenden Wirkungsbereichs entsprechend der allgemeinen

Verkehrsanschauung werde durch die Rechtsprechung z. B. im Steuerrecht verfolgt, etwa in der Auslegung des Begriffes „Theater“ im Umsatzsteuerrecht des § 12 Abs. 2 Nr. 7 a) Umsatzsteuergesetz. Zuletzt gingen auch die Veranstalter, für die die Klägerin aufträte, regelmäßig davon aus, dass ihre öffentlichen Darbietungen des Bollywood- und Kathak-Tanzes dem Bereich der Kunst zuzuordnen seien.

- 25 Gegen dieses am 28. Januar 2013 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten vom 22. Februar 2013. Zu deren Begründung hat sie ausgeführt, dass die Klägerin überwiegend Einnahmen aus Unterrichtstätigkeit erziele. Im Mittelpunkt ihres Unterrichts

stehe die Vermittlung von Basiselementen des Bollywood-Tanzes. Ziel des Unterrichts sei es nach eigener Darstellung, die Freude an der Vielseitigkeit des Tanzes zu fördern und Choreografien einzustudieren, welche zu verschiedenen Anlässen gezeigt werden könnten. Damit wolle die Klägerin nicht Künstler ausbilden. Die eigenen Tanzauftritte überwögen nach den vorliegenden Informationen nicht, so dass diese eine schwerpunktmäßig künstlerische Tätigkeit nicht begründeten (Bezugnahme u. a. auf den eigenen Internetauftritt der Klägerin unter www.d). Aus den von der Klägerin eingereichten

Gewinnaufstellungen ergäben sich Gesamteinkünfte für 2007 bis 2014 aus dem Bereich des Unterrichtes in Höhe von 36.820,33 € und durch Aufführungen ein Gewinn von 29.549,82 €. Diese würde überwiegend in den Bereichen Bollywood- und orientalischer Tanz/Tribal fusion erzielt. Diese ließen sie sich unter dem

Oberbegriff der orientalischen Tänze einordnen.

- . 26 Auf Nachfrage des Senats hat sie erklärt, Ballettlehrer als Pädagogen im Bereich darstellende Kunst anzuerkennen.
- . 27 Sie beantragt,
- . 28 das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 11. Dezember 2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen.
- . 29 Die Klägerin beantragt,
- . 30 die Berufung zurückzuweisen.
- . 31 Die Klägerin hat ergänzend vorgetragen, sie unterrichte „eigentlich nur“ Erwachsene. Zwar seien viele freizeitorientiert, sie habe aber auch ambitionierte Kunden. Mittlerweile seien zwei Kunden von ihr selbst professionell tätig. Ziel des Unterrichts sei es jeweils, dass die Schüler selbst Tänze entwickeln und aufführen könnten. Regelmäßig führten die Kursteilnehmer zweimal jährlich

von den Tanzstudios organisierte Aufführungen auf.

- . 32 Auf die von den Beteiligten eingereichten Unterlagen sowie den Verwaltungsvorgang der Beklagten, der zur Verhandlung vorlag und Gegenstand der Erörterung war, wird ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- . 33 Die Berufung muss Erfolg versagt bleiben.
- . 34 Das SG hat der Klage zu Recht stattgegeben.
- . 35 Nach § 2 S. 1 KSVG ist Künstler im Sinne dieses Gesetzes, wer Musik, darstellende oder bildende Kunst schafft, ausübt oder lehrt. Eine weitergehende Festlegung, was darunter im Einzelnen zu verstehen ist, ist im Hinblick auf die Vielfalt, Komplexität und Dynamik der Erscheinungsformen künstlerischer Betätigungsfelder nicht erfolgt. Der Gesetzgeber spricht im KSVG nur allgemein von "Künstlern" und "künstlerischen Tätigkeiten", auf eine materielle Definition des

Kunstbegriffs hat er hingegen bewusst verzichtet (so weitgehend wörtlich BSG, Urt. v. 10. März 2011 –B 3 KS 4/10 R Rdnr. 9f mit Bezugnahme auf BT-Drucks 8/3172 S 21). Dieser Begriff ist deshalb aus dem Regelungszweck des KSVG unter Berücksichtigung der allgemeinen Verkehrsauffassung und der historischen Entwicklung zu erschließen. Aus den Materialien zum KSVG ergibt sich, dass der Begriff der Kunst trotz seiner Unschärfe auf jeden Fall solche künstlerischen Tätigkeiten umfassen soll, mit denen sich der "Bericht der Bundesregierung über die wirtschaftliche und soziale Lage der künstlerischen Berufe (Künstlerbericht)" aus dem Jahre 1975 (BT-Drucks 7/3071) beschäftigt (BSG a. a. O. mit weiteren Nachweisen). Der Gesetzgeber hat damit einen an der Typologie von Ausübungsformen orientierten Kunstbegriff vorgegeben, der in aller Regel dann erfüllt ist, wenn das zu beurteilende Werk den Gattungsanforderungen eines bestimmten Kunsttyps (z. B.

Theater, Malerei, Musik) entspricht. Bei diesen Berufsfeldern ist das soziale Schutzbedürfnis der Betroffenen zu unterstellen, ohne dass es auf die Qualität der künstlerischen Tätigkeit ankommt oder eine bestimmte Werk- und Gestaltungshöhe vorausgesetzt wird.

- 36 In dem inzwischen vierzig Jahre alten Künstlerbericht finden sich im Bereich der darstellenden Kunst als Einordnungshilfe für den Bereich Tanz und Tanztheater nur die Katalogberufe des "Balletttänzers", des "Ballettmeisters" sowie des Choreographen (BT-Drucks 7/3071 S. 7). Neben diesem Bereich der "Tanzkunst", die Teil der sehr weit gefächerten "Unterhaltungskunst" ist und zur "darstellenden Kunst" im Sinne des § 2 S. 1 KSVG gehört, gibt es den Tanz aber auch als Teil des Sports. Nach ständiger Rechtsprechung des BSG kann eine Form des Tanzes, die Bestandteil des (professionellen)

- Spitzen- bzw. Leistungssports oder des (nicht professionellen) Breiten- bzw. Freizeitsports ist, nicht als Kunst eingeordnet werden (zuletzt BSG, Urt. v. 8. Oktober 2014 -B 3 KS .8/13 R-Rdnr. 19.
- . 37 Die Klägerin betreibt keinen Tanzsport. Sie übt sowohl als Kathak- wie auch als Bollywood-Tänzerin das Tanzen wie im klassischen Ballett aus. Entsprechendes gilt für ihre Lehrtätigkeit.
- . 38 Dies hat bereits das SG zutreffend und mit überzeugender ausführlicher Begründung angenommen, auf die zunächst zur Vermeidung bloßer Wiederholungen gemäß § 153 Absatz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) verwiesen wird.
- . 39 Es handelt sich um geradezu klassische Bühnenkunst vor Publikum.
- . 40 Die Beauftragte für orientalischen Tanz des Deutschen Tanzsportverbandes e. V. hat in ihrer Auskunft vom 8. Juni 2011 u. a. ausgeführt, sowohl „Bollywood-Tanz“ als auch „Kathak-Tanz“ seien vom Ursprung und der Intention des Tanzens eher als darstellende, erzählende, gefühlsausdrückende und extrovertierte Tanzformen einzustufen, die ganz entscheidend auf Kreativität und Improvisation aufbauten. Jeder Ablauf, jede Aufführung könne jedes Mal anders sein, jeder Tänzer/in könne die Tanzgeschichte neu und individuell choreografieren und aufführen. Insofern bewege sich die Tätigkeit im tanzkünstlerischen Umfeld. Von einer tanzsportlichen Aktivität könne nicht ausgegangen werden. Sie hat ferner wörtlich ausgeführt:
- . 41 „Der „Bollywood-Tanz“ ist (...) keine einheitliche Tanzform, sondern eine Fusion verschiedener Tanzstile, was im Übrigen heutzutage immer öfters anzutreffen ist. Im Bollywood-Tanz herrschen sowohl klassische indische Tempeltänze wie auch traditionelle indische Volkstänze vor, jedoch kommen

sehr oft auch Elemente aus dem orientalischen Tanz und dem modernen Hip-Hop bzw. Videoclipdance zum Einsatz (...). „Bollywood-Tanz“ darf nicht mit alten klassischen indischen Tanzformen wie z. B. „Kathak-Tanz“ gleichgesetzt werden. „Bollywood-Tanz“ ist vielmehr eine freie, ausgelassene und verspielte Tanzform, die ohne Regel und Vorschriften sehr viel Raum für eigene Kreativität lässt. Die Bewegungsabläufe sind im Vergleich zum klassischen „Kathak-Tanz“ weniger komplex und daher leichter zu erlernen.

- . 42 Der „Kathak-Tanz“ ist dem gegenüber ein klassischer indischer Tanzstil, der vor allem in Nordindien, im Punjab und im Bundesstaat Uttar Pradesh verbreitet ist. Der Name Kathak leitet sich von Kathak „der Kunst des Geschichtenerzählens“ ab. Der Kathak-Tänzer war ursprünglich ein Geschichtenerzähler, der in rhythmischen Versen mythologische Geschichten in den Tempeln zur Verehrung der

Götter vorgetragen hat. Der Kathak von heute entwickelte sich unter dem Einfluss der muslimischen Mogulen eher vom sakralen Tempeltanz hin zu einer Art Hofanz Nordindiens. Am Hofe entwickelte sich neben der ausdrucksstarken körpersprachlichen Erzählform auch der abstrakte rhythmisch betonte Tanz. Typisch für den abstrakten Tanz sind extensive Fußpercussion, betonte Gestik und Mimik, weiche Körperbewegungen und Drehungen. Das rhythmische Erlebnis wird noch durch kleine Glöckchen verstärkt, die die Tänzer am Fußgelenk tragen.“

- . 43 Soweit die Beklagte auf eine Suche auf den Internetseiten des Deutschen Olympischen Sportbundes verweist, die zum Suchwort „Bollywood“ sieben Treffer erzielt habe, ergibt sich daraus keine Hinweise auf eine Verkehrsanschauung oder die Verbreitung von Bollywood-Dance als Tanzsport, geschweige den für den Kathak-Tanz.

- . 44 Im Tanzsport-Verband sind diese Tänze nicht als Disziplinen erfasst oder organisiert.
- . 45 Weder Kathak-Tanz noch Bollywood-Dance sind zudem Gesellschafts- oder Folkloretänze.
- . 46 Auch hilft es der Beklagten im vorliegenden Fall nicht, dass das BSG im Urteil vom 7. Dezember 2012 „orientalische Tänze“ als eine der Tanzarten als aufgelistet hat, welche nach Angaben des Deutschen Olympischen Sportbundes im Rahmen des Breitensportprogramms angeboten werden (Urt. v. 7. Dezember 2012 -B 3 KR 11/06 R-juris-RdNr.19). Dies entbindet sie nämlich nicht von der Pflicht zu prüfen, ob nicht im Einzelfall der Tanz als „ballettartige Kunstausbübung“ ausgeübt bzw. gelehrt wird (BSG, a. a. O. RdNr. 17), was -im konkreten Fall- für ballettähnlichen Bühnentango vom BSG nicht ausgeschlossen wurde.
- . 47 Dem klassischen Kunstbereich zuzuordnen sind zudem die Auftritte der Klägerin als Musikerin/Tänzerin in einem Taiko-Ensemble. Dies blendet die Beklagte gänzlich aus.
- . 48 Die Klägerin ist auch nicht von der KSK ausgeschlossen, weil sie ihre Einkünfte überwiegend mit dem Unterrichten der von ihr betriebenen Tänze bestreitet.
- . 49 Nach der Rechtsprechung des BSG kommt es für die Ausbildung im Bereich "Tanz" im Sinne von "Tanzkunst" nicht darauf an, ob die Lehrer über eine staatlich anerkannte musikalische Berufsausbildung als Tänzer oder eine Berufsqualifikation als Tanzlehrer verfügen und ob angehende Berufstänzer oder Laien unterrichtet werden, die nur in ihrer Freizeit am Unterricht teilnehmen und das Gelernte auch nur für Freizeit Zwecke verwenden wollen. Demgemäß können auch Kinder und Jugendliche einen als "Lehre von darstellender Kunst" im Sinne des § 2 Satz 1 KSVG einzustufenden Tanzunterricht zum Beispiel im Musikverein, in der Schule oder im Internat erhalten.

Voraussetzung ist aber jeweils, dass sie durch den Unterricht befähigt werden sollen, selbst aktiv als Tänzer tätig zu werden, um einen Tanz als Kunstform (nicht als Sport) darzubieten (so BSG, Urt. vom 1. Oktober 2009 - B 3 KS 3/08 R Rdnr. 18). Allerdings dürfen dabei nicht vorrangig ein therapeutischer Zwecken (zum Beispiel Musiktherapie, Tanztherapie, Mal- und Zeichentherapie) oder pädagogische bzw. didaktische Ziele prägend sein. Die gesetzliche Gleichstellung der Lehre von Musik und darstellender bzw. bildender Kunst mit der - von der Verkehrsauffassung schon immer als "künstlerische" Tätigkeiten eingestuft - Schaffung und Ausübung von Darbietungen und Werken der Kunst ist nur gerechtfertigt, wenn die Lehre, also der praktische und theoretische Unterricht, darauf gerichtet ist, dem Lernenden die Fähigkeiten und Fertigkeiten beizubringen, die erforderlich sind, um selbst zur Schaffung und Ausübung künstlerischer

Darbietungen und Werke in der Lage zu sein (BSG, a. a. O. Rdnr. 19)

- . 50 Auch beim Musiklehrer ist die Anerkennung eines im Bereich der musikalischen Pädagogik tätigen selbständigen als Künstler unproblematisch, unabhängig davon, ob angehende Künstler oder Laien unterrichtet werden, die eine Ausbildung nur für Freizeit Zwecke nutzen (Finke/Brachmann/Nordhausen, Künstlersozialversicherungsgesetz 4. Auflage 2009, § 2 Rdnr. 12 mit Nachweisen der BSG-Rechtsprechung).
- . 51 Auch der von der Klägerin angebotene Unterricht entspricht danach in entscheidenden Merkmalen dem klassischen Ballettunterricht, so dass das Unterrichten der KSK unterfällt. Auch dort sind die Grenzen zu Tänzen, die dem Begriff des Tanzsportes zuzuordnen sind, fließend. Nur ein kleiner Bruchteil der Kinder, Jugendlichen und Erwachsenen, die Ballettunterricht nehmen, werden später professionelle Tänzer. Hier

wie da dient der Unterricht aber nicht nur der Freude an der Bewegung, der Körperbeherrschung, dem geselligen Beisammensein und jedoch nicht dem Wettbewerb. Ziel ist vielmehr die Aufführung eingeübter Choreographien vor Publikum.

- . 52 Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG und entspricht dem Ergebnis in der Sache.
 - . 53 Gründe für die Zulassung der Revision nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 SGG sind nicht ersichtlich.
 - . 54 Zu entscheiden war ein Einzelfall.
-