

III. RECHTSPRECHUNG

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN VG 1 K 136.14 URTEIL VOM 11.01.2016 - KEINE SONDERNUTZUNGSERLAUB- NIS FÜR KOSTÜMIERTEN NVA- SOLDATEN AM POTSDAMER PLATZ

Das VG Berlin hat entschieden, dass das Bezirksamt Mitte von Berlin Sondernutzungen auf dem Potsdamer Platz beschränken darf. Der Behörde steht dabei ein Gestaltungsspielraum bei der Festlegung der öffentlichen Interessen, die bei der Vergabe von Sondernutzungserlaubnissen berücksichtigt werden, zu. Das uniformierte Postieren als DDR-Grenzsoldat vor einem Mauersegment stellt ferner keine genehmigungsfreie künstlerische Aufführung dar.

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN
URTEIL
Im Namen des Volkes
In der Verwaltungsstreitsache VG 1 K
136.14

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

das Land Berlin, vertreten durch das
Bezirksamt Mitte von Berlin

- Rechtsamt -,

Mathilde-Jacob-Platz 1, 10551 Berlin,

hat das Verwaltungsgericht Berlin, 1.
Kammer, durch

die Richterin am Verwaltungsgericht
Stopp als Einzelrichterin

im Wege schriftlicher Entscheidung am
11. Januar 2016 für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfah-
rens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig
vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung durch
Sicherheitsleistung in Höhe von 110 %
des aufgrund des Urteils vollstreckbaren
Betrages abwenden, wenn nicht der Be-
klagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110
% des jeweils zu vollstreckenden Betra-
ges leistet.

Tatbestand

Der Kläger begehrt die Erteilung einer
unbefristeten Genehmigung für die re-
gelmäßige Durchführung seines sog.
Projektes „Potsdamer Platz - Erlebte
Geschichte“. Hierfür uniformiert er sich
wie ein ehemaliger DDR-Grenzsoldat
und stellt sich mit einem Tisch für Infor-
mationsmaterial (90 cm x 60 cm x 60
cm) vor ein Mauersegment am Potsda-
mer Platz. Wegen seines genauen

Standortes wird auf die im Verwaltungsvorgang befindlichen Abbildungen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12. Mai 2015 Bezug genommen. Derart kostümiert unterhält er sich – ggfs. auch fremdsprachig – mit Touristen, lässt sich mit ihnen fotografieren und teilt nachgemachte Visa-Stempel der ehemaligen DDR aus. Nach den Beobachtungen der Mitarbeiter des Ordnungsamtes Mitte dauern die Gespräche mit den Interessenten zwischen einer und drei Minuten. Auf die Frage nach einer Entgeltlichkeit des Angebots antwortet der Kläger nach seinen Angaben: „Es kostet nichts, aber eine Spende in Höhe von 2,00/3,00 Euro wäre schön.“

Am 24. Juli 2013 beantragte der Kläger beim Bezirksamt Mitte von Berlin für sein Projekt eine Sondernutzungserlaubnis. In einer Anlage zu dem Antrag beschrieb er seine Tätigkeit: „[...] Mit Freunden und Studenten sind wir bemüht, das Verständnis der Deutschen Geschichte den Besuchern näherzubringen, indem wir als DDR Grenzsoldaten die Geschichte des originalen Mauerverlaufs am Potsdamer Platz wiedergeben. Dies ist nur am abgebildeten Kartenausschnitt möglich, da hier der

Mauerverlauf auf dem Pflaster markiert ist und der Grenzübergang vom Potsdamer Platz stattfand. Möglichst authentisch bemühen wir uns, den Grenzverlauf und den ehemaligen Grenzübertritt am Potsdamer Platz zur Zeit der Berliner Mauer den Interessierten mit den nötigen Utensilien, wie z.B. alte „DDR Stempel“ und historischem Berliner DDR Visum und informativen Postkarten zum Mauerverlauf, zu vermitteln, indem wir Informationen zur Grenzüberschreitung von Ost- nach Westberlin mithilfe der historischen DDR Stempel erklären. Dazu nutzen wir die Postkarte, die den Grenzverlauf der Berliner Mauer und die Grenzübergänge zeigt. Für die Erinnerung des Grenzübergangs können die Besucher sich diese als Visum stempeln lassen und als Informationsmaterial mitnehmen. Zudem beantworten wir Fragen zur Berliner Mauergeschichte und vermitteln damit das geschichtliche Wissen für die Besucher. [...]“.

Mit Bescheid vom 17. September 2013 lehnte das Bezirksamt den Antrag ab. Es wies darauf hin, dass für die vom Kläger begehrte Straßennutzung eine straßenverkehrsrechtliche Ausnahmegenehmigung erforderlich sei. Daneben bedürfe es aufgrund der in § 13 des Ber-

liner Straßengesetzes geregelten Konzentrationswirkung keiner separaten Sondernutzungserlaubnis. Die Erteilung der notwendigen Ausnahmegenehmigung lehnte es mit der Begründung ab, dass die Tätigkeit des Klägers als gewerbliche Dienstleistungserbringung zu werten sei. Diese sei an der gewünschten Stelle nicht genehmigungsfähig. Denn der Potsdamer Platz sei ein Areal von herausragender städtebaulicher und touristischer Bedeutung, das in seinem architektonischen Erscheinungsbild dem interessierten Betrachter möglichst unverfälscht erhalten bleiben solle. Zudem symbolisiere der konkrete Ort die Erinnerung an die Berliner Mauer, zu deren Gedenken das Land Berlin ein um fangreiches Konzept erstellt habe. Nutzungen, wie die des Klägers, seien darin nicht vorgesehen. Die vom Kläger beabsichtigte Nutzung stünde den öffentlichen Interessen Berlins, die städtebauliche Wirkung und Funktionalität des Potsdamer Platz zu erhalten sowie in angemessener Form der Deutschen Teilung zu gedenken, entgegen.

Gegen die Versagung der beantragten Genehmigung legte der Kläger am 7. Oktober 2013 Widerspruch ein. Hierzu trug er u.a. vor, dass es sich beim Mau-

ergedenken nicht um eine exklusive, originäre oder gar hoheitliche Aufgabe des Landes Berlin handele und die Nutzung sich überdies in das Konzept des Landes Berlin einfüge. Aus Ziffer 2.4.3 des Konzeptes ergebe sich das Erfordernis, die „wenigen und vereinzelt dank hartnäckigster Initiative geretteten Mauerreste“ durch das „Schaubedürfnis von Einzel- und Gruppenbesucher“ befriedigende Zusatzangebote zu ergänzen. Dem werde das Nutzungskonzept des Klägers gerecht. Auch der durch das Bezirksamt Mitte von Berlin am 17. Dezember 1990 beschlossene Negativkatalog für den fliegenden Handel im Bezirk Mitte sei nicht einschlägig, da es sich nicht um eine gewerbliche, sondern um eine Tätigkeit informativer und darstellender Art handele.

Den Widerspruch wies das Bezirksamt mit Widerspruchsbescheid vom 23. April 2014 zurück. Es hielt an der Rechtmäßigkeit der Versagung der Genehmigung fest. Insbesondere sei es die Aufgabe des Landes Berlin zu entscheiden, ob Sondernutzungen dem öffentlichen Interesse am Mauergedenken zuzurechnen seien. Diesem Gedenken entsprächen die Aktivitäten des Klägers, die ganz überwiegend der Unterhaltung der An-

wesenden und der Erzielung von Einnahmen dienen, bei objektiver Betrachtung nicht. Auch müsste im Falle der Gestattung der Tätigkeiten des Klägers aus Gleichbehandlungsgründen anderen Antragstellern entsprechendes zugestanden werden. Es stünde zu befürchten, dass marktähnliche Zustände eintreten, die am begehrten Standort unerwünscht seien.

Mit der am 13. Mai 2014 erhobenen Klage verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Er vertritt die Auffassung, dass es sich um eine künstlerische Aufführung handele, die genehmigungsfrei sei. Zumindest aber bestehe ein Anspruch auf die Erteilung einer Genehmigung.

Der Kläger beantragt,

den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 17. September 2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. April 2014 zu verpflichten, ihm eine Ausnahmegenehmigung für seine Tätigkeit im Rahmen des Projektes „Potsdamer Platz - Erlebte Geschichte“ vor dem Mauersegment am Potsdamer Platz zu erteilen.

Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Er verteidigt die angefochtenen Bescheide und führt hierzu ergänzend aus, dass die vom Kläger als „grenzhistorische Darbietungen“ bezeichneten Tätigkeiten keine gemeingebräuchliche Kunst darstellten und vergleichbare Aktivitäten im Wirkungskreis des Bezirksamtes Mitte von Berlin nicht geduldet würden. Es handele sich auch nicht um Spontankunst. Vielmehr plane der Kläger ein Geschäft, das er mit gewisser Regelmäßigkeit an einem festen Standort wiederhole. Am konkreten Standort sei die begehrte Straßennutzung auch verkehrsgefährdend, weil Menschentrauben entstünden, wenn Reisebusse das Mauersegment ansteuerten. Fußgänger müssten dann auf den Radweg ausweichen.

Mit Beschluss vom 28. Januar 2015 hat die Kammer den Rechtsstreit der Einzelrichterin zur Entscheidung übertragen.

Am 12. Mai 2015 hat das Gericht in der Sache mündlich verhandelt. In der mündlichen Verhandlung wurde der vom Kläger genutzte Standort via google maps in Augenschein genommen. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf das Sitzungsprotokoll Bezug genommen. Die Entscheidung wurde vertagt. Die Beteiligten haben ihr Ein-

verständnis mit einer Entscheidung ohne (weitere) mündliche Verhandlung erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Streitakte sowie den Verwaltungsvorgang des Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe

Es kann ohne (weitere) mündliche Verhandlung im Wege schriftlicher Entscheidung über die Klage befunden werden, weil die Beteiligten sich mit dieser Vorgehensweise einverstanden erklärt haben (vgl. § 101 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung).

Die zulässige Klage hat keinen Erfolg.

Der Bescheid des Bezirksamtes Mitte von Berlin vom 17. September 2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheides derselben Behörde vom 23. April 2014 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die Durchführung des sog. Projektes „Potsdamer Platz – Erlebte Geschichte“ (vgl. § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

Ein Anspruch des Klägers auf die begehrte Ausnahmegenehmigung richtet sich nach § 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 der Straßenverkehrsordnung – StVO – i.V.m. §§ 11 Abs. 1, 13 des Berliner Straßengesetzes – BerlStrG –. Aufgrund der in § 13 BerlStrG vorgesehenen Zuständigkeitskonzentration bedarf es für eine Straßenbenutzung, für die bereits nach der Straßenverkehrsordnung eine Ausnahmegenehmigung erforderlich ist, keiner gesonderten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis. Die in Betracht kommenden straßenrechtlichen Belange sollen jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers bei der straßenverkehrsrechtlichen Entscheidung Berücksichtigung finden, so dass sich vorliegend der Prüfungsumfang auch auf die Genehmigungsfähigkeit der Straßenbenutzung nach § 11

Abs. 1 BerlStrG erstreckt (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20. Dezember 2011 – OVG 1 S 174.11 –).

I. Für die vom Kläger begehrte Gehwegnutzung ist eine Ausnahmegenehmigung nach §§ 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8, 32 Abs. 1 Satz 1 StVO erforderlich. Denn zur Durchführung seines Projektes nutzt der Kläger einen Tisch, der auf dem Potsdamer Platz vor dem in Rede

stehenden Mauersegment (zwischen dem zweiten und dritten Fußausleger) platziert und als Ablage für Informationsmaterial und sonstige Hilfsmitteln verwendet wird. Dieser Tisch stellt ein Hindernis auf der Straße im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 1 StVO dar, durch das der Verkehr erschwert werden könnte.

Der Formulierung „gefährdet oder erschwert werden kann“ ist zu entnehmen, dass es sich bei § 32 Abs. 1 StVO um einen Gefährdungstatbestand handelt. Das bedeutet, dass die Gefährdung oder Erschwerung des Verkehrs nicht bereits eingetreten oder sicher sein muss. Ausreichend ist, dass sie mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten oder nicht ganz unwahrscheinlich ist. Eine abstrakte Gefahr reicht aus (vgl. BVerwG, Urteil vom

11. Dezember 2014 – 3 C 7/13 –, juris m.w.N.). Ob ein auf die Straße gebrachter oder dort belassener Gegenstand ein Hindernis darstellt, ist im Rahmen einer Gesamtschau zu beurteilen. Dabei sind einerseits der Inhalt der Widmung der Verkehrsfläche (also z.B. für alle Verkehrsarten oder – wie in einer Fußgängerzone – nur für den Fußgängerverkehr) einschließlich der konkreten Zweckbestimmung der betroffenen

Areale (also Fahrbahn, Gehweg oder Sperrfläche) und andererseits die Zweckbestimmung des Gegenstandes sowie die mit ihm und der Dauer seines Verbleibs einhergehende Erschwerung oder Gefährdung des Verkehrs von Bedeutung (vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 2014, a.a.O.).

Daran gemessen stellt der Tisch des Klägers ein Hindernis dar. Infolge des Aufstellens des Tisches steht der streitgegenständliche Gehwegbereich dem Fußgängerverkehr nur noch eingeschränkt zur Verfügung; dieser ist dort ersichtlich erschwert. Ein ungehindertes Herantreten an das Mauersegment ist in diesem Bereich nicht möglich. Auch die im Verwaltungsvorgang enthaltenen Fotos bestätigen, dass der Kläger mit dem Tisch einen nicht ganz unerheblichen Raum vor der Mauer einnimmt. Dies widerspricht auch der konkreten Zweckbestimmung des betroffenen Gehwegbereichs, der nicht ausschließlich der Fortbewegung dient, sondern jedenfalls auch ein vorübergehendes Verweilen zur Besichtigung des historischen Mauerstücks und der zugehörigen Informationstafeln ermöglichen soll. Unerheblich ist insoweit, dass der Tisch zwischen zwei Fußauslegern des Mauersegments

platziert wird, denn auch dieser Bereich ist dem Gehweg zuzurechnen und dient den vorstehend erläuterten Zwecken. Hinzu kommt, dass jedenfalls dann, wenn Interessenten an den Tisch des Klägers treten, nicht auszuschließen ist, dass unbeteiligte Fußgänger Umwege in Kauf nehmen müssen, um den fraglichen Gehwegbereich zu passieren. Die Beeinträchtigung durch den Tisch ist auch von nicht ganz unerheblicher Dauer; vielmehr ist davon auszugehen, dass sich der Kläger zur Durchführung seiner Tätigkeiten mehrere Stunden an dem Standort aufhält.

Die Annahme einer kommunikativen Nutzung, die unter Umständen zum Gemeingebrauch zählen und damit in straßenrechtlicher Hinsicht erlaubnisfrei sein kann, scheidet mithin schon deshalb aus, weil der Kläger mit dem Aufstellen eines Tisches den fraglichen Gehwegbereich den übrigen Verkehrsteilnehmern entzieht und eine straßenverkehrsrechtliche Ausnahmegenehmigung benötigt. Überdies wäre die Betätigung des Klägers auch nicht als kommunikativer Gemeingebrauch anzusehen; seine Betätigung stellt insbesondere keine von der Freiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 des Grundge-

setzes – GG – erfasste Straßenkunst dar (s.u.).

Nach alledem begründete auch der am 24. Juli 2013 eingegangene Antrag auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zu keiner Zeit eine Erlaubnisfiktion. Denn aufgrund der Erforderlichkeit einer straßenverkehrsrechtlichen Ausnahmegenehmigung entzieht sich die auch als Sondernutzung zu qualifizierende Aufstellung des Tisches gemäß

§ 13 Satz 1 BerlStrG dem straßenrechtlichen Verfahrensregime des § 11 BerlStrG. Für die Anwendbarkeit der verfahrensrechtlichen Bestimmungen in § 11 Abs. 2 Satz 3 bis 5 BerlStrG ist danach kein Raum (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. September 2011 – OVG 1 S 174.11 – S. 3 amtl. Entscheidungsumdruck; VG Berlin, Beschluss vom 7. Oktober 2015 – 1 L 224.15 –, juris).

II. Die Versagung der danach erforderlichen Ausnahmegenehmigung nach § 46 Abs. 1 Nr. 8 StVO ist sowohl formell als auch materiell rechtmäßig.

1. Die Zuständigkeit des Bezirksamts Mitte von Berlin ergibt sich für den Ausgangsbescheid aus § 3 Abs. 2 des Allgemeinen Zuständigkeitsgesetzes –

AZG – i.V.m. Nr. 22 b Abs. 6 b) des Zuständigkeitskatalogs Ordnungsaufgaben – ZustKat Ord - und für den Widerspruchsbescheid aus § 27 Abs. 1 b) AZG. Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 47 Abs. 2 Nr. 8 StVO. Es kann dahinstehen, ob gemäß § 13 Satz 2 i.V.m. § 26 Abs. 2 Nr. 1 BerlStrG eine Anhörung der – für Widerspruchsentscheidungen bzgl. Sondernutzungen im zentralen Bereich zuständigen – Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt vor Erlass des Widerspruchsbescheids durch das hierfür zuständige Bezirksamt erforderlich war. Ein etwaiger Verfahrensfehler ist jedenfalls nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes – VwVfG – geheilt. Denn eine Anhörung ist – wie dem Schreiben der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung vom 8. Juli 2015 entnommen ist – nachträglich erfolgt. Die Senatsverwaltung hat darin u.a. mitgeteilt, dass sie die Einschätzungen des Bezirksamts in der vorliegenden Sache teilt.

2. Gemäß § 46 StVO steht die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung im Ermessen der zuständigen Behörde. Aufgrund der Bestimmung des § 13 BerlStrG darf die begehrte Ausnahmegenehmigung auch versagt werden,

wenn die Voraussetzungen von § 11 Abs. 2 Satz 1 BerlStrG nicht gegeben sind. Dies ist hier der Fall. Nach dieser Vorschrift soll die Erlaubnis für eine Sondernutzung, wie sie hier im Rahmen der straßenverkehrsrechtlichen Ausnahmegenehmigung begehrt wird, in der Regel erteilt werden, wenn überwiegende öffentliche Interessen der Sondernutzung nicht entgegenstehen oder ihnen durch Nebenbestimmungen zur Erlaubnis entsprochen werden kann. Dies bedeutet, dass grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis besteht und dass entgegen der früheren, bis zum 24. Juni 2006 geltenden, Regelung nicht mehr jeder sachliche Grund und jedes öffentliche Interesse für eine Versagung ausreicht. Stattdessen bedarf es der Feststellung des Vorhandenseins überwiegender öffentlicher Interessen, was wiederum eine wertende Gegenüberstellung der betroffenen öffentlichen Belange mit den schutzwürdigen Interessen des jeweiligen Antragstellers durch die Straßenbaubehörde voraussetzt (vgl. VG Berlin, Beschluss vom 16. Oktober 2014 – 1 L 31.14 – sowie Urteil vom 10. Januar 2013 – 1 K 353.11 – m.w.N. beide in juris).

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass dem Bezirk bei der Festlegung der öffentlichen Interessen, an denen er die Bewilligung von Sondernutzungserlaubnissen ausrichtet, ein Gestaltungsspielraum zusteht. Die Aufgabe, zwischen möglichen öffentlichen Belangen auszuwählen, die eine Versagung einer Sondernutzungserlaubnis rechtfertigen können, hat der Gesetzgeber erkennbar allein der zuständigen Behörde, regelmäßig dem Bezirksamt als Straßenbaubehörde übertragen und vom Grundsatz her keine weiteren konzeptionellen Vorgaben zur Einschränkung des Themenbereichs der öffentlichen Interessen gemacht. Er hat damit die Verantwortung der Bezirke gestärkt, in ihrem örtlichen Bereich thematische Schwerpunkte bei der Gestaltung der Sondernutzung zu setzen (vgl. Abgeordnetenhaus-Drucksache 15/3584, S. 15; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 8. Dezember 2011 – OVG 1 B 66.10 – und vom 3. November 2011 – OVG 1 B 65.10 –, beide in juris).

Bei der danach gebotenen Abwägung überwiegt das vom Beklagten geltend gemachte Interesse, die städtebauliche Wirkung und Funktionalität des Potsdamer Platzes nicht durch die vom Kläger

veranstaltete Sondernutzung zu stören und in angemessener Form der Deutschen Teilung zu gedenken, die privaten Interessen des Klägers an der begehrten Straßennutzung.

a) Die vom Beklagten angeführten städtebaulichen Versagungsgründe sind ebenso wie das Anliegen eines respektvollen Gedenkens an die Deutsche Teilung anerkannte öffentliche Interessen. Dabei ist die Bewertung der Tätigkeit des Klägers dahingehend, dass sie den vorbezeichneten öffentlichen Interessen zuwiderläuft, nicht zu beanstanden. Ein als DDR-Grenzsoldat kostümiertes Auftreten an einem Ort, an dem ein historisches Mauersegment steht und der jedenfalls auch dem Gedenken an die Deutsche Teilung und Maueropfer dient, kann durchaus als das ästhetische und moralische Empfinden des Betrachters störend empfunden werden. Dies gilt umso mehr, als es dem Kläger ersichtlich auch darum geht, mit seiner Aktion Einnahmen zu generieren, wobei es nicht darauf ankommt, ob er diese als Spende bezeichnet und die Leistung auf freiwilliger Basis erfolgt. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass jedenfalls ein Teil der Besucher des Mauerstücks die Ernsthaftigkeit der Auseinandersetzung

mit der deutschen Geschichte durch das Gebaren des Klägers in Zweifel gezogen sehen könnte. Die Einschätzung des Beklagten, das Ansehen und die Attraktivität des historisch bedeutsamen Ortes könne durch Zulassung von Sondernutzungen wie der des Klägers geschädigt werden, ist ermessensfehlerfrei.

Zudem hat der Beklagte schlüssig dargetan, dass er sich insoweit an dem „Gesamtkonzept zur Erinnerung an die Berliner Mauer: Dokumentation, Information und Gedenken“ des Landes Berlin vom 12. Juni 2006 orientiert, in dem Privatinitiativen wie die des Klägers nicht vorgesehen sind (abrufbar unter: <http://www.stiftung-berliner-mauer.de/en/uploads/test/gesamtkonzept.pdf>). Die Behauptung des Klägers, aus Ziffer 2.4.3. des Konzeptes ergebe sich das Erfordernis, das Schaubedürfnis von Einzel- und Gruppenbesuchern durch befriedigende Zusatzangebote im Bereich der verbliebenen Mauersegmente zu ergänzen, trifft nicht zu. In dem zitierten Abschnitt des Gesamtkonzeptes geht es vielmehr um die Frage, ob eine erneute Errichtung eines Aussichtspodestes am Potsdamer Platz mit Blick in Richtung des ehemaligen Ostteils von Berlin, wie es in Zeiten der Teilung der

Stadt existierte, wünschenswert ist. Die Annahme des Klägers, gerade seine Aktivitäten stellten ein für Geschichtsinteressierte befriedigendes Zusatzangebot dar, wird hierdurch nicht gestützt. Es handelt sich vielmehr um seine eigene Einschätzung, die jedoch angesichts des schlüssig vorgetragenen Konzeptes des Beklagten nicht ausschlaggebend sein kann. Der Beklagte hat dargetan, dass er auch vergleichbare Sondernutzungen nicht genehmigt, so dass eine einheitliche straßenrechtliche Verwaltungspraxis, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung trägt, gewährleistet ist. Darauf, ob in anderen Bezirken vergleichbare Aktivitäten an historisch bedeutsamen Orten gestattet werden, kommt es nicht an. Denn der Gleichbehandlungsanspruch besteht nur gegenüber dem nach der Kompetenzverteilung zuständigen Träger öffentlicher Gewalt (vgl. OVG Berlin- Brandenburg, Urteil vom 8. Dezember 2011 – OVG 1 B 66.10 –, a.a.O.).

b) Demgegenüber treten die privaten Interessen des Klägers zurück. Dabei ist der Beklagte zurecht davon ausgegangen, dass die Betätigung des Klägers in erster Linie wirtschaftlich motiviert ist. Wenngleich er – nach seinen Angaben –

kein Entgelt für Fotos und nachgemachte Visa von den Interessenten fordert, appelliert er mit seiner Bitte um eine Spende gleichwohl an ein entsprechendes Verpflichtungsgefühl der Leistungsempfänger. Auch die beim Kläger u.a. im Rahmen der Wohnungsdurchsuchung am 5. März 2014 vorgefundene Summe spricht dafür, dass er Einnahmen in nicht unerheblichem Umfang durch seine Tätigkeit erzielt. Daneben wird nicht in Abrede gestellt, dass der Kläger auch ein Interesse verfolgen mag, Besucher des Mauerstücks auf – für einen Teil der Betrachter – unterhaltensame Weise über historische Fakten zu informieren. Dies hat der Beklagte im Rahmen seiner Ermessensausübung hinreichend berücksichtigt.

Zurecht ist der Beklagte davon ausgegangen, dass die Aktivitäten des Klägers nicht in den Schutzbereich der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG fallen.

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seiner sog. Mephisto-Entscheidung vom 24. Februar 1971 (BVerfGE 30, 173-227) ausgeführt, dass der Lebensbereich „Kunst“ durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu be-

stimmen ist. Danach ist das Wesentliche der künstlerischen Betätigung die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Künstlerische Tätigkeit ist demzufolge ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Hierbei wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen. Künstlerisches Schaffen ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarer Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.

Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes betrifft in gleicher Weise den „Werkbereich“ und den „Wirkbereich“ künstlerischen Schaffens, weil beide Bereiche eine unlösliche Einheit bilden. Somit ist nicht nur die künstlerische Betätigung als „Werkbereich“ geschützt, sondern darüber hinaus auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks; denn dieser „Wirkbereich“ ist sachnotwendig für die Begegnung mit dem Werk als eines ebenfalls kunstspezifischen Vorganges, indem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird (vgl. BVerfG, Urteil vom 24.

Februar 1971 – 1 BvR 435/68 – a.a.O.; BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 1984 – 1 BvR 816/82 –, BVerfGE 67, 213-231).

Den vorstehenden umschriebenen Anforderungen an Kunst genügt die Tätigkeit des Klägers nicht. Zunächst schließt allein der Umstand, dass der Kläger für seine Aktivitäten von ihm als Spenden bezeichnete Gelder vereinnahmt, die mögliche Einordnung seiner Tätigkeit im Rahmen des sog. Projektes „Potsdamer Platz - Erlebte Geschichte“ als Kunst nicht aus. Die Aktivitäten des Klägers konzentrieren sich jedoch zur Überzeugung des Gerichts ganz überwiegend darauf, historische Informationen und verschiedene Souvenirs (Fotos, Visa-stempel) anzubieten. Darin liegt keine – für die Bewertung als Kunst wesentliche – eigenschöpferische Leistung. Der Umstand, dass sich der Kläger kostümiert und, wie er in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, mit verstellter Stimme spricht, ändert daran nichts. Denn trotz dieser speziellen Modalitäten, die darauf abzielen, die Anziehungskraft seiner Aktivitäten und die Spendenbereitschaft der Interessenten zu steigern, handelt es sich – vergleichbar der Tätigkeit eines Fremdenführers oder einer Vortragstätigkeit (vgl. hierzu: LSG Essen,

Urteil vom 22. Juni 1995 – L 16 Kr 98/94 –; LSG Stuttgart, Urteil vom 15. Februar 2005 – L 11 KR 1315/04 –, beide in juris) – lediglich um eine Wissenswiedergabe historischer Vorgänge und Fakten im historischen Gewand. Den Ausdruck individueller Persönlichkeit oder das Ergebnis kreativer Denkprozesse kann das Gericht darin nicht erkennen. Vielmehr könnte auch jeder andere geschichtlich bewanderte Bürger mit entsprechender Ausrüstung auf die gleiche Art und Weise Information an Touristen weitergeben.

Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung behauptet hat, seine Tätigkeit komme der eines Schauspielers gleich, überzeugt dies nicht. Seine diesbezüglichen Angaben wirken verfahrensangepasst. Es drängt sich die Annahme auf, dass der Kläger versucht, seinen Aktivitäten nunmehr einen künstlerischen Anstrich zu verleihen, um sich hierdurch eventuelle straßen(verkehrs)rechtliche Vorteile zu verschaffen. Dieser Eindruck entsteht insbesondere dadurch, dass ausweislich der Tätigkeitsbeschreibung vom Juli 2013 das sog. Projekt „Potsdamer Platz - Erlebte Geschichte“ vor allem auf die authentische Vermittlung geschichtlicher

Vorgänge abzielt. So hat der Kläger ausführlich geschildert, dass mit dem Projekt das Verständnis für Deutsche Geschichte geweckt und der ursprüngliche Grenzverlauf und -übertritt erläutert sowie Fragen zur Berliner Mauergeschichte beantwortet werden sollten. Zur Unterstützung der Wissensvermittlung würden Informationsmaterialien verwendet. Die Gespräche würden auch fremdsprachig geführt. Dieser Projektbeschreibung ist nicht zu entnehmen, dass der Kläger dabei in eigenschöpferischer Art und Weise tätig wird. Gestützt wird dieses Ergebnis durch die Beobachtungen der Mitarbeiter des Beklagten, nach denen die Gespräche mit den Touristen, einschließlich der Erstellung der Souvenirs, jeweils nur einen kurzen Zeitraum von wenigen Minuten in Anspruch nehmen.

Nach alledem ist nicht zu beanstanden, dass der Beklagte die Tätigkeit des Klägers nicht als Kunst gewertet und dies in sein Ermessen eingestellt hat.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass, auch wenn es sich bei Sondernutzungen um Straßenkunst handelt, dies weder die Erlaubnisfreiheit der Sondernutzung (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. November 1989 – 7 C 81/88 –, BVerwGE 84, 71-79) noch eine Ermessensre-

duzierung auf Null, mit der Folge eines Rechtsanspruchs auf eine Erlaubnis (vgl. VGH München, Beschluss vom 25. August 2008 – 8 C 08.1659 –, juris), nach sich ziehen muss.

c) Ob der Beklagte der vom Kläger beantragten Nutzung im Rahmen der gemäß § 46 StVO anzustellenden Ermessenserwägungen auch – erstmalig mit Schriftsatz vom 30. April 2015 geltend gemachte – überwiegende Verkehrsinteressen entgegenhalten darf, kann mithin offen bleiben. Die Verursachung einer konkreten Verkehrsgefährdung durch den Kläger erscheint indes zweifelhaft. Es ist fernliegend, dass die Aktivitäten des Klägers ein Faktor sind, der die Attraktivität des Mauersegments derart erhöht, dass sich gerade aus diesem Grund dort Menschentrauben bilden. Es liegt näher, dass es sich bei dem Mauersegment ohnehin um einen touristischen Anziehungspunkt handelt, an dem es zu touristischen Stoßzeiten immer wieder zu erhöhtem Passantenaufkommen und dadurch bedingten Behinderungen des Fußgängerverkehrs kommen kann.

[...] ⁵⁶

⁵⁶ Kürzung der Redaktion.

**AG NÜRNBERG AZ. 32 C 4607/15
END-URTEIL VOM 28. OKTOBER 2015
– KEIN LICHTBILDSCHUTZ BEI AB-
LICHTUNG GEMEINFREIER WERKE**

Mit Urteil vom 28. Oktober 2015 hat das AG Nürnberg entschieden, dass bei Fotografien gemeinfreier Werke kein urheberrechtlicher Lichtbildschutz besteht. Andernfalls würden die Wertungen der Gemeinfreiheit nach Ablauf der Schutzfrist von 70 Jahren für das abgelichtete Werk umgangen werden. Zwar nahm das Gericht bei dem streitgegenständlichen Lichtbild ein Lichtbild iSv § 72 Abs. 1 UrhG. Im konkreten Fall sei jedoch der Schutzgegenstand aufgrund teleologischer Reduktion zu verneinen.

**AG NÜRNBERG AZ. 32 C 4607/15
END-URTEIL VOM 28. OKTOBER 2015**

Tenor

- 1 Die Klage wird abgewiesen.
- 2 Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
- 3 Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- 4 Beschluss:

- 5 Der Streitwert wird auf unter 500,00 festgesetzt. Tatbestand
- 6 Von der Darstellung eines Tatbestandes wird gemäß § 313a Abs. 1 S. 1 ZPO abgesehen. Gründe
- 7 Die zulässige Klage ist unbegründet.
- 8 I.
- 9 Die Klage ist zulässig. Insoweit bestehen die von der Beklagtenseite geltend gemachten Bedenken bezüglich des Klageantrages hinsichtlich des Schadensersatzes nicht, da der Lizenzanalogie-Schadensersatz gemäß § 97 UrhG der richterlichen Schätzung gemäß §287 ZPO unterliegt. Insoweit ist auch ein unbestimmter Klageantrag entgegen § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zulässig.
- 10 Nachdem die Klagepartei klargestellt hat, dass nicht der Eigenbetrieb sondern vielmehr die Stadt Mannheim selbst Klagepartei ist, bestehen auch insoweit keine Bedenken gegen die Parteifähigkeit, nachdem die Klägerin selbst

- einräumte, dass ein Eigenbetrieb mangels eigener Rechtspersönlichkeit insbesondere nicht parteifähig sein kann.
- 11 II.
- 12 Die Klage ist aber unbegründet.
- 13 Ein Anspruch auf Schadensersatz bzw. Erstattung der Ermittlungskosten bzw. der Abmahnkosten gemäß §§ 97 Abs. 1, Abs. 2, 97 a Abs. 3 UrhG besteht im Ergebnis nicht, da kein urheberrechtlich schützenswerter Gegenstand vorliegt.
- 14 1. Ein Lichtbildwerk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG liegt nicht vor. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine sogenannte Reproduktionsfotografie eines gemeinfreien Werkes, nämlich eines Gemäldes im Bestand der Klägerin. Die Reproduktionsfotografie zeichnet sich insbesondere nicht durch eine geistig schöpferische oder persönliche Leistung des Fotografen aus. Vielmehr wird das Gemälde lediglich in einer handwerklichen bzw. professionellen Weise abgebildet.
- 15 2. Im Ergebnis besteht auch kein Lichtbildschutz gemäß § 72 UrhG. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass es sich grundsätzlich bei dem streitgegenständlichen Lichtbild um ein Lichtbild im Sinne von § 72 Abs. 1 UrhG handelt (Fromm/Nordeman, 11. Auflage, §72, Randziffer 10).
- 16 Im konkreten Einzelfall ist aber aufgrund einer teleologischen Reduktion der Schutzgegenstand zu verneinen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin, in deren Besitz sich das hier abfotografierte Gemälde befindet, das alleinige Entscheidungsrecht darüber hat, wer dieses Gemälde ablichtet bzw. fotografiert. Insoweit ergibt sich aus dem von der Klägerin vorgelegten Anlagen, namentlich den Entscheidungen des Landgerichts Berlin bzw. Amtsgerichts Charlottenburg, dass die Klägerin grundsätzlich die Anfertigung von Fotografien innerhalb ihrer Museen untersagt. Soweit ein Kunstinteressent Ablichtungen eines Gemäldes aus dem Bestand der Klägerin verwenden möchte, ist er zwangsläufig auf

die eigens von der Klägerin bzw. deren Fotografen gefertigten Lichtbilder angewiesen und insoweit verpflichtet, die Nutzung dieser Lichtbilder entsprechend der Honorartabelle der Klägerin im Wege der Lizenzierung zu vergüten. Obwohl es sich bei dem abfotografierten Gemälde um ein gemeinfreies Werk handelt, ist es dabei letztlich dem betrachtenden Publikum nicht möglich, trotz der Wertungen der Gemeinfreiheit das genannte Gemälde im Wege von Fotografien zu nutzen bzw. zu eigenen Zwecken unentgeltlich wiederzugeben. Im Endeffekt werden damit die Wertungen der Gemeinfreiheit nach Ablauf der Schutzfrist von 70 Jahren umgangen. Indem die Klägerin durch eigene Fotografen eigene Lichtbilder fertigen lässt, begründet sie letztlich ein neues Schutzrecht mit einer Schutzdauer von weiteren bzw. neuen 50 Jahren gemäß § 72 Abs. 3 UrhG. Zur Überzeugung des Gerichts werden damit die Wertungen der Gemeinfreiheit umgangen.

17 Zur Lösung des sich insoweit stellenden Problems schließt sich das Gericht der Auffassung an, dass für diese Fälle eine teleologische Reduktion des § 72 Abs. 1 UrhG vorzunehmen ist (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage 2014, § 72, Randnummer 11 mit weiteren Nachweisen). Dabei ist insbesondere auszuführen, dass selbst der BGH in seiner Entscheidung Bibelreproduktion (Urteil vom 08.11.1989, Az: I ZR 14/88, zitiert nach Juris) die grundsätzliche Problematik erkannte. In der genannten Entscheidung ging es allerdings lediglich um die rein technische Reproduktion zweidimensionaler Werke. Insoweit geht auch die ganz herrschende Meinung in der Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass die rein technische Reproduktion im Wege rein technischer Abläufe für zweidimensionale Vorlagen keinen Lichtbildschutz im Sinne von § 72 Abs. 1 UrhG erfährt. Zur Überzeugung des Gerichts ist jedenfalls im konkreten Fall diese Auffassung auszuweisen.

Maßgeblich für diese Beurteilung ist dabei die aufgezeigte Einschränkung der Fotografierbarkeit bzw. Ablichtbarkeit durch die Klägerin, die ihren Nutzern grundsätzlich die eigenständige Vervielfältigung der gemeinfreien Gemälde nicht gestattet sondern sie insoweit auf die vorhandenen Fotografien und die vergütungspflichtige Lizenzierung verweist.

- 18 Die Kostenentscheidung folgte aus § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 711, 713 ZPO.
-

**LG BERLIN 28 O 14/14 TEILURTEIL
VOM 13.01.2016 – AUSKUNFTSKLAGE
GEGEN EINEN KUNSTSAMMLER**

Im prozessualen Rahmen einer Stufenklage wurde mit Teilurteil vom 13. Januar 2016 ein bekannter Kunstsammler verurteilt, dem Kläger Auskunft über den erzielten Kaufpreis aus einem Kaufvertrag zu erteilen, durch den der Beklagte eine bedeutende Kunstsammlung in das Ausland verkauft hatte. Der Beklagte hatte sich für den Fall einer erfolgreichen Durchführung des Vermittlungsvertrages zwischen Kläger und Beklagtem und dem Abschluss eines vermittelten Kaufvertrages zu einer Zahlung einer Provision von zehn Prozent des Kaufpreises verpflichtet.

LG BERLIN 28 O 14/14 TEILURTEIL

verkündet am : 13.01.2016

•••Justizbeschäftigte

In dem Rechtsstreit des Herrn •••, Klägers,

-Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte
•••,-

gegen den Herrn •••, Beklagten,

-Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte
•••,-

hat die Zivilkammer 28 des Landgerichts Berlin in Berlin - Charlottenburg, Tegeler Weg 17- 21, 10589 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 2015 durch den Richter am Landgericht ••• als Einzelrichter

für Recht erkannt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft zu erteilen über die Höhe des Kaufpreises, welcher im Rahmen des Kaufvertrages des Beklagten mit der ••• Academy ••• in ••• über seine Privatsammlung, die Designsammlung •••, vereinbart wurde. Die weitergehende Auskunftsklage wird abgewiesen.
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.
3. Das Urteil ist für den Kläger gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 125.000 Euro vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Vergütung aus einem Vermittlungsvertrag.

Der Beklagte ist Kunstsammler in Berlin. Er beschäftigte sich seit vielen Jahren mit dem An- und Verkauf von Designobjekten und stellte eine umfangreiche Sammlung zusammen. Diese Sammlung plante er zu verkaufen, legte dabei jedoch u.a. Wert auf den Erhalt der Sammlung in ihrer Gesamtheit, die Zugänglichkeit für eine breite Öffentlichkeit sowie die Ausstellung der Objekte in einem eigenen Museum. Zu diesem Zweck beauftragte er (wobei die Aktivlegitimation streitig ist) – zunächst mündlich - ab 2005 den Kläger, der Geschäftsführer der ... GmbH ist, mit der Suche nach Käufern für die Sammlung. Der Kläger entfaltete daraufhin Aktivitäten zum Verkauf der Sammlung, beispielsweise führte er Verkaufsgespräche mit dem Land ..., der Stadt ... und der Stadt ... und erstellte Informationsmaterial zur Sammlung. Am 1. Januar 2009 schlossen die Parteien eine schriftliche "Vermittlungsvereinbarung" (Anlage K2). Darin heißt es: " ... [Kläger] agiert als einer von mehreren Agenten zur Vermittlung des unter Punkt I 1-5 beschriebenen Designprojekts. Alle dabei ent-

stehenden Kosten trägt ... [...], einschließlich der Kosten für die Erstellung notwendiger Vermarktungsbroschüren und sonstiger Kommunikationskosten sowie für notwendige Reisen." Unter III. heißt es weiter: "Bei erfolgreichem Abschluss des Vermittlungsauftrages, dokumentiert durch einen entsprechenden Vertragsabschluss, zwischen ... [Beklagter] und einem von ... [Kläger] vermittelten Käufer erhält ... [Kläger] eine Provisionszahlung, deren Höhe in einem separaten Schreiben festgelegt ist." In dem entsprechenden Schreiben (Anlage K4) heißt es sodann: "Generell ist eine Provisionszahlung von 10% gemäß § III. der "Vermittlungsvereinbarung" vom 1.1.2006 fällig." In IV. der Vermittlungsvereinbarung wurde zudem vereinbart, dass eine Kündigung von beiden Parteien "bis spätestens zum 30. September zum Ende des Jahres" möglich sein soll. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Anlagen K2 und K4 Bezug genommen.

Im November 2009 lernte der Kläger den Zeugen H. kennen. Dieser ist Professor und Grafikdesigner, lebt in Berlin und ist ein ehemaliger Student der ... Academy ... in ..., weshalb er in Kontakt

zu Herrn X., dem Direktor der ... Academy ..., steht. Am 9. Dezember

2009 fand ein Treffen zwischen dem Kläger und dem Zeugen H. mit dem Beklagten statt, indem auch über ein mögliches Interesse einer Institution in ... an dem Kauf der Designsammlung gesprochen wurde. Anlässlich dieses Treffens machte der Kläger den Zeugen H. mit dem Beklagten bekannt. Die weiteren Einzelheiten dieses Treffens sind streitig. Im Anschluss an das Gespräch telefonierte der Zeuge H. mit Herrn X. und berichtete ihm vom beabsichtigten Verkauf der Designsammlung des Beklagten.

Mit Schreiben vom 29. September 2010 (Anlage B2), das dem Kläger ausweislich des Auslieferungsbelegs der Deutschen Post (Anlage B3) am 30. September übergeben bzw. in den Briefkasten eingelegt wurde, kündigte der Beklagte den Vermittlungsvertrag mit dem Kläger zum Ende des Jahres 2010. Am 21. Dezember 2010 sandte der Beklagte eine Email (Anlage K8) an den Zeugen H. In dieser schreibt der Kläger: "...muss ich Ihnen leider mitteilen, dass ich über meinen neuen partner und über mein eigenes netzwerk über ausreichend eigene vermittlungskapazitäten verfüge,

so dass ich ihre kontakte nicht mehr benötigen werde. ich ziehe deshab das ihnen über herrn ... [Kläger] erteilte vermittlungsmandat mit sofortiger wirkung zurück, wobei ich mich natürlich für ihre bisherigen bemühungen sehr bedanken möchte." Im Frühjahr 2011 erfuhr der Kläger aus der Presse von dem Verkauf der Designsammlung des Beklagten an die ... Academy ... in In der Presse wurde ein Kaufpreis von ... Millionen Euro genannt.

Der Kläger behauptet, er und der Zeuge H. hätten bei dem Treffen am 9. Dezember 2009 dem Beklagten die potentielle Käuferin, die ... Academy ... in ..., sowie die ... Region, die dem Beklagten ebenso wie die Stadt bis dahin nicht bekannt gewesen sei, vorgestellt. Im Anschluss an das Gespräch habe er dann gemeinsam mit dem Zeugen H. in Abstimmung mit dem Beklagten ein Verkaufskonzept (Anlage K7) erstellt, das durch den Zeugen H. ins ... übersetzt und für die Verwendung in ... angepasst worden sei. Dazu habe der Zeuge H. weitere Unterlagen in den Büroräumen des Beklagten abgeholt. Diese Konzept hätten sie Herrn X. übersandt. Dies sei kausal für den späteren Abschluss des Kaufvertrags geworden. Er meint, dass

für einen Provisionsanspruch zwar die Maklerleistung innerhalb der Vertragslaufzeit liegen müsse, dies aber nicht für den Abschluss des Hauptvertrags gelte.

Die Klage ist am 11. März 2014 zugestellt worden. Nach Erweiterung seines Klageantrags um den Antrag zu 2., beantragt der Kläger nunmehr im Wege der Stufenklage auf der ersten Stufe,

1. den Beklagten zu verurteilen, ihm Auskunft zu erteilen über die Höhe des Kaufpreises, welcher im Rahmen des Kaufvertrages des Beklagten mit der ... Academy ... in ... über seine Privatsammlung, die Design-Sammlung ..., vereinbart wurde;
2. den Beklagten zu verurteilen, ihm Auskunft darüber zu geben, wann der Kaufvertrag über die Design-Sammlung zwischen dem Beklagten und der ... Academy ... abgeschlossen wurde bzw. zu bestätigen, dass der Abschluss im Oktober oder November 2010 erfolgt ist.

Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Beklagte behauptet,

der Abschluss des Kaufvertrags sei durch die über den Zeugen Ha. im Jahr 2010 zustande gekommene Bekanntschaft mit Herrn Professor S., dem Vizepräsidenten der Academy, und somit auf seine eigenen Kontakte und Verkaufsbemühungen zurückzuführen. Er ist der Ansicht, für einen Provisionsanspruch reiche ein einmal unterstellter Nachweis einer Ankaufgelegenheit nicht aus, vielmehr hätte der Kläger den Verkauf, einschließlich sämtlicher Vertragsverhandlungen vollständig selbst durchführen müssen. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Vereinbarung und aus der Höhe der vereinbarten Provision. Er behauptet, er habe sich gegenüber der Käuferin vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet. Er meint, bereits dies stehe einer Auskunftspflicht entgegen. Er bestreite die Aktivlegitimation des Klägers. Ein Provisionsanspruch und somit auch ein Auskunftsanspruch sei jedenfalls verjährt.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und auf ihrer ersten Stufe in dem im Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

Die Klage ist hinsichtlich des Klageantrags zu 1. begründet, hinsichtlich des Klageantrags zu 2. jedoch unbegründet.

1.

Der Kläger hat einen Anspruch auf Auskunftserteilung über die Höhe des Kaufpreises, welcher im Rahmen des Kaufvertrages des Beklagten mit der ... Academy ... in ... über seine Privatsammlung vereinbart worden ist. Dieser Anspruch folgt aus § 242 BGB. Über die gesetzlich normierten Fälle hinaus ist ein Auskunftsanspruch auch dann begründet, wenn eine besondere rechtliche Beziehung zwischen dem Kläger und dem Beklagten besteht und wenn es das Wesen des Rechtsverhältnisses mit sich bringt, dass der Kläger in entschuldbarer Weise über den Umfang seiner Rechte im Ungewissen, der Beklagte aber in der Lage ist, die verlangte Auskunft un schwer zu erteilen (st. Rspr. RGZ 108, 1; 158, 377; BGH NJW, 1957, 669; 1978, 1002; 1986, 423, 424; 2001, 821,822; 2002, 2771). Dementsprechend steht dem Makler ein Auskunfts-

anspruch gegen den Kunden zu, wenn er - wie im vorliegenden Fall –zur Geltendmachung der vertraglichen Ansprüche nicht im Stande ist, weil die hierfür maßgeblichen Umstände zwar dem Kunden, nicht aber dem Makler bekannt sind (OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1464). Ob der in der Presse genannten Kaufpreis, der auch den bekannten Preisvorstellungen des Klägers entspricht, zutreffend ist, ist ungewiss. Der Auskunftsanspruch des Klägers besteht auch unabhängig davon, dass neben ihm auch die ... GmbH als Vertragspartner in dem Maklervertrag benannt wird. Jedenfalls ist der Kläger durch die wirksame Abtretung der Ansprüche der ... GmbH an sich nach § 398 BGB aktivlegitimiert. Der Auskunftsanspruch erstreckt sich auf die für die Entstehung und Berechnung des Anspruchs wesentlichen Tatsachen.

Weitere Voraussetzung für einen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB ist, dass ein wirksames Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht. Ein solches liegt hier vor. Dem Kläger steht nach § 652 Abs. 1 BGB grundsätzlich ein Provisionsanspruch aus der zwischen ihm und dem Beklagten bereits im Jahre 2005 zunächst mündlich ge-

schlossenen und am 1. Januar 2009 in Schriftform gefassten "Vermittlungsvereinbarung" zu, nach der der Beklagte sich verpflichtet hat, dem Kläger eine Provision zu zahlen, wenn zwischen "••• [Beklagter] und eine[m] von ••• [Kläger] vermittelten Käufer" ein entsprechender Vertrag über die Designsammlung geschlossen wird. Der Kläger hat den in der Vereinbarung zur Entstehung des Provisionsanspruchs geforderten Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags erbracht und infolge dessen ist ein Vertrag über die benannte Designsammlung zwischen dem Beklagten und der Stadt ••• zustande gekommen. Hierbei besteht Identität zwischen dem nachgewiesenen und dem abgeschlossenen Geschäft, da die Stadt ••• die Designsammlung für die Academy erworben hat. Dass möglicherweise keine wirtschaftliche Identität besteht, ist nicht ersichtlich, zumal ohne Mitteilung des tatsächlichen Kaufpreises kein Vergleich zwischen der nachgewiesenen Möglichkeit zum Ankauf und dem tatsächlich abgeschlossenen Geschäft angestellt werden kann.

Die Auslegung des Maklervertrags nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte gemäß §§ 133,

157 BGB ergibt, dass sich die Parteien auf die Erbringung eines Nachweises der Verkaufsgelegenheit als Maklerleistung im Sinne des § 652 Abs. 1 Alt. 1 BGB geeinigt haben. Gegen diese Auslegung spricht nicht bereits der Wortlaut der "Vermittlungsvereinbarung", in der auch von einem "Vermittlungsauftrag" und einem "vermittelten Käufer" die Rede ist. Für die vom Wortlaut ausgehende Auslegung ist bei Zweifeln der allgemeine Sprachgebrauch maßgeblich (OLG München NJW-RR 1996, 239; Palandt-*Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 133 Rn. 14). Mit dem Begriff der Vermittlung ist im allgemeinen Sprachgebrauch aber nicht nur die Vermittlungstätigkeit wie beim Vermittlungsmakler durch "bewusste, finale Herbeiführung der Abschlussbereitschaft des Vertragspartners" gemeint, sondern auch jedwede Tätigkeit, durch die Kontaktmöglichkeiten eröffnet werden. Das zeigt auch die Verwendung des Begriffs in Ausdrücken wie "Partnervermittlung" oder "Wohnungsvermittlung" (OLG München NJW-RR 1996, 239). Dass die Parteien jedenfalls auch keine reine Vermittlungstätigkeit im Sinne des § 652 Abs. 1 Alt. 2 BGB, nämlich Einwirken auf den Willensentschluss eines bereits vorgesehenen Vertragspartners (MüKo-*Roth*, BGB,

6. Aufl. 2012, § 652 Rn. 106), gemeint haben, sondern dass es den Parteien in erster Linie um die Suche nach potentiellen Käufern ging, wird sowohl aus der schriftlichen Vereinbarung sowie der bereits auch der schriftlichen Vereinbarung vorausgehenden praktischen Umsetzung der Maklerleistung deutlich. Die in der Vereinbarung unter II. "Aufgaben der Vermittlung" aufgeführten Beispiele, insbesondere "Vermarktungsbroschüren", für die der Kläger die Kosten zu tragen hatte, sind typische Leistungen, die zur Erbringung eines Nachweises einer Verkaufsgelegenheit führen sollen. Auch die benannten Aktivitäten des Klägers, die Erstellung von Informationsmaterial und Präsentationen und die Verkaufsgespräche mit mehreren Städten und Institutionen, dienten dazu, Käufer für die Designsammlung zu finden. Für die Auslegung als Nachweismaklervertrag im Sinne des § 652 Abs. 1 Alt. 1 BGB spricht zudem der Umstand, dass es dem Beklagten nach eigenem Vorbringen bei dem Abschluss des Maklervertrags mit dem Kläger nicht um einen kunsthistorischen oder sonstigen fachbezogenen Hintergrund ging, sondern um dessen internationale Erfahrung. Dafür dass über die Erbringung eines Nachweises zur Verkaufsgelegen-

heit hinaus auch tatsächliche Vermittlungsleistungen gewollt waren, spricht auch nicht der Wortlaut aus III. "Provision" der Vereinbarung: "Bei erfolgreichem Abschluss des Vermittlungsauftrages, dokumentiert durch einen entsprechenden Vertragsabschluss ...", weil auch bei einem Nachweismaklervertrag der Provisionsanspruch erst mit Abschluss des Hauptvertrags entsteht. Ebenso müssen aus dem unter Punkt I. der Vereinbarung konkret dargestellte "Vermittlungsgegenstand" auch keine Vermittlungsleistungen folgen, vielmehr handelt es sich hier um die Bedingungen, die bereits bei der Suche nach Kaufinteressenten maßgeblich sind. Konkrete Vermittlungsleistungen wie die Erstellung eines Vertragsentwurfs oder das Führen der Vertragsverhandlungen im Namen des Beklagten, die der Kläger erbringen soll, sind in der Vereinbarung gerade nicht genannt. Schließlich ist auch die Höhe des Provisionsversprechens von 10 % nicht deshalb ein Indiz gegen die Auslegung der Vereinbarung als Nachweismaklervertrag, weil diese wie der Beklagte vorträgt, damit sie wirtschaftlich gerechtfertigt wäre, weit mehr als die reine Nachweisleistung verlange. Ein solches Verständnis würde dem Wesen des Maklervertrags widerspre-

chen, denn die Provision ist gerade keine Vergütung für die Mühewaltung des Maklers, sondern ein Entgelt dafür, dass der Makler dem Auftraggeber die Möglichkeit zum Abschluss eines Geschäfts verschafft. Die Höhe der Provision wird deshalb danach bestimmt, was dem Auftraggeber der durch den Makler ermöglichte Geschäftsabschluss wert ist (BGH NJW 1967, 1365, 1366).

Die hiernach für einen Provisionsanspruch erforderliche Leistung, nämlich den Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss des Verkaufsvertrages, hat der Kläger erbracht. Einen solchen Nachweis im Sinne des § 652 Abs. 1 Alt. 1 BGB erbringt der Makler dann, wenn er den Auftraggeber des Maklervertrages in die Lage versetzt, Vertragsverhandlungen mit einem Kaufinteressenten aufzunehmen (vgl. BGH NJW 2005, 753, 754). Das ist vorliegend der Fall, denn wie vom Beklagten selbst eingeräumt wurde bei dem Treffen am 9. Dezember 2009 jedenfalls auch über ein mögliches Interesse einer Institution in ... an dem Kauf der Designsammlung gesprochen (Schriftsatz vom 5. November, S. 9). Überdies hat der Kläger mittels des Zeugen H. Kontakt zur ... Academy ... in ..., hergestellt und infol-

ge dessen wurden auch Unterlagen, die Rede ist jedenfalls von einem Katalog, nach ... geschickt. Zudem bestand auch nach dem Treffen weiterhin Kontakt zwischen dem Zeugen H. und dem Kläger. Aufgrund der Beweisaufnahme und unter Berücksichtigung des unstreitigen Parteivortrags ist davon auszugehen, dass der Kläger dem Beklagten den Zeugen H. bekannt gemacht hat. Der Zeuge H. hat sodann dem Direktor der Academy, Herrn X. Kenntnis vom beabsichtigten Verkauf der Sammlung gemacht und ihm einen Kaufpreis genannt und ihm Informationen über diese übermittelt. Hierbei handelte der Zeuge H. auf Veranlassung des Klägers, wobei es nicht darauf ankommt, ob er hierbei entgeltlich gehandelt hat. Der Kaufvertrag kam schließlich mit der Stadt ... zugunsten der ... Academy ... zustande, wo die Sammlung in einem Museum öffentlich zugänglich gemacht wird. Dies ist soweit streitig durch die Aussage des Zeugen H. bewiesen. Dessen Aussage ist ergiebig, denn der Zeuge gibt an, mit dem Direktor der ... Academy ... in ..., Herrn X., über den Verkauf der Designsammlung in Kontakt getreten zu sein und dass nach dem Telefonat ein Katalog über die Sammlung durch ihn oder den Beklagten nach ... geschickt worden sei.

Der Beklagte hat, wie aus den Anlagen K13 und K14 ersichtlich, sowohl gegenüber dem Kläger als auch gegenüber dem Zeugen H. bestätigt, dass Unterlagen übersandt worden sind. Der Beklagte hat zudem unstreitig gestellt, dass Herr X. jedenfalls anfänglich Interesse an der Sammlung geäußert habe. Zudem gibt der Zeuge H. an, dass auch nach 2009 mehrmalige Kontakte, auch Treffen, zwischen ihm und dem Kläger stattgefunden hätten. Die Aussage ist auch glaubhaft, der Zeuge schildert nachvollziehbar den Ablauf des Gesprächs und bekennt dabei freimütig vorhandene und nahe liegende Erinnerungslücken. Er zeigt auch keine einseitige Belastungstendenz zuungunsten des Beklagten bzw. keine Begünstigungstendenz zugunsten des Klägers, denn die dem Kläger besonders günstigen und von diesem behaupteten Vermittlungsbemühungen, insbesondere die Übersetzung und Übersendung der Anlage K7 an Herrn X., stellt er klar in Abrede. Der Zeuge ist auch glaubwürdig, es spricht nichts für eine bewusste Falschaussage. Soweit der Zeuge ersichtlich vorsichtig ausgesagt hat und sich oftmals nicht festlegen wollte, hinterließ der Zeuge den Eindruck, dass er seine Rolle bei dem Verkauf der Samm-

lung eher als untergeordnet schildern wollte. Dass er aber überhaupt in Kontakt mit dem Direktor X. getreten ist, ist unstreitig. Darüber hinaus ergibt sich jedenfalls auch aus der "Kündigungsmail" von dem Beklagten an den Zeugen H. vom 21. Dezember 2010, dass der Beklagte von den Vermittlungsbemühungen und Kontakten des Zeugen und des Klägers wusste.

Dieser Nachweis der Ankaufsmöglichkeit ist auch kausal für den späteren Vertragsabschluss zwischen der Stadt ... und dem Beklagten geworden. Wird nach dem Nachweis einer Vertragsgelegenheit der Hauptvertrag in angemessener Zeit geschlossen, so wird die Kausalität der Nachweiseleistung vermutet (BGH NJW 1999, 1255, 1256; LG Hamburg NZM 2001, 486; OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1502, 1503; Palandt-*Sprau*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 652 Rn. 55). Angesichts der besonderen Umstände eines grenzüberschreitenden Verkaufs einer Kunstsammlung im zweistelligen Millionenvolumen ist der Zeitraum zwischen dem Nachweis der Vertragsgelegenheit im Dezember 2009 und dem Verkaufszeitpunkt, der spätestens Anfang 2011 liegt, noch angemessen. Die vom Bundesgerichtshof in einem

Fall angenommene Zeitgrenze von einem Jahr, nach der eine Maklerleistung nicht mehr die Vermutung der Kausalität für sich habe (BGH NJW 2006, 3062, 3063), bezog sich auf den Abschluss eines Gewerberaummietvertrags und ist nicht auf grenzüberschreitende Kunsttransaktionen im Millionenbereich übertragbar. Diese Vermutung der Kausalität wurde auch nicht erschüttert, wobei das Vorbringen des Beklagten über das weitere Geschehen als wahr unterstellt werden kann. Der Beklagte behauptet nicht, er habe bereits vor dem Tätigwerden des Zeugen H. ab dem 9. Dezember 2009 Kontakt zu maßgeblichen Verantwortlichen der ... Academy ... oder der Stadt ... gehabt. Vielmehr soll ein solcher weiterer Kontakt erst anlässlich der Expo 2010 über den als Zeugen benannten Herrn Professor Ha. hergestellt worden sein, der den Beklagten mit dem Vizepräsidenten S. der ... Academy ... bekannt gemacht haben soll. Ein mögliches Interesse des Herrn S. mag aber gerade daher herrühren, dass ihm der beabsichtigte Verkauf der Sammlung durch den Direktor der Academy X. bereits mitgeteilt worden ist. Der Beklagte behauptet nicht, Herrn S. erstmals auf die Sammlung und deren beabsichtigten Verkauf hingewiesen zu haben. Es ist

unter Berücksichtigung der Hierarchie auch schwer vorstellbar, dass der Vizepräsident S. den millionenschweren Ankauf und die damit verbundene weitere Ausrichtung der Academy ohne Kenntnisgabe an den Direktor X. in die Wege geleitet und abgeschlossen hat, wobei Direktor X. aber gerade schon Kenntnis von dem beabsichtigten Verkauf, dem Inhalt der Sammlung und dem gewünschten Kaufpreis hatte. Die weiteren eigenen Bemühungen des Beklagten fielen daher in ... bereits auf fruchtbaren Boden.

Der Provisionsanspruch entfällt auch nicht dadurch, dass der Beklagte den Maklervertrag mit Schreiben vom 29. September 2010, das dem Kläger am 30. September 2010 zugegangen ist, wirksam zum Jahresende gekündigt hat. Der Hauptvertrag kann auch erst nach der Beendigung des Maklervertrags zustande gekommen sein (BGH NJW 1966, 2008; OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1502, 1503; MüKo-Roth, BGB, 6. Aufl. 2012, § 652 Rn. 144).

Dem Beklagten ist auch eine Auskunft an den Kläger unschwer möglich. Eine Auskunft ist dem Verpflichteten u.a. dann "unschwer" möglich, wenn mit ihr keine besonderen Belastungen verbun-

den sind (BGH NJW 2007, 1806, 1807). So liegt es hier. Der Beklagte muss lediglich eine einfach zu ermittelnde Angabe zu einer bedeutsamen Transaktion aus den letzten fünf Jahren erteilen. Weder die Ermittlung des damaligen Kaufpreises noch deren Auskunft an den Kläger dürften für den Beklagten mit besonderen Schwierigkeiten oder Aufwendungen verbunden sein. Auch das vom Beklagten geltend gemachte Geheimhaltungsinteresse wegen der von ihm behaupteten Vertragsumstände, die ihn angeblich zum Stillschweigen über den Vertragsschluss verpflichteten, rechtfertigt keine andere Beurteilung. So trägt der Beklagte bereits nicht konkret vor, welche Vertragsklauseln ihn zur Geheimhaltung verpflichten. Überdies wäre bei der gebotenen Abwägung zwischen dem Informationsinteresse des Berechtigten und der Belastung des Verpflichteten (vgl. hierzu BGH NJW 2007, 1806, 1807) zu berücksichtigen, dass der Kläger zur Verwirklichung seines Anspruchs auf die Angaben des Beklagten zwingend angewiesen ist, der Beklagte indes die von ihm behauptete Verschwiegenheitsabrede eingegangen ist, obwohl ihm zumindest hätte bekannt sein können, dass er aufgrund des von ihm abgeschlossenen Maklervertrages einmal

zur Offenbarung des Kaufpreises verpflichtet sein könnte.

Der Anspruch des Klägers ist auch nicht gemäß §§ 214, 194 BGB verjährt. Die nach Kenntniserlangung des Klägers von der Transaktion im Frühjahr 2011 gemäß § 199 Abs. 1 BGB am 31. Dezember 2011 begonnene dreijährige Verjährungsfrist wurde durch die 2014 rechtshängig gewordene Klage gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB rechtzeitig gehemmt.

2.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Auskunftserteilung darüber, wann der Kaufvertrag über die Design-Sammlung zwischen dem Beklagten und der ... Academy ... in ... abgeschlossen wurde. Der Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB besteht nur insoweit, wie der Auskunftsberechtigte auf die Auskunft zur Geltendmachung eigener Ansprüche dringend angewiesen ist (vgl. BGH NJW 1986, 423, 424). Vorliegend ist indes unter Berücksichtigung der Ausführungen zu 1., aus denen sich das grundsätzliche Bestehen eines Provisionsanspruchs ergibt, nicht ersichtlich, wozu der Kläger die Information über den

exakten Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses benötigt.

3.

Die Kostengrundentscheidung ist dem Schlussurteil vorbehalten. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1 ZPO.

**FG BADEN-WÜRTTEMBERG 14 K
3317/13 URTEIL VOM 22.06.2015 -
UMSÄTZE AUS DER LIEFERUNG VON
KÜNSTLERISCH GESTALTETEN
FEUERSCHALENUNTERLIEGEN DEM
ERMÄßIGTEN MEHRWERTSTEUER-
SATZ**

Wenn ein Bildhauer in individueller Art und Weise aus alten Stahlteilen Feuerschalen von prägendem künstlerischen Eindruck anfertigt, sind diese als Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst einzuordnen. Die Umsätze aus der Lieferung solcher Feuerschalen unterliegen demnach dem ermäßigten Steuersatz von 7 Prozent.

**FG BADEN WÜRTTEMBERG 14 K
3317/13 URTEIL VOM 22.06.2015**

Tenor

1. Die Umsatzsteuerbescheide für 2009 vom 24. Mai 2012 und für 2010 vom 16. Januar 2014 in Gestalt der Einspruchsentscheidung werden dahingehend geändert, dass die Umsätze aus der Lieferung von Feuerschalen (Bruttobetrag in 2009: xx.xxx,xx EUR, Bruttobetrag in 2010: xx.xxx,xx EUR) nicht dem Regelsteuersatz, son-

dern dem ermäßigten Steuersatz (7%) unterworfen werden.

2. Die Neuberechnung der Umsatzsteuer 2009 und 2010 wird dem Beklagten übertragen.
3. Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.
4. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten zum Vorverfahren wird für notwendig erklärt.
5. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Ermöglicht der zu erlassende Kostenfestsetzungsbeschluss eine Vollstreckung im Wert von mehr als 1.500,- EUR, hat der Kläger in Höhe des vollstreckbaren Kostenerstattungsanspruchs Sicherheit zu leisten. Liegt der vollstreckbare Kostenerstattungsanspruch im Wert bei 1.500,- EUR oder darunter, ist das Urteil hinsichtlich der Kosten ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar. In diesem Fall kann der Beklagte der Vollstreckung widersprechen, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung in Höhe des vollstreckbaren Kostenerstattungsanspruchs Sicherheit geleistet hat.

Tatbestand

- 1 Der Kläger ist freischaffender Metallbildhauer. Sein Studium der Bildhauerei hat er erfolgreich an der X Hochschule für Kunst mit dem Diplom abgeschlossen.
- 2 Der Kläger stellt sowohl Feuerschalen als auch Bronzeskulpturen her. Dazu hat er eine eigene Werkstatt mit Atelier in Y, die sich in einem umgebauten Stall befindet und in 2009 fertiggestellt worden war. Bei den Feuerschalen handelt es sich um aus Stahl gefertigte, etwa 50 cm hohe Objekte, jeweils in der Form eines schalenartigen Gefäßes (Durchmesser bis zu 80 cm). Sie haben einen stilisierten Flammenrand, einen mittig eingesetzten Fackeleinsatz und einen Standfuß. Die Objekte können wahlweise mit Festbrennstoffen (Holz) oder dem noch mit flüssigen Brennstoffen (Bioethanol, Spiritus) zu befüllenden Fackeleinsatz benutzt werden. Sie sind zur Verwendung im Innen- und Außenbereich bestimmt. Grundlage für die Feuerschalen sind ausgediente Expansionsgefäße aus Stahl, die der

Kläger von Schrottplätzen erwirbt. In einem ersten Arbeitsschritt werden die Expansionsgefäße durch Abbrennen von ihrer Lackschicht befreit. Dann wird der Flammenrand ausgebrannt und zum Schluss der Stahlfuß angeschweißt. Jede Feuerschale ist ein Unikat. Die Flammenränder werden freihändig mit einem Schweißgerät ausgebrannt. Die einzelnen Ausfertigungen werden in Bezug auf Höhe, Flammenrand und Form, in Abhängigkeit vom verwendeten Ausgangsobjekt, jedes Mal neu, manuell und ohne schablonenhafte Vorlage gefertigt. Je nach verfügbarer Zeit werden mehrere Feuerschalen pro Woche hergestellt.

- 3 Der Kläger bezeichnet die Feuerschalen auch als Feuerskulpturen. Bereits während seines Bildhauereistudiums habe das Element Feuer eine große Rolle gespielt. Die Objekte seien in erster Linie als stilisiertes „kaltes Feuer“ und insofern als Feuerskulptur zu verstehen. Durch den individuell gestalteten Flammenrand werde auch ohne Befuerung das Ele-

ment Feuer optisch in Erscheinung gebracht. Während seines Studiums sei er zu der Überzeugung gekommen, dass die Kunst nicht nur Bedeutung für das Individuum, sondern auch einen Einfluss auf die Gesellschaft haben müsse. Aufgrund dessen sei auch die Idee eines weitgespannten Friedensnetzwerkes entstanden. Dieses ermögliche es Menschen, an einem bestimmten Termin, örtlich getrennt, jedoch verbunden durch eine gemeinsame Aktion, mit Hilfe der Feuerskulpturen dem Wunsch nach Frieden Ausdruck zu verleihen.

Seine Umsatzsteuererklärungen für die Streitjahre, die am 11. März 2011 (für 2009) und am 5. Juli 2012 (für 2010) beim Beklagten eingingen, enthalten die folgenden Angaben:

(...)⁵⁷

- 7 Der Beklagte folgte den Angaben des Klägers in seinen Umsatzsteuererklärungen nicht. In den Umsatzsteuerbescheiden für 2009 (vom 24. Mai 2012) und

2010 (vom 29. Januar 2013) setzte er Umsatzsteuer 2009 in Höhe von ./. x.xxx,xx EUR und Umsatzsteuer 2010 in Höhe von x.xxx,xx EUR fest. Dabei legte er folgende Besteuerungsgrundlagen zu Grunde:

(...)⁵⁸

- 10 Das Vorgehen des Beklagten beruhte auf den Erkenntnissen der Umsatzsteuer-Sonderprüfung für 2009 und die beiden ersten Quartale des Jahres 2010 in 2012 (s. Prüfungsbericht vom 9. Mai 2012 nebst Anlagen, worauf im Einzelnen verwiesen wird). Die Prüferin kam unter anderem zu dem Ergebnis, dass die Umsätze aus der Lieferung der Feuerschalen dem Regelsteuersatz unterlägen. Auf einen Antrag auf unverbindliche Zolltarifauskunft für Umsatzsteuerzwecke beim Bundes- und Wissenschaftszentrum der Bundesfinanzverwaltung (BWZ) hin seien die Feuerschalen als „den Kohlebecken ähnliche, nicht elektrische Haushaltsgeräte, für Feuerung mit Festbrennstoffen“ (=

⁵⁷ Kürzung der Redaktion.

⁵⁸ Kürzung der Redaktion.

- Wärmegefäße) der Codenummer 7321 8900 00 0 des elektronischen Zolltarifs zugeordnet worden (s. unverbindliche Zolltarifauskunft für Umsatzsteuerzwecke des BWZ vom 9. Februar 2012).
- 11 Die Einsprüche des Klägers gegen die Umsatzsteuerfestsetzungen für 2009 und 2010 blieben erfolglos (s. Einspruchsentscheidung vom 28. August 2013). Eine nochmalige Überprüfung des Sachverhalts durch das BWZ hatte das Ergebnis der unverbindlichen Zolltarifauskunft für Umsatzsteuerzwecke vom 9. Februar 2012 bestätigt (s. Schreiben des BWZ vom 20. Dezember 2012).
- 12 Mit Schreiben vom 27. September 2013, das am 1. Oktober 2013 beim Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg einging, erhob der Kläger Klage. Zur Begründung betont er, als Haushaltsgeräte zur täglichen Nutzung seien seine Feuerschalen völlig ungeeignet. Die gelegentliche Nutzung als behelfsmäßiges Behältnis für ein Feuer sei im Gegensatz zur stilisierten künstlerischen Darstellung des Feuers zweitrangig. Der untergeordnete mögliche Gebrauchswert spiele hier keine Rolle. Die Darstellung des stilisierten Feuer-elements herrsche vor und gebe den Objekten den prägenden Charakter. Bei allen Objekten handle es sich um eine individuelle Interpretation des Themas Feuer. Die Objekte stünden daher nicht im Wettbewerb mit industriell gefertigten Waren und seien deshalb keine Handelswaren.
- 13 Der Kläger beantragt, *1. die Umsatzsteuerbescheide für 2009 vom 24. Mai 2012 und für 2010 vom 16. Januar 2014 in Gestalt der Einspruchsentscheidung dahingehend zu ändern, dass die Umsätze aus der Lieferung von Feuerschalen (Bruttobetrag in 2009: xx.xxx,xx EUR, Bruttobetrag in 2010: xx.xxx,xx EUR) nicht dem Regelsteuersatz, sondern dem ermäßigten Steuersatz (7%) unterworfen werden und 2. die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.*
- 14 Der Beklagte beantragt, *die Klage abzuweisen.*

- 15 Zur Begründung verweist er auf seine Einspruchsentscheidung vom 28. August 2013. Ergänzend betont er, der subjektive Wille und der idealistische Zweck könnten bei der Beurteilung, ob die Lieferung von Feuerschalen dem ermäßigten Steuersatz unterliegen oder nicht, nicht berücksichtigt werden. Auch könne in die Beurteilung nicht einbezogen werden, in welchem Rahmen die Erwerber die Objekte nutzten, zumal das nicht bekannt sei. Maßgebend sei, ob sich diese in einer zumindest potentiellen wirtschaftlichen Wettbewerbssituation mit anderen ähnlichen Erzeugnissen industrieller oder handwerklicher Herstellung befinden. Dies treffe auf die vom Kläger gefertigten Feuerschalen zu, auch wenn sie durch den Flammenrand eine persönliche Note des Klägers enthalten. Im Übrigen habe der Kläger in 2009 XX und in 2010 XXX Feuerschalen geliefert.
- 16 Im Laufe des Klageverfahrens erging mit Datum vom 16. Januar 2014 ein geänderter Umsatzsteuerbescheid für 2010. Die festgesetzte Umsatzsteuer 2010 reduzierte sich auf x.xxx,xx EUR. Die Änderung beruht auf einem anderen Ansatz der Netto-Umsätze (zu 19%: xx.xxx,xx EUR anstelle von xx.xxx,xx EUR, zu 7%: x.xxx,xx EUR anstelle von x.xxx,xx EUR).
- 17 Auf die dem Gericht vorgelegten Photographien von Feuerschalen wird im Einzelnen verwiesen (Finanzgerichtsakte Blatt 26 bis 36).
- 18 Am 20. Januar 2015 fand ein Erörterungstermin statt (s. Sitzungsniederschrift). In diesem führte der Kläger aus, sein Wunsch sei es, die Welt zu verbessern. Die Aspekte Schönheit und Ästhetik seien für ihn sehr wichtig. Das sei mit ein Grund gewesen, sich mit Kunst zu beschäftigen. Zudem gehe es darum, welchen persönlichen Beitrag er in Bezug auf den Frieden leisten könne. In diesem Zusammenhang habe er einen Impuls setzen wollen. Zudem gehe es ihm um die Wertschätzung und den Respekt sowie eine „Rück-

verbindung“ zu „unseren“ Wurzeln, so dem Feuer.

- 19 Der Kläger betonte, er sei leidenschaftlicher Schrottplatzgänger. Die auf den Schrottplätzen gefundenen Gegenstände wähle er aus einem ästhetischen Aspekt aus. Wenn er für sie zahlen müsse, zahle er grundsätzlich nach Kilo. Die Expansionsgefäße lieferten die Schrottplatzhändler schon von sich aus. Bei den Gegenständen in seinem Atelier trenne er die Form von der Funktion. Er wolle der Welt etwas zur Verfügung stellen, das es so zuvor noch nicht gegeben habe. Ein Expansionsgefäß sei eine Kugel. Zunächst müsse er das Gefäß in der Mitte trennen, um die Membran und die technischen Anschlüsse herauszuschneiden. Im Idealfall habe er dann zwei Halbkugeln. Anschließend werde der Lack abgeflext. Er wolle damit den Stahl blank bekommen. Der rostige Charakter solle zum Ausdruck kommen. Das verdeutliche das Archaische. Einerseits durch die Formensprache (die einzelne Flamme des Schalenrandes -

entweder ruhiger oder unruhiger) und andererseits durch die Farbe der Schale werde das Ursprüngliche sichtbar. Die Formensprache (Gestaltung des Schalenrandes als Flamme) bringe das Feuer zum Ausdruck. Bei der Gestaltung der Ränder habe er kein Konzept, sondern er lasse sich leiten und führen. Er arbeite einfach und lese später. Er habe kein bestimmtes Motiv. Vielmehr entstehe die Form in einem Prozess zwischen drei und sechs Stunden. Er wolle damit einen Ausdruck für das Feuer darstellen. Er lege nicht vorher fest, wie ein Flammenrand auszusehen hat. Das ergebe sich aus dem Schaffungsprozess. Es komme auch vor, dass eine Feuerschale auf Bestellung gefertigt wird. In diesem Fall gehe es im Wesentlichen um die individuelle Größe (Arrangement im Garten des Bestellers) und die Ausgestaltung. Die Feuerschalen hätten aufgrund der Ausgestaltung, auch ohne dass sie als solche in Gebrauch sind, eine eigene Bedeutung, da sie wegen des Flammenrandes

bereits das Feuer symbolisierten.

20 In dem Erörterungstermin erklärten sich die Beteiligten mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung und durch den Berichterstatler einverstanden.

21 Die von der Klägerseite mit Schreiben vom 12. Februar 2015 mitgeteilten Bruttoeinnahmen aus der Lieferung von Feuerschalen sind zwischen den Beteiligten unstrittig (s. Schreiben des Beklagten vom 6. März 2015).

Entscheidungsgründe

22 1. Die Klage ist begründet. Die Umsätze aus der Lieferung der vom Kläger geschaffenen Feuerschalen unterliegen dem ermäßigten Steuersatz gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG in Verbindung mit Nr. 53 Buchst. c der Anlage 2. Die Feuerschalen sind Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst im Sinne der Position 9703 des gemeinsamen Zolltarifs (GZT).

23 Zwar beträgt die Umsatzsteuer gemäß § 12 Abs. 1 UStG für jeden steuerpflichtigen Umsatz

19% der Bemessungsgrundlage. Allerdings ermäßigt sie sich nach der spezielleren Norm des § 12 Abs. 2 UStG auf 7%, wenn einer der hierin abschließend aufgeführten Tatbestände vorliegt. Nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG kommt der ermäßigte Steuersatz auf die Lieferung der in der Anlage 2 bezeichneten Gegenstände zur Anwendung. Nach Nr. 53 Buchst. c dieser Anlage fallen hierunter Kunstgegenstände, und zwar Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst, aus Stoffen aller Art. Ergänzend verweist Nr. 53 Buchst. c der Anlage 2 auf Position 9703 GZT. Für die Auslegung der Formulierung „Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst“ kommt es insoweit allein auf die zolltariflichen Begriffe und Vorschriften an (Urteil des Bundesfinanzhofs - BFH - vom 8. Januar 2003 VII R 11/02, Sammlung der Entscheidungen des BFH - BFH/NV - 2003, 875).

24 Präzisiert wird die Position 9703 GZT durch die vorangestellte Anmerkung 3 zu Kapitel 97 GZT. Danach gehören zu dieser Positi-

on „nicht Bildhauerarbeiten, die den Charakter einer Handelsware haben (Serienerzeugnisse, Abgüsse und handwerkliche Erzeugnisse), selbst wenn diese Waren von Künstlern entworfen oder gestaltet wurden“.

25 a. Die vom Kläger gelieferten Feuerschalen sind, entsprechend dem Wortsinn des § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG in Verbindung mit Nr. 53 Buchst. c der Anlage 2 sowie Position 9703 GZT, Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst. Trotz ihrer Funktionalität als „Wärmegefäß“ bzw. als Gefäß zum Entzünden eines Feuers, handelt es sich primär um Kunstgegenstände.

26 Im allgemeinen Sprachgebrauch ist die Bildhauerkunst oder Plastik (griechisch *plastikae* = die Formende/Geformte) der Oberbegriff für eine der drei Hauptarten der bildenden Kunst. Sie verwirklicht sich in aus festen Stoffen geschaffenen körperhaften Gebilden, die dreidimensional oder als Reliefs möglich sind. Die Plastik im engeren Sinne umfasst Werke aus modellierbaren Stoffen, wie beispielsweise Ton, und aus

gießbarem Material, wie z.B. Metall (Bambach-Horst u. a., in: Der Brockhaus Kunst, 2. Auflage 2001, Stichwort „Bildhauerei“). Dementsprechend versteht man unter Originalerzeugnissen der Bildhauerkunst aus Stoffen aller Art Plastiken alten oder modernen Stils, die, wie im Streitfall, vom Bildhauer als Originale hergestellt wurden, unabhängig vom Herstellungsverfahren (vgl. BFH-Urteil vom 8. Januar 2003 VII R 11/02, a.a.O.; Tz.166 Nr. 3 des Schreibens des Bundesministeriums der Finanzen - BMF - vom 5. August 2004 IV B 7-S 7220-46/04, Bundessteuerblatt - BStBl - I 2004, 638).

27 Entsprechend der Anmerkung 3 zu Kapitel 97 GZT sind von der Begünstigung jedoch Gegenstände ausgenommen, die den Charakter einer Handelsware haben. Auch künstlerische Unikate können diesen Charakter aufweisen (vgl. Urteil des FG Brandenburg vom 7. November 2006 1 K 1613/04, Entscheidungen der Finanzgerichte - EFG - 2007, 1197). Hierfür spricht einerseits

der Wortlaut der Anmerkung 3 zu Kapitel 97 GZT, der gerade nicht voraussetzt, dass die Gegenstände Handelswaren sind. Vielmehr lässt er es ausreichen, dass sie den Charakter einer Handelsware haben, d.h. der Handelsware wegensähnlich und mithin vergleichbar sind. Auch aus den exemplifizierenden und im Übrigen nicht abschließenden Klammerzusätzen Serienerzeugnisse, Abgüsse und handwerkliche Erzeugnisse lässt sich nicht entnehmen, dass es sich bei Handelswaren um Massenwaren im Gegensatz zu einzelfertigten Stücken handeln muss. Im Gegenteil spricht gerade das Beispiel „handwerkliche Erzeugnisse“ im Zusammenhang mit dem Nebensatz „selbst wenn diese Waren von Künstlern entworfen oder gestaltet wurden“ dafür, dass auch Unikate Handelswaren sein können. Schließlich erfasst, in Abgrenzung zu den beiden anderen Beispielen, die Formulierung „handwerkliche Erzeugnisse“ gerade nicht die Situation der Massenproduktion, die bereits unter den Begriff „Serienerzeugnisse“ fällt, und auch nicht

Kopien oder Reproduktionen bereits vorhandener Erzeugnisse, die durch den Begriff „Abgüsse“ exemplarisch erfasst sind. Für den Begriff „handwerkliche Erzeugnisse“ bleibt als Anwendungsfall daher gerade die Erst- und Einzelanfertigung einer Ware. Der Nebensatz in dieser Anmerkung stellt darüber hinaus klar, dass es für die Beurteilung grundsätzlich keinen Unterschied macht, ob die Ware von einem Künstler oder einem (Kunst-)Handwerker angefertigt wurde, weil die erstmalige Fertigung eines Werkes immer ein Mindestmaß an schöpferischer Phantasie, kreativer Gestaltung sowie individuellem ästhetischen Ideal enthält. Ausdrücklich klargestellt ist damit, dass auch Künstler Handelswaren herstellen können. Ausdrücklich klargestellt ist des Weiteren, dass nicht jede individuelle künstlerische Schöpfung schon allein deshalb nicht den Charakter einer Handelsware aufweist (Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union - EuGH - vom 13. Dezember 1989 C-1/89, Neue Juristische Wochenschrift -

NJW - 1990, 1416; Rüsken, in: Ebling/Schulze, Kunstrecht, 2. Aufl. 2012, Seite 553 ff.).

28 Die Abgrenzung von Handelswaren zu begünstigten Originalerzeugnissen der Bildhauerkunst kann somit nicht (allein) nach dem Vorliegen eines künstlerischen Eindrucks erfolgen, sondern durch Gegenüberstellung mit vergleichbaren industriellen oder handwerklichen Produkten. Sie hat ausschließlich anhand objektiv erkennbarer Kriterien und äußerer Merkmale und unabhängig von einem etwaigen „Wert“ oder der „Qualität“ der Kunst zu erfolgen. Die Position 9703 GZT ist weit auszulegen und im Zweifelsfall anzuwenden. Im Zweifel liegt also keine Handelsware vor. Überwiegt nach dem Gesamtbild des Gegenstands, d.h. seiner äußeren Gestaltung, der Charakter als Handelsware, tritt er somit zumindest potentiell in einen wirtschaftlichen Wettbewerb mit vergleichbaren industriellen oder handwerklichen Erzeugnissen, liegt jedoch die Position 9703 GZT nicht vor (EuGH-Urteil vom

18. September 1990 C-228/89, NJW 1991, 1469; BFH-Urteil vom 8. Januar 2003 VII R 11/02, a.a.O.).

29 Die Finanzverwaltung nimmt in Umsetzung der Kriterien der Rechtsprechung des EuGH dann das Vorliegen von Originalerzeugnissen der Bildhauerkunst an, wenn der künstlerische Eindruck des Gegenstands vorherrschend ist und das objektive Erscheinungsbild prägt. Demgegenüber qualifiziert sie regelmäßig alle Gegenstände als Handelswaren, die, ungeachtet ihres künstlerischen Werts, einen eigenen charakterbestimmenden Gebrauchswert aufweisen, es sei denn, dieser tritt ausnahmsweise hinter dem vorherrschenden künstlerischen Eindruck zurück (beispielhaft aufgeführt werden Gitter, Türgriffe, Trinkgefäße, Leuchter, Schmuck und Vasen; s. Tz. 170 des BMF-Schreibens vom 5. August 2004 IV B 7-S 7220-46/04, a.a.O.). Diese Einordnung ist so pauschal allerdings im Hinblick auf den Wortlaut der Position 9703 GZT einschließlich der

Anmerkung 3 zu Kapitel 97 nicht zu halten. Dort findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass Gebrauchsgegenstände von vornherein nicht begünstigte Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst sein können. Im Gegenteil kann gerade aus dem Abgrenzungsbedürfnis zu den exemplarisch aufgeführten Handelswaren geschlossen werden, dass Gebrauchsgegenstände nicht von vornherein von der Begünstigung ausgeschlossen ist. Schließlich werden Handelswaren, zumal sie das Bestehen eines Marktes voraussetzen, üblicherweise Gebrauchsgegenstände sein. Der Gebrauchswert des Gegenstands ist deshalb lediglich eines von mehreren in Frage kommenden objektiven Merkmalen zur Abgrenzung von Handelswaren gegenüber Originalerzeugnissen der Bildhauerkunst.

30 So geht auch die Rechtsprechung davon aus, dass der praktische Zweck eines Gegenstands nicht zwangsläufig zu seiner Einordnung als Handelsware führt (BFH-Urteil vom 26. November 1996 VII

R 54/96, BFH/NV 1997, 724). Schließlich wäre ansonsten Gebrauchsgegenstände per se von der Begünstigung ausgeschlossen.

31 Im Ergebnis hat hiernach also eine Gesamtwürdigung des äußeren Erscheinungsbildes zu erfolgen, bei der zu beurteilen ist, ob es sich bei dem Werk um eine höchst persönliche Schöpfung handelt, mit der der Künstler einem ästhetischen Ideal Ausdruck verleiht (vgl. Beschlüsse des BFH vom 28. Februar 2014 V B 76/13, BFH/NV 2014, 900; 12. September 2013 VII B 5/13, BFH/NV 2014,78 und vom 12. September 2007 VII S 61/06 (PKH), BFH/NV 2008, 121) und bei dem daher der künstlerische Eindruck prägend ist oder ob es wegen seines überwiegenden Gebrauchswerts oder anderer objektiver Merkmale mit vergleichbaren industriellen oder handwerklichen Erzeugnissen in (potentiellen) wirtschaftlichen Wettbewerb tritt.

32 b. Der oben dargestellten Abgrenzung stehen auch Sinn und Zweck der Privilegierung des § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG in Verbindung

mit Nr. 53 Buchst. c der Anlage 2 in Verbindung mit der Position 9703 GZT nicht entgegen.

33 Sinn und Zweck der Steuerermäßigung für Kunstgegenstände ist die Förderung der Kunst durch die Schaffung steuerlicher Anreize für den Erwerb von Kunst (EuGH-Urteil vom 13. Dezember 1989 C-1/89, a.a.O.). Dieser Zweck erlangt auch und gerade für Gebrauchskunst erhebliche Bedeutung. Immerhin ist der Erwerb von Kunst erheblich teurer und mithin wirtschaftlich „unvernünftiger“ als der Erwerb funktionsgleicher Industrie- oder Handwerksprodukte. Durch die ermäßigte Besteuerung soll dieses Preisgefälle abgemildert und dadurch Mäzenatentum gefördert werden.

34 Erforderlich ist aber nicht zwingend die Begünstigung jedes Gegenstands, der künstlerisch motiviert und Ausdruck des individuellen ästhetischen Ideals ist. Denn nicht nur im Hinblick auf den künstlerischen Eindruck des Werkes, sondern auch hinsichtlich des Preisgefälles stellt sich der

Übergang zwischen (Kunst-)Handwerk und Kunst fließend dar, so dass irgendwo eine Grenzziehung erfolgen muss.

35 c. Die Systematik der Norm steht dieser Beurteilung ebenfalls nicht entgegen. Zwar stehen § 12 Abs. 1 und Abs. 2 UStG in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis, so dass unter diesem Gesichtspunkt § 12 Abs. 2 UStG grundsätzlich eng auszulegen ist. Dies darf jedoch nicht zur Verletzung europarechtlicher Vorgaben führen. Ihre Grenze findet die Auslegung erst am Wortlaut der Norm. Da die oben unter a. vorgenommene Auslegung der Position 9703 GZT auf die im Wortlaut identische Nr. 53 Buchst. c der Anlage 2 zum UStG übertragbar ist und diese zur Auslegung gerade auch auf den GZT verweist, entstehen keine systematischen Widersprüche, wenn nicht jede, sondern nur bestimmte Kunst über § 12 Abs. 2 UStG begünstigt wird.

36 d. Bei Anwendung dieser Grundsätze sind zu der aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung des

Gerichts (§ 96 Finanzgerichtsordnung - FGO) die vom Kläger gelieferten Feuerschalen als Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst zu qualifizieren. Nach den gesamten äußeren Umständen ist der künstlerische Eindruck für sie, bei denen es sich unstreitig um dreidimensionale Gegenstände handelt, prägend. Sie haben nicht den Charakter einer Handelsware.

37 Der künstlerische Eindruck herrscht vor. Die selbstverständlich auch bestehende Nutzungsmöglichkeit als „Wärmegefäß“ schließt es nicht aus, dass es jenseits des Gebrauchszwecks einen prägenden künstlerischen Eindruck geben kann. Aus einem schlichten äußeren Erscheinungsbild von Objekten kann nicht darauf geschlossen werden, dass deshalb die Funktionalität augenfällig in den Vordergrund gerückt wird. Denn dies liefe auf eine Bewertung der Kunst als solche und eine Diskriminierung minimalistischer Kunst gegenüber opulenten Werken hinaus. Gerade diese Bewertung hat jedoch zu

unterbleiben. Es ist nicht ausgeschlossen, dass vor allem durch eine schlichte Gestaltung der Künstler sein ästhetisches Ideal verwirklicht sieht.

38 Auch aus dem Umstand, dass durch die Art und Weise der künstlerischen Gestaltung der Gebrauchswert eines Gegenstands nicht beeinträchtigt wird, kann nicht geschlossen werden, der künstlerische Eindruck sei nicht prägend. Bei einer derartigen Beurteilung gebe es keine Gebrauchskunst. Denn der Künstler müsste, um aus einem Gebrauchsgegenstand Kunst zu machen, dessen Nutzungsmöglichkeiten gegenüber entsprechender Industrie- oder Handelsware zumindest einschränken, was dem Sinn von Gebrauchskunst zuwider liefe, die ja gerade praktisch verwendet werden soll.

39 Bei den Feuerschalen ergibt sich der dominierende künstlerische Eindruck aus ihrer Gestaltung als Flammen, die für den Kläger das Archaische/Ursprüngliche versinnbildlichen. Sowohl die Farbe der Objekte als auch deren Form

stilisieren ein Feuer. Ohne sie in Gebrauch zu nehmen, also in ihnen ein Feuer zu entzünden, sind sie als Flammen/ („kaltes“) Feuer zu erkennen. Dadurch, dass der Kläger zunächst die den Feuerschalen zugrundeliegenden Expansionsgefäße durch Abbrennen von ihrer Lackschicht befreit, kommt blanker Stahl (= Rost) zum Vorschein, wobei die Farbe dieses Materials (= rot) den Bezug zum Feuer, das ebenfalls rote Farbnuancen enthält, herstellt. Auch die Form der Feuerschalen steht für das Element Feuer. Die Schalen sind alle aufstrebend gefertigt. Der individuell im Rahmen eines klägerischen Schaffungsprozesses gefertigte (ruhigere oder unruhigere) Flammenrand unterstützt die aufstrebende Bewegung. Die Schalenform und mögliche Nutzung als „Wärmegefäß“ bzw. Gefäß zum Entzünden eines Feuers tritt daneben zurück.

40 Nach allem haben die Feuerschalen einen über die schlichte Reproduktion hinausreichenden individuellen schöpferischen Cha-

rakter, der Ausdruck des ästhetischen Empfindens des Klägers ist.

41 e. Entgegen der Auffassung des Beklagten spricht die Menge der in den Streitjahren gelieferten Feuerschalen (nach den Ausführungen des Beklagten hat der Kläger in 2009 XX und in 2010 XXX Feuerschalen geliefert) nicht gegen die Einordnung der einzelnen Feuerschale als Originalerzeugnis der Bildhauerkunst. So hat der BFH bspw. entschieden, dass zwar die Anzahl der bspw. in einer Auflage hergestellten Skulpturen ein Anhaltspunkt für den fehlenden Originalcharakter eines Werkes sein könne. Jedoch sei die Anzahl der Nachbildungen nicht allein entscheidend, auch wenn es in Betracht komme, dass ab einem gewissen Umfang der Auflage in einem Reproduktionsverfahren hergestellter Skulpturen sich der Originalcharakter eines Werkes verflüchtigt. Erforderlich sei eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls (Beschluss des BFH vom 9. September 2010 VII B 63/10,

BFH/NV 2011, 325 - in diesem Fall waren Bronzeskulpturen in Auflagen von 1.000 Stück hergestellt worden). Im Streitfall handelt es sich jedoch nicht um Reproduktionen eines Objekts, sondern um jeweils individuell hergestellte, sich nicht gleichende Erzeugnisse.

42 f. Die vom Beklagten eingeholte unverbindliche Zolltarifauskunft für Umsatzsteuerzwecke steht dem Ergebnis des Gerichts nicht entgegen. Anders als verbindliche Zolltarifauskünfte für Zollzwecke sind unverbindliche Zolltarifauskünfte für Umsatzsteuerzwecke keine Verwaltungsakte mit rechtlicher Bindungswirkung (vgl. Husmann in Rau/Dürwächter, UStG, Stand: Januar 2015, § 12 Abs. 2 Nr. 1 und 2 Tz. 107).

43 2. Die aufgrund der vorstehenden Ausführungen gebotene Festsetzung der Umsatzsteuer 2009 und 2010 wird dem Beklagten übertragen (§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO).

44 3. Nachdem das Einverständnis beider Beteiligten vorlag, hielt es

das Gericht für sachgerecht, gemäß §§ 90 Abs. 2, 79a Abs. 3, 4 FGO ohne mündliche Verhandlung durch die Berichterstatterin zu entscheiden.

45 4. Die Klägerseite beantragte, die Zuziehung eines Bevollmächtigten zum Vorverfahren für notwendig zu erklären. Dem Verfahren lag ein Sachverhalt zugrunde, der in rechtlicher Hinsicht nicht von vornherein als einfach zu beurteilen war. Die Klägerseite durfte sich daher eines Rechtskundigen bedienen, um eine erfolgversprechende Rechtsverfolgung zu erreichen. Das Gericht hält hiernach die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig (§ 139 Abs. 3 Satz 3 FGO).

46 5. Der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 151 FGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 11, 709, 711 Zivilprozessordnung.

**OLG HAMM 4 U 34/15 URTEIL VOM
17.11.2015 - DAS OLG HAMM KLÄRT
DIE SCHADENSBERECHNUNG BEI
URHEBERRECHTSWIDRIG AUF
HOMEPAGE VERÖFFENTLICHTEM
FOTO**

Mit Urteil vom 17.11.2015 entschied das OLG Hamm, dass 10 Euro pro Produktfoto als Lizenzschaden bei fehlender Folgelizenzierung angemessen ist.

Grundsätzlich kann der Kläger die Vergütung verlangen, die ihm bei einer ordnungsgemäßen Übertragung des Nutzungsrechts gewährt worden wäre (sog. Lizenzanalogie). Zur Berechnung dieser fingierten Vergütung komme es nicht auf eine Preisliste des Klägers oder Konditionen der Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing an. Vielmehr könne der Senat die angemessene Lizenzgebühr gem. § 287 ZPO auf der Grundlage der Vergütung schätzen, die der Kläger mit dem Inhaber der Nutzungsrechte vereinbart habe. Dabei gehe der Nutzungswert eines Fotos für den beklagten Folgenutzer nicht über den Nutzungswert hinaus, den ein Foto für den Inhaber der Nutzungsrechte habe.

**OLG HAMM 4 U 34/15 URTEIL VOM
17.11.2015**

Datum: 17.11.2015

Gericht: Oberlandesgericht Hamm

Spruchkörper: 4. Zivilsenat

Entscheidungsart: Urteil

Aktenzeichen: 4 U 34/15

Leitsätze:

Zur Bestimmung des Umfangs eines Nutzungsrechts nach dem Übertragungszweckgedanken. Zur Schadensersatzberechnung nach der sog. Lizenzanalogie und zur Ermittlung einer angemessenen Lizenzgebühr im Falle einer Folgelizenzierung an Vertriebspartner des Auftraggebers sowie zur Ermittlung eines Aufschlages für einen unterlassenen Urhebervermerk.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers sowie der Beklagten und der Streithelferin wird das am 15. Januar 2015 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert und wie folgt insgesamt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 110,00 Euro nebst Zinsen in Höhe

von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 04.04.2012 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den Kosten der vorgerichtlichen Inanspruchnahme der Rechtsanwältin V, in Höhe von 1.099,00 Euro freizuhalten.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Die weitergehenden Berufungen werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 89 % und die Beklagte 11 %. Die durch die Nebenintervention verursachten Kosten trägt der Kläger zu 89 %. Im Übrigen trägt die Streithelferin diese. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

A.

Der Kläger ist ein international erfolgreicher Fotograf, der sich im Bereich Mode spezialisiert hat. Er ist mit seiner Firma G Fotostudio GmbH, deren alleiniger Inhaber und Geschäftsführer er ist, für weltweit agierende Unternehmen tätig.

Die Nebenintervenientin, ein international tätiges Unternehmen, stellt Bade- und Strandbekleidung her. Sie beauf-

tragte den Kläger zwischen 2006 und 2011 mehrmals mit der Erstellung von Modefotografien.

Der Kläger erstellte die insgesamt elf auf Bl.d.A. abgebildeten und auf der als Anlage K2 zu den Akten gereichten CD-R wiedergegebenen Fotografien, und zwar für den Katalog „T Beachfashion 2012“ der Nebenintervenientin. Im Impressum dieses Kataloges ist allein der Kläger als Fotograf angegeben.

Die Fotografien stammen aus einem Doppel-Shooting, das im Mai 2011 auf den Malediven und auf Mykonos stattfand. Insgesamt wurden bei diesem Shooting 6.030 Bilder erstellt und der Nebenintervenientin nach dem Shooting in elektronischer Form in hoher Auflösung zur Verwendung auch im Internet, und zwar ohne Sperrvermerk, ohne verfremdenden Schriftzug und ohne Kopierschutz zur Verfügung gestellt. Das Honorar des Klägers lag hierfür ohne Reisekosten bei insgesamt 37.022,00 €. Wegen der Einzelheiten wird auf die in Kopie als Anlagen N5 und N6 zu den Akten gereichten, an die Nebenintervenientin gerichteten Rechnungen 2011014 und 2011016 des Klägers Bezug genommen.

Im November 2011 kam es zwischen dem Kläger und der Nebenintervenientin zu Unstimmigkeiten über den Umfang der Verwertung dieser Fotografien durch die Nebenintervenientin, insbesondere durch die Weitergabe an Vertriebspartner. Die insoweit Ende 2011/Anfang 2012 geführten Vergleichsbemühungen scheiterten letztlich. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlagen K18, K19 (Bl. 305, 306. d.A.) und K21 bis K29 (Bl. 311 bis 326 d.A.) sowie die Anlage N12 Bezug genommen.

Die Beklagte betreibt die Internetseite *Internetadresse* zur Bewerbung ihres Wäsche- und Bademodengeschäftes in M. Sie nutzte die elf auf Bl. 3 d.A. wiedergegebenen Fotografien auf ihrer Internetseite (Anlagenkonvolut K4 – Bl. 20ff. d.A.), und zwar in Form downloadbarer Bilder in Hochauflösung.

Die Klägerin mahnte die Beklagte deswegen mit anwaltlichem Schreiben vom 06.06.2014 9 ab (Anlage K9 – Bl. 46ff. d.A.) und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, zur Auskunftserteilung und zur Zahlung von Schadens- /Wertersatzansprüchen sowie zur Freihaltung von anwaltlichen Kosten auf.

Die Beklagte gab daraufhin mit anwaltlichem Schreiben vom 16.06.2014 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Ferner erteilte sie dem Kläger die Auskunft, dass sie die Fotos seit dem 04.04.2012 bis Februar 2013 auf ihrer Internetseite genutzt habe (Anlage K10 – Bl. 55ff. d.A.). Die Klägerin nahm diese Unterlassungserklärung mit E-Mail vom 17.06.2014 (Anlage K11 – Bl. 57 d.A.) an.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, ihm stehe ein Anspruch auf Zahlung einer fiktiven Lizenz in Höhe von 8.910,00 € bereicherungsrechtlich nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB bzw. hilfsweise als Schadensersatz gemäß § 97 Abs. 2 UrhG zu. Zudem könne er Freihaltung von vorgerichtlichen Abmahnkosten i.H.v. 1.752,90 € nach einem

Gegenstandswert von 69.839,20 € verlangen.

Bei den in Rede stehenden Fotografien handele es sich um Werke i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG. An diesen habe er der Nebenintervenientin immer nur einfache Nutzungsrechte zur eigenen Nutzung an den Fotografien eingeräumt, und zwar für den Druck von 3000 Hauskatalogen und Postern für Messeauftrit-

te, die Nutzung auf der eigenen Homepage sowie die Pressearbeit. Unstreitig hatte die Mitarbeiterin U der Nebenintervenientin im Jahre 2006 auf Nachfrage des Klägers geäußert, dass die Fotografien hierfür benötigt würden.

Der Kläger hat behauptet, dass er diese Rechte in den Metadaten seiner Kameras digital und unveränderbar von Anfang an mitgeschrieben habe. Er lege seinen Aufträgen regelmäßig die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Berufsfotografen zugrunde. Er sei auf dieser Basis auch für die Nebenintervenientin tätig geworden. Bereits die Rechnungen der ersten Produktionen hätten auf der Rückseite seine Liefer- und Zahlungsbedingungen beinhaltet.

Es sei Teil seiner Kalkulation gewesen, mit der Nutzung seiner Fotografien durch Dritte weitere erhebliche Lizenzbeträge zu generieren. Er habe mit all seinen Kunden aus dem Modebereich Vereinbarungen getroffen, wonach er für die Drittnutzung gesonderte Lizenzen vergabe und dadurch zusätzlich Erlöse erwirtschaftete. Üblicherweise lizenziere er seine Fotografien auf der Grundlage seiner Preisliste 2011 (Anlage K12). Diese Berechnung liege noch deutlich unter den Konditionen der Mittelstands-

gemeinschaft Foto-Marketing (im Weiteren MFM). Hinzu komme ein 100%iger Aufschlag, wenn der Urhebervermerk fehle. Dass er bislang tatsächlich nur wenige Einzelhändler-Lizenzen zu diesen Konditionen erteilt habe, liege allein daran, dass die Nebenintervenientin die Fotografien zuvor ungenehmigt zur Verfügung gestellt habe.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 8.910,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 04.04.2012, hilfsweise ab Rechtshängigkeit der Klage zu bezahlen.
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn von den Kosten der vorgerichtlichen Inanspruchnahme der Rechtsanwälte V, in Höhe von 1.752,90 Euro freizuhalten.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Kläger habe der Nebenintervenientin die ausschließlichen Nutzungsrechte an den Fotografien übertragen. Sie habe nicht schuldhaft gehandelt. Denn bis zur Abmahnung habe sie keinerlei Kenntnis

von der mutmaßlichen Rechtsverletzung gehabt. Sie habe davon ausgehen dürfen, zur Verwendung der Bilder berechtigt zu sein. Schließlich läge ein Schaden auch nicht annähernd in der seitens des Klägers behaupteten Höhe vor.

Die Nebenintervenientin hat die Ansicht vertreten, der Kläger habe ihr die Zustimmung zur Rechtseinräumung/Unterlizenz an ihre Vertriebspartner übertragen. Dies habe unter den gegebenen Umständen dem Vertragszweck entsprochen.

Die Nebenintervenientin hat behauptet, es sei ihr bei der Beauftragung des Klägers auch darum gegangen, die Fotos interessierten Händlern zu Werbezwecken zur Verfügung zu stellen. Dieses Interesse sei vom Fotografen akzeptiert worden. Immerhin habe der Kläger seit 2006 gewusst, dass die Fotografien auch zur Verwendung durch Dritte erstellt wurden.

Es sei allgemeine Übung im Bereich der Modefotografie, dass dem Auftraggeber das Recht zustehe, die Nutzungsrechte an den Fotografien auch Händlern der Produkte einzuräumen. Tatsächlich bestehe für eine Lizenzierung an Abneh-

mer des Auftraggebers auch kein eigener Markt.

Die vom Kläger vorgelegte Preisliste 2011 habe dieser allenfalls für die Verwendung gegenüber angeblichen Verletzern erstellt. Die Tarife der MFM seien überhöht und im Übrigen vorliegend nicht anwendbar.

Auf eine Urheberbezeichnung habe der Kläger keinen Wert gelegt. Eine solche sei bei Modefotografien auch nicht branchenüblich.

Die Nebenintervenientin hat mit Nichtwissen bestritten, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers zur Abmahnung beauftragt gewesen und dass hierfür keine andere als die gesetzliche Gebührenregelung zugrunde gelegt worden sei. Denn der Kläger habe schon zuvor – und dies ist unstreitig – weitere anwaltliche Abmahnungen gegenüber zahlreichen anderen Händlern ausgesprochen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger 4.400,00 € nebst Zinsen zu zahlen, und ihn von den Kos-

ten der vorgerichtlichen Inanspruchnahme der Rechtsanwälte V und Partner i.H.v. 1.029,35 € freizuhalten. Es hat die Klage im Übrigen abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils

Bezug genommen. Hiergegen wenden sich die Parteien mit wechselseitigen Berufungen.

Der Kläger richtet sich mit seiner Berufung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt gegen das landgerichtliche Urteil:

Das Landgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte den Kläger in seinen Rechten verletzt habe, da dieser der Nebenintervenientin nur einfache Nutzungsrechte eingeräumt habe.

Ausgangspunkt des Auftrags sei der Zweck gewesen, die Bademode möglichst qualitativ hochwertig für den Haus-/Händlerkatalog der Nebenintervenientin zu fotografieren. Dieser Zweck habe mit der Einräumung einfacher Nutzungsrechte zum Druck von Haus- und Händlerkatalogen, Postern und zur Nutzung auf der eigenen Homepage und zur Pressearbeit erreicht werden können.

Die Weitergabe sei damit auf die Händlerkataloge beschränkt. Die Weitergabe der Fotografien in elektronischer Form entspreche nicht der Weitergabe eines Printkataloges.

Ein anderslautender Parteiwille fehle. Im Gegenteil hätten für die Nebenintervenientin objektiv erkennbare Umstände vorgelegen, die eindeutig gegen die Zustimmung des Klägers zur Weitergabe der Fotografien an Händler gesprochen hätten.

Auf die von der Nebenintervenientin behauptete Branchenübung – und diese sei stets bestritten worden - komme es dementsprechend nicht an.

Die Nebenintervenientin sei als weltweit tätiges Modeunternehmen täglich mit kennzeichen- und urheberrechtlichen Fragestellungen konfrontiert und damit im Vergleich zum Kläger auch keinesfalls die „schwächere Partei“.

Das Einrichten eines Kopierschutzes sei nicht notwendig gewesen, zumal mit den eindeutigen Metadaten die maßgeblichen Nutzungsrechte festgelegt worden seien.

Die Grundsätze des § 43 UrhG kämen nicht zur Anwendung kämen.

Der vom Landgericht ausgeurteilte Schadensersatzbetrag sei jedoch unzureichend.

Das Landgericht habe zu Unrecht die Anwendung sowohl der Honorare für Bildnutzungsrechte der MFM als auch seiner Preisliste 2011 ausgeschlossen.

Es sei jedoch unwidersprochen vorgebracht worden, dass er, der Kläger, bei unzulässiger Nutzung seiner Fotografien die vorgelegte Preisliste zur Berechnung der angemessenen Lizenz anwende. Die Berechnung sei detailliert dargelegt worden. Es sei vorgetragen worden, dass diese sogar noch hinter den Bildpreisen der MFM zurückbleibe.

Die Rechtsprechung des OLG Hamm wende die Honorarsätze der MFM zur Schadensschätzung unter professionellen Marktteilnehmern an. Dementsprechend habe das Landgericht diese Tarife berücksichtigen müssen. Die Anwendung der MFM-Honorarsätze sei auch angemessen – und hierzu legt der Kläger mit der

Berufungsbegründung ein vom Landgericht Düsseldorf eingeholtes Gutachten des Sachverständigen Prof. Q vom 09.02.2015 als Anlage BK7 vor.

Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Lizenz „in einem angemessenen Verhältnis zu den mit dem Fotografien zu erwartenden Gewinnen stehen“ müsse. Hierauf komme es nicht an. Es sei unmaßgeblich, ob der Nutzer überhaupt eine Lizenz habe erwerben wollen bzw. welchen wirtschaftlichen Nutzen er konkret aus der

Nutzung der Fotografien gezogen habe. Die wirtschaftliche Bedeutung der klägerischen Bilder sei im Übrigen durchaus erheblich. Da der objektive Wert der Bilder bei der Schadensschätzung zu berücksichtigen sei, führe dies sogar zu einer Überschreitung Honorarsätze der MFM.

Der vom Landgericht angenommene Betrag eines Grundhonorars von 200,00 € pro Bild sei damit unangemessen und antragsgemäß in Anwendung der in der Klage vorgenommenen Berechnung anzupassen, und zwar unter Beibehaltung des 100 % – Zuschlags wegen der fehlenden Urheberbenennung.

Das Landgericht sei zudem hinsichtlich der Freihaltung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von einem unzutreffenden Streitwert ausgegangen. Die Bemessung für den Unterlassungsan-

trag habe sich nach dem wirtschaftlichen Interesse des Antragstellers an der Unterlassung der rechtswidrigen Nutzung, hier der öffentlichen Zugänglichmachung der streitgegenständlichen Lichtbilder ohne Urheberbezeichnung zu richten. Dieses sei nicht mit dem wirtschaftlichen Interesse des Klägers an der Zahlung der Lizenz gleichzusetzen, sondern komme streitwerterhöhend hinzu. Das wirtschaftliche Interesse an der Unterlassung sei mit 5.000,00 € pro Bild zu bemessen.

Im Ergebnis sei daher auch die Freihaltung von weiteren vorgerichtlichen Kosten in Höhe 44 von 723,55 € gerechtfertigt

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des am 15.01.2015 verkündeten Urteils des Landgerichts Bochum, Az.: 46 I-8 O 267/14, und Beibehaltung der Entscheidung im Übrigen

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere 4.510,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 04.04.2012 zu bezahlen;

2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den weiteren Kosten der vorge-

richtlichen Inanspruchnahme der Rechtsanwältin V, in Höhe von 723,55 Euro freizuhalten.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin beantragen,

das Urteil des Landgerichts Bochum vom 15.01.2015, Aktenzeichen I-8 O 267/14, 50 abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt gegen das erstinstanzliche Urteil.

Das Landgericht habe verkannt, dass die Weitergabe einfacher Nutzungsrechte keinesfalls nur im Rahmen eines ausschließlichen Nutzungsrechtes möglich sei. Vielmehr sei es möglich, dass ein Urheber Nutzern ein einfaches Nutzungsrecht einräume und ihnen gleichzeitig gestatte, weiteren Nutzern die Nutzung gleichfalls zu gestatten. Dass der Kläger dies jedenfalls konkludent getan habe, sei durch die Streithelferin überzeugend vorgetragen worden.

Sie, die Beklagte, habe auch nicht schuldhaft gehandelt.

Hilfsweise werde die Angemessenheit des vom Landgericht angesetzten Grundbetrages von 200 € pro Foto bestritten. Denn diese sei in Anbetracht des von der Streithelferin für die Lizenzierung an den Kläger gezahlten Betrages überhöht.

Die Anwendung der Honorarsätze der MFM, die ohnehin nicht rechtsverbindlich seien, verbiete sich im vorliegenden Fall schon aufgrund der überdurchschnittlich hoch vergüteten Auftragsproduktion wie auch der Unmöglichkeit der anderweitigen Verwendung der Bilder durch den Kläger aufgrund entgegenstehender Rechte Dritter.

Im Wege der Lizenzanalogie könne nur das verlangt werden, was vernünftige Parteien im konkreten Einzelfall vereinbart hätten. Sie habe Ware der abgebildeten Kollektion allenfalls zu einem Einkaufswert von 1.100 € bezogen und sei deshalb keinesfalls bereit gewesen, eine annähernd vierstellige Summe für Werbefotos auszugeben, zumal es sich bei ihrer Website um keinen Online-Shop handele.

Die Nebenintervenientin wendet sich darüber hinaus unter Wiederholung und

Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt gegen das Urteil:

Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass sie, die Nebenintervenientin nicht zur Rechtseinräumung an die Händler berechtigt gewesen sei. Denn es habe bei seiner Auslegung nicht alle Gesichtspunkte berücksichtigt. Vertragszweck sei die Verwendung von Werbefotografien für den Produktabsatz gewesen. Es habe jedoch keine Förderung des Produktabsatzes erreicht werden können, wenn die Werbefotografien nicht auch für die Endverbraucherwerbung hätten genutzt werden können. Die Weitergabe von Produktfotografien an den Händler sei daher naheliegend gewesen. Sie sei im Modebereich auch üblich. Bei der Verwendung durch den Händler handele es sich um keinen eigenen Markt. Die Fotografien hätten nie eigenständig verwertet werden sollen. Der Kläger habe gewusst, dass die Nebenintervenientin Fotografien auch an Dritte weitergegeben habe. Die Weitergabe in elektronischer Form habe hierbei praktisch der Weitergabe eines Printkataloges entsprochen. Der Kläger habe die Fotografien ohne Sperrvermerk überlassen. Der Kläger habe keinen Sperrvermerk verlangt und damit

faktisch die Möglichkeit der Kopie durch Dritte in Kauf genommen. Die Nutzung auf der Homepage der Nebenintervenientin und damit auch ein Link auf diese seien ohnehin zulässig gewesen.

Soweit das Landgericht einzelne Gesichtspunkte im Rahmen der Auslegung berücksichtigt habe, habe es dies nicht durchgehend richtig getan.

Der Kläger habe keine ausdrücklichen Regelungen über Umfang und Grenzen der Rechtseinräumung vorgeschlagen. Es sei es ihm hierauf also nicht angekommen. Nach Treu und Glauben sei andernfalls zu erwarten gewesen, dass der Kläger die Beschränkung des Verwendungszwecks offen ansprechen würde.

Sie, die Nebenintervenientin, habe zudem anhand von Beispielen der von ihr beauftragten Fotografen vorgetragen, dass es in Deutschland wie auch in Österreich üblich sei, dass ein Fotograf bei der Auftragsproduktion für einen Modehersteller dem Auftraggeber sämtliche Nutzungsrechte einschließlich des Rechts zur Weitergabe an Dritte einräumt, ohne dass hierfür ein Aufpreis vereinbart werde.

Das Landgericht habe die für eine Rechtseinräumung zur Weitergabe der Bilder an Händler sprechenden Gesichtspunkte schließlich nicht im Zusammenhang gewürdigt.

Es habe im Hinblick auf den Zweckübertragungsgedanken des § 31 Abs. 5 UrhG nicht den Vertragszweck und die Nutzungsarten überprüft, sondern nur festgestellt, dass die Darlegungslast bei der Beklagten und der Nebenintervenientin liege.

Es gebe keine Grundregel, wonach der Begriff der Nutzungsart gemäß § 31 Abs. 5 UrhG möglichst kleinteilig und der Begriff des Vertragszwecks möglichst eng zu verstehen sei. Der Vertragszweck habe vorliegend unstreitig darin bestanden, den Absatz der klägerischen Modeerzeugnisse zu unterstützen. Hierfür habe der Kläger die Bilder zur Verfügung gestellt und genau hierfür seien sie verwendet worden.

Der in § 31 Abs. 5 UrhG verankerte Zweckübertragungsgedanke stelle ohnehin nur eine Auslegungsregel dar. Sie diene dem Schutz des Urhebers als regelmäßig schwächere Partei. Diese Konstellation sei vorliegend nicht gegeben. Denn die Nebenintervenientin sei

nicht die stärkere, sondern die schwächere Partei gewesen. Das Landgericht habe die Wertung der §§ 34, 35 UrhG unberücksichtigt gelassen.

§ 43 UrhG sei entsprechend anzuwenden oder zumindest die Wertung des § 43 UrhG bei der Anwendung der §§ 31 Abs. 5, 35 UrhG derart zu berücksichtigen, dass an die Auslegung des Vertragszweckes und der Parteierklärungen keine unangemessenen Maßstäbe zu stellen seien.

Bei der Bemessung der Nutzungsschädigung sei allenfalls ein Betrag von insgesamt 12,00 € angemessen. Es existiere - wie auch die Entscheidung des BGH GRUR 2015, 258 – *CT-Paradies* zeige - keine Grundregel, wonach ein Fotograf stets eine Lizenzgebühr im dreistelligen Eurobereich pro Bild erhalte.

Das Landgericht habe die Honorarempfehlungen der MFM sowie die Preisliste des Klägers zutreffend nicht angewendet. Denn die Honorarempfehlungen gäben die marktgängigen oder angemessenen Werte nicht annähernd zutreffend wieder. Die Vergütungssätze des Klägers habe dieser nie außerhalb

von rechtlichen Auseinandersetzungen abgerechnet.

Das Landgericht sei dennoch zu Unrecht zu einem überhöhten Betrag gelangt.

Es habe übergangen, dass es sich um Auftragsfotografien gehandelt habe, deren objektiver Wert bereits aufgrund der Vertragsbeziehungen zwischen dem Kläger und der Nebenintervenientin bestimmt worden sei. Es gebe keinen Grund, dass dasselbe Bild aufgrund der Nutzung durch die Beklagte, bei der es sich nicht um eine erstmalige öffentliche Zugänglichmachung handele, mehr wert sein solle, zumal es sich bei der Beklagten um ein viel kleineres Unternehmen handele, dessen Internetseite nur von wenigen Nutzern besucht werde.

Zu berücksichtigen sei auch, dass die Beklagte sich im hypothetischen Fall des Wunsches nach entgeltlicher Zurverfügungstellung von Bildern an die Nebenintervenientin, die den Kontakt zum Kläger hatte, gewandt hätte. Alles andere sei lebensfremd. Denn angesichts der geringen wirtschaftlichen Marge pro Artikel sei es wirtschaftlich unsinnig, überhaupt Ausgaben für Werbemittel zu machen. Die Nebenintervenientin hätte so-

dann ein ergänzendes Honorar ausgehandelt.

Die Beklagte habe jedenfalls alternativ eine Verlinkung auf die Seiten der Nebenintervenientin herstellen können, wofür keine Gebühren angefallen wären. Entsprechendes gelte für ein Framing. Die wirtschaftlichen Unterschiede zwischen Verlinkung/Framing und Eigennutzung auf der Homepage seien gering.

Eine Entschädigung für die Nichtnennung des Klägers als Urheber sei zumindest nicht in dieser Höhe anzuerkennen. Im Übrigen sei es im Modebereich generell unüblich, dass Fotografen im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Modefotografien benannt würden. Der Kläger selbst habe eine solche nicht verlangt. Jedenfalls sei der Kläger in den Katalogen der Nebenintervenientin als Fotograf genannt worden. Schließlich sei eine Verdoppelung der Nutzungsgebühr ohnehin unangemessen hoch. Der wirtschaftliche Wert der Nennung sei nicht nennenswert.

Das Landgericht habe dem Kläger zu Unrecht Abmahnkosten i.H.v. 1.029,35 € 75 zugesprochen. Die Abmahnung sei nicht berechtigt gewesen. Der Kläger

habe diese selbst formulieren können, nachdem er die Problematik mit seinem Anwalt schon anlässlich zahlreicher vorangegangener Abmahnungen wegen entsprechender Sachverhalte besprochen habe. Zumindest sei davon auszugehen, dass hierfür niedrigere als die gesetzlichen Gebühren in Rechnung gestellt worden seien.

Der Gegenstandswert sei in Anbetracht der extrem geringen wirtschaftlichen Bedeutung zu hoch angesetzt worden. Im Übrigen habe der Freistellungsanspruch sich selbst nach den Erwägungen des Landgericht auf nur 679,10 € (1,3 Gebühr bei einem Streitwert von 8.800 € + 700 €) belaufen dürfen.

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

Die Berufungen der Beklagten und der Nebenintervenientin sind im Hinblick auf den Klageantrag zu 1. weitgehend begründet. Die Berufung des Klägers ist hinsichtlich des Klageantrages zu 2. zu einem geringen Teil begründet.

I.

Der Klageantrag zu 1. ist lediglich in Höhe von 110,00 € nebst Zinsen begründet.

1.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte der mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachte Zahlungsanspruch dem Grunde nach aus § 97 Abs. 2 UrhG zu.

Hierbei kann dahinstehen, ob es sich bei den Fotografien um Lichtbildwerke i.S.d. § 2 Abs. 84 1 Nr. 5 UrhG handelt. Denn die Beklagte hat jedenfalls die Urheberrechte des Klägers als Lichtbildner (§ 72 Abs. 2 UrhG) an den hier in Rede stehenden Fotografien (§§ 2 Abs. 1 Nr. 5, 72 UrhG) mit der Wiedergabe derselben auf ihrer Homepage Die Beklagte hat hiermit in das ausschließliche Recht des Klägers zur Vervielfältigung (§§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG) und Öffentlich-Zugänglichmachen der Lichtbilder (§§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG) eingegriffen.

b)

Die Beklagte handelte hierbei widerrechtlich.

Denn die Nebenintervenientin hatte der Beklagten zuvor ihrerseits mangels eigener Berechtigung keine entsprechenden Nutzungsrechte einräumen können.

Jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger der Nebenintervenientin von vorneherein ein umfassendes, ausschließliches Nutzungsrecht an den betreffenden Fotos eingeräumt, oder ihr die Zustimmung zur Übertragung entsprechender Nutzungsrechte an ihre Vertriebspartner erteilt hatte.

Eine ausdrückliche Vereinbarung über den konkreten Umfang der Einräumung von Nutzungsrechten an den von der Nebenintervenientin bei dem Kläger in Auftrag gegebenen und von diesem im Mai 2011 erstellten Fotografien, insbesondere eine solche über die Übertragung von Nutzungsrechten an Vertriebspartner der Nebenintervenientin, ist unstreitig nicht getroffen worden. Der Kläger hat der Nebenintervenientin auch keine Zustimmung zur Weitergabe der Fotografien in digitaler Form erteilt – und der Wortlaut der E-Mail der Mitarbeiterin U der Nebenintervenientin vom 09.11.2011 (Anlage K21 – BI 311 d.A.) und des Schreibens der Nebeninterve-

nientin vom 15.11.2011 (Anlage K23 – BI 313 d.A.) bestätigt dies.

Nichts anderes ergibt sich vorliegend aus dem Gedanken des § 31 Abs. 5 UrhG. Danach bestimmt sich der Umfang des Nutzungsrechts nach dem mit seiner Einräumung verfolgten Zweck. Das heißt, die Einräumung von Nutzungsrechten erfolgt jedenfalls, aber auch nur – und insoweit erfolgt die Bestimmung des Umfangs der Rechteinräumung entgegen der Ansicht der Nebenintervenientin zu Lasten des Verwerterers durchaus eher restriktiv - in dem Umfang, den der mit dem Vertrag verfolgte Zweck „unbedingt“ erfordert. Durch den Übertragungszweckgedanken soll eine „übermäßige“ Vergabe von Nutzungsrechten durch umfassende, pauschale Rechtseinräumungen an die Verwerterseite dadurch verhindert werden, dass der Umfang an den konkret verfolgten Zweck des Vertrages angepasst wird. Wegen der urheberschützenden Funktion bestimmt sich der Vertragszweck aus der Sicht des Urhebers. Zweifel, ob ein gemeinsam verfolgter Zweck ermittelt werden kann, gehen zu Lasten des Verwenders (zum Vorstehenden u.a. Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11.

Aufl., § 31 UrhG Rn. 109, 128; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, UrhG, 4. Aufl. § 31 Rn. 39/40). Denn gerade in dem Zweckübertragungsgedanken des § 31 Abs. 5 UrhG kommt der von der Rechtsprechung geprägte Grundsatz zum Ausdruck (Axel Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl., Einl. UrhG Rn. 22), dass die urheberrechtlichen Befugnisse die Tendenz haben, soweit wie möglich beim Urheber zu verbleiben, damit dieser in angemessener Weise an den Erträgen seines Werkes beteiligt bleibt (BGH GRUR 2002, 248, 251 – *Spiegel-CD-ROM*).

Für den Kläger gilt insoweit kein anderer Maßstab, auch wenn er aufgrund seines Berufes im Gegensatz zur Nebenintervenientin über ein vergleichsweise fundiertes Wissen zum Urheberrecht verfügen sollte. Denn allein dies macht ihn nicht weniger schutzwürdig. Vielmehr ist er wie jeder andere Urheber darauf angewiesen, an dem wirtschaftlichen

Nutzen beteiligt zu werden, der aus seinem Werk gezogen wird.

aa)

Der einvernehmliche Vertragszweck bestand hier in der Erstellung von Fotografien für die Werbung der Nebenintervenientin, die Bade- und Strandmode produziert.

Hierfür bedurfte es nicht der Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte.

(1)

Dieser Vertragszweck machte vor allem keine uneingeschränkte Einräumung von Nutzungsrechten, solange deren Ausübung nur in irgendeinem Zusammenhang mit der Werbung für die Mode der Nebenintervenientin stand, notwendig. Denn nicht jede derartige Nutzung war für die Erfüllung dieses Vertragszwecks erforderlich.

Anders ist auch nicht das von der Nebenintervenientin angeführte Urteil des BGH GRUR 2015, 264 – *Hi Hotel II* zu verstehen. Denn hierin wird lediglich klargestellt, dass die dortige Verwendung von Fotografien, die nicht der Werbung diene, eben nicht vom Vertragszweck umfasst war. Dies erlaubt nicht den Umkehrschluss, dass jede Veröffentlichung zu Werbezwecken au-

tomatisch vom Vertragszweck erfasst ist.

(2)

Tatsächlich sollten die Fotografien des Klägers ursprünglich zum Druck von 3.000 Hauskatalogen, DinA3-Postern für ausgesuchte Händler und Postern für Messen verwendet, auf der Homepage der Nebenintervenientin eingestellt und für deren Pressearbeit verwendet werden. So lautete jedenfalls unstreitig die Auskunft der Mitarbeiterin U der Nebenintervenientin gegenüber dem Kläger zu Beginn der gemeinsamen Zusammenarbeit im Jahre 2006 – und dies wird durch ihre Aussage vor dem Landgericht Innsbruck ausweislich des dortigen Protokolls vom 28.01.2013 (Anlage N3, Seite 27) bestätigt.

Gerade hierfür bedurfte es nicht der Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte. Vielmehr genügte dazu die Einräumung entsprechender einfacher Nutzungsrechte.

Denn die Aushändigung des Printprospektes der Nebenintervenientin war nicht gleichbedeutend mit der Weitergabe der Fotografien in elektronischer Form. Nur im letztgenannten Fall erhält der Vertriebspartner selbst die (fakti-

sche) Möglichkeit, die Fotografien eigenverantwortlich zu vervielfältigen und zu veröffentlichen.

(3)

Zwar mag die Weitergabe der Fotografien in digitaler Form an die Vertriebspartner der Nebenintervenientin letztlich nicht fern gelegen haben.

ZwingendwardiesselbstnachdeneigenenAusführungenderNebenintervenientinjedoch nicht. Denn die Händler hätten die Fotografien dem Endverbraucher, wenn auch für diesen nicht ganz so „komfortabel“ auch mittels eines Links auf die Internetseite der Nebenintervenientin zur Verfügung stellen können.

bb)

Eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller gegebenen Umstände mitsamt des Verhaltens der Vertragsparteien führt zu keinem anderen Ergebnis.

(1)

Jedenfalls lässt die Höhe des vorliegend seitens der Nebenintervenientin an den Kläger gezahlten Honorars keine Schlüsse auf den Umfang der übertragenen Nutzungsrechte zu. Denn diese war in erster Linie von der Verhand-

lungsposition wie dem Verhandlungsgeschick der beiden Vertragsparteien abhängig.

Dass das Höhe des Honorars unter den gegebenen Umständen tatsächlich nur mit der Übertragung sämtlicher Rechte an den Fotografien, mithin einem sog. „Buy-out“ Vertrag (vgl. hierzu Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 4. Aufl., Vorbemerkung Vor §§ 31 ff. Rn. 92) betriebswirtschaftlich zu rechtfertigen gewesen wäre, hat die Nebenintervenientin nicht schlüssig dargetan. Dass die Nebenintervenientin anderen Fotografen geringere Honorare zahlt, kann vielfältige Gründe haben.

(2)

Zwar hatte der Kläger hinsichtlich der Firmen H und L – und lediglich diese Fälle sind unstrittig - Kenntnis von der Weitergabe der Fotografien. Jedoch lassen diese Einzelfälle nicht den Schluss zu, er sei mit einer solchen Handhabung generell einverstanden gewesen, zumal er diesen Firmen unstrittig entsprechende Nutzungsrechte ausdrücklich eingeräumt hatte.

(3)

Unerheblich ist, dass der Kläger der Nebenintervenientin die Fotografien in elektronischer Form, und zwar ohne Sperrvermerk, ohne verfremdenden Schriftzug und ohne Kopierschutz zur Verfügung gestellt hatte.

Denn ebenso wenig wie ein Sacheigentümer die ihm gehörenden Sachen muss der Urheber oder Leistungsschutzberechtigte sein Werk als seine Schöpfung kennzeichnen. Vielmehr ist es allein Sache des Nutzers, sich in eigener Verantwortung Kenntnis davon zu verschaffen, ob und gegebenenfalls zu welchen Bedingungen ihm der Urheber eine Nutzung seines Werkes gestatten will (BGH GRUR 2010, 616 - *marionskochbuch.de*).

Dementsprechend oblag es dem Kläger mitzuteilen, die Nebenintervenientin auf die Grenzen der ihr eingeräumten Nutzungsberechtigung hinzuweisen. Dies war auch im Rahmen der laufenden Geschäftsbeziehung allein ihre Sache. Von einer besonderen Aufklärungspflicht begründenden, strukturellen Ungleichgewicht zu Lasten der Nebenintervenientin, einem international agieren-

den Modeunternehmen kann ohnehin nicht die Rede sein.

(4)

Dass es sich bei der Verwendung von Werbefotografien durch Händler um keinen eigenen 119 Markt handeln mag, ist ohne Belang. Denn damit ist nicht gesagt, dass hierfür auch kein Markt im Verhältnis vom Fotografen zum Hersteller besteht. Der Hersteller hat regelmäßig ein wirtschaftliches Interesse an dem Absatz, den sein Vertriebspartner mithilfe der Verwendung der Fotografien auf den eigenen Internetseiten und dem damit verbundenen positiven Marketing- und Werbeeffect erzielt. Denn selbstredend kommt dies auch seinem Umsatz zugute. Wenn dieser gut verkauft, verkauft – so selbst die Einschätzung der Mitarbeiterin U der Nebenintervenientin in ihrer Vernehmung durch das Landgericht Innsbruck am 28.01.2013 (Anlage N3, Seite 29) - auch der Hersteller gut.

Dementsprechend spielt es auch keine Rolle, dass die in Rede stehenden Fotografien nur eine – so die Bezeichnung der Nebenintervenientin - „dienende“ Funktion im Rahmen der Absatzförderung der abgelichteten Produkte haben, mithin vom Kläger nach Ansicht der Ne-

benintervenientin nie eigenständig verwertet werden sollten und womöglich auch nicht ohne weiteres hätten verwertet werden können.

(5)

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Einbeziehung der hier in Rede stehenden Nutzungsart in den Vertragszweck zum Zeitpunkt der Auftragserteilung an den Kläger üblich war – und selbst die Nebenintervenientin relativiert ihre dahingehende Behauptung in der Berufungsbegründung, wenn sie von „der ganz überwiegenden Zahl der Fälle“ spricht.

Üblich ist die Einbeziehung bestimmter Nutzungsarten in den Vertragszweck nämlich nicht allein deshalb, weil die Nutzungsart bekannt ist. Vielmehr ist danach zu fragen, ob die bekannte Nutzungsart bereits eine solche Marktbedeutung genoss, dass sie üblicherweise in die Nutzungsverträge aufgenommen wurde (BGH GRUR 2004, 938, 939 – *Comic- Übersetzungen III*). Davon kann hier nicht die Rede sein.

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass es insoweit an der Darlegung konkreter, für eine entsprechende Branchenüblichkeit sprechender

Tatsachen durch die Nebenintervenientin fehlt.

Im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 18.09.2014 hat die Nebenintervenientin hierzu auf Seite 16 lediglich vorgetragen, dass im Bereich der Modefotografie Hersteller und Händler angesichts stets wechselnder, zahlreicher Produkte weder bereit seien, einen größeren Betrag für die Fotografie eines Produktes auszugeben, noch überhaupt mit den Fotografen über Einzelheiten der Nutzungsgestattung zu verhandeln. Dies rechtfertigt schon nicht den hieraus von der Nebenintervenientin gezogenen Schluss, dass es deshalb üblich und auch im Sinne des Fotografen sei, dass die Gestattung zur Weitergabe an die Absatzmittler ohne zusätzliches Entgelt erfolge. Denn dem steht das berechnete Interesse des Fotografen, als Urheber möglichst weitgehend an den Erträgen der Verwertung beteiligt zu sein, zwangsläufig diametral entgegen. Dass dieser Interessenkonflikt in der Branche üblicherweise allein zu Lasten des Fotografen geregelt wird, ist nicht plausibel dargelegt.

Dass die im Schriftsatz vom 25.11.2014 auf den Seiten 3/4 (Bl. 215/216 d.A.) benannten Fotografen gegenüber der

Nebenintervenientin erklärt haben, mit ihrem Honorar sei auch die Weitergabe der Bilder an Dritte abgegolten gewesen, rechtfertigt allein nicht Schluss, dies sei im Jahre 2011 branchenüblich gewesen.

Die Berufungsbegründung enthält hierzu letztlich kein erhebliches neues Vorbringen. Das nun vorgelegte Gutachten aus dem Verfahren vor dem LG Innsbruck (Anlage N24) stellt auf die Marktverhältnisse in Österreich ab. Auch wenn hierbei im Hinblick auf die grenzüberschreitende Situation auch deutsche Betriebe einbezogen wurden, ist das Ergebnis in Anbetracht der mit 54 deutschen Unternehmen verhältnismäßig geringen Zahl der Befragten für den deutschen Markt nicht aussagekräftig.

(6)

Die Nebenintervenientin kann sich im Hinblick auf den Umfang der Nutzungsrechtseinräumung auch nicht auf § 43 UrhG berufen. Denn dessen Tatbestand umfasst ausschließlich Werke, die in Erfüllung von Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder (öffentlich-rechtlichen) Dienstverhältnis entstanden sind, und selbst die Nebenintervenientin vertritt nicht die Auffassung, dass der Kläger im

Sinne der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung in einem Arbeitsverhältnis zu ihr stand.

Auch eine nur analoge Anwendung des § 43 UrhG kommt nicht in Betracht. Denn lediglich Urheber, die aufgrund eines dauernden Arbeit- oder Dienstverhältnisses in gesicherten Einkommensverhältnissen stehen, sind nicht in gleichem Maße schutzbedürftig wie freie Urheber. Die soziale Funktion des Urheberrechts, den Urhebern ihren Unterhalt zu verschaffen und ihre Existenz zu sichern, ist bei Urhebern in Arbeits- und Dienstverhältnissen deshalb auch zurückgedrängt (Axel Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl., § 43 UrhG Rn. 3). Der Kläger ist insoweit jedoch nicht mit einem Arbeitnehmer in gesicherten Einkommensverhältnissen vergleichbar. Denn sein Lebensunterhalt ist allein durch das aus dem einzelnen Auftrag erzielte Honorar nicht garantiert.

Damit ist auch für eine Berücksichtigung des § 43 UrhG im Rahmen der Auslegung des Umfangs der vertraglichen Nutzungsrechtseinräumung kein Raum.

(7)

Die Wertung der §§ 34, 35 UrhG führt letztlich zu keinem anderen Ergebnis.

Der Kläger hatte einen sachlichen Grund für die Zustimmungsverweigerung. Er konnte von der Nebenintervenientin für die Zustimmung zur Übertragung der Nutzungsrechte erst einmal ein angemessenes Entgelt verlangen, welches der Vertrag bis dahin nicht vorsah (vgl. Jan Bernd Nordemann in/Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl., § 34 UrhG Rn. 19). Die Verhandlungen hierüber sind nicht an ihm gescheitert.

(8)

Damit kann dahinstehen, ob eine weitergehende Übertragung von Nutzungsrechten nicht ohnehin am objektiv erkennbar anderslautenden Willen des Klägers scheitert.

Es kommt damit weder darauf an, ob der Kläger seine Zahlungs- und Lieferbedingungen durchgängig verwendete, noch ob er die Metadaten der für die Nebenintervenientin erstellten Fotos von Anfang an fortlaufend mitschrieb und der Nebenintervenientin zur Kenntnis brachte.

c)

Die Beklagte handelte zumindest fahrlässig.

Denn beim Umgang mit urheberrechtlich geschützten Werken entspricht es der üblichen Sorgfaltspflicht, dass man die Berechtigung zur Nutzung des Werks prüft und sich darüber zudem Gewissheit verschafft. Auch die Berechtigung eines Vorlizenzgebers ist insoweit gewissenhaft zu prüfen und festzustellen. Gutgläubigkeit befreit vom Fahrlässigkeitsvorwurf nicht, da ein gutgläubiger Erwerb von urheberrechtlichen Nutzungsrechten und Leistungsschutzrechten ausscheidet. Das Risiko eines Sachverhalts- oder Rechtsirrtums trägt grundsätzlich der Verwerter (BeckOK-Reber, UrhG, Stand: 01.07.2014, § 97 Rn. 103 mit zahlreichen Rspr.-nachweisen) und damit hier die Beklagte, die sich ohne weitere eigene Nachprüfung auf die Berechtigung der Nebenintervenientin verlassen hat.

2.

Dementsprechend kann der Kläger gemäß § 97 Abs. 2 UrhG Schadensersatz, wenn auch lediglich in Höhe von insgesamt 110 €, mithin 10 € pro Foto verlan-

gen (vgl. zur Größenordnung BGH GRUR 2015, 258, 263 – *CT-Paradies*).

Die gebräuchlichste Berechnungsmethode für den Schadensersatz ist die sog. Lizenzanalogie (§ 97 Abs. 2 S. 3 UrhG). Danach kann der Verletzer die Vergütung verlangen, die ihm bei ordnungsgemäßer Nutzungsrechtseinräumung gewährt worden wäre. Es wird der Abschluss eines Lizenzvertrages zu angemessenen Bedingungen fingiert. Bei der Berechnung der angemessenen Lizenzgebühr ist rein objektiv darauf abzustellen, was bei vertraglicher Einräumung ein vernünftiger Lizenzgeber fordert und ein vernünftiger Lizenznehmer gewährt hätte, wenn beide die im Zeitpunkt der Entscheidung gegebene Sachlage gekannt hätten (u.a. BGH GRUR 1990, 1008, 1009 - *Lizenzanalogie*).

Gegenüber der Gewinnabschöpfung hat die Lizenzanalogie den Vorteil, dass es auf die Profitabilität der Rechtsverletzung für den Verletzer nicht ankommt. Für die Berechnung nach der Lizenzanalogie spielt es keine Rolle, ob die Parteien bereit gewesen wären, einen Lizenzvertrag abzuschließen, ob der Verletzer in der Lage gewesen wäre, überhaupt eine angemessene

Lizenzgebühr zu bezahlen oder ob der Verletzer mit der Verwertung des Werkes Gewinn oder Verlust erzielt. Maßgeblich ist allein, ob das Recht derart ausgewertet wird, dass der Verletzer dessen kommerzielles Potential ausbeutet, ohne hierzu berechtigt zu sein (vgl. BeckOK-Reber, UrhG, Stand: 01.07.2014, § 97 Rn. 121mwN). Dies war ist hier der Fall.

Dementsprechend kommt es vorliegend grundsätzlich nicht darauf an, ob die Beklagte in Anbetracht der begrenzten Gewinnmarge der so beworbenen Bademode überhaupt bereit gewesen wäre, mit dem Kläger einen Lizenzvertrag zu schließen.

a)

Der Kläger kann sich zur Berechnung der angemessenen Lizenzgebühr jedoch nicht auf seine Preisliste 2011 berufen.

Zwar kann für die übliche Vergütung auf die eigene Vertragspraxis des Verletzten abgestellt werden. Ist eine ausreichende Zahl von Lizenzverträgen in Höhe der geforderten Vergütung abgeschlossen worden, muss die angemessene Lizenzgebühr auf dieser Grundlage berechnet werden (BGH GRUR 2009, 660 – *Reseller Vertrag*; BeckOK-Reber,

UrhG, Stand: 01.07.2014, § 97 Rn. 123; Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl., § 97 UrhG Rn. 93).

Allerdings kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass eine solche Vertragspraxis des Klägers bestand – und hierfür ist der Kläger darlegungs- und beweispflichtig (vgl. Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, aaO.).

aa)

Denn ausweislich des eigenen Vorbringens des Klägers in seiner Replik vom 24.11.2014 151 (Bl. 235, 257 d.A.) handelt es sich bei den Honoraren der Preisliste 2011 um die Beträge, die er „nachweislich seit dem Jahr 2011 in genau diesen Fällen der ungenehmigten Nutzung Drittnutzern berechnet“, und damit eben nicht um die Vergütung, die er im Rahmen regulärer Lizenzvertragsverhandlungen gegenüber Drittnutzern durchsetzen konnte.

bb)

Nichts anderes lässt sich dem als Anlage K42, K50 (Bl. 365ff., 391ff. d.A.) und BK8 zu den 153 Akten gereichten Vertrag vom 06.08.2011 mit dem Trachtenmodenhersteller X GmbH, der hierzu

geschlossenen Zusatzvereinbarung vom 31.01.2012 (Anlage N21 – Bl. 539f. d.A.) oder den an dieses Unternehmen gerichteten, als Anlagenkonvolut BK16 zu den Akten gereichten Rechnungen vom 26.07.2013 und 12.03.2012 entnehmen. Denn hierbei handelt es sich um Vereinbarungen mit einem Auftraggeber wie der Nebenintervenientin und gerade nicht mit einem Vertriebspartner wie der Beklagten. Darauf käme es jedoch an – und dies sieht der Kläger nicht anders, wenn er wiederholt darauf hinweist, dass maßgeblich sei, was er mit der Beklagten für deren Nutzung vereinbart hätte.

cc)

Die bereits erstinstanzlich als Anlage K41 (Bl. 364 d.A.) und die nun mit weiteren Belegen als Anlagenkonvolut BK17 vorgelegten Rechnungen sind unerheblich.

Denn sie wurden ohnehin durchweg noch vor Etablierung der Preisliste 2011 erstellt.

Im Übrigen wäre allenfalls die an die „Trachtenboutique N“ adressierte Rechnung vom 157 23.02.2015 für „das Copyright der I 2005“ (Anlage K41 – Bl. 364 d.A.) von Belang. Denn nur diese

Rechnung richtet sich an einen Vertriebspartner des ursprünglichen Auftraggebers. Von einer insoweit üblichen Vertragspraxis des Klägers kann allein hiermit jedoch nicht die Rede sein.

b)

Es kann aber ebenso wenig auf die Honorarempfehlungen der MFM abgestellt werden, auch wenn es bei der Festsetzung angemessener Lizenzgebühren nahe liegend ist, branchenübliche Vergütungssätze und Tarife als Maßstab heranzuziehen.

Hierbei kann dahinstehen, ob hierin die marktgängigen oder angemessenen Honorare für Bildnutzungsrechte auch nur annähernd zutreffend wiedergegeben werden – und schon dies bestreitet die Nebenintervenientin vehement.

Denn die Honorarempfehlungen sind für die hier in Rede stehende Folgelizensierung von Nutzungsrechten an Werbefotografien aus einer reinen Auftragsarbeit, und zwar an einen Vertriebspartner des Auftraggebers nicht anwendbar.

aa)

Dies gilt zweifellos im Verhältnis zur Nebenintervenientin als Auftraggeberin.

Ausweislich der Aufstellung unter der Überschrift „Auftragsproduktionen“ (Anlage K44 - Bl. 164 371R d.A.) richtet sich das Honorar bei derlei Produktionen nämlich prinzipiell nach dem Zeitaufwand des Auftragnehmers. Für den hier in Rede stehenden Bereich heißt es sodann ausdrücklich: „Werbefotografie: nach Vereinbarung und Umfang der Nutzungsrechte-Übertragung“. Dies entspricht der vorliegenden Handhabung der Vertragsparteien. Denn die Nebenintervenientin bezahlte das Grundhonorar des Klägers nach „Tagessätzen“ zuzüglich der erstellten Einstellungen.

Da die Weitergabe der Fotos an die Händler nur einen „Annex“ zu der bereits erlaubten eigenen Nutzung der Fotografien auf der Homepage der Nebenintervenientin darstellt, könnte der Kläger hierfür auch nur einen Erhöhungsbetrag zu dieser bereits für die erlaubte Nutzung bezahlten Vergütung verlangen (vgl. u.a. OLG Hamburg ZUM-RD 2009, 382, 390; Jan Bernd Nordemann in Fromm /Nordemann, § 97 Rn. 109 mwN). Dies entspricht der ursprünglich

geplanten Einigung des Klägers mit der Nebenintervenientin.

bb)

Für das Verhältnis des Klägers zur Beklagten gilt nichts anderes.

Denn der Kläger kann sich im vorliegenden Fall nicht dadurch besser stellen, dass er statt 168 des Auftraggebers dessen Vertriebspartner in Anspruch nimmt.

(1)

Bei der Bemessung der angemessenen Lizenzgebühr kommt es auf den objektiven Wert der Benutzungsberechtigung an. Für diesen sind die gesamten wesentlichen Umstände des Einzelfalles von Belang. Das heißt, es kommt gerade nicht allein darauf an, dass die Beklagte als Nutzerin verpflichtet gewesen wäre, vor der Verwendung der Fotos einen Lizenzvertrag mit dem Kläger zu schließen. Vielmehr muss auch bedacht werden, dass Lizenzvertragsparteien erfahrungsgemäß berücksichtigen, dass und in welchem Umfang der Rechteinhaber auch Dritten die Nutzung gestattet hat (BGH GRUR 2006, 136, 138 – *Pressefotos*).

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass auch die Parteien im Rahmen eines Lizenzvertrages einkalkuliert hätten, dass die Fotografien aus einer Auftragsproduktion für die Nebenintervenientin stammten und der Kläger dieser bereits die Nutzung u.a. auf der eigenen Homepage eingeräumt hatte.

Einerseits wäre der Kläger nämlich damit ohnedies verpflichtet gewesen, der Nebenintervenientin gegen eine angemessene Erhöhung seines Honorars die Zustimmung zur kostenlosen Weitergabe an ihre Vertriebspartner zu erteilen – und genau dies entsprach seinem ursprünglichen Ansinnen im Zuge der Verhandlungen mit der Nebenintervenientin Ende 2011/Anfang 2012.

Andererseits hätte die Beklagte sich vernünftigerweise an die Nebenintervenientin, die bereits über den Kontakt zum Fotografen verfügte, gewandt, um das für die eigene Werbung notwendige Fotomaterial zu erlangen – und genau dies hat sie tatsächlich auch getan. Im Übrigen stand ihr ohnehin die kostenlose, wenn auch für ihre Kunden nicht gleichermaßen komfortable Alternative zur Verfügung, mittels eines Links auf die Homepage der Nebenintervenientin zu verweisen.

(2)

Es ist nicht ersichtlich, geschweige denn seitens des Klägers nachvollziehbar dargetan, dass sich aus den Honorarsätzen der MFM eine für diese konkrete besondere Interessenlage angemessene und übliche Lizenzgebühr ergibt – und hierzu verhält sich auch das Urteil des OLG Hamm GRUR-RR 2014, 243 nicht.

Das als Anlage BK7 vorgelegte Gutachten des Prof. Q vom 19.02.2015 stellt insoweit jedenfalls keine brauchbare Argumentationshilfe für den Kläger dar. Denn es setzt sich nicht einmal ansatzweise mit dieser Problematik auseinander.

Die als Anlagenkonvolut BK18 vorgelegten Lizenz-Berechnungen diverser Bildagenturen sind hiermit ohnehin nicht vergleichbar.

c)

Dennoch kann die angemessene Lizenzgebühr gemäß § 287 ZPO geschätzt werden, womit sich unter Berücksichtigung der wertbildenden Faktoren, die auch bei freien Lizenzverhandlungen auf die Höhe der Vergütung Einfluss gehabt hätten, eine angemessene

Lizenzgebühr von insgesamt 10 € pro Foto feststellen lässt.

aa)

Hierbei kann der Lizenzwert zwar nicht von vorneherein auf den reinen Erhöhungsbetrag beschränkt sein, den die Nebenintervenientin dem Kläger ggf. als angemessenes Entgelt für seine Zustimmung zur Nutzungserweiterung geschuldet hätte. Denn dies berücksichtigt nicht, dass die Beklagte im Rahmen des (fiktiven) Lizenzvertragsschlusses ein eigenes Nutzungsrecht erlangt hätte.

bb)

Allerdings kann sich die angemessene Lizenzgebühr an der Vergütung orientieren, die die eigentlichen Vertragsparteien, mithin der Kläger und die Nebenintervenientin für die Verwendung der Fotografien (Homepage, Hauskatalog, Poster, Pressearbeit) veranschlagt hatten. Der objektive Wert der Nutzungsbeziehung für die Beklagte ging nämlich entgegen der Ansicht des Klägers nicht hierüber hinaus.

Die vertraglich vereinbarte Vergütung lag für das hier in Rede stehende Doppelshooting unstreitig bei 37.022,00 € für 6.030 Bilder, mithin bei 6,14 € pro Foto.

Die Nebenintervenientin ging jedenfalls schon in der Klageerwiderung, und zwar insoweit unwidersprochen von einem ursprünglich vereinbarten Honorar von 6,14 € pro Bild und einem im Rahmen der Gespräche Ende 2011/Anfang 2012 kalkulierten weiteren Betrag von 0,66 € pro Bild für die nachträgliche Gestattung der Drittnutzung aus. Dem entspricht das vorgerichtliche anwaltliche Schreiben des Klägers vom 31.01.2012, in dem dieser selbst auf Seite 2 unten argumentiert (Anlage N12), dass sich die Kosten nach der beabsichtigten Einigung auf nun insgesamt 6,80 € pro Foto, und zwar inklusive der Abgeltung für die ungenehmigte Nutzung belaufen würden.

Zwar muss hierbei einerseits berücksichtigt werden, dass die Verhandlungsposition des Fotografen zur Honorarhöhe gegenüber einem marktstarken Unternehmen wie der Nebenintervenientin schon angesichts der Aussicht auf lukrative Folgeaufträge im Allgemeinen vergleichsweise schwächer ist als gegenüber einem Einzelhändler.

Jedoch entfiel andererseits ohnehin nicht der gesamte Betrag allein auf die Einräumung der Nutzungsrechte an den Fotografien. Vielmehr wurde mit diesem

Honorar auch der technische und administrative Aufwand des Klägers abgegolten.

Der Verwendung der Bilder durch die Beklagte kam sodann schon aufgrund der vorherigen (Erst-)Verwertung durch die Nebenintervenientin ein nur eingeschränkter objektiver Nutzen zu. Zudem hielt sich der wirtschaftliche Wert der auf allenfalls elf Monate begrenzten Einbindung der Fotos auf der Homepage des im Verhältnis zur Nebenintervenientin kleinen ortsansässigen Unternehmens der Beklagten mit einem entsprechend begrenzten Kundenkreis in Grenzen.

cc)

Dem hinzuzurechnen ist ein Aufschlag für den unterlassenen Urhebervermerk als Ersatz des dem Kläger durch den Eingriff in das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft verursachten materiellen Schadens (vgl. hierzu BGH GRUR 2015, 780 – *Motoradteile*).

(1)

Dem Kläger steht auch als Lichtbildner das uneingeschränkte Recht zu, bei jeder Verwertung seines Werks als solcher benannt zu werden. Das Recht auf

Anbringung der Urheberbezeichnung gehört zu den wesentlichen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Berechtigungen aus § 13 UrhG, die ihren Grund in den besonderen Beziehungen des

Urhebers zu seinem Werk haben (hierzu u.a. Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG, 4. Aufl., § 13 Rn. 1 mwN).

(a)

Eine Urheberbezeichnung in den Dateieigenschaften reicht insoweit aus wie die Nennung des Klägers in den Katalogen der Nebenintervenientin, da beides für das Publikum nicht ad hoc verfügbar ist. Dem Urheber ist aber nicht damit gedient, dass sein Name in irgendeiner Form erwähnt oder in der Nähe seines Werkes aufgeführt wird. Die Namensnennung muss vielmehr so erfolgen, dass das Werk durch die Form der Namensnennung dem Urheber ohne weiteres zugeschrieben wird

(Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG, 4. Aufl., § 13 Rn. 11).

(b)

Der Lichtbildner kann zwar zustimmen, dass seine Fotografie ohne Namensnennung der Öffentlichkeit zugänglich

gemacht wird. Denn es obliegt dem Urheber selbst zu entscheiden, ob sein Name bei einer bestimmten Werknutzung angeführt werden soll oder nicht (Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG, 4. Aufl., § 13 Rn. 21).

Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger unter den gegebenen Umständen einer solchen Verfahrensweise zugestimmt hätte. Es kann noch nicht einmal festgestellt werden, dass der Kläger hierauf keinen Wert gelegt hätte. Vielmehr spricht die bisherige eigene Handhabung der Nebenintervenientin dagegen. Denn andernfalls wäre

die ausdrückliche Nennung des Klägers als Fotograf im Katalog von vorneherein überflüssig gewesen.

Dass es branchenüblich ist, dem Berechtigten für das Unterlassen des Bildquellennachweises bei Werbefotografien der vorliegenden Art keinerlei Zuschlag zu zahlen, hat die Nebenintervenientin nicht dargelegt. Aus den vorgelegten Werbebeispielen (Anlage N9) ergibt sich lediglich, dass keine Urheberrnennung erfolgte.

Dies kann gemäß § 13 UrhG nur auf einer Entscheidung des Urhebers bzw. auf entsprechenden Nutzungsvereinbarungen beruhen. Dass hierfür kein Honorar gezahlt wurde, lässt sich dem jedoch nicht entnehmen (so auch OLG Düsseldorf GRUR-RR 2006, 393, 395).

(2)

Bei fehlender Namensnennung des Fotografen entspricht es zwar der Verkehrsüblichkeit dem Berechtigten einen 100%igen Aufschlag auf das ansonsten angemessene Honorar zuzubilligen (Wandtke/Bullinger/Thum, UrhG, 4. Aufl., § 72 Rn. 62 mwN). Allerdings ist dieser Zuschlag unter den gegebenen Umständen des vorliegenden Falles zu beschränken. Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft des Schöpfers des Werkes in der Öffentlichkeit dient nämlich nicht allein dem ideellen Interesse des Urhebers, mit dem Werk in Verbindung gebracht zu werden. Vielmehr hat es auch materielle Bedeutung. Denn die Urheberbezeichnung kann Werbewirkung entfalten und Folgeaufträge nach sich ziehen (BGH GRUR 2015, 780, 784 – *Motoradteile*; Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG, 4. Aufl., § 13 Rn. 1). Die Verletzung dieses materiellen Interesses hält sich im vor-

liegenden Fall jedoch aufgrund der vergleichsweise begrenzten Werbewirkung des Internetauftritts der Beklagten, einer Einzelhändlerin mit standortlich fixiertem Ladengeschäft, in Grenzen. Sie rechtfertigt es nur, die angemessene Lizenzgebühr pro Bild auf 10,00 € aufzurunden.

3.

Darüber hinaus kann der Kläger verzugsunabhängig Zinsen in der beanspruchten Höhe ab Rechtsverletzung verlangen (vgl. BGH GRUR 1982, 301 – *Fersenabstützvorrichtung*; Wandtke/Bullinger/v. Wolff, UrhG, 4. Aufl., § 97 Rn. 74).

II. Der Klageantrag zu 2. ist lediglich in Höhe von 1.099,00 € begründet.

1.

Dem Kläger steht der mit dem Klageantrag zu 2. verfolgte Anspruch auf Freistellung von den anwaltlichen Kosten der nach den obigen Ausführungen berechtigten Abmahnung vom 06.06.2014 gemäß § 97a Abs. 3 S. 1 UrhG dem Grunde nach zu.

a)

Die Inanspruchnahme eines Rechtsanwaltes zur Verfolgung von 208 Urheberrechtsverletzungen ist grundsätzlich (Wandtke/Bullinger/Kefferpütz, UrhG, 4. Aufl. § 97a Rn. 44) und war unter den gegebenen Umständen auch für den Kläger zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich.

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass es sich aufgrund der vorangegangenen Besprechungen des Klägers mit seinen Prozessbevollmächtigten anlässlich weiterer Abmahnungen wegen gleichartiger Verstöße um eine ohne Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes zu bewältigende Routineangelegenheit gehandelt habe. Das Gegenteil ist der Fall. Das heißt, der Kläger durfte die Einschaltung eines Rechtsanwaltes gerade im Hinblick auf die große Zahl der zu verfolgenden Rechtsverletzungen für erforderlich halten. Denn es ist nicht Aufgabe des Verletzten, Abmahnungen zu schreiben. Vielmehr ist die Verfolgung von Rechtsverletzungen urheberrechtlich gesehen sekundärer Natur. Dementsprechend war der Kläger nicht gehalten, die Abmahnung selbst zu verfassen, nur um der Beklagten die Kosten der Inan-

spruchnahme eines Rechtsanwalts zu ersparen. Dies gilt selbst dann, wenn es für ihn weniger Aufwand erfordert hätte, die Abmahnungen abzufassen und die Unterwerfungserklärungen vorzubereiten, als einen Rechtsanwalt zu informieren und zu beauftragen (u.a. BGH GRUR 2008, 996, 999 – *Clone CD*; Senat MMR 2001, 611, 612 – *FTP-Explorer*; ausführlich hierzu Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, UrheberR, 11. Aufl., § 97a UrhG RN. 38f. mwN).

b)

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass der Kläger mit seinen Prozessbevollmächtigten eine andere als die gesetzliche Gebührenregelung vereinbart hat.

Hierzu war er jedenfalls nicht verpflichtet. Die Behauptung der Nebenintervenantin, eine solche Vereinbarung sei tatsächlich getroffen worden, ist mangels jedweder dahingehender Anhaltspunkte eine solche „aufs Geratewohl“ und als solches unerheblich (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 30. Aufl., Vor § 284 Rn. 5).

2.

Jedoch ist die Gebührenforderung der Höhe nach nicht in vollem Umfang begründet.

Der Gebührenanspruch gegen den Kläger richtet sich nach einem Streitwert von bis zu 215 35.000,00 € (30.000,00 € Unterlassung + 3.000,00 € Auskunft + 110,00 € Lizenz) und beläuft sich damit auf 1.079,00 € zzgl. 20,00 €.

a)

Der Gegenstandswert, der der Kostenforderung zugrunde gelegt wurde, ist nicht nur bezüglich des nach den obigen Ausführungen deutlich geringer zu veranschlagenden Lizenzschadens, sondern vor allem auch im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch deutlich zu hoch angesetzt.

Gemäß § 3 ZPO ist der Streitwert nach freiem Ermessen im Wege der Schätzung zu bestimmen. Maßgeblich für die Schätzung ist bei einem auf Unterlassung gerichteten Antrag das individuelle Interesse, das der Kläger an der Unterbindung weiterer gleichartiger Verletzungen hat. Insoweit spielt vor allem der sogenannte Angriffsfaktor

(Stellung des Verletzers und des Verletzten, das Wirkungspotential der Verletzung sowie die Intensität und Nachahmungsgefahr der Verletzung) eine maßgebliche Rolle. Hierbei haben die Streitwertangaben des Klägers durchaus indizielle Bedeutung, auch wenn sie anhand der objektiven Gegebenheiten und unter Heranziehung der Erfahrung und üblichen Wertfestsetzungen in gleichartigen Fällen zu überprüfen sind (OLG Köln WRP 2014, 1236; KG ZUM-RD 2011, 543; Jan Bernd Nordemann in *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 11. Aufl., § 97 UrhG Rn. 223).

Danach ist der in der Abmahnung angegebene Gegenstandswert, der den Unterlassungsanspruch pro Bild mit 5.000,00 € bemisst, prinzipiell nicht unrealistisch. Eine Begrenzung des Streitwertes auf den doppelten Lizenzschaden, die bei einer zeitlich begrenzten ungenehmigten Verwendung einzelner Fotos durch privat oder kleingewerblich handelnde Anbieter im Internet im Einzelfall durchaus gerechtfertigt sein mag (hierzu u.a. OLG Hamm GRUR-RR 2013, 39), kommt unter den hier gegebenen Umständen nämlich nicht in Betracht. Der maßgebliche Angriffsfaktor darf zwar in Anbetracht des lediglich

fahrlässigen Handelns der Beklagten, nicht zu hoch eingeschätzt werden, zumal die Fotos ohnehin schon zuvor für jedermann zugänglich auf der Internetseite der Nebenintervenientin veröffentlicht worden waren. Allerdings muss auch dem Umstand, dass die Beklagte mit der urheberrechtswidrigen Verwendung der in Rede stehenden Fotos den eigenen Absatz ihres Einzelhandelsgeschäfts, wenn auch keineswegs in gleichem Maße wie bei einer Nutzung im Rahmen eines bundesweiten Onlineshops (vgl. hierzu OLG Köln WRP 2014, 1236; Übersicht bei Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl., § 97 UrhG Rn. 223 mwN) förderte, ins Gewicht fallen. So dann verbietet sich jedoch eine rein schematische Addition der einzelnen Streitwerte, da die Fotos zeitgleich auf ein und derselben Homepage veröffentlicht wurden. Der wirtschaftliche Angriffsfaktor der Veröffentlichung der einzelnen Bilder überlagert sich damit (vgl. Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, aaO. mwN). Dementsprechend ist es gerechtfertigt, den Gegenstandswert des Unterlassungsanspruchs auf insgesamt 30.000,00 € zu begrenzen.

b)

Die mit 1,3 angesetzte Geschäftsgebühr ist für eine urheberrechtliche Angelegenheit, die regelmäßig einen vergleichsweise hohen Schwierigkeitsgrad aufweist und unter Umständen sogar einen höheren Gebührensatz rechtfertigt (hierzu Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl., § 97a UrhG Rn. 41 mwN) angemessen.

Allein der Umstand, dass der Verletzte berechtigt ist, mehrere Verletzer einzeln abzumahnen, rechtfertigt keine weitere Herabsetzung (vgl. Wandtke/Bullinger/Kefferpütz, UrhG, 4. Aufl., § 97a Rn. 48).

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 101 Abs. 1, 708 223 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

OLG HAMM 1 RVs 66/15 RECHTSKRÄFTIGER BESCHLUSS VOM 01.10.2015 - DAS SINGEN DES SOGENANTEN U-BAHN-LIEDES KANN DEN TATBESTAND DER VOLKSVERHETZUNG ERFÜLLEN

Das Singen des sogenannten U-Bahn-Liedes mit dem Text „Eine U-Bahn, eine U-Bahn, eine U-Bahn bauen wir, von Jerusalem bis nach Auschwitz, eine U-Bahn bauen wir!“ kann den Tatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 3 StGB erfüllen.

OLG Hamm 1 RVs 66/15 Rechtskräftiger Beschluss vom 01.10.2015

Datum: 01.10.2015

Gericht: Oberlandesgericht Hamm

Spruchkörper: 1. Strafsenat

Entscheidungsart: Beschluss

Aktenzeichen: 1 RVs 66/15

Vorinstanz: Amtsgericht Dortmund, 739 Ds 363/14

Schlagworte: Volksverhetzung, Verharmlosen, U-Bahn Lied

Normen: § 130 StGB, § 6 VStGB

Leitsätze:

Das Singen des sog. U-Bahn Liedes in der Öffentlichkeit – hier im Anschluss an ein Fußballbundesligaspiel – kann den Tatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 3 StGB erfüllen.

Tenor:

Die Revisionen werden als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigungen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO).

Die Angeklagten haben jeweils die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen (§ 473 Abs. 1 StPO).

Gründe:

I.

Das Amtsgericht Dortmund hat die Angeklagten mit Urteil vom 3. Juni 2015 wegen Volksverhetzung jeweils zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 60,00 € verurteilt.

In der Sache hat das Amtsgericht folgende Feststellungen getroffen:

„Am ###.##.2014 gegen 17:30 Uhr unmittelbar nach dem Fußballbundesligaspiel

C E gegen FSV N sangen die Angeklagten, anhand der getragenen Trikots als Fans des Vereins C E erkennbar, aufgrund eines gemeinschaftlich gefassten Tatentschlusses Arm in Arm im Bereich des Vorplatzes am Nordausgang des Stadions von C E in Dortmund in der Nähe einer Gruppe N-er Fans das sogenannte „U-Bahn Lied“ mit dem Text „Eine U-Bahn, eine U-Bahn, eine U-Bahn bauen wir, von Jerusalem bis nach Auschwitz, eine U-Bahn bauen wir!“. Das Singen dieses Liedes war für die umstehenden Personen deutlich hörbar.“

Gegen das amtsgerichtliche Urteil haben die Angeklagten form- und fristgerecht Revision eingelegt und diese mit der allgemeinen Sachrüge und der Verletzung der Vorschrift des § 261 StPO begründet.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat beantragt, die Revision der Angeklagten gem. § 349 8 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet zu verwerfen.

II.

Die gegen das Urteil des Amtsgerichts Dortmund vom 3. Juni 2015 gerichteten Revisionen der Angeklagten sind zulässig, jedoch im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO unbegründet. Die auf die jeweilige Sachrüge vorzunehmende Nachprüfung des angefochtenen Urteils in materiell-rechtlicher Hinsicht deckt Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten nicht auf. Insbesondere tragen die Urteilsfeststellungen den Schuldspruch wegen Volksverhetzung.

1.

Entgegen den Revisionsbegründungen ist die Beweiswürdigung des Amtsgerichts nicht zu beanstanden. Diese ist ureigenste Aufgabe des Tatrichters (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Auflage 2015, § 261 Rn. 3 m.w.N.). Das Revisionsgericht darf sie nur auf rechtliche Fehler prüfen, nicht aber durch eine eigene Beweiswürdigung ersetzen (vgl. BGHSt 10, 208, 210). Die nach Ansicht der Revisionsführer falsche Würdigung der Beweise durch das Amtsgericht kann daher mit der Revision grundsätzlich nicht gerügt werden. Das Revisionsgericht hat lediglich zu überprüfen, ob die Urteilsgründe rechtlich

einwandfrei, d.h. frei von Widersprüchen, Unklarheiten und Verstößen gegen Denkgesetze oder gesicherte Lebenserfahrungen sind (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Auflage 2015, § 337 Rn. 26 m.w.N.). Die Überlegungen und Schlussfolgerungen des Tatrichters brauchen dabei nicht zwingend zu sein, sondern es genügt, wenn sie nach allgemeiner Lebenserfahrung möglich sind und der Tatrichter von ihrer Richtigkeit überzeugt ist. Der Tatrichter handelt insoweit nur dann willkürlich, wenn sich seine Schlussfolgerungen so sehr von einer festen Tatsachengrundlage entfernen, dass sie sich letztlich als bloße Vermutungen erweisen (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Auflage 2015, § 261 Rn. 2a m.w.N.).

Gemessen an diesen Anforderungen hat das Amtsgericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass die Angeklagten das sogenannte

„U-Bahn-Lied“ gemeinsam gesungen haben. Die Feststellung, dass beide Angeklagte das U-Bahn-Lied entgegen deren Bestreiten sangen, ist insbesondere vor dem Hintergrund der von dem Amtsgericht als insoweit glaubhaft erachteten Aussage des Zeugen I nachvollziehbar. Vorliegend begegnet

es auch keinen rechtlichen Bedenken, wenn der Tatrichter seine Überzeugung hinsichtlich des konkreten Wortlauts des gesungenen Liedes („von Jerusalem bis nach Auschwitz“) letztlich nur auf die Bekundungen des Zeugen M stützt, der sich im Gegensatz zu den weiteren vernommenen Zeugen nach den Urteilsfeststellungen sicher an den genauen Wortlaut des gesungenen Liedes zu erinnern vermochte.

2.

Soweit gerügt wird, in den Urteilsgründen werde die Aussage des Zeugen I ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls unzutreffend wiedergegeben, ist schon zweifelhaft, ob diese Rüge ordnungsgemäß erhoben wurde: Die Verwertung eines nicht ordnungsgemäß eingeführten Beweismittels liegt auch dann vor, wenn wie hier geltend gemacht wird, ein Beweismittel sei mit einem anderen als in den Urteilsfeststellungen wiedergegebenem

Inhalt verwertet worden (vgl. KK-StPO, Ott, § 261 StPO, Rn. 79). Diese „Inbegriffsrüge“ ist nur dann erfolgversprechend, wenn der Nachweis, dass die im Urteil getroffenen Feststellungen nicht durch die in der Hauptverhandlung ver-

wendeten und auch sonst nicht aus dem Inbegriff zur Hauptverhandlung gehörenden Vorgängen gewonnen worden sind, ohne Rekonstruktion der tatrichterlichen Beweisaufnahme geführt werden kann (KK-Ott, a.a.O.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Auflage 2015, § 337 Rn. 14; BGH, NStZ 2015, 473; NStZ 1997, 296). Die „Inbegriffsrüge“ muss als Verfahrensrüge erhoben werden (KK- StPO, a.a.O.). Zur ordnungsgemäßen Begründung dieser Verfahrensrüge ist der Inhalt des verwerteten Beweismittels wiederzugeben und darüber hinaus darzutun, dass dieses Beweismittel weder ausweislich des Sitzungsprotokolls noch in sonst zulässiger Weise in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist, insbesondere nicht durch einen Vorhalt (KK- StPO, a.a.O. m.w.N.). Eine Rüge, die sich auf eine Behauptung stützt, deren Nachweis nur durch eine verbotene Rekonstruktion der Beweisaufnahme des Tatrichters durch das Revisionsgericht geführt werden kann, ist schon unzulässig (KK-StPO, a.a.O. m.w.N.). Vorliegend wird in den Revisionsrechtfertigungen schon nicht der genaue Wortlaut der entsprechenden Aussage im Hauptverhandlungsprotokoll wiedergegeben.

Da allerdings in der mündlichen Verhandlung kein Wortlautprotokoll gemäß § 273 Abs. 3 18 Abs. 1 StPO angefertigt wurde, ist die Inbegriffsrüge daher jeweils jedenfalls unbegründet (OLG Brandenburg, NStZ-RR 2009, 247). Insoweit wäre nämlich zwingend eine Rekonstruktion der Beweisaufnahme erforderlich (BGH, NStZ 2015, 473).

3.

Die tatrichterlichen Feststellungen tragen auch die Verurteilung wegen Volksverhetzung. a)

Wegen Volksverhetzung wird gemäß § 130 Abs. 3 StGB bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost. Sowohl bei dem Billigen, als auch bei dem Verharmlosen und dem Leugnen handelt es sich um Äußerungsdelikte. Mit den verschiedenen Handlungsmodalitäten, die mit dem Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994 in die Vorschrift des § 130 StGB eingefügt wurden, wollte der Gesetzgeber alle inso-

weit denkbaren Facetten agitativer Hetze wie auch verbrämter diskriminierender Missachtung erfassen und zu erwartenden Bemühungen um eine Nuancierung, Verfeinerung und Anpassung der Äußerungen an die neue Gesetzeslage vorbeugen (OLG Rostock, Beschluss vom 23. Juli 2007 - 1 Ss 80/06 I 42/06 -, juris, unter Hinweis auf: Leutheuser-Schnarrenberger, BT-Verh. 12/227, S. 19671 f.; BGHSt 46, 36, 40; 47, 278, 280). Der Gesetzgeber wollte damit einen Beitrag zur Verhinderung rechtsextremistischer Propaganda leisten. Wegen deren gefährlicher Auswirkungen auf das politische Klima sollte die Anwendung des § 130 StGB in der Praxis erleichtert und die generalpräventive Wirkung der Strafvorschrift der Volksverhetzung erhöht werden, namentlich im Blick auf die Diffamierung und Diskriminierung jüdischer Mitbürger (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2000 – 1 StR 502/99 –, BGHSt 46, 36-48 mit Hinweis auf: Gesetzentwurf BT-Drucks. 12/6853 S. 23/24; Rechtsausschussbericht BT-Drucks. 12/8588 S. 8).

Die einzelnen Tathandlungen stehen deshalb nicht völlig isoliert nebeneinander, sondern können sich regelmäßig überschneiden (vgl. OLG Rostock,

a.a.O.). Billigen bedeutet - wie in § 140 Nr. 2 StGB - das ausdrückliche oder konkludente Gutheißen der betreffenden Handlung (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2004 – 2 StR 365/04, BeckRS 2005, 01227, m.w.N.). Das ist der Fall, wenn der Täter die Gewalttaten als richtig, akzeptabel oder notwendig hinstellt, sich hinter die Willkürmaßnahmen stellt oder seine zustimmende Befriedigung äußert. Dabei muss die zustimmende Kundgebung aus sich heraus verständlich und als solche unmittelbar, „ohne Deuteln“, erkennbar sein (BGHSt, a.a.O.).

Ein Verharmlosen ist gegeben, wenn der Täter das betreffende Geschehen in tatsächlicher Hinsicht herunterspielt, beschönigt, in seinem wahren Gewicht verschleiert oder in seinem Unwertgehalt (quantitativ oder qualitativ) bagatellisiert bzw. relativiert (OLG Rostock, a.a.O.).

Für die rechtliche Würdigung des Äußerungsdeliktes kommt es - auch mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 GG - auf den inhaltlichen Gesamtaussagewert der Äußerung an; dieser ist aus Sicht eines verständigen Zuhörers durch genaue Textanalyse unter Berücksichtigung der Begleitumstände zu ermitteln. Bei mehrdeutigen Äußerungen darf nicht allein die zur

Verurteilung führende Bedeutung zugrunde gelegt werden, ohne die anderen möglichen Deutungen mit nachvollziehbaren Gründen ausgeschlossen zu haben (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 2011 - 4 StR 129/11, BeckRS 2011, 24305 unter Hinweis auf BVerfGE 82, 43, 50 ff.; 85, 1, 13 f.; 93, 266, 295; 94, 1, 9; 114, 339, 349; BVerfG NJW 2001, 61, 62; NJW 2001, 2072, 2073; NJW 2008, 2907, 2908).

b)

Die vom Amtsgericht festgestellte Verlautbarung der Angeklagten erfüllt, wie vom Amtsgericht angenommen, den Tatbestand der Volksverhetzung gemäß § 130 Abs. 3 StGB zumindest in der Handlungsvariante des Verharmlosens.

aa)

Nach den im angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass der gesungene Text „Eine U-Bahn, eine U-Bahn, eine U-Bahn bauen wir, von Jerusalem bis nach Auschwitz, eine U-Bahn bauen wir!“ sich auf unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlungen der in § 6 Abs. 1 VStGB bezeichneten Art beziehen. Dafür steht schon das Synonym „Auschwitz“ (BGH,

Urteil vom 20. Dezember 2004 – 2 StR 365/04, BeckRS 2005, 01227; LG Traunstein, Urteil vom 30. August 2006 – 7 Ns 110 Js 43293/04, BeckRS 2007, 04556).

bb) Das Lied wurde auch in der Öffentlichkeit gesungen.

cc) Die Angeklagten haben nach den bisherigen Feststellungen das NS-Gewalt- und Massenvernichtungsrecht im Konzentrationslager Auschwitz, das eine geschichtliche Tatsache ist (BGH, Urteil vom 20. Dezember 2004, a.a.O.) gebilligt. Der im Liedtext „Eine U-Bahn von Jerusalem nach Auschwitz bauen wir!“ gesungene Startort Jerusalem kann aus Sicht eines verständigen Zuhörers angesichts der offenkundigen Bezugnahme auf die massenhafte Vernichtung von Juden durch Nazi-Deutschland nur als Synonym für die Juden selbst verstanden werden. Dabei ist unerheblich, ob insoweit lediglich die in Jerusalem, die in Deutschland oder die weltweit lebenden Juden gemeint sind, da sich die in § 130 Abs. 3 StGB angeführten Handlungen im Gegensatz zu § 130 Abs. 1 StGB nicht gegen einen bestimmte Gruppe oder einen bestimmten Teil der Bevölkerung oder ein bestimmtes Individuum richten müssen.

Die „Verbildlichung“ der Juden wird dem verständigen Zuhörer gerade auch durch die Verbindung von „Jerusalem“ und „Auschwitz“ durch ein „direktes“ Transportmittel – einer „U-Bahn“ - verdeutlicht, indem eine direkte Bezugnahme zu den Transporten der Opfer des Holocaust nach Auschwitz hergestellt wird. Da die „U-Bahn“ erst noch gebaut werden soll, und zwar von den Sängern („bauen wir“), wird auch deutlich, dass die Bezüge aus der Vergangenheit in einen Kontext zu einem zukünftigen Geschehen gestellt werden, auf das der Sänger nach dem Inhalt des gesungenen Textes hinwirken will oder dieses allerdings zweifelsfrei eher symbolisch geschilderte Unterfangen zumindest unterstützt. Für die Bewertung dieser Äußerung im Kontext zu den Massenvernichtungen an dem jüdischen Volk während der Zeit des Nationalsozialismus ist es unerheblich, dass das von den Angeklagten besungene Vorhaben zumindest von ihnen und nach ihren Vorstellungen wohl auch generell ersichtlich tatsächlich nicht umsetzbar wäre. Unabhängig von der ersichtlich mangelnden Ernsthaftigkeit, tatsächlich eine U-Bahn von Jerusalem bis Auschwitz bauen zu wollen, bringt der Text des Liedes durch die darin symbolisch dargestellte Mög-

lichkeit einer Wiederholung der Transporte jüdischer Menschen an den Ort eines früheren Vernichtungslagers zum Ausdruck, dass der Völkermord der Nationalsozialisten an den Juden in seinem Unwertgehalt zumindest begrenzt, mithin nicht schwer wiegend und der Gedanke einer entsprechenden Wiederholung billigenwert erscheint. Das Absingen, das nach den Urteilsfeststellungen zudem „Arm in Arm“, und damit in gelockterter bzw. „beschwingter“ Atmosphäre erfolgt ist, konnte und kann mithin aus Sicht eines verständigen Zuhörers offenkundig nur als Akt der Identifikation bzw. Zustimmung zu den Transporten der Juden in die Vernichtungslager und damit auch zu den dort begangenen NS-Verbrechen aufgefasst werden.

Der verständige Zuhörer muss das spontane, ohne Zusammenhang z.B. mit einer kommunikativen Auseinandersetzung zweier Meinungslager oder sonstigen Gruppen erfolgte Absingen dieses Textes angesichts der Ungeheuerlichkeit des Ausmaßes der als historische Wahrheit anzusehenden Verbrechen der Nationalsozialisten, für die der Begriff „Auschwitz“ zur eindrucksvollen Ver-sinnbildlichung geworden ist, als Akt der

– qualitativen - Verharmlosung begreifen.

Ein anderes Verständnis des festgestellten Verhaltens mit einem Erklärungsinhalt, der zumindest kein Verharmlosen darstellt, ist dagegen nicht möglich. Das Amtsgericht hat in seinem Urteil vorliegend gerade keine Begleitumstände festgestellt, welche die konkrete Äußerungen der Angeklagten in einen anderen Kontext stellen könnten, etwa in den Kontext einer Fanrivalität, wie es etwa in den Fällen des OLG Rostock (Beschluss vom 23. Juli 2007 - 1 Ss 80/06 I 42/06 -, juris) oder des OLG Braunschweig (Beschluss vom 6. März 2007 - Ss 2/07, BeckRS 2007, 08242) festgestellt wurde. Zwar ist vorliegend auch festgestellt, dass die Angeklagten das so genannte „U-Bahn Lied“ mit dem Text „Eine U-Bahn, eine U-Bahn, eine U-Bahn bauen wir, von Jerusalem bis nach Auschwitz, eine U-Bahn bauen wir!“ unmittelbar nach dem Fußballbundesligaspiel C E gegen FSV N Dortmund in der Nähe einer Gruppe N-er Fans sangen und dabei anhand der getragenen Trikots als Fans des Vereins C E erkennbar waren, allerdings lässt der Wortlaut keine Interpretation zu, der Gesang sei an die gegnerischen Fans des FSV N gerich-

tet. N ist nicht Jerusalem und Jerusalem war an dem genannten Fußballbundesligaspiel nicht beteiligt.

dd)

Die Verlautbarung der Angeklagten war auch geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören. Ausreichend ist schon die konkrete Eignung zur Friedensstörung. Bei § 130 Abs. 3 StGB handelt es sich um ein abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt (Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben StGB § 130 Rn. 22, 8-11). Strittig ist, ob der Eignung zur Friedensstörung strafbegründende Tatbestandsqualität zukommt (Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 130 Rn. 32, 14 ff, m.w.N.), wobei das Bundesverfassungsgericht sich zuletzt auf den Standpunkt gestellt hat, es handle sich um eine Wertungsklausel zur Ausscheidung nicht strafwürdiger erscheinender Fälle, wonach die Verwirklichung der sonstigen Merkmale die Strafbarkeit begründe und bei deren Erfüllung eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens zu vermuten sei (Fischer, a.a.O., Rn. 14c; BVerfG, Beschluss vom 4. November 2009 - 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47, Rn. 93f). Der Streit kann hier jedoch dahingestellt bleiben, da bei dieser Form der in die

Öffentlichkeit getragenen „Judenhetze“ ohne weiteres die Gefahr besteht, dass von der Botschaft der Angeklagten überzeugte Zuhörer diese weitertragen, sodass das psychische Klima aufgeheizt und auf diese Weise Unfrieden in der Bevölkerung erregt wird. Ein anderes Ergebnis stünde auch im Widerspruch zur Existenz des als Erfolgsdelikt ausgestalteten § 130 Abs. 4 StGB, nach dem bestraft wird, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, leugnet oder verharmlost.

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, die Tatbestandsmerkmale der Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung wiesen - bezogen auf die historische nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft - eine hinreichende Intensität auf, um typischerweise die Friedlichkeit der politischen Auseinandersetzung zu gefährden (BVerfG, Beschluss vom 4. November 2009 - 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47, Rn. 82). Die Vorschrift des § 130 Abs. 4 StGB stelle nicht schon eine Verharmlosung des Nationalsozialismus als Ideologie

oder eine anstößige Geschichtsinterpretation dieser Zeit unter Strafe, sondern die nach außen manifestierte Gutheißung der realen historischen Gewalt- und Willkürherrschaft, wie sie unter dem Nationalsozialismus ins Werk gesetzt wurde (BVerfG, Beschluss vom 4.11. 2009 - 1 BvR 2150/08, a.a.O.). Ungeachtet des vom Gesetzgeber zusätzlich aufgenommenen Merkmals der Verletzung der Würde der Opfer liege bereits 58 hierin eine geeignete Anknüpfung zum Schutz des öffentlichen Friedens im Sinne der Friedlichkeit (BVerfG, Beschluss vom 4.11. 2009 - 1 BvR 2150/08, a.a.O.).

c)

Auch die subjektive Seite ist zumindest in Gestalt des bedingten Vorsatzes (vgl. Fischer, a.a.O., Rn. 14c) erfüllt. Aufgrund des Bestreitens der Tat durch die Angeklagten kann ohnehin nur aus den Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen geschlossen werden. Diese belegen aber, dass den Angeklagten die Tragweite ihrer Äußerungen bewusst und ihr Inhalt auch gewollt war.

d)

Ein Tatbestandsausschluss nach der sog. Sozialadäquanzklausel gemäß § 130 Abs. 6 StGB i. V. m. § 86 Abs. 3 StGB kommt schon angesichts der Geeignetheit zur Friedensstörung der inkriminierten Äußerung nicht in Betracht (Fischer, a.a.O., Rn. 46).

4.

§ 265 StPO steht der Entscheidung nicht entgegen. Der Senat schließt aus, dass die jegliches Absingen bestreitenden Angeklagten sich auf einen entsprechenden Hinweis hätten anders verteidigen können. Ebenfalls auszuschließen ist, dass die Strafe bei richtiger Rechtsanwendung geringer ausgefallen wäre.

5.

Eine Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof (§ 121 Abs. 2 GVG) im Hinblick auf die o.g. Entscheidungen des OLG Rostock und des OLG Braunschweig ist schon aufgrund des hier anders gelagerten abweichenden Sachverhalts nicht erforderlich.

**OLG KÖLN 6 U 34/15 URTEIL VOM
23.10.2015 - SOGENANTER "AIDA
KUSSMUND" DARF VERVIELFÄLTIGT
UND ÖFFENTLICH ZUGÄNGLICH GE-
MACHT WERDEN**

Der Zweck der Schrankenbestimmung des § 59 UrhG erfordert auch eine Anwendbarkeit auf Werke, die sich auf öffentlichen Wasserstraßen befinden. Hier verbleibt das Werk dauerhaft im öffentlichen Raum, wenn auch nicht immer an gleicher Stelle. Abzustellen ist demnach hinsichtlich einer rechtmäßigen Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung allein darauf, ob das nach § 2 UrhG geschützte Werk in einer Perspektive wiedergegeben wird, die ausschließlich von einem der Allgemeinheit zugänglichen Ort aus wahrnehmbar ist.

**OLG KÖLN 6 U 34/15 URTEIL VOM
23.10.2015**

Datum: 23.10.2015

Gericht: Oberlandesgericht Köln

Spruchkörper: 6. Zivilsenat

Entscheidungsart: Urteil

Aktenzeichen: 6 U 34/15

Vorinstanz: Landgericht Köln, 28 O 554/12

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 4. März 2015 verkündete Urteil der 28. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 28 O 554/12 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Dieses Urteil und das genannte Urteil des Landgerichts Köln sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund der Urteile zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

(anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen gemäß § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Die Klägerin ist Veranstalterin von Kreuzfahrten. Alle Kreuzfahrtschiffe der Klägerin sind mit dem so genannten „B L“ dekoriert. Das Motiv besteht aus einem am Bug der Schiffe angebrachten Mund, seitlich an den Bordwänden angebrachten Augen und von diesen ausgehenden Wellenlinien („Augenbrauen“; zur Gestaltung vgl. Anlage K 3, Bl. 14 f. d. A.)

Das Motiv wurde von dem bildenden Künstler C2 zur Verwendung auf den Schiffen geschaffen. Dieser räumte der Klägerin mit Lizenzvertrag vom 20. 12. 2007 das inhaltlich, zeitlich und örtlich uneingeschränkte, ausschließliche Recht ein, die Bemalung an den Bordwänden zu erhalten, zu restaurieren, zu entfernen und erneut, unverändert auf die jeweilige Bordwand zu reproduzieren und die Entwürfe und Reinzeichnungen beliebig zu vervielfältigen.

Der Beklagte betrieb die Internetseite www.kreuzfahrtausfluege.com, auf der

unter anderem Ausflüge bei Landgängen auf Kreuzfahrtreisen in Ägypten angeboten wurden. Auf dieser Seite veröffentlichte er ein Foto der Seitenansicht des Schiffes „BC“ der Klägerin, auf dem der „B L“ teilweise zu sehen ist (Anlage K 1, Bl. 11 d. A.) Auf der Seite befanden sich keine Information zum Diensteanbieter, wie die Anschrift, das Registergericht und die Registernummer sowie die Umsatzidentifikationsnummer.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Verwendung des Fotos auf der Seite des Beklagten stelle eine Verletzung ihrer Rechte an dem „B L“ dar. Die Nutzung des Fotos sei nicht aufgrund der Schrankenregelung des § 59 UrhG zulässig, da sich das Kunstwerk nicht an öffentlichen Straßen oder Plätzen befindet. Jedenfalls trage der Beklagte hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Die Klägerin hat beantragt,

1. dem Beklagten aufzugeben, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, das Werk „B L“ des Künstlers C2, wie in Anlage K 1 ersichtlich,

öffentlich zugänglich zu machen bzw. öffentlich zugänglich machen zu lassen;

2. dem Beklagten aufzugeben, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 EUR ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr im Internet unter der Domain „kreuzfahrtausfluege.com“ Reisedienstleistungen anzubieten oder anbieten zu lassen, ohne sicherzustellen, dass die Pflichtangaben für Diensteanbieter, namentlich

a) den Namen und die Anschrift, unter der der Diensteanbieter niedergelassen ist, bei juristischen Personen zusätzlich die Rechtsform,

b) das Handelsregister, Vereinsregister, Partnerschaftsregister oder Genossenschaftsregister, in das der Diensteanbieter eingetragen ist, und die entsprechende Registernummer, und

c) die Umsatzsteueridentifikationsnummer

leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar ständig verfügbar auf der Website gehalten werden;

3.

a) hat,

es dem Beklagten aufzugeben, Auskunft darüber zu erteilen, seit wann und in welchem Umfang er das Werk in Anlage K 1 zugänglich gemacht

welche Umsätze unter den unter Ziffer 1 genannten Verstoß getätigt wurden und

b) zwar aufgeschlüsselt nach Kunden, Euro Werten und Kalendermonaten,

c) welche Gestehungskosten unter Angabe der einzelnen Kostenfaktoren im Rahmen des Verstoßes angefallen sind,

d) welchen Gewinn er mit dem Verstoß erzielt hat;

4. der Klägerin über den Umfang des Verstoßes Rechnung zu legen, und zwar unter Vorlage von Verzeichnissen zur Auskunft gemäß Punkt 3. Dem Beklagten mag es vorbehalten bleiben die Rechnungslegung statt der Klägerin einem von dieser zu benennenden und ihr gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer zur Prüfung zu gestatten, sofern der Beklagte die durch die Einschaltung entstehenden Kosten trägt und den Wirtschaftsprüfer

zugleich ermächtigt, der Klägerin unter Anonymisierung

der Kundendaten, die Ergebnisse der Prüfung mitzuteilen;

5. festzustellen, dass der Beklagte der Klägerin allen Schaden zu ersetzen hat, der durch die Ziffer 1 bezeichneten Handlungen entstanden ist und/oder noch entstehen wird.

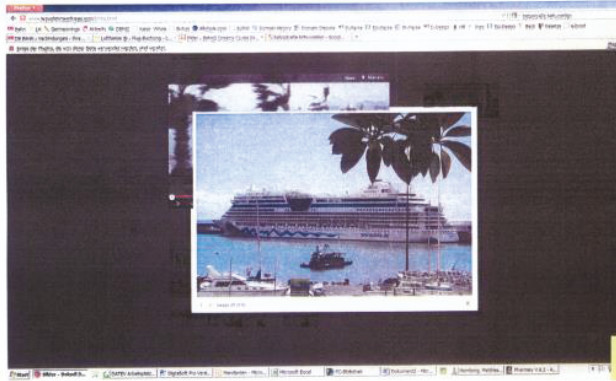
Nachdem der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen ist, hat das Landgericht ihn durch Teilversäumnis- und Schlussurteil gemäß dem Klageantrag zu 2) verurteilt. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, das öffentlich

Zugänglichmachen des „B Les“ sei gemäß § 59 UrhG zulässig. Bereits auf dem als Anlage K 1 vorgelegten Foto sei erkennbar, dass die Aufnahme von einem öffentlichen Platz, nämlich einem Hafen, aus gefertigt worden sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Landgerichts verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt

die Klägerin ihr ursprüngliches Klageziel weiter, soweit das Landgericht die Klage abgewiesen hat. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen, dass die Vorschrift des § 59 UrhG im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Insbesondere lasse sich nicht feststellen, ob das Foto tatsächlich von einem öffentlich zugänglichen Ort oder beispielsweise von einem privaten Hafen aus aufgenommen worden sei. Die Klägerin beantragt, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils

1. dem Beklagten aufzugeben, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, das Werk „B L“ des Künstlers C2 öffentlich zugänglich zu machen bzw. öffentlich zugänglich machen zu lassen, wie in der nachfolgend eingeblendeten Anlage K 1 ersichtlich:



2.

a) hat,

es dem Beklagten aufzugeben, Auskunft darüber zu erteilen, seit wann und in welchem Umfang er das Werk in Anlage K 1 zugänglich gemacht

welche Umsätze unter den unter Ziffer 1 genannten Verstoß getätigt wurden und

b) zwar aufgeschlüsselt nach Kunden, Euro Werten und Kalendermonaten,

c) welche Gestehungskosten unter Angabe der einzelnen Kostenfaktoren im Rahmen des Verstoßes angefallen sind,

d) welchen Gewinn er mit dem Verstoß erzielt hat;

3. der Klägerin über den Umfang des Verstoßes Rechnung zu legen, und zwar unter Vorlage von Verzeichnissen zur Auskunft gemäß Punkt 3. Dem Beklagten mag es vorbehalten bleiben die Rechnungslegung statt der Klägerin ei-

nem von dieser zu benennenden und ihr gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer zur Prüfung zu gestatten, sofern der Beklagte die durch die Einschaltung entstehenden Kosten trägt und den Wirtschaftsprüfer zugleich ermächtigt, der Klägerin unter Anonymisierung

der Kundendaten, die Ergebnisse der Prüfung mitzuteilen;

4. festzustellen, dass der Beklagte der Klägerin allen Schaden zu ersetzen hat, der durch die Ziffer 1 bezeichneten Handlungen entstanden ist und/oder noch entstehen wird.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Insbesondere ist er der Ansicht, das Landgericht sei zutreffend von der Anwendbarkeit des § 59 UrhG ausgegangen. Er behauptet, er habe das streitgegenständliche Foto selber im Hafen von Funchal/Madeira angefertigt. Dieser Hafen sei frei zugänglich, was er vorsorglich unter Beweis durch richterliche Inaugenscheinnahme stellt.

II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Der Antrag ist hinreichend bestimmt. Das Landgericht hat zwar in der mündlichen Verhandlung erörtert, dass der „L“ auf der Anlage K 1 nicht erkennbar sei. Nachdem aber klagestellt worden ist, dass auch die geschlängelten „Augenbrauen“ zu dem Werk gehören, wird durch die Einblendung der Anlage K 1 in den Antrag der Umfang eines

etwaigen Verbots hinreichend konkretisiert.

2. Das Landgericht hat zwar keine ausdrücklichen Feststellungen zur Schutzfähigkeit des „Les“ getroffen, ist aber ersichtlich von dessen Schutzfähigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG ausgegangen. Jedenfalls, nachdem der Bundesgerichtshof die Anforderungen an eine besondere Gestaltungshöhe bei Werken der angewandten Kunst aufgegeben hat (BGHZ 199, 52 = GRUR 2014, 175 – Geburtstagszug), weist die als „L“ bezeichnete Gestaltung – Mund, Augen und Augenbrauen – hinreichende schöpferische Eigenart auf (vgl. schon Senat, Urt. v. 9. 3. 2012 – 6 U 62/11 – juris Tz. 16 zur Darstellung eines „Les“).

3. Indem der Beklagte das als Anlage K 1 vorgelegte Foto auf seiner Internetseite eingestellt hat, hat er das zu Gunsten der Klägerin geschützte Werk vervielfältigt und öffentlich zugänglich gemacht. Zwar ist das Werk auf dem Foto nur teilweise zu sehen, da nur eine Seite des Schiffes abgebildet ist. Aber auch dieser abgebildete Teil des Gesamtwerks weist sämtliche eigenschöpferischen Züge des Gesamtwerks auf, das auf der anderen Bordwand lediglich symmetrisch reproduziert wird. Auch durch das öffentlich Zugänglichmachen dieses Teils des Werks wird daher grundsätzlich in das der Klägerin zustehende Recht an dem Werk eingegriffen.

Unerheblich ist ferner, dass der „L“ nur in schlechter Qualität reproduziert worden ist. Auch dies stellt einen Eingriff in das der Klägerin zustehende Recht dar (vgl. Senat, MMR 2014, 68, 69 – Life of Pi).

4. Das Landgericht ist aber rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Vervielfältigung und das öffentlich Zugänglichmachen des „B Ls“ gemäß § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG gerechtfertigt sind.

a) Soweit die Klägerin beanstandet, die Anwendung des § 59 UrhG sei bereits deshalb ausgeschlossen, weil sich der Beklagte nicht auf diese Vorschrift berufen habe, bedarf die Berechtigung dieses Einwands keiner Prüfung mehr, nachdem der Beklagte in der Berufungsinstanz nicht nur das Urteil des Landgerichts verteidigt, sondern sich auch in der Berufungserwiderung ausdrücklich auf die Vorschrift berufen hat. § 531 Abs. 2 ZPO steht dem nicht entgegen. Selbst wenn § 59 UrhG nur im Wege der Einrede geltend gemacht werden könnte, steht § 531 Abs. 2 ZPO der erstmaligen Erhebung einer Einrede in der Berufungsinstanz grundsätzlich nicht entgegen, sofern die zugrundeliegenden Tatsachen unstreitig sind (BGH, NJW 2008, 3434).

b) Nach § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG dürfen Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, durch Lichtbilder vervielfältigt und öffentlich wiedergegeben werden. Die Vorschrift findet ihre Rechtfertigung in der an die Allgemeinheit gerichteten Widmung dieser Werke, die es mit sich bringt, dass diese von jedermann betrachtet werden können, streng genommen sogar betrachtet werden müssen.

Es besteht ein allgemeines Interesse an der Freiheit des Straßenbildes, das darauf gerichtet ist, dass öffentliche Straßen und Plätze etwa auf Postkarten, auf einem Gemälde oder einem Stich, in einem Bildband oder in einem Film wiedergegeben werden können, ohne dass hierfür – falls sich dort urheberrechtlich geschützte Werke befinden – die Zustimmung der Berechtigten eingeholt werden muss (BGHZ 150, 6 = GRUR 2002, 605, 606 – Verhüllter Reichstag; Grübler, in: Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, Stand: 1. 7. 2015, § 59 Rn. 1). Wie bei jeder urheberrechtlichen Schrankenbestimmung ist bei der Auslegung zu berücksichtigen, dass die dem Urheber zustehenden Ausschließlichkeitsrechte nicht übermäßig beschränkt werden dürfen. Mit einer engen Auslegung der Schrankenregelungen wird im Allgemeinen dem Grundsatz Rechnung getragen, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen zu beteiligen ist. Auf der anderen Seite muss die Auslegung das vom Gesetz mit der Schrankenbestimmung verfolgte Ziel beachten (BGH, GRUR 2003, 1035, 1037 – Hundertwasser-Haus). Es ist daher nicht ausgeschlossen, im Hinblick auf das Gewicht der vom Gesetzgeber durch die Schran-

kenziehung für schützenswert erachteten Interessen bei der Auslegung einen großzügigen Maßstab anzulegen (Vogel, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 59 Rn. 4).

c) Nach § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG muss sich das Werk „bleibend“ im öffentlichen Raum befinden. Damit sollen jedoch nur Werke, die sich lediglich vorübergehend im öffentlichen Raum befinden, von der Schrankenregelung ausgenommen werden. Das allgemeine Interesse an der Freiheit des öffentlichen Raums erfordert es nicht, dass die Rechte des Urhebers an einem Kunstwerk, das sich nur vorübergehend im öffentlichen Raum befindet, eingeschränkt werden (BGHZ 150, 6 = GRUR 2002, 605, 606 – Verhüllter Reichstag). „Bleibend“ ist daher nicht dahingehend zu verstehen, dass die Vorschrift lediglich auf ortsfeste Werke Anwendung finden kann. Gerade das Interesse der Allgemeinheit an der Freihaltung des öffentlichen Raumes gebietet es, auch Werke an Fahrzeugen, die bestimmungsgemäß jedenfalls überwiegend im öffentlichen Raum eingesetzt werden, wie dies beispielsweise bei Omnibussen oder Straßenbahnen der Fall ist, in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen zu lassen. Fahrzeu-

ge wie Straßenbahnen, Busse oder auch Lastkraftwagen werden zunehmend als grafisch aufwändig gestaltete Werbeträger eingesetzt. Jedenfalls ein nicht unerheblicher Teil dieser Gestaltungen dürfte als Werke der angewandten Kunst urheberrechtlich schutzfähig sein. Die Freiheit der Wiedergabe des öffentlichen Raumes würde empfindlich eingeschränkt, wenn allein die zufällige Anwesenheit eines solchen Fahrzeugs bereits urheberrechtliche Ansprüche auslösen würde. Ein Künstler, der Werke für diesen Einsatzzweck schafft, muss von vorneherein damit rechnen, dass seine Werke von einer breiten Öffentlichkeit wahrgenommen werden, ohne dass er diese Wahrnehmbarkeit steuern kann. Die Vorschrift des § 59 UrhG ist daher auch auf mit Fahrzeugen verbundene Werke anwendbar, die bestimmungsgemäß im öffentlichen Raum eingesetzt werden (Ernst, ZUM 1998, 475, 480; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 4. Aufl. 2014, § 59 Rn. 5; Vogel, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 59 Rn. 4; a. A. Gass, in: Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Aufl. 2000, § 59 Rn. 17). Auch in diesem Fall verbleibt das Werk dauerhaft im öffentlichen Raum, nur eben nicht immer an der gleichen Stelle.

Der Umstand, dass sich das Schiff möglicherweise zeitweise auch an nicht öffentlich zugänglichen Orten – etwa in einer Werft – befindet, steht dem nicht entgegen. Auch ein öffentlicher Raum verliert nicht seinen Charakter als öffentlicher Raum, wenn er zeitweilig (etwa nachts) unzugänglich ist (RGSt 40, 122, 126; Ernst, ZUM 1998, 475, 480; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 59 Rn. 3).

d) § 59 UrhG erfasst Werke an „Wegen, Straßen oder Plätzen“. Die Formulierung der Vorschrift ist ersichtlich in erster Linie auf Werke zugeschnitten, die sich auf dem Festland befinden. Der Zweck der Vorschrift, die Freihaltung des öffentlichen Raums, erfordert es jedoch, sie auch auf Werke anzuwenden, die sich – wie im vorliegenden Fall – auf öffentlichen Wasserstraßen befinden. Auch Küstenmeere und Wasserstraßen dienen der Allgemeinheit und sind allgemein zugänglich (vgl. Art. 17 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen, BGBl. II vom 13. 9. 1994, S. 1799, und § 5 S. 1 WaStrG für Bundeswasserstraßen).

Im vorliegenden Fall ist das Werk „B L“ dauerhaft für ein Seeschiff geschaffen worden, das bestimmungsgemäß dazu

dient, auf hoher See, auf Seewasserstraßen und in Seehäfen eingesetzt zu werden. Das zu seiner Verzierung geschaffene Werk war daher von vornherein dazu bestimmt, im öffentlichen Raum wahrgenommen zu werden.

e) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist es unerheblich, ob sich der Fotograf bei der Aufnahme des streitgegenständlichen Bildes an einer öffentlich zugänglichen Stelle befunden hat. Zutreffend ist zwar, dass § 59 UrhG nur Aufnahmen und Darstellungen des geschützten Werkes privilegiert, die den Blick aus dem öffentlichen Raum wiedergeben.

Die Schrankenbestimmung soll es dem Publikum ermöglichen, das, was es von der Straße aus mit eigenen Augen sehen kann, als Gemälde, Zeichnung, Fotografie oder im Film zu betrachten. Von diesem Zweck der gesetzlichen Regelung ist es nicht mehr gedeckt, wenn – etwa mit dem Mittel der Fotografie – der Blick von einem für das allgemeine Publikum unzugänglichen Ort aus fixiert werden soll. Ist ein Bauwerk für die Allgemeinheit lediglich aus einer bestimmten Perspektive zu sehen, besteht nach dem Sinn der gesetzlichen Regelung keine Notwendigkeit, eine Darstellung

oder Aufnahme vom urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht auszunehmen, die eine ganz andere Perspektive wählt (BGH, GRUR 2003, 1035, 1037 – Hundertwasser-Haus).

Aus dieser Begründung folgt, dass nicht der konkrete Standort des Fotografen maßgeblich ist, sondern die Perspektive, aus der das betreffende Werk auf der Darstellung wahrnehmbar ist. Entspricht diese grundsätzlich einer solchen, die für die Allgemeinheit zugänglich ist, kommt es auf den konkreten Standort des Fotografen nicht mehr an.

Auf dem streitgegenständlichen Bild wird das zu Gunsten der Klägerin geschützte Werk nicht in einer Perspektive gezeigt, die ausschließlich von einem der Allgemeinheit unzugänglichen Ort aus wahrnehmbar wäre. Eine Aufnahme des geschützten Werkes wie die streitgegenständliche kann von jedem beliebigen Ort aus, sowohl von einem öffentlich zugänglichen Ufer wie auch von einem anderen Wasserfahrzeug auf einer dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Wasserstraße, erstellt werden. Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass sich das Schiff zum Zeitpunkt der Aufnahme in einem Gewässer befunden hat, das der Allgemeinheit nicht zugänglich gewesen

wäre. Es liegt offensichtlich in einem Hafen, der auch für andere Wasserfahrzeuge zugänglich ist, wie die im Vordergrund abgebildeten Boote belegen. Daher ist auch der erstmals in der Berufungsinstanz erfolgte – streitige und von der Klägerin als verspätet gerügte – Vortrag des Beklagten, das Foto sei im Hafen von Funchal/Madeira entstanden, für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht erheblich.

5. Damit sind auch die von der Klägerin geltend gemachten Annexansprüche unbegründet.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige 54 Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Senat hat die Revision im Hinblick auf die höchst-richterlich nicht geklärten und in der Literatur umstrittenen Fragen der Anwendbarkeit des § 59 UrhG auf mit Fahrzeugen verbundenen Werken zugelassen.

**OLG München 29 U 2798/15 URTEIL
VOM 28.01.2016 - OLG MÜNCHEN
WEIST BERUFUNG DER GEMA GE-
GEN YOUTUBE/GOOGLE ZURÜCK.**

Der Ansicht des 29. Zivilsenats des OLG München zufolge ist Google/YouTube im Hinblick auf urheberrechtswidrig eingestellte Musikstücke weder Täter noch Teilnehmer einer Rechtsverletzung und haftet demzufolge auch nicht für Schadensersatz. Das OLG lies die Revision zum BGH zu.

**OLG MÜNCHEN 29 U 2798/15 URTEIL
VOM 28.01.2016**

Titel: Keine Täterschaft der Betreiber der Internet-Plattform, auf der Urheberrechtsverletzungen durch Dritte begangen werden

Normenketten:

UrhG §§ 19a, 97 II § 19a UrhG UrhG §§ 19a, 97 II § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO § 16 UrhG

Leitsatz:

1. Der Betreiber der Internetplattform ... ist weder Täter noch Teilnehmer der Urheberrechtsverletzungen, welche durch die Einstellung von Videoclips mit urheberrechtlich geschützten Musikwerken

auf dieser Plattform begangen werden. (amtlicher Leitsatz)

Tenor

I.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 30. Juni 2015 wird zurückgewiesen.

II.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III.

Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

IV.

Die Revision wird zugelassen.

Entscheidungsgründe

- 1 A. Die Klägerin ist die ... (...). Sie nimmt als Verwertungsgesellschaft die Verwertungsrechte von Musikurhebern (Komponisten und Textdichtern) wahr.
- 2 Die Beklagte betreibt mit dem Dienst ... eine Internetplattform für Videoclips, der in über 60 Ländern angeboten wird und weltweit eine Milliarde einzelner Nutzer im Monat verzeichnet. Täglich werden weltweit insgesamt vier Milliarden Videoclips abgerufen.
- 3 Die Beklagte verwendet für Inanspruchnahme ihres Dienstes allgemeine Nutzungsbedingungen (vgl. Anl. K 20) mit unter anderem folgenden Inhalt: 8. Ihre Nutzerübermittlungen 8.1 Als Inhaber eines Nutzerkontos bei ... können Sie Videomaterial („Nutzervideos“) und textliche Anmerkungen („Nutzerkommentare“) (zusammen: „Nutzerübermittlungen“) übermitteln. Sie nehmen zur Kenntnis, dass ... unabhängig davon, ob solche Nutzerübermittlungen veröffentlicht werden, kei-

ne Vertraulichkeit im Hinblick auf irgendwelche Nutzerübermittlungen garantiert. 8.2 Sie behalten sämtliche Eigentumsrechte an Ihren Nutzerübermittlungen. Unbeschadet dessen ist es erforderlich, dass Sie ... und anderen Nutzern der Webseite eingeschränkte Nutzungsrechte einräumen. Diese sind unter Ziffer 10 dieser Bestimmungen näher beschrieben (Rechte, die Sie einräumen). [...] 10. Rechte, die Sie einräumen 10.1 Indem Sie Nutzerübermittlungen bei ... hochladen oder posten, räumen Sie A. ... eine weltweite, nicht-exklusive und gebührenfreie Lizenz ein (mit dem Recht der Unterlizenzierung) bezüglich der Nutzung, der Reproduktion, dem Vertrieb, der Herstellung derivativer Werke, der Ausstellung und der Aufführung der Nutzerübermittlung im Zusammenhang mit dem Zur-Verfügung-Stellen der Dienste und anderweitig im Zusammenhang mit dem Zur-Verfügung-Stellen der Webseite und ...s Geschäften, einschließlich, aber ohne Beschränkung auf Werbung für und den Weitervertrieb der

ganzen oder von Teilen der Webseite (und auf ihr basierender derivativer Werke) in gleich welchem Medienformat und gleich über welche Verbreitungswege;

B. jedem Nutzer der Webseite eine weltweite, nicht-exklusive und gebührenfreie Lizenz ein bezüglich des Zugangs zu Ihren Nutzerübermittlungen über die Webseite sowie bezüglich der Nutzung, der Reproduktion, dem Vertrieb, der Herstellung derivativer Werke, der Ausstellung und der Aufführung solcher Nutzerübermittlung in dem durch die Funktionalität der Webseite und nach diesen Bestimmungen erlaubten Umfang. 10.2 Die vorstehend von Ihnen eingeräumten Lizenzen an Nutzervideos erlöschen, sobald Sie Ihre Nutzervideos von der Webseite entfernen. [...] Über die ...-eigene Suchfunktion können Nutzer die eingestellten Videoclips problemlos auffinden. Nutzer, die über ein entsprechendes Konto verfügen, können beliebige Videoclips zu einer sogenannten Playlist zusammenstellen. ... bietet darüber hinaus die Möglichkeit, eine soft-

warebasiert generierte Auswahl von Videoclips nacheinander abzuspielen oder sich Videoclips empfehlen zu lassen. Wird ein Videoclip aufgerufen, so erscheint er unter dem Logo ... und dem vom einstellenden Nutzer festgelegten Titel in einem Rechteck, in dem er abgespielt wird; sämtliche Videoclips werden in einem einheitlichen, von der Beklagten geschaffenen Rahmen präsentiert. Zu jedem Videoclip werden automatisch Vorschaubilder erstellt. Videoclips können in andere Internetseiten eingebettet werden. Die Beklagte versendet per E-Mail einen wöchentlichen Newsletter mit Informationen über neueste Aktivitäten in abonnierten Kanälen und Empfehlungen für Videoclips.

- 4 Ist der einstellende Nutzer damit einverstanden, so verbindet die Beklagte Videoclips in verschiedener Weise mit Werbung, die sich bei Abrufen von Deutschland aus gezielt an deutsche Nutzer richtet, und erzielt damit in ganz erheblichem Umfang Einnahmen („Monetarisierung“), an denen sie

den einstellenden Nutzer grundsätzlich beteiligt.

- 5 Die eingestellten Videoclips können mittels einer als Content-ID bezeichneten Software von der Beklagten durch den Vergleich mit Referenzdateien inhaltlich analysiert werden.
- 6 Die Beklagte ließ sich von verschiedenen Rechteinhabern Nutzungsrechte einräumen. Auch die Parteien schlossen eine auf den 31. März 2009 befristete Interimsvereinbarung. Für die Zeit danach führten sie erfolglos Verhandlungen über den Abschluss einer neuen Vereinbarung.
- 7 Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe bei einer zwischen dem 12. und 30. April 2012 durchgeführten softwarebasierten Recherche über ... auf zahlreiche Videoclips zugreifen und diese herunterladen können, welche die streitgegenständlichen 1.000 musikalischen Werke enthielten, die in der als Anlage K 1 vorgelegten - mit dem Werk Allegro barbaro von Bela Bartók beginnenden - Zusammenstellung aufgelistet seien.

Diese Werke seien auf die Server der Beklagten hochgeladen und Internetnutzern unter anderem in Deutschland öffentlich zugänglich ... worden. 783 der 1.000 streitgegenständlichen Werke seien darüber hinaus in Deutschland monetarisiert worden. Die (Mit-)Urheber der streitgegenständlichen Musikwerke hätten ihr, der Klägerin, an diesen Werken zur ausschließlichen Nutzung das Recht eingeräumt, die in Datenbanken, Dokumentationssystemen oder Speichern ähnlicher Art eingebrachten Werke elektronisch oder in ähnlicher Weise zu übermitteln (§ 19a UrhG). Weder die einstellenden Nutzer noch die Beklagte, welche die Werke wirtschaftlich auswerte, hätten für diese Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung die erforderlichen Nutzungsrechte an den Musikwerken (Text und Musik) von ihr erworben.

- 8 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr stünden die geltend ... urheberrechtlichen Schadensersatzansprüche und die zu deren Durchsetzung erforderlichen Aus-

kunftsansprüche zu. Die Beklagte habe die streitgegenständlichen Musikwerke ohne entsprechende Nutzungsrechte und damit widerrechtlich in Deutschland öffentlich zugänglich ..., weil sie die zentrale Rolle bei der Werkvermittlung einnehme.

9 Die Klägerin hat mit ihrer Klage, welcher die Beklagte entgegengetreten ist, Auskunft über die Zahl der Abrufe von Videoclips mit den in Anlage K 1 genannten 1.000 Musikwerken innerhalb Deutschlands sowie die damit erzielten Einnahmen und die auf die Nutzung dieser Musikwerke zurückzuführenden geldwerten Leistungen, Zahlung von Schadensersatz in der sich aus der Auskunft ergebenden Höhe sowie die Feststellung der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz für die auf Deutschland entfallende Nutzung der Musikwerke verfolgt.

10 Mit Urteil vom 30. Juni 2015 (ZUM-RD 2015, 600; MMR 2015, 831), auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug

genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

11 Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug und beantragt, das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Beklagte wie folgt zu verurteilen:

12 I. Die Beklagte hat der Klägerin über die Anzahl der Abrufe der in Anlage K 1 genannten Musikwerke (ganz oder in Teilen, unabhängig vom Interpreten) innerhalb der Bundesrepublik Deutschland in dem Dienst ... sowie die damit erzielten Netto-Einnahmen (Brutto-Einnahmen abzgl. gesetzl. Mehrwertsteuer) Auskunft zu erteilen und hierüber unter Vorlage eines geordneten Verzeichnisses Rechnung zu legen. Sie hat Auskunft darüber zu erteilen, wie oft die Videoclips, die diese Musikwerke ganz oder in Teilen unabhängig vom Interpreten enthalten, seit dem 1. April 2009 von dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aus über den Dienst ... abgerufen wurden, und Auskunft zu erteilen und Rechnung

- zu legen über die getrennt finanzierten oder berechneten geldwerten Leistungen und Gegenleistungen, wie z. B. Übermittlungs- und Bereitstellungsentgelte aus Werbung, Sponsoring, Tausch-, Kompensations- oder Geschenkgeschäften, die auf die Nutzung dieser Musikwerke kausal zurückzuführen sind (einschließlich Auslandseinnahmen, soweit diese den Betrieb des zu lizenzierenden Dienstes in Deutschland betreffen).
- 13 II. Die Beklagte hat an die Klägerin Schadensersatz in der Höhe zu zahlen, die sich aus der gemäß Ziffer I. erteilten Auskunft ergibt.
- 14 III. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Schadensersatz für die auf Deutschland entfallende Nutzung der in Anlage K 1 genannten Musikwerke gemäß Ziffer I. zu leisten.
- 15 Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt, die Berufung zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen.
- 16 Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28. Januar 2016 Bezug genommen.
- 17 B. Die Berufung bleibt ohne Erfolg.
- 18 I. Sie ist allerdings entgegen der Auffassung der Beklagten zulässig.
- 19 Insbesondere genügt die Berufungsbegründung den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO. Nach dieser Vorschrift muss eine Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände enthalten, aus denen sich nach Ansicht des Rechtsmittelführers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Diesen Anforderungen wird genügt, wenn die Berufungsbegründung erkennen lässt, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält und zur Darlegung der Fehlerhaftigkeit die Umstände mitteilt, die das Urteil

aus seiner Sicht in Frage stellen. Enthält die Berufungsbegründung zumindest zu einem Streitpunkt eine diesen Anforderungen genügende Begründung, ist die Berufung insgesamt zulässig, wenn die bezeichneten Umstände geeignet sind, der angegriffenen Entscheidung insgesamt die Grundlage zu entziehen (vgl. BGH GRUR 2016, 171 - Die Realität II Tz. 40 m. w. N.).

20 Dies ist hier der Fall. Die Klägerin hat in der Berufungsbegründung in einer diesen Anforderungen genügenden Weise dargelegt, dass sie das landgerichtliche Urteil für unrichtig hält, weil das beanstandete Verhalten der Beklagten rechtlich als Verletzung der geltend ... urheberrechtlichen Nutzungsrechte anzusehen sei.

21 II. Die Berufung ist unbegründet. Der Klägerin stehen die Klageansprüche nicht zu.

22 1. Zutreffend und von der Klägerin mit der Berufung nicht beanstandet hat das Landgericht dargelegt, dass nach dem Parteivorbringen im Streitfall eine Verlet-

zung des Vervielfältigungsrechts gemäß § 16 UrhG durch Handlungen in Deutschland nicht in Betracht kommt.

23 2. Die Beklagte ist auch nicht wegen der Verletzung des Rechts zur öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG an den streitbefangenen Musikwerken zum Schadensersatz verpflichtet; deshalb bestehen auch die geltend ... Auskunftsansprüche nicht.

24 Für diese Beurteilung ist ohne Belang, ob der Klägerin die von ihr geltend ... Nutzungsrechte für alle streitgegenständlichen Musikstücke eingeräumt wurden, da jedenfalls die Beklagte nicht für die Rechtsverletzungen haftet, die darin liegen, dass die streitgegenständlichen Musikwerke über ... öffentlich zugänglich ... werden. Deshalb bedarf auch keiner Klärung, ob die Videoclips, die auf der als Anlage K 70 übergebenen Festplatte - ohne offensichtliche Ordnung - gespeichert sind, die Nutzung sämtlicher streitgegenständlichen Werke belegen.

- 25 a) Die Beklagte ist nicht Täterin dieser Rechtsverletzungen.
- 26 aa) Für die Frage der täterschaftlichen Haftung ist ohne Belang, ob eine Haftungsprivilegierung gemäß § 10 Satz 1 TMG ausgeschlossen ist. Durch diese Vorschrift ist die Regelung des Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr umgesetzt worden; die Frage der Verantwortlichkeit der Beklagten richtet sich jedoch nicht nach dieser Richtlinie, sondern nach nationalem Recht. Aus der Übernahme einer aktiven Rolle, die einem Diensteanbieter eine Kenntnis der verletzenden Dienstinhalte betreffenden Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte und zur Unanwendbarkeit der hinsichtlich der Verantwortlichkeit festgelegten Ausnahmen gemäß Art. 14 der Richtlinie führt (vgl. dazu EuGH GRUR 2011, 1025 - L'Oreal/eBay Tz. 113, 116), folgt nicht, dass der Anbieter täterschaftlich handelte (vgl. BGH GRUR 2013, 1229 - Kinderhochstühle im Internet II Tz. 30).
- 27 Vielmehr beurteilt sich die Frage, ob sich jemand als Täter oder Teilnehmer in einer die zivilrechtliche Haftung begründenden Weise an der deliktischen Handlung eines Dritten - hier an dem öffentlichen Zugänglichmachen der Musikwerke durch die einstellenden Nutzer des Dienstes der Beklagten - beteiligt hat, nach den im Strafrecht entwickelten Rechtsgrundsätzen. Täter ist danach gemäß § 25 Abs. 1 StGB derjenige, der die Zuwiderhandlung selbst oder in mittelbarer Täterschaft begeht (vgl. BGH GRUR 2015, 987 - Trassenfieber Tz. 15 m. w. N.). Für eine täterschaftlich begangene Urheberrechtsverletzung müssen die Merkmale eines der handlungs-bezogenen Verletzungstatbestände des Urheberrechts erfüllt sein (vgl. BGH GRUR 2013, 511 - Morpheus Tz. 38 m. w. N.); der Umstand, dass der Provider, der eine Plattform für fremde Inhalte eröffnet, damit einen Beitrag zu Urheberrechtsverletzungen leistet, die die Benutzer der Plattform dort begehen, reicht danach für eine täterschaftliche Haftung des Providers

nicht aus (vgl. BGH, Beschl. v. 10. Mai 2012 - I ZR 57/09 [Entscheidung über die Anhörsrüge zum Urteil GRUR 2011, 1038 - Stiftparfüm], juris, Tz. 4).

- 28 Im Bereich des Internets gehören zu den zur Nutzung bereitgehaltenen eigenen Informationen, für deren Zugänglichmachung ein Diensteanbieter als Täter verantwortlich sein kann, auch solche fremden Informationen, die sich der Anbieter zu Eigen macht. Bei einem Betreiber eines Internetauftritts ist das der Fall, wenn er nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die in seinem Internetauftritt veröffentlichten Inhalte übernommen oder den zurechenbaren Anschein erweckt hat, er identifiziere sich mit den fremden Inhalten. Ob ein Zu-Eigen-Machen vorliegt, ist aus der Sicht eines verständigen Durchschnittsnutzers auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Dafür, dass der Diensteanbieter sich die fremden Informationen zu Eigen ...cht hat, spricht, dass er die von Dritten hochgeladenen

Inhalte inhaltlich-redaktionell auf Vollständigkeit und Richtigkeit kontrolliert oder auswählt oder die fremden Informationen in das eigene redaktionelle Angebot einbindet. Allerdings ist bei der Annahme einer Identifikation mit fremden Inhalten grundsätzlich Zurückhaltung geboten (vgl. BGH GRUR 2015, 1129 - Hotelbewertungsportal Tz. 25 m. w. N. im Zusammenhang bereits mit der Täterschaft, nicht erst mit einer Haftungsprivilegierung; vgl. auch BGH GRUR 2016, 209 - Haftung für Hyperlink Tz. 13 m. w. N.).

- 29 bb) Danach ist die Beklagte nicht Täterin der ihr von der Klägerin zur Last gelegten Rechtsverletzungen.
- 30 (1) Tathandlung ist bei der Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG entgegen der Diktion der Klägerin nicht die Übermittlung einer das betreffende Musikwerk enthaltenden Datei; ausreichend ist vielmehr bereits, dass Dritten der Zugriff auf das sich in der Sphäre des Vorhaltenden befindende Werk eröffnet wird, ohne

dass es darauf ankäme, ob diese Möglichkeit tatsächlich genutzt - das Werk also tatsächlich übermittelt - worden ist (vgl. BGH GRUR 2016, 176 - Tauschbörse I Tz. 28 m. w. N. [soweit dort von Hochladen gesprochen wird, ist die Übermittlung an einen abrufenden Nutzer als Folge des öffentlichen Zugänglichmachens gemeint]; vgl. auch EuGH GRUR 2014, 360 - Svensson/Retriever Sverige Tz. 19; BGH, a. a. O., - Die Realität II Tz. 22; GRUR 2016, 71 - Ramses Tz. 44).

31 Im Streitfall wird die Möglichkeit des Abrufs vom einstellenden Nutzer selbst - unter Verwendung der von der Beklagten gestellten technischen Mittel - bewirkt, weil seine Inhalte bereits durch das von ihm vorgenommene Einstellen allgemein abrufbar werden. Wegen dieser hier vorliegenden Verknüpfung von Einstellen der Inhalte durch Hochladen („Upload“) und deren Abrufbarkeit hat das Landgericht entgegen der Auffassung der Klägerin zu Recht darauf abgestellt, dass der Upload durch die einstellenden Nutzer

- nicht als solcher, sondern weil damit uno actu auch die Zugänglichmachung erfolgt - die streiterhebliche Nutzungshandlung darstellt. Ob dies bei anderen Fallgestaltungen, in denen das Einstellen (der Upload) nicht automatisch zur Abrufbarkeit führt (vgl. etwa die den BGH-Entscheidungen marionskochbuch.de [GRUR 2010, 616] und File-Hosting-Dienst [GRUR 2013, 1030] zugrunde liegenden Fälle), ebenso zu sehen ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

32 (2) Die Beklagte macht sich die von den einstellenden Nutzern öffentlich zugänglich ...chten Inhalte nicht zu Eigen. Für den maßgeblichen verständigen Durchschnittsnutzer übernimmt die Beklagte keine Verantwortung für diese Inhalte; vielmehr ist jedem verständigen Nutzer klar, dass es sich dabei nicht um Inhalte handelt, für welche die Beklagte die inhaltliche Verantwortung übernehme oder mit denen sie sich identifizierte, sondern um solche, die von Dritten herrühren und von

diesen abrufbar ... werden. Die von der Klägerin im Berufungsverfahren zur Stützung ihrer entgegengesetzten Einschätzung vorgetragene Umstände führen zu keiner anderen Bewertung.

33 aaa) Selbst wenn die Beklagte Kenntnis von den konkreten, durch die einstellenden Nutzer vorgenommenen Verletzungshandlungen hätte, begründete diese Kenntnis noch kein Zu-Eigen-Machen, weil der maßgebliche verständige Durchschnittsnutzer daraus weder die Übernahme einer Verantwortung für die Inhalte noch eine Identifizierung mit diesen herleitet.

34 bbb) Die Beklagte prüft die Namensangaben der einstellenden Nutzer grundsätzlich nicht nach, so dass Nutzer Inhalte unter einem Pseudonym - im Ergebnis mithin anonym - einstellen können. Das führt indes nicht dazu, dass deshalb der verständige Durchschnittsnutzer die Inhalte der Beklagten zuschreibe. Ob durch die anonyme Nutzungsmöglichkeit ein erheblicher Anreiz für die Begehung rechtswidriger

Handlungen geschaffen wird, wie die Klägerin meint, ist für die Frage, ob die Beklagte Täterin ist, ohne Belang. Ob ein solcher Anreiz bei der Frage nach einer Störerhaftung der Beklagten Bedeutung gewinnen kann (vgl. BGH, a. a. O., - FileHosting-Dienst Tz. 40), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung (s. u. e]).

35 ccc) Dass sämtliche Videoclips in einem einheitlichen, von der Beklagten geschaffenen Rahmen präsentiert werden, mag einen besonders hohen Wiedererkennungseffekt zur Folge haben. Der abrufende Nutzer erkennt aber allenfalls, dass er sich auf der Seite von ... befindet, oder erinnert sich später daran, dass er den Videoclip dort gesehen hat. Mit der Wahrnehmung von ... als Fundort für einen Videoclip geht indes nicht die zusätzliche Vorstellung einher, dieser werde von ... oder der Beklagten verantwortet.

36 Auch bei der Einbettung von Videoclips, die bei ... abrufbar sind, in andere Internetauftritte, wird nicht der Eindruck erweckt, die Beklagte übernehme die Verant-

wortung für diese. Dass bei einer derartigen Einbettung das ...-Logo zusammen mit den Steuerungselementen für das Abspielen des Clips (Abspiel- /Pausensymbol, verstrichene Zeit, Lautstärke usw.) wiedergegeben wird, versteht der verständige Nutzer lediglich als Angabe des Fundorts, zumal der Nutzer die Möglichkeit hat, durch Anklicken des i-Symbols in der rechten oberen Ecke des Wiedergaberechtecks Angaben zum einstellenden Nutzer zu erhalten (vgl. Anl. K 42s).

37 Entsprechend wird auch die Wiedergabe des ...-Logos bei der Einbettung in Fernsehsendungen lediglich als Fundortangabe verstanden.

38 ddd) Die vielfältige Strukturierung der von Nutzern eingestellten Inhalte durch die Beklagte verbessert lediglich deren Erschließung, sei es, dass dadurch die abrufenden Nutzer die von ihnen gesuchten Inhalte auf möglichst einfachem Weg finden, sei es, dass den abrufenden Nutzern erst nahe gebracht wird, dass sie sich

auch für Inhalte interessieren könnten, nach denen sie nicht gesucht haben. Das ändert nichts daran, dass die Inhalte vom verständigen Durchschnittsnutzer als von Dritten herrührend und nicht von der Beklagten inhaltlich verantwortet angesehen werden.

39 So erfolgt die Einordnung der Videoclips nach verschiedenen Schlüsselbegriffen oder Kategorien, etwa Musik, Jazz oder Rock, auf der Grundlage der Angaben des einstellenden Nutzers. Dass die Beklagte den einstellenden Nutzern die Möglichkeit zu derartigen Angaben bietet und diese automatisiert für die Erschließung der Angebotsfülle durch die abrufenden Nutzer verwendet, stellt keine redaktionelle Bearbeitung dar, mit der sich die Beklagte die einzelnen Videoclips zu Eigen machte, sondern erleichtert es lediglich, auf ihrer Plattform Drittinhalte aufzufinden. Das Gleiche gilt für die persönlichen Empfehlungen, die einem Nutzer auf der Grundlage seiner bisherigen Abrufe automatisiert ...cht werden,

- und die ebenfalls automatisiert erstellten „Künstlerbiografien“.
- 40 Durch die technischen Möglichkeiten, die Videoclip-Wiedergabe mittels Pausenfunktion anzuhalten, Playlists zu erstellen und Videoclips zum späteren Abspielen vorzumerken oder zu überspringen, erleichtert die Beklagte ebenfalls lediglich dem abrufenden Nutzer den Werkgenuss. Eine redaktionelle Bearbeitung der Inhalte oder eine Identifizierung mit diesen liegt darin nicht.
- 41 eee) Dass sich die Beklagte von verschiedenen Seiten Nutzungsrechte hinsichtlich der bei ihr eingestellten Inhalte einräumen lässt, führt ebenfalls nicht dazu, dass sie sich diese Inhalte zu Eigen machte.
- 42 Bei den Nutzungsrechten, die sich die Beklagte durch ihre allgemeinen Nutzungsbedingungen von den einstellenden Nutzern einräumen lässt, ist zu berücksichtigen, dass auch die Inhalte, die von deutschen Nutzern eingestellt werden, weltweit abrufbar sind. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass sich die Beklagte Rechte hinsichtlich der Nutzung der Inhalte vermittlels ihres Dienstes über das hinaus einräumen lässt, was nach der Rechtslage in Deutschland erforderlich wäre, um auch allen anderen in Betracht kommenden Rechtsordnungen zu genügen. Dem klägerischen Vorbringen kann nicht entnommen werden, dass die Beklagte die ihr so eingeräumten Rechte anders als im Zusammenhang mit dem Abruf der Inhalte durch ihren Dienst ausübte. Im Übrigen ist auch nach der Rechtslage in Deutschland für die von der Beklagten angebotenen Vorschaubilder der Videoclips eine Lizenzierung oder ein vergleichbarer Akt des Inhabers der entsprechenden Rechte erforderlich (vgl. BGH GRUR 2012, 602 - Vorschaubilder II Tz. 13 f., 17 f. m. w. N.).
- 43 Auch aus den Lizenzvereinbarungen, welche die Beklagte mit anderen Wahrnehmungsgesellschaften und sonstigen Rechteinhabern geschlossen hat, kann nicht gefolgert werden, die Be-

klagte mache die in den Video-clips verwendeten Musikwerke selbst öffentlich zugänglich oder sei jedenfalls der Auffassung, das zu tun. Denn soweit die einstellenden Nutzer nicht über die entsprechenden Rechte verfügen, ist die Beklagte der Gefahr ausgesetzt, dass Unterlassungsansprüche gegen sie - etwa als Störerin geltend - ... werden (vgl. nur OLG Hamburg, Urf. v. 1. Juli 2015 - 5 U 87/12, BeckRS 2015, 14370, Anl. K 107); bewirkt sie eine Lizenzierung solcher Videoclips (letztlich in der Art einer Geschäftsführung ohne Auftrag für die einstellenden Nutzer), so entzieht sie der Geltendmachung derartiger Unterlassungsansprüche die Grundlage.

44 Auch der mit einzelnen Videoclips verbundene Hinweis auf eine ...-Standard-Lizenz, wie sie sich aus Nr. 10 der Allgemeinen Nutzungsbedingungen ergibt, führt nicht dazu, dass sich die Beklagte die Inhalte, die mit diesem Hinweis versehen sind, zu Eigen machte. Vielmehr wird dadurch lediglich darauf hingewiesen,

dass diese Inhalte nicht zur allgemeinen beliebigen Nutzung zur Verfügung stünden, wie dies bei der alternativen Lizenz Creative Commons der Fall wäre (vgl. dazu auch OLG Hamburg, a. a. O., unter B. VI. 2. g. bb. fff. [4] = Rz. 199 bei BeckRS 2015, 14370).

45 fff) Die Beklagte vermarktet entgegen der Diktion der Klägerin nicht die eingestellten Inhalte unmittelbar, sondern lediglich die von ihr angebotenen Werbemöglichkeiten im Umfeld der Inhalte. Auch soweit Werbebanner unmittelbar in die Videoclips eingeblendet werden, sieht der abrufende Nutzer darin keine inhaltlich Veränderung des Videoclips, sondern lediglich einen gesonderten Werbebeitrag, der über den - der Sache nach unveränderten - Clip gelegt wird.

46 Die Beklagte profitiert damit zwar bei der Vermarktung davon, dass allein das Interesse an den Videoclips die von ihr angebotenen Werbemöglichkeiten attraktiv macht. Das führt aber nicht dazu, dass der abrufende Nutzer diese

Inhalte der Beklagten zuschriebe.

47 ggg) Die Erstellung von Vorschaubildern der eingestellten Videoclips stellt keine Nutzung der Musikwerke dar, hinsichtlich derer die Klägerin Rechte für sich in Anspruch nimmt. Die Vorschaubilder führen aber auch nicht dazu, dass der verständige Durchschnittsnutzer zu der Auffassung gelangte, die Beklagte übernehme die Verantwortung für die Clips oder identifiziere sich mit diesen. Vielmehr versteht er die Vorschaubilder lediglich als weitere Maßnahme, die ihm die Entscheidung erleichtert, ob er sich den jeweiligen Videoclip (vollständig) ansehen will, und damit als Dienstleistung des Hostproviders, die sich von den gehosteten Inhalten absetzt.

48 hhh) Dass die Beklagte Videoclips mit beanstandeten Inhalten sperrt, wird vom verständigen Durchschnittsnutzer nicht dahin verstanden, dass die Beklagte alle anderen Videoclips überprüft hätte und sich mit deren Inhalten identifiziere (vgl. auch BGH, a. a.

O., - Hotelbewertungsportal Tz. 28 a. E.).

49 iii) Schließlich sind auch die Erschwerungen bei der Unterbindung von Rechtsverletzungen, die nach dem Vorbringen der Klägerin in dem von der Beklagten zur Verfügung gestellten Notice-and-Take-Down-Verfahren auftreten, nicht geeignet, die Annahme zu begründen, die Beklagte übernehme die inhaltliche Verantwortung für die von Dritten eingestellten Videoclips.

50 jjj) Auch in der Gesamtschau der von der Klägerin angeführten Umstände kann entgegen deren Einschätzung nicht davon ausgegangen werden, dass der verständige Durchschnittsnutzer die Leistungen der Beklagten dahin verstehe, dass die Videoclips, die von den einstellenden Nutzern lediglich „angeliefert“ würden, zu einem neuen eigenen, von der Beklagten selbst verantworteten Angebot zusammengefasst würden. Gegen eine derartige Annahme spricht auch, dass sich die auf ... abrufbaren Videoclips nicht auf - gar professionelle - Musikvi-

deos beschränken, sondern nahezu alle Lebensbereiche erfassen und von unterschiedlichster Qualität sind; diese - dem maßgeblichen Nutzer bekannte - Vielfalt steht der Annahme entgegen, die Beklagte bearbeite das Angebot an Videoclips redaktionell oder identifiziere sich mit all diesen Inhalten.

51 (3) Auch der Grundsatz, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen zu beteiligen ist (vgl. BGH GRUR 2015, 667 - Möbelkatalog Tz. 19; GRUR 2013, 717 - Covermount Tz. 25; jeweils m. w. N.), bietet keine Rechtfertigung dafür, die täterschaftliche Haftung für Urheberrechtsverletzungen von der gesetzlich vorgegebenen Handlungsbezogenheit der Verletzungstatbestände loszulösen und nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmen. Dieser Grundsatz setzt vielmehr voraus, dass ein Werknutzungstatbestand der §§ 15 ff. UrhG vorliegt, und vermag einen solchen nicht zu ersetzen. Bestehen Schwierigkeiten im Tatsächli-

chen, den rechtsverletzenden Nutzer zu belangen und die Rechte des Urhebers durchzusetzen, so bietet im Falle des Betreibers einer Internetplattform, in die Nutzer rechtswidrige Angebote eingestellt haben, bereits die - allerdings keine Schadensersatzansprüche begründende - Störerhaftung effektiven Rechtsschutz, weil nicht gegen eine Vielzahl einzelner Anbieter vorgegangen werden muss (vgl. BGH Urt. v. 26. November 2015 - I ZR 174/14, juris, - Störerhaftung des Accessproviders Tz. 82 m. w. N.).

52 b) Bei der Klägerin liegt keine mittelbare Täterschaft vor. Diese erforderte zum einen eine von der Beklagten im eigenen Interesse veranlasste Rechtsverletzung und zum anderen die Kontrolle der Beklagten über das Handeln einstellenden Nutzer. Im Hinblick auf die zweite Voraussetzung scheidet eine mittelbare Täterschaft jedenfalls dann aus, wenn der unmittelbar Handelnde - wie hier der jeweilige einstellende Nutzer - die Rechtsverletzung seinerseits

täterschaftlich begeht (vgl. BGH GRUR 2012, 1279 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT Tz. 38 m. w. N.).

53 c) Die Beklagte ist auch nicht Mittäterin der Rechtsverletzungen. Mittäterschaft erfordert eine gemeinschaftliche Begehung, also ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken; daran fehlt es, wenn der Betreiber einer Internetplattform Dritten die Möglichkeit eröffnet, eigene Inhalte öffentlich zugänglich zu machen (vgl. BGH GRUR 2015, 485 - Kinderhochstühle im Internet III Tz. 37 m. w. N.).

54 d) Die Beklagte haftet auch nicht als Gehilfin der einstellenden Nutzer, soweit diese das von der Klägerin wahrgenommene Recht der öffentlichen Zugänglichmachung verletzen.

55 aa) Die Haftung als Teilnehmer, insbesondere als Gehilfe, setzt die Kenntnis von einer konkret drohenden Haupttat voraus (vgl. BGH, a. a. O., - Kinderhochstühle im Internet III Tz. 37; a. a. O., - File-Hosting-Dienst Tz. 28). Entge-

gen der Auffassung der Klägerin genügt insoweit jedenfalls im Streitfall die generelle Kenntnis der Möglichkeit von Haupttaten im Sinne eines bedingten Vorsatzes nicht.

56 Zwar kann sich eine Beteiligungshandlung grundsätzlich auch auf eine Mehrzahl von Taten des Haupttäters beziehen, zu der ein fördernder Beitrag erbracht wird. Allerdings ist dann zu fordern, dass die Teilnehmer wenigstens in Umrissen eine Vorstellung von Anzahl und Zeitraum der Taten haben (vgl. BGH NSTZ 2002, 200 Tz. 10). Der Bundesgerichtshof hat in Fällen „neutraler“ Handlungen folgende strafrechtlichen Grundsätze aufgestellt: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag in jedem Fall als strafbare Beihilfehandlung zu werten. Denn unter diesen Voraussetzungen verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter zu deuten; anderenfalls kommt

straflose Mitwirkung in Betracht (vgl. BGH NJW 2001, 2409 [2410]). Weiß der Hilfeleistende nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, dass von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (vgl. BGH NJW 2014, 1098 Tz. 31 m. w. N. zur Haftung gem. § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB; vgl. auch BGH, Beschl. v. 5. November 2015 - 2 StR 96/15, juris, Tz. 5; NJW 2000, 3010 [3011]).

57 bb) Danach hatte die Beklagte die erforderliche Kenntnis von den behaupteten Rechtsverletzungen nicht.

58 (1) Sie erbringt ihre Unterstützungsleistungen im Rahmen von ... für alle eingestellten Inhalte

unabhängig davon, ob diese die Möglichkeit einer Verletzung urheberrechtlicher Nutzungsrechte in sich bergen. Es handelt sich dabei um die Einräumung einer allgemeinen Nutzungsmöglichkeit, die grundsätzlich eine neutrale Handlung darstellt (vgl. BGH GRUR 2009, 841 - Cybersky Tz. 22). Angesichts der Vielzahl der Möglichkeiten, das Angebot der Beklagten zu nutzen, kann nicht die Rede davon sein, dass Beklagte durch die Bereitstellung ihres Dienstes es auf die Förderung erkennbar zur Verletzung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten geneigter Nutzer anlege.

59 (2) Konkrete Kenntnis von den beanstandeten Rechtsverletzungen hatte die Beklagte auch nach dem Vorbringen der Klägerin nicht.

60 (1) Diese Kenntnis wurde auch nicht dadurch vermittelt, dass die Beklagte nach dem Vorbringen der Klägerin das System Content-ID einsetzt, um jedes einzelne der in ihrem Dienst hochgeladenen Videoclips zu analysieren. Ungeachtet der Frage, inwieweit ein

automatisiertes System geeignet sein könnte, haftungsrechtlich relevante Kenntnisse zu begründen, steht dem System der Beklagten das von der Klägerin wahrgenommene Repertoire nicht als Referenz zur Verfügung, so dass mit ihm eine Überprüfung darauf, ob ein Videoclip ein Musikwerk enthält, dessen Rechte von der Klägerin wahrgenommen werden, nicht möglich ist.

61 e) Ob die Beklagte - möglicherweise bei Hinzutreten weiterer Umstände - als Störerin angesehen werden kann (vgl. dazu OLG Hamburg, a. a. O.), bedarf im Streitfall keiner Klärung, da ein Störer nur auf Unterlassung und nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann (vgl. BGH GRUR 2015, 264 - Hi Hotel II Tz. 36 m. w. N.).

62 C. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

63 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

64 Die Revision ist zuzulassen. Der Rechtsstreit hat grundsätzliche Bedeutung für die Haftung von Providern, insbesondere für die insoweit erforderliche Abgrenzung zwischen sogenannten Host- und Content Providern. Es bedarf zur Fortbildung des Rechts einer Entscheidung des Revisionsgerichts.